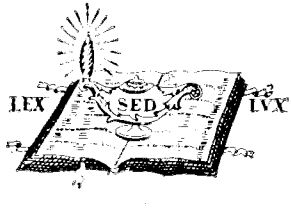
ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES

ANALES

SEGUNDA ÉPOCA

AÑO XXXV - NÚMERO 28



ISSN 0567-5936

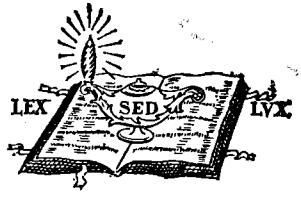
ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES

SERIE I - ANUARIOS

ANALES

SEGUNDA ÉPOCA

AÑO XXXV - NÚMERO 28



BUENOS AIRES

1991

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.

Av. Alvear 1711 - primer piso - Tel. 812-9327
(1014) Buenos Aires - Argentina

PUBLICACIONES

DE LA

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES

SERIE I - ANUARIOS

Anales – Primera época, Nº 1 (1915) – Segunda época, Nº 1 a 28.

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.

21. *Tratado de la "jurisdicción" administrativa y su revisión judicial*, por ELÍAS P. GUASTAVINO (2 tomos). Segunda edición actualizada.

22. *Derecho y Realidad*, VIII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.

23. *Las cinco Argentinas*, por JORGE M. MAYER.

SERIE III — COMUNICACIONES

Comunicaciones — Nº 1.

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES

ACADÉMICOS DE NÚMERO

por orden de antigüedad

	Nombre del sitial	*Fecha de incorporación*
Dr. Segundo V. Linares Quintana	Esteban Echeverría	28 de mayo 1956
Dr. Marco Aurelio Risolía	Aristóbulo del Valle	6 mayo 1963
Dr. Jorge M. Mayer	Estanislao S. Zeballos	28 agosto 1963
Dr. Julio H. G. Olivera	Juan B. Alberdi	6 mayo 1964
Dr. Miguel S. Marienhoff	José María Moreno	7 setiembre 1965
Dr. Juan Francisco Linares	José A. Terry	24 noviembre 1965
Dr. José M. López Olaciregui	Lisandro Segovia	26 junio 1967
Dr. Ambrosio Romero Carranza	Bartolomé Mitre	18 octubre 1967
Dr. Enrique Ramos Mejía	Lucio V. López	9 octubre 1968
Dr. Germán J. Bidart Campos	Manuel Quintana	15 julio 1971
Dr. Manuel María Diez	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. 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
Dr. Carlos Manuel Muñiz	José N. Matienzo	10 agosto 1989
Dr. Jaime Luis Anaya	Rodolfo Rivarola	10 agosto 1989
Dr. Antonio Vázquez Vialard	Juan A. Bibiloni	13 setiembre 1990

ACADÉMICO EMÉRITO

Dr. Manuel Río	23 agosto 1984

MIEMBROS CORRESPONDIENTES

por orden de antigüedad

		Fecha de Incorporación
Dr. Levi Fernández Carneiro	Brasil	4 julio 1946
Dr. Pedro Calmón	Brasil	4 julio 1946
Dr. Vicente Mora Rodríguez	Uruguay	4 julio 1956
Prof. Federico A. Gil	E.E.U.U. de N.A.	27 agosto 1958
Prof. William Whatley Pierson	E.E.U.U. de N.A.	27 agosto 1958
Prof. Georges Vedel	Francia	1º julio 1964
Dr. Eduardo Jiménez de Aréchaga	Uruguay	25 noviembre 1971
Prof. Ivon Loussouarn	Francia	25 noviembre 1971
Dr. Luis Sánchez Agesta	España	25 noviembre 1976
Dr. Fernando J. López de Zavalía	Tucumán	25 noviembre 1976
Dr. Manuel García-Pelayo y Alonso	España	12 noviembre 1981
Dr. Héctor P. Cámara	Córdoba	25 setiembre 1986
Dr. Pedro J. Frías	Córdoba	25 setiembre 1986
Dr. Rafael Entrena Cuesta	España	10 agosto 1989
Dr. Néstor Pedro Sagüés	Rosario	10 agosto 1989
Dra. Aída R. Kemelmajer de Carlucci	Mendoza	12 octubre 1989
Dr. Francisco Uriburu Michel	Salta	19 abril 1990
Dr. Jesús González Pérez	España	24 mayo 1990

ANTIGUOS ACADÉMICOS DE NÚMERO

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

Dr. Jesús H. Paz
Dr. José M. Paz Anchorena
Dr. Federico Pinedo
Dr. Norberto Piñeiro
Dr. Ángel S. Pizarro
Dr. Luis Podestá Costa
Dr. Ernesto Quesada
Dr. Juan P. Ramos
Dr. Francisco Ramos Mejía
Dr. Juan Carlos Rébora
Dr. Roberto Repetto
Dr. Manuel Río
Dr. Horacio C. Rivarola
Dr. Rodolfo Rivarola
Dr. José M. Rosa
Dr. Enrique Ruiz Guiñazú
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 Zavalía
Dr. Estanislao S. Zeballos

I

DISERTACIONES EN SESIONES PÚBLICAS

LA CONDUCCIÓN DE LAS RELACIONES EXTERIORES. EL ROL DEL MINISTRO: ATRIBUCIONES CONSTITUCIONALES Y LEGALES

Disertación pronunciada por el académico Dr. Carlos Manuel Muñiz en oportunidad de su incorporación a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión pública del 26 de julio de 1990

Discurso de recepción por el académico
Dr. Segundo V. Linares Quintana

Grato honor comporta para mí dar la bienvenida, en nombre de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires y en el propio, a su flamante Miembro de Número Embajador Dr. Carlos Manuel Muñiz.

Porque al singular privilegio de pronunciar el discurso de recepción de un nuevo Académico que se incorpora a esta Ilustre Corporación, se une el estrecho y prolongado vínculo espiritual y amistoso que me liga a tan distinguido recipiendario; circunstancia que me ha permitido apreciar sus relevantes condiciones éticas e intelecuales, su dedicación ejemplar al estudio y la enseñanza del Derecho, su brillante actuación en el difícil y complejo campo de la política y las relaciones internacionales, su vasta y diversificada cultura, su innata hidalguía, su equilibrada personalidad que se trasunta en la suprema rara virtud de la prudencia —"la sabiduría reside en el corazón del hombre prudente" dicta el libro de *Proverbios* (XIV, 33)— y, por sobre todo y a través de todo, el inquebrantable amor a la libertad y la justicia que ha inspirado todos los actos de su vida.

Abogado y doctor en Jurisprudencia egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Buenos Aires, su tesis doctoral fue calificada

de sobresaliente y declarada "de mérito excepcional y en consecuencia recomendada al Premio Facultad". El tribunal examinador fundamentó tan honrosa decisión en que "la tesis presentada constituye un aporte original y valioso a la investigación de un tema fundamental del Derecho Constitucional Internacional; materia en que continúa y desarrolla la línea iniciada por el Profesor Boris Mirkine Guetzevitch, abordando aspectos jurídicos, históricos y políticos, tanto en el orden nacional como internacional. Utilizando métodos y técnicas adecuados y sobre la base de la consulta de una bibliografía completa y apropiada, no sólo ha tenido en cuenta la teoría, sino que ha aprovechado la experiencia obtenida en la función pública vinculada con la materia en estudio. Considero justo señalar que, de acuerdo con la verdadera índole de una obra de tesis, el autor ha coronado la misma con una serie de claras y sistemáticas conclusiones, cuyo alto mérito el tribunal considera de estricta justicia reconocer. A todo ello debe agregarse la sólida defensa que el autor realizó de su tesis en el examen oral". La tesis se titulaba: *Las Relaciones Exteriores en el Derecho Constitucional Argentino.*

El doctor Muñiz es autor de una extensa serie de publicaciones y estudios, entre los cuales pueden mencionarse: *Ideología y composición de los partidos políticos argentinos; Los partidos políticos argentinos; Derecho Internacional y Derecho Interno: teorías; Acción diplomática de Mitre; Posición internacional de la República Argentina; La Argentina y Europa; Carlos Saavedra Lamas: su labor jurídica internacional; Las relaciones entre la República Argentina y Brasil; Los problemas internacionales contemporáneos; La formulación de las relaciones exteriores de la República Argentina; Latinoamérica y las organizaciones internacionales políticas y económicas; Diplomacia y diplomáticos*; etc.

Esencialmente el Académico Muñiz es un hombre de pensamiento, lo que no es poco. Bien pudo decir Pascal que "el hombre está hecho visiblemente para pensar; ello constituye toda su dignidad y todo su mérito; y todo su deber

es pensar como es debido... El pensamiento hace la grandeza del hombre... Toda nuestra dignidad consiste, pues, en el pensamiento" [1].

Por lo demás, rasgo característico del Académico Muñiz es la *grandeza de alma* que mentaba Bertrand Russell. "El hombre capaz de esta *grandeza de alma* —afirmaba el premio Nobel— tendrá abiertas las ventanas de su mente para airearla a los vientos más apartados del universo y se contemplará a sí mismo, al mundo y a la vida, con toda la verdad que las limitaciones humanas le permitan" [2].

Por ser de todos conocidos y no extender en demasía el discurso, no voy a referirme en detalle a los innúmeros y valiosos títulos y antecedentes del Embajador Muñiz. Bastará recordar que durante muchos años, con dedicación y generosidad, volcó su talento, conocimientos y experiencia en la enseñanza de la ciencia jurídica en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, integrando la cátedra de Derecho Constitucional de la que me honré en ser su Profesor Titular primero y Profesor Emérito después, aportando su sabia y leal colaboración, juntamente con un equipo de juristas tan eminentes como queridos amigos, los doctores Juan Ramón Aguirre Lanari, Alberto Rodríguez Galán, Jorge A. Aja Espil y Alberto Antonio Spota, todos los cuales, tras lucido desempeño alcanzaron también y con justicia la titularidad de la cátedra y la empinada jerarquía académica.

Además de haber sido Profesor Ordinario Titular de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, el Dr. Muñiz ejerció la titularidad de la cátedra de Derecho Internacional Público en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, casa de estudios en la que asimismo ocupó la Dirección del Instituto

1 PASCAL, *Pensamientos*, en "El pensamiento vivo de Pascal" presentado por François Mauriac, Bs. As., 1940, pp. 143/144.

2 BERTRAND RUSSELL, *La conquista de la felicidad*, Buenos Aires, 1937, pp. 177/178.

de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales; materia de la que igualmente fue Profesor Titular en la Universidad Católica de La Plata.

Como docente, el Académico Muñiz destacóse, además del dominio de la especialidad y aptitud didáctica, por el cabal cumplimiento de la misión fundamental de todo maestro que —como lo enseñaba Loudet— "es despertar los valores espirituales que existen en latencia en sus discípulos; la obra más eminente y generosa no puede ser la simple transmisión de conocimientos, porque en muchos casos basta y sobra un libro; la tarea esencial es la formación de las personalidades, es decir, la fecundación de las inteligencias y la vigilancia activa de su desarrollo".

El Embajador Muñiz fue Secretario General y Profesor del Instituto Argentino de Investigaciones Jurídicas y Sociales que dirigiera el Dr. Eduardo B. Busso.

Por otra parte, es miembro de numerosas instituciones científicas, como la Asociación de Estudios Internacionales, de los Estados Unidos, de la cual es Vicepresidente; la Société de Legislation Compareé; la Asociación Argentina de Ciencia Política; la Asociación Argentina de Derecho Comparado; la Sociedad Argentina de Criminología; el Instituto Bonaerense de Numismática y Antigüedades, etc.

Ha pronunciado numerosas conferencias y clases magistrales sobre derecho constitucional, derecho internacional público, relaciones internacionales y ciencia política en las Universidades de La Paz, Brasil, Recife, Virginia, Tulane, Texas, North Carolina, Columbia, Massachusetts por invitación especial del ilustre maestro Karl Loewenstein en su cátedra de ciencia política, en la Brookings Institution y otras instituciones universitarias y académicas del país y del extranjero.

En el desempeño de la función pública y específicamente en el ámbito de la diplomacia, el Académico Muñiz tuvo una actuación no menos descollante. En instancias decisivas de la vida institucional de la Nación, fue Subsecretario del Interior. Más tarde y sucesivamente fue Embajador en Bo-

livia, Embajador en Brasil, Ministro de Relaciones Exteriores y Culto, Embajador en los Estados Unidos, Embajador y Representante Permanente en la Organización de las Naciones Unidas; Embajador Concurrente en Bahamas y Embajador Concurrente en Barbados.

Durante su gestión como Canciller, fundó el Instituto de Servicio Exterior de la Nación, para la formación del personal diplomático, habiendo proyectado personalmente las normas legales y reglamentarias para su funcionamiento, elaborado los planes de estudio e intervenido en la elección de los profesores con rango universitario.

Pero para ofrecer una idea completa e integral del pensamiento y la acción del Académico Dr. Muñiz, no se puede omitir la referencia a lo que quizá podría considerarse su obra maestra y a la cual ha dedicado gran parte de su vida y sus mejores esfuerzos: El Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales, C.A.R.I., que fundara el 15 de junio de 1978, que ha logrado singular y justificado prestigio dentro y fuera del país y del cual ha sido Presidente desde su mismo inicio.

Objetivos básicos del C.A.R.I. son: la promoción del estudio y la profundización científica de las relaciones internacionales, especialmente en la República Argentina, y los asuntos y problemas vinculados a ellas; la discusión y la divulgación de ideas concretas para la acción exterior argentina y para la mayor vinculación y comprensión entre los pueblos; la vinculación, para el mejor logro de esos propósitos, con organismos similares, extranjeros o internacionales, ya sean públicos o privados.

Finalidades tan importantes cumple el C.A.R.I. con plenitud a través de la actividad ininterrumpida de comisiones de estudio e investigación, seminarios y conferencias, publicaciones y el intercambio y colaboración científica con entidades públicas y privadas y personalidades destacadas del país y del extranjero.

Al celebrarse el 17 de junio de 1988, en brillante acto público, el décimo aniversario de la fundación del C.A.R.I.,

dijo el Embajador Dr. Muñiz: "Creímos entonces que era necesario aunar esfuerzos para darle a la Argentina una mayor presencia internacional y contribuir al fortalecimiento de las buenas relaciones con los demás países del mundo. Hoy, al hacer el balance de lo realizado, podemos afirmar, con satisfacción, que hemos avanzado en la concreción de esos propósitos y que los mismos merecen ser perseguidos, si cabe, con mayor vigor aún, porque responden a objetivos permanentes del país y no a necesidades circunstanciales. La labor de los comités, grupos de trabajo, seminarios, encuentros internacionales, simposios, cursos, etc., alcanzan un número considerable y se ha realizado, en cada una de las áreas, con la participación de especialistas destacados del país y del extranjero".

Tan notable y meritorio esfuerzo trae a memoria palabras del famoso científico Ramón y Cajal: "Toda obra grande —decía—, en arte como en ciencia, es el resultado de una gran pasión puesta al servicio de una gran idea... Toda obra grande es el fruto de la paciencia y la perseverancia, combinadas con una atención orientada tenazmente, durante meses y aun años, hacia un objeto particular" [3].

A sus no pocas virtudes agrega el Académtico Dr. Muñiz la de ser poeta, lo que le permitió siempre encontrar el camino del corazón, difícil si no imposible de hallar por quienes nunca miran las estrellas. Es que como dijera el ilustre argentino que fuera Alfredo L. Palacios, los poetas "entran en el misterio de las cosas, nos revelan la belleza y predican por los caminos el evangelio del desinterés para que no se amoneden los corazones".

Esa fina sensibilidad lo llevó a amar y conocer profundamente el arte, del cual muchas y muy valiosas muestras, coleccionadas con paciencia y cariño a lo largo de su vida, adornan su hogar.

Claro está que la capacidad, dedicación y empeño del Académico Dr. Muñiz no habrían bastado para el éxito, si

3 SANTIAGO RAMÓN Y CAJAL, *Los tónicos de la voluntad*, Buenos Aires, 1941, pp. 24 y 49.

no hubiera seguido y cumplido, como lo ha hecho, su auténtica y verdadera vocación.

La vocación es el soplo divino que por sobre el libre albedrío, marca la estrella que a cada ser humano señala el rumbo y el destino de su existencia, y de cuyo descubrimiento y consecuencia dependerá el éxito o el fracaso, la dicha o la infelicidad: la estrella con cuyo seguimiento —como dijera el Dante— se arribará a glorioso puerto.

Porque la vida del Académico Dr. Muñiz es el ejemplo acabado del cumplimiento fiel de una real y acendrada vocación: siguió su estrella y arribó a glorioso puerto.

Alcanzar la jerarquía académica comporta el coronamiento del ejercicio de una vocación a través de toda una vida de trabajo, en los ámbitos científico, artístico o literario. Honrosa distinción que impone el deber de continuar ejerciendo la vocación con el mismo —y si fuera posible, aún mayor— amor, dedicación y perseverancia con que lo ha sido hasta ese momento.

Como dijera Marañón, "las Academias fueron al nacer y deben ser siempre, órganos activos de cultura, libres y ágiles" [4]. Por eso se ha explicado que lo estrictamente académico "es espacio interior y exterior de libertad, con decisión permanente por la verdad, desbrozada por la crítica del error, con la creatividad propia que le otorga justamente la libertad de vivir en ella" [5].

Señor Académico de Número Embajador Dr. Carlos Manuel Muñiz:

En nombre de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires y en el propio, me honro en darle la bienvenida a esta Ilustre Corporación que, como las demás Academias —empleando las palabras del insigne Joaquín V. González— constituyen el hogar "para todos los espíritus que en la peregrinación de la vida sólo tienen reposo en los valles solitarios de la ciencia".

4 GREGORIO MARAÑÓN, *Vida e historia*, p. 66.

5 JUAN CARLOS MACCARONE, *Reflexiones académicas*, "Criterio", Nº 2016.

"Hemos meditado estas palabras —escribió alguna vez el Maestro Loudet— y al llegar por abruptas y empinadas sendas a estos valles solitarios, hemos comprendido que el reposo de que hablaba el Maestro, era el trabajo sin ruido, la meditación penetrante, la serenidad luminosa, de la cual era él símbolo supremo. Sólo en estos valles callados y profundos se puede escuchar el suave aleteo del espíritu en su viaje incesante hacia la luz. Es desde el fondo de ellos, donde se puede mirar la inmensidad del firmamento, sin otra inquietud y sin otra esperanza que descubrir la encendida llama de una nueva verdad, en el astro que nace. En esta atmósfera serena y transparente —serena por la paz y transparente por la sabiduría— es donde los hombres mejor se comprenden, donde más se respetan y toleran, donde más se sienten hermanados, donde más y mejor estudian y trabajan" [6].

6 OSVALDO LOUDET, *Política del espíritu*, p. 25.

LA CONDUCCIÓN DE LAS RELACIONES EXTERIORES. EL ROL DEL MINISTRO: ATRIBUCIONES CONSTITUCIONALES Y LEGALES

Palabras previas

Son muchos los momentos de mi vida que se encuentran ligados a la del doctor Linares Quintana.

Desde mis épocas estudiantiles, en las luchas cívicas, llenas de fervor e idealismo, junto al joven y ya destacado profesor de derecho. En la función pública, en tareas de riesgo y responsabilidad, donde su asesoramiento jurídico era, más que el informe de un especialista, el consejo, reflexivo y sereno, de un argentino preocupado por el destino de la República. En la cátedra universitaria, en la que fue maestro, orientando, como los grandes precursores en la enseñanza del derecho, con la doctrina y el ejemplo. En la cátedra, en los años inolvidables de la cátedra, donde ejercí, junto a él, como profesor adjunto hasta culminar con el honroso cargo de titular. En la vida, sobre todo en la vida, donde encontré siempre al amigo inalterable en el afecto y en la lealtad.

Por eso, a sus palabras de presentación —que no necesitaba escuchar para conocer, de antemano, su generoso contenido— quiero responderle, no solamente con mi agradecimiento, sino con mi homenaje a su conducta y a su ejemplo.

Al hacerme cargo del sitial que lleva el nombre del ilustre jurisconsulto José Nicolás Matienzo, siento la responsabilidad que me han impuesto, junto con el honor, los miembros de esta prestigiosa corporación

El doctor Matienzo perteneció a una generación de argentinos cuyas inquietudes se manifestaron en múltiples actividades públicas y académicas.

Tales, en su caso, sus ensayos poéticos, su participación en centros culturales, su actuación como magistrado judicial, legislador, presidente del Departamento nacional del trabajo, procurador general de la Nación, ministro, profesor universitario en diversas disciplinas, decano en la facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de La Plata y en la facultad de Filosofía y Letras de Buenos Aires y director del Instituto de Investigaciones Históricas; que culminó con libros medulares, artículos y proyectos, reflejos de estudios y experiencias de toda una vida.

En el resumen de su obra escrita, más allá de su trayectoria pública y académica, se refleja la verdadera personalidad del doctor Matienzo.

Sus Lecciones de Derecho Constitucional, *para citar solamente una de sus obras más divulgadas, siguen siendo, hoy día, una fuente de reflexión y enseñanza y un modelo de talento y erudición.*

No puedo omitir, en esta oportunidad, el recuerdo de otro distinguido hombre de derecho, que me precedió en este mismo sitial, el doctor Manuel V. Ordoñez, encargado de Filosofía en el curso de ingreso en la facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, luchador apasionado en el foro y en la acción cívica, hombre de fe y defensor de la libertad.

Al evocar estos nombres siento la necesidad de recordar, con respeto y admiración, a las personalidades eminentes que integraron esta Academia de Derecho, entre ellos, a mis inolvidables maestros Jorge Eduardo Coll y Eduardo Busso, argentinos que honraron al país, creyeron en él y le consagraron sus vidas para que el país pudiera alcanzar el

destino que todos anhelamos, y saludar, también, a mis nuevos colegas, profesores destacados, tratadistas, hombres públicos y magistrados que continúan prestigiando con jerarquía intelectual la más alta institución de derecho de la Argentina y, a quienes agradezco, muy especialmente, la distinción que me otorgaron, que valoro y aprecio por la confianza que implica y la responsabilidad que impone.

Capítulo I

ATRIBUCIONES DEL PODER EJECUTIVO

1. *Introducción*

Para determinar el ámbito legal de la conducción de las relaciones exteriores y, en especial, las atribuciones propias del ministro del ramo —objetivo principal de esta exposición— es preciso analizar, en primer lugar, las que corresponden al Jefe del Estado.

Dos razones motivan esta necesidad. Primera: el Jefe del Estado es el representante natural del Estado en el orden internacional y el depositario constitucional del manejo de las relaciones exteriores en la legislación interna. Segunda: las facultades del Ministro de Relaciones Exteriores emanan de las que corresponden constitucionalmente al Jefe del Estado. En su gestión internacional inviste su representación y, en tal sentido, puede comprometer al propio Estado. Es necesario insistir sobre esta relación para comprender que los comentarios que formulamos sobre las atribuciones del Jefe del Estado en esta materia deben considerarse referidos asimismo —casi sin excepciones— al Ministro de Relaciones Exteriores.

Todo esto nos lleva a estudiar las dos esferas de acción respectivas: las que derivan de lo dispuesto por la Constitucion Nacional y la legislación interna y las reconocidas por el derecho internacional y establecidas por la práctica en las relaciones entre los Estados como fuente del derecho.

En el derecho interno se requiere precisar la naturaleza

del órgano ejecutivo a través del análisis de las disposiciones constitucionales y de la legislación subsidiaria analizando sus antecedentes patrios e, incidentalmente, el derecho comparado para fijar, en definitiva, las atribuciones del Ministro de Relaciones Exteriores, considerando las que le corresponden por su rol constitucional —del mismo modo que a los demás ministros del poder ejecutivo— y las que pertenecen al ámbito de sus funciones específicas.

Es necesario señalar que los importantes cambios producidos en el manejo de las relaciones internacionales harían conveniente el estudio de otros aspectos y prácticas contemporáneas que exceden los moldes jurídicos tradicionales y de los que surgen nuevos compromisos y obligaciones para los Estados.

A su vez, los conductores de la política exterior han ampliado considerablemente los asuntos propios de sus intervenciones y multiplicado, mucho más aun, su participación en las negociaciones internacionales.

El nuevo orden jurídico internacional se asienta y se afirma, al mismo tiempo, con las nuevas formas de la conducción internacional.

2. *Atribuciones en el derecho interno.*

El Poder Ejecutivo es el órgano natural encargado del manejo de las relaciones exteriores del país.

Sus atribuciones se encuentran reguladas, en el orden interno, por disposiciones expresas de la constitución nacional que, a su vez, las complementa y controla a través de las facultades acordadas al Poder Legislativo.
Ellas son:

1. Conclusión y firma de tratados y recepción de los ministros y cónsules extranjeros (art. 86, inc. 14).
2. Nombramiento y remoción de los ministros plenipotenciarios y encargados de negocios (art. 86, inc. 10).

3. Declaración de guerra y concesión de patentes de corso y cartas de represalia (art. 86, inc. 18 y art. 67, inc. 21 y 22).
4. Conformidad de los tratados con los principios de derecho público establecidos en la Constitución Nacional (art. 27).
5. Facultad del Congreso para aprobar o desechar tratados y los concordatos con la silla apostólica y arreglo del ejercicio del patronato (art. 67, inc. 19).
6. Regulación del comercio con las naciones extranjeras (art. 67, inc. 12).
7. Permiso para la introducción de tropas extranjeras y salida de las nacionales del territorio de la Nación (art. 67, inc. 25).

Como se podrá apreciar por este breve enunciado de las disposiciones constitucionales, los convencionales quisieron fijar las atribuciones del Poder Ejecutivo y regular, una vez más, el equilibrio que constituye la base de la división de poderes, asegurando la participación del órgano legislativo, como elemento de limitación y control del ejecutivo.

La Constitución Nacional establece en su artículo 86, inc. 14: "El presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones: Concluye y firma tratados de paz, de comercio, de navegación, de alianza, de límites y de neutralidad, concordatos y otras negociaciones requeridas para el mantenimiento de buenas relaciones con las potencias extranjeras, recibe sus ministros y admite sus cónsules". A su vez, el art. 67, inc. 19, dice: "Corresponde al Congreso: Aprobar o desechar los tratados concluidos con las demás naciones y los concordatos con la Silla Apostólica y arreglar el ejercicio del patronato en toda la Nación".

En el régimen argentino, como vemos, al Congreso le corresponde, solamente, "aprobar o desechar los tratados concluidos con las demás naciones". Es decir, queda excluida su intervención en las negociaciones previas.

Así lo sostiene Joaquín V. González [1], cuando expresa que "el presidente es absoluto y discrecional durante la preparación de los tratados sin que el Congreso pueda rever o reexaminar los actos o las personas que en ellos intervienen, sino cuando llega el momento de ejercer su poder de aprobación o rechazo".

Más aun, el uso de la palabra "concluidos", probaría que el Congreso no podría sugerir modificaciones o aprobar parcialmente un convenio ya finalizado por el Poder Ejecutivo, pues cualquier modificación sería un acto equivalente al rechazo y obligaría al Poder Ejecutivo a iniciar nuevas negociaciones. Distinto es el caso de los convenios multilaterales, donde las modificaciones que se sugirieran podrían ser agregadas como reservas, siempre que el Poder Ejecutivo las aceptara y estuviera dispuesto a mantener su adhesión al tratado.

La Constitución de los Estados Unidos de América, que no podemos dejar de tener en cuenta al hacer un análisis de la Constitución Nacional, da mayor intervención al Congreso, particularmente en los artículos referentes a la tramitación y conclusión de los tratados. La participación del senado americano se torna decisiva pues, como lo determina el artículo 11, sección 2da., el presidente tendrá poder "con el consejo y consentimiento del Senado", para hacer tratados, siempre que dos tercios presentes del Senado lo aprueben.

Este artículo ha llevado a considerar que corresponde la participación del Senado en la etapa de negociación de los tratados.

Incluso se ha sugerido que debía dictarse una enmienda disponiendo la intervención del Congreso en sus dos ramas [2]. Se tiene en cuenta, para ello, que la Cámara de Representantes puede impedir la puesta en marcha de un acuerdo

1 JOAQUÍN V. GONZÁLEZ, *Manual de la Constitución Argentina*, Ángel Estrada y Cía. S. A., 1ª edición, 1897, 25ª edición, 1959, p. 547.

2 C. HERMAN PRITCHETT, *The American Constitution*, trad. esp. *La Constitución Americana*, Tea, Bs. As., 1965, pp. 449-452.

simplemente con negarse a aprobar la ley que lo pone en práctica, cuando así corresponde, o a otorgar los fondos de los que dependen para su ejecución muchos convenios internacionales.

Es posible sostener que esta opinión tiene sus raíces en la propia historia americana, pues todo lo que se refiere al manejo de las relaciones exteriores se ha ido configurando, de modo original, junto con el desarrollo institucional del país.

Durante el período del Gobierno Congresional se dictó una ley que disponía que el Secretario para Asuntos Exteriores —que era, entonces, Robert R. Livingston— estaba obligado a someter al Congreso la correspondencia concerniente a los tratados antes de enviar los mismos a su consideración. Es decir, se definía lo que constituía entonces una práctica reconocida: que el Congreso manejaba, por sí mismo, todo lo concerniente a las relaciones internacionales.

Este sistema fue muy criticado, aun por aquellos que debieron actuar como representantes ante gobiernos extranjeros y llevó a una personalidad como Alexander Hamilton a decir: "Hay siempre más decisión, más expedición, más responsabilidad donde intervienen hombres solos que donde intervienen grupos" [3].

En algunas ocasiones el Congreso ha dificultado la aprobación de tratados particularmente en los Estados Unidos, que registra, entre otros, el famoso rechazo del Tratado de Versalles. Como es sabido, el Senado dispuso introducir numerosas reservas propuestas por el Senador Henry Cabot Lodge, lo que provocó una oposición intransigente del presidente Wilson, artífice y gestor, en gran parte, de ese tratado. Esta actitud motivó, finalmente, que no pudieran alcanzarse los dos tercios de votos necesarios para su aprobación [4].

[3] ALEXANDER DE CONDE, *The American Secretary of State*, Frederic A. Praeger, New York, 1962, p. 6.

[4] JEAN BAPTISTE DUROSELLE, *De Wilson a Roosevelt, Politique Exterieure des Etats-Unis (1913-1945)*, trad. esp. *Política exterior de los Estados Unidos (1913-1945)*, Fondo de Cultura Económica, México, 1965, pp. 85 a 151.

En la Argentina, habría que recordar el reciente caso de la aprobación del Tratado sobre el Canal de Beagle. En esta oportunidad, el Poder Ejecutivo, ante las dificultades que encontraba para lograr el apoyo del Congreso decidió organizar una consulta popular (que calificó como no vinculante) y, de este modo, influir, como ocurrió, en el ánimo de los legisladores y obtener su apoyo.

Una forma de eludir estos controles se ha encontrado a través de los llamados acuerdos ejecutivos o mediante notas reversales, muchas de las cuales invaden las materias de fondo, propias de los tratados.

* * *

Con referencia a la designación de Embajadores y Ministros Plenipotenciarios, dice el art. 86, inc. 10, de la Constitución Nacional, en el párrafo pertinente: "el presidente de la Nación ... nombra y remueve a los ministros plenipotenciarios y encargados de negocios, con acuerdo del Senado..."

La aprobación que se requiere, como vemos, es solamente para el cargo, quedando el destino inmediato, o los que luego correspondieran, a la discreción del Poder Ejecutivo, sin necesitarse nuevo acuerdo en cada caso.

En los Estados Unidos la intervención del Senado es mucho mayor que en la Argentina. La práctica ha establecido que quienes han sido propuestos como Embajadores por el Poder Ejecutivo deban someterse a un interrogatorio y examen previo por la Comisión de Relaciones Exteriores, la cual interviene, no solamente para el nombramiento en el cargo en sí mismo sino, además para la asignación de cada destino.

Como se ha sostenido con referencia a la Constitución de los Estados Unidos y es aplicable a la nuestra "Las disposiciones de la Constitución relativas a las relaciones exteriores asumen siempre la forma de atribución de funciones específicas a las varias ramas del gobierno. Estos poderes expresamente mencionados no cubren de manera alguna

todo el ámbito de las relaciones exteriores. ... Por otra parte no existen disposiciones que denieguen o limiten expresamente la autoridad plenaria del gobierno federal de conducir las relaciones exteriores como nación soberana en un mundo de naciones soberanas" [5].

El doctor Linares Quintana [6], en una precisa síntesis, sostiene, respecto a las atribuciones constitucionales del poder ejecutivo: "Nuestros constituyentes también en este aspecto de su magnífica obra, revelaron profunda sabiduría y sin par visión y prudencia políticas, y si bien, siguiendo en buena parte pero no en plena medida el consejo alberdiano, asignaron a dicho magistrado una gran jerarquía institucional, en manera alguna pretendieron romper el equilibrio entre los tres poderes gubernativos, para lo que enfrentaron a aquél con otros dos poderes de equivalente jerarquía, dentro de un sistema adecuado de controles encaminado a asegurar que en la práctica se mantuviera el necesario balance entre los tres órganos básicos del gobierno federal: legislativo, ejecutivo y judicial".

Desde la famosa polémica entre Hamilton y Madison, siempre existieron quienes no se asustaron del poder del presidente y quienes clamaron por restringirlo.

A un extremo del espectro presidencial están aquellos a quienes el profesor de Ciencias Políticas de la Universidad de Nueva York, Louis Koenig, llama "los literalistas" quienes, como Madison y Taft, interpretaron sus poderes estrechamente y suscribieron la teoría "whig" del presidente como un mandadero del Congreso. En el otro extremo están aquellos que el historiador de Yale, John Norton Blum, llama "los latitudinarios": quienes, como Lincoln y Wilson, dieron interpretación amplia a los términos vagos de la Constitución [7].

Dejando de lado estas posiciones extremas la práctica

5 V. PRITCHETT, op cit., pp. 437/438.

6 SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino y Comparado*, ed. Plus Ultra, t. 9, 1987, pp. 597-598.

7 V. "Time", 5 de enero de 1968.

ha demostrado, en nuestro país, que en el Poder Ejecutivo reside la verdadera conducción y formulación de la política exterior.

Sus funciones no se limitan a representar protocolarmente a la Nación, ni a la rutina de enviar diplomáticos a otros países ni a recibir a los extranjeros. La realidad ha comprobado que puede comprometer al país internacionalmente y crear obligaciones mediante acuerdos en tiempo de paz, puede, con el acierto y prudencia de su gestión, darle al país una posición ventajosa en el ámbito internacional y, puede, finalmente, llevarlo con sus actos a una situación de guerra.

De ahí que se haya considerado que el desarrollo de los principios constitucionales en el ámbito de las relaciones exteriores puede seguirse más apropiadamente a través de la historia diplomática que del derecho constitucional.

Al intentar establecer cuál es la fuente constitucional de esta autoridad que se extiende mucho más allá de la suma de las funciones particulares mencionadas en la Constitución, ha sostenido C. Herman Pritchett: "La respuesta es que la autoridad sobre las relaciones exteriores es un poder inherente, que se adhiere automáticamente al gobierno federal como entidad soberana, y deriva de la Constitución sólo en cuanto ella es la creadora de aquella entidad soberana" [8].

Como dijo el juez Sutherland en "United States v. Curtis-Wright Export Corporation" (1936) "...la atribución al gobierno federal de los poderes de la soberanía exterior no depende de los otorgamientos afirmativos de la Constitución. Los poderes de declarar y hacer la guerra, concluir la paz, concertar tratados, mantener relaciones diplomáticas con otras soberanías, si nunca hubiesen sido mencionados en la Constitución, hubiesen sido investidos en el Gobierno Federal como concomitancias necesarias de la nacionalidad".

8 V. PRITCHETT, op. cit., p. 437 y ss.

Es necesario, finalmente, señalar que estas facultades no desconocen el principio esencial del régimen republicano que, al mismo tiempo que otorga poderes, impone controles.

El Poder Legislativo sigue siendo el instrumento esencial por el cual el pueblo expresa inquietudes y contiene los excesos de quienes los gobiernan.

3. *Naturaleza y composición del Poder Ejecutivo*

La determinación de la naturaleza del Poder Ejecutivo tiene una relación directa con el rol constitucional de los Ministros. Como funcionarios de la Constitución, sus atribuciones y calidades emanan de la misma y no pueden ser alteradas cualquiera que sea la opinión sobre la relación institucional que los vincula con el Presidente de la Nación, se los considere o no integrantes del órgano ejecutivo.

En el caso del ministro de Relaciones Exteriores no existe ninguna disposición constitucional que lo contemple expresamente, y el artículo de la Constitución de 1853 que establecía los ramos de los respectivos ministerios ha sido sustituido por la enumeración genérica del capítulo correspondiente a los Ministros del Poder Ejecutivo. Sus facultades constitucionales emanan, pues, de lo que determina la misma Constitución para los ministros en general. Las que les corresponden específicamente derivan de la legislación complementaria en el orden interno y de la jurisprudencia y de la costumbre en el orden internacional.

* * *

El Poder Ejecutivo será desempeñado, como lo determina el art. 74 de la Constitución Nacional: "por un ciudadano con el título de Presidente de la Nación Argentina". Poder Ejecutivo y Presidente de la Nación constituyen, pues, una sola entidad.

Si bien es cierto que otras disposiciones constitucionales, particularmente las que se refieren a las atribuciones de los ministros, además de las que corresponden al Congreso, delimitan el ejercicio de las funciones ejecutivas, esas disposiciones no han llegado a cambiar el carácter unipersonal del Poder Ejecutivo fijado por la Constitución.

Aunque pueda parecer redundante, es necesario mencionar los antecedentes patrios que fueron conocidos y tenidos en cuenta por los redactores de nuestra Carta Magna. Los primeros intentos posteriores a la Revolución de Mayo establecieron, por las circunstancias especiales de la época y las características administrativas de la organización virreinal, gobiernos colegiados, los cuales fracasaron porque, con frecuencia, la voluntad de uno de los integrantes de esos cuerpos numerosos prevaleció sobre las otras sin poder evitar, a pesar de ello, los debates y rencillas internas, que impidieron una eficaz acción de gobierno.

Como ha sostenido acertadamente Rafael Bielsa [9], "la estructura y organización del Poder Ejecutivo rara vez se determina y establece en una Constitución, sea por una concepción teórica más o menos seductora, sea por la teoría misma, sea por la experiencia de otros sistemas".

La tradición histórica de un país y sus necesidades reales contribuyen casi siempre a definir las características del sistema político adoptado. Por eso es necesario insistir sobre las experiencias nacionales en que se inspiró nuestra ley suprema.

A partir del acta de la Asamblea General Constituyente del 26 de enero de 1814 que crea el cargo de Director Supremo, persona en quien concentra la *"Suprema potestad ejecutiva"*, este concepto se repite en el Estatuto Provisional del 5 de mayo de 1815, en el Reglamento Provisional del 3 de diciembre de 1817 y en la Constitución de 1819, cuyo Manifiesto aclara: "en la ejecución de las leyes *un centro único* de poder siempre ha sido necesario para que

9 RAFAEL BIELSA, *Derecho Constitucional*, 2ª edición, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1954, p. 492.

ellas sean superiores a todos los obstáculos", agregando, al señalar los peligros de la anarquía, "la *unidad del poder* previene estos inconvenientes".

La Constitución de 1826 constituye, quizás, el antecedente más ilustrativo en que se inspira la Constitución Nacional. Dice al respecto: "El Poder Ejecutivo de la Nación se confía y encarga a *una sola persona,* bajo el título de Presidente de la República Argentina".

La doctrina nacional ha reconocido, en gran parte, esos antecedentes y, al analizar las disposiciones de la Constitución Nacional, se ha inclinado a favor de la tesis del Poder Ejecutivo unipersonal, aunque señalando las características originales de nuestro régimen constitucional que no responde de manera precisa ni al régimen presidencial en sentido estricto ni al régimen parlamentario.

El doctor Juan Antonio González Calderón [10], en un trabajo publicado por la "Revista Argentina de Ciencias Políticas", que recoge una valiosa encuesta sobre la función constitucional de los ministros, expresa: "El Poder Ejecutivo reside en el Presidente, porque en él reside la facultad volitiva y determinante de los actos correspondientes; él es quien solo quiere y quien solo decide de esos actos, aunque para su ejecución se requiera la intervención de otro funcionario dependiente. Los elementos que definen el poder son tres: 1) la voluntad de hacer, 2) la capacidad para hacer y 3) la exclusividad determinante".

"Y bien, ¿en quién residen estos elementos que definen y constituyen el poder? La realidad y la ley lo dicen: en el Presidente, que resuelve producir un acto de gobierno, que tiene capacidad para ello y que puede imponer su voluntad.

Si se pluraliza el poder, es forzoso pluralizar las voluntades determinantes y decisivas de los que lo invisten".

Rafael Bielsa [11], opina, en el mismo sentido: "La forma

10 *Función Constitucional de los Ministros,* por I. RUIZ MORENO y otros, "Revista Argentina de Ciencias Políticas", Buenos Aires, 1911, p. 129. V. asim. JUAN ANTONIO GONZÁLEZ CALDERÓN, *Derecho Constitucional Argentino,* t. III, Ed. Lajouane, Buenos Aires, 1926, p. 279.

11 V. RAFAEL BIELSA, op. cit., p. 491.

unipersonal se justifica por dos ideas que integran la noción de autoridad y que son la *unidad de acción* y la *responsabilidad* del que realiza esa acción".

Linares Quintana [12] califica al Presidente de la Nación como el "único y exclusivo titular del Poder Ejecutivo".

Joaquín V. González [13], expresa: "...desde el año 1813, el Poder Ejecutivo es unipersonal, conforme con la tradición de nuestro sistema de Gobierno y los principios de derecho natural..." y añade: "...el Ejecutivo es principalmente *una acción,* y según las leyes de la naturaleza, la acción es propia de la unidad".

José Manuel Estrada [14] coincide al decir: "El Poder Ejecutivo en la República Argentina es unipersonal" ... "Las razones en que este sistema se apoya —agrega— son varias. Se requieren *unidad y consistencia de miras* en el poder que ha de ejecutar los actos, relacionados con la política, tanto exterior como interior; no menos que *celeridad de acción,* que se perdería sin duda alguna, si estuviera compartido. Además, las responsabilidades, tanto del orden moral, como del orden legal, se hacen más serias, recayendo sobre una sola persona, que recayendo sobre varias".

Agustín de Vedia [15] sostiene esa misma opinión, que es apoyada, entre otros, por Isidoro Ruiz Moreno [16], Rodolfo Rivarola [17] y, más recientemente, Germán Bidart Campos [18].

Con referencia a la posición que acepta la existencia de un Poder Ejecutivo compartido y no unipersonal merecen recordarse, por las reflexiones a que ellas obligan, las opiniones de José Nicolás Matienzo, Carlos Sánchez Viamonte y Miguel S. Marienhoff.

12 V. LINARES QUINTANA, op. cit., p. 632.

13 V. JOAQUÍN V. GONZÁLEZ, *Manual de la Constitución Argentina,* 25ª ed., Buenos Aires, 1959, p. 513.

14 JOSÉ MANUEL ESTRADA, *Curso de Derecho Constitucional,* 2ª edición, Ed. Científica y Literaria Argentina, t. III, Buenos Aires, 1927, p. 263

15 AGUSTÍN DE VEDIA, *Constitución Argentina,* Ed. Coni, Buenos Aires, 1907, p. 497.

16 ISIDORO RUIZ MORENO, *Función Constitucional...,* op. cit., p. 2.

17 RODOLFO RIVAROLA, *Función Constitucional...,* op. cit., p. XXVII.

18 GERMÁN BIDART CAMPOS, *Tratado elemental de Derecho Constitucional Argentino,* t. II, Ediar, 1989, p. 194.

Al comentar el art. 88 de la Constitución Nacional, que establece que "cada ministro es responsable de los actos que legaliza, y solidariamente, de los que acuerda con sus colegas", dice José Nicolás Matienzo [19], "...siendo responsables de todo acto ejecutivo el Presidente y el Ministro que lo firman, no se puede decir, que según el texto de la Constitución, el Poder Ejecutivo esté desempeñado exclusivamente por el Presidente. Combinadas todas estas disposiciones hay que deducir que el Poder Ejecutivo se halla a cargo de un presidente y ocho ministros, ... en actos determinados el Poder Ejecutivo se compone de dos personas: el presidente y el ministro..."

Su argumentación se basa en dos supuestos: 1) que no se puede considerar un artículo de la Constitución aislado de los demás, tal el caso del art. 74, que establece el Poder Ejecutivo unipersonal, sin tener en cuenta los artículos que lo contemplan y limitan; 2) que el sistema de gobierno adoptado por la Constitución argentina es distinto del de Estados Unidos y con referencia a la institución ministerial, se ha inspirado en la Constitución francesa de 1791, que evita el gobierno personal del Jefe del Estado [20].

Carlos Sánchez Viamonte [21], a su vez, sostiene que la Constitución argentina ha adoptado un sistema mixto. "Los ministros integran el Poder Ejecutivo como elementos imprescindibles, y mantienen las relaciones de este poder con el Congreso que, en ellas, asumen las características de tipo Europeo. La Constitución argentina no crea el gabinete de tipo europeo, pero lo esboza, le reconoce personalidad política y le asigna responsabilidad ante el Congreso".

Miguel S. Marienhoff [22], señala que comparte la tesis de quienes sostienen el carácter plural, o por lo menos dual,

19 JOSÉ NICOLÁS MATIENZO, *Lecciones de Derecho Constitucional*, 2ª edición, La Facultad, Buenos Aires, 1926, p. 402.

20 V. asim. JOSÉ NICOLÁS MATIENZO, *Función Constitucional...*, op. cit., p. 177 y ss.

21 CARLOS SÁNCHEZ VIAMONTE, *Manual de Derecho Constitucional*, Ed. Kapelusz, Buenos Aires, 1967, p. 251.

22 MIGUEL S. MARIENHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1965, pp. 497-498.

de nuestro Poder Ejecutivo y agrega "aun en el supuesto de que, haciendo valer sus atribuciones, el Presidente de la Nación separe de su cargo al Ministro que se niegue a refrendar su firma, va de suyo que, por imperio de la Constitución, para la 'regularidad' del acto del Ejecutivo, el Presidente deberá indefectiblemente designar otra persona para que actúe como ministro en el caso dado, lo que significa que esa función, en su expresión escrita, requiere la intervención misma de dos personas: el Presidente y el respectivo Ministro".

Esta opinión del doctor Marienhoff muestra claramente la inconsistencia del argumento de quienes sostienen que el Poder Ejecutivo es unipersonal por la circunstancia de que puede remover sin límites a los ministros que se oponen a refrendar un acto sometido a su firma por el Presidente. Considero que este argumento, por sí solo, no es suficiente para determinar el carácter unipersonal del Poder Ejecutivo porque deja de lado el hecho de que el acto, en sí, para perfeccionarse jurídicamente siempre requiere la firma del o de los ministros, que asumen la responsabilidad especial de compartirlo con el Presidente, conforme a lo dispuesto por la Constitución Nacional.

Quizás la crítica más aguda contra el Ejecutivo colegiado ha sido la formulada por Hamilton, desde *El Federalista* y resumida admirablemente, aunque curiosamente sin citarlo, por Story [23].

"Un ejecutivo débil —sostiene Hamilton— significa una ejecución débil del Gobierno. Una ejecución débil no es sino otra manera de designar una ejecución mala; y un gobierno que ejecuta mal, sea lo que fuere en teoría, en la práctica tiene que resultar un mal gobierno."

Entre las ventajas que dan por resultado la energía del Ejecutivo enumera: la unidad; la permanencia; el proveer adecuadamente a su sostenimiento y poderes suficientes.

23 HALMITON, *El Federalista*, Ed. Española, Fondo de Cultura Económica, México, 1943, p. 304 y ss. V. asim. J. STORY, *Comentarios sobre la Constitución de los Estados Unidos*, trad. Nicolás A. Calvo, Buenos Aires, 1860, t. II, ed. 2ª, pp. 104-105.

"Los actos de un solo hombre se caracterizarán por su decisión, actividad, reserva y diligencia, en un grado mucho más notable que los actos de cualquier número mayor; y dichas cualidades disminuirán en la misma proporción en que el número aumente."

La unidad puede desaparecer atribuyendo el poder a dos o más magistrados o encomendándolo de manera ostensible a un hombre pero sujeto, total o parcialmente, al dominio o cooperación de otros.

Al estudiar los antecedentes históricos sobre la pluralidad del Poder Ejecutivo dice Hamilton que "no nos proporcionan ningún ejemplo de que el Estado haya derivado ventajas especiales de la circunstancia de ser varios los magistrados".

"El Consejo que se agrega a un magistrado, que a su vez es responsable de lo que hace, generalmente no pasa de ser un obstáculo para sus buenas intenciones, muchas veces un instrumento y cómplice de las malas y casi sin excepción un manto que le sirve para encubrir sus faltas".

A su vez señala Story: "Independientemente de las enseñanzas tomadas de la historia, es evidente que una división del Poder Ejecutivo entre varias personas, multiplicará las divisiones y producirá la movilidad en los consejos.

Si dos personas están revestidas del mismo empleo con una dignidad y autoridad iguales, muchos peligros hay que temer de los celos y quizá de la antipatía personal.

Se pueden hacer las mismas objeciones, menos fuertes sin embargo, contra la organización de un consejo ejecutivo. La gran diversidad de vistas y de opiniones, imprimiría siempre una dirección débil e incierta al Poder Ejecutivo. Otra objeción seria en un gobierno republicano es que, una división semejante del Poder Ejecutivo, tiende a ocultar las faltas y a destruir toda responsabilidad".

Debemos agregar que el significado de la palabra "ejecutivo", de ejecutar: "Qué no da espera ni permite que se difiera a otro tiempo la ejecución" está dando el argumento más sólido en favor de la unidad de conducción.

Las dudas que crean las distintas opiniones de quienes ejercen el poder, se traducen casi siempre en perjuicios irremediables para la marcha de los negocios y, particularmente, para la gestión externa del país.

Es necesario que la ejecución, perdonesemé la redundancia, sea ejecutiva y centralizada. Cuanto más claras y definidas estén las facultades de cada uno de sus órganos mayor será la eficacia de sus resoluciones.

4. *Atribuciones en el derecho internacional*

Para el derecho internacional, según Oppenheim y Lauterpacht, el Jefe de Estado, en su condición de órgano y representante principal de la Nación, actúa en la vida de relación internacional en nombre del Estado, de tal suerte que todas sus acciones de trascendencia jurídica internacional se consideran como actos del propio Estado [24].

Es el único canal de comunicación entre su país y las naciones extranjeras, sostiene Jefferson, y es a través de él solamente que las naciones extranjeras o sus agentes deben saber cuál es o ha sido la voluntad de la Nación.

El origen del cargo, así como el título y las atribuciones del Jefe del Estado, dice Podestá Costa [25], están regidos por el derecho interno.

"Estas materias, agrega, son ajenas al derecho internacional, para éste el Jefe de Estado es la persona que encabeza el poder público, *cualquiera que sea el título que invista, el método para su adquisición, el alcance de sus atribuciones y la forma de su desempeño.*"

De órgano central para las relaciones exteriores lo califica Verdross [26], si se tiene en cuenta que los Estados se presentan hacia afuera como unidades de voluntad y de acción.

24 M. A. OPPENHEIM y H. LAUTERPACHT, *Tratado de Derecho Internacional Público*, trad. esp. Bosch Casa Editora, Barcelona, 1961, t. 1, vol. 11, p. 333.

25 L. A. PODESTÁ COSTA y JOSÉ MARÍA RUDA, *Derecho Internacional Público*, TEA, 1, 1979, p. 588.

26 ALFRED VERDROSS y KARL ZEMANEK, *Derecho Internacional Pública*, trad. esp., Aguilar, Madrid, 1963, p. 250.

Este calificativo se impone al Jefe de Gobierno y al Ministro de Asuntos Exteriores a los que pueden asociarse otros ministros quienes, en conjunto, constituyen el gobierno en sentido amplio.

Es importante señalar que al derecho internacionl sólo le interesa quién ejerce el poder político en todo el territorio del Estado, sea un gobierno legal o "de jure" o un gobierno "de facto". En consecuencia el derecho internacional considera órgano supremo de un Estado a la persona o grupo que ejerce el señorío efectivo del Estado.

Esta posición es prácticamente compartida por todos los tratadistas de la materia y ha sido aceptada, sin mayores controversias, en las relaciones y compromisos entre los Estados, porque se considera que indagar más allá de los límites de la representación de un poder efectivo provocaría una situación de inseguridad en el orden internacional.

Por supuesto que nadie espera que el Jefe del Estado deba requerir instrucciones de otros órganos del gobierno de su país para poder actuar en el plano internacional y, menos aún, para entablar conversaciones previas a cualquier convenio. No se trata, desde ya, de interpretaciones recientes sobre el ejercicio de esas facultades por el Poder Ejecutivo sino de posiciones generalmente aceptadas en los regímenes jurídicos de los diferentes países, que reconocen como función privativa del Poder Ejecutivo el manejo de las relaciones internacionales [27].

El problema que se puede plantear es que una gestión realizada y concluida con intervención personal del Jefe de Estado sea desaprobada por algún órgano interno.

De ahí que hoy día no se puede aceptar con un sentido tan lato la representación ilimitada que Von Liszt le atribuye al Jefe de Estado y que resulte conveniente, para quie-

[27] V. asim. MIGUEL CRUCHAGA TOCORNAL, quien al referirse a un debate del senado chileno, en 1898, recuerda que durante el mismo se manifestó que "el Congreso Nacional no podía fijar rumbos al Presidente de la República en el manejo de las relaciones internacionales, pues esta función es privativa del Jefe del Poder Ejecutivo", *Nociones de Derecho Internacional*, 3ª ed., t. I, Madrid, 1923, p. 454

nes negocian, tener en cuenta los trámites constitucionales a que deben sujetarse las partes.

Según afirma Corwin [28], en los Estados Unidos el presidente goza de todos los poderes que los hechos de las relaciones internacionales pueden, en cualquier momento, tornar convenientemente aplicables si la Constitución no los confiere en términos claros a otro órgano. Corrientemente esto significa que es a él a quien corresponde la iniciativa en el campo exterior. En consecuencia él puede hacer frente a los otros departamentos, y al Congreso en particular, con hechos consumados a voluntad, aunque, por otra parte, el Congreso no está obligado a secundar esos hechos o a apoyar los planes a que den lugar.

No obstante lo expuesto, y a pesar de la importancia que reviste el orden constitucional interno, sostiene Hildebrando Accioly [29], en la determinación de las atribuciones de los distintos poderes del Estado, la autoridad del Jefe de Estado resulta, casi siempre, decisiva en el manejo de la gestión internacional. Algunos autores como Cavaglieri, Salvioli, Balladore-Pallieri, consideran que, ante el derecho internacional, todos los actos practicados por un Jefe de Estado en calidad de tal, en las relaciones con otros Estados, todas las manifestaciones de voluntad por él expresadas en ese carácter, deben siempre atribuirse al propio Estado, esté o no en contradicción con su derecho constitucional. En verdad, la presunción es siempre en este sentido.

Y ello es así porque, a pesar de los cambios ocurridos, todavía siguen teniendo vigencia las palabras de John Marshall, pronunciadas en 1799: "El presidente es el único órgano de la Nación en sus relaciones exteriores y su único representante ante las naciones extranjeras".

28 EDWARD S. CORWIN, *The President - Office and Powers*, trad. esp., Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, p. 202.

29 HILDEBRANO ACCIOLY, *Tratado de Derecho Internacional Público*, trad. esp., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958, pp. 465/466 (2).

CAPÍTULO II

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

Ahora bien, para delimitar el alcance de esas atribuciones es oportuno considerar, con atención, la opinión de la Corte Internacional de Justicia sobre la representatividad del Jefe del Estado y del Ministro de Relaciones Exteriores en el orden internacional y las consecuencias jurídicas de sus declaraciones y actos. Resulta indiferente, como expresé con anterioridad, que estas consideraciones se refieran al Jefe del Estado o al Ministro de Relaciones Exteriores, quien actúa en su nombre y con su consentimiento y obliga al Estado con las mismas consecuencias, siempre que lo haga dentro de los límites de su competencia.

* * *

Un asunto que motivó la intervención del Alto Tribunal internacional, y se ha convertido en clásico en esta materia, es el que se refiere al litigio entre Noruega y Dinamarca respecto a la soberanía sobre Groenlandia Oriental [30].

30 PCIJ Series A/B, Nro. 53, p. 73, April 5, 1933.

V. Asim. INGO VON MÜNCH: *Encyclopedia of Public International Law*, Published under the auspices of the Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law under the direction of Rudolf Bernhardt; *Decisions of International Courts and Tribunals and International Arbitrations*. North-Holland Publishing Company, Amsterdam-New York-Oxford, 1981, pp. 81 a 84. En este trabajo de von Münch se hace un estudio histórico sobre los orígenes del conflicto. Es muy importante la bibliografía citada sobre el Caso de Groenlandia Oriental, que transcribo:

Después de la primera guerra mundial, el Gobierno de Dinamarca deseaba obtener reconocimiento universal de su soberanía sobre la totalidad del territorio de Groenlandia. Al mismo tiempo el Gobierno de Noruega deseaba que se reconociera su soberanía sobre las islas de Spitzbergen.

El gobierno danés convino, entonces, con el gobierno noruego, apoyar su reclamo si ese gobierno, a su vez, reconocía el reclamo de Dinamarca.

Para concretar ese objetivo el representante diplomático de Dinamarca solicitó oficialmente al ministro de Asuntos Exteriores de Noruega señor Ihlen, una declaración de su gobierno reconociendo la extensión de los derechos de soberanía de su país sobre Groenlandia Oriental.

El ministro Ihlen, después de solicitar un plazo para contestar, y luego de consultar a su gobierno, dio una respuesta oral, que fue registrada en una minuta, informando al representante de Dinamarca que el Gobierno noruego no

---

— *Legal Status of Eastern Greenland,* Judgment, PCIJ, Series A/B, Nº 53 (1933) 22-147.
— *Legal Status of Eastern Greenland,* PCIJ, Series C., Nros. 62-67.
— *Legal Status of the South-Eastern Territory of Greenland,* Orders, PCIJ, Series A/B, Nº 48 (1932) 268-289; Order, PCIJ, Series A/B, Nº 5 (1933) 157-159.
— *Legal Status of the South-Eastern Territory of Greenland,* PCIJ, Series C, Nº 69.
— F. CASTBERG, *Le conflit entre le Danemark et la Norvège concernant le Groenland,* "Revue de Droit international et de législation comparée,", vol. 51 (1924) 252-273.
— E. WOLGAST, *Die dänish-norwegische Grönlandfrage,* Zeitschrift für internationales Recht, vol. 31 (1924) 141-153.
— J. BULL, *La question de la souveraineté sur le Groenland oriental,* "Revue de droit international et de législation comparée", vol. 56 (1929) 572-605.
— K. BERLIN, *Denmark's Right to Greenland* (1932).
— L. PREUSS, *The Dispute between Denmark and Norway over the Sovereignty of East Greenland,* AJIL, vol. 26 (1932) 469-487
— J. SKEIE, *La question du Groenland* (1932).
— E. WOLGAST, *Die Grönlandfrage,* "Zeitschrift für öffentliches Recht", vol. 21 (1932) 329-385.
— G. COHN, *Statut juridique du Groenland oriental,* "Revue de droit international et de législation comparée", vol. 60 (1933) 557-571.
— C. C. HYDE, *The Case Concerning the Legal Status of Eastern Greenland,* AJIL, vol. 27 (1933) 732-738.
— W. HAVER, *Wurde Ostgrönlad durch Dänemark in dem Zeitraum von 1921 bis 1931 okkupiert?* (1937).
— E. HAMBRO, *The Ihlen Declaration Revisited,* in: "Grundprobleme des internationalen Rechts, Festschrift für Jean Spiropoulos" (1957) 227-236.
— O. SVARLIEN, *The Eastern Greenland Case in Historical Perspective* (1964).

se opondría al reconocimiento requerido por el Gobierno danés.

La Corte Internacional de Justicia resolvió, el 5 de abril de 1933, que esa declaración hecha por el Ministro noruego revestía carácter obligatorio y rechazó los reclamos posteriores del Gobierno de ese país que pretendían negar validez al pronunciamiento. El Tribunal consideró que más allá de toda disputa, una respuesta de esta naturaleza dada por el Ministro de Asuntos Exteriores, en representación de su Gobierno, respondiendo a un requerimiento por un diplomático representante de un gobierno extranjero, sobre una cuestión de su competencia, era obligatoria para el país al cual el Ministro pertenece.

Es interesante, sobre este tema, recordar la opinión del Juez Anzilotti [31], cuya autoridad la reviste de especial significado.

Dice al respecto: "Debe ser reconocido que la práctica constante y general de los Estados ha sido investir al Ministro de Asuntos Exteriores —agente directo del Jefe de Estado— con autoridad para hacer declaraciones sobre asuntos corrientes a los representantes diplomáticos extranjeros y en particular informarles sobre la actitud que adoptará el gobierno —en cuyo nombre él habla— en un asunto determinado. Declaraciones de esta naturaleza son obligatorias para el Estado.

Con referencia a la cuestión de si el derecho constitucional noruego permitió al Ministro de Asuntos Exteriores de Noruega hacer la declaración, este es un punto que no le concierne al Gobierno danés. Era el deber del señor Ihlen abstenerse de dar su respuesta hasta tanto hubiese obtenido cualquier consentimiento que pudiese ser requerido por las leyes noruegas".

En este caso, la opinión unánime de la Corte determinó que las seguridades dadas por un Ministro de Asuntos

31 EDUARD HAMBRO, *Ihlen declaration revisited, Foundamental problems of International Law,* by Jean Spiropoulos, Schimmelbusch and Co., Bonn, pp. 229-230.

Exteriores dentro de su competencia comprometen a su Estado. Mas aún, esta declaración, como se ha comentado, ha "caído en la historia en la forma más absoluta y categórica".

Georg Schwarzenberger [32], dice sobre ella; "Aunque es controvertible, tiene autoridad la opinión que, en derecho internacional, la presunción es en favor del poder ilimitado del Jefe de Estado para asumir obligaciones internacionales en nombre del Estado que representa. A juzgar por la decisión de la Corte Permanente de Justicia Internacional en el caso de Groenlandia Oriental entre Dinamarca y Noruega (1933) *la misma presunción se aplica a los actos de un Secretario de Asuntos Exteriores,* quien es considerado el principal asistente del Jefe de Estado en la esfera internacional".

En un interesante trabajo de Eduard Hambro [33], dedicado a analizar el caso que comentamos, considera que los miembros de la Corte quizás han ido un poco más lejos de lo estrictamente necesario al atribuir valor absoluto a las declaraciones de los ministros de Relaciones Exteriores.

Para apreciar este fallo en su justo valor, conviene recordar la forma en que se produjo y los hechos que lo motivaron, sobre todo si se tiene en cuenta que, prácticamente, la mayoría de los internacionalistas que lo citan como "leading case" en la materia, no los mencionan o lo hacen solamente en forma parcial.

Es necesario considerar:

1. No fue una manifestación del ministro de Asuntos Exteriores de Noruega, señor Ihlen, en una conversación informal sino ante un requerimiento oficial del representante de Dinamarca.
2. Antes de formular esa declaración había sido informado por el representante danés de que el reconocimiento por Noruega de los derechos de Dinamarca sobre Groenlandia estaba ligado al reconocimiento

32 Cit. E. HAMBRO, op. cit., p. 230.
33 E. HAMBRO, op. cit.

por Dinamarca de los derechos de Noruega sobre Spitzbergen.

3. El Ministro Ihlen había solicitado un plazo para contestar, expresando que no podía dar una respuesta "motu proprio".
4. Después de ocho días y de haber discutido la cuestión con el gabinete de su país dio una contestación del Gobierno noruego, conforme con la demanda danesa y sin formular reservas.
5. El Ministro noruego sabía que el Gobierno de Dinamarca cumpliría su compromiso y daría, inmediatamente después, una respuesta definitiva a la Conferencia de la paz, apoyando los derechos de Noruega sobre Spitzbergen.
6. Con posterioridad a la solución del asunto de Spitzbergen, el Ministro Ihlen, por su propia iniciativa, en una entrevista con el nuevo representante diplomático de Dinamarca, había expresado claramente que consideraba solucionada la cuestión de Groenlandia conforme con los deseos de Dinamarca. Este hecho muestra que el Ministro noruego consideraba su respuesta a la gestión del representante danés como una declaración definitiva y obligatoria en nombre de su Gobierno.

Podríamos decir, de nuevo con Hambro, que esta resolución es obligatoria únicamente en su parte operativa y solamente para las partes involucradas en el juicio. Sin embargo las circunstancias que motivaron este juicio y las conclusiones del mismo mantienen actualidad y trascienden el interés de un litigio determinado constituyendo un caso de creación de derecho consuetudinario a través de un caso judicial.

Una razonable interpretación conduce al resultado de que un Ministro de Relaciones Exteriores tiene el mismo poder que el Jefe del Estado y está obligado por las mismas limitaciones constitucionales. Dentro de estos límites un

pronunciamiento oral solemne tiene el mismo efecto que una promesa escrita.

Uno de los más importanes fallos de la Corte Internacional de Justicia es el que trató, en 1974, el caso de los ensayos nucleares atmosféricos de Francia en la región del Pacífico Sur con motivo de la demanda promovida por el Gobierno de Australia requiriendo que se ordenara la cesación de esos ensayos [34].

Este fallo tuvo en cuenta declaraciones formuladas por el Presidente de Francia y los ministros de Asuntos Exteriores y de Defensa, y las obligaciones que de ellas se derivaron para el Estado francés [35].

Lo que resulta novedoso en este caso es que esas declaraciones fueron posteriores a la iniciación del juicio y, más aún, producidas después de la clausura del procedimiento oral.

Considero de interés recordar algunos de los principales argumentos de la Corte. En primer lugar advierte que el demandante mismo ha admitido implícitamente que hechos posteriores a la demanda podrían ser pertinentes cuando ha llamado la atención del tribunal sobre un comunicado de la presidencia de la república francesa y presentado observaciones sobre el mismo.

Este comunicado, del 8 de junio de 1974, expresaba que "en vista del punto alcanzado en la ejecución de su programa de defensa en medios nucleares, Francia estará en posición de pasar a la etapa de las explosiones subterráneas tan pronto se complete la serie de experiencias previstas".

Copia del mismo fue trasmitido con una nota de la Embajada de Francia en Camberra al Departamento de Asuntos Exteriores de Australia y traído a la atención de la Corte en el transcurso del procedimiento oral.

34 I.C.J., Reports 1974; "Australia v. France-Nuclear Tests (judgment)", pp. 263-272.

35 Declaraciones del Presidente de Francia, en una reunión de prensa (25 de julio de 1974); del Ministro de Defensa, en una entrevista de televisión (16 de agosto de 1974); del Ministro de Asuntos Exteriores, en la Asamblea General de las Naciones Unidas (25 de septiembre de 1974) y una nueva declaración del Ministerio de Defensa (11 de octubre de 1974).

Con posterioridad las autoridades francesas hicieron una serie de declaraciones públicas sobre el mismo asunto referidas a nuevos ensayos que fueron consideradas por la Corte apropiadas para evaluar la interpretación de los documentos anteriores presentados por el demandante, y determinar si consagraban un cambio en las intenciones de Francia relativas a su comportamiento futuro.

Dijo la Corte al respecto: "Es verdad que estas declaraciones no han sido hechas ante la Corte pero son del dominio público, son conocidas del gobierno australiano. Es necesario, agregó, examinar todas estas declaraciones, tanto la que se trajo a la atención de la Corte en julio de 1974 como aquellas que se hicieron posteriormente".

"...Aunque como órgano judicial la Corte es consciente del principio expresado en la máxima *audi alteram partem,* no piensa que ese principio le impida tomar en consideración declaraciones posteriores al procedimiento oral y que se limitan a completar y reforzar puntos ya discutidos durante este proceso, declaraciones que el demandante no puede ignorar. Pues el demandante habiendo presentado observaciones sobre las declaraciones hechas por las autoridades francesas tanto antes o después del procedimiento oral, puede razonablemente esperar que la Corte trate sobre esta materia y arribe a sus propias conclusiones sobre el sentido y los efectos de esas declaraciones. La Corte, habiendo tomado nota de las observaciones del demandante y estimando innecesario consultar a las partes sobre la base de su decisión, considera que no serviría a propósitos útiles reabrir el procedimiento oral".

Al referirse a la naturaleza de esas declaraciones expresó el tribunal internacional: "Está reconocido que declaraciones que revisten la forma de actos unilaterales concernientes a situaciones de derecho o de hecho pueden tener por efecto crear obligaciones jurídicas. Declaraciones de esta naturaleza pueden tener y tienen a menudo un objeto muy preciso. *Cuando el Estado, autor de la declaración, considera estar ligado conforme a sus términos, esta intención confie-*

re a su toma de posición el carácter de un compromiso jurídico, debiendo el Estado interesado seguir una línea de conducta conforme a su declaración. Un compromiso de esta naturaleza, declarado públicamente y con la intención de ajustarse a él, aun fuera del cuadro de las negociaciones internacionales, tiene efecto obligatorio".

Dijo en otro párrafo: "En lo que se refiere a la forma, conviene observar que no es un dominio en el cual el derecho internacional impone reglas estrictas o especiales. Que una declaración sea verbal o escrita no entraña ninguna diferencia esencial, pues estas declaraciones hechas en circunstancias particulares pueden crear compromisos en derecho internacional sin tener que ser consignadas necesariamente por escrito".

Agregó más adelante: "...Es claro que las más importantes son las del Presidente de la República ... no hay dudas que las comunicaciones o declaraciones públicas, verbales o escritas, que emanan de él como Jefe de Estado, representan en el dominio de las declaraciones internacionales actos del Estado francés. Estas declaraciones y *las de los miembros del Gobierno francés, actuando bajo su autoridad ... deben ser consideradas como un todo.* Así, cualquiera que haya podido ser la forma, corresponde considerarlas como un compromiso del Estado..."

"Las declaraciones unilaterales de las autoridades francesas han sido hechas públicamente, fuera de la Corte y *erga omnes,* aunque la primera de ellas fue comunicada al gobierno de Australia.

"Como se ha observado antes, para que estas declaraciones tengan efecto jurídico, no ha sido necesario que ellas fuesen dirigidas a un Estado particular ni que un Estado cualquiera manifieste su aceptación.

"...La validez de ellas y sus consecuencias jurídicas deben ser consideradas, en el cuadro general de la seguridad de las relaciones internacionales y de la confianza mutua tan indispensable en las relaciones entre Estados".

"Uno de los principios básicos que presiden la crea-

ción y la ejecución de obligaciones jurídicas, cualquiera que sea la fuente, es el de la buena fe. La confianza recíproca es una condición inherente de la cooperación internacional, sobre todo en una época donde, en muchos dominios, esta cooperación es de más en más indispensable".

En otro fallo ("Estados Unidos v. Irán". "Personal diplomático y consular" 1981) [36] la Corte determinó que todos los asuntos expuestos en cartas del Ministro de Asuntos Exteriores de Irán, si son invocados en procedimientos legales, deben ser claramente establecidos para satisfacción del tribunal con toda la prueba alegada.

En el fallo sobre actividades militares y paramilitares entre Nicaragua y los Estados Unidos de 1986 [37], al considerar declaraciones del Ministro de Relaciones Exteriores y del Viceministro del Interior de Nicaragua y el affidavit del Secretario de Estado de los Estados Unidos, la Corte expresó que ellas pueden envolver efectos legales, algunos de los cuales ya se han definido en decisiones previas (Nuclear Test, United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran cases): "Entre los efectos legales que tales declaraciones pueden tener es que ellas pueden ser consideradas como evidencia de la verdad de los hechos, como evidencia de que tales hechos son atribuibles a los Estados de las autoridades autoras de esas declaraciones y, en menor grado, como evidencia para la calificación legal de esos hechos".

Me he detenido especialmente en estos importantes fallos de la Corte Internacional de Justicia porque ellos tienen una excepcional trascendencia para determinar el valor de las declaraciones públicas, sean del Jefe del Estado, del Ministro de Relaciones Exteriores o de cualquier otro funcionario debidamente autorizado, como creadoras de obligaciones para el propio Estado en sus relaciones internacionales.

36 I.C.J., Reports 1981, "United States of America v. Iran, Diplomatic and Consular Staff (judgement)", p. 38.

37 I.C.J., Reports 1966, "Nicaragua v. United States of America-Military and Paramilitary Activities (judgement)", p. 43.

Será posible de este modo a través de la opinión autorizada del más alto tribunal de justicia internacional, encuadrar esas actuaciones dentro de límites jurídicos, superando, así, las opiniones emanadas únicamente de la doctrina.

Si se tiene en cuenta la frecuencia con que hoy día formulan declaraciones o asumen compromisos públicos, particularmente los jefes de Estado y los ministros de Relaciones Exteriores, la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia contribuye a crear normas precisas de derecho internacional fijando las modalidades requeridas para que esos hechos puedan comprometer al Estado que representan.

Es necesario, finalmente, considerar, en particular, los casos relativos a la concertación de tratados.

Una vez más resulta importante partir de la autorizada opinión de Oppenheim, quien expresa: "Aun cuando los Jefes de Estado sean regularmente, con arreglo al derecho internacional, los órganos competentes para ejercer la potestad de ajustar tratados en nombre de sus Estados respectivos, los acuerdos concertados por ellos, o por cualquier otro órgano facultado para actuar en nombre del Estado, que infrinjan las limitaciones constitucionales en vigor, no obligan al Estado interesado.

"..A pesar de la regla general antes enunciada, la cuestión relativa a los efectos del incumplimiento de las limitaciones constitucionales, no deja de tener sus dificultades".

"En realidad, existe cierto fundamento en la afirmación de que la seguridad de las relaciones internacionales puede verse comprometida si los Estados negociadores no deben depositar su confianza en la competencia manifiesta de los órganos estatales del otro país encargados de asumir sus obligaciones, a veces oscuras, e inciertas, del Derecho constitucional de la otra u otras partes contratantes. No se puede esperar, tampoco, de las partes negociadoras que asuman la función de un árbitro en las cuestiones discutibles del Derecho constitucional de la otra parte, o pongan en tela de juicio la autoridad del órgano que la representa.

Por otra parte, es preciso atribuir el valor debido —y probablemente, decisivo— al principio que proclama que el Estado no queda obligado por los actos realizados por aquellos de sus órganos que han actuado sin autorización suficiente para ello o se han excedido en el ejercicio de sus facultades. Sin embargo, este principio no ha de ser aplicado en forma tal que permita a los gobiernos conducirse de manera perjudicial para la integridad de los tratados y de las obligaciones contraídas de buena fe. Por esta razón, aunque el tratado sea anulable a petición del Estado interesado, si ha sido estipulado desatendiendo los límites de su Derecho y práctica constitucionales, debe considerarse que el Estado en cuestión ha renunciado a su facultad de invalidar el tratado cuando haya dejado transcurrir, sin hacerlo, un largo período, o haya actuado ya de conformidad con él u obtenido beneficios del mismo. Además, cuando el tratado deba estimarse inválido por causa del incumplimiento de las limitaciones constitucionales de una de las partes contratantes, el principio general exige hacer responsable de los daños ocasionados a la otra parte contratante si no se puede pensar correctamente que esta última haya tenido conocimiento de las limitaciones constitucionales en vigor".

Este es esencialmente el criterio de la gran mayoría de los autores [38].

Por otra parte, sería necio desde el punto de vista del derecho internacional, insistir en la validez de un tratado que siendo constitucionalmente nulo podría resultar inefectivo en la mayoría de los casos y quizás incapaz de ejecución: (v. *Limitations on the Treaty-Making Power*, p. 151).

38 OPPENHEIM, etc., op. cit., pp. 477, 479 y 480, nota 31.

CAPÍTULO III

EL ROL DEL MINISTRO

1. *Derecho interno*

A) *Atribuciones Constitucionales*

La Constitución Nacional dispone que ocho ministros secretarios tendrán a su cargo el despacho de los negocios de la Nación y refrendarán y legalizarán los actos del presidente por medio de su firma, sin cuyo requisito carecen de eficacia. Una ley especial deslindará los ramos del respectivo despacho de los ministros (artículo 87).

Este artículo, juntamente con el artículo 88, adquiere una importancia singular porque no sólo ha servido para determinar la naturaleza del Poder Ejecutivo sino, además, para establecer la función constitucional de los ministros.

"Refrendar" que viene de "refrendo" es, según el diccionario de la Real Academia, autorizar un despacho u otro documento por medio de la firma de persona hábil para ello. "Refrendo", a su vez, (en su tercera acepción) es la firma puesta en los decretos al pie de la del Jefe del Estado por los ministros que así completan la validez de aquéllos [39].

39 V. asim. ROQUE BARCIA, *Primer Diccionario General Etimológico de la lengua española*, t. IV, recuerda que la palabra viene del catalán: *refrendar, refrendario*. Sobre esta última dice: el que con autoridad pública refrenda o firma después del superior algún despacho. *Etimología*: latín *Referendarius*, oficial que firma los despachos después del superior, gerundio de *referre*, referir, por referirse al sello o contraseña en que consiste la refrendación, o bien a la firma del jefe. Catalán, *refrendari*.

"Legalizar" según la misma fuente, significa dar estado legal a una cosa, comprobar y certificar la autenticidad de un documento o de una firma.

Agustín de Vedia [40] sostiene que refrendar un acto es hacer constar su existencia pero no constituirlo, ni darle la autoridad que tiene en sí mismo. La legalización es la constancia formal de que el Presidente está asistido de un Ministro, que lo ha asesorado y que es también responsable de la medida oficial. De esta formalidad depende la eficacia del acto.

Es oportuno recordar la opinión de Sarmiento, en la Convención de 1860, a propósito de una enmienda al anterior artículo 86: "La requisita firma del Ministro significa que estaba presente el Ministro, que esa firma es realmente la del Presidente, y que es legal lo que el Presidente ha firmado, puesto que se constituye responsable del acto del Ministro que lo acompaña" [41].

A pesar del significado preciso de los términos y de las opiniones invocadas debemos advertir que lo dispuesto en este artículo no constituye un requisito puramente formal.

La participación del Ministro no se circunscribe a cumplir el rol del notario, dar fe del contenido y de las formas de un acto.

Su función, por ser de naturaleza constitucional, debe ser estudiada en conjunto con las otras disposiciones de la Ley Suprema, particularmente las insertadas en el mismo capítulo y en los artículos referentes a las atribuciones del Poder Ejecutivo y del Poder Legislativo.

Dada su condición de funcionario con responsabilidad propia, al acompañar con su firma al Presidente, se presupone que lo hace con conciencia y conocimiento del alcance del documento que firma, con la convicción de que las medidas propuestas, generalmente emanadas del Ministerio a su cargo, son convenientes y útiles para el país. No sólo da

[40] AGUSTÍN DE VEDIA, *Constitución Argentina*, Ed. Coni, Buenos Aires, 1907, p. 497.

[41] Convención del Estado de Buenos Aires, sesión del 7 de mayo de 1860.

fe sino que respalda el acto del Presidente con su jerarquía moral y su autoridad en el tema de que se trata. Un decreto del Poder Ejecutivo, con la firma del Ministro del ramo, contiene en sí, con las formas requeridas por la Constitución, las garantías posibles de competencia y acierto, en una materia dada.

Como señala acertadamente Raymundo Wylmart, "si legalizar o refrendar actos, responsabiliza por esos actos, es que esas palabras no tienen ahí el sentido de un 'ante mí' o de un 'doy fe', sino el alcance de ser suyo y propio el acto por cuyo contenido intrínseco se contrae responsabilidad. Todos los actos de gobierno, cada uno de ellos, sin excepción deben ser acordados por los ministros reunidos y solidariamente responsables. Los actos de gobierno son todos suscriptos por un ministro, todos son cubiertos por su responsabilidad característica, especial, consignada sólo respecto de los ministros y que no puede ser una confusa repetición de parte de lo dicho en general al hablar de juicio político" [42].

Para destacar, aún más, que su participación no consiste solamente en el acto formal de certificar la firma y la presencia del Presidente, conviene recordar que es usual en nuestro país que el Ministro entregue al Presidente el texto del proyecto de decreto o ley ya firmado por aquél y recién, con posterioridad, lo firma el propio Presidente. Todo lo contrario de la gestión del notario que debe firmar en último término dando fe de todo lo actuado.

En muy raras ocasiones los Ministros firman en presencia del Presidente y ello puede ocurrir en los llamados comúnmente "acuerdos de Gabinete", y aun en estos casos, lo hacen en primer término, si bien este hecho puede atribuirse a razones protocolares o de cortesía.

El artículo que comentamos debe estudiarse en relación directa con el que dispone que cada Ministro es responsable de los actos que legaliza y solidariamente de los que acuerda con sus colegas (art. 87).

42 RAYMUNDO WYLMART, *Función Constitucional...*, op. cit., pp. 63-65.

La responsabilidad a que se refieren ambas disposiciones es, precisamente, la que emana de la condición de Consejero del Poder Ejecutivo. No se trata de simples actos ministeriales pues los ministros carecen de autoridad propia, sino de responsabilidad que en las medidas presidenciales incumbe a los secretarios que las aconsejaron [43]. De ahí que, como sostiene Raúl Orgaz [44]; "El ministro que refrenda una resolución presidencial se hace política, civil o criminalmente responsable de ese hecho. Su responsabilidad, por otra parte, es separable de la del Presidente" [45].

Según comenta Alberto Demicheli [46]; "Históricamente el refrendo se vincula a una cuestión política de fondo: la limitación del poder real. Con fines semejantes lo adoptamos aquí, asociándolo al requisito de la responsabilidad de los Ministros para atenuar en lo posible el personalismo presidencial".

"...El refrendo crea una verdadera bipersonalización del poder, con doble competencia en su ejercicio práctico. No basta que el presidente quiera un acto de gobierno; sin el acuerdo del ministro su querer será jurídicamente inexistente, quedando en mero propósito. Para que el acto cobre vida, es absolutamente menester que nazca junto con el otro elemento distinto: la responsabilidad del ministro que lo autoriza. Es esta la esencia, el fundamento mismo de la cuestión. Sin ella, la injerencia del ministro sería puramente formal, al quedar amparado ... por la eximente de obediencia debida. El verdadero control no surge del refrendo en sí, sino de su correlativa responsabilidad inherente".

No se puede pretender que el Presidente domine todos los temas que deba resolver. De ahí la disposición constitucional que lo autoriza a pedir a los jefes de todos los

43 V. DE VEDIA, op. cit., p. 502.

44 V. RAÚL A. ORGAZ, op. cit., *Función Constitucional...*, pp. 165-166.

45 V. RODOLFO RIVAROLA, *Diccionario Manual de Instrucción Cívica y Práctica Constitucional Argentina*, pp. 408-410.

46 V. ALBERTO DEMICHELI, *El Poder Ejecutivo: génesis y transformaciones*, Montevideo, 1950, párr. 52, pp. 51-52, párr. 54, p. 64, cit. LINARES QUINTANA, op. cit., t. IX, p. 640.

ramos y departamentos de la administración, y por su conducto a los demás empleados, los informes que crea conveniente, y que ellos son obligados a dar (art. 86, inc. 20).

Justamente esta necesidad es la que ha determinado la creación de los Ministerios o Secretarías.

Como se ha sostenido, desde que la Constitución hace de los ministros verdaderos funcionarios de Estado, jefes de administración en su ramo, supone también esa responsabilidad con relación a los actos mismos: por la conducta o actos políticos, y por los delitos privados comunes ante la justicia ordinaria. Esto, aparte de la responsabilidad inmediata y directa ante el Presidente [47].

La Constitución dispone, asimismo, que los ministros no pueden por sí solos, en ningún caso, tomar resoluciones, a excepción de lo concerniente al régimen económico y administrativo de sus respectivos departamentos (art. 89).

De lo expuesto surge que los ministros están autorizados únicamente a dictar por sí solos las que se "denominan" "resoluciones ministeriales" cuyos efectos se circunscriben al ámbito de la propia administración pública, contrariamente a los decretos que tienen el alcance de leyes en sentido substancial [48].

Queda así en evidencia, una vez más, el alcance de las disposiciones legales dictadas por el Poder Ejecutivo, con la participación ministerial, que deben considerarse actos de aquél, es decir, del Presidente de la Nación.

En otros artículos de la Constitución se establece la obligación de presentar, luego que el Congreso abra sus sesiones, una memoria detallada del Estado de la Nación, en lo relativo a los negocios de sus respectivos departamentos (art. 90), la prohibición de ser senadores o diputados, sin hacer dimisión de sus empleos de ministros (art. 91), la facultad de concurrir a las sesiones del Congreso y tomar parte en sus debates, pero no votar (art. 92).

47 V. JOAQUÍN V. GONZÁLEZ, op. cit., p. 560.
48 V. BIELSA, op. cit., p. 537.

Y finalmente, que los mismos gozarán de un sueldo establecido por la ley, que no podrá ser aumentado ni disminuido en favor o perjuicio de los que se hallan en ejercicio (art. 93).

La Constitución no contiene disposiciones que establezcan requisitos esenciales para la designación de los ministros.

Se atiene en ello a lo establecido en el artículo 16 que determina, con carácter general, que la idoneidad es la única condición para ser admisible en los empleos.

En muchas ocasiones se han omitido las exigencias mínimas en las designaciones de los ministros dándose el caso paradójico, de que, lo que constituye una obligación en otras ramas del gobierno, no se ha tenido en cuenta para los cargos de mayor jerarquía.

Con el propósito de suplir, en parte, esas omisiones, el ministro de Justicia propuso en 1979 que las inhabilitaciones previstas para el ingreso a la Administración Pública Nacional, también fueran aplicables a los ministros, secretarios de Estado, secretarios de la Presidencia de la Nación, subsecretarios e integrantes del gabinete de cualquiera de los funcionarios citados[49].

El Presidente está facultado para nombrar y remover a su arbitrio a los ministros (art. 86, inc. 10). Esta última facultad, no obstante su amplitud, se supone debe ser usada por el Presidente con la necesaria mesura y sólo cuando razones de bien público lo aconsejen.

Sin embargo la realidad es muy distinta y la inestabilidad en las funciones ministeriales ha sido la norma. Una simple campaña de publicidad bien organizada o la presión de grupos políticos o de intereses bastan, comúnmente, para que el Presidente se desprenda de sus ministros, sin que existan motivos suficientemente valederos que justifiquen esas decisiones.

Distinta es la situación cuando se producen divergencias de fondo sobre medidas de gobierno entre el Presidente

[49] V. "La Prensa", viernes 28 de septiembre de 1979.

y alguno de sus ministros. Si se tiene en cuenta que la responsabilidad principal de la conducción gubernativa corresponde al Poder Ejecutivo, vale decir al Presidente, entonces es comprensible que tienda a rodearse de consejeros o asesores que coincidan con sus líneas básicas de acción.

El ministro es asesor natural del Presidente dentro de su ramo y está obligado a dar los informes que éste requiera (art. 86, inc. 20).

Esto no significa que el ministro tenga que coincidir necesariamente con los puntos de vista del Presidente, máxime en una función de alta jerarquía, que debe ser ejercida por personalidades idóneas y con gran autoridad moral.

El Presidente tiene, a su vez, la capacidad final para decidir qué es lo que más conviene sin que esa facultad se encuentre contrarrestada por ninguna norma constitucional salvo en los casos de abuso de poder.

Como dice Story [50]: "Auxiliado por los consejos de los jefes de departamento el Presidente los consulta, ya separadamente, ya congregados; se aprovecha así de su sabiduría y de sus conocimientos, trae sus vistas a un centro común e imprime la uniformidad que es de desear a la acción y a la dirección de todos los ramos del gobierno".

Con anterioridad hemos analizado la participación de los ministros en los actos ejecutivos y la responsabilidad por los actos que legaliza y que acuerda con sus colegas.

Esta responsabilidad, como hemos visto, no exime al Presidente de la suya propia ni le quita al Poder Ejecutivo su carácter unipersonal.

En sus relaciones con el Presidente, es decir, con quien ejerce el Poder Ejecutivo, se les han asignado distintas funciones constitucionales, ya sea como administrativos solamente con voz consultiva, integrantes del Poder Ejecutivo con responsabilidad política, auxiliares del Presidente dentro de un régimen presidencial parlamentario, miembros responsables amovibles del órgano parlamentario ejecutivo

50 STORY, op. cit., t. II, pp. 134-135.

o funcionarios políticos, encargados del despacho en uno de los departamentos en que se halla dividido el Gobierno.

Pero en lo que todos coinciden es que se trata de un funcionario de la Constitución y como dice Rodolfo Rivarola [51]; "con título de igual origen que el Presidente de la Nación, los miembros del Congreso o los jueces de la Corte Suprema. Funciones que emanan de tal fuente no pueden considerarse libradas a la discreción del Presidente: éste no puede dar a los ministros mayor autoridad que la dada por la Constitución, tampoco puede rebajarles de la dignidad en que la Constitución les coloca".

En tal alto grado se considera la jerarquía que reviste la función ministerial que —sigue diciendo Rivarola— "un presidente que removiera caprichosamente a los buenos ministros, que gozaran de la estimación pública, para proporcionarse serviles responsables de sus actos, caería en 'mal desempeño' y podría ser él mismo removido".

B) *Atribuciones legales*

La ley 22.520 de Organización de los Ministerios en su texto ordenado del 10 de diciembre de 1983 determina especialmente la competencia del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, en el artículo 18 con sus 24 incisos. Para una precisa interpretación de esas facultades es necesario correlacionar esa disposición con las que se les acuerdan a los otros ministerios en el orden internacional.

En su enunciado general, el art. 18 dispone: "compete al Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto asistir al Presidente de la Nación en todo lo inherente a las relaciones exteriores de la Nación con los gobiernos extranjeros, la Santa Sede y las entidades internacionales".

La precisión de este texto destaca la primacía del Ministerio en la totalidad de los asuntos que corresponden a su gestión.

51 RODOLFO RIVAROLA, *Función Constitucional...*, op. cit., pp. XXIII y XXV.

Enumera más adelante entre ellos: determinación de los objetivos y políticas del área de su competencia; ejecución de planes, programas y proyectos; control de la política exterior en congresos internacionales; relaciones con el cuerpo diplomático extranjero y entidades intergubernamentales; elaboración, negociación de tratados y otros documentos; asuntos de guerra y de paz; temas de límites; trámites judiciales; asilo; difusión de la imagen de la República en el exterior; representaciones diplomáticas del país; legalización de documentos; relaciones del gobierno con la Iglesia Católica y otros cultos; política de migraciones, etc.

Creo necesario referirme especialmente al inciso 14 del artículo 18 que confiere al Ministerio de Relaciones Exteriores: "entender en las negociaciones económicas internacionales aportando el punto de vista de la política exterior" y al inc. 18 que establece la misma intervención en la negociación de la cooperación internacional en los ámbitos educativo, cultural, económico, social, científico, técnico, tecnológico y laboral en coordinación con el organismo nacional de enlace.

Estas disposiciones legales están relacionadas con las que se fijan para el Ministerio de Economía en los artículos 25, 26 y 27 de la misma ley.

El art. 25 dispone que entiende en las negociaciones internacionales de naturaleza económica, monetaria, comercial y financiera; el art. 26 se refiere a las relaciones con los organismos especializados en esos asuntos y el 27 a la promoción, organización y participación en exposiciones, ferias, etc., misiones de carácter económico oficiales y privadas y demás actividades tendientes al fomento de la producción y del comercio interno y externo en el área de su competencia.

Resulta oportuno insistir en que, en muchos casos, estas disposiciones son interpretadas sin la adecuada correlación con las que determinan las facultades del Ministerio de Relaciones Exteriores.

Pero no se trata sólo del área de las negociaciones eco-

nómicas, hoy día prevalecientes en las relaciones internacionales. Las interferencias de otros organismos del Estado, los compromisos que asumen y las opiniones que comprometen la posición internacional del país, formuladas por funcionarios de todo rango y jerarquía, crean confusión cuando no entorpecimiento para que el único órgano competente, esto es, el Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto —que es al que le corresponde determinar la oportunidad y velar por la unidad de las decisiones del Estado en el plano internacional— pueda cumplir eficazmente las gestiones a su cargo.

Esto mismo ocurre con las delegaciones y representaciones permanentes en el exterior en otras áreas del gobierno. A pesar de que la ley del Servicio Exterior de la Nación considera que todos los funcionarios están subordinados al Jefe de la Misión y que el mismo debe tener conocimiento previo de las instrucciones que reciban y de los informes que remitan a sus respectivos Ministerios (ley 20.957, art. 10) estas normas no se han respetado en la mayoría de los casos.

La conducción de las relaciones externas requiere, ante todo, unidad de miras y unidad de responsabilidad, sin dejar de advertir que la coordinación es imprescindible por la misma índole de las negociaciones internacionales.

c) *Conclusiones*

Las funciones del Ministro en el orden interno son las siguientes:

1. Es consejero y asesor personal y principal del Presidente en el ramo de su especialidad.

2. Tiene carácter presidencial porque es parte del Poder Ejecutivo, encargado de su ejercicio como atributo distinto de la persona del Presidente, sujeto

a su gobierno y dirección, siendo éste la cabeza [52].

3. A través de su departamento participa y tiene iniciativa en la elaboración y formulación legislativa y reglamentaria en las materias de su competencia.
4. Es auxiliar del Poder Ejecutivo, y, como tal, Jefe de Administración de todos los asuntos del Estado. Puede decidir por sí solo en lo concerniente al régimen económico y administrativo de su respectivo departamento.
5. Es intermediario entre el Poder Ejecutivo y la opinión pública.
6. Es intermediario entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo.
7. Es funcionario de la Nación. Tiene carácter y origen constitucional y es responsable personalmente por los atcos propios y aquellos en que participa, con independencia de la responsabilidad que le corresponde al Poder Ejecutivo.

Finalmente, corresponde destacar que los Ministros no son servidores personales del Presidente, a quien aconsejan e ilustran para que el gobierno sea más benéfico para el pueblo [53].

2. *El rol del ministro en el orden internacional.*

A) *El rol internacional*

La función del ministro de Relaciones Exteriores adquiere su verdadera dimensión en cuanto se la considera en el ámbito hacia el cual debe estar dirigida su gestión, vale decir, el de las relaciones internacionales.

No sólo le corresponde la delicada tarea de conducir y ser el asesor directo y principal del Poder Ejecutivo sino

52 JOAQUÍN V. GONZÁLEZ, op. cit., p. 557.
53 JOAQUÍN V. GONZÁLEZ, op. cit., p. 557.

orientar la formulación de la política exterior de su país y además, dirigir su ejecución, y decidir en la práctica de las relaciones entre los Estados, las formas adecuadas y las medidas aconsejables para hacer efectiva esa política.

El Ministro de Relaciones Exteriores ha ido adquiriendo, cada vez más, un rol protagónico en las gestiones con los representantes de otros Estados y en los Organismos y Conferencias Internacionales.

"La época contemporánea, como señala Rousseau [54], se caracteriza por un considerable aumento de sus funciones, lo cual, entre otras causas, es debido a la mayor complejidad de los problemas internacionales, al desarrollo de los tratados plurilaterales, a la actual facilidad de las comunicaciones, a la reducción de la iniciativa de los jefes de misión diplomática, etc."

Fundamentalmente, es el instrumento de las relaciones jurídicas entre los Estados y el agente de la política exterior del Gobierno.

Es, también, con el Jefe de Estado y de Gobierno, Organo Central para las relaciones internacionales.

Su palabra y sus decisiones, durante el ejercicio de su cargo, y en los límites de su competencia, representan el pensamiento de su Gobierno.

Ese carácter representativo, como vimos, fue reconocido por la Corte Internacional de Justicia, en el caso sobre el Estatuto Jurídico de Groenlandia Oriental, de 1933, y en otros casos posteriores.

Esta posición de la Corte nos lleva a considerar lo dispuesto por la Constitución Argentina, respecto a las facultades de los Ministros para actuar por delegación del Presidente, vale decir, del Poder Ejecutivo.

Si nos tuviéramos que atener estrictamente al texto escrito de la Constitución y a sus antecedentes, la contestación sería contraria a esa delegación.

54 CHARLES ROUSSEAU, *Derecho Internacional Público*, 2ª ed., trad. esp., Edit. Abril, Barcelona, 1961, p. 320.

En efecto, la Constitución actual determina que los Ministros no pueden por sí solos, tomar resoluciones salvo las que se refieren al régimen administrativo y económico de sus departamentos (art. 89). Para llegar a este texto se modificó en 1860 el artículo original de 1853 que agregaba a la frase "no pueden en ningún caso tomar resoluciones", la siguiente "sin previo mandato o consentimiento del Presidente de la Confederación". Es decir, en pocas palabras, consagraba el principio de la delegación de poderes, delegación que, a su vez, estaba legislada en los mismos términos en el proyecto de Constitución de 1826.

La intención de los Constituyentes de 1860 fue clara: lo que deseaba afirmar era la unidad del Poder Ejecutivo y se temía que esa condición se perdiera si existían diversos centros de poder.

La realidad ha demostrado que ese temor resultaba infundado, y la complejidad de la gestión gubernativa en el orden interno relacionada con las necesidades, cada vez mayores, en el plano internacional, ha impuesto en los hechos la delegación de atribuciones sin que, en ningún caso, se resintiera la naturaleza unipersonal del Poder Ejecutivo.

En consonancia con esa práctica la ley 22.520, de Organización de los Ministerios [55], dice en el art. 14:

Facúltase al Poder Ejecutivo Nacional *para delegar* en los Ministerios y en las Secretarías de la Presidencia de la Nación facultades relacionadas con las materias que les competen, de acuerdo con lo que determine expresa y taxativamente por decreto.

Se ha procurado, por este medio, evitar las dificultades que, en muchos casos, se les plantean a los ministros, sobre todo al que tiene a su cargo la cartera de Relaciones Exteriores, para emitir opiniones o actuar con autoridad en nombre del Estado.

Las intervenciones del Ministro en el plano internacional deben, como ya expresamos, considerarse como ex-

55 Ley 22.520 con las modificaciones de leyes 22.641 y 23.023, decreto 132, 10 de diciembre de 1983.

presión del pensamiento del Poder Ejecutivo y comprometen al Estado en tanto se formulen dentro de los límites de sus atribuciones.

Parecería innecesario tener que aclarar que el Ministro no decide por sí mismo la política exterior del país, sino que es su intérprete más fiel e idóneo, como que de él han emanado sus principales líneas directrices.

La capacidad del Ministro para comprometer al país se evidencia, también, con la firma de acuerdos en forma simplificada, cuya práctica es, hoy día, frecuente en el campo internacional, ya que no se necesita el recaudo de la aprobación legislativa.

La dirección efectiva de las relaciones exteriores importa, también, la conducción en la negociación de los tratados, que constituyen elementos sustanciales de las relaciones internacionales.

Además de las facultades mencionadas, que podríamos calificar como "políticas o de gobierno", debemos considerar las que podrían ser denominadas" "instrumentales".

En este orden de actividades el Ministro es el superior jerárquico del Cuerpo Diplomático de su país. Respecto a los Embajadores es "primus inter pares". En el campo internacional es, substancialmente, un Embajador que tiene, por sus funciones, plenipotencias para actuar, sin necesidad de tener que cumplir con los requisitos formales para acreditarlas.

Las instrucciones a los funcionarios diplomáticos deben ser consideradas como emanadas del propio Poder Ejecutivo, del cual es su intermediario natural. Esta calidad de intermediario la ejerce también respecto a los diplomáticos extranjeros acreditados ante su gobierno. El Ministro es, sobre todo, el órgano de enlace entre su Estado y los otros Estados y entidades de carácter internacional.

De ahí que toda la correspondencia y los documentos importantes sobre asuntos exteriores, cuando no cuentan con su firma, deben considerarse redactados con su consentimiento.

Otro rasgo peculiar de sus funciones, es que al Ministerio a su cargo le corresponde la protección de los intereses de los nacionales en el exterior [56].

B) *Conclusiones*

Para continuar con el método usado al referirnos a las facultades del Ministro en el orden interno, haremos un resumen de las que le corresponden en el plano internacional.

1. Es órgano central de las relaciones internacionales y representante oficial del Estado.
2. Es intérprete de la política internacional de su gobierno. Las declaraciones que formula y los actos que ejecuta, en ejercicio de sus funciones y dentro de los límites de su competencia comprometen al Estado que representa.
3. Dirige la ejecución de la política internacional de su país y determina las formas y las oportunidades aconsejables para hacerla efectiva.
4. Es intermediario entre su Estado y otros Estados o entidades internacionales. Recibe y trata a los Embajadores extranjeros y Jefes de Misión.
5. Conduce las negociaciones de los tratados.
6. Obliga directamente al Estado a través de la firma de acuerdos en forma simplificada o mediante notas reversales.
7. Es el Superior Jerárquico y el Jefe directo del personal diplomático, consular y administrativo de su departamento.
8. Protege los intereses de los nacionales de su país en el exterior.

56 El ministro de Relaciones Exteriores se encuentra, además, facultado legalmente (ley 22.520, texto ordenado, art. 15), para delegar la resolución de asuntos relativos al régimen económico y administrativo de su Departamento en los funcionarios que determine conforme con la organización de su área sin perjuicio del derecho de los afectados a deducir los recursos que correspondan.

Capítulo IV

He procurado reseñar las atribuciones constitucionales y legales y la representación que el derecho internacional reconoce a los Ministros y, en particular, al Ministro de Relaciones Exteriores.

Esa representación deriva, como expresé, de la propia que le corresponde al Jefe de Estado.

Pero más allá de ella prevalece la autoridad de quien la ejerce.

Ejemplos ilustres así lo atestiguan. Nadie adjudica al Presidente Avellaneda, —se ha dicho— la conquista de La Pampa, realizada por su Ministro Roca, como nadie atribuye al Presidente Roca la doctrina de política internacional que lleva el nombre de su Ministro Drago [57].

"Un Ministro, más que un cargo administrativo, sostiene Vicente C. Gallo, es una posición política. No se llega a él por ascenso, dentro de la burocracia organizada; se sube por la representación política que se inviste, unida a la competencia para la discusión de los asuntos públicos en la especialidad de una rama administrativa determinada. La representación política es la... que reside en el prestigio alcanzado, dentro de la opinión, por el honor de la conducta y la eficacia del pensamiento y de la acción. Estas condiciones que son mérito para el individuo, trascienden en fuerza para

57 JOSÉ NICOLÁS MATIENZO, *La función const....*, op. cit., p. 189.

el gobierno porque son dignidad, inspiración y labor proficua en su desempeño".

Llevemos esas reflexiones a la esfera internacional y podremos decir, sin exageración, que ese prestigio, esa mesura, esa autoridad en el pensamiento y en la acción, esa sensibilidad que debe acompañar cada decisión que se asume, se traduce en el prestigio y en la jerarquía del país.

En definitiva, el derecho se consolida, el valor de las instituciones se afianza y los pueblos se enaltecen con la conducta de quienes los representan.

DERECHO CONSTITUCIONAL Y DERECHO DE EMERGENCIA

Disertación pronunciada por el académico correspondiente Dr. Néstor Pedro Sagüés, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión pública del 10 de mayo de 1990

Palabras del académico Dr. Juan Carlos Cassagne

Hay personas que, por el conocimiento público de su obra, no requieren presentación. Tal es el caso del Dr. Néstor Pedro Sagüés y esta circunstancia me lleva a omitir los detalles de su tan extenso como valioso "curriculum".

En todos sus trabajos, Sagüés ha sabido matizar los diversos componentes del mundo jurídico mediante enfoques realistas que mantienen constantemente, en sus construcciones jurídicas y filosóficas, una visión cristiana actualizada de la vida y una ubicación justa acerca del papel del Estado en las relaciones judiciales.

A la faceta de brillante jurista en plena producción científica se unen todavía su condición de magistrado probo y una inagotable y eficaz labor docente, que lleva a cabo como Profesor de Derecho Político y de Derecho Constitucional en distintas Universidades del país, entre las que se cuentan, últimamente, las respectivas Facultades de Derecho de la U.C.A. y de la U.B.A.

El Dr. Sagüés —como ya lo ha demostrado en anteriores oportunidades— no rehúye el tratamiento de temas difíciles y comprometidos. Una prueba de ello es el que ha elegido para esta ocasión, cumpliendo de esta manera con una suerte de compromiso tácito que asume todo jurista con la sociedad en que vive y que sabe él siempre saldar, con solvencia, buscando soluciones prudentes y justas.

Dr. Sagüés, lo invito a prounciar su conferencia.

DERECHO CONSTITUCIONAL Y DERECHO DE EMERGENCIA

A) *Elementos y dimensiones de la emergencia*

1. *Introducción.* Las relaciones entre el derecho constitucional y el derecho de emergencia no han sido ni claras ni pacíficas. En rigor de verdad, todavía se discute cuáles son las fronteras de la emergencia, y si está comprendida, de modo completo, por la Constitución.

El tema, además de complicado, es profundo y grave. Prueba de ello es que ha preocupado a constitucionalistas, a politólogos y a filósofos de la política. Ello se explica porque la emergencia no es sólo un problema académico acerca del deslinde de dos o más partes del mundo jurídico, sino un asunto que pone a prueba las bases mismas del Estado de derecho.

Intentaremos en nuestro estudio, primero, encuadrar el *derecho de emergencia* dentro del más amplio *derecho de necesidad,* y perfilar sus dimensiones esenciales. Luego, atender los fundamentos esgrimidos en la filosofía política para legitimarlo. Con posterioridad, será factible analizar la suerte corrida en la Argentina por el derecho de emergencia (con relación al derecho constitucional), e intentar formular su replanteo, desde luego perspectivas muy opinables y nada dogmáticas.

Aclaramos, por último, que nos ceñiremos, en principio, a la emergencia *económica,* y a la protagonizada por

el Estado. Demás está decir que el asunto tiene aquí ribetes propios, en buena medida distintos a los usuales en el derecho penal o civil.

2. *Necesidad y emergencia.* Hay consenso en considerar el *estado de emergencia* como un tipo o especie del género *estado de necesidad.* La "emergencia" caracteriza una situación de necesidad excepcional y transitoria, de índole, pues, accidental [1].

Existen, pues, casos de *necesidad permanente* y casos de *necesidad transitoria* (éstos, "de emergencia"). En ambos, la situación pudo ser imprevista, inesperada; o en cambio, previsible [2].

Lo dicho es importante para entender a la doctrina del estado de emergencia como un capítulo de la doctrina del estado de necesidad, donde le son aplicables las pautas generales de la última. También, para comprender al derecho de emergencia como un tramo del derecho de necesidad, con principios jurídicos obviamente comunes.

3. *Elementos de la doctrina del estado de necesidad.* Parece conveniente precisar cuatro ingredientes claves de la teoría o doctrina del estado de necesidad:

a) la *situación de necesidad,* o circunstancia fáctica que exige una respuesta por parte del Estado;

b) el *acto necesario* para enfrentar la situación de necesidad;

c) el *sujeto necesitado* (Estado), cuyo comportamiento se requiere para adoptar y ejecutar al acto necesario;

1 Ver SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, *La legislación de emergencia en el derecho argentino y comparado,* en "La Ley", t. 30, p. 908. Ver también RAFAEL BIELSA, *El estado de necesidad con particular referencia al derecho constitucional y administrativo,* en "Anuario del Instituto de Derecho Público" (Rosario, 1940), t. III, año III, p. 85.

2 En la jurisprudencia norteamericana algunos fallos han definido la emergencia en función de acontecimientos que provocan un peligro repentino e inesperado, pero en otros pronunciamientos se dice que la emergencia "no siempre importa repentinidad o imprevisibilidad", o que no necesariamente es inesperada. Ver SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, *La legislación de emergencia...,* t. 30, p. 907.

d) el *derecho de necesidad,* que atiende a la problemática jurídica de la situación de necesidad (v.gr., si la contempla o no), del acto necesario a adoptar y de la conducta del sujeto necesitado.

4. *La situación de necesidad.* Lo característico de la situación de necesidad es que *impone* o demanda una solución: si ésta no se toma, se producirá un daño. Involucra, pues, una hipótesis de peligro o riesgo, que asume distintas formas:

a) *en función del tiempo,* anticipamos que es posible diferenciar una necesidad permanente y otra accidental, ocasional o transitoria, usualmente llamada "emergencia".

b) por su *naturaleza,* la necesidad es de índole militar, económica, financiera, político-institucional, etc.

c) en razón de su *intensidad,* la que podríamos llamar *necesidad simple* alude a problemas que hacen al "Estado ordinario" (según la expresión de Heineccio), y que requieren soluciones corrientes en materia, por ejemplo, de prestación de servicios públicos. Para atender a esas necesidades el Estado dispone del llamado "dominio eminente" [3].

A su turno, otra necesidad, que denominamos *extrema* (*híper* o *maxi* necesidad), refiere a lo que Heineccio rotula como "Estado extraordinario". En tal supuesto, la situación de necesidad compromete la estabilidad o supervivencia del Estado, del sistema político o de la comunidad. Casos terminales de ese tipo movilizan lo que Kessler llamó el "dominio supereminente" del Estado [4].

d) con relación al *espacio,* la situación de necesidad puede plantearse a nivel general (esto es, en todo el Estado), o en el orden local (v.gr., en una Provincia).

[3] Ver JUAN HEINECCIO GOTTLIEB, *Elementos del derecho natural y de gentes,* trad. por J. J. A. Ojea (Madrid, 1837), t. II, p. 131.

[4] JUAN HEINECCIO GOTTLIEB, *Elementos...,* p. 133; y sobre Johann Elias Kessler, cfr. FRIEDRICH MEINECKE, *La idea de la razón de Estado en la edad moderna,* trad. por Felipe González Vicen (Madrid, 1959), ed. Instituto de Estudios Políticos, p. 141.

5. *El acto necesario.* En la necesidad *simple,* que denominaremos impropia, el acto necesario debe adoptarse, pero si no se realiza, el costo de la omisión puede ser significativo, pero no fatal. Además, el contenido del acto necesario puede determinarse según pautas discrecionales de utilidad y conveniencia del sujeto necesitado (en nuestro supuesto, el Estado).

En las situaciones de *hiper* o *maxi* necesidad (necesidad propia), el acto necesario aparece como imprescindible, forzoso, inevitable, so pena de sufrir el Estado una quiebra como tal, la ruptura del sistema político o un daño gravísimo e irreparable para la comunidad. Dicho de otro modo, no caben alternativas u opciones racionales: *tiene* que ejecutarse. Desaparecen entonces las ideas de discrecionalidad, utilidad y conveniencia, reemplazadas por la noción de lo ineludible, imperioso e indefectible. La posibilidad de "no hacer" es aquí letal.

Normalmente, el *acto necesario* exige, para realizarse, un incremento en la cuota de poder del sujeto necesitado, y una reducción de los derechos de los particulares. Eso, en cuanto al fondo del asunto. La necesidad (y en particular, la necesidad *emergente,* apremiante, circunstancial), puede autorizar la asunción de competencias de un órgano del Estado, por otro, que no las posee regularmente (el caso típico pueden ser los "decretos de necesidad y urgencia", que son verdaderas leyes adoptadas por el Poder Ejecutivo sin la previa intervención del Congreso) [5].

6. *El sujeto necesitado.* En derecho constitucional el sujeto necesitado (es decir, quien debe cometer el acto necesario) es el Estado, entendido en sentido amplio (Nación, Provincia, aun municipio). De ahí que la doctrina del estado de necesidad, en nuestra materia, haya sido enjuiciada a menudo como una teoría de corte autoritario y riesgosa para los derechos personales.

5 Sobre la justificación de los decretos de necesidad y urgencia en razón de la necesidad, ver RAFAEL BIELSA, *El estado de necesidad...,* p. 85.

Ocasionalmente se divisa como sujeto necesario al pueblo, en el caso del ejercicio del derecho de resistencia a la opresión, manifestación típica del "estado de necesidad", y que se ejerce *contra* las autoridades estatales.

7. *El derecho de necesidad.* La doctrina discute si la necesidad importa un fenómeno fáctico, extra o ajurídico, incluso antijurídico; o si forma parte del mundo del derecho.

El conflicto no es nuevo, ya que se remonta al pensamiento romano. Dos adagios reflejan la contienda. Uno, *necessitas non habet legem,* parece puntualizar que la necesidad escapa del derecho, desde el momento en que no tiene ley (y puede, así, operar contra la ley). El segundo, *necessitas jus constituit,* indica que la necesidad *genera* derecho (el derecho de necesidad, *jus necessitatis*), que por supuesto está captado por el mundo jurídico.

Nos hemos inclinado por la segunda postura [6]. La experiencia jurídica muestra, en primer término, que no existen acontecimientos ajurídicos (puesto que, indefectiblemente, todo hecho será lícito o ilícito). En segundo lugar, se advierte que muchas situaciones de necesidad están previstas por el ordenamiento jurídico (sobre todo, las de necesidad simple, para lo cual se planifican las autoridades y competencias ordinarias; y otras, de necesidad extrema, como el estado de sitio). Finalmente, el *derecho de necesidad* que adopta el *acto necesario* puede instrumentarse de distinto modo: por medios regulares (v.gr., ley, decreto) o irregulares, producto, precisamente, de la necesidad (así, las "ordenanzas" italianas, los decretos de necesidad y urgencia, los decretos individuales de urgencia). Todo ello provoca, naturalmente, una problemática *jurídica* que cabe considerar.

Por supuesto, una faceta de sumo interés (y que atenderemos circunstanciadamente) es la de las relaciones entre ese derecho de necesidad y el derecho constitucional, bajo

6 Sobre la juridicidad del derecho de necesidad, ver NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS, *Mundo jurídico y mundo político* (Bs. As., 1978), ed. Depalma, p. 149/151.

cuya óptica, inevitablemente, el primero será constitucional o inconstitucional.

En resumen, el derecho de necesidad (y, consecuentemente, el de emergencia, para la variante de la necesidad ocasional y excepcional), atiende las cuestiones jurídicas de la situación de necesidad, del hecho necesario, del sujeto necesitado y de las normas dictadas para enfrentarlo.

8. *Dimensiones del estado de necesidad.* En definitiva, la necesidad tiene en el mundo jurídico tres dimensiones:

a) una, *fáctica,* contempla las situaciones, hechos o casos de necesidad, cuál es el acto necesario impuesto por las circunstancias de necesidad, y quién debe consumarlo (el sujeto necesitado);

b) la segunda, *normativa,* estudia a las reglas que regulan (cuando las hay) a la situación de necesidad, al sujeto necesitado y las que se emitan para adoptar al acto necesario; así como su constitucionalidad.

c) la tercera, de raíz *axiológica,* refiere a los valores jurídico-políticos que evalúan y legitiman (o descalifican) las situaciones de necesidad, el comportamiento del sujeto necesitado, la legitimidad del acto necesario y de las normas que lo instrumentaron.

B) *Ética de la necesidad*

9. *Trascendencia del tema.* Un reexamen de la doctrina de la emergencia obliga, tal vez, a estudiarla primero desde el ámbito de los valores jurídico-políticos. Y es que, en definitiva, el mérito de aquella teoría y sus consecuencias en la esfera del derecho constitucional dependerán de la concepción ideológica del jurista: de los valores que él maneja, y de la cotización que asigne a cada uno de ellos. Según su tabla dikelógica, se deducirán espontáneamente las conclusiones acerca del peso que tiene la necesidad y de su fuerza para arremeter contra la constitución.

En tal sentido, la doctrina de la necesidad ha contado con un arsenal legitimatorio de distinta naturaleza. Es factible distinguir por cierto, una "ética de mínima", y una "ética de máxima", en cuanto al estado de necesidad.

10. *Ética de mínima.* Para esta postura, el estado de necesidad encuentra justificación (legitimidad) pero dentro de ciertas pautas. En Heineccio por ejemplo:

a) el estado y el derecho de necesidad tienen base en el derecho natural de *conservación* del Estado; que es su "ley suprema";

b) la necesidad se explica como un ingrediente más del fin del Estado. Dicho de otro modo, el derecho de necesidad se entiende como un *medio* exigido para lograr el bien público. Es decir, que a la postre tiene por objeto asegurar "la libertad y seguridad públicas";

c) el estado de necesidad no está para "la utilidad privada del soberano", ni para "su deleite" (esto importa una interesante distinción entre "necesidad del Estado", y "necesidad del gobernante");

d) el derecho de necesidad es un derecho subsidiario; sólo opera "cuando de otro modo no pueda conseguirse la salvación del Estado";

e) el derecho de necesidad tiene que ejercerse cautelosamente, "para que no degenere en una arbitrariedad e injusticia notables";

f) el derecho de necesidad autoriza a "aplicar los bienes de los ciudadanos a las urgencias del Estado", en particular para los casos de guerra, pero impone "indemnizar a aquél a quien se privó de una cosa propia por causa de la salud o utilidad pública", aunque esto algunas veces no pueda hacerse de inmediato [6 bis].

Otro aporte interesante, en esta visión de "ética mínima" de la necesidad, la hace Francisco Suárez, cuando explica que la necesidad y la emergencia pueden provocar

6 bis Ver JUAN HEINECCIO GOTTLIEB, *Elementos...*, pp. 133 y 135.

la *dispensa de la ley*, de modo análogo a como lo hace la doctrina de la *equidad*. La primera, cuando el cumplimiento de la norma ocasiona un grave perjuicio para el bien común [7]. La segunda, sabemos, a fin de evitar que la aplicación de una ley, justa en términos generales, provoque una injusticia en el caso concreto.

En la ética de mínima, al estado de necesidad se lo encuentra bajo una serie de valores y de limitaciones. Hay necesidad, y debe actuarse en su consecuencia, si el bien común lo justifica, y sólo en la medida en que él lo requiera. Simultáneamente, la necesidad extrema y el correlativo derecho de necesidad, se explican naturalmente porque en ellos entra en juego la supervivencia del Estado (sin el cual no podrá haber orden, justicia, seguridad ni libertad); pero la realización de tal necesidad debe compatibilizarse con otros valores jurídico-políticos, aunque éstos, en la emergencia, retraigan su vigor.

La necesidad, en síntesis, no justifica todo.

11. *Ética de máxima.* Frente a aquella tesis, otra sacraliza a la necesidad como valor supremo del derecho y de la política. Para esta posición, el bien común se subordina a la necesidad.

Tal vez un precedente para la versión posterior de esta teoría sea la elaboración jurídica de Federico II de Sicilia (quien promulga en 1231 las *Constituciones* de Melfi), según el cual, escribe Juan Beneyto, todo responde a una nueva concepción: la *necessitas*. En concreto, no interesa si el poder político deriva del bien o del mal; lo único rescatable de la experiencia, es que nace de la *necesidad* del mismo poder [8].

Esa justificación intrínseca de la necesidad (la necesidad es buena, por sí, simplemente porque es necesaria)

7 Cfr. sobre el pensamiento de Francisco Suárez en el tema, RAFAEL BIELSA, *El estado de necesidad...*, pp. 29/31, texto y notas.

8 Cfr. JUAN BENEYTO, *Historia de las ideas políticas*, 3ª ed. (Madrid, 1968), ed. Aguilar, p. 125.

cuenta en el siglo XVI con una fundamentación doctrinaria tan cruda como calificada.

Sin hesitación, es en Maquiavelo (1469-1527) donde se encuentra la legitimación más contundente y lograda de la necesidad. Para el florentino, como se sabe, los tres factores esenciales del comportamiento político son la *fortuna* (emparentada con el azar, con los condicionamientos físicos y el destino), la *virtú* (aptitud o cualidad para el gobierno) y la *necessitá.*

Maquiavelo construye, como explica Meinecke, una verdadera *teoría de la necesidad.* La *necessitá* es, en definitiva, el motor de la *virtú* y aun el origen de la moral. La *necesidad* (la fuerza de las cosas, la evolución de las circunstancias), acucia e impulsa a la *virtú*: excita las dotes del Príncipe inteligente, y provoca su conducta de gobierno. Por ejemplo, explica, de la amenaza de los principados, surge la voluntad y la necesidad de conquista (para el amenazado). A mayor necesidad, pues, mayor *virtú.*

Hasta aquí, el concepto de "necesidad" parece innocuo, cuando no positivo, como estímulo para la acción de gobierno. Sin embargo, su desborde se produce cuando Maquiavelo desliga la necesidad de la ética. Así, puntualiza, en tren de conservar el poder y conservar al Estado, la necesidad enseña al Príncipe cuándo debe obrar moralmente, y cuándo debe actuar no moralmente (es decir, amoralmente); cuándo debe respetar la ley y los pactos, y cuándo debe apartarse de ellos (aunque en principio, si puede, Maquiavelo le sugiere comportarse moral y jurídicamente).

De tal modo, el ingenio de Maquiavelo estriba en presentar a la necesidad como *fuente* legítima y simultánea del bien y del mal políticos. Así se llega, concluye Meinecke, a la justificación más elevada de toda política inmoral [9]. La legitimidad de la necesidad, por ende, es en política superior a la legitimidad misma de la moral.

9 Cfr. FRIEDRICH MEINECKE, *La idea de la razón de Estado...*, pp. 35 a 47; FRANCISCO JAVIER CONDE, *El saber político de Maquiavelo* (Madrid, 1948), Instituto Nacional de estudios jurídicos, pp. 50 y ss.

Poco después, en los *Seis libros de la República* (1576) Bodin dirá que "nada indispensable a la salvación del Estado puede aparecer como ignominioso". Trajano Boccalini (1553-1613), enseña que llevado por la necesidad, el Príncipe "está obligado a hacer cosas que él mismo odia y repugna", y en aras de esa necesidad puede comprenderse, por ejemplo, que asesine a sus parientes más próximos, "pues no es nada conveniente la abundancia de retoños de sangre real".

Johann Elías Kessler, llamado con justeza "el Hobbes alemán", escribía en 1678 que la necesidad autoriza en caso de rebeliones a "no respetar siquiera la inocencia, si así lo requiere el bienestar común", y que por necesidad el gobernante debe renunciar a obrar bien, para lo cual puede disponer "del cuerpo y bienes de los súbditos" [10].

Gabriel Naudé (1600-1663), autor de un libro a la postre profético —*Considérations politiques sur les coups d'Etat*— diferencia una *justicia natural* (inspirada en las leyes divinas y naturales) y una *justicia artificial,* "particular y política", inspirada en la necesidad, la que obliga a realizar al gobernante muchas cosas que la justicia natural condenaría irremediablemente [11].

Tal vez podría concluirse esta narración de la necesidad con alguna cita de Federico el Grande de Prusia (1712-1786), y de Leopoldo von Ranke (1795-1886). El primero, después de destacar que la "necesidad monstruosa" justifica las guerras de conquista, concluye que la misma necesidad puede obligar al Príncipe a violar acuerdos y alianzas, ya que es mejor que rompa un tratado a que haga perecer a su pueblo. El segundo, al estudiar las corrientes vitales de la historia, termina por reconocer que "no es la libre elección, sino la necesidad de las cosas", la que rige el movimiento de los Estados [12].

10 FRIEDRICH MEINECKE, *La idea de la razón de Estado...*, pp. 139/141, y en cuanto BODIN, pp. 60 a 62.

11 FRIEDRICH MEINECKE, *La idea de la razón de Estado,* pp. 199/205.

12 Ibídem, p. 303 y ss.

Para la ética "de máxima", sintetizando, la necesidad o es legítima por sí misma, o está exenta del control ético, o es ella misma fuente de legitimidad (indica cuándo actuar moral o inmoralmente). En todo caso, se encuentra por encima de los demás valores jurídicos-políticos, especialmente del valor legalidad.

12. *Necesidad y razón de Estado.* La "ética de máxima" del estado de necesidad se vincula estrechamente con otro concepto importante, como es el de "razón de Estado".

Para esta tesis, la "razón de Estado" justifica cualquier medida tendiente a "mantener al Estado sano y robusto" [13]. El fin del Estado, el interés del Estado, es en esa perspectiva inmanente, y consiste primero en su conservación y engrandecimiento. Las ideas de moralidad, de derecho y de bien común se subordinan aquí a la "razón de Estado", y se convierten en instrumentos de ella.

Es obvio que la doctrina de la necesidad acompaña perfectamente a la teoría de la razón de Estado. El interés del Estado es su ley suprema: "Hay que seguir ciegamente al interés del Estado" [14].

C) *La emergencia económica en el derecho argentino*

13. *Emergencia sustantiva y emergencia procesal.* En varias materias y en momentos muy distintos el Estado argentino ha dictado normas de emergencia, así conceptuadas explícitamente por los autores de tales reglas (poderes Legislativo y Ejecutivo, en particular cuando éste las propuso), o por el Poder Judicial, al considerar su validez.

Es factible distinguir dos tipos de emergencia: la *sustantiva* y la *procesal.*

13 FRIEDRICH MEINECKE, *La idea de la razón de Estado...*, p. 3. En Maquiavelo, el "Estado", *lo stato*, "sólo aspira a subsistir en el sentido del puro conservarse... No es un Estado justo, sino un Estado de necesidad en sentido profundo": FRANCISCO J. CONDE, *El saber político de Maquiavelo*, p. 85.

14 La frase es de Federico el Grande de Prusia: FRIEDRICH MEINECKE, *La idea de razón de Estado...*, p. 318.

a) La *emergencia sustantiva* alude a materias de fondo. Leyes como la 9481, que suspendió el régimen de conversión del papel moneda por oro sellado, obligatorio según la ley 3871, dictada cinco días después de iniciada la primera guerra mundial; la ley 12.591, de precios máximos, fundado su proyecto por el Poder Ejecutivo expresamente en razones de necesidad, derivadas de la segunda guerra mundial, y que al decir del senador Landaburu tenía su base, al fin de cuentas, en el principio *salus populi suprema lex est*; las normas sobre moratoria hipotecaria y de fijación de su interés, "por graves perturbaciones económicas y sociales"; las prórrogas de locaciones y reducción del monto de alquileres (v.gr., decreto-ley 1380/43 y sucesivas ampliaciones); la ley 23.696, que declaró en estado de emergencia "la prestación de los servicios públicos, la ejecución de los contratos a cargo del sector público y la situación económico-financiera de la administración pública nacional centralizada y descentralizada", programando para ello un sistema de intervenciones y privatizaciones (arts. 1, 2, 8) y de contrataciones de emergencia (art. 46 y sigts.); la ley 23.697, rotulada "de emergencia económica", que pone "en ejercicio el poder de policía de emergencia del Estado, con el fin de superar la situación de peligro colectivo creada por las graves circunstancias económicas y sociales que la Nación padece" (art. 1), e instrumenta, por ejemplo, un régimen de suspensión de los sistemas de promoción industrial (art. 4), e impide en ciertos casos despidos sin causa del personal bajo relación de dependencia (art. 9), son ejemplos de la legislación de emergencia *sustantiva*. En igual sentido, los impactantes decretos 36 y 37/90 implantaron una moratoria de diez años [15].

15 Ver RAFAEL BIELSA, *El estado de necesidad...*, pp. 61/3. Ver también SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, *La legislación de emergencia...*, p. 909 y ss., con el mensaje del Poder Ejecutivo sobre la ley 12.591 y parte del debate parlamentario.

Los decretos 36/90 y 37/90, argumentando emergencia económica, convirtieron los depósitos a plazo fijo, en la suma mayor al millón de australes, en bonos externos serie 1989, a devolver en dólares en un plazo de diez años. Tam-

b) La *emergencia procesal* refiere a temas de derecho adjetivo, como la suspensión de sentencias de desalojos (v.gr., ley 16.739) o la ejecución de sentencias y laudos arbitrales que condenen al Estado nacional, entidades autárquicas y empresas del Estado al pago de sumas de dinero (art. 50, ley 23.696).

Algunas veces se ha declarado "en estado de emergencia económica... al sistema nacional de previsión social", por medio de un decreto de necesidad y urgencia (art. 1, decreto 2196/86), atento el receso del Congreso y la necesidad y urgencia de procurar soluciones inmediatas a la existencia de miles de reclamos tramitados en sede administrativa y judicial, que fueron paralizados (art. 2, dec. cit.). La norma aludida fue complementada y corregida por el decreto 648/87, todo ello ante la inexistencia de fondos suficientes para afrontar los pagos del caso.

14. *Emergencia bajo la Constitución y fuera de la Constitución.* Desde otra perspectiva, la emergencia económica (sustantiva o procesal) puede estudiarse en función de su compatibilidad o incompatibilidad con la Constitución Nacional.

15. *Emergencia económica bajo la Constitución. Situaciones expresamente incluidas en la Constitución.*

En ciertos casos, el derecho constitucional comparado ofrece respuestas específicas para los casos de emergencia económica. Así, el art. 185 de la Constitución de Nicaragua apunta que para los supuestos de guerra, o cuando lo demande la seguridad de la Nación, las condiciones económicas o hipótesis de catástrofe nacional, el Presidente de la República podrá suspender los derechos y garantías constitucionales, decretando el "*Estado de emergencia*" por tiempo determinado y prorrogable, pudiendo en ese lapso aprobar el presupuesto general. Según el art. 41 de la Constitución de Chile, declarado el *estado de asamblea* por el Presidente

bién canjearon títulos de la deuda pública de otra índole por los mismos bonos externos.

de la República, éste dispone requisiciones de bienes y establece limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad (art. 41, inc. 1). También mediante declaración del *estado de catástrofe* el Presidente está en condiciones de adoptar medidas análogas (art. 41, inc. 5).

En la Argentina, la Constitución contempla en su art. 4, "para urgencias de la Nación", la instrumentación de "empréstitos y operaciones de crédito". El art. 67, inc. 2, alude a otra fuente impositiva, transitoria ("por tiempo determinado"): las contribuciones directas, en razón de defensa, seguridad común y bien general del Estado.

El *estado de sitio*, legislado en el art. 23 de la Constitución Nacional, se prevé para casos "de conmoción interior y de ataque exterior que pongan en peligro el ejercicio de esta Constitución y de las autoridades creadas por ella". Aunque los hechos causantes del estado de sitio parecen ser de índole esencialmente política, nada impide que tengan raíz económica (puesto que muchos problemas de origen económico originan malestares políticos) y que, en su consecuencia, sea factible declarar el estado de sitio por acontecimientos económicos que hayan provocado conmoción interior, por ejemplo.

En tal hipótesis, cabe preguntarse si la suspensión de las garantías constitucionales (que es la consecuencia prevista por el art. 23 de la Constitución, en ocasión de la declaración del estado de sitio), puede afectar derechos económicos de las personas, precisamente para atender la emergencia económica (en la eventualidad que damos) causante del estado de sitio.

La respuesta a este interrogante difícilmente sería negativa, cumplidos que sean los recaudos de *causalidad* y de *proporcionalidad* que debe haber entre los motivos del estado de sitio y el acto restrictivo dispuesto por el Poder Ejecutivo sobre los derechos patrimoniales. Esta conclusión está avalada por la doctrina mayoritaria, e incluso se desprende de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación enunciada, v.gr., en los casos "Alem", "Al-

vear", "Semanario Azul y Blanco", etc. Recientemente, Alberto B. Bianchi habla, al respecto, del "estado de sitio económico" [16].

En sentido análogo, la declaración de *guerra,* instituto previsto en la Constitución Nacional por los arts. 67, inc. 21 y 86, inc. 18, conlleva una situación de emergencia tratada por la Constitución, de la que se infiere, por ejemplo, la facultad de adoptar determinadas medidas económicas en la urgencia bélica, como v.gr. las requisiciones, incluso sin ley que las permita, de haber necesidad al respecto [17].

16. *La emergencia en el derecho consuetudinario constitucional. Descripción de la emergencia.* Al lado de las previsiones constitucionales formales sobre la emergencia, el derecho constitucional consuetudinario ha elaborado una serie de normas, generalmente de origen judicial, en torno a las condiciones y límites del derecho de emergencia enunciado en las leyes y decretos que lo declararon y aplicaron.

En cuanto a la definición de la emergencia, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (v.gr., en "Perón"), expuso que ella deriva de situaciones de carácter físico (terremotos, epidemias), económico, social o político (como una revolución). Su naturaleza, pues, puede ser diversa. Lo que tipifica la emergencia, es *su modo de ser extraordinario, la gravedad y amplitud de sus efectos, y la necesidad imperiosa de establecer normas adecuadas para resolverla,* en función de los intereses afectados, reglas que no son pro-

16 Sobre el tema, ver EDUARDO L. GREGORINI CLUSELLAS, *Estado de sitio y la armonía en la relación individuo-Estado* (Bs. As. 1987), ed. Depalma, p. 368 y ss.; ALBERTO B. BIANCHI, *El estado de sitio económico,* a publicarse en la "Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires".

17 Sobre la guerra, ver JUAN F. LINARES, *Derecho Administrativo* (Bs. As. 1986), ed. Astrea, pp. 433 y 492; GERMÁN J. BIDART CAMPOS, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino* (Bs. As 1986), ed. Ediar, t. I, pp. 199/200, quien recuerda el discutido criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en "Merck Química Argentina c/ Gobierno Nacional", según el cual el derecho de guerra confiere al Estado poderes "anteriores, preexistentes y superiores a la misma Constitución", y a los cuales puede recurrir cuando hay apremiante necesidad. En base a ello la Corte llegó a justificar la confiscación de la propiedad enemiga. Ver "Fallos", 211:162.

pias del derecho ordinario: acontecimientos extraordinarios, dice la Corte, reclaman remedios también extraordinarios [18].

17. *Requisitos del derecho de emergencia. Realidad de la situación de emergencia.* La doctrina de la Corte enuncia varios recaudos para la constitucionalidad de la normatividad de emergencia.

El primero de ellos es exigir que medie una auténtica circunstancia de emergencia, esto es, una realidad fáctica excepcional (doctrina, por ejemplo, de "Ghiraldo") [19]. Esto obliga a aclarar que si la adopción de la norma de emergencia es espúria (o sea, si en los hechos no hay efectivamente una situación de emergencia), la regla del caso no sería constitucional.

18. *Transitoriedad de la norma de emergencia.* El *quid* de esta otra exigencia de la Corte estriba en que, para dicho Tribunal, la ley de emergencia moviliza poderes del Estado de índole excepcional, cuyo ejercicio es legítimo en esos momentos extremos, pero no en períodos normales. En otras palabras, si graves circunstancias de perturbación autorizan "el ejercicio del poder de policía del Estado, en forma más enérgica que lo que admiten períodos de sosiego y normalidad", la norma de emergencia tiene que ser circunstancial y temporaria [20].

En resumen, conforme a la directriz jurisprudencial que mencionamos, la norma de emergencia es constitucional durante la emergencia, pero inconstitucional si ésta desaparece.

El tema de la transitoriedad presenta varios problemas. Así, se ha discutido en el seno del Congreso argentino si la norma de emergencia debe mencionar explícitamente el lapso de su vigencia circunstancial, cosa que para algunos es

18 Cfr. GERMÁN J. BIDART CAMPOS, *Tratado elemental...*, t. I, p. 197; CSJN, "Fallos", 238:76.

19 CSJN, "Fallos", 202:456. Ver sus citas 172:21 y 199:473.

20 Ver las sentencias dictadas en "Ercolano c/ Lanteri de Renshaw", en CSJN, "Fallos", 136:171, "Ghiraldo", en 202:456 y en particular, "Martini e Hijos", en 200:450.

indispensable. Para otra postura, en cambio, si la ley se autodefine como de emergencia, o ello surge claramente de su articulado, la duración transitoria de ella es implícita, de tal modo que si desaparece la situación de emergencia, la norma de emergencia resultaría automáticamente inoperante [21].

En la praxis legislativa argentina la mayor parte de las reglas de emergencia han fijado plazos, aunque otras no. Una alternativa de plazo indefinido ha sido, v.gr., la adoptada por la ley 9506, que autorizó al Poder Ejecutivo, vencidos los plazos de la ley 9481, a prorrogar por los días y meses que fuesen necesarios la suspensión de la conversión de papel moneda por oro sellado [22].

En rigor de verdad, parece que el enunciado del plazo expreso responde a la mejor doctrina, ya que la tesis de la "inoperatividad automática" implícita de una regla de emergencia (si desaparece la situación de emergencia) peca de notoria inseguridad e imprecisión.

Otro punto discutible es el de la duración del período de emergencia. Nuestras normas han establecido plazos diversos: por ejemplo, de treinta días, luego prorrogados (ley 9481); dos años (art. 50, ley 23.696, suspensión de ejecución de sentencias contra el Estado); tres años (ley de moratoria hipotecaria), o términos mucho más extensos (Romero recuerda al decreto-ley 1380/43 y posteriores leyes en materia de alquileres, con más de veinte años de prolongaciones) [23].

El problema que plantea la tesis de la temporalidad de

21 Ver la opinión del legislador Arancibia Rodríguez en el Senado de la Nación, al tratarse la después ley 12.591, en SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, *La legislación de emergencia...*, p. 912.

22 SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, *La legislación de emergencia...*, p. 913.

23 ENRIQUE CÉSAR ROMERO, *Derecho Constitucional* (Bs. As. 1976), ed. Zavalía, t. II, p. 153. Un caso llamativo fue el de las leyes 17.616 y 17.905, que dispusieron que ciertas retroactividades previsionales en materia militar debían pagarse en ocho ejercicios fiscales sucesivos, al no existir los fondos pertinentes. Ver TOMÁS HUTCHINSON, JORGE A. BARRAGUIRRE y CARLOS M. GRECO, *Reforma del Estado. Ley 23696* (Santa Fe 1990), ed. Rubinzal-Culzoni, p. 259.

la legislación de emergencia es el de su constitucionalidad si la situación de emergencia, o de *necesidad transitoria,* propia de una crisis coyuntural, pasa a ser un caso de *necesidad permanente,* característico de una crisis estructural.

En "Veix vs. Sixth Ward Building", la Corte Suprema de los Estados Unidos puntualizó que una ley de emergencia no es inconstitucional, una vez terminada la emergencia, si su contenido pudo dictarse según la Constitución, como poder permanente [24]. Pero la duda subsiste si la ley de emergencia instrumentó poderes especiales, no propios de una legislación permanente.

En síntesis: si un estado de necesidad transitoria se convierte en estado de necesidad permanente, puede concluirse que la ley de emergencia basada inicialmente en una circunstancia de necesidad circunstancial, conserva de todos modos *legitimidad* jurídica para resolver, en definitiva, un estado de necesidad constante. La doctrina de la emergencia es, según vimos (v. parágrafo 2) parte de la doctrina de la necesidad, y tributaria de ésta. El derecho de necesidad moviliza remedios excepcionales en razón, precisamente, del estado de necesidad; y si éste se convierte en algo perdurable, también deberá serlo la normatividad destinada a enfrentarlo.

Sin embargo, en esta hipótesis de mutación de necesidad transitoria a necesidad constante, bien podría ocurrir que la legislación de emergencia, constitucional para el primero de tales supuestos, no lo sea para el segundo. Esto nos lleva al problema del derecho de necesidad supra o anticonstitucional, que veremos más adelante (parágrafo 22 y sigts.).

19. *Legitimidad intrínseca de la medida legal de emergencia.* El tercer recaudo que demanda nuestra Corte Suprema consiste en la *justicia* del "acto necesario" adoptado, legitimidad que debe entenderse en un doble sentido:

[24] Ver SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, *La legislación de emergencia...*, p. 920.

a) *propósito de bien común.* La Corte exige que la norma de emergencia se dicte en función de los *intereses generales,* los *intereses públicos,* los *intereses supremos de la comunidad*; el bien común, en resumen. Por ende, deviene inconstitucional todo derecho de emergencia contrario al bienestar general [25].

b) *razonabilidad y justicia.* En "Martini e hijos", por ejemplo, la Corte reitera que la ley de emergencia —como cualquiera otra— debe ser justa y razonable. En sentido igual, puede citarse "Ghiraldo", entre otros fallos [26].

La razonabilidad del derecho de emergencia es entendida por Germán J. Bidart Campos en el sentido de que debe guardar proporción y adecuación con los motivos que dieron origen al acto necesario y el fin perseguido [27]. Juan F. Linares añade que la evaluación de la razonabilidad de una disposición de emergencia tiene que realizarse con criterio prudente, " acorde con la emergencia" [28]. Vale decir, pensamos, con una *lógica de la emergencia,* y no con una *lógica de la normalidad.*

20. *Respeto a la Constitución.* Esta cuarta exigencia de la Corte argentina ya tuvo sus precedentes en la doctrina de la Corte Suprema de los EE.UU.

En el derecho judicial norteamericano, en efecto, se han sentado *standards* como los siguientes: "Las condiciones extraordinarias pueden exigir remedios extraordinarios... (pero) las condiciones extraordinarias no aumentan los poderes constitucionales" ("ALA Schechter Paultry Corp."); "Mientras que la emergencia no crea poder, puede, en cambio, suministrar la ocasión para el ejercicio del poder; y aunque no puede dar vida a un poder que no ha existido nunca, sin embargo, puede suministrar una razón para el ejercicio de un poder existente" ("Wilson v. New").

25 CSJN, "Fallos", 202:456; 136:171. Cfr. Igualmente GERMÁN J. BIDART CAMPOS, *Tratado elemental...,* t. I, p. 199.

26 CSJN, "Fallos", 200:450; 202:456.

27 GERMÁN J. BIDART CAMPOS, *Tratado elemental...,* t. I, p. 199.

28 JUAN F. LINARES, *Derecho Administrativo,* p. 433.

En la doctrina judicial estadounidense, la emergencia puede operar de distintos modos:

a) sirve para movilizar poderes constitucionales del Estado cuyo ejercicio no sería correcto en circunstancias ordinarias;

b) aprovecha, también, las cláusulas constitucionales de tipo "abierto", o generales, que si admiten varias interpretaciones, resulta factible entenderlas en la emergencia de un modo específico para resolverla;

c) la emergencia no crea poderes inconstitucionales; "ni suprime, ni disminuye las restricciones impuestas sobre el poder otorgado o reservado" [29].

21. *Distinción entre "frustración" y "suspensión" de los derechos constitucionales.* En sentido coincidente, la Corte Suprema argentina ha puntualizado, por ejemplo, que las leyes de emergencia "no pueden escapar a las garantías y normas señaladas por la Constitución Nacional", y que "la Constitución es un estatuto para regular y garantir las relaciones y los derechos de los hombres que viven en la República, tanto en tiempo de paz como en tiempo de guerra, y sus previsiones no podrían suspenderse en ninguna de las grandes emergencias de carácter financiero o de otro orden en que los gobiernos pudieran encontrarse. La sanción de una ley, aun de emergencia, presupone pues el sometimiento de la misma a la Constitución y al derecho público y administrativo del Estado en cuanto éste no haya sido derogado" [30].

En resumen, para nuestra Corte Suprema el derecho de emergencia puede instrumentar poderes "en forma más enérgica que lo que admiten períodos de sosiego y normalidad" [31], pero no poderes inconstitucionales.

Para apoyar la validez constitucional de ciertas nor-

29 SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, *La legislación de emergencia...*, p. 918.

30 "Jurisprudencia Argentina", 26-903.

31 CSJN, "Fallos", 200:450. En otros fallos (v.gr., 238:76), la Corte indica que si bien la emergencia no autoriza al Estado a ejercer poderes que la Constitución no le acuerda, "sí justifica, con respecto a los poderes concedidos, un ejercicio pleno y a veces diverso del ordinario".

mas de emergencia, la Corte Suprema ha creado la doctrina distintoria entre "frustración" y "suspensión" de derechos constitucionales.

En un interesante voto del Juez de la Corte Boffi Boggero, puede leerse con nitidez esta posición. Según ella, las leyes de emergencia reglamentan los derechos constitucionales (v.gr., el de propiedad) del mismo modo que las leyes ordinarias, en función del art. 14 de la Constitución Nacional, cláusula que reconoce el goce de tales derechos "conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio". En tal quehacer regulatorio, la ley de emergencia no podría *frustrar* un derecho constitucional (v.gr., no estaría habilitada para desconocer un derecho adquirido por ley o contrato), pero sí podría *suspender* su goce, de modo razonable. La suspensión, agrega Boffi Boggero, no importa *desnaturalización* del derecho constitucional regulado [32].

Siguiendo esta línea doctrinaria, la Corte Suprema admitió la constitucionalidad de la suspensión, durante un período de emergencia, de la ejecución de derechos adquiridos ante un tribunal de justicia, como expresión válida del poder de policía del Estado (en el caso, art. 1 de la ley 14.442 y sus prórrogas. La suspensión inicial era por siete meses). En "Russo", el voto de los ministros de la Corte Oyhanarte y Aráoz de Lamadrid subrayó que "no son inválidas ni atentan contra la seguridad jurídica las disposiciones legales que, sin desconocer la sustancia de una decisión judicial, se limitan a postergar durante breve lapso el instante en que empezarán a producirse sus efectos, o sea que se reducen a suspender transitoriamente la exigibilidad de una obligación reconocida o creada por sentencia ejecutoriada" dado, se dijo, "que ello no afecta de modo irrazonable a la cosa juzgada" [33].

Otra aplicación de la tesis que comentamos puede hallarse, por ejemplo, en "Roger Bialet". Allí la Corte concluyó que "el derecho adquirido a obtener mediante la

32 CSJN, "Fallos", 243:467.
33 CSJN, "Fallos", 243:467.

ejecución de una sentencia firme lo que ésta determina, no puede ser sustancialmente alterado por una ley posterior, tanto en lo relativo a la determinación imperativa del derecho como a la eficacia ejecutiva de aquélla. No comporta esa alteración constitucional la ley que se limita a regular el modo y tiempo de obtener el efecto de manera distinta a la que establecía la ley vigente cuando el fallo judicial se dictó, a menos que la nueva regulación lo destituyera prácticamente de eficacia; lo que habría que apreciarse con el mismo criterio que otras regulaciones legales de emergencia por las que se modificaran circunstancialmente los alcances atribuidos a ciertos derechos por las leyes bajo el imperio de las cuales se adquirió" [34].

Sin embargo, en materia de emergencia la actitud de la Corte Suprema no ha sido siempre uniforme. Otra línea de fallos ha procurado encuadrarla dentro de pautas constitucionales más severas. Así, en "Nación Argentina c. Düring" puntualizó que si bien una ley de emergencia puede fundarse en el poder de policía del Estado (se trataba de la ley 12.830), ello no significa que la propiedad no esté garantizada en los supuestos de expropiación, dado que "la emergencia está sujeta en un estado de derecho a los mismos principios que amparan a la propiedad en épocas normales" [35]. En otros fallos destacó que porque una ley de locaciones se defina como de orden público, no puede alterar el principio de cosa juzgada, ya que también revisten carácter de orden público las reglas constitucionales que aseguran el principio de estabilidad de las sentencias judiciales [36].

Uno de los problemas más arduos de la doctrina que diferencia, en orden al derecho de emergencia, situaciones de "frustración" y de "suspensión", estriba en fijar el lapso razonable (que vendría a ser el término constitucional) de la suspensión. Si el lapso es irrazonable, por extremo, la

34 CSJN, "Fallos", 209-405.
35 CSJN, "Fallos", 237:38.
36 CSJN, "Fallos", 235:512.

"suspensión" rozaría, o simplemente configuraría, a la "frustración".

Sobre el punto, hemos visto que diversas leyes han instrumentado períodos disímiles, de meses a un par de años, y todavía más (en particular, en materia de prórroga de locaciones y reducción de sus cánones). La cuestión se agrava cuando la necesidad transitoria (emergencia) pasa a ser necesidad permanente (v.gr., si una moratoria en favor del Estado, por carecer éste de dinero para afrontar sus obligaciones, se define como constante). ¿Resultaría, en tal supuesto, constitucional la legislación producto del derecho de necesidad? La Corte Suprema no ha respondido a tal incógnita, aunque de hecho legitimó la viabilidad constitucional de leyes sobre locaciones que duraron varias décadas.

En definitiva, en la Argentina bien puede reputarse que hay un *derecho constitucional consuetudinario* que da validez constitucional al derecho de emergencia, satisfechas ciertas condiciones: realidad de la emergencia, legitimidad intrínseca de la norma de emergencia, transitoriedad de ella, respeto a la Constitución. Pero no hay normas de derecho constitucional consuetudinario sobre el derecho de necesidad permanente, en particular si éste se opone a la Constitución.

22. *Conflicto entre el derecho de emergencia y la Constitución.* Cabe abordar ahora el punto incuestionablemente más polémico de las relaciones entre el derecho de necesidad y la Constitución. Se trata, por supuesto, de las situaciones de oposición entre ambos.

Tal disputa puede suscitarse ante dos casos:

a) Una norma de derecho de necesidad transitorio (derecho de emergencia), constitucional en tal condición, pasa a ser inconstitucional al tener que afrontar un caso de necesidad permanente, al provocar la *frustración* de un derecho constitucional que en su comienzo sólo fue *suspendido* (inconstitucionalidad *sobreviniente* del derecho de necesidad, inicialmente constitucional).

b) Una norma de derecho de necesidad, permanente o transitorio, va contra una regla de la Constitución (inconstitucionalidad *liminar* del derecho de necesidad) al frustrar derechos constitucionales de los particulares o de alguno de los operadores de la Constitución (v.gr., si afecta atribuciones de un órgano del Estado, en favor de otro).

Esta doble confrontación ha dado lugar a distintas respuestas jurídicas.

23. *Distintas alternativas. Rechazo total del derecho de necesidad opuesto a la Constitución.* De darse batalla entre el derecho de necesidad y la Constitución, buena parte de la doctrina opta por descalificar al primero, reputándolo inconstitucional y por ende, inaplicable.

Conforme con esta postura, el derecho de emergencia "en ningún caso" puede afectar los principios ni la estructura constitucional del Estado [37]. Tampoco puede crear poderes superiores o ajenos a la Constitución, ni suspender su vigencia, ni autorizar a un poder del Estado a desempeñar tareas de otro [38].

24. *Admisión parcial del derecho de emergencia inconstitucional.* Para esta postura, el derecho de necesidad no puede perjudicar "el imperio total de la Constitución, sus poderes, sus declaraciones y garantías", de tal modo que aunque la necesidad altere ciertos principios del derecho positivo tiene siempre como límite a la Constitución [39].

Sin embargo, para Rafael Bielsa, de quien tomamos estas expresiones, el estado de necesidad justifica excepciones al principio de separación de los poderes. Así, de exis-

[37] Ver también SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, *La legislación de emergencia...*, p. 909: "Si bien las leyes de emergencia responden a una necesidad colectiva súbita y grave que debe ser satisfecha con disposiciones que faltan en la legislación y las cuales pueden apartarse del sistema positivo, nunca debe olvidarse que el imperio total de la Constitución, sus poderes, sus declaraciones y garantías no cesan ni aun en estado de necesidad, al menos por los procedimientos de derecho, único aspecto que interesa a nuestro estudio". Cfr. asimismo p. 921.

[38] Ver GERMÁN J. BIDART CAMPOS, *Tratado elemental...*, t. I, pp. 198/9.

[39] RAFAEL BIELSA, *El estado de necesidad...*, p. 64 y 85.

tir tal estado es posible que un Poder ejercite competencias de otro, como es el caso de los decretos-leyes de gobiernos de jure ("decretos de necesidad y urgencia") y de acordadas judiciales dispuestas ante la inexistencia del Poder Legislativo o asunción de gobiernos de facto (así, recuerda, la célebre acordada del 10 de septiembre de 1930) [40]. La necesidad autorizaría, pues, fundamentalmente, transgresiones a reglas de distribución de competencias entre los Poderes.

En ese mismo orden de ideas, el autor que citamos menciona a la revolución ("un hecho impuesto por la necesidad", donde priva el principio *necessitas jus constituit*), como acto legitimado por la necesidad, siempre que esa revolución sea triunfante [41].

25. *El derecho de emergencia y de necesidad como derecho constitucional implícito.* Esta vía de admisión del derecho de necesidad, alegada particularmente por parte de la doctrina suiza, explica que las reglas constitucionales no se encuentran en situación de paridad, desde el momento en que hay ciertas normas fundamentales (v.gr., las que aluden a los fines del Estado, a su subsistencia y perdurabilidad), y otras secundarias, de tipo instrumental u organizativo. Las primeras tienen primacía sobre las segundas.

En caso de necesidad, se afirma, deben prevalecer las reglas constitucionales generales y básicas, por sobre las organizativas. El derecho de necesidad es así algo *inherente* o *implícito* a toda Constitución, presente en ella aunque expresamente no lo mencione, y que en todo caso, puede explicarse jurídicamente como un medio de cobertura de una laguna constitucional [42].

40 RAFAEL BIELSA, *El estado de necesidad...*, pp. 75/7. Sobre la admisión de los decretos de necesidad y urgencia, ver MIGUEL S. MARIENHOFF, *Tratado de derecho administrativo*, 3ª ed. (Bs. As. 1982), ed. Abeledo-Perrot, t. I, p. 267.

41 RAFAEL BIELSA, *El estado de necesidad...*, pp. 67/9, 127.

42 Sobre las ideas de Buckhardt y Waldkirch, ver MANUEL PELAYO GARCÍA, *Derecho Constitucional Comparado* (Madrid 1950), ed. "Revista de derecho privado", p. 475. En cuanto a la aceptación implícita en la Constitu-

26. *El derecho de emergencia como derecho supraconstitucional.* Ya en una confrontación más drástica entre el derecho de la necesidad y el derecho constitucional, un grupo de autores, en base al principio de *conservación del estado,* o de su *legítima defensa,* postula como *derecho natural* del mismo su aptitud de evadirse de la Constitución, si la necesidad lo impone.

De darse una real situación de necesidad, surgiría un derecho de necesidad con potencialidad para producir el nacimiento, la alteración o la desaparición de cualquier norma del ordenamiento jurídico (incluso la Constitución), suscitándose incluso un "deber de salir de la legalidad", de ser ello indispensable [43]. Dicho de otro modo, durante el estado de necesidad se produce la subordinación de las reglas de derecho positivo ordinarias y extraordinarias, a la ley fundamental de subsistencia del Estado: "*Salus populi suprema lex est*" [44].

D) *Reexamen de las relaciones entre el derecho constitucional y el derecho de emergencia*

27. *La necesidad como opción constitucional.* Una nueva evaluación de las conexiones entre el derecho de necesidad y el derecho constitucional permite distinguir, tal vez, dos alternativas básicas: la necesidad como *opción* constitucional y la necesidad como *superación* de la Constitución. Esta última, a su turno, admite dos modalidades: *evasión* y *dispensa.*

---

ción de la anormalidad, ver PABLO LUCAS VERDÚ, *Curso de derecho político* (Madrid 1974), ed. Tecnos, t. II, p. 676, y KARL LOEWENSTEIN, ob. cit. en nota 54, p. 286.

43 Sobre el derecho de necesidad como derecho natural en Hoerni y Labaud, y el "deber de salir de la legalidad" en Jáze, Esmein y Nézard, ver SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, *La legislación de emergencia...*, p. 909. En cuanto la potencialidad del derecho de necesidad sobre la Constitución, y las ideas de Perassi cfr. ANDRÉS FINK, *Los gobiernos de facto* (Bs. As. 1984), ed. Depalma, p. 158.

44 La cita es de Luigi Rossi. Ver PABLO LUCAS VERDÚ, *Curso de derecho político,* t. II, p. 675.

Comenzaremos por la necesidad como *opción constitucional,* que funciona así: cuando la Constitución brinda dos o más alternativas jurídicas para encarar un problema o situación de necesidad, v. gr., un remedio ordinario y otro extraordinario, y a su vez, cada uno de ellos permite adoptar distintos caminos, bueno es que el operador de la Constitución, dentro del marco de posibilidades que ella brinda, tome la vía más adecuada para solucionar la situación de necesidad.

El tema ha sido reiteradamente resuelto, y con tino, tanto por la jurisprudencia estadounidense como por la argentina: la necesidad y la emergencia deben resolverse agotando al máximo todos los recursos que la Constitución contempla, instrumentándolos incluso de modo peculiar para encarar la situación de necesidad, con modalidades que no serían aceptables en épocas de normalidad pero que sí se "constitucionalizan" en períodos de emergencia [45].

El derecho de emergencia, cuando opera como opción *de* y *en* la Constitución, tiene por supuesto fundamento en la misma Constitución, y se encuentra recortado por el derecho positivo de ésta, aunque cabe tener en cuenta:

a) que por "Constitución" y "reglas constitucionales", se comprenden tanto las normas del derecho constitucional formal (la constitución escrita) como las normas del derecho constitucional *consuetudinario* y del derecho constitucional *repentino* originadas en cualquier ámbito del derecho constitucional [46];

b) que en cualquiera de estos supuestos, las reglas constitucionales del derecho constitucional formal e informal son elásticas, tanto por su enunciado (a menudo se formulan en cláusulas "abiertas", de amplias posibilidades exegéticas para el operador de la Constitución) como por su

45 Cfr. SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, *La legislación de emergencia...*, pp. 913 y ss.

46 Sobre el derecho constitucional *informal* (consuetudinario y repentino) nos remitimos a nuestro estudio *Derecho y realidad en el derecho constitucional,* en "Derecho y Realidad", Obra Nº 22, de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, p. 253 y ss.

vocación de futuridad (en el sentido de que más que normas rígidas, cosificadas en una instancia histórica, son instrumentos de gobierno para regular situaciones del porvenir);

c) que el derecho de necesidad reclama una interpretación de las normas constitucionales conforme a una "lógica de la necesidad" y no a una "lógica de la normalidad". La "lógica de la necesidad" pone a menudo en tensión y a prueba a la Constitución misma, a fin de tornarla operativa para abarcar la mayor cantidad posible de situaciones de necesidad, y darles respuesta *dentro,* y no *fuera,* de la Constitución.

28. *La necesidad como superación de la Constitución. Supuestos de cumplimiento materialmente imposible, o racionalmente imposible de la Constitución.* Puede ocurrir, sin embargo, que la Constitución carezca de rutas jurídicas idóneas para atender una situación cierta y determinada de necesidad (permanente o circunstancial) que haga peligrar la continuidad del sistema político o la estabilidad social.

Existen dos supuestos nítidamente diferenciables donde anida el problema:

a) *imposibilidad material de cumplimiento de la Constitución.* Esto se produce cuando el operador de la Constitución no puede aplicarla aunque lo quisiera, al ser físicamente imposible la efectivización de la ley suprema. Un ejemplo clásico, para el derecho argentino, pudo ser el art. 3 de la Constitución de 1853, norma que estableció como capital de la Confederación a la ciudad de Buenos Aires, y declaró a ella como lugar de residencia de las autoridades nacionales.

Como se sabe, toda la provincia de Buenos Aires, incluyendo a la capital, se había separado de la Confederación Argentina, dictando después incluso su constitución particular (la del "Estado de Buenos Aires"), en 1854. De ahí que fuese materialmente imposible que tal localidad actuase como ciudad capital de la Confederación, situación de necesidad que justificó el dictado de un derecho de

necesidad que instaló la capital en la ciudad de Paraná, a pesar de la explícita declaración constitucional del mentado art. 3 (ley del 13 de diciembre de 1853; decreto del 24 de marzo de 1854).

b) *imposibilidad racional de cumplimiento de la Constitución.* Esta situación, desde luego más polémica que la anterior, acaece si la ejecución de la Constitución, aunque materialmente factible, conduce a un absurdo mayúsculo, apto para quebrar el sistema político o causar la desintegración de la comunidad.

También tomando como punto de referencia al texto original de la Constitución de 1853, el jurista recordará que su art. 30 prohibía la reforma de ella hasta "pasados diez años desde el día en que la juren los pueblos". La interdicción regía, pues, hasta el 9 de julio de 1863.

Sin embargo, los hechos determinaron que luego de la batalla de Cepeda y consecuente Pacto de San José de Flores, fuese posible la unificación del país (separado, según dijimos, entre la Confederación Argentina y el Estado de Buenos Aires), pero sólo después de una reforma constitucional, exigida por la provincia separada. Hacia 1860, entonces, la opción era: cumplir con el art. 30, y no unificar al país; o reunirlo, evadiéndose del cumplimiento de tal norma. En la emergencia, se optó por lo segundo, decisión pacíficamente aceptada por la literatura constitucionalista nacional.

Si el asunto es claro, y si no caben otras alternativas normativas, el constitucionalista debe asumir (y no negar) el fenómeno de la imposibilidad racional de cumplimiento de la Constitución, y equipararlo al de imposibilidad material de cumplimiento de ella. En definitiva, es tan ilógico demandarle al operador de la Constitución que realice una conducta físicamente impracticable, como otra racionalmente inadmisible, insensata o descabellada. Máxime si tal absurdo, subrayamos, provoca la extinción del sistema político o el caos social [46 bis].

46 bis A lo expuesto cabe agregar que según la CSJN, toda interpreta-

29. *Fundamentos del derecho de necesidad como superación de la Constitución. Orden fáctico.* La solución del conflicto entre realizar una norma constitucional de cumplimiento material o racionalmente imposible, o aceptar un derecho de necesidad que la supere, tiene diversos planos de estudio.

En el orden de las realidades el asunto es quizá más simple, porque resulta muy raro (si lo hay) encontrar algún ejemplo de Estado que haya preferido desaparecer o sumergir a su población en una situación de desintegración social, antes que incumplir con la Constitución. Incluso naciones con un destacado espíritu legalitario y constitucionalista, como Suiza, han adoptado medidas de emergencia transgresoras de aspectos de fondo y de distribución de competencias constitucionales, v.gr. en ocasión de las dos guerras mundiales. Otros países como los Estados Unidos han reconocido que la necesidad crea institutos extraconstitucionales, como la ley marcial (*martial law*), que implica la asunción del gobierno civil por la autoridad militar y cuya constitucionalidad lo menos que puede calificarse es de "muy dudosa" [47].

30. *Orden conceptual.* La fundamentación *jurídica* del derecho de necesidad (entrevisto como superación de la Constitución) es, desde luego, más discutible.

El derecho de emergencia y de necesidad permanente, cuando actúa como *superación* de la Constitución (esto es, en los supuestos de cumplimiento materialmente imposible,

---

ción que conduzca a un absurdo debe rechazarse ("Fallos", 111:367; 306:802; "La Ley", 198-C-542); y resultaría francamente absurdo interpretar y hacer funcionar una norma de la Constitución, si esa aplicación provoca la destrucción del sistema político o el caos social. Un caso interesante de inobservancia de la Constitución fue tratado por la Corte Suprema de Minnesota, EE.UU., en "Naftalin vs. King": el tribunal constató que un impuesto era inconstitucional, pero no lo declaró así, porque de hacerlo hubiese causado la paralización de un impresionante plan de obras públicas, con un perjuicio social inconmensurable. Ver NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS, *Control judicial de constitucionalidad: legalidad vs. previsibilidad*, en "El Derecho" 118-909.

47 MANUEL GARCÍA PELAYO, *Derecho Constitucional Comparado*, pp. 360 y 474/5.

o racionalmente imposible de la Constitución) bien puede entenderse, al hilo de Waldkirch y Buckhardt, por ejemplo, y mejor todavía en Kagi, como un derecho constitucional *implícito o sobreentendido* en toda Constitución (v. parágrafo 25). Cuando ésta enuncia en su Preámbulo o en determinadas cláusulas fundamentales (v.gr., en la Constitución argentina, su art. 1, al definir la forma de Estado y de gobierno) ciertas metas esenciales o el tipo de régimen que adopta, está presuponiendo la existencia misma del Estado, y su conservación, para alcanzar tales objetivos. Sin Estado, dicho de otro modo, no hay Constitución, como tampoco hay gestión de gobierno.

La Constitución y su proyecto de organización social reposan, entonces, en un dato previo y obvio: *que tiene que haber Estado*. Si el cumplimiento de la Constitución formal provocase la extinción del sistema político o la desintegración social, obvio es también que allí caería asimismo la Constitución. Y no es sensato imaginar como aceptable esa alternativa de suicidio constitucional.

Concomitantemente, el derecho de necesidad tiene apoyatura jurídica (aun en su versión *supra* o *extraconstitucional*, como evasión de la Constitución), en el principio *imposibile nulla obligatio est*. Si la observancia de la Constitución es material o racionalmente imposible en un caso concreto, la norma de necesidad opuesta a la Constitución (derecho de necesidad, permanente o transitorio) se recuesta en el aludido postulado, que aunque no lo enuncie el derecho positivo (aunque alguna vez sí lo haga), tendrá base, de todos modos, en el derecho natural.

La tercera vertiente jurídica del derecho de necesidad como dispensa constitucional se encuentra, finalmente, en otro principio jusnaturalista, como es el de autoconservación. Es cierto que toda Constitución programa una serie de mecanismos para afrontar emergencias políticas, y aun económicas o de otra índole. Si ellos son insuficientes para afrontar la situación de necesidad cabe admitir que existe una laguna constitucional que debe cubrirse a falta

de otras reglas constitucionales analógicas, por el salto a los valores jurídico-políticos [48], y al derecho natural.

En este terreno si se admite que el Estado, como forma política contemporánea, es un producto natural y necesario *de* y *para* la convivencia humana, y sin el cual resulta (hasta ahora al menos) inconcebible la coexistencia social; si se reconoce también que para la consecución de valores jurídico- políticos como justicia, orden, paz, igualdad, etc., el Estado aparece como sujeto indispensable y fundante, de tal modo que con prescindencia de él tales metas no pueden obtenerse, no cabe otra alternativa que reconocerle un derecho natural a la subsistencia y conservación, no tanto en función de sí mismo sino de la sociedad y de los hombres a los cuales debe servir, atento, precisamente, al papel *instrumental* (y no inmanente) que debe cumplir la estructura estatal [49].

De haber entonces una laguna constitucional para enfrentar una situación de necesidad en donde se debata la continuidad misma del Estado, el recurso al principio jusnaturalista de la autoconservación no deviene anómalo, sino perfectamente aceptable.

Podría agregarse para el caso argentino, otra consideración suplementaria. El art. 33 de la Constitución Nacional trata, como es sabido, de los derechos humanos implícitos o no enumerados, que emanan de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno. La cláusula, rectamente interpretada, tiene en rigor de verdad una extensión mucho más amplia, ya que comprende también todos los derechos que corresponden al hombre desde el ángulo del

48 Sobre el recurso a los valores, en particular a la justicia, para cubrir las lagunas constitucionales, siguiendo el esquema de Werner Goldschmidt, ver NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS, *Integración de la norma constitucional*, en "Revista uruguaya de derecho constitucional y político" (Montevideo, 1986), t. II, Nº 12, p. 350 y ss.

49 Sobre la necesidad del poder y del Estado (su "naturalidad"), ver LUIS SÁNCHEZ AGESTA, *Los principios cristianos del orden político* (Madrid, 1962), Instituto de Estudios Políticos, p. 144. En cuanto el carácter servicial del Estado, cfr. ROMMEN HEINRICH, *El Estado en el pensamiento católico*, trad. por Enrique Tierno Galván (Madrid, 1956), Instituto de Estudios Políticos, p. 354.

derecho natural, aunque no fuesen necesariamente de índole política o vinculados con la república. Más todavía: refiere a los derechos tanto del hombre como "de los pueblos", "para el pueblo como entidad colectiva", "de ese ser moral que se llama sociedad" [50].

Así entendido el art. 33 de la Constitución nacional, bien puede hablarse asimismo de un derecho natural de la sociedad (esto es, del pueblo) a poseer un Estado (desde el momento en que ese Estado es sujeto necesario para el desenvolvimiento de la sociedad), y de allí, otra apoyatura suplementaria al derecho de necesidad, fundado esta vez no en una facultad del Estado (su derecho a subsistir), sino de la comunidad (la que a su vez, para también existir, precisa inevitablemente del Estado). Además, si la situación de necesidad no comprometiese directamente la vida del Estado, pero sí de la comunidad (caso, v.gr., de una situación de peligro inminente de caos social, si no se acepta la norma de necesidad), el cimiento de ese derecho de necesidad estaría vinculado, de modo inmediato, al derecho natural de la sociedad de conservarse y sobrevivir.

Interesa remarcar que de aceptarse esta línea discursiva, el derecho de necesidad podría hallar primero abono jusnaturalista, pero también de derecho positivo constitucional, en el art. 33 de la Constitución nacional (regla en la que buena parte de la doctrina ha hallado otro derecho natural de la sociedad como el de resistencia a la opresión).

En resumen, la discusión sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad del derecho de necesidad como evasión o dispensa de la Constitución, a menudo olvida que el principio de conservación del Estado y de la sociedad es un postulado constitucional obvio, sobreentendido y tácito del ordenamiento jurídico. Puede ser perfectamente entendido, entonces, como *principio de derecho constitucional positivo implícito*, y desde luego, como *principio también de derecho natural constitucional.*

50 NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS, *Constitución nacional. Derechos no enumerados*, en "Enciclopedia Jurídica Omeba", Apéndice V, (Bs. As., 1986), p. 33 y ss., esp. p. 38.

Si se concibe a tal postulado como inmerso en la Constitución formal (de modo tácito), el conflicto entre una norma genuina de derecho de necesidad y una regla formal de la Constitución debe resolverse, no como una oposición entre un "hecho" y la norma constitucional, o entre una "norma inconstitucional" (la del derecho de necesidad) y la Constitución, sino entre dos géneros de preceptos constitucionales: por un lado, el artículo constitucional afectado por el derecho de necesidad; y por otro, las directrices constitucionales que admiten a éste ("el postulado constitucional obvio", o "sobreentendido"; y en la Argentina, el art. 33). La litis, desde luego, tendrá que resolverse en favor del postulado constitucional prevaleciente, que no será difícil de descubrir: el de persistencia del Estado y de la sociedad.

Por el contrario, si se vislumbra al derecho de necesidad como (solamente) un derecho natural (y no de derecho positivo) la controversia será entre dos reglas de naturaleza no similar (el derecho natural y la Constitución formal), aunque el resultado sea en definitiva el mismo, atento la primacía, en las posiciones que reconocen al derecho natural, de éste sobre el derecho positivo.

31. *Variantes y fronteras del derecho de necesidad superador de la Constitución. La necesidad como evasión.* Tanto o más importante que averiguar el fundamento jurídico del derecho de necesidad que supera a la constitución (derecho supraconstitucional), es establecer sus variaciones y sus límites. En este terreno existen dos modalidades opuestas: la necesidad como *evasión* y la necesidad como *dispensa.*

El derecho de necesidad como evasión de la Constitución trata, en última instancia, de ubicar al derecho de necesidad como categoría metajurídica, desligada de toda norma: *necessitas non habet legem* (la necesidad no tiene ley). Se trata de una visión donde el derecho de la necesidad se emancipa totalmente de la Constitución, otorgándole a su operador una suerte de "piedra libre" en su actuación.

El fundamento axiológico del derecho de necesidad como evasión constitucional está en la "ética de máxima"

sobre la necesidad (v. parágrafo 11) para la cual como vimos, "nada indispensable para la salvación del Estado puede aparecer como ignominioso" (Bodin), y puede hablarse incluso de una "justicia artificial" que le da sustento en todo caso. La teoría de la "razón de Estado" (o el engrandecimiento del Estado como meta suprema de él mismo) aporta también su cuota de legitimación para esta postura.

Si la necesidad es en sí misma legítima, y fuente a su turno de legitimidad, el derecho de necesidad no puede contar con más topes que la propia necesidad, entendida en sentido amplio. Por supuesto, la doctrina del derecho de necesidad como evasión constitucional auspicia las interpretaciones más autoritarias de tal derecho, y subordina toda la Constitución al mismo. Tampoco parecen existir aquí límites consistentes provenientes del derecho natural.

32. *La necesidad como dispensa.* Esta clase del derecho de necesidad como superación de la Constitución es mucho más moderada, y parte del principio *necessitas jus constituit,* recurriendo, para su legitimación, a la doctrina de la "ética de mínima", en cuanto a la necesidad (v. parágrafo 10).

Si la necesidad genera derecho (aun supraconstitucional), el derecho de necesidad es una categoría jurídica, que debe desarrollarse según principios jurídicos que, aunque flexibles y desenvueltos con la lógica jurídica de la necesidad (y no con la lógica jurídica de la normalidad), tienen también límites jurídicos.

Si opera como *dispensa* de la Constitución, el derecho de necesidad autoriza el incumplimiento de la Constitución (formal o consuetudinaria) de manera similar a como la equidad, o justicia del caso concreto, puede legitimar la inaplicación de una regla jurídica que, aunque en términos generales es justa, produce injusticia si se la efectiviza sin más en una situación singular, específica [51].

51 Sobre la coincidencia entre equidad y necesidad para autorizar la inobservancia de la ley, en Francisco Suárez, cfr. RAFAEL BIELSA, *El estado de necesidad...*, p. 29. Sobre la equidad, ver LORENZO GARDELLA, *La equi-*

En tal sentido, el derecho de necesidad actuante como dispensa de la Constitución cuenta con una doble serie de limitaciones: de derecho natural y de derecho positivo constitucional.

a) desde el ángulo del derecho natural, que en última instancia da cimiento al derecho de necesidad de modo indudable (autoconservación del Estado y de la sociedad), la norma de necesidad o de emergencia no podría lógicamente contradecir tal derecho que le sirve de fuente.

Por ende, ciertos derechos naturales básicos, inherentes a la condición humana (como la vida, el honor, el derecho a formar una familia, a la dignidad) aparecen así como prácticamente inalterables por la situación de necesidad. Para dar ejemplos extremos, una situación de necesidad política no puede legitimar la tortura, los secuestros o la desaparición de personas; como un estado de necesidad económica tampoco podría legitimar la esclavitud o salarios infrahumanos, so pretexto de obtener mano de obra barata para alcanzar determinados propósitos financieros, rentísticos o de hacienda pública.

Naturalmente, cuando tratamos derechos naturales que son pasibles de mayor limitación (por perfilarse como derechos menos absolutos, en el ámbito del derecho natural), el derecho de necesidad y de emergencia puede avanzar más sobre ellos. El tema, como se sabe, es particularmente conflictivo con relación al derecho de propiedad, uno de los más sacudidos por el derecho de emergencia.

Sobre el punto, el jusnaturalismo cristiano reputa al derecho de propiedad como derecho natural (incluso en lo que hace a los bienes de producción), pero también enuncia como derecho natural (de los demás hombres y de la sociedad) asignarle a esa propiedad una función social, y alerta que resulta justo que ciertos bienes de producción, en particular aquéllos que engendran un poder económico muy

---

dad en la función judicial, en "Anuario" de la Facultad Católica de Derecho de Rosario, año I.

significativo, no siempre es bueno que queden en manos de personas privadas. Por lo demás, y esto es importante en la regulación por el derecho de emergencia del derecho de propiedad privada, el jusnaturalismo cristiano reitera que "en el plan de la creación, los bienes de la tierra están destinados ante todo para el digno sustento de todos los seres humanos" [52].

b) desde el derecho positivo, nos parece asimismo que el derecho de necesidad (permanente o de emergencia), entrevisto como *dispensa* de la Constitución, conduce a visualizar aquello que podríamos denominar "*principio de restrictividad*"; esto es, que *sólo puede afectar las reglas constitucionales en la medida indispensable para enfrentar la situación de necesidad.* En otras palabras, el derecho de emergencia no impide que subsista todo el aparato normativo constitucional de derecho positivo, fuera de las reglas cuyo cumplimiento se dispensa en virtud de la necesidad. Tampoco, el conjunto de principios jurídicos enunciados por ese derecho positivo que no sea palmariamente necesario afectar por la situación de necesidad.

Igualmente, comprendido el derecho de necesidad como dispensa de la Constitución, surge nítidamente que no es un mecanismo de destrucción del derecho constitucional; y que, supletoriamente, le son aplicables las categorías jurídicas y los principios establecidos por el derecho consuetudinario constitucional para la doctrina de la necesidad como *opción.*

Así, la legitimidad constitucional de la necesidad como dispensa de la Constitución demanda una *legitimidad de fines* en el derecho de emergencia. Si las normas de éste no se fundan en una auténtica situación de necesidad o si tratan temas ajenos a dicha emergencia, o si no están inspiradas en una genuina solución de la necesidad, en términos de bien común, desaparecerían las bases constitucionales de su justificación (v. parágrafo 17).

52 Juan XXIII, *Mater et Magistra,* parágrafos 23 y 24.

Del mismo modo, si el derecho de necesidad, aún fundado en una real circunstancia de necesidad y bien inspirado para resolverla, no satisface una *legitimidad de medios* (o sea, si resulta irrazonable al no guardar proporcionalidad con la emergencia, ni realiza una adecuada selección de instrumentos para resolverla) [53], tampoco cubriría los requisitos mínimos que lo tornan viable como dispensa de la Constitución.

Bueno es advertir, en tal sentido, que el derecho de emergencia tiene que ser un derecho *inevitable* para hallar legitimidad en cuanto inobservancia de la Constitución. Si la solución de la necesidad puede hallarse a través de vías constitucionales, la necesidad o emergencia debe encararse como *opción constitucional,* y no como *dispensa* de la Constitución. Esta conclusión es evidente por sí misma, en resguardo del valor orden.

En resumen, la metamorfosis del derecho de necesidad de *opción* constitucional a *dispensa* de la Constitución no puede importar un "bill de indemnidad" para quien lo sancione o haga funcionar. Se trata de un fenómeno jurídico, casi siempre basado en el derecho natural, y de ahí que no deba ser incompatible con éste. Tampoco es destructor de todo el derecho positivo, ya que subsiste plenamente el mismo, en los aspectos cuya dispensa no legitime la necesidad. Un derecho de emergencia, pues, aún supraconstitucional, que violase el principio de restrictividad, como el que no cubriese los requisitos de legitimidad de fines y de medios, o que no aparezca como inevitable, concluye como derecho impropio, injustificable aun desde la óptica de la necesidad: ilegítimo desde la perspectiva jusnaturalista, e inconstitucional desde el visor del derecho constitucional positivo.

33. *Judiciabilidad del derecho de emergencia.* Aquí cabe contemplar dos puntos: la judiciabilidad de la declara-

53 Interesa apuntar que el derecho de emergencia está sometido como cualquier norma al principio de razonabilidad (ver por ejemplo JUAN F. LINARES, *Derecho Administrativo,* p. 113 y ss.).

ción del estado de emergencia, y la judiciabilidad de las normas y medidas concretas adoptadas en virtud de aquélla.

En ambos órdenes, cierta doctrina es renuente en reconocer al Poder Judicial competencias para evaluar si hay una situación de emergencia que autorice la adopción del derecho de emergencia [54]. En general, se ha reputado que la meritación de si hay emergencia y de si es necesario crear derecho de emergencia, es una "cuestión política no justiciable", reservada a los poderes "políticos" (ejecutivo y legislativo). Incluso, algún calificado voto emitido en el seno de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que la misión de los jueces, como guardianes de la Constitución y de los derechos por ella reconocidos, no los autoriza a convertirse en árbitros de las cuestiones sociales, ni a sustituir al legislador en la función normativa que institucionalmente le corresponde [55].

Sin embargo, la judiciabilidad de la declaración y adopción del derecho de emergencia, y de la evaluación de legitimidad de fines y de razonabilidad de medios concretos adoptados en su consecuencia, ha sido aceptada por otro sector doctrinario, ya de modo amplio, ya restringido (en este caso, sólo para los actos de ejecución, y no para evaluar si hay o no una situación de emergencia) [56]. En EE. UU., la jurisprudencia de la Corte Suprema federal ha indicado que es claro para los tribunales inquirir si existe un caso de emergencia que justifique la normatividad consecuente y si ella subsiste tiempo después; y si las medidas adoptadas para

54 Ver por ejemplo KARL LOEWENSTEIN, *Teoría de la constitución*, trad. por Alfredo Gallego Anabitarie (Barcelona, 1976), 2ª ed., ed. Ariel, p. 286; MIGUEL S. MARIENHOFF, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, p. 264.

55 CSJN, "Fallos", 243:467.

56 Cfr. TOMAS HUTCHINSON, JORGE BARRAGUIRRE y CARLOS GRECCO, *Reforma del Estado*, p. 268, donde se indica que el Poder Judicial debe revisar tanto la real existencia de una situación de necesidad como la temporalidad de la medida y la razonabilidad del medio escogido por el Congreso. En sentido parecido, GERMÁN J. BIDART CAMPOS, *Tratado elemental...*, t. I, p. 199. Por su parte, CÉSAR ENRIQUE ROMERO (*Derecho Constitucional*, t. II, p. 146), insinúa también el mismo control judiciario. En sentido restrictivo, de control judicial de efectos de la declaración del estado de necesidad, pero no del pronunciamiento en sí, ver RAFAEL BIELSA, *El estado de necesidad...*, pp. 112/3.

encararla son razonables en función del fenómeno de la emergencia que las provoca [57]. En buena medida también lo ha hecho la nuestra.

El tema es, de algún modo, muy similar al de la judiciabilidad de la declaración del estado de sitio, y de sus actos de ejecución. Lo hemos tratado en anterior oportunidad [58]: en un estado legalitario, donde la Corte Suprema es la intérprete final de la Constitución, no parece caber otra alternativa que admitir la judiciabilidad en el asunto que nos ocupa, bien que reconociendo que la evaluación primera de los hechos es atribución de los poderes que declaran y pronuncian el estado y el derecho de emergencia, correspondiendo al Poder Judicial revisar sólo, desde el ángulo de la razonabilidad, la existencia y subsistencia de los motivos que lo provocaron, así como de las reglas y medidas concretas que se adopten, en función de las pautas de restrictividad, legitimidad de fines y legitimidad de medios (proporcionalidad y razonabilidad) que ellas deben guardar con la situación de emergencia, y que ya hemos precisado. En ese examen, la judicatura debe manejarse, claro está, con la presunción de legitimidad de las declaraciones y normas adoptadas por los Poderes del Estado.

34. *Sinopsis.*

1. El *derecho de emergencia* es un capítulo del *derecho de necesidad.* Alude a los casos de necesidad transitoria.

2. En el *estado de necesidad* cabe distinguir: a) la *situación de necesidad* (de híper o maxi necesidad: aquella que compromete la persistencia del sistema político, o de la vida social); b) el *acto necesario* para enfrentarla; c) el *sujeto necesitado* (Estado); d) el *derecho de necesidad* dictado para adoptar al acto necesario.

3. El análisis de las relaciones entre el derecho cons-

57 Ver la excelente descripción de SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, *La legislación de emergencia...*, p. 914 y ss.

58 NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS, *Derecho Procesal Constitucional. Habeas corpus*, 2ª ed. (Bs. As., 1988), t. 4, p. 248 y ss.

titucional y el derecho de emergencia es muy grave y complejo. El jurista debe reconocer que detrás de esa problemática existe otra, propia de la filosofía política, en torno a la cotización ética de la necesidad.

4. En este último plano, una posición sacraliza el concepto de necesidad, lo emparenta con el de razón de Estado, y declara que nada hay de ignominioso para la necesidad. Según esa *ética de máxima,* la necesidad no tiene topes jurídicos ni axiológicos, porque carece de ley y ella es en sí misma ética.

Otra postura, que llamamos *ética de mínima,* opina que la necesidad puede a lo más operar como dispensa de la ley, y que está sometida a parámetros éticos, como la idea de bien común. Adherimos a ella.

5. En la Argentina el derecho de emergencia económica ha operado como *emergencia procesal* (en particular, suspendiendo procesos y ejecución de sentencias) o como *emergencia sustantiva* (prorrogando contratos o reduciendo deudas. Últimamente ha recurrido también a la sustitución de una obligación por otra).

6. Con relación al derecho constitucional, el derecho de emergencia se desenvuelve como *opción* constitucional o como *superación* de la Constitución.

7. El derecho de emergencia como *opción constitucional* actúa cuando los poderes públicos, en razón de la emergencia, adoptan normas y medidas que no serían constitucionales en circunstancias ordinarias.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha elaborado una especie de derecho consuetudinario constitucional regulatorio de la emergencia como opción constitucional, en base a cuatro recaudos claves: realidad de la emergencia, transitoriedad del derecho de emergencia, legitimidad (razonabilidad) del mismo, y sometimiento a la Constitución. Para esto último, exige que no haya frustración, sino sólo suspensión de los derechos constitucionales en juego, durante la emergencia.

8. La necesidad como *superación de la Constitución*

aparece en situaciones de *imposibilidad material* de cumplimiento de la Constitución, o de *imposibilidad racional* de cumplimiento de la Constitución.

En tales supuestos, puede adoptar dos posturas de proyecciones muy distintas: como *evasión* o como *dispensa de la Constitución.*

9. La necesidad en cuanto *evasión* de la Constitución se sostiene en el principio "necessitas non habet legem", y en la "ética de máxima" de la necesidad. En definitiva, procura llevar al derecho de necesidad a una zona casi extrajurídica, sin topes normativos ni morales. Otorga una especie de "piedra libre" al gobernante, so pretexto de la necesidad. Esta doctrina da pie, desde luego, a posiciones autoritarias y totalitarias.

10. La necesidad como *dispensa* de la Constitución se basa en el principio "necessitas jus constituit", y en la "ética de mínima" de la necesidad. Exime del cumplimiento de las reglas constitucionales del mismo modo que la equidad: para casos de excepción y en lo indispensable para enfrentar la situación de necesidad. Por último, ubica al derecho de necesidad en el ámbito jurídico.

La exención del cumplimiento de la Constitución se regula aquí con los principios de *"restrictividad"* (el resto de la Constitución no afectado por el derecho de necesidad permanece vigente, y en caso de duda habrá de reputarse en operatividad), de *"naturalidad"* (el derecho de emergencia no puede válidamente alterar los derechos naturales básicos de la persona), de *"legitimidad de fines"* (el derecho de emergencia debe inspirarse en el bien común, y atender reales situaciones de emergencia) y de *"legitimidad de medios"* (el derecho de emergncia debe ser razonable e inevitable en función de la circunstancia que pretende resolver).

11. Entendido el derecho de emergencia como dispensa de la Constitución, según los límites reseñados, puede encontrar apoyatura jurídica como principio tácito o subyacente en toda Constitución, en cuanto ésta presupone, para alcanzar sus objetivos y erigir los órganos del Poder, la exis-

tencia de un Estado cuya continuidad resulta necesaria para la funcionalidad de la misma Constitución.

Paralelamente, cabe concluir que si una circunstancia que ponga en riesgo la persistencia de ese Estado no tiene remedio en los recursos normales o anormales previstos por la Consttución, la laguna constitucional del caso debe integrarse mediante el correspondiente llamado al derecho de necesidad, como dispensa excepcional del cumplimiento de los artículos de la Constitución que obstan a resolver aquel problema.

En el derecho argentino, el derecho de emergencia puede también hallar cobertura en el art. 33 de la Constitución, en cuanto derecho no enumerado de la sociedad (al igual, v.gr., del derecho de resistencia a la opresión) para asegurar la continuidad de su sistema político y de ella misma como tal.

Finalmente, y aun de entenderse que el derecho de necesidad y emergencia no se encuentra implícitamente contenido en la Constitución, el mismo se desprende, de todos modos, del derecho natural de autoconservación del Estado, como fórmula política indispensable para el hombre y la comunidad.

12. No hay otra alternativa que reconocer al Poder Judicial aptitud para meritar la existencia de los presupuestos fácticos que ocasionalmente autorizan al derecho de emergencia, y evaluar después su juridicidad y validez en función de los topes de restrictividad, naturalidad, legitimidad de fines y legitimidad de medios que debe satisfacer.

ASPECTOS ACTUALES DEL RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL

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 12 de julio de 1990.

1. Si, por vía de hipótesis, un profesional medianamente experimentado en el manejo del recurso extraordinario federal y, consecuentemente, familiarizado con la jurisprudencia de la Corte Suprema, hubiese abandonado todo contacto con el tema con anterioridad al año 1984 e intentara retomarlo al día de hoy, difícilmente saldría airoso frente a un perentorio pedido de asesoramiento acerca de diversos aspectos que actualmente exhibe el mencionado recurso en orden a su admisibilidad.

Puesto en la tarea de reexaminar la cuestión de que se trata, el profesional del ejemplo advertiría, entre otras novedades, que no obstante la clásica doctrina en cuya virtud el art. 19 de la Constitución Nacional "no acuerda título, derecho, privilegio o exención especiales" y esa norma no es idónea para sustentar el recurso federal en materias de derecho común, durante los últimos años el precepto fue reiteradamente invocado por el tribunal dentro de ese ámbito (incluso para descalificar una indemnización por daño moral considerada harto exigua), y que a pesar de otra arraigada línea jurisprudencial que descartaba la admisibilidad del recurso deducido contra sentencias dictadas por tribunales de enjuiciamiento de magistrados judiciales, en diversas ocasiones relativamente recientes la Corte Suprema se pronunció en sentido contrario.

Pero tal vez la faceta que le ocasionaría mayor perplejidad sería nada menos que la relativa al tribunal ante el cual corresponde interponer el recurso extraordinario federal, es decir a lo que debe entenderse por "tribunal supe-

rior de la causa" a los fines del art. 14 de la ley 48 y 6º de la ley 4055. Y es entonces de imaginar el desagradable estado de ánimo que puede apoderarse del abogado que, por falta de información, no acertó siquiera acerca de la elección del camino adecuado para acceder a la instancia extraordinaria, así como la prácticamente insuperable dificultad de explicar la causa del fracaso recursivo a un lego (el cliente) cuando tampoco resulta fácil hacerlo a la mayor parte de los abogados.

2. Interesa recordar que, en términos generales, reviste la calidad de "tribunal superior de la causa" el órgano judicial cuya resolución sobre la cuestión federal debatida en el pleito es insusceptible de ser revisada por otro órgano dentro de la respectiva organización local.

De ello se sigue que cuadra atribuir la mencionada calidad a órganos judiciales de distinto grado y jerarquía. En primer lugar puede en consecuencia considerarse "tribunal superior" a un juzgado de primera instancia si, conforme a la correspondiente organización judicial, su fallo es insusceptible de recurso para ante un órgano judicial superior (como ocurre, v.gr., con las sentencias recaídas en juicios que no superen determinados montos), o bien interviene como tribunal de alzada respecto de resoluciones pronunciadas por órganos judiciales inferiores (v.gr., en algunas provincias, jueces de paz legos) o por organismos administrativos (v.gr., policía federal en materia de ciertas contravenciones).

En segundo lugar —y se trataba de la situación más frecuente con anterioridad a la jurisprudencia que comentaré más adelante— eran tribunales superiores por antonomasia las cámaras de apelaciones provinciales cuando se pronunciaban respecto de recursos interpuestos contra sentencias definitivas dictadas por los jueces de primera instancia. Importa añadir que continúan revistiendo ese carácter las cámaras nacionales de apelaciones, y que tanto éstas como las provinciales son tribunales superiores cuando actúan en única instancia (v.gr. en los casos de superintendencia) o resuelven recursos interpuestos contra resoluciones dictadas por

órganos administrativos. Por último, y también con anterioridad a la mencionada jurisprudencia, correspondía atribuir el carácter de tribunales superiores, en los órdenes locales, a los tribunales de instancia única (tribunales del trabajo y en lo criminal y correccional).

3. Hasta el año 1980, la jurisprudencia de la Corte Suprema era pacífica en el sentido de que no siempre cabía adjudicar a los máximos órganos judiciales de las provincias (Supremas Cortes o Superiores Tribunales) el carácter de tribunales superiores de la causa en los términos del art. 14 de la ley 48.

Si bien les cuadraba tal calidad cuando actuaban en instancia única (v.gr. en las demandas originarias de inconstitucionalidad y en las causas contenciosoadministrativas) no ocurría lo propio en el caso de que intervinieran en el juicio a raíz de la interposición de recursos extraordinarios locales (casación, revisión, inaplicabilidad de ley, etc.) y los rechazaban [1].

Tal conclusión encontraba fundamento en la circunstancia de que ese tipo de recursos asignan a los respectivos tribunales una competencia generalmente circunscripta al conocimiento de cuestiones de derecho común o local, con exclusión de las de naturaleza federal, cuyo examen incumbe a los órganos judiciales que ejercen la competencia ordinaria (cámaras de apelaciones, sus salas, tribunales de instancia única). Sólo ante éstos correspondía, por lo tanto, interponer el recurso federal.

4. Esa jurisprudencia contemplaba empero diversos casos en los cuales los supremos tribunales locales debían reputarse los tribunales superiores de la causa a los fines del art. 14 de la ley 48.

Uno de esos casos se presentaba cuando dichos tribunales, no obstante desestimar el o los recursos extraordina-

1 "Fallos", t. 240, p. 423; t. 241, p. 380; t. 244, p. 434; t. 246, p. 57; t. 248; pp. 107 y 409; t. 261, p. 419; t. 263, p. 333; t. 265, p. 306; t. 266, p. 49; t. 267, p. 363; t. 268, p. 325; t. 277, p. 462; t. 293, p. 487; t. 295, p. 49, etc.

rios locales, emitían pronunciamiento sobre la cuestión federal debatida en el pleito [2].

Otro caso se configuraba cuando, por vía de los mencionados recursos, revocaban la sentencia del órgano judicial ordinario que acogía favorablemente la pretensión o la oposición de la parte que había planteado la cuestión federal. Frente a esta hipótesis la admisibilidad del recurso extraordinario federal se justificaba en razón de que el pronunciamiento revocatorio importaba un desconocimiento del derecho federal invocado por quien había triunfado en las instancias ordinarias, y vedaba toda posibilidad de remediar esa situación en el ámbito local [3].

Un tercer caso puede presentarse si, en ocasión de denegar un recurso extraordinario local, el tribunal competente incurre en arbitrariedad imprevisible o sorpresiva [4]. Ello ocurriría, por ejemplo, si la resolución denegatoria padeciese de excesivo rigor formal [5].

5. Bajo la vigencia de la doctrina judicial explicada en los números precedentes la parte vencida podía intentar la reparación de sus agravios a través de la deducción de recursos extraordinarios provinciales sin que tal actitud le cancelara el eventual acceso a la instancia federal. A tal fin debía interponer separadamente y no en forma condicionada, y dentro de los respectivos plazos contados desde la notificación de la sentencia recaída en la instancia ordinaria, el recurso extraordinario federal y el recurso o recursos extraordinarios previstos en la legislación local porque si así no lo hacía y éstos resultaban desestimados sin que la decisión in-

2 "Fallos", t. 269, p. 156; t. 277, pp. 239 y 361; t. 293, p. 577; t. 295, p. 101.

3 "Fallos", t. 245, p. 464; t. 249, p. 197 y otros. Con referencia a esta cuestión expresan IMAZ y REY que "si no procediera el recurso extraordinario, se restringiría la jurisdicción de la Corte Suprema Nacional, a la cual no podría llegar el interesado apelando contra la sentencia de segunda instancia porque le era favorable, ni contra la de la suprema corte provincial porque ésta no sería el superior tribunal que requiere el art. 14 de la ley 48" (*El recurso extraordinario*, 2ª ed., actualizada por Rey y Palacio, p. 220).

4 SAGÜÉS, *Recurso extraordinario*, Buenos Aires, 1984, t. I, p. 328.

5 "Fallos", t. 292, p. 485; "Martínez, Eloísa c/Prov. de Córdoba" del 14-4-88, en "Jurisprudencia Argentina", del 20 de junio de 1990, p. 44.

volucrara cuestión federal alguna, el recurso posteriormente deducido para ante la Corte Nacional debía reputarse extemporáneo por tardío, ya que el plazo correspondiente a éste, por revestir carácter perentorio, no se suspende ni interrumpe a raíz de la interposición y sustanciación de recursos declarados improcedentes en el orden local [6].

Pero en el supuesto de que, por el contrario, el máximo órgano judicial emitía pronunciamiento acerca de la cuestión federal y confirmaba la sentencia dictada por el tribunal que ejercía la competencia ordinaria, el recurso para ante la Corte Nacional deducido en su momento contra dicha sentencia debía estimarse extemporáneo por prematuro [7], de manera que el recurso extraordinario federal debía volver a interponerse contra el fallo dictado por el más alto tribunal local y dirigirse los agravios, desde luego, contra los fundamentos de ese fallo y no contra los que sustentaron la decisión recaída en la instancia ordinaria.

Si bien, por último, el fundamento en que residía la jurisprudencia clásica carecía de mayor solidez, las cargas impuestas al litigante que aspiraba a obtener un pronunciamiento sobre el tema federal en el orden provincial eran relativamente simples y previsibles y contrastan con la extrema complejidad exigida en ciertos casos a la actividad de las partes por la jurisprudencia vigente en la actualidad, a la que me he de referir más adelante.

6. La línea jurisprudencial cuyos rasgos esenciales quedaron precedentemente esbozados sufrió una primera modificación en el caso "Cautana", fallado el día 13 de noviembre de 1980. Ocurrió en aquél que contra la sentencia dictada por un juzgado de primera instancia de la Provincia de San Luis se interpusieron el recurso extraordinario y el de casación local, siendo el primero concedido y el segundo denegado. A raíz de esta última circunstancia se dedujo una queja ante el Superior Tribunal provincial que hizo lugar

6 "Fallos", t. 276, p. 303; t. 279, p. 15; t. 281, p. 267; t. 284, p. 334; etc.
7 "Fallos", t. 293, pp. 424 y 577; t. 294, p. 251; etc.

a ella y ordenó sustanciar el recurso el que no obstante se tuvo luego por desistido en razón de no haberse presentado oportunamente el correspondiente memorial. Llegada la causa a la Corte Nacional ésta expresó que "sólo es imputable a la conducta discrecional de la parte la pérdida de una vía que ella consideró apta para reparar su gravamen, lo que determina, en el caso, la inadmisibilidad del recurso federal, que no llena así los recaudos a que se refiere el art. 14 de la ley 48 en cuanto a la exigencia relativa al tribunal del cual debe provenir la sentencia definitiva" [8].

En ese precedente, según fácilmente se percibe, la Corte no exigió el obligado tránsito previo por las instancias extraordinarias locales para acceder a la federal pero advirtió que si, voluntariamente, el interesado promueve alguna de esas instancias, debe agotarla como presupuesto del ingreso a la que prevé el art. 14 de la ley 48.

7. Relativamente similar al precedente fue el caso "Municipalidad de Junín c. Frea, Saúl", resuelto el 19 de febrero de 1981. En éste, contra la sentencia de la Cámara de Apelaciones de Junín el interesado dedujo el extraordinario federal y el de nulidad ante la Suprema Corte local, habiendo sido este último desestimado con fundamento en que los agravios del impugnante debieron de haberse canalizado a través del de inaplicabilidad de ley y no por la vía intentada (recurso de nulidad extraordinario). Aunque en este caso se trataba no del abandono sino de la errónea elección de un recurso local la Corte reiteró la doctrina sentada en "Cautana", expresando que "es únicamente imputable a la conducta discrecional de la parte la pérdida de una vía idónea para reparar su gravamen" y que tal circuntancia privaba de eficacia al remedio federal intentado [9].

8. La misma doctrina fue invocada por la Corte Nacional frente a la desestimación de recursos extraordinarios locales con base en la insuficiencia del depósito requerido

8 "Fallos", t. 302, p. 1337.
9 "Fallos", t. 303, p. 238.

para su admisibilidad [10] o en deficiencias imputables al escrito de interposición [11].

9. Luego de soslayarse, en casos posteriores, la aplicación de la jurisprudencia precedentemente comentada [12], en la sentencia recaída en el caso "Jubert, Omar E." con fecha 14 de octubre de 1982 la Corte hizo explícito abandono de aquélla, y tras reiterar su doctrina tradicional en el sentido de que las cortes supremas o tribunales son "por excepción" el tribunal superior a los fines del art. 14 de la ley 48 cuando "consideran y resuelven (la cuestión federal) al entender en los recursos extraordinarios locales deducidos para ante ellas", agregó que "las cortes locales no revisten tal carácter cuando conocen en recursos de extensión limitada a los que han declarado inadmisibles por deficiencias de trámite o por no ser idónea la vía recursiva, o sea, cuando en sus decisiones no se deciden planteos de naturaleza federal" [13].

Ese fallo contó con la disidencia de los doctores Gabrielli y Guastavino, quienes si bien reiteraron la doctrina del caso "Cautana" agregaron diversas consideraciones que le confirieron un perfil más nítido y riguroso que, en gran medida, preanunciaba la actual doctrina de la Corte sobre el tema.

Los autores, en general, apoyaron con mayor o menor énfasis la tesis de la disidencia y cuestionaron la contenida en el pronunciamiento mayoritario, al que alguno de aquéllos le imputó la consecuencia de producir "una muy particular especie de vaciamiento de competencia de las cortes provinciales" y de configurar "una nueva vertiente de acumulación de causas ante la Corte Nacional" [14]. Sagüés, por su parte, consideró que la opinión minoritaria resul-

10 "Fallos", t. 303, p. 470.
11 "Fallos", t. 303, p. 352.
12 Véase, por ejemplo, "Fallos", t. 303, p. 834; t. 303, p. 1517.
13 "Fallos", t. 304, p. 1468.
14 HERNÁN MARTÍNEZ, *El recurso extraordinario federal y los recursos extraordinarios provinciales*, en "Jurisprudencia Argentina", del 12 de octubre de 1983, pp. 6 y ss.

taba la más compatible con la estructura federal del país, y al hacerse cargo de los inconvenientes prácticos que su aplicación podría generar (manejo por la Corte de toda la procesalística provincial y eventual desmedro del principio de economía procesal) dijo que eran el "costo lógico" de la adopción de aquella estructura aunque también advirtió que la obligada peregrinación a las cortes locales podía determinar que se descongestionara el trabajo de la Corte Nacional [15].

Conviene retener tales argumentaciones porque, como se apreciará más adelante, su exagerado desarrollo y reiteración ha contribuido a la formulación de conclusiones en cierta medida contradictorias y excesivamente complejas desde el punto de vista práctico.

10. Tras diversos pronunciamientos que, durante el año 1985, retomaron la doctrina establecida en los casos "Cautana" y "Municipalidad de Junín" [16], la jurisprudencia de la Corte sobre el tema de que se trata alcanzó su definitiva consolidación con motivo de la sentencia recaída, con fecha 8 de abril de 1986, en el caso "Strada" [17]. En ese pronunciamiento el tribunal comenzó realizando una minuciosa reseña del alcance de las leyes 182 (de la Confederación), 27, 48 y 4055 y de sus fuentes, de su propia jurisprudencia y de la doctrina de los precedentes emanados de la Suprema Corte de los Estados Unidos de Norteamérica; prosiguió destituyendo de relevancia a la clasificación de los recursos en ordinarios y extraordinarios para privilegiar en cambio las aptitudes de las instancias a fin de reexaminar las cuestiones debatidas y expresó —ya ingresado en el aspecto medular del tema— que si bien "es facultad no delegada por las provincias al Gobierno Nacional la de organizar su administración de justicia y que, por ello, la tramitación de los juicios es de su incumbencia exclusiva, por lo que pueden establecer las instancias que estimen convenientes (arts.

15 SAGÜÉS, op. cit., p. 335.
16 "Fallos", t. 306, p. 1216; t. 307, pp. 350, 1296 y 2485.
17 "Fallos", t. 308, p. 490.

104, 105 y 108 de la Constitución Nacional) . . .", "tal ejercicio es desde todo punto de vista inconstitucional si impide a los magistrados locales considerar y aplicar en su integridad la totalidad del orden jurídico del Estado, en cuya cúspide se encuentra la Constitución Nacional. . ." (art. 31). Más adelante subrayó que "las provincias son libres para crear las instancias judiciales que estimen apropiadas, pero no pueden vedar a ninguna de ellas y menos a las más altas, la aplicación preferente de la Constitución Nacional", agregando que "esta creencia se sustenta en el cumplido respeto del régimen federal de gobierno, por conferir a la zona de reserva jurisdiccional de las provincias la plenitud que constitucionalmente le corresponde, al reconocer a los magistrados de todas las instancias el carácter de irrenunciables custodios de los derechos y garantías de la Ley Fundamental, y emplazar la intervención apelada de esta Corte Suprema en el quicio que aquélla le ha señalado: ser su intérprete y salvaguardia final". Y finalmente, en el considerando 10º, expresó el tribunal con ponderable sentido de pedagogía judicial, que "en suma, esta Corte sienta la doctrina de que tribunal superior de provincia, según el art. 14 de la ley 48, es el órgano judicial erigido como supremo por la constitución de la provincia, salvo que sea incompetente en el caso, circunstancia que no podrá extraerse del carácter constitucional federal de la materia que aquél suscite. En los supuestos en que por razones diversas de esta última naturaleza, el órgano judicial máximo de la provincia carezca de aptitud jurisdiccional, aquella calidad la tendrá el tribunal inferior habilitado para resolver el litigio por una sentencia que, dentro del régimen procesal respectivo, no sea susceptible de ser revisada por otro o, incluso, por él mismo. Consecuentemente, los litigantes deben alcanzar a ese término final, mediante la consunción, en la forma pertinente, de las instancias locales, a efectos de satisfacer el recaudo examinado".

11. Se advierte así que la Corte, en el caso "Strada", abandonó tajantemente su jurisprudencia clásica acerca de

lo que debe entenderse por tribunal superior de la causa y otorgó esta calidad al máximo órgano judicial previsto en las constituciones locales, con prescindencia de las eventuales restricciones que las leyes pudieren imprimir a las potestades cognoscitivas de ese tipo de órganos. Conforme a la doctrina allí sentada, por lo tanto, el agotamiento de todas las instancias locales se convirtió en necesario presupuesto de acceso a la instancia federal.

Pero antes de seguir adelante importa destacar que en el caso comentado —siguiendo en cierta medida el criterio esbozado en "Cautana" y "Municipalidad de Junín"— la Corte condicionó la carga consistente en agotar las instancias locales al requisito de su *idoneidad, utilidad* o *aptitud* para la decisión de las cuestiones federales debatidas en la causa (considerandos 4º, 5º, 7º y 10º), de manera que, en consecuencia, no basta la mera existencia de recursos extraordinarios provinciales sino que además resulta exigible su adecuación a la índole del agravio que se intenta reparar [18]. El tema, a mi juicio, debe por ello analizarse desde el doble punto de vista de las causales recursivas y de los requisitos de admisibilidad específicamente previstos por las respectivas leyes provinciales.

12. Con este último aspecto se relacionan las sentencias dictadas por la Corte en los casos "Christou" y "Di Mascio". En el primero, contra la sentencia desestimatoria de una demanda de amparo pronunciada por una Cámara de Apelaciones de la Provincia de Buenos Aires se interpuso un recurso extraordinario federal que el tribunal concedió aunque advirtiendo, simultáneamente, que los recursos extraordinarios locales no hubiesen sido admisibles conforme a la jurisprudencia de la Suprema Corte provincial en el sentido de que las sentencias recaídas en los juicios de amparo no revisten carácter de definitivas.

En oportunidad de decidir la impugnación la Corte

18 Sobre esta cuestión véase SAGÜÉS, *El concepto de instancia útil, apta o idónea provincial previa al recurso extraordinario federal*, en "La Ley", 1986-E, p. 1062.

Nacional, con fecha 19 de febrero de 1987, la declaró inadmisible por cuanto: a) el interesado no hizo uso de ninguna de las vías de impugnación extraordinaria previstas en el ámbito local no obstante ser ellas potencialmente aptas para considerar y resolver la cuestión federal articulada y revestir "los magistrados de todas las instancias el carácter de irrenunciables custodios de los derechos y garantías de la ley fundamental"; b) no configuraba óbice para ello la mencionada jurisprudencia de la Corte provincial, ya que de acuerdo con la elaborada por la Corte federal la sentencia que rechazaba el amparo es asimilable a definitiva cuando se demuestra que lo decidido causa agravio de imposible o muy dificultosa reparación ulterior; c) el impugnante no sólo debió articular la cuestión federal en el ámbito de los recursos extraordinarios locales, sino también deducir la inconstitucionalidad de la interpretación judicial restrictiva del art. 278 del Cód. Proc. de Buenos Aires [19] en tanto determina lo que debe entenderse por sentencia definitiva a los fines de los mencionados recursos.

Si bien en el caso mediaba cuestión federal por cuanto la arbitrariedad alegada configuraba medio idóneo para asegurar el reconocimiento de garantías consagradas en la Constitución, la sentencia comentada fue a mi entender errónea por cuanto:

1º) Es sabido que la sentencia desestimatoria de la demanda de amparo no adquiere eficacia de cosa juzgada en sentido material porque no cancela la facultad del accionante para intentar la protección de su derecho en proceso ulterior (ley 16.986, art. 13 y normas provinciales concordantes), de manera que aquélla en modo alguno podía encuadrarse en los términos del citado art. 278 conforme al cual sólo cabe considerar sentencia definitiva, a los efectos de la admisibilidad de los recursos extraordinarios locales, "la que, aun recayendo sobre cuestión incidental *termina la litis y hace imposible su continuación*".

2º) La circunstancia de que, conforme al régimen vi-

19 "La Ley", 1987-D, p. 154.

Nacional, con fecha 19 de febrero de 1987, la declaró inadmisible por cuanto: a) el interesado no hizo uso de ninguna de las vías de impugnación extraordinaria previstas en el ámbito local no obstante ser ellas potencialmente aptas para considerar y resolver la cuestión federal articulada y revestir "los magistrados de todas las instancias el carácter de irrenunciables custodios de los derechos y garantías de la ley fundamental"; b) no configuraba óbice para ello la mencionada jurisprudencia de la Corte provincial, ya que de acuerdo con la elaborada por la Corte federal la sentencia que rechazaba el amparo es asimilable a definitiva cuando se demuestra que lo decidido causa agravio de imposible o muy dificultosa reparación ulterior; c) el impugnante no sólo debió articular la cuestión federal en el ámbito de los recursos extraordinarios locales, sino también deducir la inconstitucionalidad de la interpretación judicial restrictiva del art. 278 del Cód. Proc. de Buenos Aires [19] en tanto determina lo que debe entenderse por sentencia definitiva a los fines de los mencionados recursos.

Si bien en el caso mediaba cuestión federal por cuanto la arbitrariedad alegada configuraba medio idóneo para asegurar el reconocimiento de garantías consagradas en la Constitución, la sentencia comentada fue a mi entender errónea por cuanto:

1º) Es sabido que la sentencia desestimatoria de la demanda de amparo no adquiere eficacia de cosa juzgada en sentido material porque no cancela la facultad del accionante para intentar la protección de su derecho en proceso ulterior (ley 16.986, art. 13 y normas provinciales concordantes), de manera que aquélla en modo alguno podía encuadrarse en los términos del citado art. 278 conforme al cual sólo cabe considerar sentencia definitiva, a los efectos de la admisibilidad de los recursos extraordinarios locales, "la que, aun recayendo sobre cuestión incidental *termina la litis y hace imposible su continuación*".

2º) La circunstancia de que, conforme al régimen vi-

19 "La Ley", 1987-D, p. 154.

gente de control difuso de constitucionalidad, todos los magistrados de la República deban, cualquiera sea la instancia en que intervengan, asegurar el principio de primacía constitucional, no justifica la lisa y llana prescindencia de las normas locales dictadas, por lo demás, en ejercicio de incuestionables potestades constitucionales que condicionan razonablemente la aptitud o utilidad de la correspondiente instancia para que en ella se ventile y resuelva cualquier tipo de cuestiones, federales o no. Por lo tanto, no se trató en el caso de una interpretación restrictiva del art. 278, sino de la única interpretación posible ya que esa norma descarta claramente la recurribilidad de las resoluciones que, sin poner fin al pleito, generen un gravamen irreparable.

De generalizarse la doctrina sentada en el caso "Cristou" ocurriría que siempre que estuviese en tela de juicio una cuestión federal y se alegara que la decisión ocasiona un gravamen de esa naturaleza resultaría inexcusable, como requisito de admisibilidad del recurso extraordinario, el agotamiento de la totalidad de las instancias locales y la consiguiente prescindencia de normas limitativas como la del art. 278 del código bonaerense, lo que si bien aliviaría eventualmente la tarea de la Corte Nacional vendría a sobrecargar la que cumplen las cortes provinciales, generando un resultado altamente desvalioso.

3º) La Corte lindó con el terreno del exceso ritual en tanto impuso al recurrente, con carácter retroactivo, la carga de cuestionar la constitucionalidad de la interpretación judicial restrictiva del art. 278 del Código local, exigiendo a aquél una superlativa imaginación y cualidades propias de un oráculo jurídico [20]. Además, si bien en el caso que se

[20] Tras advertir los diversos grados de intensidad de las causales que condicionan la admisibilidad de los recursos extraordinarios provinciales, y agregar que aquellos obedecen en buena medida a criterios y pautas inevitablemente discrecionales, observa SAGÜÉS que "esos interrogantes son de suma trascendencia y cualquier respuesta que se dé a ellos tiene que resultar sensata y práctica, porque de no ser así estaría torpedeado el derecho constitucional al debido proceso y acceso a la jurisdicción. Eso pasaría, por ejemplo, si se obligase al promotor del futuro recurso extraordinario a realizar en cada caso

analiza existía jurisprudencia de la Corte Nacional en el sentido de que la sentencia desestimatoria del amparo es asimilable a definitiva cuando se demuestra que lo decidido causa un agravio de imposible o muy dificultosa reparación ulterior, son conocidas la flexibilidad y el casuismo con que el tribunal maneja el concepto de gravamen irreparable, circunstancia que —de persistirse en ese criterio— sumirá a los eventuales impugnantes en un estado de inseguridad incompatible con la precisión y la certeza que debe rodear la elección del recurso apropiado al gravamen de que se trata.

La consecuencia más grave del caso "Christou", finalmente, consistió en que a causa de esa sofisticada y extemporánea exigencia se sancionó a un litigante que dedujo en su momento el recurso federal pero no atinó —acaso por prudencia— a forzar el acceso a la instancia extraordinaria provincial.

13. En el ya citado caso "Di Mascio", fallado el día 1º de diciembre de 1988, la Corte avanzó aun más en la línea anteriormente expuesta. Aquí ocurrió que contra la sentencia condenatoria a la pena de dos años de prisión dictada por la Cámara Penal del Departamento de Dolores se dedujo recurso de revisión que si bien fue desestimado condujo, por aplicación de la ley 23.077, a la reducción de esa pena a la de un año y seis meses de prisión. Contra esta resolución el interesado interpuso recurso de inaplicabilidad de ley ante la Corte local conforme a lo prescripto en el art. 350 del Código de procedimientos penales, y tras invocar diversos agravios de orden federal planteó la inconstitucionalidad de dicha norma en tanto, al supeditar la admisibilidad de dicho recurso al requisito de que la sentencia definitiva revoque una absolución o imponga pena superior a tres años de prisión, restringe el acceso al superior tribunal de la causa para el tratamiento de cuestiones federales. La cámara desestimó el recurso de inaplicabilidad por extemporáneo y

un cálculo de probabilidades digno de un oráculo o de una pitonisa judicial, antes que de un letrado universitario" (op. cit, en la nota 18).

por su parte la Corte provincial lo declaró bien denegado aunque no por aquel motivo sino por no reunir el requisito impuesto por el citado art. 350, cuya constitucionalidad sostuvo. La Corte Nacional hizo lugar al recurso federal y luego de aludir a la doctrina consagrada en el caso "Strada" expresó, en extenso fallo, que "si por disposición de las legislaturas de las provincias o por la jurisprudencia de sus tribunales resultare que los superiores órganos locales se vieran impedidos de garantizar el orden previsto en el art. 31 de la Constitución Nacional, en condiciones en que sí podría llevarlo a cabo esta Corte, bien pronto se advertirá que ello producirá una reducción de la zona de reserva jurisdiccional de las provincias, puesto que esos órganos se verían impotentes para velar por el mantenimiento del principio de supremacía en casos correspondientes a la jurisdicción de sus propios estados, y resueltos por sus propios órganos jerárquicamente inferiores...", agregando luego, entre otras consideraciones, que "si el ideal federal ha sido abrazado por los argentinos con igual fervor que el republicano, uno de los caminos para refirmar aquél y enriquecer a éste es el de subrayar y ahondar los poderes de la justicia provincial para velar por el mantenimiento de la estructura fijada por el art. 31 cit., sobre todo cuando están interesadas las atribuciones de los tribunales más altos de los estados..." y que "consecuentemente, corresponde afirmar que en los casos aptos para ser conocidos por esta Corte según el art. 14 de la ley 48, la intervención del superior tribunal de provincia es necesaria en virtud de la regulación que el legislador nacional hizo del art. 31 de la Constitución, de modo que la legislatura local y la jurisprudencia de sus tribunales no pueden vedar el acceso a aquel órgano, en tales supuestos, v.gr.: por el monto de la condena, por el grado de la pena, por la materia o por razones análogas", y concluyó diciendo que, "por lo tanto, corresponde declarar que la validez constitucional del art. 350 del Cód. de Proced. Penal de la Provincia de Buenos Aires, se halla supeditada a que la limita-

ción por el monto que contiene, sea obviada cuando estén involucradas aquel tipo de cuestiones" [21].

El fallo precedentemente comentado mereció la aprobación de Bidart Campos, quien lo consideró una "explanación y desarrollo" del recaído en el caso "Strada" [22], aunque frente al principio conforme al cual la jurisdicción y la competencia requieren la existencia de ley dejó planteado un interrogante ante la situación que se configuraría si el derecho local no hubiera previsto "ninguna vía recursiva" ante el máximo tribunal local. También suscitó el elogio de Morello [23], quien reiteró su fidelidad a una arraigada línea de pensamiento que privilegia la regulación del derecho federal para instituir condicionamientos por razón del monto o de la pena cuando se encuentren en juego cuestiones de índole constitucional.

Sagüés, en cambio, con razón a mi juicio, sostuvo que en "Di Mascio" la Corte más que desplegar, corrigió la doctrina consagrada en "Strada" [24]. A través de un impecable raciocinio, comenzó aquél argumentando en el sentido de que si —como la propia Corte lo reconoce— las provincias tienen derecho a diseñar su propio organigrama judicial— y pueden por ende determinar que una causa concluya en primera instancia sin recurso ante la cámara o corte local—, si, además, reglamentan una escalera de instancias para arribar a su máximo tribunal pero condicionan esta última posibilidad a la existencia de cierta cantidad de dinero o de pena en juego, tales limitaciones son en principio legítimas, "ya que las provincias pueden constitucionalmente disciplinar el modo de ejercicio de sus instancias, a su discreción", "salvo, desde luego, que la regulación sea irrazonable, arbitraria o por algún motivo inconstitucional". Tras destacar

21 "La Ley", 1989-B, p. 415.

22 *Toda cuestión constitucional federal en procesos tramitados ante tribunales provinciales debe ser resuelta por el superior tribunal de la provincia*, en "El Derecho", t. 131, p. 385.

23 *Los topes legales que obstan a los tribunales superiores de provincia el conocimiento de la cuestión federal*, en "J.A.", 1988-II, p. 546.

24 *El recurso extraordinario y la obligación de las cortes supremas provinciales de conocer en los recursos locales*, en "La Ley", 1989-B, p. 415.

que si bien el control de constitucionalidad de normas compete, en rigor, a todos los jueces, aquél debe ejercerse dentro de los límites de competencia para conocer en una causa determinada, agregó Sagüés dos argumentos contundentes: 1º) Que mientras mediaría un manifiesto desconocimiento del derecho federal si una norma legal o un precedente judicial prohibiese a una Corte local aplicar la Constitución Nacional en una causa en la que es competente, ello no ocurriría si el impedimento derivara de razones de monto, grado de pena o materia (no federal), pues en esta hipótesis juega el principio de libre erección de instancias emergente de los arts. 5º y 67, inc. 11 de la Carta fundamental; 2º) Que "no hay ninguna cláusula constitucional que obligue a las provincias a crear vías procesales para que sus cortes supremas deban, ya en instancia originaria o exclusiva, ya por vía recursiva, conocer siempre en cualquier caso que trate una temática de derecho federal", por cuanto lo que aquéllas no pueden hacer "es impedir que cuando un proceso llegue a una suprema corte local (de acuerdo a las normas de organización judicial vigente), ésta efectivice en dicha causa al derecho federal".

El raciocinio precedentemente recordado viene a complementarse con el más simple aún de que si las provincias están —como nadie lo discute seriamente— constitucionalmente habilitadas para instituir o no recursos extraordinarios en el ámbito local, también lo están para imponerles determinados requisitos de admisibilidad que conciernen, fundamentalmente, a las causales que los autorizan, a los topes derivados del monto del juicio o del grado de la pena o a la índole de las resoluciones susceptibles de impugnación sin que ello afecte, naturalmente, el "ideal federal" a que aludió la Corte.

El error de que adolecen los fallos recaídos en los casos "Christou" y "Di Mascio" se evidencia aun más si se tiene en cuenta que la aplicación estricta de sus doctrinas conduciría —en el orden de la propia justicia federal— a prescindir del principio de inapelabilidad de sentencias dictadas en juicios que no excedan determinado monto y a la consiguien-

te necesidad de transitar una no prevista segunda instancia cuando se hallan en discusión temas de derecho federal. Tal conclusión es ciertamente inaceptable pero coherente, no obstante, con la inusitada obstinación de la Corte en exigir, como requisito de acceso a ella, el previo y eventualmente traumático tránsito por todas las instancias existentes.

13. Afortunadamente, sin embargo, la Corte Nacional parece haber dado un sensato paso atrás en oportunidad de fallar, el día 27 de julio de 1989, la causa "Cangelosi, Horacio" [25]. Se trataba de un recurso extraordinario federal interpuesto contra una sentencia de la sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Bahía Blanca, la cual, al concederlo, se consideró en el caso el "tribunal superior de la causa" por cuanto el monto del proceso "no permite el acceso a la vía extraordinaria local". Al examinar la impugnación la Corte se limitó a expresar, en lo que al tema de esta disertación atañe, que aquélla era admisible de acuerdo con la doctrina de *Fallos,* 308-552, aunque curiosamente dicha doctrina estableció que la del caso "Strada" sólo se aplicaría respecto de recursos concedidos con posterioridad a ese caso, que era precisamente lo que ocurría en la causa mencionada.

Al margen de ese error material o, en todo caso, de esa cita superflua, pienso que el caso "Cangelosi" sólo guarda, respecto de los caracteres de las causas respectivas, una leve diversidad de matiz con el caso "Di Mascio". Se ha intentado no obstante advertir una diferencia señalando que mientras en el primero el recurso extraordinario local no estaba previsto para el caso, en el segundo estaba previsto pero "acotado" [26]. Pero por mi parte entiendo que el recurso de inaplicabilidad de ley se hallaba previsto en ambos supuestos, con la variante de que en "Cangelosi" estaba condicionado por el monto del juicio y en "Di Mascio" por

25 "La Ley", diario del día 29 de mayo de 1990 (fallo Nº 85.530).

26 E. OTEIZA, *El recurso extraordinario federal (Comentario de una sentencia que abre interrogantes en cuanto al tribunal superior de la causa),* en "La Ley", diario del 29 de mayo de 1990.

el grado de la pena impuesta en la sentencia. Se trataba, en suma, de distintos requisitos que conciernen, no a la existencia o falta de previsión del recurso mencionado, sino a su admisibilidad.

Sólo interesa añadir que, con prescindencia del mentado error, en "Cangelosi" la Corte retorna no ya a su jurisprudencia clásica sino a la genuina doctrina inaugurada en "Strada", donde se hizo explícita referencia, como se ha visto, a las instancias extraordinarias "útiles", "aptas" o "idóneas" y no se allanó, como en "Christou" y "Di Mascio", la potestad provincial de instituir y regular las instancias judiciales correspondientes.

14. Las ideas precedentemente desarrolladas pueden por lo tanto sintetizarse en las siguientes conclusiones:

1º) A partir del caso "Strada" la Corte Nacional diseñó con toda claridad un nuevo concepto sobre el tribunal superior de la causa a los fines del art. 14 de la ley 48, y dejó establecido que, como condición de acceso a la instancia federal, pesa sobre el interesado la carga de agotar no sólo las instancias ordinarias sino también las extraordinarias, no pudiendo éstas eludirse so pretexto de que la ley o la jurisprudencia locales hubiesen dispuesto que no estuviesen habilitadas para conocer en asuntos constitucionales o de derecho federal.

2º) Tanto en "Strada" como en fallos posteriores se aclaró que sólo correspondía recorrer las vías procesales "potencialmente útiles" para la tutela de los agravios de índole constitucional.

En ese orden de ideas interesa destacar que si bien la mayoría de las provincias reglamenta diversos recursos extraordinarios cuyas respectivas causales de admisibilidad permiten absorber la totalidad de los temas expresa o implícitamente comprendidos en el art. 14 de la ley 48, cuando uno o algunos de tales temas no tiene posibilidad de encuadrar en aquellas causales debe concluirse que no existe en el orden local un recurso extraordinario potencial-

mente útil o adecuado transitable como condición de acceso a la instancia federal y que es suficiente, por ello, agotar las instancias ordinarias.

El Código procesal civil y comercial de la Provincia de Entre Ríos, por ejemplo, reglamenta dos recursos extraordinarios: el de inaplicabilidad de ley —muy semejante al de la Provincia de Buenos Aires— y el de inconstitucionalidad restringido a las cuestiones constitucionales locales, o sea las relativas a la interpretación de la Constitución local o los eventuales conflictos entre ésta y leyes, decretos y ordenanzas. El primero de los mencionados recursos es, en razón de su amplitud, vía idónea no sólo para obtener un pronunciamiento sobre la interpretación de cláusulas contenidas en la Constitución Nacional y sobre posibles colisiones entre éstas y leyes nacionales o locales, sino también para resolver un número apreciable de cuestiones de arbitrariedad de sentencias; pero ni ese recurso, ni el de inconstitucionalidad local, serían aptos para reparar, por ejemplo, agravios federales derivados de falta o ausencia de fundamentación de un fallo o de omisión de pronunciamiento sobre una cuestión esencial. Frente a tales hipótesis no podría la Corte Nacional, sin riesgo de violentar precisas potestades locales, exigir el agotamiento de las instancias extraordinarias.

3º) Tampoco se concilia con la idea de instancia útil o idónea, e incurre en la misma violación precedentemente referida, el hecho de prescindir de los requisitos que condicionan la admisibilidad del recurso extraordinario local, como se hizo en "Christou" respecto de la índole de la resolución impugnada y en "Di Mascio" en relación con el grado de la pena impuesta en la sentencia.

4º) Pese a la puntualizada deficiencia que exhibe el fallo recaído en el caso "Cangelosi", si se lo correlaciona con la decisión de la Cámara de Bahía Blanca parece implicar una primera y sana rectificación de las doctrinas sentadas en "Christou" y "Di Mascio" y un encuadramiento más adecuado en la línea del caso "Strada".

Para concluir debe destacarse el hecho de que con motivo de la reciente elevación del número de ministros de la Corte Suprema, y de la renuncia presentada por uno de sus anteriores integrantes, permanecen en el tribunal sólo tres de los que suscribieron las sentencias recaídas en "Christou" y "Di Mascio". Queda por lo tanto abierta una interesante incógnita acerca de cuál será la futura doctrina respecto de un tema que, por razones de seguridad y certeza, requiere definiciones particularmente precisas.

14. Otro de los aspectos actuales del recurso extraordinario federal que merece destacarse concierne a la forma que debe revestir la resolución emitida por el tribunal superior de la causa acerca de la admisibilidad de la impugnación, porque particularmente a causa de la reforma introducida al trámite de ésta por la ley 22.434, la doctrina especializada coincide en la necesidad de que dicha resolución exhiba suficiente fundamentación [27].

Se trata de una tesitura sin duda correcta en tanto, al hallarse precedida por un trámite contradictorio, la resolución admisoria o denegatoria del recurso configura formalmente una sentencia interlocutoria que, como tal, debe reunir el recordado requisito (v.gr. Cód. Proc., art. 34, inc. 4º), aunque en sentido estricto carezca de alcances y efectos idénticos a los de aquélla.

La Corte Suprema ha avanzado empero en ese terreno con inusitado rigor, pues tiene decidido que cuando la concesión del remedio federal no aparece debidamente fundada corresponde declarar su nulidad "al no dar satisfacción a los requisitos idóneos para la obtención de la finalidad a la que se halla destinada" (Cód. Proc., art. 169, párr. 2º) [28], habiendo agregado que su competencia recurrida no puede quedar "habilitada o denegada sin razones que avalen uno y

27 MARTÍNEZ, *El nuevo recurso extraordinario federal*, en "La Ley", 1982-A, p. 740; MORELLO, *El recurso extraordinario*, Buenos Aires, 1987, p. 337; SAGÜÉS, *Recurso extraordinario*, Buenos Aires, 1984, t. II, p. 806.

28 Causas "Banco Crédito Provincial S. A. c/Díaz, Luis C." del 11-12-86, en "La Ley", 1987-B, p. 42, "Fallos", t. 308, p. 2457; "Spada, Oscar y otros c/Díaz Perera, E. A. y otros", del 20-10-87, en "El Derecho", t. 126, p. 170.

otro resultado", porque "ello irroga un claro perjuicio al derecho de defensa de los litigantes y al adecuado servicio de justicia de la Corte" [29].

Si bien la apropiada fundamentación de la resolución admisoria o denegatoria del recurso extraordinario federal puede facilitar la labor de la Corte Suprema, resulta difícil compartir el criterio conforme al cual la ausencia de aquel requisito obste al logro de la finalidad del acto, porque si el recurso se concede —como ocurrió en los casos citados— aquel alto tribunal como juez final de la impugnación contará con todos los elementos de convicción necesarios para emitir un adecuado juicio de admisibilidad y fundabilidad, y si el recurso se deniega sumará, a tales elementos, las razones que suministre el recurrente en oportunidad de presentar el recurso de queja. De allí que no alcance a advertirse la invocada lesión al derecho de defensa de los litigantes.

Si, por el contrario, según aconteció en los casos anteriormente mencionados, la Corte dispone devolver el expediente al tribunal de origen para que dicte una nueva decisión sobre el punto, se introduce en el trámite un factor decididamente adverso a la vigencia del principio de economía procesal y se coloca a una o ambas partes —que son por lo demás absolutamente ajenas a la omisión de que se trata— en la situación de afrontar otra inútil demora dentro de la desesperante lentitud que continúa caracterizando en la actualidad al procedimiento en la instancia extraordinaria.

El problema se complica aún en mayor medida frente a la hipótesis de que la carencia de fundamentos afecte a la resolución denegatoria del recurso, porque entonces la Corte debería requerir en primer lugar el envío del expediente principal, luego verificar la existencia del defecto y posteriormente devolver aquél al tribunal de procedencia para que lo subsane. Todo lo cual tampoco se concilia con el también invocado "servicio de justicia de la Corte".

Examinado el tema desde una adecuada perspectiva

29 Véase la causa "Spada" citada en la nota precedente.

axiológica, entre la ausencia de cooperación ("minoración") que supone la resolución infundada —que no guarda, como dije, estricta identidad con una sentencia interlocutoria en cuanto a sus alcances y efectos— y la peligrosa cercanía al ritualismo que entrañan los recordados precedentes de la Corte Suprema, la solución justa debe inclinarse hacia la primera posibilidad, tanto más cuanto que atañe al incumplimiento de un requisito de orden formal que no afecta la vigencia de garantías constitucionales ni comprometió, durante más de una centuria, el regular desenvolvimiento del más alto tribunal de la República [30].

Sólo resta añadir, para finalizar, que si bien la Corte, durante los últimos años, ha adoptado la costumbre de declarar la inadmisibilidad de recursos concedidos y de hecho mediante la aplicación de un lacónico "chiche" que no responde, siquiera mínimamente, a los agravios de los impugnantes, la ley 23.774 ha venido a oficializar esa costumbre en tanto faculta al tribunal para que, "según su sana discreción", y con la "sola invocación" de los arts. 280 ó 285 del Código Procesal rechace aquellos recursos "por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia". Frente a estas normas, y a la nueva composición de la Corte Suprema, también se abre el interrogante de si ésta persistirá en el criterio de invalidar resoluciones admisorias o denegatorias insuficientemente fundadas.

Me aventuro por mi parte a pensar que la aplicación de semejante procedimiento resultaría superflua frente a los casos en que los agravios invocados por el impugnante aparezcan manifiestamente "insustanciales" o "intrascendentes".

30 PALACIO, *Algunas reflexiones sobre la sustanciación y la resolución admisoria o denegatoria del recurso extraordinario federal*, en "La Ley", 1989-D, p. 1152.

DAÑOS Y PERJUICIOS PRODUCIDOS POR LAS HUELGAS

Disertación pronunciada por la académica correspondiente Dra. Aída Rosa Kemelmajer de Carlucci, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión pública del 9 de agosto de 1990.

Palabras del académico Dr. Miguel S. Marienhoff

La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires realiza esta sesión pública para incorporar, como miembro correspondiente de la misma en Mendoza a la doctora Aída Rosa Kemelmajer de Carlucci.

Considero como muy feliz esa decisión de nuestra Academia, por cuanto estimo que la doctora Kemelmajer de Carlucci, dentro de todas las mujeres argentinas dedicadas al estudio científico del derecho es la más destacada y una de las más lúcidas. Bien merece la honrosa designación de que fue objeto. Fue la primera mujer que se incorporó a nuestra Academia como miembro correspondiente.

Los antecedentes de nuestra recipiendaria son amplísimos y de gran valía. Pero pienso que incluso en una presentación académica sólo corresponde poner de manifiesto las notas o datos que más influyen para definir la personalidad del candidato y contribuyan a justificar la distinción de que ha sido objeto: modalidades espirituales o personales, trabajos realizados, libros publicados, cargos desempeñados, distinciones recibidas, tomando de todo eso sólo lo más importante, lo principal. En la trayectoria de la doctora Kemelmajer de Carlucci hay notas de toda esa índole cuya sola mención afirma y define su relevante personalidad.

La nueva académica correspondiente de Derecho es actualmente ministro de la Suprema Corte de Justicia de Men-

doza, donde su actuación es sobresaliente. Así lo comprueba la lectura de sus meditados votos.

Es miembro correspondiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

Ha publicado numerosos libros, siempre trascendentes, donde el tema es considerado en todos sus aspectos y dimensiones. Entre esos libros cabe mencionar los siguientes: *Los privilegios en el proceso concursal; La capacidad civil del menor que trabaja; Separación de hecho entre cónyuges; La cláusula penal.*

También publicó varios libros en colaboración con distinguidos juristas; entre dichas obras hay una que me impresionó, pues, no obstante referirse a una materia que, por ahora, en nuestro país tiene relativa importancia, el tema fue considerado exhaustivamente, aportando agudas observaciones. Me refiero a su libro *Derecho real de superficie,* editado en Buenos Aires en 1989.

Es profesora titular de Introducción al Derecho Privado en la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Cuyo.

Casi no hay congreso sobre temas de derecho privado donde esté ausente la doctora Kemelmajer de Carlucci. Así lo revelan los comentarios o crónicas que se publican acerca de esas reuniones. Su concurrencia a tales centros de investigación y divulgación es siempre para intervenir activamente en las deliberaciones o para sugerir una nueva idea concretada en algún trabajo escrito y bien meditado. Así también consta en los comentarios o crónicas pertinentes. No se conforma con el deslucido papel de simple concurrente.

Si bien nuestra recipiendaria se dedica principalmente al derecho privado, también discurre con acierto en el ámbito del derecho público, cuya bibliografía conoce perfectamente. Baste recordar su constructivo voto como integrante de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, en el juicio donde se debatió la constitucionalidad de un decreto del Po-

der Ejecutivo de esa Provincia referente a la reforma de la Constitución.

Ha publicado numerosos artículos en las revistas especializadas "Jurisprudencia Argentina" y "La Ley".

Su labor científica mereció calificados premios en el país y en el extranjero: todo ello confirma la jerarquía de su vocación de estudiosa.

Los temas que elige para sus disertaciones, escritas o verbales, son siempre importantes, de vanguardia, temas que abren rumbos, que iluminan caminos, que van siempre adelante, reclamando y auspiciando nuevas fórmulas jurídicas. Así lo prueban los que eligió para sus respectivas incorporaciones académicas en Córdoba y en esta Capital: *Reflexiones en torno a la patentabilidad de los medicamentos* y *Responsabilidad por los daños ocasionados por hechos de huelga.* Dos temas de fundamental trascendencia.

Cuando analiza y se refiere a viejas cuestiones tradicionales, siempre dice algo nuevo, producto de su pensamiento inquieto.

Doctora Aída Rosa Kemelmajer de Carlucci, querida amiga: le deseo mucho éxito en su calidad de miembro de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires como correspondiente en Mendoza. Nuestra Corporación espera mucho de usted.

DAÑOS Y PERJUICIOS PRODUCIDOS POR LAS HUELGAS

I. LA IMPORTANCIA Y LAS DIFICULTADES DEL TEMA

Los movimientos de acción directa pueden generar cuantiosos daños; un solo ejemplo puede dar muestra de la significación del tema propuesto: la huelga desatada en Francia a fines de 1986 y durante 1987, en el sector de los ferrocarriles con apoyo de los trabajadores de la electricidad, dejó pérdidas por cuatro mil millones de francos [1].

¿Alguien debe reparar estos daños?

Quiero dar respuesta a esta pregunta consciente de que los conflictos laborales no son un problema exclusivamente jurídico: por el contrario, están inmersos en relaciones sociales muy complejas dominadas por la economía y la política; mirar la cuestión sólo desde la perspectiva del Derecho produce, indudablemente, una visión demasiado parcializada [2].

Tampoco se debe olvidar que en el Derecho, junto a la dimensión normológica aparece una sociológica y otra valorativa; por lo demás, ya no se discuten las interrelaciones entre Derecho y Economía [3] y es de ingenuos creer que ninguna huelga tiene propósitos políticos.

1 Para estos datos ver JOSÉ A. y LUIS ALBERTO CARO FIGUEROA, *El derecho de huelga en Francia*, "D.T.", 1988-B-1062.

2 Ver CARLOS ALDAO ZAPIOLA, *La prevención y resolución de los conflictos laborales*, "T. y S.S.", 1986-107.

3 Se habla, incluso, de una interpretación económica del derecho. Ver en-

Aun desde la perspectiva unilateral del Derecho, el tema propuesto emanca por lo menos en tres ramas: constitucional, laboral y civil; si a ello se agrega que las huelgas pueden afectar servicios públicos, entrará también a jugar el derecho administrativo.

Cada una de estas ramas tiene sus propios principios y métodos de interpretación; por eso, es imprescindible analizar el fenómeno con visión jurídica global si se quiere llegar a soluciones coherentes. Quizás más que nunca se deba recordar a Carnelutti, quien afirmaba que el derecho, imperativo de la convivencia social, es uno. Su división en ramas es producto de las limitaciones de las fuerzas humanas y de razones de orden didáctico; por ello, si bien la descomposición del derecho es un procedimiento necesario, puede conducir a gravísimos errores si no va acompañada por la conciencia de que en esta forma lo que observamos es más bien el cadáver del derecho que el derecho vivo, porque la vida, esto es, la realidad del derecho, no está en las partes singulares sino en el todo y así en su unidad. Para ver el derecho vivo es menester aun escalar lo más alto posible, donde el ojo pueda abarcar con la mayor amplitud posible su inmensa realidad [4].

---

tre otros, JORGE MOSSET ITURRASPE, *Economía y derecho*, pp. 15 y ss., en "Derecho Monetario", obra en colaboración con R. L. LORENZETTI, Santa Fe, Rubinzal, 1989; ROBERTO DROMI, *Derecho administrativo económico*, t. I, Buenos Aires, ed. Astrea, 1977; ULISES MONTOYA ALBERTI, *El derecho económico*, Lima, Univ. Nac. de San Marcos, 1966; AUGUSTO MORELLO, *¿Existe un derecho procesal económico?*, en "Revista de Derecho Económico", año I, Nº 5, p. 391; AGUSTÍN DE ASÍS, *Economía y Derecho*, Madrid, ed. Reus, 1957; LINO RODRÍGUEZ ARIAS BUSTAMANTE, *Economía y Derecho*, "Enciclopedia Jurídica Omeba", t. IX, p. 599; GUILLERMO CABANELLAS (h.), *Función económica del Derecho societario*, en "R.D.C.O.", año 22, 1989, p. 279; ANA MARÍA DE AGUINIS, *El derecho económico: una disciplina sin dogmatismos*, en "Revista del D. Industrial", 1989, p. 277; de la misma autora: *El derecho económico, una interrelación viva entre el derecho y la economía*, en "Revista de Derecho Económico", año I, Nº 5, p. 385; EFRAÍN RICHARD, *La economía del derecho*, "L.L.", 1989-B-1125; KLEMENS PLEYER, *Influencias del sistema económico sobre la interpretación de las normas jurídicas*, en "R.D.C.O.", año 2, 1969; ÁNGEL ROJO, *El derecho económico como categoría sistemática*, "R.D.C.O.", año 15, 1982, p. 197.

4 FRANCESCO CARNELUTTI, *Metodología del diritto*, Padova, 1939, p. 69.

II. LA TEORÍA UNITARIA DEL DERECHO DE DAÑOS COMO CONSECUENCIA LÓGICA DE LA UNIDAD DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

Consecuentemente con la visión unitaria del ordenamiento, defiendo una teoría unitaria del Derecho de daños; no es necesario oponer responsabilidad civil-responsabilidad del Estado o responsabilidad civil-responsabilidad laboral, pues todo deber de soportar el daño de otro encuadra en el amplio espectro de la teoría del responder. Este punto de partida no implica negar las particularidades que presenta el régimen en sus diferentes órbitas, ni postular la privatización del Derecho Público, ni negar la autonomía del derecho laboral, sino aprehender la responsabilidad como fenómeno único. El problema es similar al que se presenta en materia de responsabilidad contractual y extracontractual dentro de la llamada responsabilidad civil: no obstante ser la culpa conceptualmente una, la ley la somete a distinta regulación según se ingrese en un campo u otro.

La idea tradicional, fraccionadora del concepto de responsabilidad, tiene su justificación histórica en las distintas funciones que ella ha desempeñado: mientras se entendió que en el ámbito del derecho civil tenía carácter puramente sancionador, fue razonable considerarla distinta a la responsabilidad estatal o a la patronal, conducida, en innumerables oportunidades por criterios reparadores; pero desde que se advierte que también en el derecho civil el derecho de daños tiende a la distribución de los mismos y no sólo a penar al responsable, no parece justificable mantener valladares insuperables. Así, siendo común el concepto de antijuridicidad, no es preciso distinguir la antinormatividad de la conducta privada y la del Estado; admitidas en la esfera privada la imputación equitativa y la objetiva, tampoco es imprescindible distinguir los diferentes factores de atribución admisibles en cada órbita; en cuanto a los requisitos del daño, el art. 1068 del Código Civil es derecho común, surgiendo

de sus términos la protección de los derechos subjetivos y de los intereses legítimos, etc.[5].

El fraccionamiento puede llevar a resultados absurdos, como los que resultan de sostener que los daños derivados de la actuación o la omisión de la enfermera en un hospital público se someten a un régimen distinto de los causados por la misma servidora en una clínica privada; o cuando el daño proviene de un accidente de tránsito según pertenezca el vehículo al Estado o a un particular.

No dudo de que el análisis integral de los fenómenos es un imperativo de la hora, atento a la complejidad de la vida moderna.

Para ingresar en el tema que me he propuesto es imprescindible detenerse brevemente en tres cuestiones previas: el concepto de huelga, la determinación de su titular y hasta dónde la llamada "autonomía relativa" del Derecho Laboral ha permitido o impedido, hasta el momento, la aplicación de los principios generales del derecho de daños de la legislación civil a la órbita del Derecho Laboral.

III. CONCEPTO DE HUELGA

El concepto de huelga no es unívoco.

En un sentido *amplio* es la abstención o abandono colectivo y temporal del trabajo, concertado por los trabajadores para secundar la reclamación planteada[6]. O, como dice la Corte de Casación francesa en jurisprudencia cons-

5 Para esta visión unitaria ver mi trabajo, en colaboración con los Dres. JORGE MOSSET ITURRASPE y CARLOS PARELLADA, *Responsabilidad de los jueces y del Estado por la actividad judicial*, Santa Fe, Rubinzal, 1986, p. 24.

6 RODOLFO NÁPOLI, *Derecho del trabajo y la seguridad social*, 2ª ed., Buenos Aires, ed. "La Ley", 1971, p. 437. Conf. con variantes irrelevantes, MARIO DEVEALI, *El derecho del trabajo en su aplicación y sus tendencias*, Buenos Aires, Astrea, 1983, t. I, p. 506. El carácter *colectivo* diferencia la huelga, que afecta al público (en mayor o menor extensión) del derecho de *no trabajar*, que es individual y que por eso mismo puede extenderse por períodos más prolongados que una huelga (ver SANTIAGO RUBINSTEIN, "Revista del Col. de Abogados de San Isidro", Nº 3, 1969, p. 150).

tante, es la cesación colectiva y concertada del trabajo en vista de alcanzar éxito en las reivindicaciones profesionales [7].

Conforme con estas definiciones amplias, son formas de huelga, aunque irregulares, las siguientes modalidades:

1º) *El paro* (se distingue por la brevedad de su duración y porque hay presencia en los lugares de trabajo).

La mayoría de la doctrina y jurisprudencia nacional siguió, hasta hace poco, el criterio de la Corte de casación francesa elaborado en la década del cincuenta, que negó a los paros parciales el carácter de forma legítima del derecho de huelga. Justo López criticó desde la magistratura este criterio; dijo que el razonamiento implicaba una petición de principios: habría incumplimiento del contrato individual de trabajo en el paro (lo menos) y no la huelga (lo más). Si en razón del derecho de huelga, dice, los trabajadores pueden abstenerse colectivamente de prestar el trabajo, tal abstención no implica incumplimiento de la relación contractual sino de su ejecución [8]. Cabe reconocer también que, en el lenguaje vulgar, las palabras paro y huelga en muchas ocasiones se utilizan como sinónimos.

La actual jurisprudencia de los tribunales nacionales niega legitimidad al despido del empleado que realiza paros con fundamento en el art. 1201 del CC y no en el derecho constitucional de huelga. Ha dicho la Cámara Nacional del Trabajo, sala II, el 31-10-1988, in re "Marino, Aurelio c/La Prensa": "Ante el incumplimiento del empleador de la prestación a su cargo —pago de aumentos salariales ya asignados y que contaban con el dictamen del Ministerio de Trabajo— no puede valorarse como un acto ilícito justificativo de la

7 Def. citada por HÉLÈNE SINAY y JEAN CLAUDE JAVILLIER, *La grève*, Paris, Dalloz, 1984, Nº 93.

8 Su voto en autos "Sindicato de Obreros y empleados de la Industria de Chacinados c/Casema S.R.L.". "J.A.", 1967-V-351. Se pronuncia también por la legitimidad, GUILLERMO LÓPEZ, *Derecho de huelga: importante cambio jurisprudencial*, "D.T.", 1984-B-1775 y anteriores artículos del autor allí citados. La S. C. Buenos Aires ha seguido este criterio el 6-7-1984 in re "Horacio Leiva c/Swift Armour", "D.T.", 1984-B-1436 y "T. y S.S.", 1985-353.

rescisión del vínculo laboral la actitud del trabajador que paraliza su actividad, pues los paros configuran una medida de autotutela individual, contemplada y autorizada en la legislación civil (art. 1201, 510 y 742 del CC) [9].

La evolución de la jurisprudencia italiana es especialmente interesante. En un principio, los paros intermitentes fueron considerados medidas ilícitas no encuadrables en el concepto de huelga en los términos del art. 40 de la constitución. Hoy, en cambio, prevalece la tesis de que los llamados "sciopero a singhiozzo" son lícitos siempre que el juez no compruebe, en el caso concreto, la lesión de situaciones jurídicas igualmente garantizadas por la constitución y, en particular, la posibilidad de acarrear a los medios de producción un daño tal que comporte la venida a menos de la misma fuente de trabajo, con evidente perjuicio tanto para los trabajadores como para la colectividad [10]; por aplicación de la excepción, se ha declarado que no es conducta "antisindical" reprochable la suspensión ordenada por el patrón, por motivos técnicos, para evitar que la intermitencia de los paros dañe algunos de esos valores. Estos fallos han sido pronunciados, generalmente, en casos en que los sindicatos impugnaban la suspensión de actividades ordenada por la patronal con fundamento en estos paros. Se ha llegado, incluso, a limitar judicialmente el número de paros. Así, por ejemplo, la pretura di Ancona dijo que los operarios de una planta petroquímica de ciclo continuo no pueden hacer huelga o paro más de una vez al año, observando para la consiguiente reactivación del ciclo productivo las normas técnicas indicadas por el constructor del establecimiento o las mayores cautelas tenidas como necesarias por la dirección técnica de la empresa [11].

9 "T. y S.S.", 1989-14; Conf. sala VII, 30-11-1984, "Francisco Gómez c/Papelera Hispano Argentina S.A.", "D.T.", 1985-583.

10 Corte di Cassazione, sezione lavoro, sentencias de los días 30-1-1980 y 17-7-1979, ambas en "Foro Ital.", 1980-I-26.

11 5-6-1976 "Foro Ital." 1977-I-229. Conf. Tribunale di Pescara 26-3-1975, "Foro Ital." 1975-I-210. Para la legitimidad de las medidas de acción directa por parte de la patronal, ver el reciente trabajo de ALFREDO RUPRECHT, *El "lock-out"*, "L.L.", boletín del 3-8-1990.

2º) *El paro por secciones,* conocido como "grève tournante", "sciopero scacchiera", también llamado paro por turnos (consiste en ir empalmando, en forma consecutiva, paros en distintas secciones o departamentos). Este tipo de movimientos perjudican notablemente a la empresa porque desequilibran la producción, pero desde la perspectiva de los obreros procuran economizar sus sacrificios porque, en principio, se paga a quienes están en el sector que "trabaja" y por ello no se perderían todos los salarios devengados mientras duró la huelga.

La jurisprudencia italiana presenta idéntica evolución a la señalada en la modalidad anterior. En principio, la modalidad hoy es considerada lícita; no obstante, no es antisindical la conducta de la patronal que ante huelgas rotativas de operarios de empresas con ciclos de producción continuos, dispone el cese completo cuando prueba que la huelga afecta derechos constitucionalmente amparados: la vida de las personas, el ciclo productivo del establecimiento, etc.[12]. En estos casos, incluso, se permite recurrir a una especie de cautela prevista en el art. 70 del Código de Procedimientos para hacer cesar la medida, pero no se acogen si la patronal pide que se la prohíba en el futuro [13].

3º) *El trabajo a desgano* o de ritmo lento ("grève perlée" de los franceses) (los trabajadores concurren a su lugar de trabajo, pero reduciendo, concertada e intencionalmente, el nivel del mismo en calidad y cantidad).

4º) *El trabajo a reglamento* (huelgas de celo, o trabajo lento) (los trabajadores cumplen todas las prescripciones convencionales y legales, aun las más insignificantes y desusadas, con el intencionado propósito de actuar despaciosamente).

5º) *La huelga de brazos caídos* (los trabajadores concurren sin realizar ninguna tarea). El tribunal del trabajo

12 Pretura di Roma, ordinanza 13-5-1977, "Foro Ital." 1978-I-251 y jurisprudencia citada en nota.

13 Pretura di Barra, 7-5-1979, "Foro Ital." 1980-I-26.

Nº 2 de San Martín (Pvcia. de Bs. As.) resolvió el 5-10-1982 in re "Freccero Remi y otros c/FAMMM S.R.L.", como consecuencia del fallo de la CSN dictado en la misma causa, que "Si se entiende por huelga el abandono del trabajo que realizan en común una pluralidad de trabajadores con un fin determinado, y en el caso de autos los empleados no abandonaron su lugar de trabajo sino que permanecieron en él, corresponde concluir que se trata de un paro de brazos caídos, que invalida por sí la legitimidad de la medida" [14].

6º) *La huelga con ocupación* (los trabajadores permanecen en el establecimiento por tiempo mayor a la duración de su jornada habitual sin realizar ninguna tarea).

7º) *Huelga trombosis o neurálgica* (paraliza toda la producción cesando el trabajo sólo en un servicio estratégico), etc.

Como surge del resumen anterior, para un criterio doctrinal y jurisprudencial, es esencial al concepto de huelga que la abstención se realice con *abandono de los lugares de trabajo* [15], por lo que estas formas irregulares no enmarcan en el concepto de huelga. Así por ejemplo, el trabajo a desgano no sería huelga sino ejecución defectuosa de las obligaciones nacidas del contrato de trabajo [16].

Esta cuestión tiene importantes consecuencias prácticas a la hora de determinar los alcances de las disposiciones constitucionales que amparan el derecho de huelga. Así por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina ha resuelto que "el ejercicio del derecho de huelga no comprende tipos de conducta que importen extralimitaciones en el ejercicio razonable del mencionado derecho". Por eso se ha dicho con gran realismo que una de las maneras de limi-

14 "D.T.", 1983-286. Conf. Cám. Nac. Apelaciones del Trabajo sala I, 21-6-1983, "Rocha, Santos c/Ducilo", "D.T.", 1983-961. (Se aclara que ambos fallos fueron dictados vigente la mal llamada ley 21.400, derogada finalmente por también mal llamada ley 22.825, publ. el 7-6-1983).

15 Ver CABANELLAS-RUSSOMANO, *Los conflictos colectivos de trabajo y sus soluciones,* Bs. As., ed. Heliasta, pág. 35.

16 Conf. JOSÉ ONAINDIA, *El derecho de huelgas. Pautas para su reglamentación,* "D.T.", 1987-492.

tar lícitamente el derecho de huelga es dar una definición legal restrictiva [17]. Esta es la razón por la cual las asociaciones profesionales tienen hacia las definiciones una actitud de permanente desconfianza [18].

La importancia de esta cuestión es obvia en el tema bajo tratamiento, pues adherir a una posición u otra significará tener o no por acreditada la antijuridicidad, primer presupuesto, generalmente exigible, del deber de reparar.

IV. TITULAR DEL DERECHO DE HUELGA (¿QUIÉN TIENE DERECHO A DECLARAR UNA HUELGA?)

Las dos respuestas extremas posibles son: el titular es el sindicato (concepción orgánica); el titular es el trabajador (concepción de la libertad individual de expresión colectiva).

En opinión de Sinay-Javillier, encuadran en el primer sistema la legislación de los EE.UU. y de Alemania; en el segundo, la francesa [19].

En la Argentina no hay una línea firme en torno a quién es el titular del derecho a *declarar* la huelga (nadie discute que la *participación* es de cada trabajador en particular). La constitución nacional garantiza el derecho de huelga a *los gremios*. Un importante sector de la doctrina entiende que, como la constitución asegura al trabajador "la organización sindical libre y democrática" es inconstitucional todo intento de monopolizar este derecho en cabeza del gre-

17 Conf. OSCAR ERMIDA URIARTE, *Las relaciones de trabajo en América Latina*, "D.T.", 1989-1281. Para el estado actual de la cuestión en el derecho comparado y, en especial, la aceptación de las formas irregulares, ver MARIO ACKERMAN, *Reglamentación del derecho de huelga*, "D.T.", 1990-793 y ss.

18 Así lo relata el notable informe de Lord WEDDERBURN OF CHARLTON F.B.A. al Congreso europeo de Derecho del Trabajo, que tuvo lugar en París durante setiembre de 1989, publicado por la "Revue Internationale de Droit Comparé", 1990-I, pp. 55 y ss.

19 SINAY-JAVILLIER, ob. cit. Nº 67, 183, 79-2; 79-4. Coincide con esta calificación Lord Wedderburn of Charlton, ob. cit. "Rev. Internationale de Droit Comparé", 1990-I, pp. 67 y ss. quien ubica en el primer grupo a Suecia y en el segundo a Italia.

mio que, por tener mayor representatividad, goza de la denominada "personería gremial". Recuérdense las palabras del gran político Alfredo Palacios: "Puede existir la huelga sin que existan los gremios y en nuestro país se ha producido muchas veces ese hecho. En el año 1878 se realizó el primer paro en Argentina y no había organización de los trabajadores. Era simplemente la concentración de los obreros, que ya es un principio de organización" [20].

La opinión contraria, con fuerte apoyo en la ley 23.551 de asociaciones profesionales, tiene prestigiosos adeptos entre los laboralistas [21].

[20] Diario de sesiones de la convención nacional constituyente, 1957, t. II, Bs. As., Imp. del Congreso de la Nación, 1958, pág. 1457 y ss. Conf. GERMÁN BIDART CAMPOS, *La titularidad del derecho de huelga en la constitución argentina*, "E.D.", 114-815; GUILLERMO LÓPEZ, *El derecho de huelga luego de la derogación de la ley 21.400*, "Leg. del Trab.", t. XXXI, pág. 783 y en *Derecho de huelga: importante cambio jurisprudencial*, "D.T.", 1984-B-1778 y autores allí citados. En esta posición ver voto en minoría del Dr. Zuanich en Cám. Nac. Trab., sala II, 28-9-1983, "Lugones, Francisco c/Multiplas S.A.", "Leg. del Trab.", XXXII, nº 376, p. 377: "El derecho de huelga reconocido a los gremios en el art. 14 bis de la constitución nacional no implica, por esta causa, que deba desconocerse como derecho constitucional implícito a los trabajadores de una empresa, aun sin intervención de la asociación a que pertenece la actividad respectiva". Esta es también la doctrina de la Suprema Corte bonaerense (ver nota siguiente).

Una crítica a la ley de asociaciones sindicales desde la perspectiva constitucional puede verse en JORGE RODRÍGUEZ MANCINI, *Cuestiones constitucionales en la nueva ley sindical*, en "D.T.", 1989-925 y ss.

[21] BENITO PÉREZ, *El derecho constitucional de huelga*, en "ED" 111-121; ANTONIO VÁZQUEZ VIALARD, *Reflexiones en torno a un fallo sobre ejercicio del derecho de huelga*, "T. y SS.", 1985, pág. 289; MÁXIMO MONZÓN, *La calificación constitucional de comportamientos colectivos en un caso de huelga atípica*, "D.T.", 1984-B-1436. Los autores mencionados comentan el fallo de la Suprema Corte de la Provincia de Bs. As. del 6-7-1984 recaído in re "Leiva c/Swift" que admitió que el movimiento de fuerza podía ser declarado por un grupo de empleados (ver fallo completo en "T. y S.S.", 1985-353 y transcripción parcial en "Leg. del Trab.", t. XXXII, nº 384, pág. 1115). Cabe señalar las especiales particularidades fácticas que rodearon la decisión de la SCBs. As.: el tribunal debió tratar después de su derogación, la vigencia y constitucionalidad de las leyes 21.261 y 21.400 que habían vedado el derecho de huelga a las organizaciones sindicales. Para la tesis que titulariza en los gremios el derecho de huelga ver Cám. Nac. Trab., sala I, 14-6-1988, "Estévez Elías y otros c/Clío S.A.", "D.T.", 1989-A-809 (niega la titularidad aun a la comisión interna del personal); conf. el mismo tribunal en fallo del 28-6-1983, "Rocha c/Ducilo", "Leg. del Trab.", XXXII, nº 373, pág. 86: "Es ilegítimo el paro parcial e intempestivo sin intervención del sindicato ni de la autoridad laboral pertinente promovido para discutir un plan económico en vigencia. El delegado que lo provocó, al no haber denunciado concretamente el perjuicio que ocasionaba la aplicación de aquél,

También es posible sostener que el titular es siempre el gremio, ya sea con personería gremial o simplemente inscripto, y no los trabajadores. Este criterio responde a la terminología constitucional y condice con el principio de libertad sindical. En otros términos, la huelga siempre debe ser declarada por un gremio, que puede o no tener la llamada "personería gremial" y no puede ser desencadenada por los trabajadores colectivamente sin organización reconocida [22].

En esta misma línea de pensamiento se distingue el gremio (género) del sindicato (especie). Gremio, sociológicamente, es el grupo de todos los trabajadores cuyo factor diferenciador y aglutinador es el desempeño de una actividad económica determinada; el sindicato, en cambio, encierra un concepto jurídico, pues se trata de ese mismo grupo social total o parcialmente formalizado. Se afirma que la cláusula constitucional garantiza el derecho de huelga, así como el poder de negociación colectiva y el de recurrir a la conciliación y al arbitraje a los gremios (concepto sociológico y totalizante) y no a los sindicatos (concepto jurídico y restringido).

Esta cuestión es de singular importancia pues en Francia algunos fallos han rechazado las acciones de daños y perjuicios interpuestas contra los sindicatos argumentando que ellos no son los titulares del derecho de huelga [23].

---

injurió gravemente los intereses del empleador resultando su despido justificado"; Cám. Nac. Trab., sala II, 11-3-1980, "Rodríguez, Héctor c/Siam Di Tella Ltda.", "Leg. del Trab.", XXVIII-A-572: "Es ilegítima la huelga declarada sin intervención de la entidad gremial..." Conf. DEVEALI, *El derecho del trabajo*, t. I, pág. 529.

22 Para esta posición, compulsar OSVALDO LIMA, *Derecho colectivo de trabajo*, ed. Jurídica Cuyo, 1989, pág. 94.

23 La controversia no es inoficiosa, aun reconociendo que la huelga es siempre una conducta colectiva; en contra de lo expuesto dice CAPÓN FILAS que la "discusión es baladí porque la experiencia no registra comportamientos de este tipo titularizados por un único trabajador. La realidad señala que la huelga es una conducta colectiva de los trabajadores decidida por la unidad social de producción o por la asociación sindical respectiva" (Ver RODOLFO CAPÓN FILAS, *Sistema jurídico y huelga*, "L.L." 1989-E-1231).

V. LA AUTONOMÍA DEL DERECHO LABORAL Y LA APLICACIÓN SUPLETORIA DEL DERECHO CIVIL

Como se ha visto, mi punto de partida es una visión unitaria del ordenamiento jurídico y del derecho de daños en particular.

El tema de las relaciones entre el derecho laboral y civil ha sido objeto de importantes trabajos monográficos en el país [24], por lo que me limitaré a indicar algunas conclusiones jurisprudenciales íntimamente conectadas al derecho de daños.

El anhelo de encontrar una fórmula simplificada me lleva a adoptar, junto a la doctrina mayoritaria, la del art. 8 de la Consolidación de las leyes del trabajo del Brasil: "El derecho común será fuente subsidiaria del Derecho del Trabajo en aquello en que no fuese incompatible con los principios de éste".

Cabe ahora analizar si los principios generales de la legislación del trabajo son incompatibles con los de la reparación de daños del derecho común. La LCT tiene un artículo que se refiere expresamente a los daños que el trabajador individualmente causa a la patronal (art. 87) cuya

24 El tema también fue abordado en jornadas y congresos de Derecho Laboral, por ej., las Jornadas Nacionales de Derecho del Trabajo celebradas en San Nicolás, en setiembre de 1981; el VIII Congreso Iberoamericano y VII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Buenos Aires, abril de 1983, etc. Entre las monografías puede compulsarse JUSTO LÓPEZ, *Incidencia del derecho civil en el derecho del trabajo,* "Leg. del Trab.", XXX, 1982, pág. 193 y ss.; HÉCTOR BLAS DEMICHELIS, *Las relaciones entre el derecho común y el derecho del trabajo,* "D.T.", 1983-A-785; ROBERTO GARCÍA MARTÍNEZ, *Relaciones e influencias entre el derecho civil y el derecho del trabajo,* "Leg. del Trab.", XXX, 1982, pág. 481 y ss.; del mismo autor, *Principios del derecho del trabajo e interpretación de normas del derecho común* "D.T.", 1987-A-698; MARCOS GRABIVKER, *Disposiciones del régimen de contrato de trabajo relacionadas con el código civil y el derecho civil,* "Leg. del Trab.", XXX, 1982, pág. 207; OSCAR ZAS, *Un interesante caso de aplicación de normas del derecho civil al derecho del trabajo,* "Doctrina Laboral", t. I., 1985, pág. 232. Tampoco faltan los estudios sobre las influencias del derecho del trabajo en la interpretación del derecho civil. Ver ROBERTO GARCÍA MARTÍNEZ, *La influencia del Derecho del Trabajo sobre las demás ramas del derecho,* "Leg. del Trab.", XXIII-B-673.

reparabilidad está sujeta a la existencia de *culpa grave*[25]. De esa norma no puede derivarse, sin más, la inaplicabilidad de los principios generales del derecho de daños; en efecto, también el derecho común (civil y comercial) conoce acciones en las que se requiere *culpa grave,* no obstante el rechazo de la categorización de culpas efectuado por el codificador. Así por ej., la acción prevista en el art. 103 de la ley 19.551 contra el peticionante de la quiebra finalmente revocada; la de los arts. 1462 y 1463 del Cód. Civil contra el deudor cedido; la del art. 3384 contra el heredero beneficiario administrador de la herencia, etc.[26].

La jurisprudencia laboral ha declarado reiteradamente esta compatibilidad; por ej., al aceptar la vigencia del art. 1113 del C.C. en los accidentes de trabajo[27]; al condenar a

25 Para la evolución legislativa de esta cuestión ver ERNESTO E. BORGA, *Voz "Daños causados a los intereses del patrón"*, en "Enc. Jurídica Omeba", t V, pág. 558 y ss. GUSTAVO MEILIJ, *Contrato de trabajo,* t. I, Bs. As., Depalma, 1980, nº 718 y ss.

26 Para estas cuestiones ver ATILIO A. ALTERINI, *Carga y contenido de la prueba del factor de atribución en la responsabilidad contractual,* "L.L." 1988-B-958.

27 La jurisprudencia sobre el particular es extensísima. Sin embargo, no puedo dejar de mencionar el fallo plenario de la Cám. Nac. del Trabajo, 26-10-1971, nº 169, recaído in re "Alegre C. c/Manufactura Algodonera Argentina" ("En caso de haberse optado por la acción de derecho común a que se refiere el art. 17 de la ley 9688 es aplicable el art. 1113 del Cód. Civil mod. por la ley 17.711" ("Leg. del Trab.", XX-A-258; "D.T.", 1972-24); otro plenario, incluso parece consagrar la *acumulación:* 26-8-1982, nº 239, in re "Aizaga, Jorge c/IPSAMSA" ("La manifestación del trabajador en un acuerdo conciliatorio de que nada más tiene que reclamar del empleador por ningún concepto emergente del vínculo laboral que los uniera no comprende la acción fundada en el art. 1113 del Cód. Civil") ("Leg. del Trab.", nº 142, 1987, pág. 317). Entre los numerosos autores que han tratado en forma específica el problema, compulsar MARIO E. ACKERMAN, *Accidentes y enfermedades profesionales. Condiciones para el ejercicio y la procedencia de la acción de responsabilidad civil,* "Leg. del Trab.", t. XXVII-493; CARLOS ALDAO ZAPIOLA, *La acción de derecho común derivada de los infortunios laborales,* "D.T.", 1982-B-1571; JORGE BUSTAMANTE ALSINA, *La responsabilidad civil por el riesgo de las cosas y los accidentes del trabajo,* "L.L." 150-905; *Las enfermedades profesionales frente al art. 1113 del Cód. Civil,* "L.L.", 154-910; HUGO CARCAVALLO, *La opción del art. 17 de la ley 9688,* "Leg. del Trab.", XXVII-1115; HORACIO DE LA FUENTE, *Los accidentes de trabajo y la acción de derecho común,* "L.L." 1980-A-989; MARÍA C. GARCÍA MARGALEJO, *La reparación de derecho común en los accidentes de trabajo,* "Leg. del Trab.", XXVIII-811; ROBERTO GARCÍA MARTÍNEZ, *La opción en las acciones de la ley de accidentes de trabajo,* "D.T.", 1989-B-1905; TEODORO GELBER, *El art. 1113 del Cód. Civil en los accidentes de trabajo y en-*

reparar el daño moral causado[28], al seguir la llamada prejudiciabilidad penal prevista en los arts. 1101 y 1102 del

fermedades profesionales, Bs. As., ed. Hammurabi, 1979; ISIDORO GOLDENBERG, *Responsabilidad civil y su aplicación en los infortunios laborales*, Bs. As., ed. Jurídicas, 1987; RICARDO GONZÁLEZ, *Accidentes del trabajo. Estudio comparativo de las acciones emergentes de la ley 9688*, "D.T.", 1987-1197; G. GUAGLIANONE, *Algunas consideraciones acerca de la aplicación del art. 1113 del Cód. Civil en sede laboral*, "Doctrina laboral", 1987, t. II, p. 168; OSVALDO LIMA, *Accidentes de trabajo y acción de derecho común*, "T. y S.S.", t. IX, 1982, p. 105; J. J. LLAMBÍAS, *La acción de derecho común originada en un accidente de trabajo*, "L.L.", 1979-C-852; GUSTAVO MEILIJ, *Reparación integral de los accidentes de trabajo*, Bs. As., Depalma, 1986; HÉCTOR MILLÁN, *Apostillas al régimen de indemnización común para el daño laboral*, "Jus", Nº 32, 1982, p. 150; GUILLERMO MORENO HUEYO, *Responsabilidad civil extracontractual. La reforma introducida por la ley 17.711. Su implicancia en los accidentes de trabajo*, "L.L.", 143-1134; JORGE NÚÑEZ, *Los accidentes de trabajo y su reparación según la ley especial y el Cód. Civil*, "L.L.", 1977-D-778; CARLOS POSE, *Responsabilidad empresaria por la guarda de la cosa y deber de seguridad*, "D.T.", 1987-1482; LUIS RAMÍREZ BOSCO, *La aplicación del art. 1113 del Cód. Civil a los accidentes de trabajo*, "J.A.", 1980-III-136; SANTIAGO RUBINSTEIN, *La opción del art. 17 de la ley 9688 y la acción de reagravación*, "Doc. Laboral", t. I, 1985, p. 256; L. SALASSA y C. PARELLADA, *Naturaleza jurídica de la acción opcional en el caso de accidentes de trabajo*, Mendoza, "Rev. Idearium", Nº 8/9, p. 137; JOSÉ I. SOMARE, *La opción del art. 17 de la ley 9688 y las características de la acción resarcitoria del derecho común*, "T. y S.S.", 1982-796; ROBERTO VÁZQUEZ FERREYRA, *Los accidentes de trabajo y la opción por el derecho común*, "J.A.", 1985-IV-646; ANTONIO VÁZQUEZ VIALARD, *La previsibilidad del daño (enfermedad accidente) cuya reparación se solicita por la vía de la responsabilidad civil extracontractual*, "E.D.", 124-747; ERNESTO WAYAR, *Los infortunios laborales y el derecho común*, "T. y S.S.", 1988-605; MATILDE ZAVALA DE GONZÁLEZ, *Los accidentes de trabajo y el riesgo o vicio de la cosa (art. 1113 del Cód. Civil)*, "J.A.", 1980-I-778.

28 Compulsar, entre muchos, ERNESTO E. MARTORELL, *Indemnización del daño moral por despido*, Bs. As., ed. Hammurabi, 1985; *La procedencia de la indemnización por daño moral ante la ruptura abusiva del contrato de trabajo*, "T. y S.S.", t. IX, 1982, p. 755; ANA MARÍA BIAGINI DE SALGUERO, *Jurisprudencia sobre daño moral*, "Leg. del Trab.", t. XXIX, 1981, p. 313; OSCAR A. CORREA, *La acción de nulidad por ejercicio ilícito del ius variandi. El daño moral*, "D.T.", 1988-1721; BERNABÉ CHIRINOS, *El daño moral en la disolución del contrato de trabajo*, "D.T.", 1985-917; HORACIO DE LA FUENTE, *Un fallo trascendente sobre daño moral*, "Leg. del Trab.", XXXII, 1984, p. 355; *El daño moral en el contrato de trabajo*, "L.L.", 1981-C-800; ROBERTO GARCÍA MARTÍNEZ, *El daño moral en el derecho de trabajo*, "Leg. del Trab.", XXIV-B-1015; SABRINA GIORGI, *El daño moral en accidentes y despido*, "T. y S.S.", t. IX, 1982, p. 806; HORACIO GUILLÉN, *El daño moral en la responsabilidad por el riesgo de la cosa*, "L.L.", 1983-B-975; JULIO J. MARTÍNEZ VIVOT, *La extinción del contrato de trabajo y la indemnización por daño moral*, "T. y S.S.", 1987, p. 1128; CARLOS POSE, *Apuntes sobre el despido desdoroso*, "Doctrina Laboral", t. I, 1985, p. 112. La Cám. Nac. Trab. resolvió en el plenario Nº 243 del 25-10-1982 recaído in re "Vieites, Eliseo c/Ford Motors Argentina, S.A.": "Es procedente el reclamo por daño moral en las acciones de derecho común por accidente del trabajo fundadas exclusivamente en el vicio o riesgo de la cosa según el art. 1113 del Cód. Civil".

Cód. Civil, al considerar aplicable la teoría del abuso del derecho, del abuso de la personalidad societaria, etc.

No obstante, es necesario señalar que los civilistas se ocupan muy poco de la huelga y que en los laboralistas hay muy escasas referencias a la huelga como productora de daños [29].

VI. HUELGA Y FUERZA MAYOR

Para la mayoría de los civilistas argentinos, la huelga es tema de estudio sólo cuando se analiza el caso fortuito o la fuerza mayor. Interesantes casos jurisprudenciales han motivado excelentes notas doctrinales. Así por ejemplo, se ha decidido que configura fuerza mayor liberatoria de la obligación de la empresa del ferrocarril frente al porteador, el incendio de las mercaderías producido por los empleados de la transportadora durante una huelga violenta y revolucionaria [30]; también la demora producida en la entrega de las mercaderías transportadas por actos de los huelguistas [31]; el movimiento de fuerza libera a la empresa telefónica que no prestó servicio al abonado demandante por actos de sabotaje de sus empleados [32], etc. En cambio, no es fuerza mayor una huelga parcial y por tiempo determinado [33], etc.

29 La excepción en nuestro país ha sido JUSTO LÓPEZ, *La huelga en los servicios esenciales*, "E.D.", boletín del 3-5-1990, quien se pronuncia, en general, por la no reparabilidad. En los comentarios al art. 87 de la L.C.T. se deslizan frases como éstas: "Se debe aclarar que en todo caso debe tratarse de *daños ilícitos* excluyéndose aquellos daños que sean causados por el ejercicio de un derecho como el de huelga o el de abstenerse de cumplir la prestación ante un incumplimiento del patrono". JUAN CARLOS FERNÁNDEZ MADRID, en LÓPEZ-CENTENO-FERNÁNDEZ MADRID, *Ley de contrato de trabajo comentada*, t. I, Bs. As., ed. Contabilidad Moderna, 1977, p. 406; JORGE SAPPIA, en ALTAMIRA GIGENA y otros, *Ley de contrato de trabajo comentada*, t. I, Bs. As., Astrea, 1981, p. 425.

30 Ver Cám. Com. de la Cap., 12-8-1926, con nota de ENRIQUE DIAZ DE GUIJARRO, *La huelga como eximente de responsabilidad*, "J.A.", 21-1012.

31 ENRIQUE ZALDÍVAR, *La huelga como causa eximente de responsabilidad en el contrato de transporte*, "L.L.", 48-1153.

32 Cám. Fed. Cap., 13-4-1934, con nota de P. FOURNEY, *El derecho de huelga, El contrato de trabajo y la huelga. Responsabilidad por daños y perjuicios de la empresa telefónica cuyo personal se ha declarado en huelga*, "J.A.", 46-42.

33 Cám. 3ª Trab. de Córdoba, 15-11-1961, con nota reprobatoria de

En líneas generales, puede decirse que la doctrina y la jurisprudencia argentinas han dado una respuesta razonable a la pregunta de si la huelga es o no un supuesto de fuerza mayor, resolviendo con criterio restrictivo pero realista y atendiendo a las circunstancias fácticas de cada caso.

Lo mismo puede afirmarse respecto de la jurisprudencia y doctrina italiana [34] y española [35].

La jurisprudencia francesa fue, hasta 1983, más rigurosa: casi inflexiblemente resolvía que la huelga no configura fuerza mayor con argumentos que merecen algunas réplicas:

a) *No es un hecho imprevisible*: la mayoría de las veces se llega a la huelga por el fracaso de las negociaciones; cuando el empleador no cede a las reclamaciones de sus obreros corre el riesgo de una acción directa; no sabe cuándo se va a declarar, pero está amenazado y por tanto es un hecho previsible.

Es cierto que en la mayoría de los casos los hechos se presentan del modo relatado, pero a veces las medidas de acción directa se toman sorpresivamente.

b) *No es irresistible*: el empleador pudo sustraerse a la huelga haciendo lugar a los reclamos.

Los autores critican la dureza de esta argumentación porque obliga al empleador a inclinarse a cualquier reclamo de sus obreros. Por lo demás, si la huelga es general, en el sentido de que se extiende a todo un sector de la economía, las concesiones que pueda hacer el empleador individual no

---

JUAN CARLOS FERNÁNDEZ MADRID, *El tiempo y el daño en las huelgas*, "J.A.", 1963-II-424. Véanse otros casos jurisprudenciales en JORGE A. MAYO, en *Código civil y leyes complementarias*, comentado, anotado y concordado, dirigido por A. C. Belluscio y coordinado por E. Zannoni, t. 2, p. 667.

34 Como ejemplo, véanse antiguos fallos y los siguientes comentarios: B. BRUGNI, *Lo sciopero economico e il concetto di forza maggiore*, "Rivista del Diritto Commerciale e del diritto generale delle obbligazioni", vol. IX, parte seconda, 1911, p. 102; E. VIDARI, *Sciopero e forza maggiore*, en igual revista p. 935; A. SRAFFA, *Ancora dello sciopero e della forza maggiore*, en igual revista, t. X, parte segunda, 1912, p 205; ALBERTO MONTEL, *Daños por causa de huelga y derecho de tercero en el derecho italiano actual*, "L.L." 68-803.

35 FRANCISCO SOTO NIETO, *El caso fortuito y la fuerza mayor*, Barcelona, ed. Nauta, 1965, pp. 34 y 44.

tienen ningún efecto; él no tiene ningún poder de negociación y nada puede hacer para superar un problema que es general.

c) *No genera imposibilidad de ejecutar la obligación asumida*: el empleador puede buscar personal de reemplazo, o conseguir las cosas que vendió a un tercero, a un competidor, etc. El empleador debe obtener, no importa a qué precio, el producto que prometió. Incluso, debe proveerse de stock para superar eventuales problemas de personal.

La respuesta jurisprudencial es, en algunas ocasiones, de singular rigor; cuando las huelgas son generales no se consiguen otros empleados; a veces, el personal es altamente especializado, "no fungible", etc.; muchas leyes reguladoras del derecho de huelga consideran antisindical la conducta del patrón que reemplaza a los huelguistas por no huelguistas si no se trata de servicios esenciales cuya paralización afecte derechos constitucionalmente amparados [36]; por lo demás, en una economía moderna y dinámica no puede exigirse —razonablemente— que un empresario tenga capitales improductivos, pues en definitiva ésta es una causa de aumento de los precios.

d) *No es exterior a la empresa*: la fuerza mayor liberatoria debe ser externa *a la actividad*, no sólo al deudor. La huelga no lo es; a los efectos de conceptualizar la fuerza mayor, una huelga de empleados no difiere de una máquina que se rompe [37].

Estos argumentos fueron esgrimidos por la Corte de Casación en el siguiente caso resuelto el 12-11-1969: la Compañía Francesa de Navegación se comprometió con la Asociación de Peregrinos de París, a trasladarlos a Tierra Santa donde debían llegar en la fecha prevista en el contrato; el

36 Ver informe de Lord Wedderburn of Charlton citado, 1990, Nº 1, pp. 38 y ss.

37 Ver síntesis de esta jurisprudencia y su crítica en SINAY-JAVILLIER, ob. cit., Nº 278. El requisito de la "externalidad" fue desarrollado por ADOLFO EXNER, *De la fuerza mayor en el derecho mercantil romano y en el actual*, trad. de E. Miñana y Villagrasa, Madrid, 1905. Su obra tuvo muchísima influencia en el pensamiento jurídico posterior.

barco "Cesarée" debía salir desde Marsella; en medio de movimientos sociales, la empresa comunicó a la asociación que los marineros estaban de huelga por cuarenta y ocho horas pero que el barco zarparía inmediatamente de levantada y llegarían en el plazo convenido. En razón de esta comunicación, los peregrinos dejaron París y se trasladaron al sur. Pero la huelga continuó y el barco no zarpó; la asociación decidió trasladar los peregrinos por vía aérea y suscribió con el transportista una especie de reconocimiento de deuda por el cual se comprometió a entregar una suma de dinero. Vencido el plazo fijado, la Companía Francesa de Navegación inició juicio para cobrar la suma reconocida, pero la acción fue rechazada acogiendo la defensa de la demanda que invocó el incumplimiento del transportista no configurativo de fuerza mayor liberatoria [38].

Igual criterio se mantiene en la órbita de la responsabilidad extracontractual del empleador. La Corte de París resolvió —en mi criterio acertadamente— el siguiente caso: la Compañía General Marítima decidió desarmar uno de sus barcos; los asalariados se declararon en huelga y ante la inactividad quedó bloqueado otro navío que se encontraba en el puerto; el titular del barco bloqueado inició a la Compañía General Marítima un juicio para reclamar los daños producidos por la demora. El tribunal hizo lugar a la demanda con estos argumentos: la accionada seguía siendo la guardiana del barco (art. 1384 C.C. francés); el hecho no fue imprevisible, porque unos delegados extranjeros sindicales habían subido al barco, lo que permitía prever la inminencia de las medidas de fuerza [39].

38 Cass. Com., 12-11-1969, "Cie. Française de navigation c/Association des pélérinages de Paris", transcripto por BERNARD TEYSSIE, *Les conflits collectifs du travail; grève et lock-out*, Paris, ed. Litec, 1981, Nº 182.

39 Fallo citado por SINAY-JAVILLIER, ob. cit., Nº 280.

VI. HUELGA, FUERZA MAYOR Y SERVICIOS PÚBLICOS PRESTADOS POR EL ESTADO

¿Se aplican estos principios a los daños sufridos por los consumidores de servicios prestados por el Estado por las huelgas desencadenadas por empleados públicos? Por ejemplo, una huelga de los empleados del registro inmobiliario frustra una importante negociación a quien había solicitado una inscripción, un certificado, etc.; uno de los enfermeros del hospital impide el tratamiento adecuado del enfermo internado; un estudiante universitario retrasa en un año su carrera por las huelgas de los profesores; un pasajero transportado no puede llegar a tiempo a un lugar determinado para celebrar un negocio, el justiciable no puede percibir la cuota alimentaria porque los empleados judiciales están de huelga y no expiden el cheque, etc.

En mi opinión, también en estos casos hay que analizar si, de conformidad con las circunstancias fácticas, la huelga configuró un hecho imprevisible, inevitable, extraño a la empresa, etc., con los alcances que la doctrina nacional da a estos términos (como se ha visto, en alguna medida, menos exigente que la francesa). Si no aparecen estos caracteres, el Estado debe responder a los administrados del mismo modo que el particular frente a sus cocontratantes.

La solución propiciada no implica confundir servicios públicos con contratos de derecho privado, sino advertir que la línea divisoria entre la responsabilidad del Derecho Público y la llamada Responsabilidad civil, no puede llevar a soluciones arbitrariamente contradictorias. En efecto ¿Por qué debe responder la empresa transportadora privada cuando sus empleados hacen huelga y no el Estado? ¿Por qué la clínica privada y no el hospital público?, etc.

Como contrapartida, el hecho de que el Estado responda también por su actividad *lícita,* sin necesidad de culpa o dolo, no significa que no pueda liberarse cuando aparece un elemento que rompe el nexo adecuado de causalidad. La relación de causalidad adecuada es un presupuesto de la

responsabilidad objetiva, se esté dentro del campo del derecho público o privado.

Abordaré seguidamente el tema de si los daños sufridos por los consumidores, el empleador, los empleados que quieren trabajar, etc., pueden ser reclamados a los sindicatos que declararon la huelga.

VII. EL PUNTO DE PARTIDA: LA HUELGA ES UN DERECHO CONSTITUCIONALMENTE CONSAGRADO

Decía Piero Calamandrei que los diversos sistemas adoptados por la legislación respecto de la huelga son la expresión de las distintas concepciones políticas del Estado: la "huelga delito" encuadra en una totalitaria; la "huelga libertad" en una liberal y la "huelga derecho" en una sindicalista [40]. Cualquiera sea la adhesión o rechazo que merezca esta reflexión, lo cierto es que en la Argentina la huelga es un derecho consagrado por el art. 14 bis de la constitución nacional.

Bien se ha dicho que la aceptación de la huelga como un derecho provocó una profunda conmoción en el campo jurídico, desde que interfirió, con mayor o menor intensidad, en las distintas esferas del derecho y alteró los principios considerados inmutables, no sólo en la rama específica (el D. Laboral), sino también en lo constitucional, administrativo, penal y civil [41].

Si la huelga es un derecho, su ejercicio no es un ilícito, no viola el ordenamiento. Dice Orgaz que la antijuridicidad es el carácter que tiene un acto en cuanto infringe o viola el derecho objetivo considerado en su totalidad. Quiere significar con ello, siguiendo a los penalistas alemanes, que

40 PIERO CALAMANDREI, "Rivista giuridica del lavoro", 1952, fas. 4-5, cit. por ERNST HEINITZ, *Sciopero e responsabilità conseguenti nel diritto tedesco,* en "Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei", vol. V, Padova, ed. Cedam., 1958, p. 27.

41 ENRIQUE ZALDÍVAR, ob. cit., p. 1156.

no hay una licitud o ilicitud que sea exclusivamente penal, civil, laboral, etc., sino que el carácter ilícito del acto que resulta de cualquiera de las ramas del derecho se extiende a todas las demás. Es decir, una misma conducta puede ser enfocada desde diversos aspectos a los efectos de la punibilidad, pero ello no indica una diferencia de sustancia en el juzgamiento antinormativo [42].

Si al hacer huelga se ejercita regularmente un derecho, la acción de daños y perjuicios encuentra el primer valladar: no hay conducta antijurídica [43].

Pero este obstáculo no es decisivo: es cierto que en la mayoría de los casos en los que el derecho dispone indemnizar a la víctima nos encontramos frente a conductas antijurídicas; sin embargo, la indemnización de daños causados por conductas lícitas no es totalmente ajena al derecho común; son ejemplos de lo dicho los arts. 2618, 3077, 3082, 3085, etc., del Cód. Civil argentino y sus correlativos de casi todos los códigos, modernos o tradicionales (daños derivados de la relación de vecindad, servidumbres de acueductos forzosas, etc.). Recuérdese, además, que para un importante sector de la doctrina argentina y extranjera, la responsabilidad por los daños derivados del riesgo de la cosa proviene de hechos no ilícitos o neutros [44]. En la órbita del D. Público, son innumerables los supuestos en que el Estado responde por daños producidos por conductas lícitas.

Lo decisivo, en mi opinión, es que la huelga es un derecho que para ser eficaz tiene que producir algún daño; es decir, el ordenamiento lo concede con el convencimiento o certeza de que el ejercicio afectará derechos de otros. La finalidad misma de la huelga conlleva alguna nocividad.

42 Para esta concepción integradora de la antijuridicidad ver ALFREDO ORGAZ, *La ilicitud*, Lerner, pág. 18; conf. ISIDORO GOLDENBERG, *La unicidad de lo ilícito. Su problemática*, en "Rev. Jur. de San Isidro", 1967, t. I, pág. 77.

43 Conf. JUSTO LÓPEZ, *La huelga en los "servicios esenciales"*, "E.D.", boletín del 3-5-1990 para quien se trata de un "acto justificado", por lo que encuentra una "causa de justificación" que impide la acción resarcitoria.

44 GUILLERMO BORDA, *Fundamento de la responsabilidad extracontractual*, "L.L.", 94-827.

Así, por ejemplo, es absurdo pensar que la convención constituyente de 1957 dio este derecho y no previó que produciría reducción del beneficio derivado de la producción faltante, pérdida eventual de clientela, incidencia en las cargas económicas indirectas (arrendamientos, amortizaciones, etc.), que gravan el costo del trabajo y siguen corriendo durante la huelga, etc. [45]. Lord Wedderburn of Charlton destaca la paradoja de que, aun el sistema británico anterior a 1980, que no reconocía expresamente el derecho de huelga, otorgaba tradicionalmente inmunidad contra las acciones de responsabilidad civil. En igual sentido la jurisprudencia italiana resuelve que la producción de un daño patrimonial a cargo del empresario y la eventual pérdida de parte de la materia prima de elaboración, no pueden constituir, en sí mismos, un límite objetivo al ejercicio del derecho de huelga porque por su misma naturaleza, cada abstención del trabajador produce un daño, que la ley permite porque es el efecto de una manifestación colectiva concertada para la defensa de intereses profesionales colectivos, los cuales no pueden dejar de tener alguna prevalencia [46].

Sin embargo, no todos los daños producidos durante las huelgas son la consecuencia inmediata y necesaria de su ejercicio regular; de ahí la necesidad de estas reflexiones.

VIII. LA ANTIJURIDICIDAD DE ALGUNAS HUELGAS

No todas las huelgas son lícitas. A poco de sancionada la reforma constitucional de 1957, la Corte Nacional dijo que "el hecho de que el derecho de huelga tenga consagración constitucional, no significa que sea absoluto, ni que

[45] Ver GIORGIO ARDAU, *Teoria giuridica dello sciopero,* Padova, ed. Cedam, 1962, pág. 216, cit. por JUAN C. FERNÁNDEZ MADRID, ob. cit. "J.A.", 1963-II-425.

[46] Agradezco profundamente a los Dres. Francesca Caporale, Luca Albanese y Carlo Di Giulio, pertenecientes al estudio Carnelutti, de Roma, la búsqueda y envío de la moderna jurisprudencia italiana citada a lo largo de esta monografía.

impida su reglamentación legal ni la apreciación judicial de las circunstancias conducentes para decidir los casos que ocurrieren" [47]. Esta línea de pensamiento no ha sido nunca abandonada por el Superior Tribunal de la Nación [48] y coincide sustancialmente con la de la jurisprudencia italiana, que reiteradamente resuelve que el derecho de huelga sancionado por el art. 40 de la constitución de ese país, debe entenderse subordinado a los límites que derivan del ordenamiento jurídico vigente, los cuales no consienten la violación de normas dictadas en tutela de los bienes e intereses primarios.

Decía Calamandrei que "el Derecho es, por su naturaleza, fijación de límites"; "de no ser fijados por la ley ellos tendrán que ser trazados, inevitablemente, antes o después, por la jurisprudencia, fundándose en el precepto constitucional" [49].

¿Cuáles son estos límites en el derecho vigente?

Para algunos autores la huelga es lícita sólo si reúne los siguientes recaudos:

1º) *Ha sido declarada por el organismo al cual la ley le concede tal derecho.* Esta cuestión depende de la concepción que se tenga sobre el titular del derecho de huelga. Se ha explicado que, en algunos ordenamientos, es imprescindible que sea declarada por el sindicato con mayor representatividad. En cambio, para otras concepciones, éste no sería un recaudo; antes bien, violaría el derecho de libre asociación.

47 "Fallos", t. 242-253; conf. 251-472; 251-18; 254-65 etc. Durante el presente año 1990 (27 de febrero) la Corte ha confirmado esta tesis para justificar el descuento de los haberes de los empleados de la justicia durante los días de paro. Ha dicho in re "Cámaras Federales s/personal solicita el no descuento de haberes por paros": "Los derechos constitucionales —el de huelga entre ellos (art. 14 bis CN)— no se afectan por la imposición de condiciones impuestas a su ejercicio, que guardan adecuada proporción con la necesidad de salvaguardar el interés público comprometido: la correcta administración de justicia" ("J.A.", semanario Nº 5.669 del 25-4-1990).

48 NORBERTO PEREIRA, *El derecho de huelga en la jurisprudencia de la Corte de Justicia de la Nación,* "L.L.", 108-839; GERMÁN BIDART CAMPOS, *El derecho constitucional de huelga y el Cód. Penal,* "L.L.", 116-892.

49 Cit. por DEVEALI, ob. cit. *El derecho del trabajo,* t. I pág. 545.

2º) *Cumple con las previsiones de los contratos colectivos de trabajo o de las reglamentaciones existentes* (por ejemplo, se ha convenido o establecido la necesidad de un preaviso, de garantir servicios esenciales mínimos, etc.).

La reglamentación, ha dicho con razón Lord Wedderburn of Charlton, implica el reconocimiento de que la huelga es una medida lícita pero a su vez, el último recurso, la *ultima ratio* a la que hay que acudir cuando han fracasado todos los obstáculos procedimentales que las reglamentaciones imponen. En la ley sueca de 1976, por ejemplo, el sindicato tiene la obligación de mantener la "paz social", por lo que declarar una huelga sin haber acudido previamente a los remedios otorgados lo hace responsable de los daños y perjuicios producidos; de la misma manera resuelve la jurisprudencia dinamarquesa [50]. En el mismo sentido, la pretura de Roma declaró ilegítima, por decreto del 11 de julio de 1976, la huelga desatada por los pilotos de Alitalia en razón de no haber dado aviso previo a la compañía, lo cual acarreó a la misma gravísimos daños no limitados a la pérdida de utilidades, sino el sometimiento al descrédito y el riesgo de que se le revocara la concesión por parte del ministerio de defensa [51].

La cuestión relativa a los servicios mínimos es especialmente aplicable a la huelga en el área de los servicios públicos propios e impropios. Por ejemplo, la constitución española de 1978, aunque acuerda el derecho de huelga, aclara que la ley debe obligatoriamente mencionar las garantías necesarias a fin de mantener los servicios esenciales para la comunidad (art. 28.2) [52]. No obstante, también puede preverse para la actividad específicamente privada cuando la falta de ese servicio puede provocar daños innecesarios (por ejemplo, rotura de máquinas, etc.).

50 Lord Wedderburn of Charlton, ob. cit. 1990-1, págs. 60/68.

51 "Foro italiano" 1976-I-2005. Como consecuencia, declaró que no era conducta antisindical antijurídica el comportamiento de la compañía que no pagó a los pilotos huelguistas su retorno a sus respectivas sedes porque el vuelo que los llevó a otro destino no había podido ser suspendido por falta de preaviso.

52 Para la cuestión en Francia ver PIERRE ORTSCHEIDT, *Grève et services publics*, en "Revue Internationale de droit comparé", Nº spécial, vol. II, 1989, pág. 347 y ss.

El problema de la reglamentación del derecho de huelga ha abierto un gran debate doctrinal y jurisprudencial en la Argentina. Un ejemplo servirá para mostrar las discrepancias. La Corte Nacional (ver acordadas nº 22 del 21-5-1985 y nº 56 del 27-8-1985) [53] y algunos Superiores Tribunales de provincia (por ejemplo, el de Mendoza) [54], han entendido que las facultades de superintendencia les otorgan competencia para reglamentar los movimientos de huelga en la justicia (establecer servicios mínimos, etc.). La Corte de San Luis, integrada por sus jueces titulares y algunos conjueces, en cambio, resolvió que la reglamentación sólo puede provenir de una ley nacional [55].

3º) *Responde a la defensa de intereses profesionales,* considerándose ilegal las huelgas exclusivamente políticas, de solidaridad, etc. [56].

4º) *Los medios elegidos no contrarían la moral, las buenas costumbres, el orden público* (no se usa la violencia, etcétera) [57].

En esta línea de pensamiento ha dicho la Suprema Corte de Justicia de la Nación que al pronunciarse sobre la licitud o ilicitud de la huelga, el tribunal debe tener en cuenta no sólo las razones que originaron la huelga, sino también la forma de su desarrollo [58].

Dentro de la visión unitaria que propicio, recuérdese que el art. 158 del Cód. Penal reprime con prisión de un

53 "D.T.", 1988-949 y ss. y "E.D.", 130-312 con nota de JULIO J. MARTINEZ, *La huelga de los empleados públicos y del personal de los servicios públicos.*

54 Sala 3ª, 18-4-1988, Agentes judiciales deducen reclamo administrativo por reconocimiento del reajuste salarial, "J.A.", 1989-II-51.

55 Ver estos antecedentes en boletín de "E.D.", 11-5-1990, con nota de GERMAN BIDART CAMPOS, *La reglamentación de la huelga del personal judicial provincial por el Superior Tribunal de la Provincia de San Luis.*

56 También en este aspecto, la jurisprudencia europea ha tenido una gran evolución que muestra la realidad y la irrealidad de la diferencia entre huelgas políticas y económicas, muy bien descripta por Lord Wedderburn of Charlton, ob. cit. 1990-1, págs. 76 y ss.

57 Ver ERNST HEINITZ, ob. cit., t. V, pág. 32.

58 Sentencia recaída in re "Rodríguez Torres c/La Superiora", comentado por DEVEALI, *La calificación de la huelga y sus efectos,* "D.T.", 1962-569.

mes a un año al obrero que ejerciere violencia sobre otro para compelerlo a tomar parte en una huelga o boicot. La misma pena sufrirá el patrón, empresario o empleado que, por sí o por cuenta de alguien, ejerciere coacción para obligar a otro a tomar parte en un lock-out y a abandonar o ingresar a una asociación obrera o patronal determinada.

Entre los medios ilícitos, ubico la *ocupación de las fábricas* [59]. El derecho de propiedad del empresario también tiene raigambre constitucional y la ocupación del establecimiento puede provocar daños sin vinculación necesaria con el ejercicio del derecho de huelga constitucionalmente amparado: rotura y desaparición de mercaderías, uso de teléfonos y otros servicios, destrozos de maquinarias y otras instalaciones, etc. Debe recordarse que en la Argentina, una de las creaciones pretorianas más importantes de la Corte Nacional, el amparo, nació, justamente ante un hecho de esta naturaleza: los obreros ocuparon un establecimiento fabril y el Superior Tribunal de la Nación, aun sin norma expresa, en defensa del derecho de propiedad y de trabajo, dispuso su desalojo.

La ocupación del establecimiento va más allá del derecho de huelga, se pone "fuera de él", pues aunque se trate de un medio desgraciadamente utilizado con frecuencia, no configura su ejercicio regular [60].

Los *piquetes y bloqueos* han provocado grandes discusiones en el derecho europeo distinguiéndose si son o no pacíficos, lugar donde están ubicados, si provocan o no perturbaciones al tráfico, número de personas que lo forman, etc.[61].

Para terminar con lo referente a la antijuridicidad, es necesario resaltar que la última palabra en torno a la calificación de licitud o ilicitud de la huelga la tiene siempre, en

59 Conf. GUSTAVO GUAGLIANONE, *Legalidad y licitud de las medidas de fuerza,* "Doctrina Laboral", t. I., 1985, pág. 120.

60 Conf. Cám. Nac. Trab. sala V, 12-9-1989, "L.L.", diario del 22-5-1990 y en "D.T.", 1990-914, en ambos con nota de JUAN JOSÉ ETALA (H.), *El derecho de huelga y la libertad de trabajo.* En el caso, el tribunal consideró legítimo el despido del personal que ocupó la fábrica e impidió la entrada de los trabajadores que querían trabajar.

61 Para los detalles de la evolución jurisprudencial inglesa sobre el tema compúlsese Lord Wedderburn of Charlton, ob. cit. 1990-1, pág. 64/66.

nuestro país, el poder judicial, sea cual sea el remedio del que se disponga (acción contencioso-administrativa, apelación ante los tribunales del trabajo, revisión de los jueces laborales al decidir los efectos del conflicto colectivo en las relaciones laborales individuales, etc). El plenario Nº 83 del 29-11-1963 de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo recaído in re "Navarro, Angel L. y otros c/Cervecería y Maltería Quilmes (S.A.)" resolvió: "Para que los jueces consideren arbitrario el despido originado por una huelga, la legalidad de ésta debe ser expresamente declarada en sede judicial, haya o no declaración administrativa al respecto. En el primer caso, sólo podrá prescindirse de tal declaración cuando la misma adolezca de error grave o irrazonabilidad manifiesta. Los jueces tampoco pueden prescindir de la declaración referente a la legalidad de la huelga invocando como única circunstancia la actitud del empleador de reincorporar a un sector de los trabajadores que participaron en ella" [62].

En cuanto a la impugnación directa de la resolución del Ministerio de trabajo, con independencia de los efectos sobre las relaciones individuales, se ha dicho en el ámbito de la Capital Federal, en jurisprudencia no uniforme, que "No existe disposición legal que instituya recurso judicial directo ante la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo contra resoluciones del Ministerio de Trabajo que declaren la ilegalidad de las medidas de acción directa, por lo que, en principio, la impugnación del acto debe ser intentada del modo y forma prescriptos por la ley 19.549 ya que una resolución de ese tipo no incide en forma definitiva en el plano de las relaciones colectivas e individuales, puesto que el ordenamiento jurídico tiene prevista la revisión judicial respecto de los conflictos que puedan plantearse en ambos planos" [63].

62 "D.T.", 1964-29; "J.A.", 1964-II-33; "L.L.", 112-701, etc. Este fallo se dictó para poner la jurisprudencia de la Cámara Nacional del trabajo en consonancia con la de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y dejó sin efecto los plenarios nº 63 y 88.

63 Cám. Nac. de Apel. del Trabajo, sala V, 22-3-1985, "D.T.", 1985-A-795 y en "T. y S.S.", 1985-980.

IX. LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO DE DAÑOS Y EL DERECHO DE HUELGA

¿Son aplicables los principios generales del derecho de daños a los perjuicios producidos con ocasión de una huelga no lícita por haber sido declarada por quien no estaba legitimado o por los medios elegidos o por los efectos producidos, desvinculados de las consecuencias inmediatas y necesarias?

Sinay y Javillier [64] informan que durante 1984 había en los tribunales franceses cerca de 200 procesos en curso en los cuales se reclamaban millones de francos [65]. Dicen que esta irrupción del derecho de la responsabilidad civil en el seno de la huelga (que lamentan profundamente) es de reciente data; se preguntan cuáles son sus causas y responden que hay fundamentalmente tres:

1) Derechos sindicales muy extensos: el dirigente sindical está protegido desde que el empleador tuvo conocimiento de su candidatura hasta 6 meses después de cesado su mandato.

2) Dificultades de la patronal para despedir a los obreros: las causas de despido son muy rígidas y las indemnizaciones muy altas.

3) Proliferación de las huelgas con ocupación de los lugares de trabajo. Muchos jueces se declaran incompetentes cuando se peticionan desalojos y la policía prefiere evitar los desórdenes, privilegiar las negociaciones y no intervenir.

Estas tres razones hicieron "redescubrir los principios de la responsabilidad civil para restablecer la autoridad de la empresa, reparar los daños y sancionar a los culpables".

Los autores que vengo glosando están amargamente convencidos de que las acciones de responsabilidad civil se han convertido en un modo de "neutralizar el derecho de huelga" constitucionalmente amparado.

64 SINAY-JAVILLIER, ob. cit. nº 263.

65 Otras referencias de estos pleitos relativas a la última década pueden compulsarse en el informe de Lord Weddenburn, ob. cit., 1990-1º, pág. 103.

La escasa doctrina argentina que analiza este fenómeno lo interpreta de modo similar: "El recurso de los empleadores a efectivizar la responsabilidad sindical suele interpretarse como dirigido a forzar un *cooling-off-period* (período de enfriamiento) más que como un intento de amortiguar el impacto económico de las huelgas. La relativamente amplia inembargabilidad que protege al patrimonio sindical hace que estas acciones aparezcan como de dudoso interés para quienes las intentan sirviendo —tal vez con más eficacia— como medio de presión" [66].

Explica Guido Zangari que en Inglaterra, el sindicato que pretende liberarse de los daños y perjuicios producidos si la huelga es declarada ilegal, debe conseguir una "pre strike secret Ballot" por medio de la cual la mayoría de los inscriptos y votantes aprueban la decisión de hacer la huelga. Este método configura una suerte de "referendum preventivo" [67].

En mi opinión, el llamado "redescubrimiento de la responsabilidad civil" no es negativo.

Siempre he creído que en ninguna órbita existe un "derecho a dañar". Es cierto que hay daños no reparables, pero la calificación de no reparabilidad exige ver el ordenamiento en su integridad; si en esa visión global, la conducta contraría el orden normativo, hay deber de responder porque no existen dañadores "privilegiados".

66 JOSÉ CARO FIGUEROA y LUIS ALBERTO CARO FIGUEROA, *El derecho de huelga en Francia*, "D.T.", 1988-A-1067.

67 Ver GUIDO ZANGARI, *Poder sindical y democracia interna en el "Trade Union Act" británico del año 1984*, "T. y S.S.", 1988, pp. 385 y ss. La responsabilidad de los sindicatos es antigua en el derecho inglés. Ver nota *Gli scioperi e la responsabilità delle "Trade Unions" secondo una recente giurisprudenza inglese*, en "Riv. del Diritto Commerciale e del Diritto delle obbligazioni", 1903-I-151.

X. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA Y LA DOCTRINA FRANCESAS [68]

1. *La decisión del Tribunal constitucional.*

El art. 8º de la ley del 28-10-1982 agregó al art. 521 de la ley laboral francesa un nuevo párrafo que dice: "Ninguna acción por reparación de daños y perjuicios causados por un conflicto colectivo de trabajo o en ocasión de él, puede ser intentada contra los asalariados, los representantes del personal, elegidos o designados, ni las organizaciones sindicales, salvo las acciones por reparación de daños causados por una infracción penal o daños causados por hechos manifiestamente insusceptibles de vincularse al ejercicio del derecho de huelga o al derecho sindical. Estas disposiciones son aplicables a los procedimientos en curso y comprenden los que se encuentran en la Corte de Casación".

El Consejo Constitucional declaró inconstitucional este artículo con estos argumentos:

a) Consagra una inmunidad y el derecho francés, visto sistemáticamente, no permite que nadie se sustraiga de toda reparación de daños que resulte de una culpa civil.

b) La norma atenta contra el principio de igualdad, pues sólo las víctimas de las huelgas resultarían privadas de reparación.

c) Es necesario conciliar el derecho de huelga con otros derechos, pero lo que no se puede es negar a las víctimas su derecho a ser reparadas por las conductas culposas, dado el principio de igualdad ante las cargas públicas.

Esta jurisprudencia ha tenido fuerza expansiva a nivel doctrinal. Así por ejemplo, los autores que propician la indemnización a cargo del Estado a favor de las víctimas de atentados, sostienen que deben aplicarse los mismos principios en los que el Consejo Constitucional fundó la incons-

68 Sigo en esta síntesis los fallos reseñados por SINAY-JAVILLIER, ob. cit., Nº 263 y ss. por B. TEYSSIE, ob. cit., Nº 188 y ss.

titucionalidad de la ley reguladora de los daños producidos por las huelgas [69].

Sinay y Javillier han criticado esta decisión. Sus razones, sintéticamente expuestas, son las siguientes.

* El art. 8 no establece una verdadera *inmunidad,* desde que establece dos excepciones importantísimas: las infracciones penales y los hechos manifiestamente insusceptibles de vincularse al ejercicio del derecho de huelga.

* La decisión desconoce un elemento constitutivo de la noción de huelga, cual es su nocividad intrínseca; ella tiene por objeto obtener satisfacción a las reivindicaciones y es inútil si no produce perjuicios a aquél contra quien este medio presiona.

* Todo derecho puede ser abusado y la huelga no es una excepción, pero un derecho cuya esencia misma es la de ser fuente de perjuicios no puede ser analizado como cualquier derecho.

* La norma no viola el principio de igualdad de las víctimas: el derecho de huelga comporta en sí mismo, un atentado a la igualdad formal para consagrar la igualdad real, pues es el contrapeso a los poderes de la empresa. La retórica igualitaria no tiene lugar en una materia en la cual el trabajo subordinado busca y encuentra una salida real.

* La Corte constitucional dice que equilibra los intereses en juego, pero da prioridad al del dañado contrariando la autonomía del D. Laboral. Por el contrario, el artículo 8º es el que equilibra. El principio establecido en el código civil en favor del dañado es importante, pero no es un derecho del hombre en el sentido constitucional: los derechos del hombre a los cuales la constitución se refiere son los oponibles a la sociedad y son imprescriptibles; en cambio, los del código civil se oponen a un sujeto y son prescriptibles.

* Tampoco es un atentado al derecho de acceder a la

69 THIERRY RENOUX, *L'indemnisation publique des victimes d'attentats,* Paris, ed. Economica, 1988, Nº 42.

justicia, pues existen muchos actos que no son revisables por el poder jurisdiccional y nunca se han declarado inconstitucionales.

Coinciden con Grumbach en que esta decisión se inscribe entre las más perturbadoras o destructoras del Derecho Laboral.

2. *Algunas decisiones judiciales condenatorias de los sindicatos.*

Los autores franceses refieren dos tipos de acciones: las iniciadas por la patronal y las interpuestas por no huelguistas.

Después de haber efectuado una lectura de las sentencias transcriptas por esta doctrina, tengo para mí que en todos los casos en que las acciones fueron acogidas, se trataba de daños producidos por hechos manifiestamente insusceptibles de ser vinculados al ejercicio regular del derecho de huelga.

Me referiré muy sintéticamente a ellos para explicar el por qué de mi conclusión:

a) El caso más impactante fue el del Tribunal de Le Mans del 6-3-1979 "Régis nationale des usines Renault c/ Syndicat CGT de la régie Renault du Mans".

Se trataba de una huelga de las llamadas "grève perlée"; el movimiento consistía en la disminución de la producción de los elementos esenciales con discriminación sistemática de las piezas producidas, con el fin de desorganizar el trabajo. La empresa reclamó dos tipos de perjuicios: la pérdida de imagen (por la que reclamó simbólicamente 1 franco) y las remuneraciones pagadas por horas largamente improductivas.

Se probó que el sindicato era quien motivaba a los trabajadores a disminuir la producción, mediante panfletos, comunicados, etc.

El tribunal, al igual que sucedió ante hechos similares resueltos por la Corte de Apelaciones de Anger el 22-10-1980,

condenó al sindicato por su "rol motor": los trabajadores sólo obedecieron las órdenes que el gremio les dio.

b) La Corte de Douai condenó al sindicato el 16-6-1982 por considerar su "rol motor" en la ocupación del navío Global Med; los trabajadores tomaron el navío porque 40 compañeros, reclutados en la India, percibían un salario bajísimo (400 francos); el sindicato pidió al armador el cumplimiento de las normas internacionales y el tribunal entendió que era la organización quién movilizó a los ocupantes.

c) En cuanto a las acciones interpuestas por los no huelguistas, el caso más conocido es el fallado por el tribunal de Lunéville el 7-3-1980 "Syndicat des métaux C.G.T. de l'usine Trailor de Lunéville c/Mercier".

Los actores, empleados no huelguistas, afirmaron que querían trabajar pero no pudieron ingresar al establecimiento porque el sindicato incitó a los trabajadores quienes hicieron piquetes de huelga, cerraron los portones de la fábrica y la ocuparon; aunque fueron desalojados con el auxilio de la fuerza pública, reingresaron y permanecieron en ella.

El tribunal condenó a pagar los salarios dejados de percibir por los trabajadores no huelguistas. La sentencia fue confirmada por la Corte de Casación en sentencia del 9-11-1982. El tribunal acepta la regla de que el sindicato no es responsable, pero hace excepción el caso de faltas penales o hechos que no se pueden vincular al derecho de huelga considerado en sí mismo. Se advierte que esta fórmula es prácticamente la del art. 8 de la ley de octubre de 1982.

d) Sinay y Javillier consideran que ni el sindicato ni los dirigentes sindicales pueden ser condenados. Argumentan del siguiente modo:

* Las culpas que surgen de la huelga no son imputables al sindicato, porque en el derecho francés, el sindicato no es el titular del derecho de huelga. El gremio, en cuanto tal, no hace huelgas ni obtiene beneficios. Aunque incite a los trabajadores a ocupar los lugares de trabajo, no es sino

un mero "agitador", pero los asalariados son libres de emprender o no la acción colectiva. Insisten en que, en Francia, rige el concepto "no orgánico" de la huelga.

Si se condena al gremio por incitar a la huelga, se llegaría al absurdo de que, a la inversa, los trabajadores podrían individualmente demandarlo cuando propone la negociación y la terminación de la huelga, por ser éste un acto perturbatorio del ejercicio del derecho que les pertenece.

* La libertad de los trabajadores en aceptar o no las órdenes del sindicato, impide considerarlos subordinados o dependientes. Dicho en otros términos, el sindicato no es el comitente de los trabajadores y por lo tanto no debe responder tampoco indirectamente por los hechos de éstos.

* En consecuencia, no existe relación de causalidad adecuada entre los hechos del sindicato y los daños producidos por los trabajadores.

* En cuanto a los dirigentes sindicales, afirman que debe tenerse en consideración el contexto pasional de la huelga. Si para despedir al trabajador es imprescindible la culpa grave, con mayor razón debe valorarse esta conducta en materia de responsabilidad civil, en que se requerirá una culpa de excepcional gravedad. Sólo las vías de hecho, la violencia, las amenazas, las maniobras fraudulentas (y no la mera ocupación de la fábrica ni los piquetes) deben dar lugar a la reparación.

3. *Algunas decisiones que rechazaron acciones de responsabilidad.*

a) El ejemplo más ilustrativo de esta tendencia es el caso de la Corte de Rennes del 30-10-1980 por el cual se rechazó la acción interpuesta por la sociedad Dubigeon-Normandie contra el Sindicato G.G.T. y la Unión de Sindicatos metalúrgicos de Nantes. Según la actora, durante la ocupación de la fábrica desaparecieron materiales, se utilizaron teléfonos, calefacción, etc. La acción fue rechazada pues no se probó la culpa del sindicato ni la relación de causalidad de su conducta con el daño causado.

Este fallo también fue confirmado por la Corte de Casación el 9 de noviembre de 1982, quien insistió en dos argumentos: la relación de causalidad —cuestión de hecho— había sido negada por los tribunales de grado y el sindicato no es comitente de los trabajadores.

b) La Corte de Toulouse rechazó la acción interpuesta por la patronal que se quejó de haber sido víctima de robos cometidos por los clientes durante una huelga de cajeras. El rechazo se fundó en que la huelga era lícita y, consecuentemente, el sindicato no debía cargar con los daños sufridos por la empleadora.

c) El tribunal de Nimes no acogió el 17-11-1980 la acción del Comisariado de la energía atómica contra el sindicato de la energía nuclear del centro de Marcoule. El tribunal entendió que no había culpa del sindicato no obstante que sus reclamos eran equivocados pues el personal sólo era transferido a otra institución y no quedaba cesante.

d) El tribunal de la gran instancia de París no acogió la acción de la Compañía Air-Inter contra el sindicato pero igualmente rechazó la reconvención deducida por el gremio.

e) Algunas acciones iniciadas por no huelguistas han sido rechazadas por considerar insuficientes los panfletos y comunicados para atribuir los hechos dañosos al sindicato (fallos del tribunal de 1ª instancia de Montlucon del 21-1-1981 y de Chatearoux del 22-1-1982).

XI. JUICIO COMPARATIVO RESPECTO DEL DERECHO NACIONAL

No existen, en el derecho argentino, impedimentos jurídicos para condenar a los sindicatos a reparar los daños y perjuicios producidos por hechos que no configuran el ejercicio regular de huelga. Me fundo en las siguientes razones:

a) Como se ha explicado, en nuestro país prevalece la concepción de la "huelga orgánica"; son los sindicatos quienes declaran y desencadenan las huelgas (el de mayor

representatividad, si se considera constitucional la ley de asociaciones sindicales; el gremio simplemente reconocido, si se la estima inconstitucional).

b) Aun cuando no se comparta esta posición, debe valorarse que, como dice Teyssié, es el sindicato quien motiva, conduce, organiza, dispone, desencadena y declara la huelga.

c) Los hechos anormales dañosos, no se le atribuyen al sindicato en el carácter de comitente de los trabajadores, sino por el hecho culposo personal. La relación de causalidad entre la conducta y el daño, en mi opinión, no puede negarse si el fenómeno dañoso se analiza con realismo.

d) No debe atenderse a la naturaleza "pasional" de los movimientos de acción directa y exigir culpa grave en todos los supuestos; el juego del art. 512 del Cód. Civil impone atender a las circunstancias de personas, tiempo y lugar y es la subsunción de los hechos en esa norma la que permitirá al juez calificar la conducta de culposa o no. No rige para los sindicatos el art. 87 de la L.C.T. porque esta norma se funda en la habitualidad en las tareas, que puede generar falta de diligencia excusable y en la falta de capacidad económica del trabajador. Ninguna de estas razones se da cuando el legitimado pasivo es el gremio.

e) No puede afirmarse, en un Estado de Derecho, que la ocupación de las fábricas, las violaciones al derecho de trabajar de los no huelguistas, etc., son un modo normal de ejercer un derecho, de la misma manera que no lo es circular a exceso de velocidad aunque mucha gente lo haga.

XII. REFLEXIONES FINALES

El trabajo que he presentado aspira a ser semilla y no fruto. He vertido las primeras ideas frente a un tema que me convenció, una vez más, de que ningún derecho puede ser ejercido abusivamente. Este acerto rige en todas las ramas del derecho. No está demás recordar el viejo y siempre vigente art. 4 de la Declaración francesa de los derechos del

hombre y del ciudadano: "La libertad es la posibilidad de hacer todo aquello que no causa daño a los demás".

¡Cuántos campos se consideraron cerrados al derecho de la responsabilidad y hoy están abiertos! ¡Cuánta agua corrió debajo del puente desde el caso Devoto para la responsabilidad del Estado! ¡Quién duda hoy de la responsabilidad de los profesionales, de los deportistas! Hasta el derecho de familia abrió sus puertas a la responsabilidad por los daños y perjuicios derivados del divorcio, por la falta de reconocimiento de la filiación extramatrimonial, etcétera...

La anhelada compatibilización entre todos los intereses en juego en la materia abordada, quizás encuentre una buena fórmula en alguna parecida a la usada por la ley francesa de octubre de 1982, pero aclarando que las acciones serán procedentes siempre que los daños sean causados por hechos insusceptibles de vincularse al ejercicio *regular* del derecho de huelga.

Como magistrada argentina, también cargo con las culpas de una justicia demasiado lerda, que no presta suficiente apoyo a la pronta solución de los problemas laborales de los trabajadores, quienes a veces recurren antijurídicamente a medios de acción directa ante la carencia de respuesta adecuada de los órganos judiciales. Por eso, toda esta temática debe ir acompañada, sin duda alguna, de una necesaria y urgente restructuración del sistema judicial [70].

70 Este aspecto también es abordado en profundidad en el tantas veces citado informe de Lord Wedderburn, 1990-1º, pp. 90 y ss.

II

COMUNICACIONES EN SESIONES PRIVADAS

RÉGIMEN PENAL TRIBUTARIO. CONCURSO DE SANCIONES

Comunicación efectuada por el académico Dr. Horacio A. García Belsunce, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 24 de mayo de 1990

I. *Introducción*

La sanción de la ley 23.771 que establece un nuevo régimen penal tributario ha conmovido a la opinión pública por la gravedad de las penas que instituye e inquieta a los especialistas en el tema por las controversias que su estructura genera en cuanto a una serie de aspectos que no quedan esclarecidos por las normas que la integran o que suscitan dudas de relevancia considerable en cuanto se trata de armonizarlas con los institutos del derecho tributario formal regulado por la ley 11.683 o con las disposiciones generales del Código Penal que le son aplicables por mandato del art. 4 de dicho Código de fondo.

El análisis exegético y sistemático del nuevo régimen penal tributario, abarcando los problemas aludidos, da materia para un libro y excede a una conferencia o estudio. Por ello he preferido dejar de lado los aspectos generales de la ley, su dudosa eficacia como remedio para combatir el flagelo de la evasión, la falta de razonabilidad de las penas en el contexto general de nuestro ordenamiento represivo (señalada en mi carta a "La Nación" del 12-11-89) y la controversia sobre los "tipos penales" incriminados, para abocarme al estudio de uno de los varios problemas específicos que deberán resolverse para la correcta aplicación del nuevo régimen.

II. *Las sanciones a la defraudación tributaria en la ley 23.771 y en la ley 11.683*

Desde su primer texto de 1932, la ley 11.683 de procedimiento tributario tipifica bajo el título específico la figura infraccional de la "*defraudación tributaria*". Dice su actual artículo 46 que: "El que mediante declaraciones engañosas y ocultación maliciosa perjudicare al fisco con liquidaciones de impuestos que no correspondan a la realidad, será reprimido con multa de dos hasta diez veces el importe del tributo evadido".

La nueva ley 23.771 en su artículo 2º reprime con prisión de seis meses a seis años al que mediante cualquiera de las maniobras mencionadas en el art. 1º de la ley "evadiere total o parcialmente el pago de los tributos o aprovechare indebidamente de beneficios fiscales..." siempre y cuando esa evasión supere determinados límites monetarios.

La evasión tributaria y la defraudación tributaria no constituyen sinónimos ni figuras conceptualmente equivalentes. La evasión tributaria es el incumplimiento de la obligación tributaria sustantiva. Puede ser meramente culposa (omisión de impuestos prevista en el art. 45 de la ley 11.683) o dolosa (defraudación tributaria prevista en el art. 46 de la ley 11.683 y en el art. 2º de la ley 23.771).

De la comparación de los ilícitos tipificados en el art. 46 de la ley 11.683 y en el art. 2º de la ley 23.771 no surge que sean figuras idénticas, pues son muchos los supuestos en que pueden diferenciarse. No es mi objeto entrar en el análisis de las distintas formas de defraudación tributaria de la ley 23.771 y de las que se configuran por aplicación del art. 46 de la ley 11.683. Sólo persigo identificar el caso más simple, el común comprendido en las dos normas infraccionales referidas: declaración jurada falsa, con ardid o engaño, que no corresponda a la realidad y que produzca la evasión del tributo. Así entraremos más fácilmente en el objeto de nuestro tema que es la dilucidación

del problema de la concurrencia de sanciones cuando se da una misma figura delictiva en un mismo o distintos ordenamientos represivos.

Vista en el caso la existencia de dos normas de igual validez y legitimidad formal (leyes 11.683 y 23.771), que tipifican en la hipótesis más común, de las variadas que pueden darse, un mismo ilícito y acto punible y que reprimen con sanciones diferentes, se agrega a ello la disposición del art. 15 de la ley 23.771 que prescribe que: "*La pena de prisión establecida por esta ley y las accesorias en su caso, serán impuestas sin perjuicio de las sanciones fiscales o previsionales*".

La simple lectura de este texto nos lleva, en caso de configurarse una defraudación tributaria, a la aplicación de la pena de multa de la ley 11.683 juntamente con la pena de prisión de la ley 23.771. El problema radica en determinar si esto puede o no ser así. Para llegar a la solución que propongo hay que analizar ciertos presupuestos previos.

III. *El ilícito tributario es de naturaleza penal*

Tres teorías dan respuestas distintas, aunque en todos los casos fundadas, al interrogante de cuál es la naturaleza jurídica del ilícito tributario: penal, administrativa o tributaria.

En la *teoría penalista* hay dos criterios entre los autores que adoptan esta posición:

a) Que no hay diferencia ontológica o cualitativa entre el ilícito penal común y el ilícito tributario, que significa identidad en uno y otro campo del bien jurídico tutelado (Schwaiger, Mayer, Wagner, Hensel, Blumenstein, Sáinz de Bujanda, Soler, Manzini, Jarach, Marienhoff, Rizzi, Terán Lomas y Rodríguez Devesa);

b) Quienes consideran que el carácter penal del ilícito tributario está dado sólo por la naturaleza penal de la

sanción. La sanción tributaria como la del derecho penal común importa una disminución de un bien jurídico del transgresor, o sea, es retributiva en el sentido penal en cuanto satisface a la sociedad como compensación a la ofensa al bien jurídico tutelado (Soler, Manzini, Jarach, Marienhoff, Bielsa, Freytes, Zanelli y Martínez).

En la *teoría administrativista* hay tres criterios diferenciales para fundamentar esta tesis:

a) El ilícito tributario y sus sanciones son de naturaleza administrativa porque el bien jurídico tutelado es distinto ontológica y cualitativamente del protegido por el derecho penal común (Goldshmidt, Waline, Delogu, Núñez, Andreozzi y Villegas);

b) El carácter administrativo está dado por la naturaleza, características o efectos de la pena, que no tiende a disminuir un bien jurídico del transgresor, sino a reparar o a indemnizar al fisco por la conducta antijurídica del contribuyente (Villegas y Fernández Lalanne);

c) Porque la jurisdicción en las infracciones tributarias es administrativa, mientras que en el derecho penal es acto de jurisdicción judicial (Villegas Basavilbaso y Diez).

Para la *teoría tributaria* hay cuatro criterios que conducen a su aceptación:

a) La unidad y especificidad del ilícito tributario no admite distinciones en ramas (Caranno Donvito y Giuliani Fonrouge);

b) La autonomía del derecho tributario debe extenderse a todas sus ramas (Dematteis);

c) El poder de legislar tipificando ilícitos tributarios y aplicándoles sanciones determinadas, no es sino una consecuencia o derivación del poder tributario del Estado, pues sin aquél sería un poder incompleto o utópico (Giuliani Fonrouge y Gomes de Sousa);

d) La sanción, conforme la teoría general del derecho, es parte o consecuencia de la norma (Kelsen).

En mi opinión, que puede verse ampliamente desarrollada en mi libro *Derecho tributario penal,* Ed. Depalma, 1985 (pp. 3 a 64), el ilícito tributario y sus sanciones (genéricamente pero no en todas sus especies) son de *naturaleza penal* por cuanto:

a) La ilicitud no es patrimonio del derecho penal. Un hecho ilícito no es un hecho contrario al derecho penal sino a todo el derecho (Soler);

b) No todo el derecho penal está en el Código Penal (Soler, Núñez);

c) El acto ilícito supone una norma preexistente que lo prohíbe;

d) Cuando un ilícito está tipificado en la ley se convierte en acción punible que da lugar a una pena;

e) La ilicitud está determinada por un conjunto de valores tendientes a sancionar actos que trasuntan conductas que se apartan del deber ser;

f) En las valoraciones del ilícito tributario hay una discordancia entre el deber ser y el ser. La moral media del pueblo considera con blandura o debilidad la ilicitud tributaria, pero el juicio del legislador se motiva en el deber ser del individuo y en las condiciones de vida de la sociedad, sin dejar de tener en cuenta esa moral media del pueblo que debe tender a corregir. La conducta antijurídica del contribuyente altera las condiciones de vida (individuales o sociales), pues la generalización de la ilicitud conduce a aumentar la presión tributaria global o individual en daño de la sociedad y si no se produce tal aumento, tanto o más se deterioran las condiciones de vida, dado que los gobiernos no buscan equilibrar sus finanzas por el lado de la reducción de los gastos públicos y entonces se originan los déficits fiscales con sus funestas consecuencias;

g) *No hallo diferencia ontológica o cualitativa entre el ilícito penal común y el ilícito tributario.* Quienes sostienen la diferencia consideran que en aquél el bien jurídico tutelado es el derecho o los bienes jurídicos o el orden jurídico (Carrara, Goldshmidt) o la seguridad del individuo o

de la sociedad (Carmignani) o los derechos naturales y sociales del individuo (Núñez) o el interés jurídico inmediato respecto de los derechos individuales y sociales (Villegas). En cambio, dicen, el ilícito tributario protege reglas de buen gobierno (Carrara) o la ayuda a la administración estatal para favorecer el bien público (Goldshmidt) o la prosperidad (Carmignani) o la actividad administrativa cuyo objeto es la prosperidad o bienestar colectivo (Núñez) o la transgresión objetiva a una disposición administrativa como supuesto de hecho (Núñez) o el interés jurídico mediato en que el gobierno cuente con los recursos necesarios (Villegas).

Contesto a estas distinciones con los siguientes argumentos:

El ilícito tributario lesiona o infringe el derecho en una de sus ramas (se la considere autónoma o no): el tributario. Como consecuencia de lo anterior lesiona los bienes jurídicos y el orden jurídico. Lesiona también lo que cada uno está obligado a hacer en función del bien público, pues la causa-fin del tributo es el deber ético y jurídico del individuo de contribuir al sostenimiento del Estado en la medida de su capacidad contributiva (Griziotti).

Lesiona, asimismo, la seguridad de los individuos y de la sociedad, en cuanto el cumplimiento de las obligaciones tributarias sustantivas tiene por finalidad dotar al Estado de los medios económicos indispensables para costear su organización constitucional sin la cual no podría realizarse el derecho ni la justicia ni el orden jurídico, así como los servicios y obras necesarios a la comunidad y a los individuos que la integran. Lesiona igualmente al interés jurídico inmediato respecto de los derechos individuales, porque la infracción tributaria conduce a efectos disvaliosos o perjudiciales a esos intereses.

Acepto que protege reglas de buen gobierno como muchos delitos del Código Penal (delitos contra la administración pública), pero ellas están implícitas en los bienes superiores tutelados antes señalados.

Refutando a Núñez considero que si bien es exacto que la infracción administrativa y la tributaria lesionan la actividad administrativa, cuyo objeto es la prosperidad o el bienestar colectivo, ello es así como consecuencia de que esa conducta antijurídica ha lesionado el orden jurídico y afectado la seguridad y los derechos esenciales del individuo, de la sociedad y del Estado.

Admito, como dice Villegas, que el interés jurídico mediato en que el gobierno cuente con los recursos necesarios es el bien jurídico tutelado por el ilícito tributario, pero él me da la razón al sostener que el bien jurídico protegido por el derecho penal común es el "interés jurídico inmediato respecto de los derechos individuales y sociales" pues aquél está inmerso o involucrado en éste, que pasa a ser el verdadero y principal interés tutelado por el ilícito tributario.

La tesis de Núñez de que el ilícito administrativo (incluido el tributario) "es la transgresión objetiva a una disposición administrativa como supuesto de hecho" es sólo válida respecto de los ilícitos tributarios formales, pero inaplicable al ilícito tributario sustancial que, sin excepción, infringe normas legislativas, conforme al principio de legalidad como única fuente de esa rama del derecho. Además, el carácter objetivo de la transgresión no puede aceptarse como elemento común al ilícito tributario. Sólo pueden ser objetivas las infracciones formales, sin perjuicio de que también sean dolosas, pero las infracciones sustanciales son dolosas de responsabilidad subjetiva, personal y directa;

h) *No hay, en principio, genéricamente, diferencia de grado o cuantitativa entre el ilícito penal común y el ilícito tributario.* La pena es cuestión de política criminal y consecuencia del acto punible, no determinante de él. En una u otra rama la sanción es penal cuando produce una disminución del bien jurídico del transgresor (Soler, Manzini); es de carácter sancionatorio y represiva.

Digo que no hay diferencia de grado genéricamente, porque niego la distinción de grado entre el ilícito penal

común y el ilícito tributario genérico, pero hay que recordar que este género reconoce dos especies: el delito y la contravención, y a su respecto también se plantea si se admite o no la distinción y, si aceptada, ella es cualitativa (por la diferencia del bien jurídico tutelado) o cuantitativa (en función de la pena). Aunque más adelante he de volver sobre el tema, destaco desde ya que la diferencia entre los delitos y las contravenciones está dada no por la naturaleza jurídica de una y otra figura, pues ambas son penales, sino por la naturaleza penal o administrativa de la sanción. Así, los delitos de naturaleza penal tienen sanciones penales y las contravenciones de naturaleza penal tienen sanciones administrativas. En materia tributaria, los delitos (contrabando, defraudación, etc.) merecen sanciones penales (penas privativas de libertad, multas sancionatorias, inhabilitaciones, recargos sancionatorios, etc.), mientras que a las contravenciones tributarias (infracciones formales) corresponden sanciones administrativas (multas menores, intereses resarcitorios, intereses punitorios);

i) Las disposiciones generales del Código Penal se aplican a todos los delitos previstos por las leyes especiales, en cuanto ellas no dispusieran lo contrario, por remisión expresa de su *artículo 4º, que es aplicable también a las contravenciones tributarias* (Corte Suprema de Justicia de la Nación, Núñez, Terán Lomas, Rizzi, Villegas);

j) Me inclino, por último, a sostener el carácter penal del ilícito tributario, más allá de las razones jurídicas que anteceden, por motivaciones propias de política jurídica. En efecto, el carácter penal, que hace aplicable a los ilícitos tributarios los principios del Código Penal, significa dar a la infracción tributaria, a sus sanciones y, por ende, a los responsables de aquéllas y pasibles de éstas, una mayor protección que resulta de la aplicación de las garantías constitucionales y legales que rodean el debido proceso penal, sustantivo o formal (principios de legalidad, culpabilidad, aplicación retroactiva de la ley penal más benigna, beneficio de la duda, condena de ejecución condicional, excar-

celación, extinción de la acción y de la pena por muerte del infractor, admisión del error excusable, etc.). Entrar en el ámbito del derecho penal tiene la ventaja de que la garantía legal y jurisdiccional es un dique contra la arbitrariedad del Estado.

IV. *La defraudación tributaria de la ley 11.683 es un delito por su naturaleza y su sanción y no una contravención*

La diferencia entre las especies del acto infraccional, delito y contravención, está analizada con detenimiento en mi libro ya mencionado, en las páginas 65 a 78. Mi conclusión es que no hay diferencia cualitativa u ontológica entre la contravención y el delito por las mismas razones que antes he expuesto acerca de la no existencia de dicha diferencia cualitativa entre el ilícito penal común y el ilícito tributario. Además, la diferencia entre los delitos y las contravenciones es sólo cuantitativa o de grado, dada por la importancia y naturaleza de la pena; en cuanto ésta última, en función precisamente de ese grado o importancia, será penal en el delito y administrativa en la contravención.

La Corte Suprema de Justicia se ha ocupado de señalar la naturaleza penal de las contravenciones a las que son aplicables las disposiciones generales del Código Penal. Así pueden verse entre otros los casos "Fridman", en *Derecho Fiscal,* t. XXVIII, p. 1327; "Linch, Mauricio", en *Derecho Fiscal,* t. XXIV, p. 983; "Ruano, Antonio", en *Derecho Fiscal,* t. XXVIII, p. 992; "Alemann y Cía.", en *La Información,* t. XXXII, p. 1688 y "Belli, Roque", en *Derecho Fiscal,* t. XXXIII, p. 75.

Para que no quede duda sobre esta conclusión, reitero que *las contravenciones son de naturaleza penal, pero son administrativas las sanciones que merecen.*

Sentado lo que antecede, veamos la calificación que corresponde a la defraudación tributaria tipificada y sancionada por el artículo 46 de la ley 11.683. Dice la letra

expresa de la misma disposición que el que cometa ese acto punible "*será reprimido*", con multa de dos a diez tantos sobre el importe del impuesto evadido, con lo que está calificado el carácter de pena represiva o sancionatoria. Es una sanción retributiva en los términos penales que antes he definido, distinta de las sanciones resarcitorias que son de naturaleza administrativa y propias de las contravenciones.

Quedaría por agregar que si la defraudación tributaria del art. 46 de la ley 11.683 fuera una contravención, ¿cuáles serían entonces los delitos tributarios de esa ley? No hay en la ley 11.683 otra infracción que por su naturaleza o sanción sea de mayor gravedad, de manera tal que seguir a quienes sostienen que la figura que nos ocupa es una contravención, implicaría eliminar prácticamente la existencia de los delitos tributarios en dicha ley. Obviamente, para quienes se enrolan en la teoría de que el ilícito tributario es administrativo o tributario y no penal —como yo sostengo— sí es correcto sostener que la defraudación tributaria es una contravención y no un delito. Pero, repito, trato en mi conclusión sobre este tema de ser congruente con los principios básicos y teorías que he sostenido en mi andamiaje sobre el derecho tributario penal.

V. *El principio* non bis in ídem

El artículo 7 del Código de Procedimientos en Materia Penal dice que: "Nadie puede ser procesado ni condenado sino una sola vez por el mismo hecho. Sin embargo, el procesamiento y la condena de alguno o su absolución, por la autoridad administrativa, con relación a una falta, no impedirán su procesamiento ni su condena ulterior, por el mismo hecho, cuando éste sea constitutivo de delito...".

V.1 *Garantía constitucional y cosa juzgada*

Clariá Olmedo (*Tratado de Derecho Procesal Penal,* Ediar, 1960, t. 1, pp. 247/52) dice que "La Constitución Nacional no prohibe expresamente la doble persecución; sin embargo, el principio está comprendido en ella, pues fluye sin duda del contexto de las declaraciones, derechos y garantías. La libertad no estaría protegida en absoluto si las personas estuvieran expuestas a soportar ilimitado número de procesos por cada hecho que pudiera atribuírseles".

De la Rúa (*Proceso y Justicia,* Ed. Lerner, 1980, p. 407 y s.), señala que "Lo que en materia procesal reconoce como fundamento la necesidad de afianzar la estabilidad de la sentencia para seguridad de los derechos subjetivos (principio de la cosa juzgada), en materia procesal penal *adquiere la jerarquía de una garantía política protectora de la libertad individual,* y el *non bis in idem* es esa garantía; es el principio constitucional que da fundamento a las excepciones de cosa juzgada y *litis pendentia*...".

Algunas constituciones provinciales formulan el principio en forma expresa. La de Buenos Aires dice que nadie será "encausado" dos veces por el mismo delito y la de Córdoba, más amplia, expresa que: "Nadie puede ser perseguido judicialmente más de una vez por el mismo delito".

Me llama la atención que la doctrina penal y constitucional no se haya ocupado de desarrollar el principio *non bis in idem* en cuanto a su alcance ni como garantía constitucional. Admiten, sin dar fundamentación, que el principio importa una garantía constitucional, Bidart Campos (*Derecho Constitucional,* edición 1966, t. II, p. 494), Ramella (*Derecho Constitucional,* Depalma, 2ª edición, p. 505) y Rubianes (*Derecho Procesal Penal,* Ed. Depalma, 1978, t. I, p. 85), entre otros.

Entendido que la garantía constitucional es el medio encaminado a la protección y al amparo de la libertad constitucional (Linares Quintana, *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional,* 1ª edición, t. V, p. 325), cabe considerar que el principio *non bis in idem* es una garan-

tía implícita derivada del debido proceso legal, garantizado por el art. 18 de la Constitución Nacional y como un efecto de la cosa juzgada penal, en cuya virtud el derecho reconocido por una sentencia constituye un bien que queda incorporado al patrimonio del titular y del cual no puede ser privado sin mengua del precepto constitucional que consagra la inviolabilidad de la propiedad (Palacio, *Manual de Derecho Procesal*, t. II, p. 38).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reconocido en sus fallos el carácter de garantía constitucional del principio *non bis in idem*. Así, ha expresado en una causa: "El reclamo del apelante por el respeto de la cosa juzgada se dirige a lograr la plena efectividad de la prohibición de la doble persecución penal, cuyo rango constitucional ha sido reconocido por esa Corte ("Fallos": 248, 232; 258, 220; 272, 180; 292, 202) y ese derecho federal sólo es susceptible de tutela inmediata porque la garantía no veda únicamente la aplicación de una nueva sanción por un hecho anteriormente penado, sino también la exposición al riesgo de que ello ocurra mediante un nuevo sometimiento a juicio de quien ya lo haya sufrido por el mismo hecho ("Fallos": 299, 221). Que cabe finalmente recordar que la autoridad de la cosa juzgada constituye uno de los principios esenciales en que se funda la seguridad jurídica y debe respetarse" ("Plaza, Oscar Juan y otros", fallo del 11-2-86 en "Fallos": 308, 84).

En la causa "Pereyra, Justiniano Luis" dijo el Procurador General de la Nación: "El nuevo procesamiento... es violatorio del principio *non bis in idem*, por configurar lo que los anglosajones denominaron *double jeopardy* (vedada en la enmienda V de la Constitución de los Estados Unidos), que se halla también implícitamente prohibida por el sistema de garantías que aseguran en nuestra Carta Magna el debido procedimiento legal. Así resulta, por lo demás, de la expresa disposición contenida en el art. 7º del Código de Procedimientos en lo Criminal" (fallo del 4-11-60 en "Fallos": 248, 232).

V.2 *Alcance en el derecho penal común*

Admitido el carácter de garantía constitucional del principio *non bis in idem* veamos cuál es su alcance. Sobre el tema opina Clariá Olmedo que "El dogma *non bis in idem* ha surgido como consecuencia del ensanche del efecto negativo de la cosa juzgada penal... y sería correcto expresar el principio afirmando que nadie puede ser penado más de una vez por el mismo delito... Pero la manera como debe formularse la garantía del *non bis in idem* le da un alcance mucho más amplio; comprende un contenido sustancial y un vasto contenido procesal en cuanto a sus efectos. Además de la prohibición de la doble penalidad, que en realidad significa evitar el doble pronunciamiento sobre el fondo, ya que la sentencia anterior pudo ser absolutoria, capta lo que se ha dado en llamar *litis pendentia*; la existencia de una causa abierta ya por el mismo hecho" (ob. cit., t. I, p. 248).

El principio se formula de distintas maneras, con las expresiones "procesado", "encausado", "enjuiciado" o "perseguido". Clariá Olmedo dice que es más amplio este último concepto, empleado en la Constitución de Córdoba, porque implica que nadie puede ser detenido, ni citado, ni dar curso a una denuncia luego que ha sido procesado o condenado.

Lo que hay que destacar es la diferencia que existe entre enunciar el principio como lo hace el art. 7º del Código de Procedimientos en Material Penal de la Capital Federal, estableciendo que la prohibición de ser procesado o condenado más de una sola vez es "*por el mismo hecho*", en relación con aquellos ordenamientos que hablan del "*mismo delito*". Clariá Olmedo se define ampliamente en favor de la expresión "mismo hecho" porque no interesa la calificación legal sino la materialidad de la conducta y la palabra hecho está tomada en un sentido general comprensivo de una total imputación en sus elementos objetivos, subjetivos y condicionadores.

Clariá Olmedo dice que "desde el punto de vista real u objetivo, el principio atrapa el hecho en su materialidad, sin tener en cuenta su significación jurídica. Este aspecto de la identidad no se refiere al delito como expresión de la norma penal sustantiva en su conjunto sistemático, ni tampoco a su captación particular en la norma descriptivo-sancionadora; abarca lo simplemente fáctico; el acontecimiento en su conformación material y objetiva". Agrega que "*El hecho imputado puede o no ser un delito* en su concepto dogmático o encuadrar en una figura penal determinada; ésta es indiferente para resolver sobre su identidad o falta de identidad con el objeto de comparación... El hecho en su materialidad debe ser el mismo cualquiera sea la calificación jurídica que en uno y otro caso se le dé. Si ésta fuera distinta, para la identidad sería intranscendente... Si se procesó por quiebra fraudulenta, no puede procesarse por quiebra culposa... ni por lesiones graves y luego por lesiones leves, etc." (ob. cit., t. I, p. 251).

Coincido con el procesalista citado y con nuestro Código de forma local en cuanto a que la expresión abarcadora del concepto *non bis in idem* debe ser el mismo hecho como unidad delictiva y no el mismo delito, por cuanto es bien sabido que un mismo hecho puede configurar uno o varios delitos. Pero, en lo que disiento con Clariá Olmedo es en la interpretación extensiva de sus conceptos, cuando dice que lo que interesa es el hecho en su materialidad sin tener en cuenta su significación jurídica.

En efecto, el art. 7º del Código Procesal Penal de la Capital Federal admite que no obstante el principio *non bis in idem,* el procesamiento y la condena por autoridad administrativa con relación a una falta (en el sentido de contravención) no impedirán su prosecución ni su condena posterior por el mismo hecho cuando éste sea constitutivo de delito. A ello parecería oponerse el concepto amplio y extenso de Clariá Olmedo, por cuanto en el caso se está juzgando como delito y como contravención una misma conducta, un mismo hecho punible, pero con distinta signi-

ficación jurídica. Mi disidencia radica en que creo que *el requisito del "mismo hecho" está referido a una materialidad de conducta delictiva* aunque sean delitos distintos que surjan del mismo hecho, pero no cuando de ese "mismo hecho" surjan procesamientos no delictivos, como sería el caso de una acción civil resarcitoria de daños y perjuicios que derivan de la conducta punible.

El Código Procesal local admite el doble procesamiento primero por una contravención y después por un delito, pero cuidado con caer en la confusión de considerar que dada una sentencia penal sancionatoria de un delito puede caber un segundo procesamiento y juzgamiento por una falta, porque en este caso se estaría violando los efectos negativos de la cosa juzgada penal y es por ello que el citado artículo 7º dice que dado el procedimiento y condena o absolución por la autoridad administrativa con relación a una falta, ello no impedirá un nuevo procesamiento y condena ulterior por el mismo hecho cuando éste constituya delito.

El segundo proceso que sigue a la decisión administrativa es válido, pero no a la inversa porque en este caso se estaría desconociendo, reitero, el principio de la cosa juzgada penal.

V.3 *Alcance en el derecho tributario penal*

He sostenido en mi libro antes citado (p. 296 a 301) que el principio *non bis in idem* es aplicable en el derecho tributario penal. Giuliani Fonrouge, si bien sostiene que una violación de carácter tributario reprimida con pena corporal no debe dar lugar a otra sanción del mismo tipo en el orden penal ordinario, admite la concurrencia de la pena corporal con la pena fiscal de multa (ob. cit., t. II, p. 734).

Creo oportuno aclarar y recordar que cuando en mi libro (p. 299) digo que en derecho tributario es aplicable el principio *non bis in idem*, pero que yo entiendo que no

es aplicable cuando la ley tributaria expresamente así lo dice, me estoy refiriendo, tal como lo señalo con ejemplos, a la concurrencia de la infracción formal penada con la sanción de arresto con la de multas pecuniarias autorizadas por el art. 44 de la ley 11.683 o también a la concurrencia de la multa por omisión de impuestos del art. 45 con los intereses resarcitorios del art. 42, aclarando en aquella ocasión "que estos intereses no son de naturaleza penal sino administrativa, por lo cual, estrictamente hablando, no juega ni deja de jugar el princio *non bis in idem*".

Aunque los ejemplos dados son de concurrencia de sanciones de naturaleza penal y de naturaleza administrativa omití quizás ser más categórico y afirmar que la aplicación del principio *non bis in idem* no admite excepción por ley tributaria o por ley penal cuando concurren dos sanciones de naturaleza penal.

V.4 *Su aplicación frente al concurso ideal de las leyes 23.771 y 11.683*

He dicho al comienzo de esta exposición que el caso objeto de nuestro estudio tipifica una defraudación tributaria encuadrada en los artículos 2º de la ley 23.771 y 46 de la ley 11.683. Se trata, entonces, por los argumentos antes expuestos, de una infracción tributaria (un "mismo hecho" según el art. 7 del Código Procesal en Materia Penal) incriminada por dos ordenamientos legales que declaran aplicables al caso sendas sanciones de la misma naturaleza penal, prisión y multa sancionatoria.

Dije en mi libro (p. 298) que: "Admitida la configuración de los dos ilícitos, el fiscal y el penal —aunque ambos de la misma naturaleza jurídica según mi posición— no puede, sin embargo, aplicarse simultáneamente la pena prevista por el art. 46 de la ley 11.683 y la del art. 174, inc. 5 del Código Penal, porque ella viola el principio *non bis in idem,* en virtud del cual nadie puede ser castigado dos veces por el mismo delito". Lo dicho es válido para el

caso bajo análisis en que la concurrencia se da con otra norma de carácter penal como lo es la ley 23.771. Para este caso como para aquél y según lo decía expresamente en aquella oportunidad, rige el art. 54 del Código Penal que dice que: "Cuando un hecho cayere bajo más de una sanción penal se aplica solamente la que fijare la pena mayor".

Por lo tanto, esta concurrencia debe resolverse como un caso de concurso ideal o formal en el que *frente a una misma unidad delictiva se aplica la sanción penal mayor,* que es la de la pena de prisión de la ley 23.771.

Con esta conclusión no estará de acuerdo cierto sector de opinión que considera que si bien la pena del art. 46 de la ley 11.683 configuraba un delito tributario (por ser retributiva), al haber "absorbido" la ley 23.771 la defraudación tributaria sancionándola con una pena mayor, aquel delito de la ley fiscal ha pasado a ser una contravención y, en consecuencia, entiende que por aplicación del art. 7º del Código Procesal local puede haber dos procesos y dos condenas cuando se trata de la concurrencia de un delito y una contravención.

Refuto este criterio con tres argumentos:

a) No cabe a mi entender por qué una pena retributiva o sancionatoria (el mismo art. 46 dice "será reprimido"), puede dejar de serlo por la circunstancia de que otra norma legal posterior haya incriminado la misma figura delictiva con una pena mayor. El hecho de que aquélla resulte ahora menor que otra existente, no le quita su carácter de retributiva, si nos atenemos al concepto de que lo que diferencia el delito de la contravención es el grado o importancia de la pena y en aquél las penas son retributivas y tal lo es (considerado así por la doctrina y la jurisprudencia) la pena que equivale a diez tantos de multa sobre el importe evadido.

Si el criterio del legislador hubiera sido transformar el régimen represivo de la ley 11.683 en contravencional

(reservando el delictual para la ley 23.771) debía haberlo dicho expresamente. La trasmutación de lo que resulta del orden científico no puede operarse por vía interpretativa. Bien ha dicho Sáinz de Bujanda ("En torno al concepto y al contenido del derecho penal tributario" en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales,* Madrid, t. XXI, fascículo I, p. 93), que el legislador puede hacer muchas cosas, pero no puede cambiar, por vía de autoridad, la realidad de las cosas, esto es, la idea que de ellas se tiene, atendida su génesis y su finalidad, fuera del marco de los textos positivos. En el caso que nos ocupa no hay un texto positivo que diga que la infracción del art. 46 de la ley 11.683 es contravencional o que la multa con que se la "reprime" no sea sancionatoria.

b) Zanjando la diferencia, o sea, si aceptara que la pena de multa del art. 46 ha pasado a ser una contravención, igualmente es válida mi conclusión de la no concurrencia de ambas sanciones, porque el principio *non bis in idem* está referido a una misma conducta delictiva, entendiéndose por ésta el hecho en su materialidad con independencia de su calificación jurídica (en el orden penal) como lo dice Clariá Olmedo a quien ya he comentado. *El art. 16 de la ley 23.771 dice que la sentencia judicial constituirá cosa juzgada en cuanto a la materialidad de los hechos.*

El art. 7º del Código Procesal exceptúa de la prohibición del doble proceso o condena el caso en que haya una condena en sede administrativa por falta o contravención si el hecho constituye además un delito, pero, como lo he señalado en el capítulo V.2 que antecede, el caso inverso no es admisible, lo que significa que cuando hay una condena o absolución en un proceso por un delito no cabe luego un segundo proceso por una contravención, porque priva la cosa juzgada derivada de la sentencia judicial.

Dice De la Rúa (ob. cit., p. 319), que: "La *conducta* es lo que suministra la base para examinar la identidad (a la de objeto se refiere). Para actuar la garantía (*non bis in*

idem), no es imprescindible, por ello, que medie identidad en la acción imputada, porque ésta es *una conducta más un resultado,* y las variaciones en éste no autorizan una segunda persecución, *siempre que las conductas básicamente atribuidas sean idénticas* (este subrayado es mío). Las modificaciones en el resultado... no alteran la coincidencia de la *idea básica* de los hechos imputados". En nuestro caso es más sencillo, pues la conducta (ardid o engaño) y el resultado (evasión) son los mismos.

De la conclusión de que no puede haber concurrencia de las sanciones analizadas, surge otra que es su consecuencia: que la aplicación al caso del art. 15 de la ley 23.771 que admite que sin perjuicio de las sanciones de esta ley se aplicarán otras sanciones fiscales, merece la tacha de *inconstitucionalidad* por violar la garantía constitucional del principio de que nadie puede ser condenado dos veces por el mismo hecho. Quede en claro que no sostengo la inconstitucionalidad lisa y llana del art. 15 de la ley 23.771 sino la de su aplicación a un caso concreto en que la concurrencia de la sanción privativa de la libertad de la ley 23.771 se superponga con la pena de multa sancionatoria de la ley 11.683.

LA REGLAMENTACIÓN DEL DERECHO DE HUELGA EN LOS SERVICIOS ESENCIALES

Comunicación efectuada por el académico Dr. Juan Carlos Cassagne, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 14 de junio de 1990

I. INTRODUCCIÓN

Las transformaciones que exhibe el derecho comparado en punto a la reglamentación del derecho de huelga en los servicios públicos [1] y en las llamadas actividades de interés público [2] marcan una acentuada tendencia hacia su limitación y encauzamiento dentro de unas determinadas pautas procedimentales inspiradas en la finalidad de no interrumpir prestaciones de carácter esencial que hacen a la vida, salud y seguridad de las personas.

En ese proceso, el Estado suele asumir, a través de diversas técnicas, una postura de protección de los distintos intereses individuales y colectivos que resultan afectados por las huelgas en resguardo, precisamente, de libertades humanas esenciales de toda la población.

El reciente proyecto de ley, elaborado en el ámbito del

1 Sobre el concepto de servicio público véase: MIGUEL S. MARIENHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. II, pp. 21 y ss., Buenos Aires 1981; JUAN FRANCISCO LINARES, *Derecho Administrativo*, pp. 510-511, Buenos Aires, 1986; MANUEL MARÍA DIEZ, *Manual de Derecho Administrativo*, t. II, pp. 16 y ss., Buenos Aires 1979; JORGE LUIS MAIORANO, *Algunas reflexiones acerca de la noción de servicio público*, en "R.A.D.A", Nº 14, pp. 15 y ss.; MARCEL WALINE, *Acerca de la noción de servicio público*, en "La Ley", t. 75, pp. 945 y ss.; JUAN CARLOS CASSAGNE, *En torno a la noción de servicio público*, en "Revista Jurídica de Buenos Aires", 1988-II, pp. 45 y ss.; ANDRÉ DE LAUBADERE, *Revalorisation récente de notion de service public*, en "Actualité Juridique" (Droit Administratif), 1965, pp. 591 y ss.; JEAN MARIE AUBY; ROBERT DUCOSADER, y JEAN BERNARD AUBY, *Institutions Administratives*, pp. 36 y ss., Paris 1989.

2 Vid: FERNANDO GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. II, p. 365 y ss., 9ª ed., Madrid 1989; MASSIMO SEVERO GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, t. I, pp. 451 y ss., Milán 1970.

Poder Ejecutivo, nos lleva a formular nuevas reflexiones [3] que, en parte, adelantamos en un breve artículo publicado en el diario "La Nación" [4].

En el presente trabajo nos proponemos demostrar cómo la real naturaleza del derecho de huelga (hasta ahora prácticamente inadvertida) conduce a la necesidad imprescindible de su reglamentación. Esto es así por cuanto toda huelga —máxime cuando afecta a los servicios públicos— implica un severo ataque a la libertad del hombre de nuestro tiempo que carece de un sistema paralelo de protección constitucional o legal. Al fin y al cabo el derecho de huelga, inspirado en el constitucionalismo social, al ser utilizado como instrumento de coacción, ha terminado por convertirse en el atentado más grande a la denominada justicia social, tanto en el aspecto general de la justicia que se traduce en los deberes que todos tenemos hacia la comunidad (justicia legal) como en la justicia particular que hace a la distribución del bien común (justicia distributiva).

Sobre la base de esas ideas, haremos el análisis del referido proyecto de ley puntualizando sus ventajas y las críticas que nos merece para finalmente hacer un balance acerca de las prescripciones proyectadas.

2. NATURALEZA Y RECONOCIMIENTO DEL DERECHO DE HUELGA: DERECHOS E INTERESES QUE AFECTA

Es sabido que el reconocimiento del derecho de huelga, producido en este siglo, es obra del constitucionalismo social que lo ha incorporado en muchas constituciones modernas [5]. De ese modo, la huelga, de ser un hecho, por lo común antijurídico, pasó a convertirse en un derecho de

[3] Con anterioridad nos ocupamos de ese tema en: *La huelga en los servicios públicos*, en "La Nación" del 23-01-88.

[4] *Huelga en servicios esenciales*, en "La Nación" del 2-06-90.

[5] Vgr. En la Constitución de España de 1978 (art. 28.1); en la italiana de 1948 (art. 39); también en el Preámbulo de la Constitución francesa de 1946 (declarado vigente por la Constitución de 1958) y en la Ley Fundamental de Bonn de 1949 (art. 9.3).

jerarquía constitucional o, al menos, legal en aquellos países, como los Estados Unidos [6], que no lo han incorporado a su carta constitucional.

En rigor, esta última debió haber sido también la orientación de nuestro derecho positivo si hubiera seguido fiel al modelo adoptado, pero los constituyentes que aprobaron la reforma constitucional de 1957 lo incorporaron a la Constitución Nacional, en el agregado que efectuaron al art. 14, como un derecho garantizado a los gremios [7]. Su inserción en el citado artículo constituye un verdadero injerto y ha venido a plantear una honda problemática jurídica (aún no resuelta totalmente en nuestro país) ya que el "status" constitucional del derecho de huelga aparece en colisión directa con los derechos fundamentales consagrados en la Constitución produciendo una importante fractura en el sistema de garantías, al que le resta vigencia y operatividad.

Toda huelga afecta no solamente los derechos de los patrones o empresarios —las llamadas libertades económicas y el derecho de propiedad— sino también la libertad de trabajo de los dependientes (derechos todos cuya efectividad la Constitución reconoce y garantiza en los artículos 14, 17, 19 y 28 de la C.N.).

Pero, además, y esto es lo que no ha sabido verse con claridad hasta hace poco tiempo, la huelga daña profundamente el tejido social, careciendo de sentido considerarla

6 Especialmente, a partir de la Ley Taft de 1947 y de la Ley Landrum-Graffith de 1959. Al fundamentar esta última la Comisión Redactora del proyecto de ley precisó: "El objetivo de la política del Estado en esta área es fácilmente explicable. Fue muy importante legalizar el poder sindical como contra parte de las poderosas corporaciones industriales. Es importante mantener la organización sindical fuerte. Pero la creación de instituciones investidas de poder suficiente para cumplir sus objetivos también crea el peligro de que esas instituciones puedan erróneamente ir más lejos de sus objetivos o puedan ser usadas en beneficio de quienes las dirigen en lugar de ser utilizadas en beneficio de aquellos a quienes se busca proteger. La política del Estado debe ser minimizar ese riesgo sin despojar a los sindicatos de la posibilidad de cumplir sus verdaderas funciones" (A. COX, *Law and National Labor Policy*, II, 1960, Universidad de California).

7 Conf. NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS, en el *Tratado de Derecho del Trabajo*, t. 2, dirigido por ANTONIO VÁZQUEZ VIALARD, pp. 828-829, Buenos Aires, 1982, en contra GERMÁN J. BIDART CAMPOS, *La titularidad del derecho de huelga en la Constitución Argentina*, en "El Derecho", t. 114, p. 815.

bajo la óptica de una relación inter-privada, porque tanto su extensión como sus objetivos y formas de ejecución rebasan la perspectiva particular de las relaciones entre empresarios y trabajadores, para ingresar decididamente en el ámbito de lo público.

Esta calidad pública que posee la huelga se refleja con mayor intensidad cuando se trata de la prestación de servicios esenciales para la población ya que si el trabajo humano goza —en el plano de los valores— de prelación sobre los demás factores económicos [8] el Estado no puede tolerar, sin agravio a la justicia, que grupos, sectores o corporaciones abusen de su poder para impedir el trabajo que otros necesitan realizar para subsistir y mejorar sus condiciones de vida.

En ese plano, las huelgas perjudican, directa o indirectamente, a todos los habitantes en su condición de proveedores, usuarios, consumidores, etc., impedidos de trasladarse de un lugar a otro, comunicarse con un semejante o atenderse en un establecimiento sanitario, para citar algunos de los ejemplos más reiterados.

Y esa mirada sobre la faceta pública de la huelga nos muestra la profunda desproporción que existe entre el sacrificio de unos y otros, entre los beneficios individuales o corporativos y los de la sociedad en su conjunto, poniendo en evidencia los graves daños económicos y sociales que provoca un conflicto colectivo, máxime cuando interrumpe la continuidad de los servicios públicos.

Lo que se halla en juego entonces es la privación del bien común cuya protección está confiada a los gobernantes. Por eso, en la naturaleza del derecho de huelga ha de verse la de un derecho secundario cuyo ejercicio no implica el ejercicio de una facultad normal derivada de una auténtica y primaria libertad. No configura, pues, un derecho fundamental ya que no podría concebirse la existencia de un derecho pleno para frustrar las libertades esenciales de las personas. ¿Cuál es entonces la real naturaleza de este derecho? La clave de su sustancia jurídica, evidentemente,

[8] La primacía ha sido remarcada por la doctrina social de la iglesia (*Gaudium et Spes*, cap. III, sección segunda, parágrafo 67).

consiste en concebir a la huelga como un derecho de excepción, un remedio extremo [9] cuyo fundamento radica en el estado de necesidad que sufren los trabajadores o empleados. Su legitimidad no es de principio sino que irrumpe en el plano del derecho como un instituto jurídico de carácter excepcional.

El ejercicio del derecho de huelga se encuentra, entonces, siempre condicionado o limitado por el bien común que debe marcar, a través de la legislación, la línea divisoria entre su legítimo ejercicio y el abuso del derecho.

Este punto de vista ha sido sostenido, reiteradamente, en las Encíclicas papales, donde se ha sentado la doctrina de que cuando alcanza a servicios esenciales la continuidad de éstos ha de asegurarse mediante reglamentaciones adecuadas, ya que si el abuso de la huelga conduce a la paralización de toda la vida socio-económica esto resulta contrario al bien común de la sociedad, de cuya naturaleza participa el trabajo mismo [10].

3. EL CARÁCTER RELATIVO DEL DERECHO DE HUELGA ESTÁ CONECTADO A LA NECESIDAD DE SU REGLAMENTACIÓN

3.1. *Relatividad del derecho de huelga*

Por más que los sindicatos y alguna doctrina que ha recibido el mote de "interesada" [11] hayan sostenido que el derecho de huelga posee un carácter absoluto que impide su reglamentación, es por demás evidente que se trata de un derecho relativo en el sentido de que, como toda la serie de derechos reconocidos en el artículo 14 de la Constitución Nacional, su goce se realiza "conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio".

9 Esta naturaleza resulta atribuida por la Doctrina Social de la Iglesia (*Gaudium et Spes*, cap. III, sección segunda, parágrafo 68 in fine).

10 *Laborem Exercens*, párrafo 20, in fine.

11 JULIO J. MARTÍNEZ VIVOT, *La huelga de los empleados públicos y del personal de los servicios públicos*, en la Revista "Trabajo y Seguridad Social", 1988, p. 876.

En nuestra Constitución no se concibe la existencia de derechos absolutos, menos aun, en el caso de la huelga en los servicios esenciales, donde la relatividad pertenece a la esencia de su ejercicio para tornarlo compatible con el bien común y los derechos individuales que demandan, como mínimo, una protección paralela y justa frente al abuso de un derecho corporativo o gremial. Así lo han reconocido tanto la doctrina [12] como la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación [13].

3.2. *La pretendida operatividad conduce a la reglamentación*

Ahora bien, de atribuirse carácter operativo [14] al derecho de huelga —prescripto en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional— la ausencia de reglamentación termina por convertirlo en un derecho absoluto, lo que si carece de sentido respecto de toda huelga, con más razón en aquélla que involucre prestaciones esenciales para la comunidad.

En efecto, tratándose de un derecho que, por la circunstancia de entrar en colisión con los derechos fundamentales de las personas, precisa de reglamentación para establecer los límites de su ejercicio, la omisión de reglamentarlo no puede llegar a transformar la propia sustancia del derecho, ha-

12 SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, ha dicho que "en el sistema republicano de gobierno estructurado por la Constitución Argentina no se conciben derechos absolutos del individuo, excepción de la libertad de conciencia o de pensamiento, reservada a Dios y exenta de la autoridad de los magistrados" (*El derecho constitucional de huelga,* en "La Huelga", Instituto de Derecho del Trabajo, t. I, p. 131, Universidad del Litoral, Santa Fe 1951). Véase también: HUGO R. CARCAVALLO, *El derecho de huelga y su reglamentación en la República Argentina,* en Revista "Trabajo y Seguridad Social", 1987, p 1058.

13 Poco tiempo después de sancionada la reforma constitucional de 1957 nuestro Alto Tribunal sostuvo que la circunstancia de que "el derecho de huelga tenga consagración constitucional no significa que sea absoluto ni que impida su reglamentación legal ni la apreciación judicial de las circunstancias conducentes para decidir los casos que ocurriesen" ("Fallos", t. 242, p. 353; t. 251, p. 472), doctrina jurisprudencial que ha mantenido hasta el presente.

14 NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS, op. cit., t. 2, p. 833, y los dos precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación allí citados: "Jaime A. Font c/Estancias Galli" y "Álvaro Gatti c/Bodegas El Globo" publicados en Revista "Derecho del Trabajo", 1962, p. 583 y 1963, p. 26.

ciendo que su carácter excepcional y relativo se convierta en una facultad normal y absoluta (al no haber límites legales).

Alguien podrá pensar que los límites los puede fijar la jurisprudencia pero, aun sosteniendo esta posibilidad teórica [15], resulta difícil —en nuestro sistema— que los jueces asuman funciones que son propias de los legisladores, aun cuando tuvieran que integrar una laguna jurídica.

Frente a esta realidad no parece posible sostener el carácter operativo del derecho de huelga. Ello es así puesto que, por más fuerza y poder que puedan esgrimir quienes lo ejerzan, es siempre un derecho que nace con una debilidad jurídica congénita; su adquisición sólo puede realizarse si se respetan los límites previos y concomitantes a su ejercicio y a condición de que éste sea compatible con el bien común.

3.3. *Acerca de la necesidad de reglamentar la huelga en los servicios esenciales*

En materia de servicios públicos o actividades esenciales, la reglamentación del derecho de huelga resulta imprescindible en virtud de las falencias que exhibe un anquilosado constitucionalismo social, preocupado más por proteger a unos grupos sociales a expensas de otros, a las corporaciones más que a la sociedad y que a las personas individualmente consideradas, en la búsqueda de una pretendida igualdad social y económica impuesta desde el poder público.

En realidad, quien no está protegido muchas veces por esa tendencia constitucional es el común de la gente que padece el abuso de los llamados derechos sociales y que, en definitiva, soportará los sacrificios que provoca el exceso de una política social distributiva impuesta, tolerada o fomentada por el Estado.

En el caso de la huelga, además de constituir una abs-

15 GERMÁN J. BIDART CAMPOS, *La justicia constitucional y la inconstitucionalidad por omisión* en Revista "El Derecho", t. 78, p. 785, dice que la justicia constitucional podría llegar hasta integrar el orden normativo lagunoso a través de la autointegración (apelando a la analogía o a los principios generales del derecho) o de la heterointegración (que implica un salto a la justicia material).

tención o suspensión colectiva del trabajo, como ha sido tradicionalmente definida [16], hay que advertir que ella consiste en un formidable instrumento de coacción que se ejerce contra las personas y el Estado. Se trata de un ataque radical a la libertad del hombre como ser individual y social y a la propia organización jurídica de la comunidad, que viene a conculcar —además de los derechos señalados— un derecho implícito en la Constitución: el derecho natural a vivir en paz [17].

3.4. *Otros argumentos*

No obstante las razones antedichas, algunos piensan, pasando por alto la naturaleza y características que hemos atribuido al derecho de huelga, que la reglamentación no sería necesaria, toda vez que bastaría con aplicar las normas que prevé el ordenamiento vigente (v.g. el arbitraje obligatorio de la ley 16.936, reestablecido por la ley 20.638).

Esta postura resulta equivocada, básicamente por dos argumentos, a saber:

a) las dudas que existen en torno a la aplicación de la ley 20.638 al personal del Estado [18]; así, gran parte de los servicios esenciales (ej.: servicios hospitalarios) no se encontrarían alcanzados por la legislación que estatuye el arbitraje obligatorio;

b) el procedimiento de arbitraje obligatorio para dirimir los conflictos colectivos de los empleados estatales se ha entendido que configura una delegación indebida del poder público hacia quien no reviste la condición de autoridad pública, interpretación ésta que se ha abierto paso, precisamente, en el modelo constitucional norteamericano en que se inspira nuestra Constitución [19];

16 Conf. RODOLFO NAPOLI, *Derecho del trabajo y la seguridad social*, p. 437, 2ª ed., Buenos Aires 1971.

17 El derecho a vivir en paz si bien no se encuentra entre los derechos expresamente enumerados en la Constitución tiene su fuente en el Preámbulo, al mencionar entre los fines que aquélla persigue el de "consolidar la paz interior".

18 JULIO J. MARTÍNEZ VIVOT, op. cit., p. 883.

19 JULIO J. MARTÍNEZ VIVOT, op. cit., p. 888.

c) el ordenamiento actualmente en vigencia no prevé procedimiento alguno que encauce la huelga de los servicios esenciales con efectos disuasivos o preventivos sin haberse tampoco reglado un sistema de prestaciones mínimas ni un régimen sancionatorio extensivo a los sindicatos.

4. LA JERARQUÍA DE LA NORMA REGLAMENTARIA DEL DERECHO DE HUELGA

Se ha discutido, en los últimos tiempos, frente a la generalización de determinados conflictos colectivos, si la reglamentación del derecho de huelga podría llevarse a cabo a través de un decreto del Poder Ejecutivo. Se trataría, en este caso, de un decreto de necesidad y urgencia.

Pero, no obstante que en alguna circunstancia extraordinaria de excepción (siempre que se configuren todos los requisitos pertinentes) [20] pudiera justificarse la regulación por decreto de las huelgas, ello nunca se podría efectuar bajo la forma de un régimen general destinado a incorporarse al ordenamiento jurídico con carácter permanente y no transitorio.

En el sistema de nuestra Constitución es indiscutible que la potestad para reglamentar los derechos que ella consagra, aun los de carácter corporativo como la huelga, le corresponde al Congreso de la Nación, por imperio de lo estatuido en el artículo 14 de la Constitución Nacional y la naturaleza del derecho que se reglamenta que, a nuestro juicio, no entra en la llamada "zona de reserva de la Administración" [21].

Ahora bien, tratándose de la reglamentación de los servicios públicos o esenciales, ciertos aspectos podrían ser reglamentados por el Poder Ejecutivo [22] mientras que otros,

20 JUAN CARLOS CASSAGNE, *Derecho Administrativo*, t. I, pp. 142-143, Buenos Aires 1986.

21 Sobre la "zona de reserva de la Administración" véase: MIGUEL S. MARIENHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, pp. 252 y ss., Buenos Aires 1990.

22 AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI, *Huelga y Servicios Públicos*,

como la definición legal de servicio público o esencial, corresponde que sean regulados por ley formal y material, ya que de lo contrario podría llegar a alterarse el sistema de la división de poderes de la Constitución si quedase librada la reglamentación a la competencia del Poder Ejecutivo, que sería prácticamente discrecional, ante la carencia de normas de superior jerarquía.

5. FUNCIÓN PÚBLICA Y SERVICIO PÚBLICO

Otra cuestión que corresponde dilucidar es la concerniente a la diferenciación o relaciones que existen entre la función pública y el servicio público, distinción que se proyecta en esta materia toda vez que se niega la procedencia de la huelga en el ámbito de la función pública (en sentido estricto) [23].

Ha sido y es aún objeto de discrepancias doctrinarias la conceptualización de la función pública como figura jurídica opuesta al servicio público, habiéndose postulado una distinción basada en que mientras la primera traduce el ejercicio de las potestades de poder público que derivan de la soberanía, el segundo implica una actividad técnica y material [24].

Según Bielsa, la función pública configura lo abstracto y general, siendo un concepto institucional, mientras que el servicio público consistiría en algo concreto y particular, que actualiza y materializa la función [25]. Este criterio, que fue criticado por su imprecisión [26], proporciona solamente un

---

en "La Ley", diario del 14-3-90, p. 3, afirma que la reglamentación no sólo puede provenir de la ley sino también del organismo que tiene a su cargo la prestación del servicio.

23 MIGUEL S. MARIENHOFF, op. cit, t. III, B, pp. 315 y ss., Buenos Aires 1970.

24 MASSIMO SEVERO GIANNINI, *Lezione di Diritto Amministrativo*, p. 114, Milán, 1950.

25 RAFAEL BIELSA, *Derecho Administrativo*, t. I, p. 153, Buenos Aires, 1947.

26 MIGUEL S. MARIENHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. II, p. 48, Buenos Aires, 1966, para quien el concepto de función pública se vincula

punto de partida para formular una distinción jurídica que responda a los datos reales de los conceptos que se quieren definir.

En este sentido, la función pública constituye la actividad genérica del Estado e implica el ejercicio de sus tres esenciales funciones (administrativa, legislativa y judicial). A su vez, dentro de la actividad administrativa, la función pública se realiza a través de variadas técnicas que vienen a tipificarla mediante la asignación de un régimen jurídico peculiar, técnicas que comprenden diversas acciones de intervención según se trate de las conductas descriptas precedentemente en forma sumaria (prestaciones de servicios públicos, limitaciones de derechos privados, aplicación de sanciones, imposición de prestaciones a cargo de los particulares, emisión de actos favorables de fomento, etc.).

De ese modo, el servicio público —cuando lo presta el Estado— cubre sólo un sector de la actividad administrativa ya que sólo por una extensión conceptual se podría sustentar una concepción global y totalizadora de dicha actividad sobre la base de la idea de servicio público.

En rigor, el servicio público prestado por la Administración puede regirse por una forma pública o privada (este último es el caso de los llamados servicios públicos industriales o comerciales); cuando acontece lo primero hay coincidencia entre función pública (en sentido amplio) y servicio público, siendo éste una parte de la actividad administrativa (v.gr. los servicios que prestan los hospitales públicos).

Hay que advertir, empero, que la admisión (a título excepcional) y con las limitaciones que garanticen la continuidad de los servicios públicos, no conduce necesariamente a la extensión de este criterio a la función pública (en sentido estricto) ya que como bien se ha dicho "resulta contrario al entendimiento común que un órgano de la soberanía estadual se abstenga de cumplir su función en acciones concertadas" [27].

---

al de funciones esenciales del Estado (legislación, justicia y administración), siendo el de servicio público un instituto que se desenvuelve dentro de la Administración.

[27] Conf. AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI, op. cit., p. 3; en contra

6. INNOVACIONES PRINCIPALES QUE RECOGE EL PROYECTO DE REGLAMENTACIÓN DEL DERECHO DE HUELGA

El proyecto de ley que comentamos implica una verdadera delimitación negativa del contenido del derecho de huelga al establecer un procedimiento al que se deben ajustar los gremios o sindicatos para que la huelga sea considerada legítima. Ese procedimiento tiene por objetivo primordial lograr el encauzamiento del conflicto colectivo mediante un sistema que tiende a prevenirlo y que procura, al propio tiempo, asegurar la continuidad de la prestación de los servicios considerados esenciales. Veamos algunas de las innovaciones principales que introduce en su articulado:

a) La definición de los servicios esenciales comprende tanto a los que prestan los organismos públicos como los privados (artículo 1º del proyecto) y engloba casi todas las actividades que hacen a la satisfacción de las necesidades básicas o primordiales de los habitantes, inclusive los denominados servicios públicos impropios [28]. Se incluyen en este concepto los servicios sanitarios y hospitalarios; el transporte público; la producción y distribución de agua potable, energía eléctrica, gas y otros combustibles; los servicios de telecomunicaciones, la educación primaria, terciaria y universitaria [29] y en general, todos aquellos en los que la extensión o duración de la interrupción pudiera poner en peligro la vida, la salud o la seguridad de toda la comunidad o de parte de ella, lo que así será calificado por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (artículo 2º).

Esta definición legal tiende a superar, de algún modo, las controversias existentes en punto a la noción de servicio público, donde si bien la doctrina se inclina actualmente

también de la procedencia de la huelga en la función pública "en sentido estricto": JULIO J. VIVOT, op. cit., pp. 876 y ss.

28 Sobre el concepto de servicio público impropio véase: MIGUEL S. MARIENHOFF, p. cit., t. II, pp. 36 y ss., Buenos Aires, 1966.

29 En el proyecto de ley que cuenta con sanción del Senado de Italia se incluyen otros servicios: recolección de residuos, servicios portuarios, operaciones de aduana, distribución de correspondencia y administración de justicia.

por la concepción material o funcional, se han propugnado diferentes nociones que extienden o limitan la amplitud del concepto de servicio público. El caso más típico es el de la enseñanza que brindan los establecimientos particulares que ha sido concebida como una actividad privada de interés público en la que no rigen los caracteres propios del servicio público (v.gr. la igualdad, al permitirse el derecho de admisión) [30].

b) Resultan destacables las prescripciones respecto de la competencia de las autoridades nacionales para intervenir —aun sin pedido de parte— en los conflictos que afecten los servicios esenciales, cuando las características y efectos excedan el ámbito de una provincia y, sobre todo, el carácter imperativo de la norma que prescribe que el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, al tomar conocimiento de una controversia de esa naturaleza, debe encuadrarla en las prescripciones de la ley, adoptando las medidas autorizadas por la ley 14.786 (conciliación obligatoria e intimación para el inmediato cese de las medidas de fuerza).

c) Otra innovación es la prohibición de ejecutar —una vez agotada la etapa conciliatoria— medidas de fuerza antes de los diez (10) días de comunicado el estado del conflicto y las acciones que se han decidido adoptar, con el objeto de que, durante ese plazo, las partes o, en su defecto, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, establezcan las modalidades de prestación de los servicios mínimos. Esta prescripción procura asegurar el principio de la continuidad de los servicios públicos y se encuentra actualmente incorporada en la legislación y jurisprudencia de algunos países de Europa (v.gr. España, existiendo en Italia un proyecto que cuenta con media sanción del Senado).

30 Conf. RODOLFO CARLOS BARRA, *Hacia una interpretación restrictiva del servicio público*, en "La Ley", t. 1982-B, p. 363; JUAN RAMÓN DE ESTRADA, *Enseñanza privada y servicio público*, en Revista "El Derecho", t. 119, p. 955; JUAN CARLOS CASSAGNE, op. cit., p. 56. La jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal se ha inclinado también por dicha tesis y ha sostenido que los colegios privados no se encuentran obligados a aceptar a todos los aspirantes a ingresar (Sala IV in re "Fundación San Martín de Tours", publicada en "La Ley", t. 1982-B, p. 364, con nota de BARRA).

d) Por otra parte, la designación por el empleador de los trabajadores que quedarán afectados a la prestación de los servicios mínimos, con el evidente objetivo de que se puedan escoger las personas más idóneas y decididas a mantener el servicio, importa una novedad en nuestra legislación. Sería realmente una contradicción que se admitiera que tales designaciones sean efectuadas por los sindicatos, puesto que aparte de desnaturalizarse los fines de la ley ello implicaría ceder a los trabajadores o empleados la función de organizar los servicios o actividades propios de los empresarios o del Estado.

e) Finalmente, merece destacarse la configuración legal del poder sancionatorio del Estado a través de un sistema que contiene una variada gama de sanciones, desde la cesantía o el despido para quienes no cumplen el deber de prestar los servicios mínimos (o ejecutan medidas de fuerza cuando la huelga ha sido declarada ilegal) hasta el retiro de la personería gremial de los respectivos sindicatos y la pérdida de los beneficios de orden patrimonial (cuotas sindicales).

7. ALGUNAS CONCLUSIONES

En mérito a las consideraciones hasta aquí vertidas consideramos que el balance final que puede hacerse sobre el proyecto de reglamentación del derecho de huelga en los servicios esenciales resulta favorable, al afirmarse la prevalencia de los intereses de la sociedad por sobre los intereses corporativos de los sindicatos, en suma, del bien común sobre el bien sectorial o particular. Las críticas que sugiere el proyecto se centran principalmente en algunas omisiones relativas a importantes aspectos del régimen general de las huelgas, cuya ausencia de reglamentación conspira contra la eficacia del sistema proyectado, a saber:

(a) la falta de interdicción tanto de las llamadas huelgas general y política, como de la huelga salvaje, el trabajo a reglamento y las además formas irre-

gulares que puede asumir un conflicto colectivo de trabajo;

(b) no haber reglamentado los requisitos para garantizar que las decisiones adoptadas por los trabajadores lo sean en una asamblea convocada especialmente al efecto y mediante el voto secreto de los afiliados. Estos resguardos se tornan imprescindibles a fin de impedir que la decisión de ir a una huelga sea tomada por un pequeño grupo de dirigentes o mediante la fuerza o la intimidación;

(c) la carencia de un criterio normativo que prohíba la huelga en el ámbito de la función pública, en sentido estricto (v.gr. en los Ministerios, en el Poder Judicial y en el Congreso).

Entre las reflexiones finales que sugiere el régimen proyectado podemos advertir que las lesiones que provoca el injerto de la huelga en el tejido constitucional no son fácilmente curables. Sin embargo, la medicina ahora escogida constituye un paso adelante para reestablecer la efectiva vigencia de las libertades fundamentales de las personas afectadas por la no prestación o suspensión de servicios esenciales, imprescindibles para atender sus necesidades básicas. Y en nuestra Constitución Nacional, la defensa de la libertad —junto con la realización de la justicia— siguen siendo los ejes sobre los que gira todo el sistema jurídico positivo.

Mientras las corrientes políticas que animaron al constitucionalismo social impusieron un obligado camino para canalizar ciertas reivindicaciones sociales y procurar la igualación social, asignando preferencia a la justicia distributiva respecto de la conmutativa e inclusive sobre la justicia legal o general (que prescribe los deberes hacia la comunidad), la realidad de las economías de los distintos países y las nuevas tendencias políticas y sociales transitan o comienzan a transitar por los caminos de la libertad y de la justicia (con recto y verdadero contenido social) cansados de soportar el estatismo que impuso aquel movimiento.

Paradojalmente, cuando en todas partes se habla de

abandonar la planificación y el reglamentarismo que han sumido a muchas naciones en el atraso y en la decadencia, se torna necesario hoy más que antes, para proteger la libertad, reglamentar el derecho de huelga en los servicios esenciales.

ASPECTOS JURÍDICOS DE LA VEJEZ

Disertación pronunciada por el académico Doctor Marco Aurelio Risolía, como conferencista invitado, en las Primeras Jornadas de Gerontología y Geriatría del Cono Sur, el 6 de noviembre de 1990

I

Lo que voy a decir aquí y ahora, responde a una solicitud de los organizadores de este simposio y es la actualización de lo que dije, hace ya una década, en el Segundo Congreso Argentino de Geriatría y Gerontología, que tuvo lugar en Buenos Aires, del 10 al 14 de setiembre de 1979.

Sobre lo expuesto en aquella oportunidad sólo cabe hacer mérito hoy, a mi juicio, de lo apuntado en algunas leyes nacionales posteriores, especialmente en lo relativo al régimen de las instituciones y normas civiles implicadas en el asunto que es materia de este simposio, v. gr. en las número 21.541, 23.264, 23.515, y otras que introducen modificaciones significativas en los textos originales del Código Civil Argentino.

Decía más o menos así en la oportunidad a que aludo y en fecha hoy generosamente superada, como puede observarse, por la supervivencia del expositor, que agradece a Dios, a los geriatras, a sus galenos y a las autoridades promotoras de este simposio la posibilidad que se le concede de expresar algunos conceptos meditados en su larga vida al servicio de la investigación, de la docencia y de la justicia:

* El tema confiado a mi análisis es, sin duda, de una notoria vastedad. Y en cierto modo crea una situación de

compromiso para el relator, que sabe transcurrida su juventud y teme que los organizadores de este simposio lo hayan escogido no por su versación —que es poca— sino para ilustrar "los efectos jurídicos de la vejez" con una exposición que se beneficie de la sinopsis autobiográfica.

Excusen los oyentes este rasgo de humor, y no de mal humor, como podría pensarse. Yo miro con simpatía mi propia senectud y la de mi prójimo. Sé que quien no tiene el espíritu de su edad tiene de su edad toda la desgracia, según el conocido apotegma. Y sé que la simpatía generosa y cordial por la vejez cuenta con el apoyo de mentores ilustres y seguramente con la alentadora comprensión de todos los que asisten a este acto.

* Platón tiene escritas en el libro primero de *La República* las palabras con que Sócrates se dirige a Céfalo —hombre de virtuosa vejez— preguntándole si considera su edad como un tiempo difícil de la vida. Y Céfalo —que es la voz del mismo filósofo—, sin ignorar las lamentaciones y quejas de muchos contemporáneos venerables que añoran los placeres de la juventud, concluye que la vejez dulce y prudente "es un estado de reposo y libertad de los sentidos" que desliga de pasiones tiránicas y ha de aceptarse sin angustia. "Con costumbres apacibles y tranquilas —razona Céfalo— encuentra uno soportable la vejez. Con un carácter opuesto, tanto la vejez como la juventud son igualmente difíciles".

* Lo creo así. Todos los días de todas las edades conducen a la eternidad. Los viejos están más cerca. Cuando el hombre ve próximo su fin, le turban temores y remordimientos incoercibles. La vejez es por fuerza memoriosa. Es la edad de la recapitulación y la añoranza. Vueltos los ojos al pasado, el hombre examina su conducta y admite verdades que otrora desdeñó sin escrúpulos; le sobresalta el rastro de una mala acción y le consuela dar, hurgándose, con el tesoro de una obra de bien. Duda, inquiere, reconstruye, y no siempre la ansiosa expectativa fortalece su ánimo. Hay, pues, vejeces mal dispuestas, enfadosas, intempe-

rantes, cuando no se sabe vivir y envejecer. Y las hay dulces y confiadas —como la de Céfalo—, con los ojos iluminados por la serenidad propia de quien conoce su destino y no siente sobre su conciencia el peso de la desidia, del arrebato, de la culpa.

* Por eso sentenció Cicerón en su famoso diálogo *De la vejez* que las quejas de los viejos no deben imputarse a su edad sino a sus costumbres; que los motivos por los que la vejez vulgarmente se juzga triste y miserable son injustos; que no son enfadosos o inútiles los viejos sabios y trabajadores; que no faltan fuerzas ni luces a la senectud; que cada edad de la vida tiene su razón y su sazón, su angustia y su deleite, su ocio activo y su ocupación honesta; que la vejez pierde en fuerza lo que gana en autoridad y que, en suma, la muerte no debe ser temida porque el alma es inmortal y porque mueren los jóvenes y los viejos: unos, como la llama que se ahoga con un golpe de agua súbito y caudaloso, y otros consumiéndose y acabándose lentamente, sin violencia, como quien va de tránsito.

* Quiero pues, antes de abrumar a los oyentes con proposiciones científicas, rendir homenaje a muchos viejos preclaros que desde su luminosa eternidad deben asistir complacidos a mi desazón y alentar, si cabe, mi ardorosa y no desinteresada defensa. Alcance mi recordación encomiástica y mi solicitud de apoyo a los provectos varones de la Biblia, que excedieron la centuria; a Isócrates, el del *Discurso de la corona,* que peroró útilmente durante 99 años; a Sófocles, que a los 90 montaba, una vez más, la tragedia de Edipo en el mundo griego; y a Hesíodo, y a Simónides, y a Catón el romano, y a los que en suma podrían mencionarse y no menciono para entrar ya, según mis débiles fuerzas, a la consideración del asunto que es materia de mi relato.

II

* Reitero que el tema confiado a mi análisis es de una notoria vastedad. Involucra, si se lo encara con penetración, densos capítulos del derecho común y por todos los rumbos termina por requerir la cautelosa atención del jurista y la técnica pulcra del legislador.

* Advierto que mis palabras están referidas a los "aspectos jurídicos de la vejez" y no a lo que ha dado en llamarse "la tercera edad", sin duda aludiendo a una etapa del humano vivir que recibe en la glosa estimación distinta y menos deprimente. La tercera edad es el otoño, estación dorada en la que suele ahondarse la sabiduría, el goce de aprender y enseñar, la previsión honesta, la mesura. El tiempo en que se comienza a "convivir con la muerte", aún sin temerla, como diría Unamuno. La vejez, en cambio, es el invierno blanco, soledoso y recogido, en el que suelen amustiarse las flores y enrarecerse los frutos, ya en las antesalas de la eternidad.

* Por razones obvias, he de referirme sólo a los principales aspectos jurídicos de la vejez, bien entendido que a ese fin la vejez puede ser considerada como un estado natural que se alcanza al término de la vida del hombre o como un capítulo de patología médica, triste y prematuro, que entenebrece sus facultades aun en plena juventud. Según los casos, la ciencia —y desde luego también la ciencia del derecho— deberá considerar cómo debe asistírsela; cómo deben atenderse las necesidades de todo tipo que genera; qué normas convienen a su actuación, a su protección o a su empleo; qué papel útil pueden desempeñar en el cuerpo social los integrantes de ese vasto sector de las agrupaciones humanas, etc., etc.

* No bastan a los fines de este relato las acepciones que se registran en el Diccionario de la Lengua, para el cual la vejez no es otra cosa que la calidad de viejo y el equivalente de senectud, es decir, "edad senil, período de la vida que comúnmente empieza a los 60 años". Y adviértase

que tampoco el Código Civil define la vejez ni pone límites temporales que fijen la iniciación y el avance de la edad senil para determinar, consecuentemente, escalas de capacidad, de imputabilidad, de responsabilidad, como acontece en los primeros tramos de la existencia de las personas individuales, hasta llegar a la mayoría. Menores impúberes, menores adultos, menores emancipados y habilitados no tienen para la ley común su cuenta correlativa y regresiva en la vejez, aunque un vulgar aforismo proclama que "senectus est altera pueritia", que la senectud es un regreso a la infancia.

* Al presentar así las cosas estamos tocando un tema capital del derecho, que dividió a los jurisconsultos romanos en dos escuelas antagónicas: la de quienes sostenían la conveniencia de que para cada persona se fijase el nivel de su capacidad, atendiendo principalmente al nivel de su desarrollo físico e intelectual, y la que aconsejaba, como lo hizo la ley Pletoria, fijar una edad cierta —entonces los 25 años— para poner fin a las incapacidades del menor y abrir la etapa, como principio indeclinable, de la mayoría capaz hasta la muerte.

* Nuestro Código Civil se ajusta a esa técnica, que tal vez no satisfaga a los biólogos, pero que pone orden, seguridad y paz en las situaciones y relaciones de derecho. Como todos los códigos civiles clásicos, carga el acento en la protección del menor antes que en la del anciano; le preocupa la enfermedad más que la vejez, y la vejez como desorden patológico más que como etapa regularmente declinante de la vida. Aun tratándose de enfermedades, centra su atención en las que dañan la mente y las expresiones de la mente (demencia, sordomudez que no logra darse a entender por escrito), ello sobre la base de una caracterización no muy científica ni muy clara entre enfermedades mentales y de las otras, entre normalidad y anormalidad, entre intervalos lúcidos y claudicaciones definitivamente oscurecedoras de la inteligencia.

* Tenemos dicho que, alcanzada la mayoría, nuestro

Código Civil consagra, como principio, la capacidad indeclinable del hombre hasta su muerte. La demencia verificada y declarada por juez competente y la sordomudez de quienes no logran darse a entender por escrito (a lo que hay que añadir las causas de inhabilitación después de la reforma de 1968) hacen excepción a la regla. Adviértase, sin embargo, que la demencia es entendida ahora, desde la sanción de la ley 17.711, en el sentido amplio de una "enfermedad mental", que priva al hombre de la aptitud necesaria para dirigir su persona o administrar sus bienes (Cód. Civ., art. 141). El título X del libro primero, sección primera, que antes se denominaba "De los dementes" y los caracterizaba como individuos de uno y otro sexo en estado habitual de manía, demencia o imbecilidad, se denomina ahora, con mayor latitud, "De los dementes e inhabilitados", en la inteligencia de que el art. 152 bis abre lugar a la inhabilitación judicial de quienes, sin llegar a la pérdida dramática de la razón, están expuestos a perjudicar su persona y su patrimonio —y también a comprometer el porvenir de su familia— por causales de ineptitud que la ley enumera, a saber: la embriaguez habitual, la disminución de sus facultades y la prodigalidad en los actos de disposición y administración de sus bienes.

* La ancianidad no es entonces, por sí sola, motivo de incapacitación; pero si el proceso senil, normal o patológico, prolongado o prematuro, hace perder al sujeto la conciencia de sus actos al desordenar su mente y debilitar sus facultades, caben dos soluciones, según la intensidad con que se acuse la anomalía: o bien la declaración de demencia senil (criterio que ya alentó la vieja doctrina, en la hipótesis de una privación total y habitual de la cordura), o bien la inhabilitación para ciertos actos, cuando el juez estime que, sin tocar los extremos de la demencia, el ejercicio por el anciano de la plena capacidad pueda presumiblemente causar daño a su persona o a su patrimonio.

* El sistema de nuestro Código Civil, tal como se lo sancionó en el siglo pasado, era concordable con el del Có-

digo francés y otros que siguieron sus aguas y aludieron, sin mucho rigor científico, a la demencia como un estado habitual de manía, imbecilidad, furor o idiotez (vocablos que se acumulan a bulto en las definiciones legales de entonces). La actual redacción de nuestro Código Civil, a raíz de la reforma de 1968, apela a otra caracterización y terminología, tomada de los códigos alemán y suizo, cuando alude a la "enfermedad mental" para prescribir la incapacitación drástica por demencia, y a otras causales no tan agudas de inhabilitación como la embriaguez, la prodigalidad o la senectud. Bien entendido que no está libre de observaciones críticas este último temperamento y que las apelaciones a la "enfermedad mental" —que usan los códigos alemán y suizo—, al "defecto intelectual" —que usa el código venezolano de 1942— o a la "debilidad de espíritu" —que también tiene sus propugnadores— importan, sin duda, la invocación de categorías elásticas, que hacen sitio a la decisión concreta del juez para cohibir el daño en la persona o en el patrimonio si la inteligencia o la voluntad del hombre descarrilan lamentablemente en la juventud o en la senectud, porque así lo quieren los dioses, como dirían los antiguos.

* Parece innecesario añadir que la capacidad jurídica se traduce en el goce y en el ejercicio del derecho. No hay, en los tiempos que corren, incapacidades absolutas de goce, esto es, de derecho, que significarían aceptar la muerte civil; sí las hay absolutas o relativas de hecho, esto es, de ejercicio. De la titularidad del derecho no puede ser privado el anciano. Sí puede limitarse y aun extinguirse su posibilidad de ejercicio, supliéndose sus deficiencias por la representación necesaria del curador y la promiscua del Ministerio Público.

III

* Una persona capaz es, como principio, una persona imputable y consecuentemente responsable. La capacidad es la regla, la incapacidad la excepción, y ya hemos visto que

los ancianos —a menos que caigan en demencia senil o se los inhabilite— son plenamente capaces hasta su muerte. Son sujetos de voluntad jurídica, vale decir con aptitud para realizar actos jurídicos, entre vivos o de última voluntad, unilaterales o bilaterales, gratuitos u onerosos, conmutativos o aleatorios. Son, también, sujetos capaces de obrar en el campo de la ilicitud, vale decir en el ámbito de lo voluntario que la ley prohíbe y castiga. Son, además, miembros de una comunidad que impone obligaciones legales —cada vez más numerosas— exigibles al ciudadano cuyos recursos físicos, intelectuales y morales, en tanto sean útiles, deben estar al servicio del país, del Estado, de la humanidad.

* Supuesto, sin embargo, que la vejez puede menoscabar las facultades del hombre, ¿en qué grado la imputabilidad y la responsabilidad civil, criminal o política podrán alcanzarle? ¿Valdrá o no la vejez como eximente o atenuante, según los casos? ¿Tendrá, incluso, en cierta medida la relevancia excusatoria que la ley confiere a la fuerza mayor, cuando ésta procede de un hecho anómalo del hombre sin dominio de sus facultades? Recuérdese que el acto del insensato o de la persona que no tiene discernimiento y libertad en sus disposiciones —dice Vélez Sarsfield en su nota al art. 900 del Código Civil— es considerado por el derecho común como un acontecimiento fortuito, equiparable a los que proceden de la naturaleza y salen —o parecen salir— del orden regular de las cosas.

* Es el legislador el que nos adelanta la respuesta en múltiples casos que están, sin duda, en la memoria de todos. La ley fija a veces requisitos de edad para el ejercicio de las magistraturas; excusa a cierta edad de la obligación de votar para elegir a quienes las desempeñen; libera de la obligación de tomar las armas en defensa de la Patria y de la Constitución; exime de cargas públicas, limita o suprime las prestaciones de trabajo personal y hasta jubila de oficio y separa automáticamente de la función a los que han tenido el mérito de vivir en enhiesta y útil actividad. Hay, sin embargo, destinos vitalicios que no están expuestos a la re-

moción mientras dure la buena conducta, según rezan las normas pertinentes. Consuélese por tanto la vejez, ya que —para decirlo con palabras de Cicerón— lo que se pierde en fuerza a veces se gana en autoridad.

* Pero nos interesa, fundamentalmente, manejarnos con las hipótesis del derecho común. Los actos jurídicos, cualquiera sea su índole, tienen un proceso interno que, según el Código Civil (art. 897), exige en la persona que lo concibe discernimiento, intención y libertad, y un proceso externo de manifestación clara, ostensible (art. 913), porque la voluntad jurídica es voluntad expresada por persona idónea, capaz de obligarse, y lo que queda retenido en la mente no es eficaz a ese fin. No sólo, pues, el menoscabo del discernimiento, de la intención, de la libertad —que se traduce en vicios de la voluntad— incide en la validez de los actos jurídicos. A veces puede resultar debilitada o imprecisa la expresión de la voluntad, en términos que la hagan irrelevante jurídicamente, aunque nada mine el valor de la decisión o comprometa la bondad del juicio.

* Las consecuencias inmediatas de los hechos libres son imputables al autor de ellos (Cód. Civ., art. 903). También lo son las consecuencias mediatas, cuando el autor las hubiese previsto y cuando empleando la debida atención y conocimiento de las cosas haya podido preverlas (art. 904). No lo son las casuales, sino cuando debieron resultar según las miras que tuvo el ejecutor del hecho (ídem).

Como principio, la imputabilidad es el presupuesto de la responsabilidad, salvo el caso de las responsabilidades objetivas o indirectas, en las cuales se prescinde de la atribución de culpa. Pero hay, desde luego, circunstancias que eximen de imputabilidad y consecuentemente de responsabilidad, no sólo en el Código Civil sino también en el Código Penal (art. 34 y ss.), entre las que corresponde contar, principalmente, la falta de desarrollo físico y psíquico y la alteración morbosa de las facultades. La culpa se gradúa —dice el Código Civil— teniendo en cuenta las circunstan-

cias de persona, tiempo y lugar (art. 512) y es obvio que la responsabilidad crece en la medida en que se está en condiciones ideales para obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas (art. 902).

* Si esto es así, se comprende que la vejez debilite la voluntad y las expresiones de la voluntad, afectando no sólo el proceso interno —discernimiento, libertad, intención— sino también su manifestación externa y multiplicando la posibilidad de que se incurra en vicios como el error, el dolo o la violencia, que conducen eventualmente a la anulación de los actos jurídicos. Se comprende, también, que la edad senil favorezca las captaciones logradas por un prójimo desaprensivo, capaz de explotar en su beneficio la necesidad, la postración, la penuria en que pueda hallarse el anciano (Cód. Civ., art. 954); reduzca la estimación del testimonio y de otras probanzas que apelan a la sanidad y perfección de los sentidos; y —lo que es más grave y muy difícil de apreciar— desajuste las motivaciones que están en la base de los actos entre vivos o de última voluntad con los que se dispone o administra el patrimonio o se gobierna el presente y el porvenir de la persona.

* La violencia —sobre todo en su forma moral de intimidación—, el error —sobre todo el error inducido, que culmina en dolo—, cobran particular eficacia frente al anciano. Las amenazas que se le dirigen suelen ser bastantes. En algunos casos, la insinuación del abandono lo abruma y determina liberalidades de magnitud y hasta claudicaciones "in articulo mortis". Un sabio jurista —Joseph Pothier— aconsejaba tener en cuenta siempre para pronunciarse sobre la validez de los actos jurídicos "la edad, el sexo y la condición de las personas" y en la jurisprudencia de los tribunales más de una vez se ha hecho mérito de la "debilidad de espíritu del anciano".

* Me parece obvio aclarar que la vejez no puede, sin embargo, considerarse por sí sola como un estado de claudicación que autorice a presumir el vicio del consentimiento, pero sí como un estado que puede favorecer la creación de

todos y cada uno de esos vicios, como antes se insinúa. La vejez no impide querer y obrar razonablemente y hay viejos, muy viejos, que son paradigma de sensatez, de valor, de prudencia, de justicia. Pero debe reconocerse que no es extraño que la edad obre en la salud y devuelva a los tanteos propios de la infancia. En esa hipótesis, el acto jurídico se torna anulable. Y va de suyo que estará en manos del experto y del juez fijar la difícil frontera entre lo válido y lo inválido, analizando con prolijidad las situaciones de especie.

* Tengo ya afirmado que la vejez se refleja, a menudo, en las expresiones o manifestaciones externas de la voluntad. Ello se torna particularmente visible en los actos solemnes, como el testamento, y en particular tratándose del testamento ológrafo, en el que frecuentemente suele verificarse la omisión de recaudos esenciales de forma cuando el testador es persona de mucha edad. De ahí que los abogados recomienden en tal supuesto testar en acto público, ante el escribano de registro, que consigna al labrar la escritura su apreciación sobre las condiciones físicas y mentales de quien dicta su última voluntad.

* Huelga decir también que la debilidad, la versatilidad, el desamparo y otras notas que pueden acompañar a la vejez dan origen a muchas instituciones y regulaciones jurídicas que no es posible inventariar y examinar en este relato. Hay toda una rama del derecho con marcada orientación social que lo corrobora. Los códigos clásicos incluyen, por ejemplo, la prestación alimentaria, la excusación admisible para desempeñar la tutela y la curatela, la atribución del juez para evaluar el testimonio o graduar las sanciones, y una legislación por todos conocida provee un régimen de retiros, jubilaciones y pensiones, de internación, atención y cuidado, de asistencia y asilo, de distracción y apoyo. Instituciones jurídicas muy generalizadas como la lesión subjetiva o el abuso del derecho (Cód. Civ., arts. 954 y 1071) son útiles para contribuir a la protección que persigue la ley, máxime si se tiene en cuenta que, como principio y como

vengo reiterándolo, ni la vejez ni la enfermedad generan en derecho, por sí solas y por ser tales, una "capitis diminutio".

* Cuanto llevo dicho apunta, en términos generales y que no quieren ser minuciosos ni fatigosos, a los más caracterizados aspectos jurídicos de la vejez.

Algunas situaciones y relaciones de derecho en particular merecen, sin embargo, consideración más detenida, y a ellas dedicaré los párrafos que siguen, por cierto que sin el ánimo de impartir una lección magistral y agotar las dilatadas proyecciones de cada asunto.

IV

* Difícil tema, en primer lugar, el del matrimonio del viejo. O mejor de los viejos, ya que no es del caso guardar celosa cortesía y la vejez alcanza por igual, inexorablemente, tanto al hombre como a la mujer.

La unión constituida en la vejez de uno o de ambos cónyuges se presta a extensos comentarios. Las obligaciones que nacen del estado de familia —decía Jean Domat— están, con mucho, por encima de otras obligaciones civiles. El vínculo que crea el matrimonio presenta, pues, aspectos jurídicos y sociales de singular magnitud, si se lo ajusta en el tramo de la vida a que me estoy refiriendo.

* Tengo presente —va de suyo— la regulación civil y la postulación religiosa. Y me pregunto si gravita de algún modo la edad en la validez del vínculo, especialmente si es tan avanzada como para presuponer la esterilidad o la impotencia y constituir, por tanto, una relación difusa, que instale a los contrayentes —con derechos de todo tipo, personales y patrimoniales— en el reducto de otras uniones y en la proximidad de otros seres ligados por parentesco.

* Me permito advertir desde ya que el planteo remite —como lo apunta Jean Pradel— a una concepción *realista* o a una concepción *idealista* del matrimonio, por las que es

posible que cada cual tome partido. Nuestro legislador, como el de la Francia de 1804, lo toma indudablemente por la concepción idealista, y no admite que la edad provecta, aunque sean visibles las deficiencias que la acompañen, constituya un impedimento para contraer matrimonio. Pero el matrimonio genera filiación y la filiación, a su vez, obligaciones de familia y derechos hereditarios, y sobre todo en este último aspecto la obligación pierde ya su carácter estrictamente personal para confrontar realidades objetivas e intereses sociales que el derecho no puede desatender.

* Esa índole de consideraciones y aun las leyes naturales de la herencia explican que el legislador recabe hoy para el matrimonio un buen estado físico y mental al que los códigos clásicos, con marcado concepto espiritualista de la unión, fueron en un comienzo indiferentes. Pothier pensaba, en efecto, que la relación carnal no es de la esencia del matrimonio, y así lo dice en su *Traité du contrat de mariage*. Conmovedoras comprobaciones científicas han puesto límites, sin embargo, al papel decisivo de la voluntad de los contrayentes y no necesito subrayar que las legislaciones de los últimos tiempos contemplan, en distintos países, casos tan sugerentes como el de los sordomudos de nacimiento, el de los enfermos mentales, el de los portadores de anomalías y enfermedades contagiosas, el de la impotencia "coeundi" o el de las uniones "in extremis", hipótesis que más de una vez dicen relación con circunstancias que suelen darse en la senectud.

* En nuestro país, ya la ley 2393, avanzando sobre el Código de Vélez (arts. 159 a 239), fijó la edad mínima que habilita para contraer matrimonio, pero nada dijo de la máxima que lo impida. Años después, las leyes 14.394, 17.711 y 23.515 facultaron para deducir la oposición que se base en una rica serie de impedimentos, absolutos o relativos, perpetuos o temporales, con una latitud que incluye la enfermedad contagiosa, la grave deficiencia física, la conducta desarreglada o inmoral, pero que nada dice respecto de la edad cumbre para validar el matrimonio, si bien se

cierra la disposición pertinente con la referencia a "cualquier otro motivo razonable" que apreciará el juez con ese propósito, previsor criterio por el que podría filtrarse la solución obstativa en el caso a que me refiero. Pero adelanto, personalmente, que no conozco sentencia que haya impedido en nuestro país la formalización del matrimonio en mérito a la avanzada edad de los contrayentes.

Con razón distinguidos autores han podido concluir que no constituye impedimento la edad avanzada de los protagonistas, no sólo para la doctrina nacional sino también para la legislación universal (Lafaille, Rébora, Busso).

* En punto a la causal de nulidad del matrimonio debo advertir, sin embargo, que cabe demandarla en razón de los impedimentos establecidos por la ley o de circunstancias capaces de viciar el consentimiento prestado libremente y a las que la ley hace referencia. La ignorancia de los cónyuges sobre extremos tales como la impotencia absoluta y manifiesta anterior a la formalización del matrimonio o sobre extremos tales como la locura, la enfermedad contagiosa, la lepra, la epilepsia, las venéreas, etc., han sido tomadas en cuenta por la legislación nacional y comparada y por la doctrina jurisprudencial. La obnubilación senil ha reclamado, incluso, la intervención de nuestros tribunales (leyes 2393, 14.394, 17.711, 11.359, 12.331 y, sobre todo, 23.515).

* Obvio es decir, en suma, que la vejez, por sí sola, no vicia el matrimonio. Es el consentimiento turbado por la enfermedad física o mental, por la postración senil, por la pérdida o el debilitamiento de las facultades lo que puede obstar a su conclusión o a su validez. Al borde de la muerte, incluso, cabe aplaudir el matrimonio que regulariza una unión de hecho, legitima la descendencia o asegura la posición económica de los sobrevivientes. Y como en otros casos es el juez, en situaciones límite, el llamado a cubrir los vacíos o imprecisiones de la ley.

* Supuesto que los viejos contratan, supuesto que los viejos incumplen o delinquen, está claro que el jurista debe

especular también con la formación y disolución de otros vínculos, convencionales o no, y con la responsabilidad contractual o extracontractual en que puedan incurrir.

En las distintas hipótesis la vejez, según lo tenemos anotado, es circunstancia que favorece la resolución o la nulidad del vínculo cuando el consentimiento llega a considerarse viciado, o como eximente o atenuante de la responsabilidad, si promedia el delito o el cuasi delito civil o el delito criminal, doloso o culposo.

* Cabe añadir que hay ocasiones en que contratos muy comunes de enajenación —la compra y venta o la donación, v. gr.—, cobran en la vejez una trascendencia asimilable a la formulación de un testamento. Sin embargo, viciada la voluntad, cae con más facilidad un testamento que un contrato de venta "in extremis". El testador dispone en la proximidad y con la mirada puesta en la muerte. No es normal, en cambio, que se contrate a la vista de ella.

* La vejez suele ser avariciosa. Teme el menoscabo o la pérdida del patrimonio. En ocasiones, maneja su disposición como quien distribuye premios y castigos y cae en las celadas que le tiende el amor simulado o el espectro de la relegación y el abandono. Hay vejeces que mueren asidas al derecho de propiedad, pensando y repensando los capítulos de la devolución sucesoria, del seguro o del contrato de renta vitalicia. La ficción de la ley tiene dicho que "el heredero continúa la persona del causante" y elegirlo noche tras noche, corrigiendo sin pausa la minuta, es a la postre un hábito que toma la ficción a la letra, como quien planifica de ese modo su deseada inmortalidad. Testar caprichosamente, donar o malvender "in extremis" son episodios harto comunes que llegan a los estrados judiciales. Y no faltan los artífices de la maniobra. El testamento inducido y aun "a mano guiada", como lo ha bautizado la doctrina, es una realidad que los hombres del foro no desconocen.

* El testamento —y en particular el testamento ológrafo— exige a menudo juzgar la capacidad del testador por razón de su edad y su estado mental. Ciertamente, la

edad avanzada no hace presumir la alienación —que debe probarse— pero puede embotar la lucidez y desmedrar el juicio. "Senectus est altera pueritia". Y si bien el menor, antes de cumplir los 21 años, está habilitado para contraer matrimonio y para otorgar testamento (Cód. Civ., art. 3614), los jueces, a su vez, están habilitados para declarar nulo el acto de última voluntad en que la voluntad falte o defeccione. Prescribe el Código Civil que puede testar toda persona capaz de tener voluntad y de manifestarla, pero no de viva voz sino con las formas solemnes que la ley exige (art. 3606). Añade que es preciso que la persona esté "en su perfecta razón", aunque los dementes pueden testar en intervalo lúcido tan cierto y prolongado como para asegurar que la alienación no existe por entonces (art. 3615). Y el codificador aclara en nota que usa el vocablo "demente" como expresión genérica que designa todas las variedades de la locura (inclusive, por tanto, la senil) como "la enfermedad esencial de la razón que suprime la deliberación y la voluntad".

Eso sí: la ley presume que el hombre está en su sano juicio mientras no se pruebe lo contrario, por manera que quien pide la nulidad de un testamento deberá probar, como antes se ha dicho, que el testador no se hallaba en uso de sus facultades al adoptar sus disposiciones (art. 3616). La vejez no impide querer y disponer mientras la razón no se derrumbe.

* Cuanto acabamos de decir da origen, cada vez con mayor intensidad, a un derecho positivo orientado hacia la protección y el amparo de la edad provecta, ostensible en el contrato de trabajo, en las locaciones de servicios y de obras, en las disposiciones gratuitas o "in extremis", y también en contratos de especial interés para este simposio, como sería el de prestación de los servicios médicos o en actos de tan rica implicancia como los que suponen disposición generosa del propio cuerpo o de sus órganos, materia de regulación última en nuestro país.

V

* El tema que hemos abordado en los capítulos anteriores tiene enorme trascendencia sociológica, humana, ética y constitucional.

Me apura decir que algunas leyes fundamentales últimas, v.gr. las de España y Portugal, se hacen eco de la protección debida a la vejez.

Y en nuestro país, esa protección tuvo acogimiento en la frustrada reforma constitucional de 1949.

* Parece obvio que en este asunto la base de una justa regulación está servida naturalmente por el respeto debido a la persona humana, sin discriminaciones que se basen en la edad o en el sexo; simplemente con respeto indeclinable del derecho a la vida plena, al margen de mochaduras o claudicaciones anticipadas.

Sin duda el sexo y la edad pueden obligar a discriminaciones útiles en ciertos campos, v.gr. en punto al momento oportuno para justificar el retiro del trabajo rentable, la jubilación de oficio, el régimen del seguro social, la validez o invalidez de determinadas decisiones. Pero repito: la base de toda especulación jurídica atendible sobre el tema que nos ocupa es la estimación debida a la persona humana, sin límites o exclusiones por la edad o por el sexo, postulando pues un indeclinable derecho a la existencia digna.

* Con todo, es difícil que el derecho positivo no se haga cargo de algunas situaciones particulares y fije límites a la capacidad cuando se abordan determinadas hipótesis que reclaman la solución de la norma positiva, v.gr.: edad y matrimonio, edad y trabajo, edad y educación, edad e invalidez, edad y senectud, edad y régimen jubilatorio, edad y seguro social, etc., y formule distinciones atendiendo al sexo, a la cultura, a las aptitudes naturales, para abonar un régimen de protección o retiro oportuno de las tareas ordinarias.

Pero repito: todas estas hipótesis y consideraciones son relativas. La base cierta es la protección de la persona hu-

mana, con indeclinable derecho a la vida, sin discriminaciones de edad o de sexo, con derecho a la información, al amparo y seguro social, al abandono del trabajo forzado y forzoso, forzado y lacerante; en suma, con repudio cabal al innoble destino de una vejez postrada y claudicante.

* Lo apuntado basta para comprender que la cuestión que motiva mi intervención en este simposio —los aspectos jurídicos de la vejez— merece una meditación prolija.

Es una verdad incontrovertible que la edad del ser humano se prolonga, crece sin duda en términos significativos según estadísticas autorizadas, y el derecho no puede ignorar hoy situaciones apremiantes, que no se daban con la misma intensidad en el pasado.

El tema de la vejez desamparada jurídicamente, sin distinciones de nacionalidad o de sexo se refleja en múltiples y dolorosas realidades de nuestros días. Y el ser humano no puede renunciar a la preservación segura de una vida decorosa que no menoscabe su dignidad o invalide su existencia.

La solución no puede ser, ciertamente, la perpetuación del desamparo, el abandono del hombre o la mujer provectos; la vivienda insalubre, minúscula, apremiante; el instituto geriátrico entendido como rama de la hotelería donde se asile la vejez en soledad, sin amor, sin cariño; en fin, la jubilación mezquina o retaceada que corona con duras privaciones y ansiedades una existencia útil y virtuosa.

La solución —va de suyo— no puede confiarse en estas hipótesis tan sólo a la generosidad de los deudos. La solución debe darla la ley que asegure el derecho de vivir y morir con dignidad, como lo pregonan la moral y la justicia.

VI

Señoras y señores:

Cuenta Aulo Gelio en el Libro X, capítulo XXVIII de las *Noches Áticas*, que Servio Tulio, Rey de Roma, estable-

ció en vista del censo que se era niño hasta los 17 años, que la juventud se extendía hasta los 46, y que a esa edad comenzaba la vejez.

Agradezco a Dios y a la ciencia médica la generosa prolongación que nos van concediendo en este último y provechoso período, en el que me sitúo sin angustia.

Si bien se mira, medir el tiempo es audacia nuestra que añade poco al goce, al bien, a la virtud.

Fijar límites, mudarlos, dilatar esperanzas: he aquí una sana preocupación para médicos y juristas.

Pero lo importante es saber que nuestro tiempo es sólo la imagen móvil de la eternidad, como Platón lo dijo.

Por vuestra generosa atención, señoras y señores, muchas gracias.

EL INDIVIDUALISMO LIBERAL DEL CÓDIGO CIVIL Y LA PRETENDIDA FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD

Comunicación efectuada por el académico Dr. Jorge Bustamante Alsina, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 25 de octubre de 1990

Me propongo mostrar las líneas fundamentales del pensamiento del Codificador plasmadas en su proyecto, el cual ha constituido la más adecuada instrumentación legal de los derechos y garantías que consagra la Constitución Nacional y cuya permanencia en el tiempo hasta nuestros días es la mejor demostración de su acierto en la regulación armónica y flexible del ejercicio de las libertades individuales en el ámbito del derecho privado. Regulación armónica, porque el Código no tiene norma alguna ni principio general que lo ponga en conflicto con las declaraciones, derechos y garantías que forman la parte dogmática de la Ley Fundamental. Las libertades individuales allí consagradas se despliegan en nuestro Código, a través de un ordenamiento coherente, integrado y sistemático que realiza y consolida aquellos derechos fundamentales. Decimos, también, que la regulación es flexible porque ha podido perdurar a través del tiempo, permitiendo incorporar sin violentar su espíritu, ni quebrantar su estructura normativa, todas las reformas necesarias para adecuarlo a las transformaciones sociales, culturales, políticas y económicas operadas después de su sanción. Es esa plasticidad de nuestro Código la que no sólo permitió realizar sin agravio a sus principios la reforma de 1968, sino que hizo también que la jurisprudencia de los tribunales del país, con un sentido cabal de

la responsabilidad y un criterio encomiable, como lo señaló la Comisión Reformadora de entonces, hubiera llevado la interpretación de la ley al punto de evolución en que lo halló esta última, al plasmar esos principios renovadores en la letra de la ley sin que ello significase quebrar la unidad del Código, ni alterar su armonía o negar su filosofía de la libertad. Todo ello fue posible porque Vélez Sársfield nos dio un Código, no diremos técnicamente perfecto, pero si maravillosamente humano.

Se ha dicho que el Código Civil Argentino es un Código individualista. Esta afirmación pertenece a Abel Chaneton (*Historia de Vélez Sarsfield*, 2ª edición, t. II, pág. 230), que es quien mejor ha estudiado la vida y obra de Vélez Sarsfield, agregando: "El Codificador Argentino estaba, pues. dentro de nuestra tradición política al consagrar un sistema jurídico de tipo individualista, que era, por lo demás, un dogma de la época". Sin embargo, el mismo autor señala el eclecticismo que equilibra en el proyecto las sugestiones que imponía al Codificador su tradición jurídica con los dictados de su experiencia política y social. Tal vez la crítica que más peso ha tenido en la opinión de nuestros juristas ha sido la expuesta por León Duguit en las conferencias que dio en la Facultad de Derecho de Buenos Aires en los meses de agosto y setiembre de 1911, donde calificó a nuestro sistema de metafísico e individualista y destacó la sustitución constante y progresiva de ese sistema por el que llamó realista y socialista, al exponer su teoría de la función social como opuesta a la noción tradicional del derecho subjetivo (*Las transformaciones del derecho privado desde el Código Napoleón*, trad. S. Posada, Madrid).

La filosofía política del Código Civil no puede ser otra que la filosofía política del Estatuto Fundamental, pues aquel no es sino el instrumento para poner en ejercicio los derechos individuales que en él se reconocen y garantizan, dentro de las relaciones jurídicas del derecho privado. De tal suerte que aquel ordenamiento de leyes está vaciado en el molde de la Constitución Nacional y tiene con ésta un

vínculo de filiación que lleva la impronta de su origen y la identidad de una misma naturaleza.

Esta concepción del individualismo es lo que llamamos individualismo liberal y que García Pelayo (*Derecho Constitucional Comparado,* Madrid, 1961, pág. 143), califica de individualismo abstracto por oposición al individualismo concreto o vital.

Este último, según el autor que citamos, parte de los individuos como seres singulares y no tiene en cuenta lo común; afirma el derecho del individuo a extender su esfera hasta donde lo permita su poder. El individualismo abstracto o liberal concibe a los individuos en el aspecto genérico "como hijos de una misma carne y de una misma sangre" y llega a la conclusión de que cada individuo tiene igual pretensión al despliegue de su existencia y, por ende, el deber de respetar esta pretensión en los demás. Esto significa, afirma García Pelayo, que el liberalismo admite un momento trascendente, ya que con arreglo al supuesto del que parte, sólo es posible la afirmación del valor y la dignidad de la persona humana y el respeto debido a ella, sobre la base de una común participación de los individuos en ciertas verdades y valores trascendentes a todos ellos y que se hacen inmediatamente cognoscibles por la razón. El Estado liberal afirma la libertad y considera al Estado como instrumento para hacer efectiva esa libertad. Se reconoce así un grupo de derechos individuales que constituyen una esfera de libertad frente al poder del Estado; un principio de organización de su poder de manera que se limite a sí mismo y garantice la vigencia de aquellos derechos (esto es la división de poderes) y, finalmente, la sumisión del Estado a normas jurídicas precisas que aseguren la esfera jurídica individual (esto es el Estado de Derecho).

Esta filosofía de la libertad es el punto de partida de todo el sistema jurídico plasmado en el Código Civil, y esa libertad es preservada en su esencia, aún contra los propios actos del individuo que pretende limitarse a sí mismo en la plenitud de sus derechos subjetivos. No tiene otro alcance

la prescripción según la cual los hechos que se opongan a la libertad de las acciones o de la conciencia no pueden ser objeto de los actos jurídicos, como lo enuncia el art. 953. Tampoco pueden constituir condiciones de los hechos humanos, aquellos actos que comporten restringir la libertad de fijar domicilio, mudar de religión o cambiar de estado civil, según las prohibiciones del art. 531.

El terminante enunciado del art. 1197 en cuanto al principio de la autonomía de la voluntad en orden a la autorregulación convencional de la conducta, y del art. 2513 en cuanto a las facultades que comporta el dominio en orden a su carácter absoluto parecieran desmentir el concepto de individualismo liberal que le hemos atribuido a nuestro Código y afirmar, en cambio, la idea de un individualismo absoluto. Sin embargo esa aparente omnipotencia de la voluntad individual que impone la ley de las partes en el contrato, expresada en el adagio: pacta sunt servanda, y ese arbitrio voluntarista enunciado en relación al dominio por el cual las facultades que se confieren al propietario pueden ser ejercidas según su voluntad, hallan un límite infranqueable cuando se oponen al interés común o atentan contra la moral y las buenas costumbres. El art. 21 del Código Civil determina perentoriamente que: "las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia están interesados el orden público y las buenas costumbres", principio que aparecía generalizado en el art. 5, ahora derogado, según el cual "ninguna persona puede tener derechos irrevocablemente adquiridos contra una ley de orden público".

Los derechos subjetivos en general, en la perspectiva de nuestro Código, no son incompatibles con el respeto de los derechos de los demás, y se afirman en una visión depurada a través de la preeminencia del interés común, expresado en el orden público y las buenas costumbres, de las que no es posible apartarse poniendo como objeto de los actos jurídicos hechos que sean contrarios a la regla moral so pena de quedar fulminados de nulidad absoluta, como si no tuvie-

ran objeto, según al art. 953. Son esas buenas costumbres que, según la expresión del Codificador, consisten en el cumplimiento de los deberes impuestos al hombre por las leyes divinas y humanas.

Este precepto tiene el alcance de una idea fuerza que impregna todo el sistema normativo e institucional del Código con un sentido ético regulador de todas las relaciones jurídicas. De allí que la doctrina de los autores mayoritariamente, y la jurisprudencia de los tribunales de modo casi uniforme, hubiesen admitido antes de la reforma de 1968, principios moderadores del ejercicio de los derechos subjetivos, los cuales pudieron incorporarse al sistema del Código, con natural sustentación en toda una gama de valoraciones éticas y sociales indispensables para la realización de la justicia, y que el pensamiento del Codificador con un amplio sentido moralizador y previsor volcó en su proyecto. Es así como la Comisión Reformadora de 1968 pudo concretar en textos legislativos la lesión subjetiva, la revisión judicial de la cláusula penal excesiva, la imprevisión que pone remedio a la lesión sobreviniente, y el abuso del derecho que, en la letra del Código según el enunciado del art. 1071, Vélez Sársfield parecía rechazar.

Es importante desentrañar el pensamiento del Codificador con respecto a la calificación de individualista hecha al Código por la mayoría de sus comentaristas, y que nosotros hemos refutado, atribuyéndole un carácter eminentemente liberal compatible con una perspectiva social de los derechos subjetivos. En este aspecto lo más significativo tal vez lo hallamos en su concepción del dominio, pues es esta institución la que revela en mayor grado las tendencias legislativas en orden a los fenómenos sociales. El dominio en su versión genérica de propiedad es, como la libertad y la familia, una expresión humana natural, permanente e indestructible.

La propiedad ha sido cuestionada en todos los tiempos. Sus fundamentos, sus fines, su justificación y su alcance han sido motivos de discusión de filósofos, políticos, economis-

tas, moralistas y sociólogos. Ninguna institución como la propiedad, ha experimentado en igual grado la influencia de los fenómenos sociales de todo tipo y ninguna categoría del pensamiento jurídico ha sufrido más la presión de las ideologías.

Parece claro el pensamiento del Codificador, quien deliberadamente se ha apartado de sus fuentes omitiendo el carácter absoluto que éstas atribuyen al dominio en el ejercicio de las facultades propias de ese derecho, lo que no significa desconocer que por absoluto también deba entenderse la suma de aquellas facultades (*plena in re potestas*) y asimismo su oponibilidad *erga omnes* que diferencia a los derechos reales de los derechos personales.

En el siglo XVIII David Hume, en su *Tratado de la Naturaleza Humana,* afirmaba que la civilización y la seguridad jurídica se asientan sobre tres principios fundamentales: la estabilidad de la posesión, aludiendo a la propiedad privada; a su transferencia por consenso y al cumplimiento de las promesas, refiriéndose a los contratos como forma de autoregulación de la conducta y a la fuerza vinculatoria del consentimiento en la convención.

La propiedad y el contrato tienen en su ejercicio las limitaciones naturales que impone la vida social, pues, como decía Alberdi, la libertad de cada uno termina donde empieza la de sus semejantes.

Con respecto a la propiedad, la nota al art. 2508 expresa que el dominio se ejerce dentro de los límites y bajo las condiciones determinadas por la ley por una consideración esencial a la sociedad que hace prevalecer el interés general sobre el interés particular. En cuanto a los contratos, el art. 21 del Código Civil dispone que las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia están interesados el orden público y las buenas costumbres.

No hay duda de que la concepción de Vélez Sarsfield sobre las dos instituciones del derecho privado que privile-

gian la voluntad del individuo en el ejercicio de los derechos subjetivos, como son la propiedad y el contrato, tiene como esencia el reconocimiento de la libertad individual o sea del individualismo liberal dentro de las limitaciones que impone el interés general.

Esas restricciones son necesarias como consecuencia de que el legislador admite una proyección social del derecho subjetivo en orden a la realización plena de los fines materiales y morales del hombre en el marco de la convivencia con sus semejantes, contribuyendo al bien común pero de ningún modo contrariando el interés general.

El derecho subjetivo, tal como lo conciben Savigny e Ihering en tanto poder atribuido a la voluntad por el ordenamiento jurídico para el cumplimiento de los fines del hombre, o sea los intereses jurídicamente protegidos, confiere poderes de actuar para hacer efectiva la seguridad de goce del derecho.

La perspectiva o proyección social del derecho individual significa que en el ejercicio de ese derecho la persona persigue su interés particular pero no desdeña el interés común que puede promover, como consecuencia de ese ejercicio, preservándolo de todo agravio.

La teoría sobre la función social opuesta al derecho subjetivo ha sido expuesta, como lo anticipamos, por León Duguit, quien sostiene que el hombre no tiene derechos, pero tiene en la sociedad una cierta función que cumplir, una cierta tarea que ejecutar. Ese es precisamente, dice Duguit, el fundamento de la regla de derecho que se impone a todos, grandes y pequeños, gobernantes y gobernados. Agrega a continuación que a la libertad se la define en el sistema individualista como el derecho de hacer todo lo que no daña a otro, y, por lo tanto el derecho de no hacer nada. En la concepción moderna realista y socialista la libertad no es eso. Todo hombre tiene una función social que llenar, continúa diciendo Duguit y, por consiguiente, tiene el deber social de desempeñarla. En cuanto a la propiedad no es ya en el derecho moderno, el derecho absoluto, intangi-

ble que el hombre que posee riqueza tiene sobre ella según la concepción individualista y metafísica. El propietario que posee esa riqueza tiene por ello una función social que cumplir, mientras cumple esa misión, sus actos de propietario están protegidos. Si no la cumple o la cumple mal, si por ejemplo no cultiva la tierra o deja arruinarse su casa, la intervención de los gobernantes es legítima para obligarle a cumplir su función social de propietario, que consiste en asegurar el empleo de las riquezas que posee conforme a su destino. Termina afirmando el Decano de Burdeos que el sistema civilista debe forzosamente desaparecer de nuestras sociedades modernas pues en todos los países modernos se elabora un nuevo sistema jurídico fundado en una noción de orden puramente realista y verdaderamente socialista: la función social.

El jurista y filósofo del Derecho Jean Marc Varaut publicó en Francia una obra que tituló *Le Droit au Droit (Pour un liberalisme institutionnel)* que tiene traducción castellana y ha sido publicada en 1989 por la editorial "La Ley". El autor, al hacer la crítica de la teoría de la función social de la propiedad, expresa que el derecho de propiedad ilustra con la mayor exactitud la tesis de la anterioridad ontológica del derecho sobre las leyes que lo instituyen, pues el derecho de propiedad es un derecho propio del hombre, como su vida y sus libertades. Agrega que son personas según la concepción occidental, quienes están investidas de la calidad y de las prerrogativas de la propiedad, lo cual se opone a la concepción funcionalista de la sociedad socialista, para la que los derechos de que gozan los hombres sobre las cosas les son concedidos por la colectividad, que es la única que tiene los tributos de la sociedad.

Dentro de la concepción socialista, dice Varaut, el derecho de propiedad deja de ser un atributo individual enraizado en la esencia de la persona humana para convertirse en una simple prerrogativa del poder público, esto es, una "función social", como lo afirmara León Duguit desde 1905.

Esta concepción llamada realista y socialista nada tiene que ver con el individualismo liberal de proyección social que inspira el sistema jurídico del Código Civil. Sobre la base del reconocimiento del derecho subjetivo se construyen las instituciones del derecho privado que tienen vigencia en nuestro país desde la sanción del Código Civil. La propiedad es un derecho individual que se proyecta socialmente, no es una función social que las personas deban ejecutar como una obligación y no como una facultad.

Atribuir a los derechos subjetivos el carácter de función social equivale a negar su existencia misma y convertirlos en "deberes-función", que los individuos tienen la obligación de ejecutar en utilidad y beneficio de la sociedad y el Estado, lo cual es propio de los sistemas políticos socialistas o social demócratas que tuvieron auge después de la segunda guerra mundial hasta la caída del muro de Berlín durante la jornada del 9 de noviembre del año último.

El tema tiene particular importancia en presencia del llamado constitucionalismo social que ha dado fundamento a las nuevas constituciones provinciales y en particular al proyecto frustrado de reforma de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires.

El art. 27 de este proyecto dice: "La actividad económica y el capital deben estar al servicio del hombre y cumplir una función social... La propiedad es inviolable en el marco de su función social..."

Si la función social es un deber y no un derecho, este concepto es contrario al derecho de propiedad individual que reconoce el art. 17 de la Constitución Nacional y a la regulación normativa del dominio en el Código Civil, que constituye la instrumentación legal en el derecho privado de las declaraciones, derechos y garantías que contiene la parte dogmática del Estatuto Fundamental.

Esas constituciones pugnan con la libertad individual y el derecho de propiedad reconocidos en los art. 17 y 19 de la Constitución Nacional, particularmente este último, en cuanto dispone que ningún habitante de la Nación será obli-

gado a hacer lo que no manda la ley ni privado de lo que ella no prohíbe.

Por otra parte el art. 31 expresa que "esta constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso... son la ley Suprema de la Nación, y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ellas, no obstante cualquier disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales..."

El constitucionalista Miguel M. Padilla en un artículo publicado en "La Nación" del 30 de junio de 1990 que tituló "Un reformismo opuesto a la racionalidad" refiriéndose al proyecto de reforma de la constitución bonaerense, expresa su opinión sobre la función social de la propiedad. Se dice allí que si con tal expresión se busca hacer referencia al tradicional reconocimiento de que los derechos, entre ellos el de propiedad, deben ser limitados mediante una reglamentación razonable en interés de los terceros y de la comunidad, nada nuevo se está proponiendo, y, por ende, la frase puede omitirse sin consecuencia alguna.

Pero agrega, si su sentido no es tan inocente, si cargada de ideología de alguna manera quiere verse en ella una apertura para que el Estado avance sobre la libertad individual para ordenar a las personas cómo deben organizar el manejo de sus bienes, tal interpretación entra en conflicto abierto con el espíritu general de la Constitución Nacional en particular.

Nosotros hablamos de la pretendida función social de la propiedad frente al individualismo liberal del Código Civil, que instrumenta adecuadamente la garantía constitucional de inviolabilidad de la propiedad al regular el derecho real de dominio.

El constitucionalismo social que propone como una avanzada ideológica la función social de la propiedad, constituye una pretensión frustrada a pesar de las numerosas constituciones provinciales que la declaman como declaración programática.

En primer lugar, porque entra en conflicto con la Cons-

titución Nacional y el Código Civil dictado por el Congreso Nacional para toda la Nación, en ejercicio de la facultad atribuida por el art. 67 inc. 11 del estatuto fundamental, que son ley suprema de la Nación.

En segundo lugar, porque ningún Estado moderno en nuestra civilización occidental puede erigir su sistema institucional jurídico político sobre la base de suprimir el derecho de propiedad que es derecho natural y por lo tanto anterior a la ley y al Estado.

Para terminar, deseo insistir una vez más en el individualismo liberal estructurado en el Código Civil con una proyección social que permite el funcionamiento de los derechos subjetivos en una perspectiva social, la cual, al proporcionar al individuo la realización plena de sus fines materiales y morales en el marco de la convivencia humana, contribuye a la vez al bien común.

No sería necesario entonces agregar al concepto de propiedad el carácter de función social que equivale a negarla como derecho subjetivo y convertirla, como dice Varaut, en una simple prerrogativa del poder público que impone deberes y no reconoce derechos.

En un reciente comentario en "La Ley", Actualidad, del 2 de octubre pasado, Pedro J. Frías refiriéndose al "Debate sobre el Capitalismo Liberal" afianza sus convicciones en la función supletoria del Estado y termina afirmando: "Nos basta el Estado social de derecho, o sea la propiedad privada más su función social; la libre iniciativa más la solidaridad, la representación más la participación popular".

Nosotros creemos que todo ello se logra con la proyección social del derecho de propiedad que está implícita en el sistema de Vélez Sársfield sin tener que acudir a la expresión "función social" que oscurece y compromete el recto sentido de aquella garantía constitucionalmente inviolable, y rechazamos la calificación de Estado social de derecho pues toda organización política del Estado democrático y republicano es por ello mismo social y de derecho.

LOS APROVECHAMIENTOS PÚBLICOS BINACIONALES. SU PROBLEMÁTICA JURÍDICA. ESPECIAL REFERENCIA AL TRATADO DE YACIRETÁ

Comunicación efectuada por el académico correspondiente Dr. Jesús Abad Hernando, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 13 de septiembre de 1990

Al río Paraná.

"Por doquiera que pase este río, todo ser viviente que en él se mueva vivirá; los peces serán muy abundantes, porque hasta donde lleguen estas aguas todo quedará saneado; la vida prosperará hasta donde llegue este río."

Sagrada Biblia

(Libro Ezequiel 47,9)

INTRODUCCIÓN

El trabajo pretende efectuar un enfoque argentino de derecho público sobre parte de los problemas que han surgido para la realización de los aprovechamientos binacionales. En particular, se ha partido del tratado para el de Yacyretá de 1973.

En consecuencia, este estudio analiza asimismo algunas de las cuestiones que se plantean con relación a las denominadas "entidades binacionales". Y tal preocupación de búsqueda no debe agotarse en el derecho público —como se hace en este caso—, rama del Derecho que ha sido la que primero impulsó su tratamiento y se planteó posibles soluciones, las que debían armonizarse tanto en el plano interno como en el internacional, sino que también hoy debe ser objetivo del derecho privado, en especial del derecho societario y empresario, comercial e industrial en general, sin descuidar lo relativo a normas jurídicas sobre comunicaciones y transportes. Esto exige también criterios de solución macroeconómica en un mundo cada vez más interrelacionado. Y lleva asimismo a pensar en uniones de empresas automáticamente reconocidas como personas jurídicas privadas en cada Estado Nacional, bajo la previsión legal vi-

gente y pactada, en materia civil, comercial, industrial y laboral.

Se trata, por consiguiente, de dar respuestas a desafíos que se imponen hoy día a día, que han de exigir la visión de ojos nuevos en la metodología de la investigación y en las respuestas a darse, aunque sin abandonar el fundamento firme de los principios generales del Derecho y, por supuesto, primigeniamente los del ordenamiento jurídico— político en el alto plano constitucional. Parece importante llegar a la problemática de un tema con proyección plurinacional incluso y se ha optado hacerlo desde un caso concreto, antes que desde una mera lucubración en abstracto.

No debe dejarse de señalar, por tanto, la importancia de un trabajo permanente e intercomunicado para poder así atender los requerimientos de nuestros pueblos que reclaman ya mismo no sólo la integración regional, sino también la tarea mancomunada de equilibrio en la esfera de lo internacional que, cada vez más, impone a la mesa de trabajo sus exigencias y la satisfacción de renovadas y diversas expectativas.

Traigo así a este alto foro una rica problemática que he de considerar solamente desde su tratamiento iuspublicista, tras señalar las numerosas aristas y planos posibles de estudio.

Debo de inmediato advertir lo siguiente:

1. En el capítulo que sigue he abordado, siempre como punto de partida más que de llegada, la fuente de legalidad aplicable como el gran "a priori" y, por ello, se considera especialmente el Tratado de Yacyretá que, tras seguir en gran medida el modelo del de Itaipú, pone en evidencia un intento de complementación para un emprendimiento binacional. En el primer caso, entre la República Argentina y la República del Paraguay, y, en el segundo, entre las Repúblicas del Paraguay y del Brasil.

Me he propuesto el estudio cierto y derivado de tal normatividad; lamentablemente, luego trastrocada por nu-

merosas notas diplomáticas aprobadas "en bloque" por ambos Estados: la Argentina y el Paraguay.

Sin perjuicio de algún señalamiento de desvíos incurridos, no quise traer aquí la "patología" que presenta, luego de varios años, la aplicación del Tratado.

Aunque, como ya se ha indicado, no ha sido el Tratado en sí el origen de los desvíos, sino aquel trastrocamiento enunciado.

Basta un ejemplo, para dejar acreditada la excesiva burocracia que con el tiempo se ha instalado en la llamada "Entidad Binacional Yacyretá". Prácticamente, por exceso de aquella normativa derivada a posteriori del Tratado, se previó que la designación del personal fuera por una especie de modalidad de "uno por uno" entre los nacionales de cada Estado, aunque la función podía ser cumplida por uno solo, según su especialidad o requisitos técnicos funcionales al efecto.

Tal desvío, entre tantos otros, reviste plena dificultad y contraría el buen funcionamiento que, sin más, prontamente debiera revisar nuestro Gobierno con el de la otra Alta Parte Contratante.

2. Una vez sentada, como se señaló antes, la importancia de estas "entidades plurinacionales" y no sólo las estatales, puede afirmarse anticipadamente que es fundamental contar, en primer término, con una legislación y jurisdicción previamente establecidas, y luego, en segundo lugar, deben resolverse los problemas de "administración" de las entidades o sociedades a constituirse.

Esto es fundamental en la tipología que pone en evidencia el Tratado de Yaciretá.

Precisamente, en el caso de los grandes emprendimientos, deben preverse distintos métodos posibles para una legislación armónica. La preocupación actual de la preservación ambiental y tantos otros, que no agotan la defensa ecológica, así lo imponen. Téngase presente que, como es el caso de Yacyretá, el emprendimiento no se agota en la etapa

constructiva, sino en la compleja de explotación, sin perjuicio del mantenimiento y conservación. De aquí que la concesión de obra pública sea correcta respuesta de Derecho.

En el caso que hemos tomado como prototipo de análisis, no deben perderse de vista los problemas que derivan de supuestos expropiatorios y las cuestiones de seguridad fronteriza y aduana, como así también que el lugar del emprendimiento impone la constitución previa de un "condominio de derecho público" que, en el caso argentino, parece imponer una solución de "unidad", no sólo conceptual sino con la exigencia que prevé la Constitución Nacional, en cuanto a legislación exclusiva que le corresponde al Congreso, para estos lugares donde se instalan "establecimientos de utilidad nacional" (art. 67, inc. 27 de la C.N.). Sin embargo, tampoco la preocupación de estudio al respecto agota el análisis posible, ya que, siendo nuestro país un estado federal, las cuestiones especiales de "dominio", "legislación" y "jurisdicción" deben estar necesariamente presentes. En efecto, la primera impone la presencia necesaria e insoslayable de la provincia, por su carácter de titular del dominio. Y esto exigirá también ajustes de tratamiento y solución, según se trate de zonas del aprovechamiento en sí, lago y perilago, o bien mediatamente vinculadas al "emprendimiento". En unas el uso público será necesariamente "indirecto" y en las últimas se admitirá el uso público "directo" para fines recreativos, turísticos y de comodidad común en los accesos. No debe olvidarse que la legislación provincial puede imponerse, y no sólo por razones de tutela ambiental, en zonas en que la seguridad funcional y de servicio y el cumplimiento del fin del aprovechamiento, lo permitan.

3. Puesto en relieve que el análisis jurídico que se hará se plantea sobre el "deber ser" de la normativa del Tratado y no sobre su "patología", debe destacarse el carácter de río internacional que tiene el Paraná que es donde está establecido el aprovechamiento, para el cual nuestro

sistema jurídico dicotomiza la titularidad del dominio, que le corresponde a la provincia, de las potestades de legislación y de jurisdicción, que le corresponden al Estado Federal. Estas cuestiones las considero resueltas ya por el eminente maestro Dr. Miguel S. Marienhoff en sus numerosos trabajos, en especial en su *Régimen y Legislación de las Aguas Públicas y Privadas* y más reciente, en el tomo V de su *Tratado de Derecho Administrativo.*

Quizás, dicho esto como anticipo de opinión, ha sido mejor solución, en lo referente a la administración en sí, la dada por el Tratado de Salto Grande que la de Yacyretá, como modelo funcional.

En efecto, el primer supuesto, o sea el de la "Comisión Técnica Mixta de Salto Grande", presenta hoy un mínimo de desvíos y, sobre todo, de deformaciones burocráticas.

Finalmente, a esta altura, este Río Paraná —tan entrañable para los argentinos por múltiples razones históricas, políticas y geográficas— exige un tratamiento sistemático y no sólo por su carácter de hidrovía, sino por sus ingentes recursos naturales y potenciales.

Su carácter de río interior navegable en plena libertad (art. 26 C.N.) debe imponer también la reciprocidad de trato, en el ámbito internacional, como pauta de auténtica integración con especial referencia a nuestro continente, siguiéndose así el criterio de la Constitución de la República Italiana de 1947, que en sus arts. 10 y 11 da un marco adecuado de solución y es modelo posible a seguir.

I

ENCUADRAMIENTO DE LAS CUESTIONES

1. Este estudio parte de un enfoque juridicoformal desde la perspectiva del Derecho vigente en la República Argentina; pero sin perder de vista que se está frente a una realidad, normada por medio de la voluntad soberana del Estado argentino que ha contraído un compromiso, en alto nivel internacional, con otra voluntad soberana, la del Estado paraguayo. Y que ambas voluntades soberanas han formulado un régimen jurídico integral: Tratado de Yacyretá; Estatuto de la Entidad Binacional Yacyretá, Anexo "A"; Descripción General en relación al Objeto del Tratado, Anexo "B"; Bases Financieras y de Prestación de los Servicios de Electricidad, Anexo "C"; Notas reversales intercambiadas a la fecha; Reglamento Interno de la Entidad Binacional Yaciretá, dictado conforme al Estatuto citado.

Corresponde señalar, por ello:

a) El Tratado y toda la normatividad dictada por y en acuerdo de ambas soberanías tienen plenamente el soporte juridicopolítico necesario, en el caso de la República por estar fundados en la Constitución Nacional (arts. 31, 27 y c.c.), como sistema dispositivo de legalidad superior en y para el Estado Argentino concebido como totalidad.

Fundamentalmente porque —por su ratificación legal— integra el régimen de legislación suprema, a partir de la Constitución Nacional misma.

En el caso de la República del Paraguay, es advertible de inmediato el mismo estricto cumplimiento de su Alto Derecho Positivo, cuyo estudio no corresponde a este trabajo de enfoque limitado. Lo que desde ahora queda sentado por el gran respeto que merece la legalidad de dicho Estado Soberano.

b) El tratado y toda la consecuente normatividad, pactada por ambos Estados Nacionales en ejercicio de su soberanía plena, tienen a su vez un encuadre jurisdiccional incuestionable, en el caso de la República Argentina, ya que:

b') Responde a un objeto de interés general del país considerado como unidad, por cuanto se trata de un fin de "bienestar general", propio del ejercicio de los llamados "poderes de la prosperidad" (art. 67, inc. 16 de la C.N.) y en relación, en ~~principio~~, a recursos que no pueden considerarse como propios de ninguna de las provincias en particular (art. 107, última parte, a "contrario sensu" y 108 de la C. N.) ya que se trata de un curso fluvial internacional "fronterizo y de tránsito", interprovincial "de tránsito" y además navegable (arts. 26; 67, incs. 9, 12, 28 y c.c. de la C.N.).

b") Justifica necesariamente unidad de régimen jurídico (o sea de jurisdicción en sentido amplio en su caso) cualquier emprendimiento, máxime si aparece pactado a nivel internacional. Debe destacarse que en el objeto del Tratado tanto el aprovechamiento hidroeléctrico como el mejoramiento de las condiciones de navegabilidad y con él la atenuación de los efectos de las crecidas extraordinarias, aparecen inescindibles como fin (art. I del Tratado).

b"') Exige, en la consideración de la dominialidad pública, al menos en la zona en que pueden distinguirse tres áreas como mínimo, la adopción de una conceptualización unitaria por la razón misma de afectación al fin-objeto propuesto.

2. La República Argentina es un Estado federal y ello impone por tanto la necesidad de conciliar, armonizando intereses, este fin-objeto propuesto y decidido por el Gobierno Nacional con las facultades que conservan para su ejercicio las provincias directamente vinculadas en el sector espacial correspondiente.

Como es sabido, el Gobierno Nacional tiene una esfera de poderes de carácter delegado y los gobiernos de la provincias ejercen los de sus respectivas esferas particulares de carácter conservado (arts. 104, 105, 106, 5 y c.c. de la C.N.). Desde esta óptica deben analizarse las atribuciones normativas y las posibilidades de descentralizar la acción ejecutiva en algunos planos de la actividad [1].

A ello han respondido las disposiciones dictadas por ambos gobiernos provinciales, de Corrientes y de Misiones, y asimismo convenios que ha celebrado —en su nivel— la Entidad Binacional Yaciretá con una de las provincias antes citadas y necesariamente habrá otro con ambas. Asimismo con otros entes y empresas nacionales o provinciales.

[1] Ante todo se debe precisar la importancia que, como obras de consulta insustituibles, han sido las de JULIO A. BARBERIS, *Entidades públicas multinacionales para obras hidráulicas internacionales en América Latina,* en "Annales Iuris Aquarum", vol. II, tomo II, Caracas, 1976; y *Los Sujetos del Derecho Internacional actual,* Ed. Tecnos, Madrid, 1984, del mismo autor. Asimismo, MIGUEL MARIENHOFF, *Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas,* "Biblioteca de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires", serie I, II, obras, Nº 9, Buenos Aires, 1971 y también de este autor: *El régimen de aguas en nuestro sistema federal,* "El Derecho", tomo 106, 21-X-1983, N. 5844

Del mismo modo de los constitucionalistas patrios, GERMÁN BIDART CAMPOS, *Manual de Derecho Constitucional,* Buenos Aires, 1974; y JORGE R. VANOSSI, *Régimen Constitucional de los Tratados,* Buenos Aires, 1969; y *Teoria Constitucional,* 2 tomos, Buenos Aires, 1976.

II

EL TRATADO COMO FUENTE DE LEGALIDAD APLICABLE

1. Se ha destacado que el Tratado de Yacyretá suscripto en Asunción el 3 de diciembre de 1973 entre la República del Paraguay y la República Argentina, aprobado y ratificado por sendas leyes 433 y 20.646 de ambos Estados Soberanos, ha sido convenido, en el caso de la República Argentina que analizamos, en consecuencia de la Constitución Nacional y por ende integra el régimen jurídico de su legalidad suprema. Esta premisa, una vez afirmada, permite ahora una consideración de distintos aspectos, lo que se hará en concordancia con todo el ordenamiento argentino, como asimismo en relación a toda la normatividad pactada de conformidad al Tratado y a la legislación vigente en el Estado argentino [2].

2. En primer lugar, el art. I del Tratado crea un nuevo régimen jurídico al establecer que "Las Altas Partes Contratantes" —o sea la República del Paraguay y la República Argentina—, en ejercicio de la soberanía respectiva que les es ínsita, "realizarán,..." —objeto de ejecución de medios a fin— "en común..." ésta es nota esencial del emprendimiento— "y de acuerdo con lo previsto en el presente tratado,..." —aquí se crea un verdadero régimen jurídico ex novo— como se ha dicho —y ad hoc, al que siempre deberá tenerse en cuenta para su análisis integral— (y prosigue caracterizando el objeto) "..., el aprovechamiento hidroeléctrico, el mejoramiento de las condiciones de navegabilidad del río Paraná a la altura de la Isla Yacyretá, y even-

2 República Argentina.
Ley aprobatoria 20.646 (B.O. 26-III-74); leyes 21.562 (B.O. 26-IV-77), 21.563 (B.O. 27-IV-77), 21.564 (B.O.28-IV-77) y 22.313 (B.O. 7-XI-80).
República del Paraguay:
Ley aprobatoria y ratificatoria 433; y leyes 598, 599, 606.

tualmente, la atenuación de los efectos depredadores de las inundaciones producidas por crecidas extraordinarias."

Estimo que se debe valorar en este primer dispositivo la clave del subestudio.

Los Estados Soberanos quieren "realizar" y "en común" un objeto de alto interés público para ambos y, sin desprenderse de la potestad superior de supremacía soberana y territorial en consecuencia, crean un régimen jurídico específico, por vía del Tratado, a ese ponderable y significativo propósito. La normatividad superior de ese régimen jurídico está contenida, por tanto, en el Tratado celebrado [3].

¿Pero cómo lo hacen?

No en forma directa, sino por intermedio de la estructuración de una organización que es un sistema de autoadministración generada por los mismos ambos países signatarios.

Es, en rigor, administración institucionalizada pura, o sea sin contenido gubernamental o discrecional amplio, a partir del Tratado mismo (art. III) ; lo que no excluye que se la dote como un "verdadero centro autónomo de decisión", al objeto previsto por el art. I y sus c.c. del Tratado. Esta es la primera significación aproximativa a la entidad Binacional Yacyretá, sobre lo cual ya se volverá infra.

3. Se constituye así por ambas Altas Partes Contratantes, precisamente: "A los efectos previstos en el artículo I" y "en igualdad de derechos y obligaciones" como deber de los únicos Estados Soberanos constituyentes, "una entidad binacional denominada Yacyretá con capacidad jurídica, financiera y administrativa, y también responsabilidad técnica para estudiar, proyectar, dirigir y ejecutar las obras que tiene por objeto, ponerlas en funcionamiento y explotarlas como una unidad desde el punto de vista técnico y económico" (art. III-1 del Tratado).

[3] Vid. L. A. COSTA PODESTÁ y JOSÉ M. RUDA, *Derecho Internacional Público,* Buenos Aires, 1979, págs 337 y ss.

O sea, se crea, por un acto fundacional, una entidad con plenas facultades institucionales para la realización del objeto y su cumplimiento exhaustivo. Lo hacen dos Estados Soberanos en un estricto pie de igualdad, institucionalizando un fin de obra y de servicio público integrados, por cuanto se contempla la etapa de construcción, instalación y demás complementos con su labor de arte, y la etapa posterior de eficaz explotación del Servicio con todo lo que esto significa como unidad técnica y económica.

Esta forma de institucionalización del fin público y de servicio tipifica un modo de "administración indirecta y descentralización funcional" que tiene, como nota singular, su creación primigenia por dos Estados Soberanos de consuno, que le dan su ley de fundamento y organización por medio de un Tratado y anexos correspondientes, que, a su vez, es ley para ambas Altas Partes Contratantes.

Conlleva una individualidad juridicoadministrativa de derecho público; una individualidad patrimonial, ya que puede tener patrimonio propio, con los límites que se pondrán en evidencia (art. V-2 y otros c.c. del Tratado); una dirección administrativa propia con plena autarquía facultativa y funcional.

Se la dota de una normatividad y, a partir de ella, se organiza y funciona con autoridades singulares de la entidad y para el eficaz cumplimiento de sus fines en relación al objeto del Tratado. Por eso la Entidad Binacional Yacyretá está dotada de ciertas facultades específicas de plena administración, como ya se pondrá en relieve luego.

Su marco es el Tratado. Excede por ello de la simple caracterización del mero concesionario ("status" que debe serle reconocido mínimamente por el régimen juridicopolítico de cada Alta Parte Contratante; pero es sujeto del Derecho público de mayor significación, sentido y alcance) y adquiere la dimensión de una Administración plena por delegación expresa y dotación de personalidad jurídica —según el encuadre del Tratado y su normatividad pactada derivada— hecha formalmente por ambos Estados Sobera-

nos, como sus autores fundacionales, en pie de igualdad y conjuntamente.

Por eso Yacyretá —es decir la Entidad Binacional Yacyretá— como se dirá en adelante, es un "verdadero centro autónomo de intereses" y por tanto merece, y es lo que tiene precisamente reconocido, persona jurídica de derecho público a nivel internacional, no preocupando por el momento —por no ser tema de este estudio— si es o no persona del Derecho Internacional Público; pero sí, en virtud del Tratado y como su fuente y marco limitativo de legalidad al mismo tiempo, puede ser sujeto de relaciones jurídicas en el plano nacional de cada Estado Soberano y asimismo en el Internacional, en la medida de aquella "fons y ratio iuris". Y los "intereses" han sido fijados justamente por ambos Estados Soberanos [4].

4. A su vez, la entidad Binacional Yacyretá, si bien fundada por ambos Estados Nacionales que han puesto los elementos de "voluntad" y de "intereses" a perseguir y han hecho con ellos un nexo, tiene una base asociativa. Es la constitución por parte de ANDE (de la República del Paraguay) y de A. y E. (de la República Argentina), "con igual participación en el capital..." (art. II-2; concs. arts. VII-1; IX y X: todos del Tratado).

En definitiva, Yacyretá es una entidad binacional constituida en Administración con plena capacidad, dentro de los límites fijados por el marco legal, cuyo fundamento está en el Tratado.

Esta plena capacidad para actuar en el universo jurídico como una autoadministración —como define el gran maestro del *Derecho Administrativo francés*, André de Laubadere— aparece avalada por distintos dispositivos (art. III-1, 2, 3; art. IV-2, dispone cómo será "administrada") del Tratado y en su consecuencia por el Estatuto (Anexo "A", en el capítulo III, arts. 5 a 17, que trata de la "administración"

[4] LEÓN MICHOUD, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, actualizada por Louis Trotabas, 2 tomos, París, 1932.

desde el punto de vista de dirección propia, funciones y facultades).

También puede crear relaciones jurídicas y para ello aplica la normatividad correspondiente que le sirve de fundamento y además se actúa la jurisdicción respectiva en cada caso (art. IV-1 y art. XIX-1 y su conc. art. XX-1, del Tratado). Todo ello ha sido contemplado correlativamente en el Anexo "A" del Tratado, Estatuto de Yacyretá.

Por su parte, Yacyretá del mismo modo puede ser sujeto de relaciones, actos y negocios como entidad capaz en lo jurídico y, en ese caso, puede acordar las cláusulas respectivas (arts. III-1; XIX-2; XX-2 del Tratado).

En tanto, ambos gobiernos de los Estados Soberanos signatarios del Tratado y demás legalidad aplicable, mantienen una cierta tutela administrativa de control y, sobre todo, de cierre residual de legalidad, en lo no previsto como Administración establecida (art. III-3 del Tratado y art. 23 del Estatuto, Anexo "A" del mismo Tratado).

5. Ha parecido oportuno extenderse en este carácter de administración plena acordada a la Entidad Binacional Yaciretá, por delegación de facultades pero con capacidad jurídica para su ejercicio, para destacar mejor luego el significado, sentido y alcance de las cláusulas del Tratado, especialmente, las que ponen en evidencia las facultades retenidas por cada Alta Parte Contratante.

En efecto:

a) El art. V-1 del Tratado describe cómo queda constituido "un condominio por partes iguales, de ambas Altas Partes Contratantes" y que no produce "variación alguna en los límites entre los dos países establecidos en los Tratados vigentes". Este condominio está formado por: "Las instalaciones y sus obras auxiliares, así como las que se realicen para el mejoramiento de las condiciones de navegabilidad del río Paraná, mencionadas en el artículo I descriptas en el Anexo "B", . . ."

Como se ha sostenido, Yacyretá es una Administración y como tal asume la de este "condominio". Pero la administración ejercida por la Entidad Binacional Yacyretá lo es sin perjuicio de la Potestad Soberana que conserva cada Alta Parte Contratante como expresión de su Supremacía Territorial. Ni el "condominio en sí" ni "su administración" y uso por Yacyretá, pueden alterar o perjudicar en manera alguna la Propiedad y Jurisdicción como Derechos de los Estados Soberanos en cada uno de los ámbitos territoriales respectivos.

Ese mismo condominio —que es la "materia-objeto" de la Administración— "...no conferirá, a ninguna de las Altas Partes Contratantes, derecho de propiedad ni de jurisdición sobre cualquier parte del territorio de la otra. Tampoco implica alteración ni cambio de las respectivas soberanías ni modifica derechos actuales de las Altas Partes Contratantes sobre la navegación del río Paraná". (art. V-2 del Tratado.)

Adviértase que ese Derecho de Propiedad, además del institucional (o "ius eminens") supone que —por tratarse de un bien público del Estado Soberano, según corresponda en cada territorio del mismo— sigue teniendo como único titular a cada Estado Nacional, conforme a su propio régimen juridicopolítico, y, por consiguiente, está sometido a: 1) su potestad estatal; 2) su régimen público; 3) su fin público, inmediato o mediato, directo o indirecto.

Cada gobierno nacional ha retenido además inequívocamente la potestad de legislación plena y la actuación de la misma, es decir su jurisdicción.

Parece que esta distinción es muy importante y permite deslindar esferas de acción y el poder de avocación que ambos Estados Soberanos mantienen (art. XXI del Tratado); la atribución de ejercicio del poder (art. XVIII del Tratado) y los otros modos de ejercicio de la soberanía, en que se han seguido los principios vigentes en la Comunidad Internacional (art. V-3; art. VI; art. VII del Tratado y su conc. residual, art. III-3 del mismo Tratado).

Todo ello sin mengua del ejercicio pleno de soberanía por cada Estado Nacional, pero creando un régimen jurídico pactado que permite la institucionalización de una Administración para el objeto propuesto. Puede decirse que se ha institucionalizado una Administración Sujeto para un objeto de administración.

Yacyretá es el Administrador por mandato delegado de cada Estado Soberano y de consuno.

Y cada uno de ellos lo hace en ejercicio paritario de potestad y tiene bien establecido el Objeto que los ha comprometido.

Yacyretá tiene asimismo por eso bien delimitada su esfera de acción propia, conferida adecuadamente, que le permite, por ser amplia una vez fijados los límites, eficaz ejercicio de sus funciones. De ahí que el Reglamento Interno condense admirablemente esta solución dada por el régimen jurídico querido por el Tratado.

Sin perjuicio de otros dispositivos y en concordancia con ellos, surge preciso el marco de funcionamiento de los arts. 1, 3, 6 y 10 del Reglamento Interno de Yacyretá.

La Entidad Binacional Yacyretá aparece así enmarcada como un "sistema" y debiera agregarse como un "sistema de Administración plena al fin-objeto propuesto". Véanse también a este respecto los arts. 22, incs. a, b, e, q, r, y 41, incs. a, x, y, sobre todo, y sin menoscabo de otros de dicho Reglamento Interno.

Cabe señalar que la "mens iuris" del Tratado surge evidente del tratamiento dado a la necesidad de asegurar "la libre navegación" del río Paraná tanto por su cauce natural como por las esclusas que se construyan. Los principios a que se ha hecho referencia surgen del art. VII, especialmente del párrafo 2, concepto de esclusas "comunes", y del párrafo 3, que alude al régimen de condominio, y al claro concepto de "administración" que se da en el párrafo 4; todo del Tratado. Por eso es trascendente este criterio sentado que ratifica lo antes expuesto, con la unidad normativa del mismo Tratado, que facilita una interpretación con-

Como se ha sostenido, Yacyretá es una Administración y como tal asume la de este "condominio". Pero la administración ejercida por la Entidad Binacional Yacyretá lo es sin perjuicio de la Potestad Soberana que conserva cada Alta Parte Contratante como expresión de su Supremacía Territorial. Ni el "condominio en sí" ni "su administración" y uso por Yacyretá, pueden alterar o perjudicar en manera alguna la Propiedad y Jurisdicción como Derechos de los Estados Soberanos en cada uno de los ámbitos territoriales respectivos.

Ese mismo condominio —que es la "materia-objeto" de la Administración— "...no conferirá, a ninguna de las Altas Partes Contratantes, derecho de propiedad ni de jurisdición sobre cualquier parte del territorio de la otra. Tampoco implica alteración ni cambio de las respectivas soberanías ni modifica derechos actuales de las Altas Partes Contratantes sobre la navegación del río Paraná". (art. V-2 del Tratado.)

Adviértase que ese Derecho de Propiedad, además del institucional (o "ius eminens") supone que —por tratarse de un bien público del Estado Soberano, según corresponda en cada territorio del mismo— sigue teniendo como único titular a cada Estado Nacional, conforme a su propio régimen juridicopolítico, y, por consiguiente, está sometido a: 1) su potestad estatal; 2) su régimen público; 3) su fin público, inmediato o mediato, directo o indirecto.

Cada gobierno nacional ha retenido además inequívocamente la potestad de legislación plena y la actuación de la misma, es decir su jurisdicción.

Parece que esta distinción es muy importante y permite deslindar esferas de acción y el poder de avocación que ambos Estados Soberanos mantienen (art. XXI del Tratado); la atribución de ejercicio del poder (art. XVIII del Tratado) y los otros modos de ejercicio de la soberanía, en que se han seguido los principios vigentes en la Comunidad Internacional (art. V-3; art. VI; art. VII del Tratado y su conc. residual, art. III-3 del mismo Tratado).

Todo ello sin mengua del ejercicio pleno de soberanía por cada Estado Nacional, pero creando un régimen jurídico pactado que permite la institucionalización de una Administración para el objeto propuesto. Puede decirse que se ha institucionalizado una Administración Sujeto para un objeto de administración.

Yacyretá es el Administrador por mandato delegado de cada Estado Soberano y de consuno.

Y cada uno de ellos lo hace en ejercicio paritario de potestad y tiene bien establecido el Objeto que los ha comprometido.

Yacyretá tiene asimismo por eso bien delimitada su esfera de acción propia, conferida adecuadamente, que le permite, por ser amplia una vez fijados los límites, eficaz ejercicio de sus funciones. De ahí que el Reglamento Interno condense admirablemente esta solución dada por el régimen jurídico querido por el Tratado.

Sin perjuicio de otros dispositivos y en concordancia con ellos, surge preciso el marco de funcionamiento de los arts. 1, 3, 6 y 10 del Reglamento Interno de Yacyretá.

La Entidad Binacional Yacyretá aparece así enmarcada como un "sistema" y debiera agregarse como un "sistema de Administración plena al fin-objeto propuesto". Véanse también a este respecto los arts. 22, incs. a, b, e, q, r, y 41, incs. a, x, y, sobre todo, y sin menoscabo de otros de dicho Reglamento Interno.

Cabe señalar que la "mens iuris" del Tratado surge evidente del tratamiento dado a la necesidad de asegurar "la libre navegación" del río Paraná tanto por su cauce natural como por las esclusas que se construyan. Los principios a que se ha hecho referencia surgen del art. VII, especialmente del párrafo 2, concepto de esclusas "comunes", y del párrafo 3, que alude al régimen de condominio, y al claro concepto de "administración" que se da en el párrafo 4; todo del Tratado. Por eso es trascendente este criterio sentado que ratifica lo antes expuesto, con la unidad normativa del mismo Tratado, que facilita una interpretación con-

textual y teleológica, vía segura, tal como lo propone la doctrina más autorizada.

Allí está la "unidad" creada por intereses comunes de carácter público binacional y que ha permitido distinguir "dominio" de "uso", como lo señala el ilustre jurista suizo, Schulthess [5].

En definitiva, ambos Estados Soberanos han hecho una descentralización por "servicio" y no por "territorio", es decir que Yacyretá es una Administración sin substractum territorial, sólo lo es de base institucional.

No obstante, Yacyretá cuenta con un fundamento legal que la torna autosuficiente juridicoformalmente para actuar con plena capacidad en el mundo jurídico, en cuanto a relación con cada uno de los Estados, la República del Paraguay y la República Argentina, aplicándose allí la legalidad concertada en lo administrativo y la de cada país, en cuanto a propiedad y jurisdicción; asimismo es autosuficiente para ser sujeto de relaciones jurídicas en el plano internacional con los límites del marco normativo del Tratado y las disposiciones convenidas en su consecuencia.

Ello surge también no sólo de las facultades señaladas sino de la base dada por ambos Estados Soberanos en lo relativo a recursos, aval y exenciones, y garantías del servicio en la etapa de explotación (arts. VIII-2; IX; X; XII; XIII-2, del Tratado). Todo en relación al cumplimiento de sus fines (arts. I; III y c.c. del Tratado).

Finalmente, no cabe duda de que Yacyretá es un sujeto de derecho individualmente distinto de los Estados Soberanos que lo han instituido como tal y tiene el marco limitativo pero suficiente para actuar —como se ha dicho— en el universo jurídico. Esta institucionalización ha sido generada por las voluntades coincidentes de los dos Estados Nacionales, como única fuente de su legalidad funcional.

[5] Vid. LUCIO M. MORENO QUINTANA, *Tratado de Derecho Internacional Público,* Buenos Aires, 1963.

Cfr. ISIDORO RUIZ MORENO, *Estudios de Derecho Internacional Público,* Buenos Aires, 1965, "Publicaciones Movimiento Humanista de Derecho"; y ALFREDO VERDROSS, *Derecho Internacional Público,* Madrid, 1967, 5ta. ed.

b) Por eso resulta coherente en grado sumo lo dispuesto por el art. XVII del Tratado.

En su párrafo 1 establece que cada Alta Parte Contratante se obliga "a declarar de utilidad pública las áreas necesarias para la instalación del aprovechamiento hidroeléctrico, obras auxiliares y su explotación, así como a practicar, en las áreas de sus respectivas soberanías, todos los actos administrativos o judiciales tendientes a expropiar inmuebles y sus mejoras, o a constituir servidumbre sobre los mismos".

Es decir que Yacyretá asume en esta materia la tarea del Administrador, el cual requiere que, en cada caso, el Estado Soberano realice, en su correspondiente territorio, el acto de soberanía —ley formal— y los demás actos de disposición que supone tanto el de la expropiación como el de la constitución de servidumbre.

Puede delimitar las áreas ad referéndum de las Altas Partes Contratantes (art. XXVII-1 del Tratado) y responde del pago como tarea encomendada expresamente (art. VII-3 del Tratado).

En conclusión, estas precisiones hechas parecen el punto de partida excelente para determinar posibles soluciones a diversas cuestiones planteadas.

Esta descentralización institucional que supone Yacyretá tiene el dato novedoso de que la potestad generadora ha partido del consuno de dos voluntades soberanas, o sea de las dos Altas Partes Contratantes que han acordado, conforme al límite del Tratado, la creación de la Entidad Binacional Yacyretá; pero, a su vez, cada Estado, la República del Paraguay y la Repúblca Argentina, han retenido la Potestad de Supremacía Territorial —Propiedad plena y Jurisdicción irrestricta— sobre los respectivos substractos de territorio, elemento estatal esencial. Es decir, mantienen, en cada caso, la total centralización gubernamental en cuanto a ese elemento: cada Alta Parte Contratante conserva indeclinable la soberanía respectiva, en su propio ámbito espacial.

III

LA CUESTIÓN DEL ENFOQUE UNITARIO DE LA PROBLEMÁTICA Y SU SOLUCIÓN

1. La problemática que supone el objeto que plantea —como verdadero desafío— el artículo I del Tratado de "Yacyretá", sólo puede ser resuelta en sus multifacéticas cuestiones sentando el principio de la unidad.

Éste parece ser el gran "a priori" que debe quedar sustentado en la convicción de que solamente por ese camino conceptual pueden ser encarados todos los aspectos.

En rigor, ese dispositivo del artículo I señalado propone una serie de objetivos bien precisos que se deben armonizar conciliando planteos y respuestas posibles. Esto ha quedado probado en toda la legalidad aplicable al emprendimiento sub studio.

Bien lo conocen ambas Altas Partes Contratantes por medio de sus altos funcionarios y es la tarea misma de todos los días, la que permite incluso vivenciarlo a los señores directores de Yacyretá y demás personal técnico y administrativo.

Pero, ceñido este estudio al supuesto de la problemática en relación al régimen jurídico-político argentino, este concepto de "unidad" sobresale en razón del carácter federal del Estado Nacional.

Ante todo, son muy significativos e importantes los compromisos adquiridos por la República Argentina al convenir con la República del Paraguay, por el Tratado mencionado, la realización de su objeto propio. Esta afirmación —que se impone por su carácter de pública y notoria— no hace otra cosa que evidenciar un imperativo de "conveniencia" y de "oportunidad". O sea de alta valoración de gobierno. De manera que ella —sin alterar los principios juridicopolíticos que rigen al país— puede ser alcanzada con razonabilidad y eficacia y con el menor costo operativo.

A este propósito también debe responder la misma normatividad que se elabore y actúe en su momento.

En el simposio realizado en Buenos Aires [6] referido a "Ríos y Canales Navegables Internacionales" [7], se hizo especial referencia al problema que se plantea en los países federales en el aspecto político. Asimismo, en el simposio organizado por Incyth-Inela (Mendoza, 1976), se trató el tema, al compararse los sistemas de las cuencas hídricas interjurisdiccionales en países federales, por la similitud de algunos de los principios aplicables.

Aquel simposio puso especial énfasis —y las consideró en particular— en las cuestiones políticas internas de los países federales, "en los cuales el dominio de los ríos navegables pueden pertenecer a los estados o provincias, como, en el caso, entre otros, de Argentina, Canadá, los Estados Unidos, India y Suiza, en tanto que la jurisdicción, esto es el poder de ejercer la autoridad política, puede estar dividida y ser compartida según las materias de que se trate. Así, la jurisdicción en materia de navegación interprovincial o internacional, en la Argentina, Canadá y los Estados Unidos es del gobierno federal, en tanto que otros usos lo son de los gobiernos locales".

Lo antes dicho es una premisa de importancia singular. En segundo lugar puede recordarse que, además, en el caso de la República Argentina, los tratados internacionales celebrados por el gobierno federal con la aprobación del Congreso "tienen primacía sobre las leyes locales" y asimismo debe concluirse: "es obvio que en materia de navegación internacional las leyes locales y municipales deben ser ajustadas a aquéllos". "Lo que no significa que el respectivo gobierno federal pueda invadir las atribuciones privativas de los gobiernos locales. Ello requiere un adecuado ajuste interjurisdiccional dentro de cada país."

En el primer simposio relacionado se sostuvo también [8], con respecto a la cuestión referida y al caso concreto del canal del San Lorenzo, entre Canadá y los Estados Unidos, que la

6 Noviembre 30 - Diciembre 4, 1970; Public, Unitar, Buenos Aires, 1971.
7 Mendoza, 1976.
8 Unitar/Symp. 1/B P. 2, addendum.

circunstancia de ser países federales "introdujo una nueva dimensión", según sus respectivas normas constitucionales y por ello "convenios federal-provinciales o federal-estaduales, y también municipales y regionales, tuvieron a menudo que ser logrados antes de que los acuerdos internacionales pudieran ser completados". Y se relata luego el asunto del planeamiento del proyecto correspondiente al área al oeste de Massena, Estado de Nueva York y al este del Iroquois, provincia de Ontario (región del lago San Lorenzo) que llegó a envolver a numerosos entes —aparte de los gobiernos federales y locales— entre ellos comisiones, servicios, ferrocarriles y otros.

Indudablemente que en el supuesto que se comenta la coordinación convencional interna en cada Estado Federal fue "previa" al Tratado Internacional.

De todos modos, estamos aquí frente a un objeto que es ya compromiso no sólo juridicopolítico de la Nación Argentina, sino más aún de su honor y además de su destino de progreso inclaudicable. Esto está bien entendido en las provincias argentinas involucradas y se trae a colación, porque refuerza la tesis sustentada de la necesaria "unidad", que, a su vez, debe ser ahora perfeccionada desde la misma República Argentina, con los medio asegurados por la Constitución nacional y las leyes, todo sin menoscabo de la realidad "Provincia"; por el contrario, a su servicio, en definitiva.

Los ejemplos de Canadá y de los Estados Unidos son una clara muestra del aserto y la lista sería muy larga si se pretendiese relatar todas las obras y emprendimientos comunes encarados y, más todavía, realizados. Justamente en el mismo simposio se sostuvo esta conclusión que se quiere dejar bien señalada: "Es preciso conciliar, o por lo menos coordinar, los intereses más diversos y a menudo contrarios, primero en la esfera nacional y luego en la esfera internacional". Ello a propósito de la exposición de los problemas asumidos por los países de la cuenca del Danubio [9].

9 Doc. Unitar/Symp. 1/B P. 3. - JESÚS L. ABAD HERNANDO, *Rela-*

2. El tratado de Yacyretá está ahí inconmovible señalando un objeto y una adecuada metodología para su alcance pleno. En lo sucesivo todo lo que se disponga en el plano normativo y de ejecución del mismo —o sea de "administración"— deberá seguir ese camino, como derrotero incuestionable, es decir, conciliar los intereses nacionales y en ello cada Alta Parte Contratante conserva toda su soberanía y por ende jurisdicción, pero esto sólo es posible con concepto de "unidad" (no de uniformidad), que a su vez debe ser logrado, en armonía de intereses, por la República Argentina y la República del Paraguay.

El ejecutor en el plano de administración debe ser Yacyretá, o sea la Entidad Binacional Yacyretá, como coordinador natural también, y, por su intermedio, se puede llegar al propósito señalado. Desde luego que a través de los mecanismos que el mismo Tratado de Yacyretá ha establecido (art. XVIII y c.c.). Esta aseveración pone todavía más en relieve lo que se ha afirmado antes: la necesaria unidad en el plano nacional de la República Argentina.

Todo razonamiento en torno a la múltiple problemática nos lleva a esta tesis de unidad (no unitaria ni de uniformidad, como se ha dicho supra) en el planteo y resolución de las cuestiones. Se evidencian así:

a) La imprescindible interacción entre los recursos hídricos, otros recursos y el ambiente. Es un hecho incontrovertible la interdependencia natural entre los recursos hídricos y otros recursos naturales. Ello debe reconocerse plenamente por los organismos de planeamiento y de desarrollo y —se agrega consecuentemente— con mayor rigurosidad en el caso determinado del objeto del Tratado y de su necesario ejecutor, Yacyretá. En el documento publicado por Naciones Unidas, Nueva York, 1975, por intermedio del De-

---

ciones y convenios de las provincias con sus municipios, con el Estado Federal y con Estados extranjeros, separata de Revista de "Informaçao Legislativa", a. 24, Nº 96, aut./dez 1987, Brasilia. Este trabajo fue consecuencia de la reflexión del autor, precisamente tras su participación en el mencionado Simposio.

partamento de Asuntos Económicos y Sociales [10], que se ha glosado precedentemente, se afirma, además que: "El desarrollo o el aprovechamiento de los recursos hidráulicos de un sistema de recursos hidráulicos internacionales puede tener importantes efectos en otros recursos naturales cuando el desarrollo, la conservación o el aprovechamiento de éstos depende del agua o influye en el ciclo hidrológico. Lo contrario es también cierto; es decir, el desarrollo o explotación de recursos distintos del agua por un Estado del sistema puede tener repercusiones considerables en el volumen o la calidad del agua disponible para su desarrollo o aprovechamiento por otro Estado del sistema. Una tala de árboles en la zona del curso superior de un río en un Estado puede provocar una seria erosión del suelo que produzca importantes aluviones arrastrados río abajo hasta otro Estado y una alteración perjudicial del calendario natural del caudal, perjudicando así los aprovechamientos en el Estado del curso inferior".

"Incluso el cultivar praderas o pastos aumenta de forma importante el arrastre de materiales sólidos, con todas las desventajas consiguientes para la navegación y para otros usos del agua río abajo. La reposición de las aguas subterráneas se ve afectada también por los cambios del uso de la tierra o de la topografía superficial, así como por el aprovechamiento superficial del agua. Podrían ponerse muchos otros ejemplos de cambios importantes en un sistema hidrológico no deseados en realidad, pero ocurridos "naturalmente" como subproducto de un uso provechoso de la tierra o del agua, aparentemente sin conexión.

"Debe tenerse en cuenta la compleja interacción entre todos los recursos de una región determinada, tanto en su estado natural como cuando están sometidos a aprovecha-

10 *Recursos naturales / Serie del agua Nº 1 - Ordenación de los recursos hidráulicos internacionales: aspectos institucionales y políticos,* producido por un grupo de expertos bajo la dirección técnica de GUILLERMO CANO y la asistencia de ROBERT D. HAYTON, en apoyo de este informe preparado por la Secretaría General de las "Naciones Unidas".

miento o a la simple presencia del hombre. El objetivo de la moderna planificación socioeconómica es lograr el aprovechamiento continuado y óptimo de los recursos, manteniendo al mismo tiempo unas condiciones que favorezcan la conservación saludable de la vida."

"Por ello, todo plan de administración racional de recursos hidráulicos debe evaluar las repercusiones de los proyectos y programas en el medio humano. Esas consideraciones ambientales incluyen y sobrepasan el anterior concepto de la conservación de la naturaleza."

b) Esto nos lleva entonces a la necesaria armonización de derechos nacionales de aguas. En el mismo informe señalado se ha sostenido que la necesidad de la "interconexión entre los recursos hidráulicos de una cuenca o de un sistema hidrográficos internacionales, hace aconsejable no sólo que los Estados de esa cuenca o de ese sistema convengan las normas internacionales por las que se regirá el aprovechamiento y el desarrollo de los recursos hidráulicos (esto es lo que se ha convenido por el Tratado de Yacyretá con relación al emprendimiento a realizar en común, ya que ese mismo Tratado ha previsto la forma de generación ex novo de normatividad aplicable en común con un ejecutor nato posible y previsto, que es Yacyretá), sino también que adopten las medidas necesarias, dentro de sus respectivas jurisdicciones, para asegurar que el aprovechamiento y el desarrollo de los recursos hidráulicos dentro de sus territorios se harán realmente de conformidad con el derecho fluvial internacional" (o sea precisamente pactado y que permite un proceso generante) [11].

Se ha señalado entre paréntesis el criterio que se viene sosteniendo en este estudio y, sobre todo, se pretende advertir la importancia de comprender la tarea a realizar en el plano nacional y, al aludido fin, se requiere necesariamente "unidad".

11 Informe cit. en nota 10, pág. 43.

Cada Alta Parte Contratante conserva el pleno ejercicio de su soberanía —dominio y jurisdicción plenos— y esta normatividad puede ser pactada incluso a nivel de cláusulas programáticas y luego cada país desarrollarlas en normas primarias y secundarias dictadas unilateralmente, pero que tendrían ya aquella homogeneidad de contenido mínimo y finalidad, por su origen. En el caso argentino este proceso debe ser compartido con las provincias interesadas a través de convenios, aunque sin perder de vista aquella necesaria unidad. Debe tenerse presente que —como se ha expuesto— esta normatividad es muy compleja y abarca no sólo los recursos hídricos en sí, sino los demás naturales, obras, aprovechamientos, desarrollo y proyección del ambiente, comercio y todo lo que significa la vida humana y su consiguiente control institucional, desde el fomento hasta el sistema impositivo y aduanero, por ser zona de frontera, en la que están en juego aspectos sustanciales de seguridad y de defensa de ambos estados, paraguayo y argentino, en su caso. Una prevención más que se deja formulada definitivamente. Se entiende que lo antes manifestado debe seguir el procedimiento y dejar en salvaguardia las soberanías de la República Argentina y de la República del Paraguay (art. XVIII, V, VI, VII y demás dispositivos del Tratado de Yacyretá). Asimismo las limitaciones de la Entidad Binacional como ejecutor y con relación a cada soberanía estatal (art. III, V y c.c. del mismo Tratado).

c) Otra hipótesis posible es la de las "legislaciones paralelas" que está en la experiencia del Canadá y de los Estados Unidos [12]. Aquí se presenta, ante todo, un objetivo, en relación al propósito del Tratado. En efecto, es posible preparar un modelo de legislación, que luego cada estado sanciona y promulga a través de los mecanismos constitucionales respectivos. En el caso argentino, incluso previa obtención, mediante convenio ad hoc Estado Federal-pro-

[12] Idem Informe cit. en nota 10, págs. 46 y 47.

vincias, de las normas autorizadas. Ello es posible, porque, por supuesto, cada Estado Soberano conservaría la posibilidad de realizar "pequeñas modificaciones o adiciones" que sean pertinentes "para satisfacer las necesidades internas del sistema jurídico correspondiente".

Con este criterio es posible también incluir los ajustes a todo otro ordenamiento que conjugue necesariamente con aquél, siempre atendiendo a las exigencias constitucionales.

Y termina el mencionado informe [13], en una hipótesis que conviene a Yacyretá como administración de ejecución —con los recaudos establecidos recordados— de la misma normatividad por delegación: "Cuando los estados han establecido ya instituciones internacionales que les permiten cooperar (tal es el caso de Yacyretá), es más probable que las consultas realizadas dentro de esas instituciones puedan traducirse en la promulgación de legislación o la publicación de reglamentos administrativos de carácter paralelo en los países de que se trate".

No cabe duda de que Yacyretá es precisamente una institución que reúne esas características en el más alto sentido y tiene además un objeto preciso y concreto a cumplir, con una zona de acción determinada especialmente.

Esta tesis de la unidad, en definitiva, es premisa a considerar. Sin embargo, de ninguna manera se pretende desconocer la necesaria coordinación y más todavía la necesaria legalidad local sobre diversos fines en materias conservadas. Para ello la Constitución Nacional ha previsto el camino del denominado Federalismo concertado o pactado en el que se debe creer porque ha revelado su fecundidad. En lo sustancial, por tanto, la República Argentina como Alta Parte Contratante debe presentar una unidad necesaria, sin perjuicio de los derechos provinciales.

13 fdem Informe cit. en nota 10, punto 117.

d) Para determinar este enfoque parece oportuno recordar que en el ya aludido simposio de 1970 se consideró de gran importancia señalar que "si en los aspectos estructurales la interdependencia física entre los diversos usos de los recursos hídricos y entre éstos y los demás recursos naturales hace necesario considerar y reglar el problema en conjunto abarcando simultáneamente todas sus múltiples facetas; respecto de los problemas institucionales es posible un tratamiento separado".

El carácter de "separado" se refiere a las soberanías de los estados interesados.

Allí se señala [14] que lo de separado no se afirma porque sea "conveniente" "sino solamente posible". Aquí en el caso de Yacyretá lo conveniente puede ser posible. Hay un Tratado que permite no sólo por su marco sino por su previsión normativizante encontrar una solución. Y para ese fin, ¿cómo no va lograrlo, como paso previo, la República Argentina como unidad de país? Y en esta unidad —que es y debe ser viva— las provincias tienen su palabra. Pero la respuesta al problema debe ser de unidad normativa, en conclusión.

e) Adviértase que la coordinación de las llamadas "reglas de policía" es un desideratum en la materia, máxime en un emprendimiento común que, en su faz de servicio público en plena operatividad, no puede encontrar cortapisas para su eficiencia y en ello todos están interesados, desde los Estados hasta los usuarios y administrados en general. Y también aparece ese gran asunto de la protección del ambiente humano, más allá y aún más acá de la prioridad de "usos" y de la policía del servicio y de las zonas directa o indirectamente comprendidas. Esta protección es a no dudarlo "patrimonio común de la humanidad" y la contaminación de las aguas fluviales trae consigo males mayores. Sobre todo, si se piensa en la magnitud del sistema de la cuenca del Plata, de la que el río Paraná es tributario mayor.

[14] Op cit. Doc. Unitar, Buenos Aires, 1971, págs. 76 y ss.

La unidad normativa se muestra como un imperativo en el plano nacional de la República Argentina y se deja constancia —una vez más— de que ello surge no sólo por la acción del Estado Federal sino con la armonización de los Estados locales interesados. El constituyente argentino así lo vio y bajo el título de "Autoridades de la Nación" como denominación de la "Segunda Parte" de la Constitución Nacional, colocó tanto al "Gobierno Federal" como a los "Gobiernos de Provincia" [15]. Esta acotación no es casual y revela, además de un método, una concepción juridicopolítica: la Nación Argentina, anterior a toda forma de Estado, obliga a todos.

En ese aspecto, la actividad preparadora de modelos normativos posibles y de gestión de un auténtico federalismo de convergencia, renovado, dinámico en su concertación, puede y debe tener en Yacyretá, con los recaudos anticipados, el protagonista indispensable en la iniciativa.

IV

LA SINGULARIDAD INSTITUCIONAL

1. Este tema reviste gran importancia y su denominación responde al carácter propio que se le ha dado a la Entidad Binacional Yacyretá, o Yacyretá como ha quedado indicado, surgido del régimen jurídico especial creado a partir del Tratado y sus documentos consecuenciales ya debidamente estimados y señalados y que son, en definitiva, la fuente de legalidad aplicable; tal lo sostenido oportunamente con abundancia de fundamentos y que, por otra parte, aparecen como de advertencia ineludible por su notoriedad. Yacyretá surge de tal manera como una auténtica descentralización de administración con todas las notas ne-

15 Vid. "C.N.": Segunda Parte, Título Primero y Título Segundo.

Esta "armonización" debe cuidar también nuestra inserción en la Cuenca del Plata. Vid. JORGE O. MARTÍNEZ ADALID, *La controversia argentino-brasileña sobre el aprovechamiento hidroeléctrico del Río Paraná*, en "Prudentia Iuris", Nº XVII - XVIII, de dic. 85 - abril 86.

cesarias y suficientes de plena autonomía funcional, aunque con una supranota esencial: es una creación de legalidad por confluencia de dos voluntades soberanas de carácter estatal nacional, correspondientes a cada una de las Altas Partes Contratantes —la República del Paraguay y la República Argentina— a partir del acto originario plasmado en el Tratado de Yacyretá, que a su vez es ley en cada uno de dichos Estados. De allí la caracterización específica de "binacional" de la entidad que se denomina Yacyretá (EBY).

De esta conceptualización y síntesis, por vía de análisis, se pueden obtener dos conceptos, uno "dinámico" y otro "estático".

Por el primero, o sea el concepto dinámico, Yacyretá surge funcionalmente de la operación misma de transferencia de funciones y competencias de los órganos— en este caso de cada uno de los Estados Soberanos o sea de la República Argentina y de la República del Paraguay— de las respectivas personas jurídicas estatales. Dejan —tales funciones y competencias— de ser administración directa de dichas naciones y ambas confluyen, sin perder su distinción estatal como fuente jurídica, en constituir una única administración indirecta —sin elementos de gobierno, conservados por cada Estado distintivamente, sino sólo de administración pura, esto es previsible y prenormada— por delegación.

Esto es lo que refuerza el "status" jurídico de Yacyretá. Lejos de ser una especie de "capitis diminutio", la ubica debidamente en una amplia esfera de atribuciones que, como se ha visto, se dirige al plano nacional de cada uno de ambos Estados, en lo pertinente, y al plano internacional, como ente capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones, dentro de los límites del Tratado y demás en su consecuencia, prefijados por las Altas Partes Contratantes. Esta amplia esfera de competencia es de administración de obra y de servicio con aptitud de desarrollo zonal.

En un sentido de concepto estático, supone precisamente la existencia ya institucionalizada de aquellas competencias propias que le permiten la "decisión" definitiva de deter-

minadas cuestiones, que le dan una caracterización distinta de persona jurídica como individualidad no sólo de derecho sino también patrimonial, aparte de la "fons iuris", o sea de cada una de las Altas Partes Contratantes y sin perjuicio de los atributos soberanos conservados por ellas, en materia de dominio y jurisdicción espacial y material. También sin perjuicio de esa denominada tutela administrativa que ejercen de consuno, pero sin menoscabo de la singularidad institucional creada, que es Yacyretá.

Esta descentralización subsume, en un estado más avanzado en lo administrativo funcional, a los caracteres de "delegación" y "desconcentración" simples, y constituye una tipología específica que solamente puede preverse a consecuencia de la creación jurídica del tratado mismo.

Esta valoración estimativa del Ente, llamado "Entidad Binacional Yacyretá" (EBY), es técnicamente teórica, pero se debe reconocer como singularidad real, sólo mensurable por su legalidad de origen que la tipifica plena y distintivamente. Si en los entes autárquicos y demás personas jurídicas estatales creadas por el legislador es importante tener en cuenta la ley que los crea y eventualmente los organiza, aquí es trascendente tener presente y estar a la legalidad de origen en el Tratado: atento a la singular creación que es precisamente Yacyretá.

No se quiere caer en moldeamientos rígidos, sin embargo Yacyretá aparece no sólo como "descentralización de servicios" sino también como "descentralización funcional". Ya el prestigioso jurista francés Berthélemy formulaba este juicio, mucho antes de que se planteara aquella distinción, diciendo: "Todo servicio debe estar provisto de medios para conseguir su fin; es decir, tener presupuesto: todo servicio gasta y para gastar hacen falta recursos, para tener recursos hay que poder ser propietario, acreedor, deudor, tener una capacidad jurídica, hay que ser como se llama en Derecho, una persona moral" [16].

16 H. BERTHÉLEMY, *Traite élementaire de Droit Administratif*, París, 1930. Sus conceptos surgen como liminares en el estudio de la cuestión.

Este concepto fue utilizado en Francia para justificar los denominados "establecimientos públicos", nombre poco extendido entre nosotros, más influidos en esto por el derecho español y, más recientemente, por el italiano, en especial por la adecuación aplicativa de formas jurídicas societarias al derecho público. No obstante, como ha dicho bien el destacado administrativista español Garrido Falla, se trata de "una justificación de tipo patrimonialista, fundada en la necesidad de manejar, como persona independiente, los medios que percibe para la consecución del fin propuesto" [17].

Pero en Yacyretá hay asimismo, por las voluntades soberanas coincidentes de los Estados que la han creado, una cierta "delegatio" de potestad, por lo que —así como antes se la podía tipificar verdadero ente de servicio público y aún más, ya que encara un complejo de actividades desde la misma tarea de obra hasta llegar a la explotación final de la misma, es decir el servicio en término propio— Yacyretá es igualmente entidad de función pública. La escuela italiana, especialmente por labor de Zanobini, en tarea doctrinaria de mérito, distingue ambas posibilidades en la atribución de facultad a los entes de la administración descentralizada en general.

La función es estimada como la delegación de ciertos poderes-deberes en el ente para el cumplimiento de sus fines: ejerce con limitaciones —materiales y espaciales obvias— que preexisten normadas, determinada potestad pública. Yacyretá la tiene y debe analizarse tal potestad, en relación al problema expropiatorio, como un atributo de la entidad que surge precisada desde el Tratado, el cual, a su vez, deja en claro la potestad soberana de gobierno de cada Estado nacional en su ámbito espacial.

El servicio es considerado, en cambio, como una activi-

17 El tema ha sido excelentemente desarrollado por FERNANDO GARRIDO FALLA, *La Descentralización administrativa,* publicaciones de la Universidad de Costa Rica, serie "Ciencias Jurídicas y Sociales", Nº 14, San José de Costa Rica, 1967.

dad plena que representa operaciones materiales, labor de obra, técnicamente encuadrada, incluso la producción industrial, puesto todo "a disposición (indirecta) de los particulares para ayudarles a la consecución de sus fines". No cabe duda de que Yacyretá es también, con cierta nota de primordialidad, un ente de este tipo. En cierta manera Yacyretá participa de ambos, conjugando las posibilidades de tipologías que admiten conciliación de organización y funcionamiento. Justamente la ley española sobre entidades estatales autónomas es un cuadro modelo de esa manifestación. Lo importante es destacar que lo que se procura es agilidad operativa en plenitud de eficacia y de eficiencia, en su caso.

2. En rigor, se trataría de un "establecimiento público de carácter industrial". Garrido Falla [18] sostiene que: "Lo característico del establecimiento público de carácter industrial es su personalidad jurídica y consiguientemente su capacidad para ser sujeto de derechos y obligaciones. Desde el punto de vista de su organización no están sometidos al derecho que regula las sociedades mercantiles; pero en sus relaciones con los particulares suelen regirse en buena parte por el Derecho Mercantil".

Cabe acotar ahora que en el caso de Yacyretá habrá también relaciones en que la entidad actuará como administración ejecutora y, en tales supuestos, pueden existir vínculos juridicopolíticos —sometidos, en su caso, al derecho público del respectivo Estado soberano según corresponda— y por consiguiente situaciones subjetivas de carácter juridicoadministrativo, pero ellos pueden deslindarse perfectamente y evitar la confusión de la gestión empresarial de Yacyretá con la delegación de facultades públicas directas e indirectas que deberán estar perfectamente determinadas con criterio restrictivo [19].

18 Op. cit. en nota 17, págs. 69 a 72 y luego especialmente págs. 127 y ss.

19 Acerca del tema comparto la opinión de Julio Barberis (cit. en la nota 1), de la no existencia de una persona jurídica de derecho internacional. Véase también, para tener un cuadro de pareceres doctrinarios, JOSÉ M. RUDA, *Instrumentos Internacionales,* Buenos Aires, 1976, págs. 36 a 49.

Es un problema de "tensión" en lo referido "a la aplicación del régimen jurisdicoadministrativo y del régimen juridicomercantil". Clavero Arévalo [20] señala muy adecuadamente que este acto de creación (en el caso sujeto a análisis, el Tratado, ratificado por sendas leyes de los dos Estados Soberanos), al conceder personalidad jurídica a la entidad administrativa del tipo de la que se ha presentado en este estudio, le establece —y esa es la significación sustancial de dicho acto formal— un "derecho singular" en cuanto administración autónoma al que queda totalmente sometida y que "escapa" al Derecho general administrativo. De ahí el fracaso que han tenido en los países de Europa latina continental —al igual que en varios países de nuestra América Latina también— todos los intentos de dictar leyes generales que atrapen plenamente la tipología de estos entes. Cada uno es un caso de régimen excepcional [21].

Esta especie de "pecado original" no alcanza felizmente a Yacyretá que nace con un régimen singular por el carácter especial mismo de su creación, que rompe todo modelamiento preexistente. Fue un acto de coincidencia de dos Estados Soberanos y no sólo requería singularidad de régimen por su contenido y alcance ontológico como ente, sino sobre todo por ser un acto más allá de una exclusividad de soberanía única; por el contrario, convergencia de dos voluntades soberanas al más alto nivel de decisión estatal.

Su carácter de binacional, además, justifica tal singularidad de régimen. Y aquí, sin duda alguna, su régimen no puede ni debe ser encasillado por el derecho administrativo aplicable en cada uno de los países. Pero es indudable que sólo el tiempo y según la "naturaleza de las cosas", o

20 MANUEL FRANCISCO CLAVERO ARÉVALO, *Personalidad Jurídica, Derecho General y Derecho Singular en las Administraciones Autónomas*, Madrid, 1962.

21 Recuérdese a propósito, estos esclarecedores conceptos de fin del siglo XIX, que señalan ya el desafío del derecho. "La actividad de los estados en la cooperación internacional es, en sí, de relación política. Sus Actos no son necesariamente administrativos, sino de dirección de vida exterior, provocada por la formación de un concurso entre Estados, y por las tendencias expansivas de la humanidad". ADOLFO POSADA, *Tratado de Derecho Administrativo*, 2 tomos, Madrid 1897/1898, 2do. t., pág. 461.

sea la realidad, podrá decir del acierto final o no de la solución tan institucionalizada.

Además el mismo derecho administrativo es —dado el enfoque particular argentino— consecuencia de derecho público interno y por ende subconstitucional en el régimen juridicopolítico de la República Argentina [22]. Pero como además es bien sabido que las provincias, en el sistema de derecho positivo argentino, conservan una serie de facultades y en esta competencia de origen tienen la posibilidad normativa de derecho administrativo, en diversas materias especialmente correspondientes al ejercicio del poder de policía, bien se ve la necesidad de que Yacyretá y su actividad adquieran un "status" con un régimen singular más allá del derecho general administrativo vigente en la República del Paraguay o en la República Argentina, siendo este último caso más compejo aún por ser un estado de tipo federal [23].

Se considera que con estas formulaciones se ha esclarecido en parte la tan interesante creación jurídica que es Yacyretá.

3. A esta altura y a manera de corolario, cabe destacar la pertenencia y la pertinencia normativa señalable. Por eso, en definitiva, adhiero a la conclusión VI, entre otras tan importantes, que formula María Eugenia Abad [24]: "Ente Binacional, ente bifronte nacional y persona jurídica, para dos Estados. El Ente Binacional Yacyretá, es más que una simple descentralización o una mera persona jurídica de carácter ideal o moral. Es una persona jurídica única, reconocida como nacional en dos Estados (que controlan el Ente).

22 JESÚS LUIS ABAD HERNANDO, *Derecho Administrativo y Derecho del Agua,* en "J.A.", serie Contemporánea, Tomo 29, 1975, págs. 714 y ss.

23 Cfr. GUIDO ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo,* 5 tomos, Milano, 1945-1952, tomo 1º, págs. 36-37; y OTTO MAYER, *Le droit administratif allemand,* 4 tomos, París, 1903-1906, tomo 4º, pág. 353. También MAURICE HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit Public,* París, 1933.

24 Vid. MARÍA EUGENIA ABAD, *El Derecho Administrativo y la Entidad Binacional Yacyretá.* Tesis doctoral, con la dirección y el padrinazgo del Profesor Dr. Juan Carlos Cassagne, aprobada en la Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, 1989, págs. 160 y 161.

"No es el reconocimiento simple de una persona jurídica extranjera para la legislación nacional, es el reconocimiento como nacional de una personalidad jurídica binacional (que incluye al sector extranjero de la misma). Es por tanto una unidad jurídica bifronte, con dos caras, una para cada una de las Altas Partes Contratantes, y como tal es reconocida en el Derecho Internacional; pero no como sujeto del mismo".

Ello excluye, por consiguiente, que la Entidad Binacional Yacyretá sea persona sujeto de derecho internacional y sí regida por el Derecho Público o Privado, en su caso, en virtud del Tratado [25].

25 Cfr. la destacable opinión doctrinaria de JUAN C. CASSAGNE en *Las entidades descentralizadas y el carácter público o privado de los actos que celebran,* en "La Ley", tomo 143, págs 1.172 y ss.

PARTE SEGUNDA

I

EL CONDOMINIO DE DERECHO PÚBLICO

1. Quede sentado, como respuesta posible al problema que plantea su naturaleza jurídica, que la Entidad Binacional Yacyretá (EBY) debe ser considerada como un "ente bifronte" reconocido como nacional en dos Estados, pero que mantiene su condición de "una persona jurídica única". También que no es "sujeto del derecho internacional" [1]. Marienhoff, refiriéndose a la Comisión Técnica de Salto Grande de (CTM), en supuesto similar desde el punto de vista finalista, ha dicho que, como sujeto de derecho, o sea como "organismo internacional intergubernamental", es una "persona jurídica pública no estatal" [2].

[1] JULIO A. BARBERIS, distinguido tratadista en la materia, lo define con claridad conceptual en *Los sujetos del Derecho Internacional actual*, Madrid, 1984, págs. 94 y ss.

[2] Precisamente el eminente administrativista argentino, en un reciente voto como integrante del Tribunal Administrativo Arbitral de Salto Grande, con fecha 30 de abril de 1990, ha afirmado:

"Al efecto ha de tenerse presente que la circunstancia de que la Comisión Técnica Mixta de Salto Grande, considerada como sujeto de derecho, sea un organismo internacional intergubernamental, no implica que deba sustraérsela de las consecuencias o conclusiones preconizadas en general por la doctrina científica, en tanto dichas consecuencias o conclusiones no se contrapongan con el expresado carácter de persona internacional intergubernamental. En ese orden de ideas le son aplicables a la Comisión Técnica Mixta de Salto Grande las conclusiones y consecuencias de la actual teoría sobre clasificación de las personas jurídicas, que precisamente adquirió gran auge en la doctrina administrativa rioplatense (uruguayo-argentina).

"De acuerdo con dicha doctrina —que superó a la anterior clasificación

Se estima que —incluso en el supuesto de considerar que el aprovechamiento se realice por medio de una "Concesión de Obra Pública" con el control de los Estados— deberá aplicarse la ley del lugar de ejecución, o sea "lex loci executionis"; como que, para el usuario, cuando se preste el servicio público, rija la ley del lugar de la prestación del servicio.

No obstante, siempre será más conveniente, si se recurre al medio posible de la "concesión de obra pública", que ambos Estados coincidan en una Legislación uniforme, implementada por alguno de los métodos ya preconizados, incluso con un régimen legal estatutario en común [3].

La cuestión que corresponde desarrollar con relación al "aprovechamiento" en sí, es la referida al "condominio de derecho público" a establecerse necesariamente y sus implicancias, y ello trasciende la otra cuestión del ente y, más aún, si se pretende la realización de aquél por el único me-

---

contenida en el Código Civil argentino, basada en personas de existencia necesaria y de existencia posible—, las personas jurídicas se clasifican ahora en dos grupos fundamentales: públicas y privadas; a su vez, las personas públicas deben subdividirse en 'estatales' y 'no estatales'. La Comisión Técnica Mixta de Salto Grande es una "persona jurídica pública no estatal", con todas las consecuencias que de ello derivan.

"El propio hecho de que la Comisión Técnica Mixta de Salto Grande sea un 'organismo internacional intergubernamental', creado por voluntad conjunta de la República Argentina y de la República de Uruguay, pero no perteneciente a la estructura administrativa de alguno de esos países, es decir no perteneciente a la organización administrativa de alguno de esos Estados, confirma lo expuesto acerca de que constituye una persona jurídica pública no estatal, por cuanto un rasgo característico y propio de éstas consiste en que no forman parte de la organización o de la estructura administrativa del Estado. La expresada conclusión se corrobora ante la finalidad perseguida por ese tipo de entes, finalidad que, tal como ocurre con la Comisión Técnica Mixta de Salto Grande, consiste en la satisfacción de un interés, que si bien ha de ser general, constituye un interés general menos intenso que el que satisface el Estado como finalidad propia y específica del mismo".

Cfr. al respecto, CSJN, Fallos 305: 2151 y ss. (en espec. consid. 8) y Fallos, 305: 2139 y ss.

Sobre la tesis de MARIENHOFF, véase también *Tratado de Derecho Administrativo*, t. 1, Nº 100, págs. 367 y ss., Bs. As. 1982. Y CSJN, Fallos 301: 562 y ss.; 302: 167 y ss; 307: 2.199 y 307: 1155 (consid. 2).

[3] JESÚS L. ABAD HERNANDO, *Relaciones y Convenios de las Provincias con sus Municipios, con el Estado Federal y con los Estados Extranjeros*, public. de "Revista de Informaçao Legislativa", Senado Federal, Brasil, 1987, págs. 84 y ss.

dio posible, según nuestra realidad económica actual. O sea por medio de la "concesión de obra pública".

2. El Tratado de Yacyretá del 3 de diciembre de 1973 entre las Repúblicas Argentina y del Paraguay tiene por objeto la realización en común del aprovechamiento de propósito múltiple (art. I). A su vez, el art. V- 1 del Tratado citado dice: "Las instalaciones del aprovechamiento hidroeléctrico y sus auxiliares, así como las que se realicen para el mejoramiento de las condiciones de navegabilidad del río Paraná, mencionadas en el Artículo I y descriptas en el Anexo "B", constituirán un condominio, por partes iguales, de ambas Altas Partes Contratantes y no producirán variación alguna en los límites entre los dos países establecidos en los Tratados vigentes".

Y el punto 2 del mismo dispositivo agrega: el condominio que se constituye sobre las instalaciones y obras referidas no conferirá, a ninguna de las Altas Partes Contratantes, derecho de propiedad ni de jurisdicción sobre cualquier parte del territorio de la otra. Tampoco implica alteración ni cambio de las respectivas soberanías ni modifica los derechos actuales de las Altas Partes Contratantes sobre la navegación del río Paraná.

El propósito múltiple incluye, eventualmente, la atenuación de los efectos depredadores de las inundaciones producidas por crecidas extraordinarias (art. I).

En rigor, la descripción del Anexo "B" explicita el propósito múltiple y se refiere, como componentes principales, al "embalse principal", "embalse de compensación" y "estructuras varias". Entre estas últimas se destacan las de toma para riego y las previstas para preservar y favorecer la fauna ictícola.

No se manifiesta el carácter público del condominio, pero ello queda sobreentendido jurídicamente, ya que el aprovechamiento para ambos Estados ha de ser un "bien público". No obstante es conveniente que quede explícito [4].

[4] El Tratado de Itaipú sólo prevé, en su art. I, como objeto, la realiza-

Es indudable que el condominio público queda sujeto a indivisión forzosa por voluntad irrevocable de las Altas Partes Contratantes, en virtud del Tratado que lo crea por su propia norma. Un principio lógico vinculado a la finalidad misma del aprovechamiento así lo exige. Ello máxime si se recurre a la concesión de obra pública para su logro, por la garantía misma de estabilidad que supone.

Asimismo debe estar presente, en vinculación con lo que acaba de sostenerse, el principio de "unidad".

Estos problemas requieren un mayor desarrollo para que quede destacado el desafío que suponen las soluciones factibles, teniendo en cuenta el doble sentido: ad extra, la relación de dos Estados soberanos, y, ad intra, la situación especial de Estado federal de la República Argentina. Tal planteo nos lleva hacia el doble enfoque: las relaciones que pueden crearse por el Tratado y las relaciones que necesariamente deben establecerse y deslindarse en un Estado federal, entre la Nación y la o las Provincias involucradas, que es el caso argentino.

3. Se debe partir de premisas ciertas, para avanzar en el estudio; luego formular condiciones y, finalmente, proponer conclusiones, que se considera no agotadas.

a) Adhiero a la noción conceptual de "dominialidad" de Marienhoff, quien, tras señalar sus cuatro elementos que deben concurrir simultáneamente, el "subjetivo", el "objetivo", el "teleológico o finalista" y el "normativo o legal", define el dominio público, como "un conjunto de bienes

---

ción del "aprovechamiento hidroeléctrico de los recursos hidráulicos del Río Paraná, perteneciente en condominio a los dos países, ...". Aunque esté implícito no se habla específicamente de la constitución de un condominio al efecto. En cambio sí, en el art. VII (primera parte y paráágrafo 1º), incluye la fórmula de la preservación de las respectivas soberanías.

El aprovechamiento de Yacyretá está plenamente alcanzado por la definición del art. 2340, incs. 3, 4, 7 del Código Civil, texto vigente en ambos países a la fecha de la firma del Tratado, como se sabe. El inc 7 define específicamente el supuesto de las "obras públicas, construidas para utilidad o comodidad común".

Cabe señalar también que el mismo concepto fue incorporado al actual Código Civil Paraguayo de 1985, en su art. 1989.

que, de acuerdo con el ordenamiento jurídico, pertenecen a la comunidad política pueblo hallándose destinado al uso público —directo o indirecto— de los habitantes" [5].

b) Ello nos lleva a dar también las nociones de usos "directo" e "indirecto".

El mismo autor destaca que nuestro más alto Tribunal reconoce que el uso público a que están consagrados los bienes dominiales, es no sólo el directo ("uti singuli"), sino también el indirecto ("uti universi"), pues incluye en el dominio público los bienes afectados o destinados a un servicio de utilidad pública. Y destaca la trascendencia de este fallo. También señala que tales conceptos lo son "sin perjuicio de que en ambos supuestos tal uso pueda ser individual o colectivo" [6]. Debe recordarse asimismo que no debe confundirse lo anteriormente expuesto con los usos de que son suceptibles las cosas del dominio público, o sea comunes o generales, o bien especiales o diferenciales. Estos últimos deben reunir ciertos requisitos, destacándose entre los más importantes, el de plena compatibilidad con el fin del bien público.

c) Un condominio público que exige la calidad, el carácter y el fin de un aprovechamiento como el que nos ocupa, requiere el uso del agua como fuente energética y la universalidad pública que ha de constituir la obra y el servicio público consiguiente.

Esta fuerza hidráulica o "energía de la gravedad" parte de los dos elementos que forman un curso de agua, es decir el "lecho" y el "agua". Por tanto, tal energía hidráulica resulta del declive que tenga el lecho y de la fuerza que adquiera la corriente del agua. La fuerza, jurídicamente, debe

5 MIGUEL S. MARIENHOFF, op. cit. t. V, Buenos Aires, 1988, págs. 53 y ss. y 165.

6 CSJN, Fallos 147: 178 y 216 (consid. 12) Cfr. MIGUEL S. MARIENHOFF, op. cit., t. V, cit., págs. 163 y 341 y ss.

Vid. BENJAMÍN VILLEGAS BASAVILBASO, *Derecho Administrativo,* t. 3, págs. 386, nota 1, y 433, nota 76, quinta edición.

tener la condición legal del curso de agua del cual deriva. Curso de agua que es un "bien público" [7].

Lo señalado tiene gran significación porque ha de determinar una condición fundamental para el aprovechamiento y, como consecuencia, una exigencia básica del propio condominio público. También debe destacarse, a esta altura, que el agua en sí representa un recurso natural renovable; pero para que ello ocurra deben adoptarse una serie de medidas de prevención.

d) El río Paraná es un río internacional de gran significación para la Argentina, Paraguay y Brasil. Tiene plenas potencialidades tanto por los aprovechamientos posibles, como por su volumen y como hidrovía natural. Para los dos primeros Estados es un río fronterizo típico. Río que, a su vez, es un río de tránsito o sucesivo para los tres Estados citados.

El gran internacionalista Schulthess recuerda la frecuencia de que un mismo curso de agua —es el caso del Rhin—, pueda ser al mismo tiempo río de tránsito y fronterizo. Ello supone una serie de requisitos que deben garantizarse los distintos Estados. En especial en lo referido al concepto de "integridad" del agua, en distintos aspectos físicos, químicos y de prevención y conservación de un "ecosistema" [8]. Debe tenerse presente que el agua y el lecho, al

7 MIGUEL S. MARIENHOFF, en obra y tomos citados, págs. 116/7, 121 y ss. y 649 y ss.

Si bien hay una "definitio" que está contemplada en el C. Civil, al tratar "de las cosas consideradas en sí mismas", ello precisamente supone su exclusión de la regulación del C.C. No se trata de una relación jurídica de derecho privado (Vid. nota al art. 31 del C.C.). Además Vélez Sársfield tenía un claro concepto del asunto y para ello basta la lectura del art. 2611 y su nota, magnífica arquitectura distintiva en razón del "interés público" en juego frente al mero "interés privado".

8 KONRAD SCHULTHESS, *Das Internationales Wasserrecht*, Zurich, 1926, este autor ha sido un profundo estudioso de la temática y de él ha quedado en claro la distinción entre "dominio" y "uso", de gran significación para este análisis.

Conf. también el magnífico y profundo estudio que realiza el Dr. MIGUEL S. MARIENHOFF en *Régimen y Legislación de las Aguas Públicas y Privadas*, publicación de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 1971 (reedición de 1939), pp. 68 y ss., 211 y ss.

constituir un "curso de agua", integran una unidad legal y natural al mismo tiempo [9]. Existe también aquí un problema de gran importancia porque, si bien la Constitución Nacional (art. 67, incs. 14, 15 y 27) permite ubicar la zona, por la parte argentina del aprovechamiento, como bien del dominio público nacional, una vez cumplidos los requisitos correspondientes, en especial los del último de los incisos, la cuestión debe ser tratada con sumo cuidado, en el caso argentino, dado el carácter de Estado federal.

Ya en su momento el problema había suscitado la divergencia de opiniones entre el Dr. Dalmacio Vélez Sársfield y el Gral. Bartolomé Mitre, al referirse al supuesto del Río de La Plata [10].

En coincidencia con la opinión del General Mitre, quien señaló que el dominio sobre los ríos les pertenece a las provincias, sean navegables o no, se ha pronunciado la jurisprudencia y la doctrina autoral.

Se distingue así, el "dominio" de la "jurisdicción". Y ésta le pertenece, a su vez, a la Nación, entendiendo por la jurisdicción, tanto la potestad reglamentaria como la judicial (C.N. art. 26 y 67 incs. 9, 12 y 108; en concordancia con los incs. 16 y 28 del art. 67 y el art. 100 y 101). Igualmente la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostiene tal distinción [11].

Lo indicado no debe hacer perder de vista lo que quedó también como afirmación de la exigencia de la unidad del objeto que impone cada aprovechamiento.

II. *Condiciones.*

1) En primer lugar, corresponde referirse a la naturaleza jurídica de este "condominio", que, a su vez, debe estar

9 MIGUEL S. MARIENHOFF, op. cit., *Régimen y Legislación...*, pp. 217 y ss. 265 y ss. y 284 y ss.

10 "Diario de sesiones del Honorable Senado", año 1869, pp. 812 y 813. Cuestión que es analizada exhaustivamente por el Dr. MIGUEL S. MARIENHOFF, en op. cit., *Régimen y Legislación...*, pp. 297 y ss.

11 Desde "Fallos", 111: 190 y 256. Ver también 120: 165 y 126: 98.

El tema ha sido suficientemente tratado por el Dr. Miguel S. Marienhoff en su obra últimamente citada, pp. 307 y ss.

sujeto a indivisión forzosa por voluntad irrevocable de los Estados, en virtud del mismo Tratado, el cual debe reglarlo como "ley especial".

Dicha naturaleza jurídica no difere, en cuanto a su "esencialidad genérica", de la que corresponde a la institución que, con aquellas exigencias, ha moldeado el derecho privado [12].

En este caso, tiene un específico régimen legal para crearlo y regularlo, que debe estar expresa y formalmente establecido por el tratado. La "ratio iuris" se halla en el requerimiento de cumplir eficazmente la finalidad del aprovechamiento, sin que ello signifique alteración alguna de la soberanía y de los límites de los países, según los tratados vigentes. El condominio debe alcanzar como mínimo a todas las obras físicas principales del aprovechamiento.

La imperiosa necesidad de lograr el aprovechamiento como una gran unidad, justifica asimismo su establecimiento permanente, aun para optimizarlo y para obtener el mejor resultado del importante volumen del río Paraná.

Ello aparece como imprescindible desde el doble punto de vista racional y jurídico. A su vez, la justificación económica y técnica se funda en una serie de factores que en el caso son los siguientes:

a) Grado de divisibilidad de la obra. Los mayores índices de indivisibilidad, en este campo, se dan precisamente en los proyectos de usinas hidroeléctricas sobre cursos de aguas internacionales, dado que por sus características técnicas generalmente se requiere una completa unidad de diseño y un sistema de construcción común a las diversas partes de la obra.

12 JESÚS L. ABAD HERNANDO, *Autonomía Conceptual de las Instituciones del Derecho Administrativo*, U.N. de Córdoba, 1967. (Reed. Estudio I en "Estudios de Derecho Administrativo", Mendoza, 1985.)

Allí se sostiene la conceptual "unidad inequívoca entre el dominio público y el privado" ya que ambos participan de la esencialidad genérica del Derecho de Dominio. Por supuesto, que debe llegarse a considerar que "es" lo "esencial" de cada figura o institución del Derecho, despojándola del moldeamiento que le ha ido dando el derecho civil, a lo largo de los siglos (pp. 77 y ss).

b) Grado de divisibilidad del servicio. La correlación entre gestión centralizada y eficiencia del servicio alcanza uno de sus niveles más elevados en los proyectos hidráulicos de fines múltiples.

c) Monto de inversión. La capacidad financiera de los países participantes en el proyecto es otro factor de indudable incidencia en el proceso de selección de la fórmula jurídico-administrativa. En ese sentido debe remarcarse que si el monto de la inversión es tan elevado, en relación con las fuentes de financiamiento interno de los países interesados que se hace necesario recurrir al financiamiento externo, éste funcionará mejor en la medida en que la fórmula de administración conjunta ofrezca un índice elevado de centralización. Con mayor razón si la posibilidad se halla en el régimen de "concesión de obra pública".

2. En el supuesto del "Tratado de Yacyreta", que se ha tomado como caso "sub-examine", la llamada Entidad Binacional Yacyretá (EBY) sólo puede actuar en su ámbito de administración, de acuerdo con lo que surge del art. V del Tratado, donde se distingue con precisión la institución creada del condominio dispuesto en relación al emprendimiento (aprovechamiento y navegabilidad), de la plena potestad de soberanía territorial (Propiedad y Jurisdicción) y, por consiguiente, la facultad expropiatoria ha sido conservada por cada Alta Parte Contratante (art. XVII - 1 del Tratado) y sin perjuicio de la obligación impuesta a la administración constituida, E. B. Yacyretá, por los párrafos 2 y 3 del mismo art. XVII del Tratado. Máxime que tal institución admite su sustitución por una comisión de supervisión y control, en especial si se recurriera a una "concesión de obra pública". Comisión que sería de funcionamiento simple.

Aquella facultad pudo alcanzar inequívocamente a lo siguiente:

a) Obras principales, o sea el embalse principal y to-

dos sus componentes que comprende a la totalidad de los inmuebles necesarios para liberar plenamente el área de la presa; con integridad de bien público. Queda designada zona a).

b) Todas las tierras a inundar incluidas las que se hallan hasta la cota de seguridad, es decir la totalidad del lago a formarse con la zona de seguridad incluida también, que comprende asimismo necesariamente el subsuelo y suelo (lecho y cauce, esto en su caso); con integridad de bien público. Queda designada zona b).

c) El denominado "perilago", o sea las tierras perimetrales del embalse hasta donde se considere necesario a los fines de "utilidad o comodidad común", incluidas áreas de uso indirecto o directo de la comunidad. En esta zona se preverá, conforme a las normas que se dicten, otros fines conexos de bienestar general, defensa y conservación ecológica, turismo, tránsito, accesos y recreación. Debe considerarse esta zona, fundamentalmente y en primer lugar, como área necesaria e imprescindible de intervinculación ribereña según el Objeto del Tratado. Queda designada zona c). Recuérdese a este respecto la norma del art. 2750 del C.C. de la República Argentina [13].

Cabe acotar que la facultad expropiatoria integra la potestad de establecer limitaciones administrativas (restricciones y servidumbres). En rigor, ello debe tenerse en cuenta y explicitado, a cargo de cada Estado.

Hasta estas zonas a), b) y c) alcanza ineludiblemente el carácter de "unidad" del objeto de utilidad pública (art. III - I y conc. art. I y XVII - I, del Tratado). O sea que cada Estado soberano está obligado a ejercer por sí esta atribución retenida (arts. V y XVII del Tratado). Adviértase que el aprovechamiento hidroeléctrico es inescindible del mejoramiento de las condiciones de navegabilidad, en cuanto a objeto de fin múltiple definido. Ello tiene trascenden-

[13] C.S.J.N., "Fallos", 185: 105.

tal importancia, como se verá, en el caso de la República Argentina, para exigir unidad de legislación exclusiva (art. 67, inc. 27 y 108 de la C.N.) a nivel nacional.

Es, desde este enfoque, un establecimiento de utilidad nacional, por supuesto en el sector de las Zonas en territorio argentino, al que se le aplica solamente un sistema de administración especial en base a un Tratado Internacional, que es también Ley de la Nación Argentina. Se trata por extensión de una hipótesis amplia de bien público, teleológicamente considerado (art. 2.340, inc. 7 y cc. del C. Civil). Su naturaleza jurídica está definida por el Codificador Vélez Sársfield en la nota al art. 2.644 del C.C. y pertenece al "dominio común" de uso indirecto, pero el titular es el Estado Nacional, que puede delegar e incluso institucionalizar su administración [14].

Este titular debe ser el sujeto expropiante. Además, por razonabilidad, también se impone este criterio. Debe aparecer una voluntad unívoca de la República Argentina ante las obligaciones internacionales que ha contraído (Vid. nota al art. 2507 del C. Civil).

Debe quedar señalado que lo expuesto no es en manera alguna pretensión de "federalización" del sector argentino al objeto propuesto. Ello requeriría necesariamente la cesión de parte de sus respectivos territorios de dos provincias argentinas, Estados ellas mismas (arts. 1, 3, 13 y c.c. de la C.N.). Por el criterio establecido, se ha afirmado, en cambio, su carácter de lugar para un "establecimiento de utilidad nacional", referido al sector argentino, y, como lo sostiene ya pacíficamente la C.S.J.N. la legislación exclusiva impone amplitud de normatividad y, por ende, su actuación: tanto a nivel de regulación administartiva, como judicial propiamente dicha.

Ello no significa que en la zona c) del llamado "perilago" y sin perjuicio de las necesidades de la unidad de

[14] C.S.J.N, "Fallos", 128: 66 y 75; 155: 117. En este último caso se señala que el ejercicio legítimo por la Nación de facultades delegadas y que supone preeminencia de normas, trae a su vez aparejada preeminencia de fines.
Cfr. MIGUEL S. MARIENHOFF, op. cit., *Tratado*..., t. V, pp. 302 y ss.

objeto confiada al sistema de administración de Yacyretá, pueda instrumentarse un régimen que —previa facultad coincidente de los Estados soberanos y ejerciendo cada uno su propia jurisdicción— facilitare otorgar concesiones o permisos de uso especial para fines recreativos, turísticos, incluso ecológicos, en esa zona (art. XVIII y c.c. del Tratado).

El carácter de bien dominial público que se ha señalado es en razón de un criterio de unidad de objeto y responde al carácter de las aguas y cauce de un río internacional y navegable. Aquí el dominio —por razón expropiatoria— y la jurisdicción deben ser nacionales inequívocamente. Pero ello no impide que en ciertas áreas (se estima que sólo las correspondientes al sector zonal del perilago), pueda permitirse un régimen de uso especial con relación al uso público indirecto que tiene la totalidad del objeto.

A ese propósito ninguna institución más adecuada, en la hipótesis del sector argentino, que la o las provincias para ser las concesionarias o permisionarias de tales usos, previa debida regulación que establecerá, en su caso, la República Argentina, o, establecida su normatividad ad superiore (por los medios que señala el Tratado, art. XVIII y c.c.), su ejecución y acuerdo puedan ser convenidos con las provincias y, si éstas lo estiman adecuado y dan anuencia, con los municipios respectivos.

Las provincias de Misiones y de Corrientes, en la República Argentina, pueden jugar un papel destacado. Incluso, más allá del perilago, no hay dificultad de que se inscriban en el dominio público local (red provincial o de acceso a primaria nacional) o, en sus ejidos municipales, las calles, los caminos y accesos en el dominio público municipal. Aun pueden inscribirse los predios para oficinas públicas o centros de educación o de salud, como bienes públicos o privados, al nivel que corresponda, nacional, provincial o municipal. Esto alcanza asimismo a los entes descentralizados autárquicos y empresas públicas a cargo de servicios o fines públicos y productores de bienes de interés público.

En las relocalizaciones debe permitirse el acceso de los particulares al dominio privado de su inmueble y en cuanto al resto de este importante tema, debe seguirse el mismo criterio. Esto debe permanentemente estar presente en todos los convenios que se suscriban con las provincias, municipios y demás entes.

Las calles y caminos de acceso en el ejido municipal, deben pasar, como se dijo, al dominio público municipal o permanecer en el dominio público provincial, hasta que el municipio en formación alcance las exigencias mínimas de la vida comunal, según el respectivo ordenamiento público provincial aplicable. En el acuerdo con las provincias debe preverse la implementación sin pausa e inmediata de la vida municipal plena en las relocalizaciones, para que en forma eficaz cada población o parte de otra, asuma los servicios municipales con total operatividad.

Otro tanto puede sostenerse con respecto a los acuerdos con entes o empresas públicas. Tal es el caso —por existir una ruta nacional— del pacto realizado con la Dirección Nacional de Vialidad (D.N.V.). Este claro ejemplo pone de manifiesto lo que se ha afirmado.

3) Para seguir un orden lógico, parece importante el estudio de la jurisdicción con respecto al dominio, lo que nos ha de llevar a la relación entre la Nación y las provincias y, finalmente, cómo debe "construirse" el Tratado, para que responda a todas las condiciones mínimamente exigibles. Ante todo se debe considerar el problema de la jurisdicción, siempre desde este enfoque argentino.

No cabe duda de que la jurisdicción es nacional. Ello por que se trata de un emprendimiento en área nacional típica, río internacional navegable, con recorrido ribereño interprovincial, en relación a la República Argentina (arts. 26; 67, incs. 9 y 12; 67, incs. 16 y 27; y 107 y 108 de la C.N.). Además aparece la necesidad de proveer a la seguridad de las fronteras (art. 67, inc. 15, primera parte de la C.N.: concepto de zona o de faja, no de mero límite o línea) y

por consiguiente existe un lugar que debe ser "adquirido" ya sea por compra o cesión, a través de la expropiación, en su caso, para establecer "...un establecimiento de utilidad nacional". Y sobre todo es incuestionable la facultad de "ejercer una legislación exclusiva" tanto en el ámbito espacial como en el material; dicho con especial relación a las zonas asignadas a), b) y c), ya indicadas supra. Además de la hipótesis del art. 67, inc. 27 de la C.N. que se ha reseñado, hay también jurisdicción administrativa nacional y jurisdicción judicial nacional, ratione materiae y ratione loci, por el carácter de vía navegable exterior del río Paraná: el aprovechamiento, como objeto, es unidad inescindible y se apoya en base a este recurso natural compartido con la República del Paraguay.

El Tratado es una clara prueba de tal designio nacional de la República Argentina que la ha llevado, en paridad absoluta con la República del Paraguay, a convenir el mismo y todo lo que él significa y que ha sido motivo de análisis.

La reserva de jurisdicción que cada Alta Parte Contratante ha dejado establecida juega perfectamente. Ante todo es no sólo "jurisdictio" con el sentido y alcance de "decir el derecho en el caso concreto", frente a los derechos y con respecto a personas y cosas, sino el primigenio de crear legalidad. O sea el llamado "ius edicendi" o poder de legislación, denominado también "poder de policía" y cuya base se encuentra en la primera parte del art. 14 de la C.N.: "Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio:..." y que admite los dos límites (por lo que se convierte en límite doblemente limitado) de los arts. 19 y 28 de la C.N.: principios de la intangibilidad de la intimidad de la persona humana y de la inalterabilidad de los derechos y garantías.

Este poder de legislación en general conservado por las provincias, está —atento al sector territorial que servirá de base espacial del aprovechamiento en el territorio argentino— delegado en exclusividad en el Gobierno Nacional a través

de las facultades del Congreso (arts. 67 y cc. 104, 107 y 108 de la C.N.). En el caso bajo análisis esta potestad además tiene caracteres propios (arts. 31, 27 y 67 de la C.N.), por haber asumido el Estado Argentino un compromiso internacional en el Tratado de Yacyretá, en la medida de la compatibilidad de los arts. V y XVIII y cc. del Tratado mismo, puede preverse una legislación con cierto molde de permanencia y unidad a los fines del objeto propio del Tratado (arts. I y III). Como se dijo, el aprovechamiento hidroeléctrico va unido al mejoramiento de la navegabilidad, que es además exterior (art. 108 de la C.N.: prohibición legislativa provincial) y ello lleva a la unidad imprescindible de pautas legislativas (art. 2641 del C. Civil Argentino).

El aprovechamiento de que se trata, al ubicarlo en la hipótesis del artículo 67, inc. 27 de la C.N., supone la "nacionalización" de ese lugar y de ninguna manera significa "federalización", porque ello requeriría la cesión del territorio prevista en la C.N., como paso previo (art. 3 y 13).

Con pautas necesarias de unidad, pueden resolverse los problemas de derecho ambiental, defensa y conservación de la naturaleza. En este caso el acuerdo con las provincias es fundamental e ineludible, como paso previo.

Se entiende por problemática del ambiente humano la concepción del ambiente y sus problemas en función del hombre y no como objeto de especulación puramente científica.

Se lo supone compuesto de: a) el ambiente natural (inclusivo de todos los recursos naturales y de los fenómenos nocivos y espontáneos de la naturaleza, como inundaciones, sequías, ciclones, sismos); b) el ambiente cultivado o inducido por el hombre (agri, silvi y piscicultura); c) el ambiente creado o fabricado por el hombre (asentamientos humanos, sistemas de transportes y comunicaciones, producción industrial especialmente agroquímica y farmacéutica, alimentos humanos); d) elementos y factores ambientales ajenos a los recursos naturales (contaminación, ruido, olores, paisaje creado, basuras y desechos y otros).

Se parte de la idea de que el manejo y goce del ambiente configura un solo problema global, que es lo que en la expresión adoptada en Estocolmo se llama "Uniterra". Esta globalidad deriva de la recíproca interdependencia entre todos los elementos y factores ambientales antes enumerados, que es un hecho físico pero también económico y social.

El ambiente no admite —sin menoscabo de su eficiencia— tratamientos parcializados por sectores y esto es básico en la filosofía que debe inspirar su manejo. Es un aspecto de la vida humana que corta transversalmente a todos los sectores de la actividad humana.

¿Cómo puede haber varias o distintas pautas para determinar la calidad de las aguas en el futuro aprovechamiento de Yacyretá, por ejemplo? y ¿cómo determinar con normas divergentes o no pero armonizadas, la prevención de su contaminación o la represión, en el caso de efluentes que pongan en peligro la calidad de las aguas? La calidad de la vida, en definitiva, debe prevalecer.

Por eso se requiere una cierta homogeneidad legislativa y ello debe pactarse, sin perjuicio del respectivo ejercicio por cada Estado soberano. En el caso de la República Argentina, un aprovechamiento como el del objeto y todas sus consecuencias debe ser encarado con criterio de unidad normativa, a través de los acuerdos necesarios con las provincias. Ello surge de los poderes de la prosperidad que no permitirían concurrencia, en principio, en aquel sentido, ante el riesgo de insuficiencia o contradicción. Hay un hecho técnico que señala indubitablemente la ecología y que no puede ser negado. Tampoco se pueden crear gratuitamente micro o micros climas. En fin, no puede haber disparidad o ambigüedad reglamentaria en materia tan vital. Es la aparición del concepto de un verdadero "ecosistema" en juego.

Como contrapartida las provincias serán las destinatarias naturales de los permisos de uso especial del dominio público instaurado —en la medida de lo posible— en la zona

c) que lo hace admisible. Asimismo no debe confundirse lo expuesto con la activa e imprescindible participación —aquí sin menoscabo alguno— de los poderes provinciales y comunales en lo relativo a relocalizaciones de poblaciones o de establecimientos más allá del área del aprovechamiento (zonas a, b, c). De la misma manera la participación de entes públicos y privados en distintos aspectos de la vida humana en sociedad que se estima de gran importancia.

Para terminar el punto, se considera interesante la opinión de un destacado constitucionalista argentino, que siempre se ha mostrado celoso custodio de nuestro federalismo, el Dr. Pedro J. Frías, quien afirma:

"Jurisdicción federal en los establecimientos de utilidad nacional dentro de las Provincias. Excusándonos de la densidad de la fórmula y con la experiencia adquirida en el significativo debate que una ley reglamentaria del art. 67, inc. 27 de la Constitución Nacional provocó, hemos sugerido que dicho poder sea atribuido al Congreso así: reglar las potestades del gobierno federal sobre los servicios y lugares afectados bajo su administración a un interés nacional, dentro de las provincias, definiendo las competencias provinciales que quedan excluidas en función de su naturaleza o las que deben concertarse'.

Además de la adaptación de la fórmula a jurisdicciones sofisticadas como las energéticas, tiende a evitar la innecesaria exclusión de las jurisdicciones provinciales compatibles, error en que incurrió un pronunciamiento de la Corte Suprema en su composición de 1968".

Adviértase, no obstante, cómo un objeto como el subestudio, por su amplitud y finalidad, haría coincidentes para la especie ambos criterios.

Téngase presente asimismo lo antes sostenido sobre el concepto de "unidad". Muy importante también en lo relativo a la defensa y protección del ambiente. Sostiene el mismo autor:

"Recursos Naturales. En otra oportunidad, hemos sostenido que en el límite, más que el dominio y la jurisdic-

ción sobre los recursos naturales existentes en ellas, lo que interesa a las provincias es su participación en el aprovechamiento de los recursos. Como una reforma constitucional confirmará la situación actual y nacionalizará irreversiblemente los minerales energéticos y las caídas de agua, que son de las provincias, pero de las que están desapoderadas, es la última oportunidad para establecer las reglas de juego.

Ellas son las de garantizar la industrialización en origen, si es económicamente posible y la equidad de las compensaciones. Las compensaciones con esencialmente las regalías y la eventual tarifa diferencial" [15].

Finalmente, recuérdese, a esta altura, que la Entidad Binacional Yacyretá —excluida de potestad alguna que signifique derecho de propiedad o de jurisdicción que conserva, por su respectivo ámbito espacial, cada Estado soberano— tiene, en cambio, atribución sobre la administración del uso del condominio que se constituye en virtud del artículo V del Tratado, a los efectos del eficaz, oportuno y pleno cumplimiento del objeto del Tratado (artículo I) que es la razón misma de la existencia de la entidad (artículo III del mismo Tratado).

Esto significa, y será motivo de acuerdos que pueden ser celebrados entre las provincias y la Entidad Binacional Yacyretá, que, una vez establecida aquella normatividad que se sugiere, la facultad de su ejercicio lo sea por parte del mismo sistema de administración. Es el ejercicio de la policía por las medidas ya previstas por la legislación, llamado "ius agendi", que no debe ser confundido con el puramente normativo o "ius edicendi" que retienen las Altas Partes Contratantes, sin perjuicio de su operatividad (art. XVIII del Tratado).

La facultad "agendi" es imprescindible para el eficaz y exhaustivo cumplimiento de aquella normatividad integrante del poder de jurisdicción de cada Estado soberano.

[15] PEDRO J. FRÍAS, *El federalismo posible*, Bol. Fac. Derecho y C. S., U.N.C., enero-julio de 1975, pp. 171 y 172.

También aparece así un ancho campo para la cooperación y el ejercicio a nivel provincial y aun municipal con la anuencia de la provincia respectiva. Es el ejercicio necesario que hará factible o no, en definitiva, lo querido por la norma.

Sin embargo, es necesaria, a su vez, primigeniamente, aquella unidad de legislación.

De tal forma, se ve el problema y su posible solución, en el supuesto de la República Argentina.

Además, no debe olvidarse, al tratar el tema de la jurisdicción en general y el de la legislación en particular, la necesidad de compatibilizar la misma con otras normas ya establecidas a nivel nacional. En el caso argentino, la ley nacional de la energía 15.336 y disposiciones complementarias y compatibilizadas previamente con las provincias involucradas. Desde el punto de vista nacional argentino, la Entidad Binacional Yacyretá actúa como titular con una caracterización conceptual de "concesionario" ministerio legis.

A este respecto, adquiere también importancia todo lo relativo a tránsito de automotores y transporte de maquinarias, equipos, materiales y otros. Ello debe ser resuelto con el criterio establecido en el art. XVIII del Tratado, pero con el régimen al que se ha referido lo indicado supra.

Aparte de ello, es libre el tránsito de personas y cosas (personas que prestan servicios o "bienes destinados a la misma o a personas físicas o jurídicas contratadas por ella") (art. XVII - 4 del Tratado). En este supuesto es claro el precepto convenido por ambas Altas Partes Contratantes.

4) Sin perjuicio de lo que ha quedado expuesto acerca de que el aprovechamiento es un establecimiento de utilidad nacional (art. 67, inc. 27 de la C.N.), por requerimiento del concepto de necesidad unitiva atento a su fin, no cabe duda de que el mismo utiliza específicamente la fuerza de un volumen de agua, un bien público del que ha sido titular del dominio la provincia o las provincias afectadas. Todo ello primigeniamente. Es importante señalar desde ya, que tal uso, con los debidos recaudos, lo es sin alterar los

caracteres ínsitos del agua y que ésta es un recurso natural renovable.

Se presenta así la necesidad de hacer la distinción entre este recurso natural renovable con el supuesto de los recursos naturales no renovables.

Adviértase también la trascendencia, aunque con el debido alcance de la "definitio" positiva en favor de las provincias del art. 107 de la C.N., que, tras una destacable "coma", expresa: "y con sus recursos propios".

Una interpretación contextual y teleológica de las normas de la Constitución Nacional con la inclusión de este dispositivo preciso, impone aquella distinción entre recursos renovables o no. Cuando sean "no renovables", surge la exigencia de reconocer a la provincia la apropiación de tales recursos. Es el caso de los hidrocarburos.

En cambio, en el supuesto del uso del agua, surge, como inequívocamente lógico, el necesario abono de regalías, en favor de la provincia.

De ahí la importancia de hacer tal precisión en todo tratado del tipo del que analizamos, en que la República Argentina sea Alta Parte Contratante, para que quede inscripta tal garantía en los términos del contrato y así satisfacer la exigencia constitucional. Precisamente el Tratado de Itaipú de 1973. entre el Brasil y el Paraguay, prevé, en su art. XV, parágrafo 1º, la obligación de pagar dichas regalías "en razón de la utilización del potencial hidráulico".

Hay otras cuestiones que permiten el ejercicio de la potestad provincial, siempre sin menoscabo del objeto del aprovechamiento en aspectos fundamentales como los de "planeamiento" y de dictado de normas de preservación ambiental, incluso previendo la aplicación de leyes similares entre dos o más provincias cuando corresponda. Es el caso de Yacyretá, cuyo Tratado no realizó aquella previsión.

5) Lo expuesto hasta el presente nos lleva a señalar la importancia que tiene, por el acierto que significa, lo que podría llamarse la "construcción" del Tratado.

Y no sólo por la magnitud de sus previsiones, sino por la trascendencia de dar participación a la o a las provincias involucradas, como exigencia argentina de su propio ordenamiento jurídico.

El Tratado de Yacyretá carece de ambas exigencias y ello ha permitido desvíos y dificultades, que están a la vista.

En cuanto a la magnitud, sin caer en la hipótesis de lo hermético, el Tratado debe prever la totalidad de la normativa necesaria sobre las relaciones, obligaciones y garantías que se deben las Altas Partes Contratantes, así como también de todos los requisitos institucionales y de obra y servicio público, a fin de cumplir exhaustivamente el objeto del aprovechamiento, razón última del mismo Tratado.

Si se optase por la modalidad de la "concesión de obra pública", deben preverse las bases fundamentales que permitan plenamente el cumplimiento de la concesión, tanto en la etapa de construcción, como en la de explotación empresarial y, asimismo, el control, las garantías necesarias y las cláusulas sancionatorias por incumplimiento, en su caso.

En cuanto a la participación, se debe recordar la norma del art. 27 de la C.N. que establece: "El Gobierno Federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que están en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución". Indudablemente que este dispositivo debe armonizarse con el art. 31 de la misma C.N.

Pero no existe dificultad en que el tratado tenga una construcción sustantiva de tipo participativo. Por eso se ha dicho: "No hay ningún inconveniente para que haya toda una elaboración de Derecho Público 'intra', antes de ir a la elaboración 'inter'. Este es el método que incluso creo que surge de la propia Constitución, pero no hay que confundir aquí la sustantividad del convenio, que puede ser elaborada de 'intra' a 'inter', con la potestad jurídica-formal, que, cuando se trata de una convención o tratado con una potencia extranjera, requiere ineludiblemente la presencia del Estado Federal, pero un Estado Federal que

tiene que ajustar ese Tratado a los principios de Derecho Público, en su integrabilidad" [16].

Por supuesto que en la faz "intra" está necesariamente presente la provincia, sin perjuicio de la actuación que ésta, a su vez, dé al municipio.

Es el criterio seguido en tratados de la índole, como, por ejemplo, el del San Lorenzo, entre EE.UU. y el Canadá, ambos Estados federales, aunque de distinto sistema de origen. Lo cierto es que en la iniciativa, y antes de celebrar el tratado, dieron la participación señalada [17].

Esta participación provincial tiene importancia fundamental no sólo por el gran cúmulo de potestades conservadas que tienen las provincias en nuestro sistema jurídicopolitico (art. 104 y cc. de la C.N.), sino también por la repercusión de distintos efectos consecuentes que tienen estos aprovechamientos en el territorio de las provincias, de cuyo impacto ningún dato de la realidad queda sin ser alcanzado.

III. *Conclusiones.*

1. El área del aprovechamiento de carácter específico (zonas a, b y c), sector argentino, es un bien público en el derecho positivo nacional.

Las zonas a, b y c, expropiadas u obtenidas por cesión, integran en unidad un bien del dominio público. Esto ha sido visto y surge por implicancia expositiva de lo considerado. Ya se ha dicho que el contenido sustancial del bien

16 JESÚS L. ABAD HERNANDO, en op. cit., *Relaciones y convenios...* págs. 81 y ss.

17 JESÚS L. ABAD HERNANDO, ídem, p. 84, donde se afirma que: "Es la solución del art. 27. No estoy afirmando ninguna cosa novedosa: el art. 27 le da la potestad exclusiva al Gobierno Federal en consonancia con lo señalado hace un momento, en relación con el art. 67, inc. 19 y el art. 86, inc. 14; las provincias no pueden celebrar convenios internacionales, pero eso no significa que el Estado Federal celebre un convenio y después lo ajuste hacia abajo. Debe construirse el convenio desde el plano municipal, si corresponde; desde el plano provincial, en su caso. A su vez, en un convenio interprovincial, debe advertirse si no aparecen involucradas las comunas. Si se está formando un convenio intermunicipal, debe comprobarse si aparece interesada la Provincia, o si es simplemente un problema de interés intermunicipal".

público está dado en rigor por su contenido teleológico: el fin de uso público o común, al que está afectado, que puede ser directo o indirecto en beneficio de la comunidad jurídica pueblo. Este sentido y alcance está afirmado en la nota esencial de carácter residual contenida en el inc. 7 del art. 2340 del C.C. argentino (que lamentablemente la reforma por ley 17.711 mantuvo —con pequeñas variantes léxicas— pero sin trasladarlo a su lugar como dispositivo in fine, ya que la adición de los incs. 8 y 9 debieron intercalarse, pero dejando al antiguo 7 como 9, precisamente por su significado final). Este dispositivo reza "...y cualquier otra obra pública construida para utilidad o comodidad común". O sea lo útil para todos y lo que está en el "cum modus", es decir a la manera del común. Véase la amplitud de la fórmula. Refuerza este criterio lo dicho en el art. 2341 del mismo C.C. (precepto sobre el que habría que hacer algunas reservas jurídicoadministrativas, impropias del carácter de este estudio y que desviarían del propósito que se tiene) y, sobre todo, de la nota del art. 2644 del C.C. "... en este Código los reconocemos (a los ríos no navegables) como del dominio común". Máxime entonces con respecto a los ríos navegables y las obras que a ellos se refieren en inmediata relación con un fin público indirecto del más alto calificativo.

Por ese motivo, la segunda parte del art. 2750 del C.C. citado impone: "El deslinde de los fondos que dependen del dominio público corresponde a la jurisdicción administrativa". Facultad que, en el caso argentino, se está en condiciones de ejercer con los límites del Tratado y demás legalidad aplicable y que la Entidad Binacional Yacyretá tiene en el ámbito de su competencia ad referéndun de los Estados (del Estado argentino en el sub-exámine), según el artículo XVII, 2 del Tratado. Es muy significativo al respecto de este art. 2750 C.C., el Fallo de la Corte Suprema de Justicia Argentina (Fallos, 185:105).

Así se compatibilizan poder de Legislación (Jurisdicción en la parte pertinente) y Derecho de Dominio, que

pertenecen al ámbito estatal respectivo de la República Argentina y de la República del Paraguay. Ello, atento a que, en el caso argentino, se tiene una vía segura de proceder como país federal, para atender a todos los aspectos y exigencias del compromiso contraído por el Tratado de Yacyretá.

Siguiendo con el análisis emprendido, surge la importancia del art. 2641 del C.C. argentino que señala: "Si los ríos fueren navegables, está prohibido el uso de sus aguas, que de cualquier modo estorbe o perjudique la navegación o el libre paso de cualquier objeto de transporte fluvial". En la misma línea de previsión normativa, se inscriben los arts. 2639 y 2640 del mismo C. Civil, con relación al camino público ribereño. No cabe duda de que el codificador Dr. Dalmacio Vélez Sársfield veía muy bien el problema, como se desprende de la nota extensa al art. 2507 y otros dispositivos y notas.

Y tal como antes se ha señalado el dominio público tiene la esencial nota de estar afectado "a las diversas actividades y funciones administrativas", así lo advierte Fiorini [18].

El uso público puede ser directa o indirectamente referido al "uso general y común".

En estos supuestos debe recordarse que habrá bienes públicos (provinciales y definitivamente municipales: calles, plazas, espacios verdes y otros de fin público); bienes privados del Estado nacional que se estiman posibles (funciones de control de seguridad y defensa, Prefectura Naval, aduana, poder impositivo y su fiscalización, por ejemplo); o del Estado provincial (policía en su caso, servicios); o del municipio y de organismos nacionales, provinciales o municipales (v. g. entre los primeros, OSN, ENTEL, ENCOTEL, AyE y otros), y finalmente transferencias de dominio a los particulares (vivienda por ejemplo).

18 BARTOLOMÉ A. FIORINI, *Manual de Derecho Administrativo*, segunda parte, ed. "La Ley", Buenos Aires, 1968. Allí, en la parte pertinente, este destacado administrativista, desarrolla con excelencia la temática del Dominio Público.

Todo ello debe estar previsto y en esos convenios la Provincia o las Provinicas (por sí o por una o más comunas) debe (n) asumir la responsabilidad del planeamiento urbano y suburbano e incluso uso del suelo, zonificación, y luego servicios. Dicho esto a manera de ejemplificación enunciativa.

Aparte, están los caminos de acceso y demás vías de transporte y comunicación: nuevo trazado de rutas nacionales o provinciales, ferrocarriles, puentes, obras de arte en general, serviductos. Aquí se estima que puede haber "delegatio" en el organismo público nacional o provincial (incluso municipal) ad hoc (v. g. DNV, FF.CC., Direcciones Provinciales de Vialidad y otros entes públicos) ; pero mantener la unidad preconocida de legislación y jurisdicción judicial aplicable, en lo posible, salvo casos especiales por convenio al efecto, y una cierta facultad de supervisión técnicocoordinativa por parte de la Nación —más bien armonización cronogramática— para asegurar el sentido y alcance de la tesis de la "unidad" que se ha preconizado. Debe recordarse que en las zonas a y b, la inconcesibilidad de permisos de uso especial o diferencial es la regla, que, en rigor, no admite excepciones.

En cambio, en la zona c (del perilago) es posible el otorgamiento de permisos de uso especial del uso público.

Estos permisos deben estar reglamentados; siendo previa la solicitud al Estado nacional.

Esto también puede integrar el paquete de medidas a fijar de común acuerdo por las Altas Partes Contratantes (art. XVIII y c.c. del Tratado de Yacyretá) para proceder con idéntico criterio en ambos sectores, paraguayo y argentino.

En principio, pueden ser titulares de estos permisos —que serían, conforme al criterio preconizado, otorgados en forma unilateral y precaria— las provincias del ámbito espacial argentino y, en su caso, las comunas o municipalidades. La finalidad: usos recreativos, pesca, turismo, v. g., y de mantenimiento y conservación del ambiente, como fin

y deber, en este caso. Por supuesto que también, con los debidos recaudos, ello puede ser extendido a los particulares.

Deberá existir compatibilidad con el uso público indirecto que tiene por el aprovechamiento atento a las necesidades prioritarias del mismo y sin óbice para la etapa de construcción y posterior de eficaz explotación (o sea que podían ser ampliados o modificados más adelante, en casos de usos que no podrían serlo actualmente); revertir algún beneficio social y de protección ambiental humana; y ser temporarios en todos los casos con cláusulas de absoluta precariedad. Estos permisos no pueden acordar derecho subjetivo administrativo alguno, sólo una situación jurídica de interés legítimo que tendrían las provincias y municipios del sector, para exigir que se cumpla bien la reglamentación. De ahí la fundamental jerarquía que debe tener dicha normatividad.

Debe preverse asimismo la posibilidad cierta de recurrir a la figura integral de la "Concesión de Obra Pública" para todo el fin del aprovechamiento.

He aquí una razón más, señalable, para aquella tesis de la unidad en cada país y, sobre todo, para la existencia plena de un "condominio público", establecido por ambas Altas Partes Contratantes.

2) Se estima que debe existir legislación exclusiva hasta la zona del perilago, o sea c) inclusive, con los accesos incluidos. A este respecto, deben surgir pautas comunes y, una vez dispuestas en común estas cláusulas programáticas, cada Estado soberano debe dictar la normatividad fundamental. En el caso de la República Argentina, ello es facultad nacional innegable, pero para su buena y eficaz ejecución debe pactarse con las Provincias el ius agendi respectivo, en su caso.

Esto parece insoslayable en las zonas a) y b) y en gran parte de la c), sobre todo, acceso vinculativo y comunicaciones; y sin perjuicio de la potestad de seguridad fronteriza y aduanera del Estado Nacional, en sector argentino. Fuera

de esas áreas y en buena parte de la zona c) debe facilitarse la gestión local o sea provincial para el mismo ius agendi. A su vez, esa misma facilitación debe alcanzar su plenitud con relación a las relocalizaciones e instalación y buen funcionamiento de la villa permanente, con las limitaciones que se han dejado indicadas.

A este propósito hay que señalar que se ha establecido un condominio para el objeto del Tratado, pero no se trata de un "condominio internacional" (art. I y párrafos 1 y 2, confrontados del art. V del Tratado).

Hay un titular del derecho pleno de disposición: es el reservado por Cada Alta Parte Contratante, como Estado soberano en ejercicio de la supremacía territorial, en su respectivo ámbito espacial (art. V - 2 y cc. del Tratado) y por ello tiene la jurisdicción (arts. V - 3; VI; VII; X; XI; XII; XIII; XIV; XV; XVI; XVII; XVIII; y XIX a XXIII del Tratado) y es asimismo titular de la propiedad, en este caso no sólo del dominio institucional (ius eminens) sino también del dominio público estatal (art. VI; XVII y normas según el Derecho Público vigente en cada Estado soberano).

Sin perjuicio de lo afirmado precedentemente, se ha constituido un condominio de objeto como "unidad" (art. I; III; V - 1) al que se le asigna administrador, o sea la Entidad Binacional Yacyretá (art. III del Tratado y Estatuto Anexo "A" del Tratado y Reglamento Interno), a cargo del objeto real de derecho público, que es un emprendimiento con el doble propósito de aprovechamiento hidroeléctrico y facilitación de navegabilidad de un recurso hídrico compartido, con un elemento teleológico que lo sustantiviza, su condición de ser un curso de agua eminentemente navegable y, por ende, comercial y económicamente enmarcado también como objeto de interés público, que con la integración del establecimiento público de obra y servicio, constituye un todo que es el fin del Contrato, o sea del Tratado.

Cabe señalar que el aprovechamiento no se agota en la etapa de realización sino que prosigue en la de operación permanente de explotación en función del servicio.

Sobre el objeto y en cuanto sea inescindible al fin público señalado, deben considerarse una unidad y proponerse un poder de legislación que satisfaga ese propósito.

Ello sin mengua, en el caso de la República Argentina, de la participación de las provincias de Corrientes y de Misiones en el derecho "agendi", en cuanto sea compatible con el de normativizar en el sector argentino territorial (caracterizado supra como zonas a), b) y c).

Fuera de tales zonas, es decir más allá del ámbito espacial propio del objeto en sí del tratado, las provincias deben ser convocadas para que ejerzan la totalidad de los poderes conservados (siempre será conveniente la celebración de convenios con las provincias, totales o parciales, donde se contemplen las distintas hipótesis, incluso la que ahora se considera, aunque sea declarativo, para evitar otras dificultades y facilitar el cumplimiento de los compromisos contraídos en la emergencia por la República Argentina). Estos poderes se refieren a relocalizaciones, nuevas poblaciones, villa permanente, caminos de acceso y de vinculación, en la medida en que no se perturbe el objeto del Tratado y sin perjuicio de la potestad del Estado nacional argentino de establecer legislación por razones de seguridad de las fronteras (art. 67, inc. 15 de la C.N.). Por ese motivo aparece indudable la conveniencia de acudir a los convenios integrales. Incluso con anterioridad al compromiso internacional que asume la Nación.

Aparece también la exigencia de que las provincias institucionalicen el "Régimen Municipal" (art. 5 de la C.N. y conforme a su propia Constitución local y Ley Orgánica Municipal). Es un verdadero deber público de cada una de las provincias argentinas.

Todo bien público —este establecimiento de utilidad nacional, por la parte del sector territorial argentino y según la normatividad vigente— tiene también como beneficiarios a los usuarios del uso sea directo o indirecto. Este último le corresponde, en el caso de la República Argentina, a toda la población por los beneficios emergentes, en

lo pertinente, del objeto, ya que el aprovechamiento debe realizarse en paridad absoluta de medios a fin, entre ambos Estados soberanos.

Pero existe también la posibilidad del uso directo por pare de las poblaciones de las provincias de Corrientes y Misiones. Este uso puede llegar hasta la zona c) del llamado "perilago" y además puede surgir más allá de dicha área como proyección de plus valía y de utilización aledaña, en cuyo ámbito —ya fuera del "perilago" —las provincias pueden asumir en plenitud sus facultades y funciones.

Existe uso directo —por delegatio de uso especial— en la zona c) aunque limitado, y más allá de ella (perilago) sin ya límites, salvo el caso de los accesos, que pueden tener uso directo, en la medida en que no interfieran el objeto del Tratado.

Existe necesario uso indirecto y éste tiene como titular a la totalidad del pueblo argentino. Por eso debe estar bajo jurisdicción y dominio público de cada Estado soberano el Objeto del Tratado, o sea el sector de las zonas a) y b). Incluso la c), aunque esta admite algún uso directo limitado, como se ha dicho antes.

Por eso en las zonas a) y b), por su índole, sentido y alcance, el ejercicio total de la protección y tutela es a su vez indelegable y sí lo es, con limitaciones, en la zona c) y en el ámbito espacial a ella referido, por razón de acceso, tránsito, transporte o por requerimiento ecológico de defensa y conservación del ambiente humano. Esto ha sido suficientemente señalado.

Más allá, cada provincia —por razonabilidad y para establecer el régimen más adecuado y compatible— puede y debe acordar la solución integral.

En definitiva, se trata del interés nacional de cada Estado soberano que ha sido complementado, uno con relación al otro y vice-versa, con carácter de total igualdad de medios a fin.

3) Este estudio, si bien tuvo en consideración especialmente el Tratado de Yacyretá, como caso a examinar, ha pretendido señalar, en hipótesis de futuro, las exigencias de un tratado sobre este tipo de aprovechamiento que sea suficientemente idóneo a tal fin, evitándose así incluso los desvíos y las dificultades que ha traído precisamente el de Yacyretá.

Quede como contribución de un modesto análisis, desde la óptica argentina, de la problemática que se presenta, sin ánimo exhaustivo alguno.

Finalmente, se debe precisar que estas conclusiones no agotan las respuestas, como tampoco los problemas que pueden ser planteados, tanto en su número, cuanto en la profundidad de su estudio.

EVOCACIÓN DE PAPINIANO

Comunicación efectuada por el académico Dr. Elías P. S. Guastavino, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 11 de octubre de 1990

SUMARIO: Prefacio. - I. La época. - II. Vida de Papiniano. - III. Las obras del Jurisconsulto. - IV. Opiniones de Papiniano. - V. Destino y trascendencia ulterior. - VI. Muerte de Papiniano. - VII. Ejemplaridad.

PREFACIO

Por un hábito en los modestos estudios de derecho argentino, al mencionar juristas del pasado algunas veces consigno los datos de su vida y releo compendios biográficos de ellos. Así aconteció con *Aemilius Papinianus*.

Al comentar una sentencia de la Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires sobre la prioridad persecutoria de acreedores de la herencia o del heredero fallido sobre los bienes del causante fue necesario examinar opiniones de tres jurisconsultos romanos de la época clásica que el código civil argentino de 1869 citó en nota del art. 3446: Paulo, Ulpiano y Papiniano.

La relectura de las historias de los nombrados jurisconsultos me señaló que Ulpiano y Papiniano, ambos en su tiempo prefectos del pretorio, fueron víctimas mortales por actitudes dignas.

En efecto, *Domitius Ulpianus* (170-228 d.C.) fue asesinado en Roma por la guardia pretoriana a los 58 años ante la presencia —se afirma— del propio emperador Alejandro Severo, impotente para impedirlo, luego de haber deshecho una conspiración de los pretorianos disconformes con los proyectos del jurisconsulto para reformarlos [1].

1 Ver E. GIBBON, *The decline and fall of the Roman Empire*, publicada entre 1782 y 1788, ed. Oliphant Smeaton, Londres, I, p. 150. En Argentina ha evocado estos hechos NINA PONSSA DE LA VEGA DE MIGUENS, en la nota preliminar a su estudio *Reglas de Ulpiano*, Buenos Aires, 1970.

Y pocos años antes Emilio Papiniano, el más famoso y reverenciado de los juristas romanos clásicos, perdió también la vida en las luctuosas circunstancias de febrero del año 212 de nuestra era, que seguidamente evocaremos y que contribuyeron a dar un valor legendario a su prestigioso nombre.

Después de comentar el pronunciamiento de la Suprema Corte bonaerense que reavivó la inquietud por los jurisconsultos romanos y luego de haber contribuido débilmente al examen de algunos problemas legales contemporáneos, no creo que sea impropio reflexionar en esta oportunidad sobre la vida y la obra de Papiniano [2].

Buena parte de lo esencial fue adelantado hace más de treinta años, en 1958, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, por Salvador Fornieles en su discurso de incorporación. Luego de resumir las personalidades del emperador Justiniano y de su principal jurista Triboniano, ambos del siglo VI d.C., afirmó el Dr. Fornieles que ni este último ni el jurista y filósofo inglés Francisco Bacon (1561-1626), con sus conocidos defectos, empañan las virtudes de algunos juristas que les precedieron. Agregó que los llamados clásicos —como Papiniano, Ulpiano y Modestino— estaban poseídos de la importancia de la ciencia que cultivaban, del rol que desempeñaban dentro de la sociedad y ajustaron su conducta a la dignidad de esa representación. Dos de ellos, dijo, refiriéndose a Papiniano y Ulpiano, tuvieron muerte violenta y ninguno de esa generación ni del grupo que le precedió en los últimos tra-

2 Véanse nuestra anotación *Acreedores de la sucesión y acreedores del heredero fallido* a la sentencia del 26 de diciembre de 1989 de la Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires, Revista "El Derecho", fallo nº 42.569; y entre los estudios concernientes a temas legales actuales nuestro *Tratado de la "jurisdicción" administrativa y su revisión judicial*, editado en dos tomos por la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, primera edición año 1987 y segunda edición año 1989; *Responsabilidad civil y otros problemas jurídicos en la computación*, Buenos Aires, 1987, ed. La Rocca; *Contrato de ahorro previo*, Buenos Aires, 1988, de igual casa editora; *Derecho de Familia Patrimonial. Bien de Familia*, reeditado en dos tomos en Santa Fe, 1984/5 por Rubinzal-Culzoni; *Partición de gananciales después del divorcio*, Santa Fe, 1985, de la misma editorial; etc.

mos de la república romana descendió a las miserias que habían de verse después [3].

Sé bien que en casos como éste no cabe una minuciosa y desproporcionada relación de datos, que ya ha sido hecha con muchísimo mérito en la extensa bibliografía sobre el jurisconsulto romano. A esa pretensión se opondría la incertidumbre que rodea algunos de aquellos eventos, pues varios se han perdido para la memoria humana y no pocos son controvertidos en las mismas fuentes remotas y en las nuevas investigaciones. Éstas aportan con sus tesis y descubrimientos un cúmulo de vacilaciones sin que falten documentaciones contradictorias y hasta tachadas de apócrifas. Tampoco podría ésta ser una exposición sintética del vastísimo derecho romano, inabarcable en pocos minutos o páginas.

Sea como fuere, una mínima crónica no debe prescindir del resumen de la época y personalidades del tiempo de Papiniano. De lo contrario sería difícil entender el significado moral y jurídico de éste [4].

3 SALVADOR FORNIELES, *Justiniano y Triboniano*, conferencia del 6 de noviembre de 1958, incluida en "Anales" de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 2ª época, nº 3, p. 61.

4 Desde el siglo XVI se reinician las biografías y referencias a Papiniano, las que se prolongan hasta el presente.

EMILIO COSTA en su obra de cuatro tomos *Papiniano. Studio di storia interna del diritto romano*, Bolonia, 1894, t. I, p. 4, al reseñar la bibliografía existente a ese momento menciona, entre otras, las siguientes referencias importantes: EVERARDO OTTO, *Papinianus sive de vita scriptis honoribus et morte Aemili Papiniani iuriscons. coriphaei*, primera edición Leyden 1718 y segunda edición Bremen, 1743; VOORDA, *Papinianus seu optimi iurisc. et viri forma*, Leyd., 1770; y BALDUINO, *Vita Papiniani*, Halae, 1730 en "Disput. duae de iur. civili ex Papin".

En la obra de E. Costa se examinan con reverencia por Papiniano y con espíritu reflexivo y crítico todas las hipótesis y fuentes históricas acerca de la vida y muerte del jurisconsulto romano. Expone las incertidumbres que tal estudio suscita respecto de muchas afirmaciones tradicionales.

Más allá de no omitir las razonables reservas o dudas es preciso aceptar de buena fe —y sin exageración crédula— lo esencial del relato transmitido generacionalmente pues, cuando concuerdan las fuentes históricas, ello revela cómo entendieron los hechos quienes los conocieron de cerca.

Si bien la verdad histórica suele ser relativa —como todo lo humano— cuando la reverencia hacia el jurisconsulto se manifiesta en las centurias inmediatas a su muerte y continúa en las siguientes sin ninguna impugnación, sería ceguera desconocer su valor.

I

LA ÉPOCA

1. *Generalidades*

Interesa a nuestros fines la Roma de los Antoninos y de los Severos.

Por Roma de los Antoninos se entiende la posterior a los emperadores Trajano y Adriano (98-117 d.C. y 117-136 d.C. respectivamente). Comprende a los emperadores Antonino Pío (136-161), Marco Aurelio (161-180) y Commodo (180-193).

A su vez la Roma de los Severos incluye el tiempo de los emperadores Septimio Severo (193-211), Basiano, conocido como Caracalla (211-217), Heliogábalo (217-222) y Alejandro Severo (222-235).

En la sucesión de emperadores que siguió a tales series mencionaremos especialmente a dos del imperio romano de Oriente por su relevancia en el destino ulterior de la producción papinianea; ellos son Teodosio II, "El joven" (408-450), cuya Ley de Citas del año 426 reafirmó normativamente la autoridad de los jurisconsultos romanos clásicos; y Justiniano, que estuvo al frente del imperio desde el año 527 hasta el año 565 y que, al mandar redactar el *Corpus iuris,* auspició numerosas citas de las obras de aque-

llos juristas, conservando para las futuras generaciones sus doctrinas.

Han quedado en la historia y en la literatura romanas de los dos primeros siglos de la era cristiana elocuentes huellas de los abusos de algunos emperadores y de la decadencia moral de ciertos sectores sociales.

Séneca, preceptor de Nerón en un tiempo y profundo moralista que vivió entre los años 2 y 66 d.C., se preguntaba: *"¿Hay por ventura alguna mujer que se avergüence de ser repudiada, después que algunas ilustres matronas han dejado de contar los años por los cónsules y los cuentan por los maridos que han tenido?"* (*Los siete libros de los beneficios,* libro III, cap. XVI). Y aun algunos decenios antes Horacio (65-8 a.C.) con su moderación y delicadeza heridas por las costumbres que observaba, al describir la familia romana decía que: *"Los tiempos, manantiales de vicios, mancillaron primero los lechos conyugales y el linaje y las familias. Y éste fue el origen de donde la peste se transfirió sobre la patria y sobre el pueblo. Ya a la virgen madura huelga de que le enseñen las danzas jónicas; tuerce a ellas sus miembros, y desde la infancia medita amores incestuosos..."* (*Odas* VI, libro III).

Empero, como por una ley interna de la humanidad —no de contradicción u oposición sino de superación y recuperación de las naciones y personas—, marca también esta época, con un carácter muy noble y de obligada mención, que el emperador Marco Aurelio, el más virtuoso de los que fueron príncipes romanos, escribiera entonces sus luminosos *Pensamientos.* En ellos, resaltaba que para encontrar el bien le basta al hombre ser razonable, vivir según su naturaleza, distinguir con cuidado las cosas que dependen de sí de las que no dependen; y afirmaba que los verdaderos bienes del hombre son aquellos que dependen enteramente de él: el pensamiento claro, la temperancia, la sinceridad, la justicia, el valor [5]. Era, efectivamente, Marco Aurelio quien

[5] CHARLES PARAIN, *Marco Aurelio,* traducción de Mabel Chaneton Risso, Buenos Aires, 1962, p. 71.

escribió: *"Comenzar el día diciéndome: hoy encontraré sin duda un indiscreto, un ingrato, un insolente, un embustero, un envidioso, un insociable. Los desgraciados que tienen estos defectos es porque no conocen los verdaderos bienes y los verdaderos males. Pero yo que he aprendido que el bien verdadero consiste en lo que es honesto y el mal verdadero está en lo vergonzoso; yo, que conozco la naturaleza de quien comete la falta, que sé que es hermano mío, no de sangre y de carne, sino por nuestra común participación en un mismo espíritu emanado de Dios, no puedo considerarme ofendido por su parte. En efecto, nadie podría despojar a mi alma de la honradez... Hemos sido hechos para obrar de común acuerdo, como dos pies, dos manos, dos párpados, dos hileras de dientes, superior la una e inferior la otra. Obraríamos, pues, contra la naturaleza siendo enemigos; luego lo seríamos manifestando disgusto y aversión con estos individuos"* (*Pensamientos*, libro II, 1º, trad. de J. Delgado, edición Garnier Hnos., París, s/f.)

de Pérgamo en Asia Menor, llegado a Roma en el año 161

Era también la época en que el médico Galeno, oriundo para morir en el 201, descollaba en el mundo latino con su asombroso saber y métodos de observación y experimentación que lo hicieron célebre en anatomía, fisiología, higiene, dietética, patología y terapéutica.

En Alejandría, Ptolomeo todavía enseñaba la tesis astronómica con la Tierra como centro del sistema solar, a pesar de las ideas heliocéntricas de Aristarco de Samos en el siglo III a.C.

Fue asimismo en ese período —anterior a la conversión al cristianismo de Constantino (nacido en el año 274 y emperador entre el 306 y el 337) y de su madre Santa Elena— que los príncipes del imperio romano elevaban templos a Baco y Hércules, o a otros dioses de la antigüedad. Procuraban afianzar el recuerdo de sí mismos y de sus antecesores dedicándose estatuas y templos con fomento del propio culto y persecución de cristianos y judíos. El culto del sol originario de la ciudad siria de Émesa fue exaltado en la época

de Heliogábalo, que pretendió imponerlo a funcionarios y soldados [6].

En ese ciclo el vehemente Tertuliano (160-240), nacido de padres romanos y paganos en la Cartago africana, convertido al cristianismo en el 190, enfrentaba con escritos y oraciones a los gobernantes y magistrados de Roma en la *Apologética.*

Suetonio (65-130 d.C.), que durante el imperio de Adriano tuvo la dirección de los Archivos, preparó *Los doce césares* que comprende la historia desde Cayo Julio César hasta Tito Flavio Domiciano, es decir hasta el año 96 d.C.; y en el siglo II, más exactamente hacia 169, Aulio Gelio (125-175 d.C.) escribió los veinte libros de la célebre obra *Noctium Atticarum.*

2. *Lo jurídico*

Concentrándonos en lo estrictamente jurídico del período conviene destacar que desde fines del siglo IV a.C. la jurisprudencia había dejado de ser pontificial para convertirse en oficio libre, de máxima dignidad. La ciencia jurídica adquirió su mayor esplendor durante los dos siglos y medio que fueron desde Augusto (27 a.C.) hasta los Severos (235 d.C.).

Se ha señalado que los juristas clásicos sin menoscabo de la irrenunciable meta del perfeccionamiento de las soluciones nunca pretendieron ser originales u ocurrentes. Fueron leales a ciertos principios fundamentales y en ello radicó según Savigny (1779-1861) el mérito de su grandeza [7].

[6] En el Nº 4 se considerará el momento y grado de influencia del cristianismo sobre el derecho romano.

Respecto al tipo de culto de sí mismos de los emperadores conviene mencionar una fina observación de Luc de Clapiers, marqués de Vauvenargues (1715-1747): "Les anciens n'attachaient pas le même ideé que nous a un nom de *dieu,* puisqu'ils en admettaient plusieurs, tous fort imparfaits; or, il faut juger des actions des hommes selon les temps. Tant de temples élevés par les empereurs romains à la mémoire de leurs amis mort, n'étaint que les honneurs funérairs de leur siècle, et ces hardis monuments de la fierté des maîtres de la terre n'offensaint ni la religión, ni les moeurs d'un peuple idolâtre; en *Réflexions et maximes.* Oeuvres de Vauvenargues, ed. París, 1929, II, p. 204.

[7] JUAN IGLESIAS, *Derecho romano. Instituciones de derecho privado,* 6ª edición, Barcelona, 1972, § 16.

Y agregaba Savigny que la manera de obrar de los jurisconsultos romanos en la formación del derecho es difícil de determinar con exactitud, a causa de nuestra natural propensión a aplicar las ideas modernas a una época tan distinta de la actual. Afirma que los jurisconsultos, reunidos en la capital del mundo, vivían con los pretores y más tarde con el emperador, ejerciendo sobre ellos una acción continua e irresistible. Tenían a su favor una terminología rigurosa y precisas distinciones entre las diferentes acciones y ello no debe atribuirse a la casualidad sino que era la consecuencia de la aptitud del pueblo romano para la formación del derecho [8].

Los jurisconsultos romanos clásicos fueron preferentemente privatistas. Los *"iuris prudentes"* dejaban al cuidado de otros aquella más difícil y alta prudencia que concierne al derecho público. En el aspecto propio de su incumbencia, es decir el derecho privado, en todas las horas difíciles de la vida pública romana, supieron mantener los lineamientos del referido derecho privado, evitando la inseguridad e incertidumbre en las relaciones jurídicas que tanto necesitan parsimonia y equilibrio [9].

Durante la república romana las opiniones de los "prudentes", aun con matices diferentes, se desenvolvieron uniforme y progresivamente sin originar marcadas divisiones ni escuelas. En los tiempos de Augusto (63 a.C — 14 d.C) fueron perfilándose, con mayor o menor sistematicidad de métodos y fines, dos corrientes de jurisconsultos cuyos fundadores fueron Capitón (escuela "sabiniana" por Masurio Sabino su segundo jefe) y Labeón (escuela "proculeyana" por Próculo su tercer jefe). Las direcciones o tendencias eran más bien innovadoras en estos últimos y conservadoras en los primeros. En efecto, Sabino representaba el derecho elaborado después de Quinto Mucio y Servio Sulpicio, sobre elementos exclusivamente nacionales y ajenos a la influen-

8 M. F. C. de SAVIGNY, *Sistema del derecho romano actual*, edición Madrid, 1878, I, § XIX, y § XX.
9 JUAN IGLESIAS, cit., § 16.

cia exterior [10]. Respecto del método, los proculeyanos atendían al espíritu de las leyes para determinar su verdadero significado y extensión, aplicando criterios deductivos. Los sabinianos daban preferencia a las palabras de la ley y apoyaban sus opiniones en razones de experiencia, precedentes doctrinarios o jurisprudencia tribunalicia.

Mientras todavía Salvio Juliano en la primera mitad del siglo II d.C. podía ser considerado "sabiniano", ya en la segunda mitad de dicha centuria y en la siguiente se había eliminado la distinción de tales escuelas, no persistiendo sino su recuerdo como elemento del pasado. Sólo se exceptúa de esta apreciación a Gayo que a mediados del siglo II pareciera seguir afiliado a los "sabinianos" [11]. Y en las postrimerías de la segunda centuria y principios de la tercera, a las que pertenecieron Papiniano, Paulo, Ulpiano y Modestino, aquellas divisiones no perduraban.

En el imperio, si bien subsistió la pretura, la actividad creadora de los pretores fue debilitándose como consecuencia de la función normativa del senado y de la concentración de facultades en los emperadores.

El emperador Adriano encomendó al jurisconsulto Salvio Juliano la definitiva redacción de los edictos de los

10 E. COSTA, cit. en nota 4, p. 1. Era el derecho al que por antonomasia y con precisión se le daba el nombre de "civil", mientras que Salvio Juliano una centuria y media después recogería el derecho desarrollado de manera más completa y plena por la ágil y variada elaboración pretoriana, aunque todavía sobre la misma base de la organización fundamental de Roma. Más tarde Papiniano en los albores del siglo III d.C. marcará el punto en el cual relajada o disuelta aquella organización fundamental, por la diferente condición social y política y por la prevalencia de influencia externa, afirma la necesidad también en lo jurídico de una nueva configuración apropiada a una mayor libertad de las relaciones

11 En tanto Salvio Juliano habría sido oriundo de Hadrumetum, en una provincia romana de África, las opiniones no coinciden respecto al lugar de nacimiento de Gayo. Éste que vivió bajo los emperadores Adriano, Antonino Pío y Marco Aurelio, según opinión de Mommsen habría nacido en una provincia oriental o más precisamente helenística, pero de acuerdo con el criterio de otros fue un romano trasladado a provincias orientales. Redactó un compendio de derecho romano con sencillez y elegancia que ha perdurado en el tiempo. Son las famosas *Institutas* que luego Justiniano tomaría como modelo de las suyas. El texto de la obra de Gayo fue descubierto en 1816 por Niebuhr en un palimpsesto de la biblioteca capitular de Verona y se conserva con lagunas en la biblioteca del Vaticano. Ver: ALFREDO DI PIETRO, introducción y traducción de *Institutas*, de Gaius, ed. La Plata, 1967.

pretores anteriores, dando así origen al Edicto Perpetuo que es una recopilación del derecho pretoriano. La obra se habría llevado a cabo en 131 d.C., según San Jerónimo, y el emperador se reservó la facultad de introducirle modificaciones. Su texto no se ha conservado pero por reconstrucciones se conjetura el contenido. Comprende el edicto del pretor urbano y peregrino y el Edicto Provincial. Estaba dividido en cuatro partes. La primera relativa a la iniciación del proceso hasta la concesión del *iudicium*; la segunda se refería al procedimiento ordinario. La tercera a los procesos especiales y sumarios. Y la cuarta a los juicios ejecutivos y de nulidad. Contenía además un apéndice y el Edicto de los Ediles. Con la publicación del Edicto Perpetuo se cristalizó la actividad del pretor, que al iniciar sus funciones se limitaba a reproducir aquel texto y solamente el emperador podía modificarlo. El Edicto Perpetuo, además, fue aprobado por un senadoconsulto [12].

Interesa recordar que un rescripto de Adriano, indudable precedente de la ulterior Ley de Citas del año 426, había dado fuerza de ley —pero solamente cuando eran unánimes— a las sentencias y opiniones de los jurisconsultos autorizados por el príncipe (*"quibus permissum est iura condere"*) [13].

La relación de autoridad y subordinación entre los jurisconsultos y los emperadores dio lugar a un interesante proceso de graduación luego de la aparición del Edicto Perpetuo en tiempos de Adriano. Se trataba de establecer una vinculación jerárquica entre la autoridad imperial y los jurisconsultos. El emperador no logró domeñar la actividad libre de los juristas, aunque lo procuró por varios medios.

12 NINA PONSSA DE LA VEGA DE MIGUENS, *Manual de historia del derecho romano*, Buenos Aires, 1984, p. 139.

13 M. ORTOLAN, profesor de la Facultad de Derecho de París, *Historia de la legislación romana*, p. 352, en su obra *Explicación histórica de las Instituciones del Emperador Justiniano*, traducción de F. Pérez de Anaya y M. Pérez Vivas, Madrid, 1887, t. III. Gayo refiere (I, 7) que un rescripto de Adriano estableció que la opinión concorde de los juristas con *ius respondendi* sería obligatoria para el juez, pudiendo éste proceder con libre arbitrio en caso de discordancia.

Es sabido, al respecto, que Augusto había concedido a algunos de los más célebres jurisconsultos el *"ius respondendi ex auctoritate eius"* de manera que sus *"responsa"* vincularan al juez en la sentencia. Además de la autoridad y eficacia vinculante conferidas a las respuestas por el ya mencionado rescripto de Adriano, este emperador al nombrar a juristas miembros del *"consilium principiis"*, elevado a la categoría de organismo oficial, les dio gran predicamento. La jurisprudencia oficial no acabó con la jurisprudencia libre, ni perdió tampoco —pese a todo— su independencia [14].

3. *Los jurisconsultos clásicos y el esplendor de Roma*

Con perspectiva panorámica cabe afirmar que el siglo II, en el que se formó la personalidad de Papiniano y donde desplegó una parte de su carrera, significó el apogeo del esplendor y de la prosperidad de Roma.

Se ha podido aseverar que el pulso de Roma latía entonces de un modo apropiado al corazón de un imperio, el que había alcanzado su máxima extensión, con una vitalidad sin precedentes y absorbía sin esfuerzo la riqueza de provincias y reinos vasallos. Un siglo antes Augusto había dado fin a la guerra civil, pero había perdido en la Germania las legiones de su lugarteniente Varo, que fue derrotado el año 9 en la selva de Teotoburgo, dándose su propia muerte al convencerse del disfavor de la batalla. Un siglo después Roma temblaría ante las invasiones bárbaras; pero durante el siglo II de nuestra era pudo gozar de la ausencia de todo gran temor. Los sucesores de Trajano evitaron la necesidad de emprender campañas agotadoras y se apoyaron en la fortaleza de sus defensas, la sabiduría de su administración y la habilidad de su dipomacia. Las actividades militares, no por cierto mínimas ni infrecuentes, se limitaron en parte a desfiles y en parte a maniobras y a la acción "policíaca", más o menos sumaria, contra insurrec-

14 JUAN IGLESIAS, op. y loc. cits.

ciones locales de provincias remotas. En suma, durante el reinado de los Antoninos y de los Severos Roma gozó de la paz profunda y prolongada, tanto interior como exteriormente, como regla general. Fue la edad dorada de su historia [15].

Igualmente dicho período fue el apogeo de la ciencia del derecho en Roma con sus jurisconsultos clásicos: Masurio Sabino, Salvio Juliano, Gayo, Paulo, Ulpiano, y, especialmente, Papiniano a cuya vida y obra dedicaremos el resto de esta exposición.

4. *¿Influencia del cristianismo en el derecho romano?*

Para completar el resumen sobre la época de Papiniano conviene recordar que muchas reflexiones se han vertido sobre la ideología o inspiración filosófica general del derecho de entonces y acerca del grado de influencia del cristianismo en las orientaciones jurídicas.

Ante todo es necesario advertir que la incidencia del cristianismo sobre las costumbres y el derecho romano fue paulatina y progresiva.

Después corresponde, sintéticamente, recorrer las apreciaciones especializadas de historiadores y eruditos del derecho romano.

Pedro Bonfante afirma que la benéfica influencia del cristianismo se ejercitó mucho más en la sociedad medioeval que en la romana; que sólo en las relaciones éticas de la familia y en las *piae causae* se puede encontrar seguramente la pura influencia cristiana y que fuera de aquéllas el distinguir la influencia cristiana de la del helenismo es una empresa ardua y que la balanza se inclinaría casi siempre a favor de este útimo [16]. El mismo romanista ha afirmado

15 NINA PONSSA DE LA VEGA DE MIGUENS, cit. en nota 12, p. 142.

16 PEDRO BONFANTE, *Instituciones de derecho romano*, trad. de la 8ª edición, Madrid, 1959, p. 12; FRANZ WIEACKER, *Historia del derecho privado de la edad moderna*, trad. de F. Fernández Jardón, Madrid, 1957, p. 211, coincidentemente expresa que mucho de la ideología iusnaturalista que influyó en la antigua jurisprudencia romana clásica y en la postclásica de Gayo, Pa-

también que los nuevos ideales de castidad y caridad impelían a combatir el divorcio, las segundas nupcias, el concubinato legal; a alterar la esencia del patrimonio; a condenar la abominable exposición de niños; a fomentar las manumisiones; mitigar las penas; dar impulso a las finalidades protectoras de los débiles, las fundaciones piadosas, y restringir los modos privados de defensa del derecho propio. Surge verdaderamente el concepto de la persona jurídica, la *pia causae* y la *universitas personarum*. Se combaten los juegos sanguinarios de los gladiadores; etc. [17].

Desde otro punto de vista se advierte que ni Pomponio, contemporáneo de Salvio Juliano, ni Gayo, ambos del siglo II, tuvieron fuerza y valor de innovadores, ni indujeron a la jurisprudencia al desarrollo que le dio Juliano. Tal despliegue se acentuó bajo los Antoninos por obra de Ulpio Marcelo y de Q. Cervidio Scaevola, con las notas que ambos pusieron al Digesto de Juliano y con las obras que ellos mismos escribieron. Dice el romantista Costa que Marcelo y Scaevola parecen ya inspirarse, al suprimir algunas instituciones y relaciones, en aquella misma tendencia universalizadora en la que está inspirada de un modo mayor la obra del más notable jurisconsulto que floreció en tiempos de Septimio Severo: *Aemilius Papinianus,* cuyas tendencias constituyen la razón suprema de la singular reputación en que fue tenido por sus contemporáneos y sucesores, los que le profesaron una admiración reverente, como

---

piniano y Ulpiano y que ha contribuido a fomentar la aún más persuasoria vigencia general del derecho privado romano se debe al descubrimiento de la existencia de unas leyes que rigen las comunidades humanas por los pensadores jónicos y eleáticos (Heráclito, Anaximandro y Pitágoras) y por los pensadores políticos de Atenas (desde Solón a los trágicos atenienses). Los estoicos transmitieron este mensaje a todo el orbe y al conjunto de ciudadanos del mundo; destacándose entre ellos Posidonio. Agrega que más extensas fueron en parte las aportaciones, no aristotélicas ni estoicas, de la ciencia jurídica bizantina manifestadas en el comentario crítico de los textos de los juristas clásicos en las que tales aditamentos aparecen.

17 PEDRO BONFANTE, *Historia del derecho romano,* trad. de J. Santa Cruz Teijeiro, Madrid, 1944, II, cap. XXVII, Nº 7. También resume las generales perturbaciones y cierto espíritu de intolerancia religiosa en el siglo IV y en el siguiente.

al mejor intérprete de las exigencias que eran impuestas a la elaboración jurídica por la vida que se iba desarrollando bajo la influencia oriental poco a poco predominante [18].

Salvador Riccobono ha expuesto criterios más favorables a la específica incidencia de la ética cristiana, pero pareciera que sus postulaciones recaen en el derecho romano justinianeo más que en el período del derecho romano clásico correspondiente a los siglos I y II de nuestra era [19]. Análogamente Federico Ciccaglione ubica la influencia del cristianismo sobre el derecho romano en el período posterior a Constantino y al código teodosiano, es decir después de la época en que Papiniano cumplió su actividad [20].

Por su parte, Raimundo Bloch y Juan Cousin en su extraordinario y valioso libro sobre el destino de Roma afirman que sería contrario a la verdad no hacer relucir la influencia del cristianismo sobre el derecho romano. Consideran que es indiscutible que el concepto de la propiedad, que se relacionaba con nociones individualistas, fue suavizado al contacto de las ideas de caridad. El principio de que el que ejercita su derecho a nadie perjudica fue reformado por la convicción moral, expresada por Justiniano, de que la facultad de ejercer un derecho debe ser atemperada por el cuidado de no dañar. La incidencia del mandato de asistir a los pobres y la sustitución de la absoluta libertad contractual por la noción del "justo precio", unidas al instituto excepcional de la lesión, la atención a los esclavos, el reco-

18 EMILIO COSTA, *Historia del derecho romano*, ed. Reus, Madrid, 1930, p. 240.

19 SALVADOR RICCOBONO, profesor de la Universidad de Palermo, *Cristianesimo e diritto privato*, en "Rivista di diritto civile", año III, 1911, Milán, p. 37.

20 FEDERICO CICCAGLIONE, *Manuale di Storia del Diritto Italiano*, Milán, 1911, I, ps. 28 y ss.

Cfr., asimismo, A. TOSO, *Emilio Papiniano e le influenze cristianae nell' evoluzione del diritto romano classico*, en "Acta Congressus iur. int. Romae", vol. II, Roma, 1935, p. 21; y el antiguo estudio del jurisconsulto francés RAIMUNDO TEODORO TROPLONG (1795-1869), *L'influence du Christianisme sur le droit civil des Romains*, París, 1843; y la traducción al castellano de José Luis Retortillo, Madrid, 1851, en la Biblioteca de Jurisprudencia y Legislación.

nocimiento a éstos del derecho de fundar una familia legal, la condena del divorcio, morigeración del rigor de la patria potestad y la proclamación del deber alimentario de los progenitores hacia los hijos, revelan la mutación de conceptos jurídicos. Adquiere por todo ello una tonalidad especial aquella noción de *"humanitas"* de algunos paganos que ya habían anticipado en escritos literarios o filosóficos la dignidad de los seres humanos y los vínculos que unen el individuo a la colectividad. No obstante, con R. Bloch y J. Cousin conviene advertir que el nuevo enfoque aportado por el cristianismo a las leyes romanas se revela en algunos fragmentos posteriores al período papinianeo como son los contenidos en el código teodosiano y en el *corpus iuris* justinianeo [21].

En suma, en lo concerniente al significado de la obra de Papiniano no se observa, en correspondencia con el grado de la expansión del cristianismo de la época en que vivió, una directa proyección de los criterios morales de la nueva creencia.

Sin embargo, ello no desmerece la calidad moral que unánimemente se reconoce a su existencia y a su pensamiento jurídico. E, inclusive, una detenida consideración de éste permite señalar en algunos institutos del derecho soluciones u orientaciones en más de un sentido acordes con los lineamientos del credo moral que haría progresos sustanciales posteriormente. *Infra*, núms. 12 y ss.

21 RAYMOND BLOCH y JEAN COUSIN, *Rome et son destin*, Orleáns, 1960, p. 376.

II

VIDA DE PAPINIANO

5. *Certezas y dudas*

Como conclusión de un directo y riguroso examen de las fuentes informativas se ha tenido por cierto que al *cognomen* de *Papinianus* correspondía el *nomen* de *Aemilius* como designación del jurisconsulto. También es seguro que fue *adsessor* de la prefectura del pretorio y luego se desempeñó como *magister libellorum,* para culminar a partir del año 203 como *praefectus pretorio* [22].

Asimismo, se tiene certeza de que Papiniano murió al principio del reinado de Caracalla y por obra de este emperador.

El resto de los aspectos biográficos del jurisconsulto deben ser confrontados detenidamente para distinguir lo meramente anecdótico, lo legendario de fundamento probable y lo que verosímilmente puede estimarse exacto.

La fecha de nacimiento y el lugar donde viera la luz son puntos controvertidos.

Dejando para más adelante la cuestión del lugar y limitando la atención a la fecha de nacimiento es inevitable tropezar con opiniones muy variadas. Para algunos habría nacido hacia el año 140 d.C., o pocos años antes o después de esa fecha, lo que lo tornaría coetáneo de Septimio Severo que nació en 145 ó 146 d.Cr. Otros, como Emilio Costa, apoyados en conjeturas vinculadas a las obras de Papiniano, niegan que haya sido coetáneo de Septimio Severo y ubican el nacimiento del jurisconsulto en el primer tramo del reinado de Marco Aurelio y Lucio Vero (161-180). Finalmente, en una tesis distinta, la fecha del naci-

22 EMILIO COSTA, op. cit. en nota 4, I, p. 7. También estima indudable el citado romanista que el jurisconsulto Paulo perteneció como *adsessor* al *consilium de Papiniano* cuando éste era prefecto del pretorio y que es probable que igual función desempeñara Ulpiano en la época de Papiniano.

Antecesor de Papiniano en la prefectura del pretorio fue Plausiano.

miento de Papiniano se sitúa entre los años 174 y 176 d.C., sobre la base de una inscripción según la cual al morir en 212 habría contado 36 ó 38 años de edad, pero se verá que se ha impugnado la autenticidad de tal inscripción, que se dice encontrada en Italia en el siglo XV o XVI.

El *cognomen "Papinianus"* no indicaba cualidad física o moral ni origen patricio o hazañas conocidas, tratándose de un derivado del nombre gentilicio *"Papinia"*. El sufijo *"anus"* era indicativo de manumisión o adopción. Empero, no se sabe con certeza si la manumisión o la adopción se inició con el jurisconsulto o si le fue transmitida por los antecesores tratándose de un *cognomen fixum*. La familia *Papinia* estaba muy difundida en Roma y en las provincias, sin poder determinarse con cual estuvo vinculado el jurisconsulto; se conocían ramas de ella en Galia Cisalpina, Narbona, Dalmacia, varias ciudades itálicas y en África.

Las características físicas y la fisonomía de Papiniano parecen haberse perdido en el pasado. Una supuesta efigie suya publicada por Jacobo Gronovius (1642-1716) en *Thesaurus graecarum antiquitatum,* vol. III, como reproducción de una antigua amatista, es considerada fruto de la fantasía de los falsificadores y se sostiene que si la amatista original existió también habría sido el resultado de una falsificación [23].

Existen distintas tesis sobre la nacionalidad de Papiniano cuya verosimilitud sigue motivando controversias y que corresponde analizar por la importancia de la cuestión, aunque sin mayores esperanzas de una fácil respuesta [24].

23 Respecto de todas estas dudas e hipótesis ver EMILIO COSTA, op. cit. en nota 4, I, pp. 8, 12, 37, 39 y ss. En la reproducción gráfica de la efigie presunta de Papiniano se incluyó la de Plausia, designada allí como su mujer aunque ello no está respaldado concretamente por las fuentes.

24 Las vacilaciones sobre la nacionalidad no son exclusivas de la biografía de Papiniano.

Sobre la de Gayo ver *supra* nota 11. También se dividen las opiniones sobre el origen geográfico de Paulo, otro de los juristas, quizás el más fecundo, que con Papiniano fue distinguido en la Ley de Citas de Teodosio II y Valentiniano III. Se afirma que Paulo fue discípulo de Q. Cervidio Scaevola, integrante del *consilium principiis* de Septimio Severo, asesor de Papiniano en la prefectura del pretorio y luego sucesor de éste en dicha función en tiempo de

Seguidamente se reseñan las principales opiniones sobre la nacionalidad de Papiniano.

6. *Tesis del origen sirio*

Conforme a una de las teorías más difundidas, alentadas por fuentes históricas entre las que se destaca el historiador romano Elio Esparciano, Papiniano habría sido cognado o pariente consanguíneo de Julia Domna, segunda mujer del emperador Septimio Severo, oriunda de la ciudad siria de Émesa y de igual nacionalidad que ella.

Es sabido que Septimio Severo estuvo en Siria al frente de una legión romana, antes de ser emperador, entre los años 186 y 189.

Julia Domna con seguridad fue madre de Geta, segundo hijo de Septimio Severo, y posiblemente de Basiano —conocido como Caracalla— aunque algunos la consideran madrastra de éste, que era el hijo mayor de Septimio Severo [25].

Alejandro Severo. Algunos consideran que Paulo fue oriundo de Tiro, ciudad marítima de la Siria fenicia; otros lo reputan griego; y, finalmente, una tercera tesis sitúa su nacimiento en Roma o en Padua.

25 Émesa fue importante población siria desde el punto de vista religioso, cultural y comercial en la época de la dominación romana en la que vivió Papiniano.

Situada en una fértil llanura no dejos de las orillas del Orontes (o "Nhar el Así"), era el principal mercado para las tejedurías de seda, fábricas de objetos de oro, cultivos de algodón, sésamo, aceite y otros productos, ubicándose a 50 kilómetros al sur de Hama. Durante el reciente protectorado francés se la nombraba "Höms" y su actual población no supera cien mil habitantes.

Elio Esparciano escribió con otros una colección de biografías de los emperadores romanos desde Adriano hasta Carino y Numeriano, que se conoce con el nombre de *Historia Augusta* aunque se ignora la fecha exacta en que fue compuesta. Existe una versión castellana, con notas, de Balbino García, incluidas en *Biógrafos y panegiristas latinos*, edición Aguilar, Madrid, 1969.

La referencia al parentesco de Julia Domna y Papiniano se halla en el volumen sobre Caracalla, § VIII. Entre otros romanistas, Pedro Bonfante recoge como posible la tesis del origen sirio de Papiniano (op. cit. en nota 17, I, cap. XXI, nº 11; también asevera que el jurisconsulto nació bajo Marco Aurelio y Lucio Vero).

EMILIO COSTA, op. cit. en nota 4, I, p. 35, alerta sobre algunas características en ocasiones frívolas y en otras fantasiosas de la *Historia Antigua* de Esparciano. Afirma la absoluta falta de documentación que apoya la tradi-

Julia Domna posibilitó y fomentó la afluencia a Roma de numerosos intelectuales sirios con acrecentamiento de la vinculación de la civilización romana y árabe, cuyo inicial contacto de índole permanente remonta a Cneo Pompeyo que consolidó en el año 63 a.C. la presencia romana en esa región del Asia Menor.

En esta como en otras circunstancias históricas el nexo de pueblos heterogéneos tuvo vastas consecuencias, reafirmándose la fusión de las circunstancias particulares con las generales, como observaba el historiador Leopoldo Ranke [26].

---

ción referida por Esparciano sobre el origen sirio de Papiniano, pero con similar búsqueda de la verdad histórica declara que también está ausente la documentación que contradiga con seguridad esa tradición; I, cap. I, § 19 y 20.

En la *Historia Augusta* de Elio Esparciano ya se encuentra el germen de las dudas respecto a si Julia Domna fue madre o madrastra de Caracalla; véanse p. 790 de la edición española antes mencionada; capítulo XX de la parte referida a Septimio Severo y III y IV de la misma parte.

26 LEOPOLDO RANKE, *Historia de los Papas*, 3ª edición, México, 1974, p. 238. En esa misma y controvertida obra recuerda Ranke que Cristo nació de un pueblo que se había distinguido como ninguno por el rigor exclusivista de su ley ritual, pero al que cupo el mérito incomparable de haber mantenido desde un principio el monoteísmo; y que todos los elementos vivos del imperio romano fueron arrastrados por la nueva corriente, empapados con la esencia cristiana y llevados por el gran camino del espíritu.

Émesa conservó por un tiempo cierta autonomía a pesar de la dominación romana, siendo uno de los varios reinos sacerdotales que al principio actuaron con relativa independencia, sobre todo en los aspectos religiosos.

Siria, en el Asia occidental, era la región donde convivían árabes, sirios y judíos que son pueblos racialmente afines con escasas diferencias de aptitudes intelectuales y de lengua. No obstante la diversidad de credos religiosos, forman un grupo étnico definido y netamente diferenciado del indoeuropeo. En alguna medida estos pueblos semitas superaban a los demás en lo referente al sentimiento religioso. El sector del Asia occidental, extendido desde la cadena del Tauro hasta el mar Rojo y Arabia, fue cuna de las tres grandes religiones que proclamaron la unidad de Dios: el judaísmo, el cristianismo y el mahometanismo, mientras que los pueblos de estirpe aria caían en la idolatría y el politeísmo.

Con mucha anterioridad a la dominación romana, centurias antes, en una pequeña región costera de Siria poblada de navegantes marítimos y comerciantes, se había albergado el pueblo fenicio.

Sobre el sometimiento de Siria a los romanos, características del pueblo sirio y sus aportes a la cultura del imperio, ver R. BLOCH y J. COUSIN, cits. en nota 21, p. 445.

Julia Domna, cuyo acceso al trono imperial aumentó la afluencia de sirios a Roma y a occidente, pertenecía a la familia de los reyes sacerdotales de Émesa. Los sirios llegados a Roma trajeron sus costumbres, su espíritu e, incluso, su religión.

JOSÉ L. ROMERO, *Historia de Roma y de la Edad Media*, Buenos Aires, primera edición, s/f, p. 179, expresa que las tendencias de Septimio Severo fue-

Entre los juristas romanos de origen sirio merece mencionarse *Domitius Ulpianus,* a las circunstancias de cuya muerte ya se hiciera referencia al comienzo. La producción de Ulpiano cubrió todas las disciplinas del derecho, abarcando también las del derecho público. Había nacido en la ciudad marítima de la Siria fenicia de Tiro, aproximadamente en el año 170 d.C. Se lo consideró como perteneciente a la escuela jurídica de la ciudad de Berite (o Beirut), situada también en la costa siria sobre el mar Mediterráneo. En Roma cumplió importantes funciones, contribuyendo con brillo a la ciencia del derecho. Su extensa producción jurídica apenas es menor a la de Paulo y de ella se ha extraído aproximadamente un tercio del material recopilado en el Digesto de Justiniano [27].

---

ron absolutistas, como lo imponía la tradición oriental, y no sólo avasalló al senado y a los grupos italianos hasta entonces dominantes, sino que estableció el predominio de las tropas orientales en el ejército romano, llegando hasta la incorporación de provinciales exclusivamente en la guardia pretoriana de Roma. Su esposa Julia Domna y los numerosos parientes de ésta, formados en la tradición religiosa de Baal, introdujeron en Roma con la fuerza del prestigio imperial esos cultos y al mismo tiempo se habría desencadenado una de las más violentas persecuciones contra los cristianos cuyo número había crecido en los últimos años.

En la región siria, de fuerte movimiento comercial, convergían las corrientes helénicas, semíticas y latinas. Más de una ciudad fueron importantes centros culturales. Juan Crisóstomo (347-407 d.C.), santo de la Iglesia Católica, patriarca de Constantinopla, de célebre elocuencia allí, escribía en griego. Ulpiano y Papiniano lo hacían en latín, sin perjuicio de que éste también utilizara el griego.

Ninguna provincia romana representó como Siria el sincretismo de los espíritus griego, romano y cristiano y ello a pesar de las hostilidades y persecuciones ocurridas en ciertos períodos.

Derrocado violentamente Caracalla, después del interregno de Macrin (217-218), fue proclamado emperador Varios Avitus —sobrino de Julia Moesa, hermana de Julia Domna la viuda del emperador Septimio Severo— y tomó el nombre de Heliogábalo, por el dios de Emesa, rigiendo el imperio romano hasta el año 222.

27 Con posterioridad a la muerte de Papiniano, Ulpiano ocupó también la prefectura del pretorio.

PEDRO BONFANTE, cit. en nota 17, I, p. 507, luego de recordar la carrera de Ulpiano y su muerte por las iras de los pretorianos al querer poner freno a sus licencias y atrevimientos, expresa que el sentido jurídico de Ulpiano fue fino y perspicaz. Su actividad, dice, revela en los grandes comentarios un carácter de compilador, pues transcribió ampliamente a anteriores jurisconsultos, de modo especial a Salvio Juliano, citando sus fuentes, aunque las citas han sido suprimidas por los compiladores de las Pandectas. El estilo de Ulpiano fue más agradable que el de Paulo, acusado de ser ocasionalmente

Dentro de la corriente que asigna a Papiniano origen sirio se asevera que también él, como Ulpiano, perteneció a la escuela jurídica de Beirut; y que luego gracias a su capacidad intelectual se habría sumado a la pléyade siria llegada a la capital del imperio con Julia Domna, donde desempeñó importantes funciones en la administración, magistratura y ciencia jurídica en la época clásica de su derecho.

7. *Tesis del origen romano-africano*

En postulación totalmente opuesta a la anterior, renovada en los últimos años, se atribuye a Papiniano un neto origen romano haciéndolo oriundo de una colonia de Roma en África.

Se apoya en una antigua inscripción latina conservada en la obra del filólogo belga Juan Grutero en la que se expresa que *Aemilius Papinianus* fue hijo de *Hostilius Papinianus* y de *Eugenia Gracilis*, cuyas raíces latinas se desprenden de los mismos nombres.

Sin embargo, la autenticidad de dicha inscripción fue cuestionada por E. Otto en el estudio que en el siglo XVIII publicó sobre la vida y obra de Papiniano. La impugnación se fundamenta en el estilo de la redacción y en el supuesto error de afirmarse allí que Papinano murió a los 36 ó 38 años —la variación responde a las distintas versiones de la inscripción— que sería un dato incongruente con las fun-

---

oscuro y ofuscado. Entre las obras de Ulpiano se cuentan las notas a las *Responsa* de Papiniano y a las *Digesta* de Scaevola y sus propias *responsa* en dos libros. Discípulo de él fue *Herennius Modestinus,* que según Bonfante cierra el ciclo clásico

Imposible de soslayar es que los tres famosos preceptos o principios del derecho que se leen en el proemio del *Corpus iuris iustinianei* pertenecen a Ulpiano: *honeste vivere, neminem laedere, cuique suum tribuere* (Ulpiano, I, p. 10 § D.I. 1). Ver VÍCTOR NEPPI, *El derecho natural en la actualidad.* "La Ley", 46, 926. Este jurista señala que el primero y el tercero de tales preceptos se entroncan con el estoicismo y el segundo con el empirismo de la escuela epicúrea.

Resulta, asimismo, difícil omitir que pertenece a Ulpiano la regla *Nemo plus iuris ad alium transfere potest, quam ipse haberet* (Digesto, Libro 50, tít. XVII, 54) que llegó al art. 3270 del código civil argentino y que a pesar de las numerosas excepciones admitidas todavía refleja un principio cardinal del derecho.

ciones que se atribuyen al jurisconsulto bajo Marco Aurelio en la perspectiva del impugnador, no pudiendo contar con esa escasa edad al morir por orden de Caracalla en el 212 [28].

Si se prescinde de la inscripción funeraria y de su cuestionamiento, la tesis del origen romano-africano de Papiniano podría invocar la vastedad de la administración del imperio. Frecuentemente funcionarios civiles y militares de la península itálica se trasladaban a provincias imperiales. De éstas, las situadas en el norte del continente africano no eran las más lejanas y ello no tornaría inviable la filiación romana de Papiniano.

El nacimiento de éste en una colonia africana de Roma permitiría explicar la tradición de su amistad con quien después llegaría a ser el emperador Septimio Severo. Éste, efectivamente, nació en el seno de una alta familia romana afincada en la región de Tripolitania al norte de África, más precisamente en la antigua Leptis Magna de los colonizadores fenicios que fue importante centro comercial en época de la subsiguiente colonización latina [29].

Sin embargo, estas hipótesis han sido controvertidas. No faltan romanistas que niegan la coetaneidad de Papiniano y Septimio Severo; e incluso rechazan la tradición de la amistad entre ambos desde la tierna edad juvenil, con lo que para ellos no cabe conjeturar que Papiniano fuere hijo de un alto funcionario romano en la colonia africana ni que

28 Una de las redacciones atribuidas a la inscripción corresponde a la obra de BARTOLOMÉ SOCINI, *Comment,. in L. 101 D. de cond. et dem.*, Venecia, 1572, I, p. 278, que relata que su padre la vio en una urna funeraria descubierta en Roma. La segunda redacción de la inscripción sepulcral de Papiniano fue mencionada en los siglos XVI y XVII como hallada en el templo de San Martino de Roma, o cerca de los huertos de la vía Flaminia, u otra parte. Una de ellas está inserta en la obra de JUAN GRUTTER (o Grutero), nacido en 1560 y muerto en 1627, titulada *Inscriptiones antiquae totius orbis Romani in absolutissimum corpus redactae*, Francfort, 1603, que contiene una extensa colección de inscripciones del imperio romano. La impugnación de EVERARDO OTTO figura en la obra citada en nota 4. EMILIO COSTA, op. cit. en nota 4, I, cap. I, § 14, p. 35 y ss., también desestima la autenticidad de la inscripción, y recuerda que el primero en dudar de ella fue GALVANI, *De usufr.*, 1650, Cfr., asimismo M. E. PETERLONGO, *Un'altra iscrizione sepolcrale apocrifa del giereconsulto Papiniano*, en "Atti Accad. Liguere, sc. e lettere", 1942, p. 77.

29 Leptis Magna quedó arruinada en el siglo VII y convertida en una aldea conocida como Lebida.

por esta circunstancia pudo relacionarse con la conspicua familia romana de Septimio Severo.

Esa negativa de la juvenil amistad entre ambas personalidades, sustentada entre otros por Costa (op. cit. en nota 4, I, cap. I, § 5), no obsta a la ulterior intensa vinculación de los dos al punto de estar totalmente comprobado por las fuentes históricas de aquel tiempo que el después célebre jurista Papiniano desempeñó elevadas funciones por largos años en el imperio de Septimio Severo y recibió de éste el encargo, que implicó confianza y estima, de velar por la concordia entre Caracalla y Geta que heredarían sus poderes.

Para sustentar el origen africano de Papiniano algunos estudios filológicos han detectado en el lenguaje del jurisconsulto ciertos arcaísmos que permitirían considerarlo proveniente de África. Tales conclusiones, pertenecientes a los filólogos Kalb y Leipold de fines del siglo XIX, no han sido aceptadas por otros estudiosos del tema. Se afirma que, apreciado en su conjunto, en el léxico jurídico de Papiniano, de suyo elevado, clásico y de constante pureza, aquellos arcaísmos no son tan numerosos ni sobresalientes como para justificar la postulación controvertida; y que no faltan arcaísmos similares en los escritos de otros autores de la época [30].

De todos modos, la discusión sigue en pie.

El profesor ordinario de derecho romano de la Universidad de Roma, Ricardo Orestano, como síntesis de estudios sustentados en una extensa bibliografía sobre Papiniano que comprende los realizados en los últimos siglos hasta la segunda mitad del presente, llega a la conclusión de que la incertidumbre sobre la patria del jurisconsulto clásico ha hecho abandonar en la actualidad la suposición del parentesco con Julia Domna y por ello descartar que fuese originario de la ciudad siria de Émesa; y añade que los estudios

30 EMILIO COSTA, cit. en nota 4, I, cap. I, § 21, p. 45. El estudio aludido en el texto de W. KALB, *Roms. Juristen*, apareció en Leipzig, 1890; y el de R. LEIPOLD, *Ueber die Sprach des Juristen Aemilius Papinianus*, en Passau, 1891.

más recientes fortalecerían —a pesar de las serias objeciones antes resumidas— la teoría de que su nacimiento ocurrió en territorio africano.

8. *Otra tesis respecto de la nacionalidad de Papiniano*

Fundándose en indicios extraídos de las obras de Papiniano, pero sin derivación de fuentes históricas directas, se considera probable que el jurisconsulto haya sido oriundo de una provincia griega o, en una variante, de alguna de las provincias helenizantes, como podría haber sido la Siria en su condición de región donde el helenismo oriental adquirió relieve.

Dos son los indicios esgrimidos.

Uno refiere a la obra de Papiniano escrita en idioma griego sobre el oficio de los ediles municipales, que pareciera estar dirigida exclusivamente a alguna provincia y de la que se conoce un fragmento recogido en el Digesto de Justiniano (D. 43, 10.1), de carácter más bien elemental. Esta obra difiere del resto de la producción papinianea y pareciera acomodarse a la conjetura de que habría sido escrita por Papiniano en la juventud cuando todavía se encontraba en su patria o, al menos, poco tiempo después, pero destinada a la provincia natal. Dicha provincia debía hablar en la lengua griega al punto de que Papiniano se dispuso a redactarla en ese idioma. Se destaca, desde este punto de vista, que en África nunca prosperó abiertamente el idioma griego, pues además de la lengua nativa se había difundido la fenicia y al ir desapareciendo ésta ocupó su lugar el latín.

El otro indicio aducido es la irregularidad con que Papiniano hizo uso del título de consagración para el emperador difunto de una de las más antiguas de sus obras en latín, las *"Quaestiones"*, irregularidad que, por el contrario, no se repite en la obra posterior de *"Responsarum"* [31].

[31] EMILIO COSTA, cit. en nota 4, I, capítulo I, § 22 y 23, pp. 46 y ss. Esa argumentación, que pareciera ser la admitida por el citado romanista,

9. *Aspectos de la preparación y de la carrera de Papiniano*

Como información complementaria sobre la vida de Papiniano conviene precisar algunos datos de su formación y los pasos de su carrera en la magistratura romana.

Existen dudas, conectadas con la cuestión misma de la fecha de su nacimiento, sobre el desempeño por Papiniano de las funciones de *advocatus fisci* y de asesor en la prefectura del pretorio durante el tiempo de Marco Aurelio y Lucio Vero.

También está controvertido que haya sido discípulo de Quintus Cervidio Scaevola y que en tal aprendizaje hubiere compartido las lecciones del maestro con Septimio Severo.

Se le reconoce a Quinto Cervidio Scaevola mucho valor como jurista, digno de hacer revivir el nombre de la antigua familia que proveyó del más grande número de jurisconsultos a la antigua república. Fue el consejero más escuchado de Marco Aurelio en las cuestiones jurídicas y maestro de Pablo y otros, dejando escritas importantes obras [32]. De allí, pues, que se honra la memoria de Papiniano haciéndolo discípulo suyo.

Empero, esta tradición ha sido calificada como dudosa [33]; y más aún: impugnada directamente por diversas razones en las investigaciones de dos destacados romanistas.

H. E. Dirksen, en 1871, observó que falta sustancialmente toda relación de semejanza entre el método de Scaevola y el de Papiniano y que éste no citó nunca a aquél [34]. Por su parte, T. Mommsen comparando distintas versiones de la *Historia Augusta* de Esparciano, años más tarde, señaló que el fragmento que testimoniaba que Papiniano ha-

---

concluye presentando una serie de cuestiones irresueltas entre las que se incluye la incertidumbre relacionada con el grado de madurez científica en que abandonó Papiniano su provincia al trasladarse a Roma.

32 PEDRO BONFANTE, op. cit., en nota 17, I, p. 503.

33 Autor y loc. cits. en nota anterior.

34 H. E. DIRKSEN, *Ueber die schiftstellerische. Bedeutsamkeit des römischen, Rechtsegeleehrten Aemilius Papinianus*, "Hinterlassene Schriften", vol. II, Leipzig, 1871, pp. 451 y ss. En igual sentido, EMILIO COSTA, cit. en nota 4, I, cap. I, § 3, p. 9.

bía sido discípulo de Scaevola y condiscípulo de Septimio Severo no era auténtico sino el resultado de una interpolación efectuada en el siglo XIV o XV [35].

Está, en cambio, admitido que Papiniano luego de desempeñarse como *magister libellorum* fue prefecto del pretorio desde el año 203 hasta su muerte en 212 y que asesores suyos en la prefectura del pretorio fueron los jurisconsultos Paulo y Ulpiano, que luego con el correr del tiempo desempeñarían también esa función, recayendo sobre los tres la distinción de ser incluidos —junto con Gayo y Modestino— en la Ley de Citas de Teodosio II y Valentiniano III.

10. *Papiniano y la prefectura del pretorio*

Con la finalidad de explicar la altísima dignidad alcanzada por Papiniano corresponde caracterizar brevemente la figura del prefecto del pretorio, cargo que él desempeñó por nueve años.

"Praetor" en latín significa el que va adelante, guía y conduce a los soldados.

Al principio esa denominación correspondía también a los cónsules. Luego se la reservó a un patricio senador encargado de administrar justicia en la ciudad durante la ausencia de los cónsules aconsejadores.

La expansión política de la plebe había logrado un nuevo nivel con la Ley Licinia del año 367 a.C. al elevar un plebeyo al consulado. Empero, fue una expansión condicionada, pues los patricios al menos por un tiempo dejaron para sí la administración de justicia; y ésta fue confiada a un magistrado de origen no plebeyo que recibió la designación de *"praetor"*.

Durante siete siglos esta magistratura sirvió a la verdadera justicia.

35 TEODORO MOMMSEN, *Zu Pappinias Biographie*, Zeitsch, Savigny Stiftung, 1890, p. 30 y ss.; después en Gesammelte Schriften, vol. II, Berlín, 1905. EMILIO COSTA, cit. en nota 4, cap. I, § 3, p. 11, después de referir la investigación de Mommsen, agrega que no se sabe de dónde el autor de la interpolación obtuvo la noticia intercalada en la *Historia Augusta* o si la añadió arbitrariamente.

Hasta el año 242 a.C. hubo un solo pretor para administrarla y en esa fecha fue nombrado un segundo pretor para atender las controversias surgidas entre los extranjeros y los ciudadanos de Roma. Ulteriormente el número de pretores aumentó y ello requirió que se precisara la competencia específica de cada uno. Entre los pretores electos en los comicios por centurias existían dos que en razón de las funciones especiales que cumplían en los juicios privados en pro de la utilidad pública llegaron a ser verdaderos creadores del derecho [36].

Los pretores urbano y peregrino, especialmente el primero, se rodeaban de jurisconsultos que formaban un consejo jurídico en las complejas cuestiones de derecho.

En un pasaje recopilado en el Digesto de Justiniano, Papiniano delineó el sentido de la jurisprudencia pretoriana afirmando que servía a fines próximos para corregir las iniquidades y suplir las lagunas del derecho estricto y quiritario; y que también servía a fines remotos en cuanto su principal tarea era auxiliar al derecho civil solamente por razones de utilidad pública [37]. Con la jurisprudencia pretoriana se formaba el derecho "honorario", denominación que obedecía a la fuente de donde emanaba: el honor y la autoridad magistral de los pretores.

Y en efecto, al establecerse el procedimiento formulario con la Lex Aebutia del siglo II a.C. y las leyes Julias del siguiente se desplegó la fecunda labor del pretor urbano. Progresivamente por obra de la jurisprudencia pretoriana de dicho magistrado y de otros que le acompañaron se fue transformando el antiguo derecho civil o quiritario de las acciones legales en el derecho formulario u honorario, en cuya evolución colaboraron los "prudentes" como sutiles captadores del sentido de los tiempos [38].

36 CORNEL ZOLTAN MEHEZ, *El pretor y la jurisprudencia pretoriana*, p. 24, ed. Córdoba, 1967.

37 D., I, 1, 7. Papinianus, II, Definit.

38 RENÉ FOIGNET, *Manuel élémentaire de droit romain*, 8ª edición, París, 1925, pp. 15 y ss.

El profesor Cornel Zoltan Mehez afirma que el pretor era el pontífice de la razón natural y agorero leal de la conciencia social, el libertador de los injuriados por la justicia estrecha y rigurosamente legal, y el que abrió con manos firmes las puertas a la equidad [39].

Pasando ahora de los "pretores" a la figura del "prefecto del pretorio" conviene recordar que en Roma los prefectos del pretorio llegaron a ser importantes delegados del emperador con funciones militares y administrativas, nombrados por el mismo emperador por tiempo indeterminado y dependiendo por completo de él. Pocos decenios después de la muerte de Papiniano, el emperador Alejandro Severo unió al cargo de prefecto del pretorio la dignidad senatorial.

También conviene señalar que, en general, "prefecto" es un vocablo que entre los romanos servía para nombrar a las personas que tenían el título de jefes en funciones civiles o militares; y también, en ciertos períodos históricos, designa al funcionario o ministro que ejerce la jefatura o mando de los tribunales, juntas de gobierno, comunidades eclesiásticas, etc. Asimismo, designa al jefe de la administración civil de un departamento en Francia, y a quién en general compete velar para que se desempeñen debidamente ciertos cargos o deberes.

El cargo de prefecto del pretorio fue creado por Augusto en el año 2 antes de Cristo.

Tenían a su cargo en el período de mayor poderío funcional el mando de las cohortes pretorianas o guardias imperiales.

Con el transcurso del tiempo, a partir del siglo II d.C. obtuvieron la jurisdicción criminal en Italia "*ultra centisimum miliarum orbis Romae*" y otras jurisdicciones originarias y por apelación. Podían imponer penas de deportación. En razón de tan importantes funciones se elegían los prefectos del pretorio entre los grandes jurisconsultos.

39 CORNEL ZOLTAN MEHEZ, op. cit., p. 13.

También asistían al emperador en la presidencia del "*consilium principis*".

En el siglo III se les otorgó la inspección general de todos los empleados subalternos de las administraciones imperiales y a partir del año 230 d.C. la facultad de dictar edictos con fuerza de ley.

Sin embargo, desde la iniciación del siglo IV con Constantino ocurren cambios sustanciales. Se separan los cargos militares de los civiles. Los "*duces*" se instituyen al frente de las nuevas divisiones militares de las fronteras. La dirección general de las milicias es confiada por Constantino a los "*magistri militum*" ("*equitum, peditum*" e, incluso "*utriusque militae*") y el carácter burocrático de la nueva administración se refleja sobre las varias circunscripciones concéntricas que se crean por primera vez. La circunscripción más amplia es la prefectura. El "*praefectus praetorio*", antiguo comandante de la guardia imperial, convertido con el tiempo en vicario o sea verdadero "*alter ego*" del emperador, jefe de toda la administración civil y militar, fue reducido por Constantino al estado de funcionario privado con competencia militar, y en la nueva organización perdió desde el comienzo su posición eminente por encima de todo el imperio. Ya no hubo dos o tres prefectos organizados en colegios, sino cuatro prefectos, a saber: uno por cada Augusto y otro por cada César, con competencia territorial limitada. No conservan de su antigua competencia militar más que la obligación de contribuir a la subvención de la corte y el ejército. Conocen en apelación de las sentencias de los gobernadores de las provincias, supliendo al emperador, y, por vía extraordinaria, pueden conocer en primera instancia únicamente en los casos de graves sospechas de venalidad o parcialidad de los gobernadores. Por bajo de los prefectos del pretorio estaban los "*vicarii praefectorum praetorio*" a la cabeza de las diócesis en que se dividen las diversas prefecturas. Los vicarios limitan en parte la autoridad del prefecto en cuanto no son delegados suyos en las diócesis, sino que nombrados por el emperador tie-

nen una esfera propia de atribuciones; y, como el prefecto, juzgan en apelación o cuando lo creen conveniente en primera instancia, según que las partes estén más próximas a la prefectura o al vicariato. La situación especial del "*praefectus urbi*", sin embargo, no sufre ningún perjuicio a causa de la nueva organización; antes al contrario, no sólo conserva incólume en la ciudad, y en un radio de cien millas, el poder civil y militar, sino que además a consecuencia del menoscabo que afecta al "*praefectus praetorio*" acrecen sus funciones administrativas y judiciales [40].

III

LAS OBRAS DE PAPINIANO

11. *Enumeración de las obras*

A la incertidumbre sobre la fecha, lugar de nacimiento y otros aspectos biográficos de Papiniano se contrapone la certeza sobre cuáles fueron sus obras jurídicas y principales méritos de ellas.

En defecto de la conservación de los textos completos y no obstante el tiempo transcurrido puede darse una visión de la labor escrita de Papiniano fundamentalmente a través de las recopilaciones justinianeas.

Luego de enumerarlas se señalarán sus cualidades sustanciales y formales y, posteriormente, se ejemplificarán algunas de las contribuciones de Papiniano en las distintas disciplinas del derecho privado.

Nada mejor para ilustrar sobre la vastedad de la materia tratada por él que intentar una enunciación por el orden

40 Se ha descripto la involución sufrida por la función de los prefectos de pretorio a partir del siglo IV d.C. siguiendo literalmente a PEDRO BONFANTE, op. cit. en nota 17, II, p. 18 y ss. con el objeto de resaltar la trascendencia que tenía en la organización anterior, cuando precisamente fue desempeñada por los jurisconsultos Papiniano, Paulo, Ulpiano y otros del período clásico del derecho romano.

cronológico probable de su creación de las obras del jurisconsulto.

No obstante las ocupaciones inherentes a los elevados cargos desempeñados fue autor de una acreditadísima y extensa producción.

De officio Aedilim, escrita en griego, examina los deberes de los ediles municipales, siendo probablemente la primera obra de Papiniano. También se la titula *Astinomicum*.

Le siguieron las obras que tratan del adulterio, consistente en dos libros *De Adulteriis* y el *Liber singulares de adulteriis*.

Posteriormente, en un período de la mayor actividad como escritor y casi simultáneamente, redactó las dos obras principales: 37 libros de *Quaestiones* y 19 libros de *"responsa"* o el *Responsarum*. También probablemente en el mismo tramo de su vida escribió dos libros de definiciones, similares a los que otros jurisconsultos titularon *Libri regularum* y que Papiniano llamó *Libri Definitionum* [41].

En líneas generales, aunque no con rigor absoluto en el caso de Papiniano, puede decirse que las consultas representaron el tipo más antiguo de incentivo para la actividad de los jurisconsultos, en tanto se relacionaban con la práctica del derecho. Numerosas colecciones de *"responsa"* presentan ese carácter práctico. Las *"quaestiones"* y aun las *"disputationes"* representan exámenes más bien teóricos con reseña de precedentes y análisis de opiniones divergentes; también son el resultado de la actividad docente. Tienen una más neta y esencial característica científica y abstracta.

Por otra parte, las *"epístolas"* deben su denominación

41 Sobre textos de Papiniano conservados en diversas publicaciones, fechas de las mismas o de sus descubrimientos, orden cronológico probable, contenido, similitudes o diferencias con obras de análogas denominaciones de otros juristas romanos clásicos, consultar PEDRO BONFANTE, op. cit. en nota 17, II, p. 319; y EMILIO COSTA, op. cit. en nota 4, I, capítulos II (fragmentos reproducidos en las Pandectas y otras compilaciones prejustinianeas), III (citas de Papiniano en los juristas y constituciones imperiales), IV (fragmentos de las *responsa* de Papiniano preservados directamente) y V (examen separado de las obras del jurisconsulto). Sobre la fecha probable de creación de cada obra, v. E. COSTA, op. cit., I, cap. V, § 48.

a la forma literaria elegida para los desarrollos jurídicos. Los libros *"ad edictum"* eran comentarios a los edictos del pretor. Los libros *"iuris civilis"* anotaban las obras de *Masurius Sabinus* y de *Quintus Mucius*. Los *"Digesta"* con planes más vastos, además de las materias de los edictos trataban las del derecho civil, los senadoconsultos principales y las leyes, junto al derecho y procedimiento penal. Producciones de estas categorías no se encuentran en la producción conocida de Papiniano.

Las obras con finalidad docente y más elementales recibieron el título de *"institutiones"*, *"definitiones"*, *"libri regularum"*, *"regulae"* y otros similares. Las *Definitiones* de Papiniano, en dos libros, se caracterizan por la completa variedad del contenido. Mientras en los libros de otros jurisconsultos, como el de Paulo, con análoga denominación prevalece sólo la exposición de normas casuísticas particulares relativas a singulares institutos y relaciones de derecho, en las *Definitiones* papinianeas se observa una rápida y sintética exposición de los principios y de los conceptos tradicionales o elementales —tales como *"lex"*, *"ius civile"*, *"ius praetorius"*, *"actio"*, *"petitio"*, *"persecutio"*, etc.—, y junto a ellos las directivas para la interpretación de los problemas más frecuentemente discutidos o la solución de las dificultades emergentes de los presupuestos fácticos particulares, encarados bajo la forma de reglas casuísticas o de *"quaestiones"* y aun de *"responsa"*. La compleja variedad de estos libros de Papiniano y las desviaciones respecto al contenido de otras obras de similar denominación han sido consideradas como un indicio de que el propósito del jurisconsulto habría consistido en presentar en fórmulas breves los elementos principales del derecho privado de su tiempo [42].

[42] EMILIO COSTA, op. cit., en nota 4, I, cap. V, § 34 y ss., p. 228, menciona como coincidentes con su apreciación del propósito de esta obra de Papiniano las opiniones de Cujacio y de Dirksen. El escaso acogimiento de las *definitiones* papinianeas en las Pandectas de Justiniano se habría debido según este autor, a que ofrecían un material similar al de las *quaestiones* y de las *responsa*, por lo que los compiladores únicamente extraerían de las primeras los textos que no hubieran encontrado en las obras mayores de Papiniano.

12. *Caracteres sustanciales y formales*

Los romanistas coinciden en destacar además de la idoneidad intelectual y digna conducta moral de Papiniano ciertas calidades sustanciales y formales de toda su obra.

Entre ellas deben mencionarse las siguientes:

A) *Sagacidad.* La profundidad de conceptos y el rigor del raciocinio han elevado a Papiniano a la categoría de arquetipo de la concepción del derecho romano. No es fácil emularlo en la selección y aplicación de un principio al caso concreto y en la aptitud para ascender de éste a la idea central prescindiendo de los detalles accesorios.

B) *Eticidad.* Se resalta con énfasis que a la dignidad de la existencia y a la heroicidad de la legendaria muerte ha de sumarse el hecho de ser el jurisconsulto clásico que mayor importancia otorgó al elemento ético del derecho. Empero, no han cesado las reflexiones acerca de si la ética papinianea tenía raíces estoicas, helenísticas, universalistas y aun cristianas (*supra,* Nº 4).

C) *Docencia.* Congruente con la originalidad que demostró en la enseñanza del derecho se admira el espíritu y la eficacia docente de la producción de Papiniano. Sus principales obras fueron utilizadas en la formación de los juristas en las escuelas de derecho de los siglos inmediatamente posteriores a su existencia.

D) *Sobriedad del estilo.* Desde el punto de vista formal los escritos de Papiniano brillan por la general sobriedad y sencillez del estilo. Sin embargo, y posiblemente por la complejidad de los temas se reconoce que en ocasiones la simplicidad y pureza de los textos papinianeos originaron famosas disputas entre sus intérpretes dadas las ambigüedades expresivas [43].

[43] PEDRO BONFANTE, op. cit., en nota 17, I, cap. XXI, § 11, p. 504 ejemplifica con temas referidos a la evicción parcial, reparto de los frutos de la dote en el último año, nulidad parcial del *praelegatum,* etc.

En un incisivo análisis del estilo de Papiniano se han distinguido tres elementos: clasicismo ciceroniano, cierto arcaísmo africano y alguna forma no clásica usada exclusivamente por el jurisconsulto. La conjunción de tales elementos permite concluir que el lenguaje de Papiniano corresponde dignamente a las características sustanciales de su pensamiento, con obediencia de la tradición más pura y venerada, sin perjuicio de cierta ágil y osada libertad formal. También se caracteriza su léxico por una predilección del lenguaje figurado y en ciertos casos por unas fórmulas sumamente concisas que respondían al intento de comprimir y expresar rápidamente las ideas. Evita constantemente las locuciones inútiles o sobreabundantes y las repeticiones asiduas e inelegantes, sin escatimar la variedad formal para manifestar un mismo concepto [44].

La gramática, la lengua y el estilo de los jurisconsultos clásicos difieren de los compiladores de Justiniano al punto de ser tal diferencia uno de los criterios para detectar interpolaciones. El estilo del jurista clásico es sencillo, claro, elegante y aun superior al de sus propios contemporáneos de la literatura latina. Los compiladores, en cambio, armonizan su estilo con el gusto vano y aun decadente de la época; las expresiones son insípidas, de reprochable y ampulosa solemnidad, con enfadosa verbosidad, abuso del lenguaje metafórico, redundancia de superlativos y epítetos, frecuentemente plagadas de interrogaciones y distinciones, y con propensión al énfasis [45].

Naturalmente, tales diferencias también se advierten al cotejar los textos de Papiniano con los de los juristas ulteriores.

44 EMILIO COSTA, op. cit. en nota 4, I, cap. VII, y especialmente § 45, p. 326.

45 PEDRO BONFANTE, op. cit. en nota 17, II, Apéndice IV, § VII, p. 190.

IV

OPINIONES DE PAPINIANO

13. *Personas, fuentes del derecho y algunos principios generales*

Aunque el derecho romano se desenvuelve de acuerdo con una tendencia gradual y constante a reconocer como sujeto de derecho al ser humano en sí mismo, con superación del criterio de la concurrencia de los tres elementos clásicos del *status* ("*civitate*", "*libertatis*" y "*familiae*") todavía en la época de Papiniano ello no había alcanzado un resultado definitivo. Por tanto para apreciar sus aportes es inevitable tener presentes aquellos tres elementos. Escasean los fragmentos referidos a la determinación de los derechos del no ciudadano, aunque cabe recordar el relacionado con la posición del marido según el *ius gentium* (fr. 15 r., Coll. 4, 5. 724), el referente a la deportación y sus efectos particulares de supresión de la personalidad jurídica en las relaciones patrimoniales (D. 46, 1, 47 pr., 158; 4 r., D. 24, 3, 42 pr., 504; etc.), lo concerniente a la discusión sobre la precisa naturaleza de la deportación y su distinción con otras penas (lib. 8 r., D. 31, 77, 4, 599), etc. Con relación al tema de la libertad y la esclavitud la obra de Papiniano se desarrolla conforme a la tendencia al reconocimiento de los atributos esenciales de la personalidad humana a los no libres. Es muy atendible la conjetura de que la constitución imperial de Marco Aurelio y Cómodo dirigida directamente a la obtención de la libertad de los esclavos vendidos *libertatis causa* fuese extendida a los siervos donados *libertatis causa* por la interpretación ampliatoria de Papiniano (9 r., D. 40.8.8, 631, y 10 r. D. 40, 1, 20 pr. 1, 634), habiéndose señalado otros pasajes de la obra de este jurisconsulto con similares proyecciones que sería fatigoso precisar aquí. No puede, sin embargo, omitirse el fragmento de Papiniano dirigido al reconocimiento en el esclavo del

derecho al honor (1 ad. D. 48, 5, 6, pr. 1), especialmente respecto al "*crimen calumniae*" (lib. 2 ad., D. 3.6, 9; 14). Tampoco cabe silenciar el sentimiento de benevolencia y piedad hacia el esclavo que surge del pasaje 10 q., D. 18, 7, 7; 175; todo lo cual conlleva insitamente hacia su personalidad jurídica. Con relación al estado de familia el examen debe apoyarse en el proceso de disolución de la unidad familiar que lentamente se manifestó en el derecho romano en tres niveles, a saber: a) debilitamiento de la patria potestad y afirmación de la personalidad del individuo fuera de la familia; b) prevalencia del vínculo de sangre por sí, sobre las relaciones de familiaridad civil; c) asunción o regulación por el Estado de diversas funciones que clásicamente pertenecían a la familia, especialmente la tutela. La consideración de tales aspectos incumbe al estudio del derecho de familia. Aquí sólo corresponde puntualizar que Papiniano apoyó los aspectos positivos de esa evolución y resistió los negativos.

En opinión de Papiniano para que el ser humano fuese considerado como existente y capaz de derecho era preciso que hubiere sido separado totalmente del claustro materno (L. 9, § 1, D. Ad. leg. Falc., 35, 2) [46].

Acerca de las fuentes del derecho del pueblo romano Papiniano enumeró las leyes, los plebiscitos, los senadoconsultos, las constituciones imperiales, los edictos emanados de quienes tenían el *ius edicendi* y las respuestas de los prudentes, distinguiendo las que corresponden al *ius civile* de las del *ius praetorium* (D. I, 1, 7).

En relación a la *in integrum restitutio* negó protección

46 Paulo agregaba que también era preciso que naciera vivo (L. 129, D De v. s., 50, 16). Savigny, según recuerda el codificador civil argentino en nota del art 63, explicó que no había contradicción con otros textos del derecho romano que afirman la personalidad del *nasciturus*. Ver igualmente la nota del art. 70 y agregar las proyecciones del art. 264 del código civil en la redacción del año 1869 y en la conferida por la ley 23.264. Respecto de las opiniones de Papiniano sobre el *status personae* y la personalidad jurídica en lo concerniente al derecho de ciudadanía, libertad y esclavitud, y el estado familiar ver EMILIO COSTA, op. cit. en nota 4, II, capítulos I y ss.

al menor indigno o delincuente (D. 4, 4, § 20: *et indignum esse propter inrogatam poenam*) [47].

Afirmaba Papiniano que es inadmisible cambiar de criterio en perjuicio de otro (D. 50, 17, § 75: *nemo potest mutare consilium suum in alterius iniuriam*, L. III "*Quaestionum*"). Ulpiano también afirmó "*adversus factum suum... movere controversian prohibetur*" (Libro V de "*Opinionnum*", D. I, 7).

14. *Obligaciones y contratos*

En obligaciones genéricas y alternativas, suponiendo que por culpa del deudor perezca el primer objeto y que el segundo se extinga por casualidad, Papiniano reconocía un *ius singulare* a favor del acreedor, en razón de la culpa precedente del deudor y siempre en la hipótesis normal de que el deudor tuviese derecho de elección, pues el obligado habría frustrado al sobrevenir la pérdida del segundo objeto la legítima expectativa del titular del crédito (L. 95, § 1, De sol. et lib., 46, 3) [48].

Tratándose de obligaciones con efectiva singularidad del objeto que se presentan como obligaciones únicas en las que los sujetos activos o pasivos son más de uno, admitía Papiniano que las varias obligaciones se sometieran a diversas modalidades (L. 9, § 2 h., t. 45, 2).

Después de haberse extendido a personas extrañas la gestión de haciendas comerciales y marítimas, que anteriormente se encomendaban a los *filiifamilias* y a los siervos, los terceros dispusieron contra el principal de la acción exercitoria cuando el representante hubiere sido propuesto en calidad de *magister* para el gobierno de la nave o hacienda; y también les fue reconocida la acción *institoria*

47 SALVADOR RICCOBONO, op. cit., p. 59.

48 Se admitía en el caso la *actio doli* obligando al deudor a resarcir al acreedor. Observa PEDRO BONFANTE, op. cit. en nota 16, p. 383, que acaso esta opinión responda a una interpolación justinianea.

cuando hubiese sido propuesto para una hacienda comercial de tierra como *institor;* y este criterio se extendió a las deudas implantándose una acción útil *"ad exemplur institoriae"* contra el representado para todo negocio concertado por el *procurator* encargado de una atribución determinada (L. 19, pr. D. "De inst. act.", 14,3, § 5, Mand. 17, 1, etc.) [49].

Respecto de los límites de las facultades del administrador de sociedades y comunidades de bienes se ha advertido que el inc. 4º del art. 1859 del código civil francés —reflejado en el art. 1695 del código argentino— se inspiró en Papiniano en lo relacionado con la prohibición de efectuar innovaciones en los inmuebles administrados atento al fragmento recogido por el Digesto (fr. 28, D. X, 3) [50].

Uno de los más importantes pasajes de Papiniano, cosechado en D.50, 16, 219.433, diseña la meta extrema hacia la cual giraba el derecho contractual, la fidelidad a la voluntad por encima de las formas: *"In conventionibus contrahentium voluntatem potius quam verba spectari convenit"* o sea "conviene en las convenciones atender mejor a la voluntad de los contratantes que a las palabras". Mientras que en el Digesto de Justiniano ello indica la culminación de una evolución histórica ya cumplida, en el libro *"Responsarum"* de Papiniano sólo perfilaba por una especie de consulta o de caso propuesto en la práctica al jurista, la

49 Consultar EMILIO COSTA, op. cit., en nota 4, IV, *Voluntas contrahentium,* cap. XIV, *La negotiorum gestio;* y cap. XV, *Actio gestor, ad exemplum institoriae actionis;* PEDRO BONFANTE, op. cit. en nota 16, p. 413, afirma que aunque la novedad ha sido atribuida a Papiniano él juzga que podría ser obra de los compiladores.

50 Consultar J. BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, *La comunidad de bienes en el derecho español,* Madrid, 1954, p. 282, cuando analiza los actos de disposición material de la cosa común por un copropietario y las fuentes de las normas hispanas. El art. 1695 del código civil argentino establece que el mandato general no autoriza para hacer innovaciones sobre los inmuebles sociales. FEDERICO VIDELA ESCALADA, *Las sociedades civiles,* Buenos Aires, 1962, Nº 257 expresa que el art. 1695 debe interpretarse con las pautas establecidas en el art. 1691 y los criterios de la nota a éste, atendiendo a las características especiales de cada sociedad. Reaparece el criterio del art. 1695 en el art. 2681: "ninguno de los condóminos puede hacer en la cosa común innovaciones materiales, sin el consentimiento de todos los otros".

aspiración que prevalecía en aquel momento y que palpitaba en la obra de él [51].

15. *Derechos reales*

De realizarse mejoras en la cosa de otro la compensación correspondiente debía limitarse por la circunstancia de reconocerse el derecho de retención sólo a los poseedores de buena fe (D. 6, 1, 48; Papinano, D. 12, 6, 33) [52].

Es de singular importancia la obra de Papiniano en materia de prenda e hipoteca. Se destaca la precisión con que examina la posibilidad de la constitución tácita de estas garantías, la remisión de los derechos de prenda e hipoteca y su valoración en relación con la accesoriedad esencial de ellos, la posibilidad de constitución de dichas garantías respecto de deudas futuras, la constitución de hipotecas sobre cosas futuras y sobre los frutos, etc.[53].

16. *Familia*

Los textos de Papiniano demuestran las extremas prerrogativas de la patria potestad incluyendo el *ius vitae et necis,* todavía subsistente en su tiempo [54].

En varios institutos relativos a la familia y al derecho hereditario fue requerido viva e intensamente el pensamien-

51 EMILIO COSTA, op. cit. en nota, Proemio al t. IV. Agrega que los compiladores visigóticos del Breviario recogieron otro texto de las *responsa* que también simboliza el reverente culto del insuperado jurista y que mejor responde a las necesidades de su tiempo: *Inter virum et uxoreum pacta n'o* ***solum*** *verbis sed e voluntate contrahentium constituuntur* (401). Agrega que en su magisterio admirable Papiniano también supo oponerse a un demasiado liberal desapego de las formas y reglas en los casos pertinentes.

52 SALVADOR RICCOBONO, op. cit., p. 68.

53 EMILIO COSTA, op. cit. en nota 4, IV, cap. IX, p. 85.

54 PEDRO BONFANTE, op. cit. en nota 16, p. 162. Sobre el derecho paterno de dar muerte a la hija encontrada en flagrante adulterio conf. 1 add. D. 48, 5, 23; 22, Ver EMILIO COSTA, op. cit. en nota 4, II, cap. IV, § 2. Acerca de la atemperación de tales prerrogativas por influjo del cristianismo, posiblemente en una etapa del derecho romano ulterior a Papiniano, *supra* Nº 4.

to de Papiniano que se tradujo en las *"responsa"* vinculadas de modo directo a la práctica en problemas que la jurisprudencia preexistente todavía no había considerado [55].

Es digna de estudio la posición de Papiniano en una etapa caracterizada por la asunción o regulación estatal de funciones clásicamente familiares como la tutela.

Esta dejó de ser una institución vinculada a los oficios familiares para convertirse en función *"manus publicum"* durante los Antoninos y los Severos. Se afirmó la injerencia del Estado y la constricción a asumir la tutela con un sistema de *"excusationes"* y de *"potioris nominatio"* en la época de los Severos.

Surgieron las restricciones impuestas por el Estado a los poderes de los tutores en las relaciones patrimoniales, y las limitaciones en las no patrimoniales en favor de la madre y de otros ascendientes. En un fragmento de Papiniano se destaca la prioridad de la designación testamentaria del tutor —en sí misma o confirmada por el magistrado— sobre la conferida por la ley (4 r., D. 26, 2, 28; 1.2; 510; 5 r., D. 26, 3, 6; 511; 6 r., D. 26, 7, 40; 536). Sobresalen también el fragmento de Papiniano relativo a la exoneración de la tutela diferida (5 r., D. 27, 1, 30; 517) y el vinculado a la caducidad de las liberalidades testamentarias dispuestas en miras de la asunción de la tutela como efecto de la exoneración de ella (4 r., D. 26, 2, 28 pr.; 510; y 5 r., D. 27, 1, 28, I; 516) [56].

Es conocido el acento del gobierno del emperador Septimio Severo en el resguardo de la estabilidad familiar y protección de la unión matrimonial, con reprensión del adul-

55 EMILIO COSTA, op. cit. en nota 4, I, cap. VI, § 9, p. 254 y ss., II, cap. IV, § 34 a 42, p. 169 y ss. Allí se examina la evolución que condujo a la prevalencia de los vínculos de sangre sobre las relaciones familiares civiles. Se lo ilustra con la aceptación de la injerencia materna en algunas relaciones anteriormente confiadas con exclusividad al tutor para situaciones no patrimoniales como la elección del esposo para la hija, la designación por la madre de los tutores, etc. Se menciona también la oposición de Papiniano al derecho del hijo dado en adopción a ejercer la querella de inoficiosidad del testamento del padre biológico, y al mismo tiempo la defensa de Papiniano del concepto clásico e incorrupto de la adopción.

56 EMILIO COSTA, op. cit. en nota 4, cap. IV, § 43 y ss., ps. 188 y ss.

terio mediante la asidua y vigilante aplicación de la Ley Julia. Sobre estos temas Papiniano redactó varias obras comentando no sólo las disposiciones de la citada ley sino también las de la constitución imperial que la reafirmaba [57].

17. *Sucesiones*

En comparación con los aportes de Papiniano sobre obligaciones, contratos y derechos reales recogidos por los compiladores justinianeos, aumentan notablemente los cosechados en materia sucesoria concerniente a testamentos, legados a título universal o particular, división de la herencia (*famil.ercisc.*), tutela y administración del patrimonio pupilar y a la denominada "sustitución pupilar" que era la facultad permitida al padre para que en el testamento y con relación a los hijos y descendientes directos designase a los herederos de éstos para el caso de que murieran impúberes [58].

El estudio de los importantes textos papinianos sobre la herencia debe efectuarse partiendo desde el punto de vista que distingue conceptualmente el principio del *"favor testamentorum"* y el principio de fidelidad a la *"voluntas testantium"*.

En esa perspectiva es relevante el análisis de las excepciones que diversos fragmentos de Papiniano establecen respecto de la regla *"nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest"* referentes al testamento inoficioso (14 q., D. 5, 2, 15, 2; 229; y 7 r., D. 31, 76 pr.; 571) y a otras hipótesis especiales; como así también las excepciones a la regla relativa a la *"institutio ex re certa"* pronunciadas

57 Acerca de los antecedentes, modificaciones y contenido de la Ley Julia desde Augusto en adelante consultar C. MAYNZ, *Cours de droit romain*, 3ª ed., Bruselas, 1869, I, p. 181 y III, p. 30; v. EMILIO COSTA, cit. en nota 4, cap. V, § 40 y ss.

58 EMILIO COSTA, cit. en nota 4, I, cap. II, § 4, p. 74 y ss.; y II, cap. IV, § 15, y ss.; la evolución de la sustitución pupilar es uno de los institutos en que puede examinarse el lento proceso de disolución de la clásica unidad del estado de familia y el debilitamiento de la patria potestad, con afirmación de la personalidad de los individuos fuera de la familia ya que se acentúa la existencia de la personalidad del hijo como distinta de la paterna en la cual aquélla quedaba compenetrada en el período anterior.

primeramente por dicho jurisconsutlo (6 r., D. 28, 5, 79 pr.; 551). Ello, en efecto, reafirma el principio de fidelidad a la voluntad testamentaria [59].

Igualmente por fidelidad a la voluntad del testador, y a pesar de reafirmar rigurosamente Papiniano la necesidad de la institución de heredero en el testamento, admite su indirecta derogación en un fragmento conservado en el Digesto (12 q., D. 37, 11, 11, 2; 221); y también se destaca su examen sobre el efecto de la cancelación del nombre del heredero instituido respecto de los legados ordenados en el testamento [60].

Asimismo se manifiesta el profundo respeto de Papiniano por la voluntad del testador en lo inherente a la desheredación de los herederos (*exheredatio del suus*), cuya necesidad afirma (1 d., D. 28, 3, 1; 49); en el valor *ex aequo et bono* reconocido a un testamento viciado por la preterición del heredero *"suus"* (5 r., D. 28, 3, 17; 527); y en otras hipótesis [61].

Provechosa fue la contribución papinianea a la determinación con validez jurídica de la voluntad del testador en las disposiciones fideicomisarias [62].

Corresponde destacar el desconocimiento de un testamento formalmente perfecto por la duda de que en él exista una voluntad *in fraudem legis,* susceptible de detectarse mediante un testamento anterior, que puede invocarse todavía en nuestros tiempos al examinar los límites de la discrecionalidad del derecho de testar [63].

59 EMILIO COSTA, cit. en nota 4, III, cap. I, p. 9 y ss.

60 EMILIO COSTA, cit. en nota 4, III, cap. II, p. 30 y ss.

61 EMILIO COSTA, cit. en nota 4, III, cap. III, p. 40 y ss. Se estudia allí también lo referente a los efectos de la preterición del póstumo y a la oponibilidad de las condiciones potestativas en la institución hereditaria del *suus,* como excepciones a la originaria necesidad de la explícita *exheredatio* o de la incondicionada *institutio.*

62 EMILIO COSTA, cit. en nota 4, III, cap. IV, p. 50 y ss.

JOSÉ L. DE LOS MOZOS, *La colación,* Madrid, 1965, Nº 10, evoca la importancia de un fragmento de Papiniano (D. 37, 7, 8) como anticipo a Justiniano sobre la posibilidad de la colación impuesta en la sucesión testamentaria.

63 9 r., D. 22, 2, 3; 612. EMILIO COSTA, cit. en nota 4, III, cap. V,

Para la mayor fidelidad a la voluntad del testador en lo relacionado con el alcance de los legados se introduce Papiniano en la cuestión de la admisibilidad de elementos que indirectamente pueden conducir a precisarla aunque fuesen extrínsecos a la disposición testamentaria (v. también 17 q., D. 31, 66; 261; y cfr. la opinión de Salvio Juliano emitida en el siglo II).

Otros criterios memorables de Papiniano conciernen a los legados conjuntos con la fórmula *"hoc amplius"*; nulidad que arrastra a la disposición singular del prelegado atinente a una inválida institución de herederos y una excepción a ello por atención singular a la voluntad del testador [64].

De igual modo perduran sus opiniones sobre el alcance de los legados de ciertos mobiliarios o conjuntos de bienes domésticos o religiosos ("supperllettile"), *"instructa domus"*, *"instructum praedium"*, alimentos y usufructo [65].

Con idéntica finalidad de la mayor lealtad a la intención del disponente se destacan en la obra papiniana la valoración y el reconocimiento de la condición tácita; el riguroso concepto de la imposibilidad jurídica que obsta al cumplimiento de la condición; el alcance de la prohibición de enajenar (19 q., D. 31, 69, 3-4; 282); la modalidad que impone una manera determinada de emplear la suma legada (17 q., D. 35, 1.71; 264); la asimilación de la condición jurídica o moralmente ilícita a la imposibilidad física; el estudio de ciertas condiciones que Papiniano fue el primero en declarar ilícitas; etc.[66].

---

§ 3, p. 83. Sobre la necesidad de móviles lícitos en los testamentos ver G. RIPERT y J. BOULANGER, *Tratado de D. civil según el Trat. de Planiol*, Buenos Aires, 1965, X, Nº 2064 y XI, núms. 3526 y 3526 bis; F. MESSINEO, *Manual de D. civ. y com.*, Buenos Aires, 1954, VII, § 182, Nº 1; L. DE GASPERI, *Diferencias entre la interpretación del testamento y la de los contratos*, "Revista Juris", 8, 390, especialm. p. 395 con mención de HAMEL, *La notion de cause dan les liberalités* y de CAPITANT, *De la causa de las obligaciones*; ALBERTO G. SPOTA, *Trat. de D. Civil*, I, vol. 2, p. 201, Buenos Aires, 1960, con mención del estudio de BIONDI, *Successione testamentaria. Donazioni*, t. X del *Trat. di Dir. romano*, dirigido por E. Albertario.

64 Cfr. 14 r., D. 34, 9, 18, 2; 712.

65 EMILIO COSTA, op. cit., en nota 4, III, cap. V, § 15 y ss., p. 106.

66 EMILIO COSTA, op. cit., en nota 4, III, cap. VI, § 1 y ss., p. 126.

Han perdurado los criterios del jurisconsulto respecto de la imposición a los legados de condiciones resolutivas y de términos *"ad quem"*; ello se vincula a la circunstancia de que la adquisición del legado por el legatario se subordina a su supervivencia respecto del testador, siendo célebre la regla de Papiniano *"dies incertus conditionem in testamento facit"* (D. 30, 30, 4) que ha pasado al derecho ulterior y que el codificador argentino transcribió en la nota al art. 3771 [67].

Es sabido que en el derecho romano para remediar los perjuicios que la confusión de patrimonios —derivada de la aceptación de la herencia— podía acarrear a los acreedores del causante a raíz de la concurrencia de los acreedores particulares de los herederos, se reconoció a aquéllos el derecho de solicitar la *separatio bonorum*. Como efecto de ésta el acervo hereditario quedaba reservado al pago de los acreedores del difunto y a los legatarios. Sólo después que ellos se cobraban sus créditos el remanente era entregado a la acción de los acreedores particulares del heredero. Y concomitantemente se entendía que los acreedores de la herencia que solicitaron la *separatio bonorum* carecían de derecho para perseguir el patrimonio del heredero.

En este punto Papiniano estableció que una vez pagados los acreedores del heredero y agotados los bienes del causante, los acreedores del difunto podían perseguir el remanente patrimonial del heredero (L. 3, § 2, eod. D.) [68].

67 EMILIO COSTA, op. cit. en nota 4, III, cap. VI, § 6 y § 10. El problema interesa para la transmisión del legado a los herederos del legatario. En derecho argentino con relación a la regla citada en último término ver SALVADOR FORNIELES, *Trat. de las sucesiones*, Buenos Aires, 1958, II, Nº 293; LUIS DE GASPERI, *Trat. de D. hereditario*, Buenos Aires, 1953, IV, Nº 568; GUILLERMO A. BORDA, *Trat. de D. Civ. argentino. Sucesiones*, Buenos Aires 1958, II, Nº 1310; SANTIAGO C. FASSI, *Trat. de los testamentos*, Buenos Aires, 1971, II, Nº 1275; JORGE O. MAFFIA, *Tratado de las sucesiones*, Buenos Aires, 1984, III, Nº 995; JOSÉ L. LASALA, *Derecho de sucesiones*, Buenos Aires, 1981, II, Nº 366. Cfr.: RAMÓN R. ROCA SASTRE, *El término incierto implica en los testamentos, condición, salvo que pueda colegirse la voluntad contraria del testador*, en "Revista Jurídica de Cataluña", Barcelona (España), número extraordinario, año 1970, p. 333; y noticia bibliográfica en "La Ley", 148, 1402.

68 El criterio de Papiniano fue mencionado en la nota de Dalmacio Vélez Sarsfield al art. 3446 del código civil argentino de 1869 al resumir las

En materia testamentaria y fideicomisaria, en que podían imponerse desventajas muy graves a los herederos testamentarios y que habían originado una complicada red de previsiones, Papiniano calificó ciertas estipulaciones muy formales como capciosas y siglos después Justiniano siguiendo el principio de la simplificación modificó el régimen aplicable [69]. Apartándose del criterio de Salvio Juliano, Papiniano se pronunció por la inidoneidad como acto de aceptación o adquisición de la herencia de los comportamientos cuyo único fundamento era la piedad familiar o el vínculo de comunidad familiar [70].

Para la eficacia de los codicilos, desprovistos de solemnidades, se requería en opinión de Papiniano la confirmación expresa por testamento y carecían de relevancia jurídica en caso contrario (D. 29, 7, 2.2) [71].

18. *"Regulae iuris"*

De las doscientas once *"regulis iuris antiqui"* con que culmina, en el título XVII, el Libro 50 —último— del Digesto de Justiniano, catorce han sido coleccionadas de la producción de Papiniano (reglas 74 a 87). La mayoría provienen de su obra *"Quaestiones"*. Hay dos extraídas de las *"Respuestas"* y una del libro II de *"Definiciones"*. Conviene

---

diferentes postulaciones sobre el tema. Ver EMILIO COSTA, cit. en nota 4, III, cap. VIII, § 12, respecto del concepto papinianeo del *beneficium separationis*; y acerca del art. 3446 del código civil argentino n. estudio de "E.D.", anotación a fallo Nº 42.569 citado en nota 2;

En el antiguo derecho francés Domat (1625-1696) y Pothier (1699-1772) adhirieron a la opinión de Papiniano. Respecto del segundo de los juristas franceses ver n. estudio *Pothier. A doscientos años de su muerte*, "La Ley" (1972), 147, 976. PEDRO BONFANTE, op. cit., en nota 16, p. 579, examina el grado de correspondencia de la opinión de Papiniano en este punto con el sistema general del derecho sucesorio romano y la confronta con las de Paulo y Ulpiano. Confr. MARIO DE SIMONE, *La separazione dei beni ereditari*, Nápoles, 1942, cap. I.

69 ALFREDO DI PIETRO, op. cit., en nota 11, p. 171.

70 EMILIO COSTA, op cit. en nota 4, III, cap. VIII, § 2 y § 3.

71 ALFREDO DI PIETRO, op. cit. en nota 11, p. 175. Recuerda este autor que después los emperadores decidieron que se podía, en virtud de codicilos anteriores al testamento, pedir fideicomisos siempre que no aparecieran en contradicción con la voluntad testamentaria precedente (Inst. II, 25,1).

advertir que algunas de las reglas del derecho pertenecientes a la pluma de Papiniano se subdividen en dos o tres reglas.

También es útil señalar que la primera regla con que se inicia el título XVIII del Libro 50 del Digesto, extraída de los comentarios de Paulo a Plaucio, define el concepto: "Regla es la que expone brevemente la cosa, tal cual es. El derecho no se toma de la regla sino que la regla se hace con arreglo al derecho que hay..."

19. *Acciones*

En tanto explicaba Ulpiano la terminología de las acciones aseverando que *"actio"* se aplicaba al caso de las acciones personales, *"petitio"* a las acciones reales y *"persecutio"* para el caso de procedimientos extraordinarios, otra era la enseñanza de Papinano. Estableció éste que *"actio"* era la denominación de la acción personal, *"petitio"* la de la acción real y *"persecutio"* la omnicomprensiva de ambas (D. 44, 7, 28) [72].

V

DESTINO Y TRASCENDENCIA ULTERIOR

20. *La posteridad inmediata*

La posteridad inmediata reconoció los valores de la obra papinianea. Se recurrió con preferencia a las *"responsa"* en la docencia y en la práctica del derecho durante la época prejustinianea ya que en ellas se recogía vivo y palpitante el movimiento progresivo de los fenómenos jurídicos.

La predilección por las *"responsa"* todavía se observa en la compilación de las Pandectas de Justiniano, sin per-

[72] ALFREDO DI PIETRO, p. cit. en nota 11, p. 277.

juicio de la tendencia de los juristas de ese período por usufructuar hasta sus confines todas las obras de Papiniano [73].

Teodosio II, "El Joven", y Valentiniano III en la Ley de Citas del año 426 d.C incluyeron las opiniones de Papiniano, junto a las de Gayo, Paulo, Ulpiano y Modestino entre las autorizadas y obligatorias. Inclusive, dieron preeminencia a las del primero sobre las de los restantes.

En efecto, con el fin de facilitar la consulta de las opiniones de los autores clásicos cuando eran invocadas ante los tribunales, la Ley de Citas estableció que tendrían eficacia legal, en el sentido de obligar al juez, los criterios de dichos jurisconsultos; y reguló cómo habrían de ser tenidos en cuenta: a) opuestos los pareceres, prevalecerían los de la mayoría; b) en caso de empate, se aceptaría el parecer de Papiniano; y c) de no ser posible aplicar ninguna de estas reglas —por ejemplo, ante el silencio de Papiniano— el juez quedaba libre para seguir el criterio que estimase oportuno [74].

Afirma Bonfante que probablemente la finalidad de los asesores de Teodosio II no fue tanto la de establecer obligatoriamente el uso de las citaciones ni la de instalar un "tribunal de muertos", sino más bien ordenar de oficio una especie de compilación de los *"iura"* dando fuerza de ley a las obras de los jurisconsultos más recientes y más reconocidos entre los del período romano-itálico. Todavía estaba lejana la codificación, donde las opiniones divergentes serían ponderadas como en una criba o en un tamiz, siendo seleccionadas las mejores, con independencia de la secuencia cronológica o del nombre de quienes las sustentaban, y mediante la cual para ese efecto se pondría término a viejas

73 EMILIO COSTA, op. cit. en nota 4, I cap. VI, § 9 y 10, p. 254.

74 El emperador Constantino (274-337), ascendido al trono en el año 306, había proscripto en el 321 las notas de Paulo y Ulpiano sobre los textos papinianos con el designio de dar fin a las *perpetuae prudentum contestationes*; v. PEDRO BONFANTE, op cit. en nota 17, II, cap. XXVI, § 2, p. 36; M. ORTOLAN, op. y loc. cits. en nota 13; etc., confirmándose con tales disposiciones el gran prestigio alcanzado por Papiniano, que volvió a ser evidenciado con la prioridad que le diera la Ley de Citas del año 426.

controversias a través, en realidad, de una disposición nueva [75].

20. *En el derecho de Justiniano*

En el Digesto o las Pandectas de Justiniano del año 533 d.C. se coleccionaron casi seiscientos fragmentos de las obras de Papiniano. Era una compilación, más o menos metódica, de pasajes de los mayores jurisconsultos romanos. La denominación Digesto deriva del término "*digere*" que en latín significa clasificar u ordenar; su utilización en las obras clásicas con anterioridad al período justinianeo se comprueba con el prefacio de las *Noches áticas* de Aulio Gelio. El nombre de "*Pandectas*" proviene de la expresión griega "pan dekestai" que equivale a "contener todo". Se ha dicho que la obra resultó una enciclopedia y una antología. Su redacción fue confiada a una comisión de juristas dirigida por Triboniano. Y, como se anticipó, la mayor contribución fue de Ulpiano, que aportó casi un tercio del total de fragmentos [76].

En la constitución de Justiniano sobre la orientación general a seguir en la compilación —"*de conceptione Diges-*

75 PEDRO BONFANTE, op. cit. en nota 17, II, cap. XXVI, § 3, p. 40; v. también JUAN IGLESIAS, op. cit. en nota 7, § 17.

La constitución imperial a que se ha hecho referencia fue acogida en el ulterior *Codex Theodosianus* (1, 4, 3). La compilación de este código corresponde al decenio 429-439. En él Teodosio reconoció, asimismo, la eficacia vinculante de los autores que fuesen mencionados por los cinco jurisconsultos incluidos en la Ley de Citas del año 426.

Cabe recordar que en el imperio romano de Oriente Teodosio II, débil príncipe, tuvo un largo y próspero reinado bajo la sabia administración de la enérgica hermana Elia Pulquería, tutora de su perpetua infancia, aunque los últimos años fueron trágicamente oscurecidos por la aparición de Atila; v. PEDRO BONFANTE, op. cit. en nota 17, II, cap. XXVI, § 3, p. 39.

Sobre el *Codex Theodosianus* consultar igualmente M. ORTOLAN, op. cit., en nota 13, p. 385. Este romanista recuerda que en la Ley de Citas del año 426, Teodosio II disponía que las notas de Paulo y Ulpiano sobre los textos papinianeos continuaban anuladas como ya lo había establecido Constantino (p. 383).

76 R. FOIGNET, cit. en nota 38, p. 71; PEDRO BONFANTE, op. cit. en nota 17, II, p. 71.

torum", llamada "*Deo auctore*" por las primeras palabras— se dispuso que todos los escritos de los jurisconsultos que gozaron del "*ius respondendi*" habrían de tener igual rango, con el cuidado de abolir la supremacía atribuida a Papiniano en la Ley de Citas del 426 y, asimismo, el de rehabilitar las notas de Paulo y de Ulpiano a los textos papinianeos [77]. A pesar de esta formal nivelación de los jurisconsultos, los epítetos elogiosos, de homenaje y reverencia, hacia Papiniano evidencian por su singularidad en relación a las citas de otros juristas en las constituciones imperiales y en el *corpus iuris* de Justiniano la preeminencia en que se lo tenía y cómo a medida que el tiempo y su memoria se alejaban, se agigantaba la gloria suya como lo expresa Emilio Costa, op. cit. en nota 4, I, cap. IX, § I y ss.

Con el objeto de comprobar la trascendencia de Papiniano en sus aportes al Digesto de Justiniano vale, asimismo, evocar que una paciente investigación publicada en 1820 por el jurista alemán F. Bluhme demostraría que a juzgar por las "*inscriptiones*" del inicio de cada fragmento pueden distinguirse tres grupos o series que se suceden, generalmente, en cada título. El orden, riguroso en la mayoría de los casos, se proyecta en la ordenación de las tres series y en las obras escogidas de cada grupo y aun en los libros o secciones de cada obra. Las tres series establecidas por F. Bluhme son: a) Los libros de autores sabinianos; b) Los libros que anotan los edictos o sea las obras "*ad Edictum*"; y c) Las "*responsa*" y "*quaestiones*" de Papiniano y de otros jurisconsultos. Cada una de estas series ha recibido la denominación de "masa sabiniana", "masa edictal" y "masa papiniana", respectivamente. La última tiene, en comparación con las otras, un carácter esencialmente práctico. En el Digesto el orden debía ser el cronológico; sin embargo, sin respetarlo, las opiniones de Salvio Juliano y de Papiniano

[77] R. ORTOLAN, op. cit, en nota 13, p. 417; P. BONFANTE, op. cit. en nota 17, II, cap. XXVIII, § 3, p. 68. También se ordenó a los compiladores justinianeos no dejar antinomias o contradicciones entre dos leyes ni repeticiones y abandonar las que hubieren caído en desuso.

son registradas al comienzo, tal vez como un honor dispensado a los dos eminentes juristas [78].

22. *Juicios valorativos*

Para completar el cuadro de la trascendencia de Papiniano cabe reproducir algunos de los epítetos elogiosos y juicios valorativos favorables que ha merecido.

Obviamente fue muy franca y positiva la valoración de Justiniano: "*Vir disertissimus*" (C. 6, 25, 10); "*acutissimi ingenii vir et merito ante alios excellens*" (C. 6, 42, 30); "*sapientissimus et splendidissimus*" (Nov. 108, praef; c. *Deo auct.*, 8); etc.

Esparciano lo calificó como "*iuris asylum et doctrinae legalis thesaurum*".

Teófilo, jurista bizantino del siglo VI y colaborador de Justiniano en el Digesto, Código e Instituciones, y autor ademas de un comentario de éstas, le llamó "*iurisconsultum excellentissimus*".

Jacobo Cujas o Cujacio, jurista francés que alcanzó las cimas del derecho en el siglo XVI (1522-1590), cuando reconstituyó la personalidad de los jurisconsultos romanos con arreglo a su trascendencia histórica afirmó que hubiera debido dedicarse altares a Papiniano: "*si ius pinque christianis esset, illius aram opima imbueret hostia*".

En el siglo XX el profesor Ricardo Orestano de la Universidad de Roma ha afirmado que Papiniano se encuentra entre los máximos juristas de la historia toda de la jurisprudencia romana y que la fama de la que ha gozado entre los

78 PEDRO BONANTE, op. cit. en nota 17, II, cap. XVIII, Nº 3, p. 73 y Apéndice, II, p. 125. Afirma este romanista que los resultados de la investigación de F. Bluhme fueron confirmados por revisiones ulteriores, especialmente las realizadas al cuidado de los dos grandes editores del *Corpus iuris*: T. Mommsen y P. Krueger; de todos modos en 1911 el romanista Hoffmann sometió aquella teoría a una crítica muy aguda la que, sin embargo, rescató la valía del trabajo de Bluhme. Bonfante, loc. cit., II, p. 73 también advierte que algunas veces la mención en primer lugar de Salvio Juliano y de Papiniano, con omisión de la cronología, tuvo lugar como consecuencia de la ignorancia o premura de los compiladores.

posteriores ha sido inmensa. Pedro Bonfante que también fuera profesor de la Universidad de Roma, en la mitad inicial del siglo xx, lo llamó "príncipe y modelo de juristas".

En la Argentina, Guillermo L. Allende al prologar las *"Reglas de Ulpiano"* publicadas en 1970 por Nina Ponssa de la Vega de Miguens afirma que la figura de Ulpiano sólo cede ante el nombre de Papiniano.

Ilustra cabalmente la valoración en que se tuvo al jurisconsulto la afirmación de San Jerónimo que vivió hacia 331-420 d. C. acerca de que personificaba la ciencia jurídica humana, así como San Pablo fue el símbolo y la personificación de la divina (*ep.* 77, *ad Ocean.*, *"Opera"*, ed. Verona, 1734-1742, I, col. 455).

René Dekkers después de señalar las dificultades de practicar el arte de lo bueno y de lo igual pues implica el examen minucioso de todas las circunstancias de hecho a juzgar, expresa que sólo los más grandes son capaces de manejar con discernimiento el argumento de equidad y evitar que su empleo arroje todo el derecho en lo vago e inconcreto de lo que tanto le ha costado salir y que es preciso ser un Papiniano, un Dumoulin o un Bartolo para poder ser alabados por su equidad (*"El derecho privado de los pueblos"*, ed. Madrid, 1957, nº 278).

VI

MUERTE DE PAPINIANO

23. *Las encrucijadas de la vida*

Tácito (55-120 d.C.) aconsejaba cordura, moderación y quizás una dosis de decorosa subordinación y aun de prudente servilismo para evitar los sobresaltos de los gobiernos abusivos [79].

[79] En buena medida ello contribuyó al agrado con que Miguel de Montaigne en el siglo xvi leía las obras de Tácito, en medio de las guerras inter-

Otros recomiendan, en sentido opuesto, un mayor activismo de conducta. Consideran que el ideal del hombre grande sería mantener siempre la independencia de criterio y el vivir según los dictados de la propia conciencia, en todo momento y aun en medio de multitudes adversas [80].

El equilibrio entre ambas actitudes —sin el exceso de valentonadas inconscientes ni de prostituciones abyectas— depende del conjunto de circunstancias que rodean a los humanos y, entre ellas, la gravedad de los hechos que motivan la interior repulsa, como así también la importancia de las funciones cumplidas por cada uno en la sociedad, como aconteciera precisamente en el caso de Papiniano.

Conforme a lo transmitido por tradición, la última lección del jurisconsulto —la que dictó con su muerte— se inscribiría en la "perpetuidad del orden cósmico espiritual y del perenne repudio de lo inmoral" [81].

24. *Los emperadores Septimio Severo y Caracalla*

Para explicar la legendaria grandeza moral papinianea deben resumirse algunos rasgos de los emperadores Septimio Severo y su hijo Basiano, "Caracalla".

Tal como aparece en la antigua escultura vaticana, Septimio Severo tuvo la fisonomía de alguien forjado en la dura

---

nas de Francia. Sin embargo, el autor latino no ahorró algunos pensamientos epigramáticos y aun críticas mordaces que encerraba en oraciones brevísimas y muy cáusticas. Como ilustración de la prudencia que aconsejaba para apreciar el tiempo que le tocó vivir pueden verse en *Diálogo de los oradores*, § XLI; en *Anales*, libro III, § 18 y libro III, § 44; y en *Vida de Julio Agrícola*, § XLII.

80 El moralista americano Ralf Waldo Emerson (1803-1882) expresó que "es fácil vivir en el mundo según la opinión del mundo, y fácil vivir en la soledad según la nuestra; pero el hombre grande es el que en medio de la muchedumbre mantiene con perfecta mansedumbre la independencia de la soledad".

81 L. RANKE, op. cit. en nota 26, p. 267, aludía al orden cósmico espiritual, que rige con la misma necesidad que fija la marcha a las estrellas, al escribir sobre el primer período de la contrarreforma. Y con similar alegoría E. KANT (1724-1804), al concluir la *Crítica de la razón práctica*, exclamaba "Dos cosas llenan el ánimo de admiración y respeto, siempre nuevos y crecientes, cuando con más frecuencia y aplicación se ocupa de ellas la reflexión: el cielo estrellado sobre mí y la ley moral en mí".

escuela de las luchas, un espíritu firme y, en el fondo, recto y honesto.

Había nacido en la colonia romana de Leptis Magna, en el norte africano, el 11 de abril del año 146 de la era cristiana; y falleció en la entonces llamada Eboracum, actual York en Gran Bretaña, el 4 de febrero del 211 [82].

Septimio Severo dejó dos hijos: Caracalla y Geta.

Ambos fueron asociados por el padre en el gobierno

82 La familia de Septimio Severo perteneció al orden ecuestre. Dos de sus tíos alcanzaron el consulado; y otro de sus parientes fue dos veces cónsul, y protegió al futuro emperador al comienzo de la vida pública. Luego de meritorios aprendizajes literarios en Leptis Magna, S. Severo se trasladó a la capital del imperio. Fue designado cuestor en el 172, función que desempeñó en Cerdeña. En el 175 fue legado del procónsul de África. También fue tribuno de la plebe; y luego en el carácter de legado jurídico se instaló bajo las órdenes del gobernador de la España citerior. A partir de esa época la carrera de S. Severo fue rápida y brillante. Encargado del mando de la cuarta legión escítica de Siria, recibió en 186 el nombramiento de legado propretor de la Galia lionesa, en la que dejó positivos recuerdos de la gestión ejercida. En 189 pasó como procónsul a Sicilia y dos años más tarde se le confirió el gobierno de la Panomia Superior, o sea la provincia danubiana al norte de Italia. Poco después fue cónsul por primera vez, aunque es imprecisa la fecha.

Asesinado el emperador Cómodo (31-XII-192 d.C.), Septimio Severo reconoció como máxima autoridad imperial a Pertinax, pero cuando éste sucumbió víctima de los pretorianos y al ser designado para sucederle Didio Juliano las legiones de la Panomia se sublevaron y proclamaron emperador a su general Septimio Severo. Ello ocurrió en abril del 193. S. Severo combatió primero contra Didio Juliano y contra Pescinio Niger que era el gobernador de Siria y a cuyo favor se habían pronunciado además varias provincias de Oriente, el Senado e incluso el pueblo de Roma. Reconocido después por las legiones de Ilíria y de las Galias, dirigióse a Italia y a Roma. Debió enfrentar también a Clodio Albino, que había sido proclamado emperador por las legiones en Bretaña. En su carrera hacia el imperio hizo pactos y dio combates, entrando solemnemente en Roma el 7 de junio del 193. En cuanto se consideró asegurado mostróse magnánimo, pero persiguió a Pescenio Niger que estaba afianzado en Oriente y había tomado Bizancio, venciéndolo S. Severo luego de 3 años de resistencia. Regresó a Occidente para derrotar definitivamente a Clodio Albino. Debió luego tornar a Oriente, venciendo a los partos que habían invadido Armenia y la Mesopotamia. Luego viajó por Siria, Palestina y Egipto. Regresó a Roma en el año 200 y permaneció en ella hasta el 208. Este año viajó a Bretaña con sus hijos Caracalla y Geta, para aplacar las rebeliones de las legiones en dicho país. Caracalla promovió una rebelión contra su padre y éste murió poco después en el año 211 en Bretaña. En suma, fue un militar victorioso, reformó el gobierno imperial y se apoyó siempre en el ejército al que prefirió sobre los otros organismos estatales.

Respecto de sus dotes personales y de gobernante se ha dicho que superó a los antecesores y sucesores. No se le conocieron vicios aberrantes y sí cualidades meritorias. Sin embargo, se dejó arrastrar por la cólera y organizó venganzas sanguinarias en algunas ocasiones. La historia le ha atenuado estos defectos por la firmeza, aptitud y honestidad administrativas.

y le sucedieron al frente del imperio después de su muerte, pero Caracalla apartó del mando al hermano asesinándolo.

Respecto de la muerte de Papiniano interesa la personalidad aberrante de Caracalla, pues algo se conoce no sólo por sus frutos —como con verdad se lee en los Evangelios— sino también por sus contrarios como enseñaban los eruditos medioevales.

Caracalla fue todo lo contrario de Papiniano, como centurias después Enrique VIII de Inglaterra lo sería de Tomás Moro [83].

Un busto de mármol en el Museo del Vaticano exhibe la fisonomía impresionantemente adusta de Caracalla, revelando sin atenuantes de bondad ni equilibrio una extraña fijeza o extravío en la expresión.

Nació en el año 188 [84]. Poseedor por herencia del im-

83 Tomás Moro, relevante abogado, moralista y filósofo inglés, autor de *Utopia*, perdió la vida obedeciendo imperativos de su conciencia, que le impedía subordinarse a la denominada "Acta de Supremacía", aprobada por el sumiso parlamento de su país, por la cual el monarca británico asumió la jerarquía máxima de la iglesia en Inglaterra, por encima de la autoridad papal.

Moro que había nacido en 1478 fue ejecutado en Londres en 1535, luego de un proceso muy especial. En su brillante carrera jurídica y política llegó a desempeñarse como Canciller del reino.

El carácter abierto y dispuesto para afrontar todas las vicisitudes de la existencia hizo que se lo considerase como "un hombre para todos los tiempo": *a man for all seasons* en expresión de su contemporáneo Roberto Whittinton.

La lealtad al rey que profesaba Moro era muy grande, pero no ilimitada.

Desde el cadalso se calificó a sí mismo como "el buen servidor del rey, pero primero de Dios".

Es frecuente compararlo con Sócrates (468-400 o 399 a.C.) por la actitud de ambos de acatamiento a la condena que les privaba de la vida.

84 El nacimiento ocurrió en Lyox, todavía su padre Septimio Severo no era emperador y existen dudas acerca de si Julia Domna, la segunda mujer de éste, fue madre o madrastra de Caracalla (*supra* nota 25). El sobrenombre "Caracalla" se originó por usar habitualmente la capa corta de los galos, conocida con ese término.

Si se dudara de que la degeneración puede tener también su perfección, Caracalla abreviaría la hesitación. Aunque en la infancia se tuvo esperanzas en él, el carácter violento y los bajos instintos se manifestaron en los celos y odio hacia su hermano —o hermanastro— Geta, hijo de Septimio Severo y Julia Domna. Proclamado "césar y príncipe de la juventud" en 196, desde los diez años acompañó a su padre en las expediciones guerreras, asistiendo sucesivamente a las campañas contra los partos, y a las de Siria y Egipto y en el viaje a Inglaterra (año 210) donde intentó sublevar las legiones contra el padre e, inclusive, asesinarlo. Tenía entonces 23 años.

perio romano y del mundo conocido procuró desplazar a Geta, demorando ese propósito por la oposición de los legionarios. Desde el año 211 Roma tuvo dos emperadores, que se odiaban y estaban preparados para combatir entre sí. El antagonismo no se prolongó. Aumentada la rivalidad desde que ambos compartían el mando imperial a la muerte del progenitor, el conflicto culminó hacia principios del año 212 con la masacre de Geta y sus partidarios en manos de Caracalla y sus adictos [85].

25. *Las circunstancias de la muerte de Papiniano*

En estos eventos Papiniano, que era prefecto del pretorio, y un hijo suyo que se desempeñaba como cuestor fueron también víctimas fatales de Caracalla.

Como anticipamos (*supra*, § II), se conoce con certeza que el jurisconsulto fue muerto por orden de Caracalla al comienzo de su reinado.

Respecto de las circunstancias y motivos concretos de dicho acontecimiento se han planteado varias cuestiones [86].

[85] Al regresar a Roma con las cenizas paternas preparó Caracalla la muerte de Geta llamándolo a su casa con la excusa de una reconciliación. Llegado Geta, lo asesinó en los brazos de Julia Domna, que quedó herida involuntariamente. Se cumplió de este modo el vaticinio de Septimio Severo: "el más fuerte de los dos mataría al otro y después sería arruinado por sus vicios".

Los pretorianos, inclinados hacia Geta, tramaban vengar el crimen, pero el fratricida les hizo deponer esos planes con la distribución de 2.500 dracmas a cada uno. Y, así, Geta que en un principio había sido ensalzado para tranquilizar al pueblo, fue declarado enemigo público, derribadas sus estatuas, fundidas sus monedas y exterminados sus partidarios o amigos. Entre las víctimas figuraron Fadilla —última hija de Marco Aurelio— y aproximadamente veinte mil presuntos partidarios de Geta.

[86] Son examinadas profundamente por EMILIO COSTA, op. cit. en nota 4, cap. I, § 6 y ss., p. 14.

Dichas controversias giran en torno a las respuestas que, según la tradición, habría dado Papiniano a los pedidos u órdenes del emperador para justificar el asesinato de Geta; también involucran la cuestión de si Papiniano fue primero removido del cargo de prefecto del pretorio y después asesinado por los soldados de Caracalla o si todo ocurrió simultáneamente en los hechos; y, finalmente, se debate si la muerte de Papiniano precedió a la de Geta, habiéndose dispuesto la eliminación del jurisconsulto como un medio de superar obstáculos al designio de quitar la vida al hermano de Caracalla, o si, por el contrario, primero tuvo lugar el asesinato de Geta y luego la masacre de Papiniano y de su hijo.

Las fuentes históricas refieren que la confianza e incluso la amistad que unía al emperador Septimio Severo con Papiniano determinó que el primero encomendara al segundo lograr la concordia entre sus dos hijos [87].

Es posible que tal solicitud paterna moviera al jurisconsulto a observar equidistancia entre ambos príncipes. Tampoco sería inverosímil que una actitud de esa naturaleza fuese mal vista por Caracalla, causara su encono contra Papiniano, e inclusive llegara a considerarlo partidario de Geta.

Refiere la tradición que el fratricida se dirigió al jurista exigiéndole que procurase que el Senado legitimase el crimen. "Es más fácil cometerlo que justificarlo" habría sido la respuesta de Papiniano refiriéndose al crimen consumado. Y como insistiera Caracalla en pedirle que buscase un medio para probar que Geta había merecido la muerte, Papiniano habría contestado: "Acusar a un inocente asesinado, es cometer un nuevo asesinato", tras lo cual el emperador mandó a sus soldados que le matasen.

Con justicia se ha afirmado que si aquel acto de heroísmo fuese cierto, honraría a Papiniano tanto como sus escritos [88].

De este cúmulo de cuestiones ha de considerarse primordial dilucidar si realmente Papiniano observó una actitud digna ante la muerte y si resultan verosímiles las respuestas que se ponen en su boca ante las exigencias de Caracalla.

87 ESPARCIANO, op. cit. en nota 25, en la parte que relata los episodios de la época de Caracalla; y el historiador griego ZOSIMO, I, 9, que escribió entre los años 450 y 502 una *Historia Nova*, en seis libros —de los cuales el primero abarca desde Augusto hasta Diocleciano—, entre otros, narran el pedido póstumo de Septimio Severo.

88 M. ORTOLAN, op. cit., en nota 13, p. 309. De todos modos, como otros romanistas (*supra*, § II), Ortolan advierte que es cierto que Papiniano murió por orden de Caracalla, con mención de DION CASIO, historiador casi contemporáneo de los hechos que en los ochenta libros de *Historia romana* abarcó los sucesos de Roma, hasta el 220 d.C (v. especialmente libro LXXVII, § 8); y de AURELIO VICTOR, historiador latino del siglo IV y autor de *De Caesaribus* (v. XX, 33).

Parecidos a los de Ortolan son los juicios que estos hechos merecieron a PEDRO BONFANTE. En la obra citada en nota 17, 5, p. 504, luego de comentar que el relato sobre la negativa de Papiniano a justificar el fratricidio cometido por Caracalla es "probablemente legendario" hace valer una fuerte pre-

Esparciano, después de recordar que Caracalla había acusado falsamente a Geta de conjurar contra él, narra que ordenó a sus soldados dar muerte a Papiniano, los que le quitaron la vida en presencia del emperador a golpes de segur; luego de lo cual Caracalla les recriminó que debieron haber empleado la espada para cumplir su orden. También Esparciano expresa que cuando Caracalla comenzó a quejarse de los complots de su hermano, Papiniano habría actuado con vistas a impedir la ejecución de Geta —adoptando posiblemente la equidistancia antes señalada— y por ello fue asesinado por la soldadesca junto con los partidarios de éste [89].

Durante los seis años siguientes en que se prolongó el gobierno de Caracalla, Roma soportó una de las más degradantes tiranías de su historia [90].

---

sunción en favor de la veracidad de esa tradición. "La seriedad de su carácter y su elevado valor moral, que se revelan hasta en sus escritos, justifican esta tradición y explican también en parte su celebridad."

Sobre estas cuestiones confr., asimismo, EMILIO COSTA, op. cit. en nota 4, I, cap. I, § 11, p. 28 y ss., que se inclina en definitiva por creer que las respuestas atribuidas a Papiniano ante los supuestos pedidos de Caracalla son sólo una tradición y que la razón de su asesinato fue que se lo consideró partidario de Geta, tal como indirectamente lo consigna Herodiano, historiador griego (170-240) que escribió la vida de los emperadores desde Marco Aurelio a Gordiano. Se debe computar, empero, las sospechas de poca simpatía de Herodiano hacia Papiniano (v. nota en p. 27, EMILIO COSTA, op. cit., t. I).

89 Con relación a las respuestas que legendariamente se atribuyen a Papiniano al conocer las exigencias de Caracalla, cfr. ELIO ESPARCIANO, op. cit. en nota 25, parte referida a la vida de Septimio Severo (XXI, 8) y a la de Caracalla (VIII); en la narración de S. Severo afirma que Caracalla le asesinó "por no querer justificar su fratricidio" y en el relato de la vida de Caracalla registra las respuestas tradicionales observando que no parecerían acordes con la realidad pues el prefecto del pretorio "no podía discursear en público" y que eliminóse al jurisconsulto por ser "positivamente partidario de Geta".

90 Se sucedieron los desórdenes y las orgías, al punto de considerarse que el emperador había perdido la razón. Tenía apariencia de insano y se quejaba de enfermedades misteriosas. Impulsó confiscaciones y extorsiones para cubrir los excesivos gastos y donaciones a los soldados. Organizó varias campañas militares. Invadió Siria y tomó la ciudad de Antioquía, pasando después a Alejandría (215), y allí hizo degollar a la juventud apta para llevar armas en represalia de epigramas que se habían dirigido por presuntas relaciones incestuosas con Julia Domna. Entregó la ciudad al saqueo y dirigió personalmente la matanza. Suprimió las reuniones literarias; expulsó a los extranjeros, con excepción de los comerciantes; y separó con murallas los barrios de la ciudad. Luego invadió la región de los partos. Opelio Macrino —amenazado por las consecuencias de las profecías de un adivino, siendo prefecto civil— sobornó a un soldado que mató a Caracalla a los 29 años en el 217 mientras

VII

EJEMPLARIDAD

26. *Síntesis y paralelos*

Sean cuales fueran la nacionalidad, concretas orientaciones religiosas, temperamento distintivo, grado de verosimilitud de sus heroicas y legendarias respuestas ante las exigencias fatales de Caracalla o la medida de las cualidades formales de la obra escrita, el principal mérito de Papiniano consiste en la profundidad del juicio y el relieve que dio constantemente a los elementos de valoración moral para decidir las controversias del derecho.

Estamos tan ocupados, y con razón, por los problemas acuciantes de la actualidad, que no reparamos suficientemente en el pasado. Y éste, a pesar del inevitable fondo de abusos o escándalos, tiene también un vibrante y denso mundo de ejemplaridad.

Respecto de Papiniano ha sido innecesario apelar al dudoso tribunal de la historia en búsqueda de reivindicaciones [91].

La ejemplaridad del jurisconsulto romano nunca fue cuestionada y permanentemente, con mayor o menor asiduidad, se lo señala como paradigma de sapiencia y moralidad, motivando una continua reverencia. El veredicto ha sido unánime y no requiere recurso.

Por todo ello, más que una apelación al tribunal de

---

peregrinaba al templo del dios Luno en Carres. El edicto de concesión de la ciudadanía romana a todos los habitantes del imperio tuvo motivos fiscales. Acuñó moneda falsa y dilapidó el tesoro de su padre. Mandó construir las famosas termas de Roma. Aunque difundía el culto de divinidades egipcias, disminuyó el rigor de la persecución a los cristianos. Al año del matrimonio repudió a la esposa y no tuvo sucesión.

91 RICARDO SÁENZ HAYES (1888-1976) meditaba sobre los lugares comunes referidos al contradictorio tribunal de la historia; ver su obra *De Stendhal a Gourmont*, Buenos Aires, 1923, p. 175; y comparar una mayor benignidad sobre el juicio de la posteridad, con sentido de las perspectivas, en sus obras *Miguel Cané* y *La polémica de Alberdi con Sarmiento*, pp. 437 y 24 respectivamente.

la historia estas débiles reflexiones quisieran exaltar la lección de la vida y obra del famoso jurista romano. Lo "consabido", las "lecciones del pasado", innegables móviles de los que saben valorarlas, pueden configurar también algo así como un lugar común carente de interés. Y, sin embargo, a los lugares comunes cuando son sanos y ejemplares no hay que abandonarlos sino ahondarlos [92].

En tiempos de vacilación sobre la realización del derecho debe incluirse la ejemplaridad de Papiniano en lo más apreciado de la herencia jurídica para que el sentimiento de nuestras debilidades no nos haga perder la noción de nuestras fuerzas. Al máximo jurista romano de la época clásica, y a otros equiparables a él, hay que abarcarlos con disposición subjetiva hacia la sana admiración pues si la capacidad de admirar desfallece se debilita una de las posibilidades de adelanto del espíritu [93].

De pedirse un paralelo entre los aludidos en esta evocación, corresponde expresar que en la muerte de Sócrates brilló el reconocimiento del valor de las instituciones cívicas y de la seguridad jurídica al acatar una condena que era intrínsicamente injusta por el bien general. A su vez, la ejecución de Tomás Moro en el cadalso fue un holocausto en favor de la libertad de conciencia y del derecho natural o de la comunidad cristiana internacional por sobre el intolerable mandato del derecho positivo interno. Finalmente, el sacrificio de Papiniano fue el triunfo del deber ético sobre la iniquidad, imposible de justificar moralmente.

92 PEDRO J. FRÍAS, *Sobre poder y sociedad*, Tucumán, 1983, p. 128.

93 Vauvenargues: "que le sentiment de nos faiblesses ne nous fasse pas perdre celui de nos force", op. cit. en nota 6, II, p. 20; y: "C'est un grand signe de mediocrité de louer toujours modérément", íd., II, p. 147.

LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO. UN REPLANTEO NECESARIO

Comunicación efectuada por el académico Dr. Jaime Luis Anaya, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 8 de noviembre de 1990

En conmemoración del cincuentenario del Primer Congreso Nacional de Derecho Comercial, entre el 24 y 27 de septiembre se celebró en Buenos Aires un Congreso Argentino de Derecho Comercial, organizado por el Colegio de Abogados de esta Ciudad.

Con toda lógica, los organizadores dedicaron una comisión para considerar el tema de la unificación del derecho privado. Había sido ésta una de las más relevantes materias debatidas en 1940 y resultaba oportuno, por ende, auscultar el estado de la opinión tras el largo lapso transcurrido. Máxime teniendo en cuenta el debate que al respecto se abrió con motivo del proyecto de ley de unificación al que la Cámara de Diputados de la Nación diera sanción en 1987.

Según se recordará, en el Primer Congreso Nacional se incluyó, como tema segundo, el "Código Unico de Obligaciones", por sugerencia de Leopoldo Melo, quien fue también integrante de la subcomisión, acompañado por Francisco Oribe, Fernando Cermesoni y Carlos C. Malagarriga, que produjo despacho favorable a la sanción del Código Unico. La mayoría, que nucleó treinta y dos adhesiones, aprobó el despacho —con algún significativo matiz en el voto de Mauricio L. Yadarola que propició un "Código de las Relaciones Económicas"— mientras dieciséis votos se pronunciaron por la negativa y se produjeron tres abstenciones.

En el reciente Congreso Argentino no se debatió sobre la base de despachos de comisiones ni se realizaron votaciones. Sin embargo y con respecto a este tema, el estado de la cuestión quedó muy fielmente reflejado en la lograda relación que efectuó en el plenario la profesora Alicia Stratta. Allí se expone que "en la necesidad de unificar y en la de unificar conforme al proyecto que tiene media sanción desde 1987, no hubo, sin duda, consenso, más bien posiciones inconciliables". Y refiere que se manifestaron varias corrientes de opiniones. En un extremo puede situarse la que postula la unificación total del derecho privado, con sujeción a la estructura del proyecto de 1987. La argumentación central pasa, según la relatora, por los fundamentos de Palmero en el sentido de que "no es posible ... la aseveración al mismo tiempo de la unificación contractual y obligacional y la diversidad ontológica y autonómica de los Códigos clásicos, sin llegar a incurrir en una imprecisión técnica ... una actitud semejante muestra fallas, al menos de coherencia, pues mientras se tolera el vaciamiento casi absoluto de la materia mercantil, se reclama la sobrevivencia del estatuto profesional".

En una segunda tendencia se restringe la unificación a las obligaciones y los contratos, comprendiendo como consecuencia de éstos últimos, a las sociedades. Metodológicamente este proyecto tendría andamiento sobre la base de un Código Unico de las Obligaciones.

Una más limitada unificación es propiciada por quienes la reducen, al menos inicialmente, a las sociedades. En esta corriente se incluyen propuestas de unificación que se extienden, más genéricamente, a las formas asociativas.

Todas estas vertientes de la unificación dejaron advertir, sin embargo, significativas discrepancias con respecto a las concretas soluciones adoptadas por el proyecto de 1987.

Por último, en otro extremo, se manifestaron las opiniones de quienes entienden que la legislación mercantil a la que debe tenderse no pasa por la unificación de los códigos, destacando las características propias del actual derecho

comercial y las particularidades de la moderna contratación empresaria, que no son aquéllas que se plasmaron en la codificación decimonónica; como tampoco aceptan la conveniencia de hacer extensivas a los no comerciantes, por un proceso de generalización, las reglas nacidas para dar satisfacción a las exigencias del comercio.

Enrolado como me encuentro en esta última tesitura, después de haber sido un convencido partidario de la unificación obligacional y contractual, advierto necesaria una fundamentación que explique este profundo cambio.

El derecho comercial como categoría histórica

Más allá de los zarandeados y a veces cuestionables antecedentes del derecho comercial que se traen a colación a propósito de ciertas reglas que en las culturas del antiguo Mediterráneo se vincularon con el mercado, los cambios, la producción o el transporte, no cabe duda de que la reactivación económica y la apertura del tráfico asistieron al surgimiento de esta disciplina especial en el tránsito europeo hacia la Baja Edad Media. Por las circunstancias que alumbraron sus orígenes se manifestó como la respuesta que, para satisfacción de sus intereses y conciliación de antagonismos, obtuvieron las fuerzas económicas, políticas y sociales, superando la tensión en que se encontraron durante esa difícil rotación cultural que signa la época del resurgimiento de las ciudades. Fue, consecuentemente, la expresión jurídica de un contexto histórico y, por ello, tal como no dejó de serlo desde entonces, configuró una categoría histórica.

De lo dicho se sigue, ante todo, que el derecho comercial no surge como un desprendimiento o escisión del derecho civil, para regir algunas situaciones excepcionales, aun cuando fragmentariamente aplique, adapte o modifique algunas de sus reglas. Es impropia y equívoca, por consiguiente, la referencia que algún sector doctrinario efectúa a la

re-unificación del derecho privado, dando por sentado que alguna vez estuvieron unidos.

Pero también se sigue que, siendo una categoría histórica, solamente mantiene su constancia en tanto es disciplina de ciertas profesiones o actividades y de un sector de las relaciones negociales que a ellas se adscriben con carácter necesario. En lo demás, carece de un contenido constante, siendo una materia de fronteras fluidas al compás de la movilidad que tienen los factores incidentes en la historicidad de la categoría, por lo que a lo largo de los siglos han podido distinguirse diversos derechos comerciales sucesivos.

Caracteres y principios originarios

En el marco de una organización feudal, con una economía agraria limitada a la satisfacción del consumo comarcano, una producción de bienes artesanal y un comercio reducido a los cambios locales, se conforma una estructura estamental de la sociedad en la que florecerán las asociaciones de los artesanos y mercaderes. Son las corporaciones de artes y oficios motivadas por fines diversos, religiosos, mutualísticos, de organización de sus actividades y defensa de sus intereses. En estas libres asociaciones que desde un modesto origen incrementan su poder hasta el punto que alcanzan a dominar la vida económica y en algunos casos llegan a controlar el gobierno de la ciudad, según llegó a ocurrir en algunas comunas italianas, surge un nuevo derecho de la producción y de los negocios, el *jus mercatorum.*

Resulta esclarecedor para una comprensión de los lineamientos de este derecho naciente, señalar los caracteres que destacan su particularidad en el derecho privado.

Se trata de un *derecho profesional,* de clase en cuanto concierne al ejercicio de una actividad. A partir de un núcleo que se conforma con el estatuto de los sujetos que la cumplen, su organización asociativa, su habilitación para el oficio o arte, van emergiendo las normas a que se sujeta

su desenvolvimiento, las reglas de sus relaciones y la forma de solucionar sus controversias. La comercialidad que delimita la aplicación de este derecho deriva siempre de la presencia o actuación del profesional, matriculado, de hecho o fictamente asimilado, en cuestiones calificadas por la *causa mercaturae*, extendidas luego a las que lo fueron *occasione mercaturae*, esto es por conexidad.

Así se fue conformando un derecho del mercado y del tráfico, de la producción de bienes y de la intermediación o de los cambios, que tendrá como gran protagonista al comerciante, sujeto de la iniciativa económica, dada su hegemonía en esa época de prevaleciente producción artesanal de los bienes. Sin perjuicio de la adaptación de clásicos contratos de derecho civil, arquetípicamente la compraventa, surgen figuras, institutos y contratos nuevos. Los transportes y los seguros, bajo evidente influjo de las reglas aplicadas en el tráfico marítimo, los negocios bancarios, la letra de cambio, la quiebra, las matrículas o registros, los libros de comercio, las marcas públicas o corporativas y las marcas particulares, son algunas de las innovaciones que aporta el nuevo derecho.

En segundo lugar se destacará la singularidad de este derecho en cuanto proviene de *fuente privada*. A partir de las mismas corporaciones en que se desarrolla y que al decir de Asquini fueron "libres asociaciones de particulares" o espontáneas "fusiones de hombres", como dijera Mossa, las reglas de su organización y de sus negocios tienen fuente privada tanto en sus usos y costumbres como en la jurisprudencia de la justicia corporativa.

No es un derecho emanado de la soberanía del príncipe sino de las prácticas nacidas del comportamiento de los mismos artesanos y mercaderes interesados; *consuetudo vel stylus mercatorum*. De ahí que la primera literatura de este derecho estuviese constituida por recopilaciones de costumbres como la "Consuetudo mercatorum" de Génova (1056) o el "Constitutum usus" de Pisa (1161); que será sucedido por una doctrina que recoge la jurisprudencia elaborada

sobre esa costumbre, a menudo incorporada, para esa época, a los estatutos de las corporaciones o aun a los estatutos de las ciudades cuando los mercaderes lograban poder político para ello.

Con lo dicho ya queda anticipado otro de los caracteres de este derecho, que es el influjo que tuvo como fuente la jurisprudencia emanada de una *jurisdicción privada.* Las corporaciones organizaron sus propios tribunales para resolver los litigios que resultasen de las actividades profesionales de sus integrantes. Esta justicia se integró con jueces comerciantes, lo que otorgaba garantía de idoneidad respecto de las cuestiones que debían resolver; fue la justicia de los pares, en la solución de conflictos derivados de negocios generalmente simples, respecto de los cuales solía ser determinante la aplicación de las prácticas en la que eran expertos tales jueces. Pero también tenía una ventaja considerable esta jurisdicción por la informalidad que permitía resolver sumariamente, *sine strepitu et figura judicii.* A lo que todavía se sumaba que las decisiones se fundaban en equidad o, según la fórmula hispánica que recoge el capítulo I, número VI de las Ordenanzas de Bilbao de 1737, "la verdad sabida y la buena fe guardada por estilo de Mercaderes".

Bajo la flexible formulación de los fundamentos, se dejaba abierto un vasto ámbito a la creatividad de estos tribunales privados, muy próximos a los árbitros arbitradores, que consolidaban jurisprudencialmente las prácticas mercantiles y sentaban algunos principios o reglas que contribuían a dotarlas de eficacia o solidez, no en contradicción pero sí al margen del *jus commune.* Y tal fue el influjo de esta jurisprudencia emanada de la justicia de los cónsules, que caracterizada doctrina llega a sostener el origen procesal o jurisdiccional de la materia comercial (La Lumia y Ferrara). Se lo admita o no, parece innegable que al lado de los usos resultantes de la iniciativa negocial, las decisiones de esta justicia privada constituyeron el aspecto más dinámico del nuevo derecho.

Por último, pero no por ser el menos importante de los caracteres, ha de tenerse en cuenta que el derecho comercial tiende a la *uniformidad internacional.* Tan señaladamente se destaca este perfil, que Benvenuto Stracca, el más antiguo de los tratadistas italianos, pudo referirse en el siglo XVI al derecho mercantil como un *jus gentium.* Es notable que la nota de universalidad o internacionalidad ya tendiese a manifestarse en tiempos anteriores, en épocas de comunicaciones mucho más precarias e intercambios menos cuantiosos y complejos. Así, conforme a la enseñanza de U. Enrico Paoli (citado por Ferrara hijo) en Grecia se distinguía el derecho de la polis y el derecho del tráfico, que se desarrollaba principalmente por mar, conforme a normas consuetudinarias de carácter internacional. También en Roma el *jus gentium* que aplicaba el *praetor peregrinus,* respondía, según la explicación de Ascarelli, a la necesidad de elaborar instituciones para satisfacer las exigencias internacionales; ello sin perjuicio de recordar que, como lo sostuviera Valeri, no hubo en Roma una contraposición entre *jus civile* y *jus gentium* por la elasticidad del sistema judicial romano que permitía una constante renovación del derecho privado, apoyada en las facultades del *praetor urbanus* para adoptar las normas del *jus gentium* que aplicaba el *praetor peregrinus,* lo que daba una cierta uniformidad de disciplina a un derecho que conoció, sin embargo, numerosos institutos propios de los negocios que posteriormente se calificarían como mercantiles.

La índole cosmopolita de los mercaderes, la necesidad de intercambios que transpusieran las fronteras de los feudos y especialmente los periódicos encuentros de las ferias, propendieron a la unificación internacional de las reglas del nuevo derecho, circunscribiendo acentuadamente las peculiaridades locales de las prácticas y los usos. La actividad mercantil, explica Galgano, queda vinculada al ámbito local del mercado sólo en cuanto concierne a la producción de los bienes, pero en cambio está marcada por el carácter ultracomunal en lo relacionado con la distribución de los pro-

ductos y, en razón de ello, ésta será gobernada por reglas jurídicas de un derecho profesional ultracomunal. Es particularmente en las ferias donde se elabora un derecho común a toda la cristiandad, el *jus nundinarum,* base de un derecho tendencialmente uniforme que conocerá una progresiva expansión en todos los mercados y, al margen del derecho de fuente estatal, constituirá la *lex mercatoria,* el derecho de la clase mercantil.

Con estos caracteres se manifestarán ciertos principios y algunas reglas que dan organicidad a la disciplina. Una gran amplitud para la libertad de los cambios y de la iniciativa negocial, acompañada por el aligeramiento de las formalidades contractuales, el refuerzo y la seguridad del crédito en cuanto aplicado a fines productivos, la tutela de la confianza, el rigor frente al incumplimiento y la rapidez característica de las operaciones. Innovaciones negociales o adaptaciones de contratos tradicionales, institutos, figuras y disciplinas específicas a las que ya se hizo alusión, resultan expresivos de esos principios. La severidad con los incumplientes, la simplicidad en la configuración de la mora, la solidaridad pasiva, los procedimientos concursales que sustituyen a las persecuciones individuales operan como contrapeso y garantía frente a la flexibilidad negocial, al establecer una dureza de tratamiento que originó la eficacia del apercibimiento que importaba el *rigor nundinarum.* A su vera actuaban las reglas del estatuto corporativo, con sus matrículas habilitantes, su regulación de las relaciones de trabajo, las técnicas que amparaban la calidad de la producción, como la marca, la tutela del consumidor. En los burgos medievales, constituídos en centros de producción, intercambio y consumo y en las ciudades marítimas que conquistan rutas para el transporte, florecerá lo que Ascarelli denominó una civilzación del trabajo libre, en contraposición con la tradicional del trabajo servil que subsistirá en el agro.

El derecho comercial del mercantilismo

En Europa continental, los Estados nacionales se consolidan en la Edad Moderna y, con ellos, se realiza la unificación jurídica bajo las soberanías nacionales, a partir de una base romana. Se inicia la concepción moderna de soberanía, dice Carlyle, según la cual "en cada sociedad independiente hay el poder de hacer y deshacer leyes, alguna autoridad final que no conoce límites legales..."; una concepción ininteligible para la Edad Media en la que una sociedad estaba representada, ante todo, por las costumbres de la comunidad.

Con este tránsito se modifican los caracteres del derecho comercial. Ya las prácticas de los comerciantes no serán las fuentes de este derecho, sino que su autoridad derivará, en su caso, de la que les atribuya el Estado, de su reconocimiento por la soberanía estatal. Es decir que la costumbre no deja de ser fuente, pero su legitimación como tal no se admite sino en la medida en que el Estado se la reconoce. La prioridad ahora pasa a la ley del Estado, a las ordenanzas territoriales que están conformadas principalmente a partir de recopilaciones de reglas estatutarias, consuetudinarias y jurisprudenciales.

Tampoco la jurisdicción comercial pudo sustraerse a la reivindicación de la soberanía estatal. Los tribunales de comercio subsisten, incluso continúan integrándose con jueces comerciantes o elegidos por los comerciantes, pero pasan a ser tribunales del Estado y sus miembros son designados por el rey.

La estatización de las fuentes y de la jurisdicción es un proceso que acompaña a la iniciativa del Estado en la regulación de la economía y forma parte de una política comercial que tiende a fortalecer la potencialidad del Estado.

Bajo la concepción del mercantilismo, es inevitable que el derecho comercial tienda también a degradar su internacionalidad o universalidad, porque es sólo una pieza o un instrumento de políticas económicas o, al decir de Domat,

es una materia que concierne "al gobierno y a la política general del Estado" (Tarello, apud Galgano). Ello no obstante, es tal la fuerza expansiva que tienen las figuras y las técnicas comerciales que su propagación va transponiendo las fronteras aun en etapas de políticas nacionales tan cerradas y hostiles como la que transcurre durante esta primera modernidad. Y así se difundirán las formas asociativas de las compañías coloniales, con sus acciones y su limitación de responsabilidad, simientes de las sociedades anónimas, se reconocerán las patentes industriales, se adoptará el endoso, se expandirán los seguros y las bolsas.

No se pierde en este período el carácter profesional del derecho, su sesgo subjetivo. Sin embargo ya no será ésta una calidad derivada del libre ejercicio de un derecho asociativo, sino que el comerciante y la corporación de la que forma parte dependerán de un derecho creado por el Estado y, por ello, como sostiene Galgano, se encuentran ligados a un sistema de coacciones y de privilegios que, así como están constituidos por la autoridad, también por ella pueden ser destituidos.

No menoscaba la profesionalidad de este derecho la circunstancia de reconocerse en esta época la primera manifestación del acto objetivo de comercio, tal como la doctrina lo constata en el hecho de que la Ordenanza del comercio terrestre de 1673 haya sometido a la jurisdicción comercial los actos cambiarios, con prescindencia de la calidad de comerciantes de quienes los realizan. Es en definitiva la solución más o menos inevitable ante la inexistencia de otra legislación cambiaria que no fuera la surgida de las prácticas y estatutos mercantiles. Y visto el fenómeno desde otro perfil podría sostenerse que es una primera manifestación del fenómeno de generalización del derecho comercial o de comercialización del derecho civil, con la particularidad de no operar a través de la migración de la disciplina hacia el derecho civil sino que, por el contrario, se cumple convocando al ámbito mercantil a sujetos que no realizan actividades o profesiones regidas por la ley comercial.

El sistema objetivo del derecho comercial: La codificación

Tras la supresión de los privilegios que condujo a la disolución de las corporaciones, la revolución francesa elevó a principio superior la libre iniciativa económica, proclamando la libertad de la industria y del comercio.

El Código Civil de 1804 colocó el derecho de propiedad en el centro del sistema, protegiendo del modo más absoluto su goce y disposición. Los contratos favorecieron la más libre y rápida circulación de la riqueza y sólo el orden público puso límite a la autonomía contractual.

Frente a tales lineamientos, los comerciantes e industriales disponían de un derecho de obligaciones y de los contratos adaptados a una economía que venía desarrollándose rápidamente en estos sectores desde la revolución industrial desencadenada en la segunda mitad del siglo XVIII. Mucho se ha controvertido sobre las razones y el acierto que hubo en la codificación mercantil de 1807. Ideológicamente menos claro, dice Ascarelli, resulta evidente que no percibió el legislador las profundas mutaciones que se estaban operando y que conducían a la pérdida de la primacía de los comerciantes y de los fenómenos de la distribución, en beneficio de los productores. Tildado como Código de los tenderos por François Goré, podría suponerse que fue simplemente un marco que se elaboró como medio para el salvataje de la jurisdicción mercantil, a la que dedicó su Libro IV, ante el naufragio de los privilegios. En todo caso parece consistente la afirmación de Figa Faura en el sentido de que este Código "enfoca la determinación o definición de la materia mercantil en la dirección procesal. Lo que más preocupa es la fijación o delimitación de la esfera de competencia de los Tribunales de Comercio". En consonancia con lo cual, Galgano encuentra que "más que en la legislación, el particularismo del *code de commerce* se manifestaba en la jurisdicción". De esta suerte se explicaría el afán de elevar a la categoría de código —con todas las implicancias que ello asumía en la filosofía del iluminismo— a una materia tan

poco asible para esa técnica legislativa, dada su mutabilidad.

De todas maneras, más allá de otras objeciones que se le han dirigido, este código fue tenido como fundador del sistema de derecho comercial que tuvo como eje a los actos objetivos de comercio. Con toda razón se alzó la protesta de significativa doctrina contra esta interpretación, que sitúa al ordenamiento francés como autor de la escisión entre la materia comercial y la profesionalidad, sosteniendo que la legislación de 1807 mantuvo una impronta profesional, siendo los actos objetivos solamente delimitativos de la jurisdicción. Pero lo cierto es que la primera doctrina, falta de sustento la profesionalidad en las actividades de las suprimidas corporaciones y en sus correspondientes matrículas, trajo como sustitutos para el deslinde de la materia a los actos objetivos. El proyecto de Código para los Países Bajos, que sería el Código de Holanda luego de la secesión con Bélgica, plasmó legislativamente esa interpretación trasladando los actos de comercio del ámbito de la jurisdicción hacia un nuevo emplazamiento que los convertirá en definitorios y delimitativos de la comercialidad. Este sistema se propagó en la codificación decimonónica y entró en crisis al finalizar el siglo, introduciendo una concepción que Garrigues tildó como "en sí misma incrongruente", pues al "separar el acto de su autor ... aislándolo como si fuese un cuerpo químico que se definiese por medio de sus propiedades intrínsecas, universales y constantes ... la esencia mercantil se ha volatilizado". No obstante el generalizado descrédito doctrinario del sistema basado en los actos objetivos aislados, ha subsistido en algunas legislaciones, incluso recientes, como ocurre v.gr. con la ley del comerciante del Paraguay de 1983.

En cambio, la legislación francesa permanece inmune a la censura dirigida contra sus epígonos que duplicaron la regulación de las obligaciones y de los contratos. El Código Civil regía en esa materia, según la enseñanza difundida desde la más temprana doctrina comercialista, reconociéndose a su respecto la unidad del derecho sustantivo sin per-

juicio de algunas pocas reglas del Code de Commerce que introdujeron una mayor amplitud probatoria. En contraste con la codificación francesa, el código fernandino (1829) y el portugués de 1833 incluyeron un sistema obligacional y contractual, en subsidio de la laguna provocada por la falta de codificación civil, situación que se reprodujo en el código brasileño de 1850 y en el de la Provincia de Buenos Aires de 1859 siendo éste el que mayor amplitud tuvo al respecto. Más gravedad alcanzó todavía esta tendencia cuando se aplicó tal sistema obligacional y contractual comercial en abierta concurrencia con la disciplina del derecho civil, produciéndose con la duplicación de los códigos también una duplicación de sistemas de derecho privado.

Como quiera que en la codificación decimonónica la materia quedó deslindada a partir de la comercialidad de los actos aislados y no de la actividad profesional, la aplicabilidad de las reglas civiles o comerciales dependió de la presencia en cada contrato de elementos o circunstancias que el legislador escogió discrecionalmente respecto de cada figura. Así puede constatarse repasando la heterogeneidad de los datos que el legislador argentino introdujo para declarar comerciales a los contratos en el Código de Comercio, lo que permite advertir que la aplicación de la disciplina comercial puede ser provocada por intención que tuvieron las partes o alguna de ellas (compraventa: art. 450), por la calidad de "género comercial" o por el "destino comercial" de la cosa objeto del contrato (mutuo: art. 558), o por la calidad de comerciantes de los contratantes o de alguno de ellos (también en el mutuo: art. 558), o por su relación con un acto de comercio (mandato: art. 221; fianza: art. 478), o por la onerosidad (depósito: art. 573) o por una combinación de criterios como los contemplados para el mutuo y depósito en los arts. 558 y 572. Súmese a ello todavía que como resabio de la vieja legislación, también la comercialidad de los contratos puede estar signada por insertarse en el cumplimiento de una actividad ejercitada pro-

fesionalmente mediante empresa, según ocurre con el transporte y con el depósito.

Como remate de esta artificiosa disciplina, en los actos unilateralmente comerciales o mixtos, en los que se suscita un conflicto de reglas legales por ser aplicables las comerciales para una parte y las civiles para otra, su solución se alcanzó otorgando la prioridad a la ley —y en su caso a la jurisdicción— comercial.

En suma, la codificación decimonónica consolidó la estatización de este derecho, tanto en lo sustancial como en lo jurisdiccional; situación que, sin perjuicio del precedente inglés del siglo XVII, se agravó en el siglo XIX por la amplitud con que se propagó en el derecho comparado la supresión de la justicia comercial, orientación legislativa que se inició en 1835, en Holanda. El panorama se tornó aún más crítico por la degradación de la profesionalidad y la artificiosa puesta en clave de los actos objetivos de comercio a toda esta materia, generando una antojadiza comercialidad de los contratos aislados y una calamitosa duplicación legislativa de la materia contractual.

La fragmentación del mundo político y el surgimiento de celosos Estados nacionales, fue lastre para la universalidad del derecho mercantil, prosiguiendo la corrosión que en este plano inició el precedente período. Esta tendencia quedó sin embargo atenuada por la generalizada difusión del modelo francés, asentada en el triunfo de las armas napoleónicas primero y en el éxito ideológico-político de la revolución, después. Y ya en la segunda mitad del siglo XIX, se manifiesta lo que Boggiano califica como una "nostalgia universalista", que encarna en la figura de Savigny; pues si bien fue una aspiración inicialmente limitada a un sistema de derecho internacional privado basado en conexiones universalmente admitidas, tenía fundamentos válidos para un ámbito mayor porque arraigaba en la comunidad universal de concepciones fundamentales que favorece un análisis uniforme de las relaciones jurídicas.

La crisis del sistema objetivo

Sin desconocer la existencia de otros antecedentes, es significativa la crítica desenvuelta por Teixeira de Freitas y que lo condujo a desistir de la conclusión del *Esboço*. En la famosa propuesta dirigida al gobierno imperial en 1867, decía "... hoy mis ideas ... resisten invenciblemente a esa calamitosa duplicación de leyes civiles, no distinguen en el todo de las leyes de esta clase alguna rama, que exija el Código de Comercio". La crítica de Freitas se desenvolvió en torno a lo arbitrario de separar leyes en función de la separación de actos, distinguiendo como comerciales a los de un sector mediante una "frívola anatomía" que permitía fundar un "frágil criterio" que lo justificase.

En 1881 Suiza unificó su derecho de las obligaciones mediante el Código Federal que incluyó las obligaciones y contratos civiles y comerciales. Este nuevo modelo legislativo que prescindió de los actos de comercio, alcanzó repercusión doctrinaria en la celebrada *proluzione* con la que Cesare Vivante abriera el curso de derecho comercial de 1892 en la Universidad de Bolonia. Su llamado a la unificación del derecho privado suscitó vivas controversias, pero quedó disminuido en su prestigio con su retractación al aceptar la redacción de un proyecto de Código de Comercio en 1919 y con las justificaciones que expuso en apoyo de la subsistencia de dicho cuerpo legal.

La enseñanza de Vivante se alzaba contra la desmesurada expansión de la ley mercantil, a la que debían subordinarse quienes sin ser comerciantes contrataban con un comerciante. La libertad y la igualdad perseguida con la supresión de las corporaciones y la constitución de un derecho que regía los actos y no las profesiones y que extendía su ámbito con la aplicación de la ley mercantil a los actos mixtos, se manifestaba como un verdadero mito. Más gravosa se tornaba aun la situación al quedar sujetos los no comerciantes a las reglas consuetudinarias de los comerciantes, al reconocérselas como fuente del derecho comercial

y aplicárselas a los actos unilateralmente comerciales, objeción de Vivante que resulta precursora y estará en el centro de la ardua polémica, aún abierta, acerca de la posibilidad de reconocer eficacia como fuente de derecho a las llamadas condiciones generales de los contratos, por asimilación a los usos.

No se agota en lo expuesto la disconformidad de Vivante, que desarrolló también argumentos a propósito de las dificultades que la dicotomía genera en la selección y ejercicio de las acciones, en la determinación de la competencia judicial y en la perniciosa influencia que ejerce sobre el progreso científico del derecho. De modo que así como lo esencial en la propuesta de Freitas fue desnudar la sinrazón del acto objetivo de comercio, en Vivante lo fue la consideración del detrimento provocado a los intereses más generales, de los consumidores y de los trabajadores; su código unitario tendía a evitar la generalización de las soluciones mercantiles o la comercialización del derecho privado, siendo que éste, antes bien, reclamaba la solidaridad social.

Como remate de la crisis del sistema al finalizar el siglo XIX, cabe recordar la nueva codificación civil y comercial de Alemania. Al Código Civil —BGB— del 18 de agosto de 1896, emigraron numerosas disposiciones del Código de Comercio que así se generalizaron y tornaron derecho común. El Código de Comercio —HGB— del 10 de mayo de 1897, abandonó el criterio de los actos objetivos de comercio y retornó al profesionalismo originario de este derecho. Por obra de una suerte de inercia jurídica, este texto incurre en la inconsecuencia de utilizar innecesariamente la expresión "actos de comercio" que, como bien dice Figa Faura, ningún papel juega en el sistema que se elabora en torno de las actividades comerciales.

Esta codificación alemana que entró en vigencia el 1º de enero de 1900 fue resultante de un movimiento alemán contrario a la unificación. Existía la convicción, según interpreta Galgano, de que el derecho comercial, como la eco-

nomía, debía superar los confines nacionales. La unificación del derecho privado nacionaliza la disciplina de las relaciones negociales y les da una estabilidad, factores ambos que conspiran contra la internacionalización de las relaciones comerciales y la unificación internacional que es deseable para su régimen jurídico. Con el código de comercio separado, continúa el citado autor, los alemanes predisponían un modelo de derecho comercial moderno, despojado de caracteres nacionales y puesto en función de una economía que ya era meta nacional.

Otro significativo aporte para el nuevo derecho comercial provino de la doctrina, a través del luminoso estudio que dio a conocer Felipe Heck en 1902, con el título *¿Por qué existe un derecho mercantil privado, separado del derecho civil?* Sostuvo allí que la comercialidad de ciertos actos no reposa sobre una particular consistencia ontológica, sino que se distingue por caracteres formales y externos, se singulariza por un estilo que proviene de su inserción en una serie de actos idénticos, homogéneos, que se condicionan recíprocamente al decir de Garrigues, como eslabones que son del ejercicio de una actividad. Estos actos están llamados a reiterarse en operaciones concertadas uniformemente, bajo estipulaciones idénticas, módulos contractuales invariables, condiciones generales predispuestas al efecto y fijas. Su copiosa repetición con tales características, en medida tan grande como resulte menester para canalizar hasta los consumidores la gigantesca producción de bienes o servicios también uniforme dentro de sus respectivos tipos, *standard* en sus series, es la respuesta jurídica para la economía del tráfico en masa. Pero en ella se manifiestan dos vertientes, una volcada hacia los fenómenos de adecuación externa, que atañe a las adaptaciones jurídicas requeridas por las negociaciones a través de las cuales el empresario llegará a la clientela mediante un tráfico signado por el factor cuantitativo; otra, atiende al soporte jurídico que requiere internamente la organización productiva de los bienes o servicios, la empresa que será instrumento de la actividad. La

primera concitó especialmente la atención de Heck; en tanto la segunda fue el objeto que prefirió Wieland. Luego surgirán las interpretaciones de las doctrinas que integrarán ambos perfiles.

Socavadas las bases mismas de la concepción objetiva con eje en los actos aislados, las grandes transformaciones políticas, económicas y sociales no dejaron de repercutir en los códigos de comercio, los más sensibles a estos cambios, produciéndoles una creciente erosión. Y a partir de tal estado de cosas, el siglo xx asistirá a la puja de tendencias que proponen nuevas bases para la sistematización legal del derecho comercial. Con todo el margen discrecional que es propio de los esquemas, puede ser expositivamente práctico nuclearlas en las tres siguientes: 1) la unificación del derecho privado; 2) la descodificación; 3) la recodificación comercial.

La unificación del derecho privado

La tendencia unificadora del derecho privado presenta diversidad de matices. La unificación puede ser puramente formal, cuando englobando las dos materias en un solo código, deja subsistente en su cuerpo soluciones, disciplinas y aun principios que se distinguen según se apliquen a los comerciantes o no. La unificación es material sólo cuando una misma disciplina se aplica a todos, sin distinciones ni excepciones. La unificación puede, según otro prisma, ser total incluyendo todo el derecho privado, o simplemente parcial con una diversa gama de variables.

A) La unificación material solamente se ha producido en el derecho continental europeo y sus epígonos con alcance muy parcial, respecto de algunas reglas, figuras o institutos y, especialmente, esa unidad se ha logrado mediante la generalización de reglas comerciales o la comercialización del derecho civil.

Suele mencionarse como caso de unificación material completa, el producido en el derecho inglés a partir de la

supresión de la jurisdicción mercantil (*Comercial Courts*), quedando las causas comerciales sometidas a la competencia de los tribunales de *common law* desde el siglo XVII. Los usos, frecuentemente oriundos del comercio internacional, que constituyeron la *Law Merchant*, fueron aplicados por los tribunales del *common law* a través de una evolución que tuvo su momento capital en el siglo XVIII por obra de Lord Mansfield, que dio coherencia al sistema mediante la comercialización del derecho civil. Ello no ha sido óbice para cuestionamientos doctrinarios acerca de los alcances de la unidad así alcanzada. En un persuasivo estudio debido a Henri Burin des Roziers se sostiene que, más allá de la unificación teórica, la *Law Merchant* mantiene las características de una verdadera disciplina jurídica, al emanar de *fuentes propias*, mantener *fundamentos propios* y establecer *reglas* —legales o jurisprudenciales— limitadas con exclusividad a los comerciantes. Es así que, según este autor, la unificación resulta más superficial que real, más formal que sustancial. Aunque no existe como derecho de una clase, subsiste como una disciplina de actividades comerciales o económicas en general, en las que la costumbre tiene una función tan intensa que, a diferencia de lo que se decide respecto del derecho civil, la jurisprudencia le reconoce aptitud para modificar el derecho (W. S. Holdsworth); y es un derecho que se funda en finalidades puramente económicas. El interés público que suele comprometer, provoca la intervención de los poderes públicos.

A lo dicho puede agregarse todavía que la legislación inglesa introduce una creciente legislación sobre institutos, figuras u operaciones mercantiles. Así ocurre con las garantías y otras reglas que al comerciante impone la *Sale of Goods Act* (1893), con las atribuciones que al *mercantil agent* otorga la *Factor Act* (1889), con las disposiciones de la *Companies'Act* relativas al *certificate to commerce business* o *trading certificate*, con la *trading partnership*, con la legislación sobre patentes y modelos industriales (1949), con la *property* como derecho ejercido sobre el *good will* que es un valor

computable en el activo de un establecimiento comercial, con la *Trade Marks Act* (1933), con la *Hire Purchase Act* (1938), con la amplia elaboración jurisprudencial sobre la *interference with business* y la *unfair competition*, etc. Y todo hace previsible una acentuación de estas disciplinas legales referidas al comercio, *lato sensu*, por la insoslayable incidencia del ingreso del Reino Unido a la Comunidad Económica Europea.

Por otra parte, en 1895 se estableció un procedimiento especial para los litigios comerciales, calificación que resulta de una *special list of commercial causes* elaborada por los propios jueces y que atribuye competencia a jueces en materia comercial. La *Commercial Court* de la *High Court of Justice* fue oficializada por la *Administration of Justice Act* de 1970. Ello sin olvidar que desde 1956 la *Restrictive Practice Court* decide acerca de las *restrictives trading clauses*.

Con lo dicho se comprende la razón que asistía a Felipe De Solá Cañizares cuando decía que la uniformidad del derecho privado en Inglaterra es una afirmación teórica, pero que en la práctica se admite, como lo hace Gutteridge, la existencia "de un cuerpo de leyes y de reglas jurisprudenciales relativas a la materia de comercio, cuyo conjunto se asemeja a lo que en otros países se denomina Código de Comercio. Teóricamente pueden aplicarse a todas las personas o actos, pero, de hecho, se aplican generalmente a comerciantes y a actos equivalentes a los que nosotros denominados comerciales ...". Se trata, en definitiva, de un derecho privado que tiene la unidad antes en la fuerza de la tradición que en la realidad. Ello ha sido descripto por René David en el prólogo a la obra de Burin des Roziers, a propósito del comentario que éste recibió cuando expresó en Inglaterra que iba a estudiar la distinción entre el derecho civil y el derecho comercial en el derecho inglés: "La cuestión que usted viene a estudiar no se plantea en Inglaterra". Comentario que se atenuó después de haber concluido su investigación, en los siguientes términos: "No nos ha con-

vencido de que la distinción exista, pero no estamos ahora tan seguros de que no exista".

El derecho de los Estados Unidos partió obviamente de análogas bases que el anterior, pero la incidencia de la organización política federal se reflejó en la cuestión, dándole una complejidad que multiplicó los conflictos de leyes entre unas cincuenta legislaciones diferentes, sin perjuicio de la incidencia de una legislación federal, v.gr. en materia de comercio internacional o interestadual, quiebras, emisión y cotización de títulos por sociedades. Las complicaciones e incertidumbres resultantes de esta situación para los negocios motivó, tal como en su momento ocurriera en Suiza frente a un problema análogo, un movimiento que condujo a la unificación legislativa. Por el esfuerzo de la *American Law Institute* y de la *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws* se logró la adhesión de todos los Estados, excepto Louisiana que mantuvo su régimen de derecho continental europeo, al texto del *Uniform Commercial Code.*

Doblemente significativo encuentra Galgano este proceso, ya que se produce en un medio que no había conocido la codificación ni la distinción de la leyes por su comercialidad. Aunque no puede ser asimilado al modelo de la codificación decimonónica, tiende a un sistema objetivo al considerar comerciales ciertas relaciones, a las que disciplina por ser inherentes al comercio aunque las partes no sean comerciantes. En algunos aspectos realiza la unificación material, al regularlos genéricamente; pero establece también reglas especiales según una de las partes o ambas tengan la calidad de comerciantes, se trate de *commercial practices* o de *trade.* Además, se define al comerciante y a las relaciones entre comerciantes (*merchants* y *between merchants*) con lo que se pone fin a la supuesta igualdad legal de trato, distinguiéndose las reglas según intervengan comerciantes o no. Es bueno destacar que la noción de comerciante, aplicada a personas que comercian ciertas mercaderías (artículo 2-104), se extiende y tiene su razón de ser en el oficio (o pro-

fesión) de una persona que, por tal motivo, posee un conocimiento o una competencia particular en lo concerniente a las prácticas o a las mercaderías implicadas en la transacción; o a quien este conocimiento o esta competencia puede ser atribuido por actuar mediante un mandatario o corredor u otro intermediario que, por su oficio, tiene esa competencia o conocimiento. De donde se sigue que la noción de *merchant* tiene una ampliación considerable respecto de la clásica de comerciante del derecho continental europeo.

Corolario de lo expuesto es que tampoco el de Estados Unidos puede ser considerado como un derecho privado materialmente unificado.

B) La unidad formal del derecho privado tiene su punto de partida legislativo en la fusión de las obligaciones y contratos que realizó Suiza en 1881 y que, sistemáticamente, quedó integrada en 1912 en el Código Civil como su Libro V.

Es ésta una tendencia que, limitada a la unificación parcial, tuvo temprana adhesión en nuestro medio, debiéndose a Segovia la opinión sobre la conveniencia de "incorporar en una ley única las disposiciones comunes a todo contrato u obligación", según lo expresaba en su obra *Explicación y crítica del nuevo Código de Comercio,* en 1892, es decir coincidiendo temporalmente con la célebre exposición de Vivante. A tan autorizada opinión se sumaba desde la cátedra Leopoldo Melo en 1906; y en ese sentido se pronunció la mayoría de la doctrina argentina y se propició la unificación en numerosos congresos, conferencias y jornadas.

Se constituyeron también en significativos aportes a esta línea de unificación parcial, el Proyecto franco-italiano de 1928, el Código de las Obligaciones de Polonia (1933), el de Turquía (1926) y el del Líbano (1934).

La unidad de estas materias no parece ofrecer resistencias importantes, especialmente si se encara la situación desde la perspectiva de la duplicación artificiosa generada por las regulaciones de los contratos que incorporaron los có-

digos comerciales del siglo XIX para aplicar a negocios aislados, desvinculados del cumplimiento de actividades comerciales. También se presenta como ventajosa esta unificación en cuanto comporta simplificar los regímenes jurídicos y permite eliminar las controversias sobre los respectivos dominios que les corresponden. Y hasta cierto punto se puede aceptar el duro juicio de Garrigues cuando asevera que la codificación decimonónica contiene "un derecho fosilizado, en el que desfilan las momias de contratos que hace tiempo desaparecieron del mundo de los negocios, que han sido reemplazados por otros que los códigos no registran".

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que tal unificación conduce necesariamente a la opción, en cada caso, por una de las reglas duplicadas en obvio detrimento de la otra que debe ser eliminada. Quedan a salvo los casos en que se decide mantener ambas reglas, determinándose el respectivo dominio al que corresponde la aplicación de cada una, lo que en definitiva pone de manifiesto que no se realiza una verdadera unificación. Pero cuando, en cambio, ella se realiza, las soluciones dominantes en el derecho comparado han otorgado la prioridad a la norma comercial. Es el proceso de generalización del derecho comercial, es el triunfo de este ordenamiento legal propiciado por una aducida mayor modernidad o superioridad técnica de la norma mercantil, pero cuya justicia y razonabilidad en el dominio de las relaciones entre no profesionales dista de estar en todos los casos demostrada.

C) La unificación formal del derecho privado tiende a ser integral en el Código Civil italiano de 1942. En su libro IV se incluyó la disciplina unitaria de obligaciones y contratos sobre la base de la llamada comercialización, sin perjuicio de mantener algunas reglas diferenciadas para el dominio propio de las actividades empresarias. Y en el libro V, *Del lavoro,* se incorporó la disciplina del empresario, que incluyó la mayor parte del antiguo derecho comercial. No debe retacearse el acierto que importa el abandono del

sistema basado en el acto objetivo de comercio aisladamente considerado y su sustitución por una disciplina de las actividades industriales, bancarias, asegurativas, de transporte, de intermediación en la circulación de los bienes y auxiliares de las anteriores, lo que reencauzaba a esta legislación en el marco de su profesionalidad originaria. Pero ha de tenerse en cuenta que la codificación no incluyó a la navegación, ni al comercio marítimo y tampoco incorporó a la ley de quiebras, que continuó siendo un procedimiento exclusivo de los empresarios comerciales; y también quedaron marginados de este cuerpo, la letra de cambio y el cheque. No se realizó, por ende, la unificación total.

Por otra parte, sin perjuicio de las innovaciones y de los innegables méritos de técnica jurídica que es justo reconocer a este código, no hay en cambio argumento convincente para la inclusión en su cuerpo de contratos vinculados con el cumplimiento de actividades sistemáticas o empresariales, como el transporte, el seguro, la agencia o las operaciones bancarias. Nada se unifica de esta suerte, desde que no eran contratos de doble regulación y esta sistematización les hace perder los caracteres legales comunes que podrían atribuirse a estos contratos comerciales, dicen Hamel y Lagarde, al quedar indiferenciadamente incluidos entre la generalidad de los contratos.

El más severo reproche que se levantó contra esta legislación fue el influjo de la concepción política que la presidió y que se pone de manifiesto con la base corporativa que se antepuso al *Codice* y que se había establecido a través de la Carta del Trabajo. Ello se evidencia, al decir de Ferrara (hijo), en la aversión que sus textos tienen por las palabras "comercio" y "comerciante", dato que muy sorpresivamente se reiterará en la redacción del Proyecto de Unificación argentino aprobado por la Cámara de Diputados en 1987. El peso de la motivación ideológica conducía a esa supresión, agrega el autor citado, para evitar connotaciones "propias de una economía capitalista". Es que el Código de Comercio, agrega coincidentemente Galgano, era tenido

como una ley en favor de una clase social, incompatible con la superación de los conflictos de clase preconizada por el fascismo. Resulta paradójico que, tras ese propósito, el legislador haya aplicado prevalecientemente una técnica de generalización o comercialización de todo el derecho privado, con lo que los intereses de la propiedad (tutelados por el Código Civil) se subordinaron a los intereses de la empresa, otorgándose así una hegemonía a la clase capitalista. Si puede hablarse de una objetivación del derecho comercial, como lo sostiene el citado profesor, ella se produce porque tras la aparente eliminación del régimen obligacional y contractual mercantil su disciplina se transforma, en buena medida, en el nuevo derecho común de las obligaciones y contratos con el Código de 1942. Lo dicho explica, siquiera parcialmente, la razón por la que después de la guerra no se advirtiese la necesidad de reconstruir una legislación mercantil separada, porque antes bien la preocupación pudo ser el volver a separar una legislación civil que había sido sofocada en lo obligacional y contractual por la comercialización. Esta razón de la subsistencia del Código Civil se debe integrar también con la fácil constatación de que una buena parte del derecho comercial en Italia se encuentra fuera del Código Civil, sometido a leyes especiales y al influjo de las directivas y reglamentos que lo gobiernan desde fuentes supranacionales y, más concretamente, por las disciplinas que emanan de los órganos de la Comunidad Económica Europea.

La sistematización del Código italiano ha suscitado menos adhesiones que las conseguidas por el Código Federal Suizo de las Obligaciones. El único influjo que alcanzó consagración legislativa es el ejercido en el Código Civil del Paraguay de 1986. Debe advertirse que este cuerpo legal guarda otra disposición de las materias, de discutible acierto, agregando además otras que estaban marginadas del texto italiano, como la letra de cambio y el cheque. Además ha de tenerse en cuenta que subsiste por separado la ley de quiebras Nº 159 de 1969, no obstante que ésta unificó su

régimen extendiéndolo a los no comerciantes; y que también, por separado, sigue vigente la llamada ley del comerciante de 1983, ordenamiento que regula a los comerciantes, su estatuto y los actos de comercio, libros y documentación, la empresa individual de responsabilidad limitada, corredores, martilleros y auxiliares subordinados, la competencia comercial y la transferencia de fondos de comercio.

Cabe señalar como una curiosidad del régimen paraguayo que, luego de haber legislado en la ley del comerciante los actos de comercio, según el más clásico estilo decimonónico, al legislarse en el Código Civil la sociedad simple (art. 1013) que, como en el Código italiano está excluida de la actividad comercial, caracteriza la comercialidad del objeto social prescindiendo de lo dispuesto por la ley del comerciante —a la que solamente se remite a título complementario— y lo adscribe en cambio al cumplimiento de actividades que enuncia, guardando una marcada afinidad con las que el Código italiano menciona al individualizar los empresarios que se encuentran sometidos a inscripción en el registro de las empresas (art. 2195 del Código italiano).

En Brasil las tendencias unificadoras tienen una larga tradición. Sin perjuicio del ya referido antecedente contenido en la propuesta de Freitas, cabe recordar el proyecto del Profesor Inglez de Sousa de 1912, el Anteproyecto de Código de las Obligaciones de autoría de Orosimbo Nonato, Filadelfo Azevedo y Hahnemann Guimarães, que comenzó a elaborarse en 1941 y quedó inconcluso. Tras otras iniciativas, un largo proceso de elaboración iniciado en 1961 desembocó en un Anteproyecto de Código Civil (1974) que tuvo por Supervisor a Miguel Reale y culminó con el Proyecto de 1975, que fue sancionado por la Cámara de Diputados en 1984. Tiene mayor originalidad en su sistematización, que se compone de dos partes. La primera, "Parte General", se integra con tres libros: De las personas; De los bienes y De los hechos jurídicos. La segunda, "Parte Especial", contiene los siguientes libros: I. Del derecho de

las obligaciones; II. Del derecho de empresa (que es una disciplina del empresario individual y social, el establecimiento, la contabilidad y los institutos complementarios); III. Del derecho de las cosas; IV. Del derecho de familia y V. Del derecho de las sucesiones.

Tampoco en este caso se trata de una unificación integral. Aparte de la legislación bancaria, de las bolsas y mercados; de las falencias (que en Brasil sólo se aplica a los comerciantes), marcas, patentes, que no se ha incorporado al Proyecto, subsiste la Parte Segunda del Código de Comercio, "Del comercio marítimo", sin perjuicio de la legislación sobre las sociedades por acciones que se sancionó separadamente, excluyéndola del Anteproyecto, en 1976 (ley Nº 6.404).

Esta iniciativa ha recibido embates de calificada doctrina. El profesor Rubens Requião destacó que no importa una verdadera unificación del derecho privado porque, sin perjuicio de que deja afuera mucha materia de este derecho, realiza una simple yuxtaposición formal de la materia civil al lado de la comercial, en un mismo cuerpo. Es una codificación irreal y artificiosa, agrega, que no realiza ninguna contribución científica ni lógica y desatiende la evolución actual del derecho, que desaconseja los sistemas unificados, a salvo lo que concierne a las obligaciones.

Con no menos dureza, el destacado profesor de la Universidad de Bahía, Orlando Gomes, censuró este proyecto con una crítica que resultaba válida no solamente para su texto sino, en buena medida, para la tendencia unificadora en sí misma: "No interesa, en esta ocasión, revivir la polémica trabada en varios países respecto de la unidad o dualidad del *derecho privado,* de la *autonomía* o *no* del *derecho comercial.* Importa insistir en que ni los suizos ni los italianos consiguieron realizar genuina *unificación sustancial* de las dos ramas del derecho privado "a despecho de la *unificación formal*". La doctrina italiana, a través de prestigiosa corriente, continúa sosteniendo que, no obstante la *unificación legislativa,* el derecho comercial continúa *autónomo,* habien-

do conservado sus principios propios y estando mantenida la distinción entre actividad comercial y civil. En los grandes centros jurídicos de Europa se duda, actualmente, de la conveniencia de efectuar esa *unificación legislativa simplemente formal,* siendo lamentable que, en el Brasil, con un espíritu de imitación siempre indolente, se esté promoviendo, como una novedad, la combatida *reunión,* precisamente cuando la creciente actividad económica de las empresas fortalece la separación, aconsejando la permanencia de la dicotomía".

D) Un caso muy especial, que resulta difícil de encuadrar en el marco de alguno de los criterios expuestos, es el de la legislación holandesa. Los códigos franceses impuestos a los Países Bajos en 1810 no fueron sustituídos después de recuperar Holanda su independencia. Por ende la legislación de este país no conoció la doble regulación obligacional y contractual; pero, además, ya en 1835 inició un proceso de unificación, que prosiguió durante un siglo, al suprimir la jurisdicción comercial. En 1838 adoptó una nueva codificación, bajo un sistema de actos de comercio objetivos que fue envejeciendo y tornando impreciso e incoherente el ámbito de la materia mercantil, a medida que se tornó insuficiente para reflejar la evolución económica, según afirma Simón Frédéricq. En 1883 la asociación de juristas holandeses se pronunció, siguiendo las opiniones de Hartgh y Molengraaff, por la unificación del derecho privado, sosteniendo que ya habían cesado las circunstancias particulares que dieron origen a su distinción. Para ese entonces ya se había unificado el régimen de la prenda (1874) y, posteriormente, se extendió el régimen de la quiebra a los no comerciantes (1893). No deja de ser curioso que esta unificación se haya llevado también al campo procesal, suprimiéndose un procedimiento sumario hasta entonces existente para litigios comerciales, según aconteció en 1896. Muy significativa es, por la apertura hacia nuevos criterios que aun se encuentran en estado de controversia, la reforma del Registro Pú-

blico de Comercio efectuada en 1918, por la que se amplían las inscripciones a categorías más vastas que las de los comerciantes, como son las relativas a los empresarios, lo que tuvo como contrapartida la exclusión de comerciantes de importancia marginal. En 1922 se flexibiliza la disciplina de la teneduría de libros, sustituyéndosela por las anotaciones contables, comerciales o civiles, lo que se acompaña con la reforma de su régimen probatorio que se deja sometido a la libre apreciación. En 1928 se adopta un criterio amplio con relación al objeto de las sociedades tradicionalmente comerciales, que en lo sucesivo no tiene impuesta la necesidad de recaer sobre negocios comerciales. Y se menciona como culminación de este proceso, la ley del 2 de julio de 1934 que abandonó las nociones de acto de comercio y de comerciante. Luego se comenzó a realizar un proyecto de nuevo Código Civil, con prescindencia de un Código Comercial, tarea que se encomendó al profesor E. M. Meijers en 1947 y que aún prosigue.

La experiencia holandesa deja abiertas aún incógnitas que solamente quedarán esclarecidas cuando concluya el plan codificador y se pueda constatar los límites en que resulte cumplida la absorción de la materia mercantil por el nuevo Código. Porque de no ser realizable en su totalidad, resultará insoslayable dejar librada una cierta cantidad de disciplinas normativas a las leyes especiales, con lo que en definitiva se llegará a una suerte de mera unificación parcial en el Código Civil, acompañada por una descodificación de las demás materias que componían el Código de Comercio. Es decir, algo semejante a lo realizado por el Proyecto argentino de 1987. No es aventurada la conjetura si se advierte que al suprimirse la noción del comerciante en Holanda, se ha otorgado una base subjetiva más ancha a los regímenes de las actividades mediante la sustitución que de tal figura se realiza en beneficio de los empresarios y los profesionales. Por lo demás la subsistencia de un derecho comercial a despecho de estas reformas parece ponerse en evidencia si se tiene en cuenta la importancia de la información

que suministra Simón Frédéricq en el sentido de que, ante la supresión de los tribunales comerciales, se ha producido una gran difusión del arbitraje en materia comercial, porque los empresarios prefieren someterse al juicio experimentado de los hombres de negocios y se resisten a litigar en los tribunales civiles, persiguiendo como objetivos una justicia rápida, desprovista de formalismos y realizada por gente práctica en los negocios. Ello sin perjuicio de tener en cuenta que, según el mismo autor citado, cuando la controversia no versa sobre alguna cuestión simple, v.gr. respecto de la calidad de una mercadería, sino que involucra la decisión de cuestiones delicadas de derecho, no dejan de suscitar objeciones los laudos emanados de empresarios, incluso por el interés que sus miembros puedan tener en establecer soluciones que favorezcan al sector o grupo del que ellos mismos forman parte.

E) Una solución que merece capítulo aparte es la que realizó Perú y que condujo a la unificación parcial de su derecho privado. Por una parte suprimió de su Código de Comercio la legislación relativa a los contratos de compraventa, permuta, depósito, mutuo y fianza, los que de esta suerte alcanzaron unificación material al quedar regidos exclusivamente por las reglas que para esos contratos fija el Código Civil de 1984. Pero, por otra parte, suprimió de este Código el ordenamiento de la sociedad civil, que pasó a ser regulada en la ley general de sociedades mediante la reforma que se introdujo a la hasta entonces ley de sociedades mercantiles de 1966. Sin embargo, esta unificación del régimen legal de las sociedades es sólo formal, dado que la sociedad civil que se le incorpora tiene vedado como objeto la realización de actividades económicas que constituyan "especulación mercantil" (art. 297) y solamente le son aplicables las disposiciones sobre las demás sociedades "en cuanto sean compatibles con su naturaleza" (art. 301).

F) Otra técnica mediante la que se alcanzan unificaciones parciales, consiste en la anteriormente aludida generalización de las reglas del derecho comercial, que se hacen aplicables a todo el ámbito del derecho privado. Esta también llamada comercialización del derecho civil, ya predispuesta por la expansión de la ley comercial producida al dársele prioridad en los supuestos de conflictos de normas planteados por los actos unilateralmente comerciales, se manifestó no solamente con la adopción de las soluciones del derecho comercial en las codificaciones unificadas de Suiza e Italia, sino también por la parcial migración de reglas del Código de Comercio al Código Civil en los casos de mantenimiento del sistema de codificación separada, tal como ocurrió con la legislación alemana que entró en vigencia en 1900.

Mediante esta vía se han expandido especialmente las reglas obligacionales. Presenta frentes de penetración tanto objetivos como subjetivos. Desde el primero se extiende el derecho comercial por la incorporación de nuevos actos de comercio, tal como ocurrió con ciertas negociaciones sobre inmuebles en el Código de Comercio italiano de 1882 o en el Código francés según la reforma de 1970 al art. 632. Con el segundo, la comercialización alcanza a los sujetos que se encontraban antes excluidos, como ocurre v.gr. con las sociedades que no teniendo un objeto comercial son ahora tenidas por comerciantes sociales en razón de su forma, por haberse constituido bajo un tipo establecido por la ley mercantil. Hay también una generalización cuando determinados institutos o figuras mercantiles se hacen extensivos o se ponen a disposición de no comerciantes, como ocurre por ejemplo en Francia con la matriculación o inscripción en el Registro Público de Comercio de las sociedades civiles; o, en nuestro medio, con la posibilidad abierta a empresarios, no solamente a comerciantes, de celebrar los contratos de colaboración del Capítulo III de la ley de sociedades comerciales.

Suele invocarse para justificar esta generalización, se-

gún se dejó ya dicho, la mejor técnica, evolución o adaptación a los requerimientos actuales que se encuentra en las reglas del derecho comercial. Pero no es dudoso que esta preferencia revela la penetración del espíritu capitalista en todos los ámbitos sociales, aunque no siempre quiera admitirse tal influjo. Todo se va disponiendo jurídicamente para favorecer la más intensa y rápida circulación de las riquezas, sostiene Galgano. Y también la comercialización llega, al decir de Polo Diez, mediante la constante y frecuente utilización por sectores cada vez más amplios de la sociedad de negocios, instrumentos o esquemas contractuales que se originaron en el tráfico mercantil, tal como ocurre con las operaciones bancarias o bursátiles o con los títulos de crédito.

La objetividad y solidez que resulte atribuible a los fundamentos y explicaciones precedentes, no van necesariamente acompañadas por una valoración positiva en todos los casos. Ello explica la distinta amplitud con que algunas legislaciones han adoptado el tratamiento uniforme que se alcanza con este método. A título de ejemplo cabe recordar que el Código Federal Suizo de las Obligaciones adopta la regla de la mora *ex-re* sin discriminación alguna (art. 102), pero reserva la solidaridad pasiva para los casos previstos por la ley (art. 143). Excluye asimismo la generalización al fijar algunas soluciones sólo para la compraventa comercial (arts. 190 y 215) y circunscribe la aplicabilidad de los usos comerciales a determinados supuestos de cuenta corriente (art. 124, último párrafo), a la fijación del precio de ciertas mercaderías (art. 212, tercer párrafo), a la concesión de crédito y a las responsabilidades que asume el comisionista (arts. 429 y 430); también discrimina las obligaciones civiles de las comerciales para el curso de los intereses y la admisión del anatocismo (arts. 313 y 314). En el derecho alemán, la mora por el solo vencimiento del plazo está reservada para operaciones que son comerciales para ambas partes (art. 353), la tasa de interés es en ellas superior a la admitida para obligaciones civiles (art. 352), se excluye el interés moratorio compuesto en las obligaciones civiles (art. 289 BGB), no se

aplica la morigeración de la cláusula penal cuando el deudor es comerciante (art. 348), se fijan reglas de mayor rigor en los contratos celebrados entre comerciantes (v.gr. arts. 377 y 379, para la compraventa). Y es así como una buena cantidad de normas particulares para el comercio, moderan el principio del art. 345 que hace prevalecer a la ley comercial en los actos mixtos. A lo que se agrega la prudente solución del art. 346, que motivara el aplauso de Vivante, mediante la que se circunscribe la aplicabilidad de los usos y costumbres comerciales a la sola interpretación de los actos que vinculan exclusivamente a negociantes.

Un marcado influjo ideológico desbordó los límites en que se movía la legislación precedente, al operarse la transposición de los principios comerciales al Código italiano unificado en 1942. Es explícita la *Relazione* del ministro Guardasellos en su repudio a la tendencia "humanitarista del código Napoleón", que desalentaba la función crediticia. Con la difusión del ahorro, el crédito alcanza una portada que justifica la generalización del *favor creditoris,* antes reservado a las obligaciones comerciales, así como el reconocimiento de la natural fecundidad del capital que justifica la disciplina del débito de intereses, la supresión de plazos de gracia, la fijación del domicilio del acreedor como lugar de pago de las deudas de dinero, la solidaridad pasiva en todas las obligaciones. Es, según expresa la *Relazione,* un sistema que abandona "todo sentimental pietismo hacia quien asume una obligación". Es que en la consideración político-económica del legislador pesó decisivamente la convicción sobre la necesidad de un desarrollo que debía ser favorecido por el nuevo código mediante la comercialización de todo el derecho privado que apuntaba, al decir de Galgano, a una forzosa capitalización de toda la sociedad italiana, tanto en las relaciones comerciales como en las civiles.

En el derecho argentino, el método de generalización fue seguido por la ley 17.711 en cuanto a la mora ex-re, la abreviación de la prescripción, los intereses sancionatorios

(art. 622 que adopta al 565 C.Com.) y la resolución de los contratos con prestaciones recíprocas (art. 1204, que reproduce el 216 C.Com.). La adopción del régimen de la comercialidad de las sociedades por su forma, que se generaliza con la ley 19.550, torna disponible cualquier tipo de sociedad comercial para encarar actividades negociales civiles y aun para ser estructuras jurídicas de las asociaciones civiles. A su vez, la reforma a la ley de concursos efectuada en 1983 con la ley 22.917, culmina un proceso que, modestamente iniciado con la ley 11.719 y con una importante etapa en la ley 19.551, conduce a la unificación material casi integral de la disciplina concursal.

La descodificación

Cuando se alude a la descodificación se está haciendo referencia a la erosión y desmembramiento que afecta a los códigos comerciales y que ha conducido a la proliferación de leyes *complementarias* o de *leyes especiales* que suelen incorporarse, a veces por la sola iniciativa de sagaces editores, a estos códigos. No es un problema ajeno a la codificación civil, pero la afecta en sensiblemente menor medida.

Los nuevos hechos sociales, las transformaciones políticas, los cambios en la economía y los notables avances tecnológicos requirieron nuevas respuestas jurídicas para una problemática que constantemente alcanza nuevas fronteras. Fue ello lo que originó el desfase entre el derecho comercial codificado y el derecho vivo. Dejó éste de aplicar reglas y aun figuras de los Códigos y se incorporó en una fronda legislativa que surgió a su margen o simplemente fue creciendo en la práctica de los hombres de negocios a despecho del derecho legislado. Así, el ilustrado jurista hispanomexicano Joaquín Rodríguez Rodríguez pudo aludir al "esqueleto del Código de Comercio", mientras Bruno Oppetit constataba la supervivencia de sólo 159 artículos de los 648 que originariamente tuvo el Código francés en 1887, de los cuá-

les, por lo demás, escasos 33 conservan su redacción original; y entre nosotros, Héctor Cámara estima que sobrevive nada más que una cuarta parte del texto reformado en 1889.

Aunque no resulte convincente aceptar que la dispersión legislativa comercial pueda ser tenida por un método, una meta y ni siquiera un remedio, no puede ignorarse su importancia como hecho. Detrás de esta realidad, ha surgido la doctrina que lo justifica. Así en Brasil se alza la enseñanza de Rubens Requião, apoyado en la autoridad de Waldemar Ferreira, sosteniendo que la codificación fue un ideal de síntesis, propio del idealismo del siglo pasado compatible con una sociedad aparentemente estática e inmóvil, en tanto los tiempos modernos desaconsejan los sistemas unificados e imponen la fragmentación legislativa.

En la misma dirección se orienta la convicción del profesor de la Universidad Autónoma de México, Jorge Barrera Graf: "... no es deseable un texto único. Es tan vasta la materia, tan numerosas las disciplinas nuevas que surgen y que tienden a expandirse, tantos y tan importantes los cambios que en varios sectores se producen día a día (por ejemplo, en relación a la transmisión de patrimonios; en materia de sociedades los problemas de los grupos, o la regulación de las transnacionales; las inversiones extranjeras; en materia cambiaria, la transferencia electrónica de fondos; en el derecho concursal, la intervención de órganos administrativos del Estado a efecto de prevenir la quiebra y prestar auxilio financiero a las empresas insolventes o con serios problemas de liquidez) que cualquier Código, por una parte resultaría estrecho e insuficiente, y por la otra, estaría sujeto a constantes modificaciones que irían en contra del concepto de permanencia, de plenitud. Creo, además, que en estos tiempos que vivimos prevalece en todos los países de derecho escrito la tendencia descodificadora".

Hay en estas enseñanzas un reflejo de lo que ya en 1939 sostuviera Louis Josserand acerca de las incidencias de los fenómenos económicos en las leyes: "Antaño el legislador construía o creía construir para la eternidad; desde hace

un cuarto de siglo quizá sólo levanta refugios temporarios construidos a toda prisa y que una ráfaga económica barrerá en cualquier momento...".

En un plano más absoluto cabe recordar el pensamiento de Karl Larenz al afirmar "que una *codificación general* coloca sólo, en el mejor de los casos, *un mojón en el desarrollo,* pero que nunca, ni siquiera por breve tiempo, puede determinar exhaustivamente el contenido del orden jurídico. *La época de las grandes codificaciones ha quedado atrás*".

Sin perjuicio de rescatar en esta enseñanza la denuncia de los límites que deben admitirse a las generalizaciones del pensamiento y las formulaciones abstractivas, debe atenderse a la presencia de una creciente legislación especial, no meramente modificatoria, sino ampliatoria de la materia codificada. Al lado de la especialidad de las materias y de las reglas que introduce, se controvierte si también incorpora nuevos principios. Respecto de la codificación mercantil, podría entenderse que la complementariedad de esta legislación proviene precisamente de constituir aplicaciones particulares de los principios comerciales genéricos, adaptados a nuevos fenómenos y circunstancias. En otra línea interpretativa se ha sostenido la especialidad de los principios de estas leyes (Franco Di Sabato). Con una simple y leal descripción de lo acaecido, dice Nicolino Irti, se constata que el código no contiene más el sistema de derecho privado. Las leyes especiales no son meras especificaciones, es decir aplicaciones de principios provenientes del código. Son descodificadoras, porque disciplinan materias extrañas al código o viejas materias con nuevos principios, afirmando la autonomía interpretativa de sus reglas. Son micro sistemas que no están al lado del código sino *contra el código,* plantean un conflicto entre dos sistemas que se disputan la posesión del derecho privado o de algunas de sus ramas, estimulados por intereses económicos y sociales. La especialidad de las leyes también se manifiesta bajo el perfil terminológico del lenguaje: vocabularios de sector, jergas técnicas, no-

menclaturas científicas, invaden por esta vía la legislación y dominan el lenguaje jurídico.

Más allá de los aciertos, siquiera parciales, que pueden atribuirse a la precedente enseñanza, parece incontestable que a través de la multiplicidad de los regímenes legales surgidos para disciplinar jurídicamente a las diversas actividades productivas de bienes o servicios, sus organizaciones empresarias, sus operaciones, sus regímenes de fiscalización, han ido elaborándose ordenamientos legales sectoriales y frecuentemente fragmentarios presididos por criterios empíricos, heterogéneos y asistemáticos. Como bien lo dice Simón Frédéricq, el legislador actúa bajo la presión de las circunstancias para resolver los múltiples problemas de la vida económica moderna, sin elaborar un plan de conjunto, sin cuidar la armonía de las soluciones con aquellas tradicionalmente incorporadas a los códigos. No lo consiente la premura con que se redactan los nuevos textos, a medida que las dificultades se van presentando. La falta de cohesión, de unidad y aun de cuidado en la terminología legal parecen inevitables en esta tendencia contra la que alertara Ripert, denominándola la *tentación de las leyes especiales.*

Al reconocerse el vigor con que la descodificación ha hecho presa en los códigos de comercio y tomar debida cuenta de las dificultades que plantea la reconducción a la unidad de toda la legislación mercantil, no debe ignorarse la incidencia negativa que acompaña a esta diáspora legislativa. Claras e incontestables advertencias ha formulado Oppetit a este respecto. La sola posibilidad de actuar sin el constreñimiento de las normas referenciales codificadas, genera una desorbitación legislativa liberada de la sujeción a sus principios, introduce la relatividad y contingencia de las soluciones, favorece la producción descontrolada de las reglas de derecho, abre cauce para el desorden y la confusión en los textos. En las palabras de Savatier, desencadena la inflación legislativa que provoca la indigestión del cuerpo social. Ello va acompañado frecuentemente por la posibilidad

de operar que se abre en beneficio de fuentes inferiores del derecho, especialmente en el ámbito de organismos administrativos, que el código excluiría o acantonaría a regiones secundarias o a funciones subordinadas. Con tal actuación se facilita también la posibilidad de que ciertos intereses sectoriales logren prevalecer, por el mayor margen de eficacia que alcanzan en estos niveles legislativos los grupos de presión.

En suma, aceptar la descodificación como un hecho, como un dato de la realidad que se ha tornado un fondo común legislativo universal en los dominios del derecho comercial, es asumir una de las mayores dificultades que se plantea a todo proyecto de unificación.

La recodificación comercial

La codificación napoleónica estuvo impregnada de una concepción proveniente del iluminismo que la auspició, como un ordenamiento emanado de la sola razón natural y consagrada como un cuerpo legal, con caracteres de permanencia y plenitud, para dar una exposición totalizadora al derecho, fijándolo en forma clara, sistemática y sucinta, teniendo como meta un ideal de justicia que le daría universalidad, a partir de grandes principios. El idealismo de la ilustración y el jusnaturalismo racionalista fueron sus soportes filosóficos.

Si en general puede afirmarse que la codificación sobre tales bases y con tal sentido "ha quedado atrás", según la enseñanza de Larenz, por la imposibilidad de reducir todo el derecho a un sistema de proposiciones jurídicas, por la insuficiencia de toda sistematización de reglas para aprehender la inagotable variedad de la vida y por las limitaciones del pensamiento abstractivo, con mayor razón ello es válido para la codificación comercial. Ampliamente difundida se encuentra la convicción acerca de lo inadecuado que

resulta codificar esta materia sometida a la influencia de cambiantes factores políticos, económicos y sociales, que importa elección entre opciones circunstanciales o motivaciones pasajeras, que se resiste a las abstracciones y es propenso al reglamentarismo minucioso y temporario. La mutabilidad propia de las actividades productivas y de las organizaciones que se predisponen para realizarlas, las cambiantes operaciones y negocios que desenvuelven en sus procesos, mal se concilian con la necesaria estabilidad de los códigos que, al decir Irti, "son *instituciones,* en las cuales se fija y se agota el *movimiento*", con la "ilusión de clausurar los tiempos en una cumbre de plenitud y madurez".

No obstante lo dicho, debe tenerse en cuenta que una codificación puede tener, como ya lo tuvo antes del siglo XVIII, un sentido más modesto, una concepción como obra o texto enderezado a poner remedio a la fragmentación y a la dispersión de las fuentes. Esa meta que, según lo recuerda Oppetit, ya aparece en el preámbulo a la Ordenaza de 1673, es una tendencia que surgió desde antiguo en la Europa continental, dice De Buen "para lograr claridad y fijeza en las fuentes".

Frente a la tendencia a la dispersión descodificadora, un movimiento orientado a recodificar o restaurar los códigos comerciales con este limitado alcance que consiente la materia, no parece suscitar resistencias doctrinarias ni oposición de intereses dignos de ser atendidos.

La reconstrucción de los códigos comerciales se manifestó en América latina como la solución más difundida, a partir del texto que en 1950 adoptó Honduras, en el que tuvo notoria influencia la participación de Rodríguez Rodríguez. Fue seguido por los códigos de Costa Rica en 1964, Guatemala y El Salvador en 1970, Colombia en 1971, siendo el más reciente el de Bolivia que es de 1977. En Colombia, según refiere el profesor Gabino Pinzón, se creó en 1980 una comisión revisora del Código Civil, que propició la unificación completa del derecho privado, posición que fue alterada sustancialmente en 1985 con un proyecto de Código

Civil que se limita a proponer la sujeción de las obligaciones y los contratos comerciales al régimen del Código Civil. México, por su parte, tiene un proyecto de Código de Comercio o de Ley Federal de Comercio, elaborado en 1987-1988, que regula las instituciones aún subsistentes en el Código de 1888, respetando las leyes especiales y así renunciando, según dice Barrera Graf, "a la vieja ilusión de comprender en un solo ordenamiento la totalidad de la materia; aún se habla, sin embargo, de Código, aunque el contenido no corresponde al concepto tradicional de esta figura, a lo menos en nuestro sistema continental europeo". El Anteproyecto venezolano de 1962, preparado por una Comisión de la que fue Secretario y Ponente Roberto Goldschmidt, mantiene un código de Comercio sistematizado en tres libros. El primero, *De los comerciantes y de sus actividades en general*, prescinde de toda consideración objetiva de la materia comercial; el segundo, *De las sociedades mercantiles*, generaliza para todas las sociedades la comercialidad por el tipo, extendiendo la solución que en 1955 se había adoptado para las anónimas y de responsabilidad limitada; el tercero, tiene por objeto la disciplina *De los atrasos y de las quiebras*. Una reforma del Código Civil unificaría en ese cuerpo las obligaciones y contratos que se encontrasen simultáneamente legislados en los dos códigos, excepto la cuenta corriente, que se trasladaría asimismo al Código Civil. Como leyes especiales, el Anteproyecto contempla la Ley de Títulos Valores y Operaciones Bancarias (una versión revisada se dio a conocer en 1967), la Ley de Seguros y la Ley de Navegación.

Una tarea de reconstrucción como la emprendida, con desparejo acierto, en los códigos latinoamericanos citados, no deja por lo menos de presentar algunas ventajas importantes: orden, claridad, sistematicidad, coherencia, previsibilidad y, algo sumamente importante, reflujo de las fuentes secundarias. Pero frente a estas metas que operan como aliciente, debe tenerse conciencia de los obstáculos que deberá afrontar la tarea y que genera el escepticismo de cierto

sector de la doctrina acerca de las posibilidades de éxito en este empeño.

En una breve descripción panorámica de los escollos que encontraría la recodificación comercial, debe destacarse:

1) La dificultad de encontrar el adecuado emplazamiento sistemático en la estructura de los códigos o de incluir entre sus categorías las nuevas figuras, los nuevos institutos, las prácticas negociales que han ido surgiendo a su margen. Parece imposible reunir en un solo cuerpo legal, afirma Gómez Segade, las numerosas y complejas innovaciones que se van suscitando en el tráfico económico profesional. No parece ocioso recordar a este respecto las advertencias de V. Scialoja, con ocasión del proyecto francoitaliano de las obligaciones, en el sentido de que el legislador no debe dejarse dominar por lo nuevo que aún no está experimentado, ni por las construcciones teóricas, ni debe codificar las instituciones que aún están en curso de elaboración.

2) La inestabilidad de la materia comercial, que el profesor Dany Cohen sitúa en dos planos, uno que atañe a factores inmediatos y otro que concierne a factores esenciales o profundos.

A) Obstáculos que nacen de la inestabilidad *inmediata*:

a) dificultades que operan *desde la cima,* por la actuación del propio Estado que tiene a la materia comercial como uno de los instrumentos privilegiados (como otro lo es el derecho tributario) para su política económica; sometida como se encuentra ésta a la coyuntura, atenta contra la estabilidad siquiera relativa que se persigue con la codificación.

b) inconvenientes que surgen *en la base* del aparato económico, por la creatividad de los operadores en el tráfico, que aportan un flujo constante de novedades negociales, aún inacabadas para la codificación y que con el tiem-

po irán formando los nuevos apéndices más o menos numerosos de los códigos.

B) Obstáculos que nacen de la inestabilidad *esencial*:

a) El derecho comercial padece una *crisis de identidad* casi permanente, ha dicho C. Atias. El mismo eje subjetivo de la materia aparece actualmente comprometido. La noción de profesional, con que pretende desplazarse la del comerciante, no resulta suficiente porque debería complementarse mediante una connotación económica cuya definición es embarazosa. Otras categorías propuestas para la sustitución tampoco están exentas de objeciones, según se dirá más adelante. En cuanto a la delimitación objetiva del contenido de la materia, deja abiertas incógnitas respecto de situaciones, relaciones, institutos o figuras que han tendido a generalizarse.

b) El derecho comercial se encuentra amenazado de explosión por ser una materia multiforme y heterogénea, en la que se han originado derechos como el de la concurrencia, del trasporte, de los concursos, del consumo o bancario, que son sólo algunos entre los que reivindican su autonomía. Y con relación a los cuales ya Escarra, en 1948, actuando como presidente de la comisión reformadora del código constituida en 1947, planteó el interrogante acerca de si correspondía integrar toda o la mayor parte de la legislación comercial en un código o era preferible reservar para éste un pequeño número de reglas principistas y mantener leyes particulares para cada institución o aun encarar el establecimiento de varios códigos para las instituciones más importantes, como las sociedades, los transportes y los concursos. Es una solución próxima a la que en la Argentina sostuvieron Winizky y Fontanarrosa.

3) La creciente internacionalidad del derecho comercial. Esta característica del originario derecho comercial ha ido reapareciendo paulatinamente y de una manera muy pronunciada en la segunda mitad del siglo XX, cuestión sobre

la que se volverá en la última parte de este estudio. A los fines aquí examinados baste con destacar la importancia de las fuentes supranacionales que crecientemente alimentan la disciplina de diversas áreas de la materia y van reforzando la tendencia hacia las leyes especiales en un proceso de unificación internacional que opera al margen de los códigos.

Algunas bases para un replanteo necesario

Tras la exposición de las vicisitudes por las que ha pasado el derecho comercial hasta nuestros días, cabe formular algunas apreciaciones exploratorias de las tendencias abiertas a su futuro.

Cerrado irremisiblemente el capítulo de la codificación sistematizada a partir de los actos objetivos, resulta sorprendente constatar que el derecho comercial se aproxima en sus caracteres actuales a los que lo informaron en su etapa inicial. Y es así como en un marco social, política y económicamente disímil, se vuelve a un derecho de base profesional, en el que la fuente privada va recuperando espacio, con una marcada unificación internacional y una creciente jurisdicción privada.

1. La comercialidad es una noción "a más no poder subjetiva", dice Dany Cohen. Es un derecho que concierne a las organizaciones, a las actividades, a los instrumentos jurídicos de ciertas *profesiones.* Desde la codificación alemana de 1897, se va paulatinamente retornando hacia un derecho profesional, si bien con alcances que lo distinguen de la concepción corporativa.

Ya no es el comerciante, el mediador en los cambios, el distribuidor de las mercaderías y los bienes, el que tiene la hegemonía económica ni el protagonista arquetípico de la disciplina jurídica que rige estas actividades. Ello no se ha reflejado adecuadamente en la regulación normativa, dice Galgano, que aparece concebida en función del capitalismo

comercial y hasta en su denominación parece atribuir al comerciante la animación del sistema productivo. Pero si bien es innegable la razón que asiste al citado autor en cuanto censura la inexistencia de un derecho de la producción que debió haber sustituído al derecho comercial por la preponderancia que actualmente corresponde a los productores de bienes y servicios, ya el debate está abierto tanto en lo concerniente al *sujeto* de la disciplina como incluso al *dominio* de la materia y la *denominación* que le corresponde.

Según quedó dicho al explicarse la evolución del derecho holandés, las modificaciones introducidas en su legislación respecto del estatuto del comerciante, la teneduría de libros y la inscripción registral sustituyeron al comerciante como sujeto de la disciplina por el *empresario* y el *profesional.* Tal desplazamiento en favor de los empresarios como sujetos, necesita ser acompañado por la traslación del eje de la materia hacia la empresa, como lo hizo el código italiano de 1942; pero la noción es jurídicamente conflictiva, se la resiste desde algún sector de la doctrina y llega a denostársela como Torre de Babel de los tiempos modernos, según la califica Antoine Pirovano. Por otra parte es manifiesta la controversia sobre la posibilidad de incluir a todas las empresas bajo una disciplina uniforme. Menos precisa aún resulta la solución que se encara a través de la noción de profesional, que si bien ampliaría considerablemente el dominio subjetivo de la materia, no parece ser una base suficientemente homogénea para constituirse en el soporte de muchas reglas que le sean genéricamente aplicables. No se ignora de esta manera la utilidad que pueda ofrecer en las normas que solucionan conflictos de intereses resultantes de la contraposición de sujetos *"profesional-consumidor"* propias de ciertas relaciones negociales. Pero resulta oportuno señalar que en el Código Uniforme de los Estados Unidos de América se alcanzan efectos semejantes mediante una noción muy específica del comerciante, según ya se dejó ex-

plicado antes (art. 2-104). Es verdad que respecto de ciertos regímenes, la decripción del profesional como quien realiza operaciones a título habitual, con independencia del estatuto a que está sometido y al carácter civil o comercial de la actividad que cumple, según el concepto expueso por Jean-Pierre Marty, puede ser válido y práctico en determinadas situaciones, como por ejemplo para determinar responsabilidades de tales sujetos frente al consumidor. Pero no es una noción auto suficiente, sino que requiere complementaciones; pues un profesional lo es en determinada actividad productiva, mientras será un consumidor en las demás esferas. Cierto es también que hay algunos casos en que el legislador ha unificado el estatuto de los profesionales para determinados efectos, como explica el mismo Marty, sea aproximando y armonizando reglas relativas a la organización impuesta a los profesionales, sea creando institutos exclusivamente destinados a los profesionales. Es así que se ha disciplinado el régimen legal de las sociedades de profesionales, como también fueron esas las vías mediante las cuales se armonizaron ciertas obligaciones fiscales, sociales y contables. El hecho descripto no logra despejar, sin embargo, la objeción sobre el reducido radio de acción que tendrían las reglas que pueden ser genéricas de las profesiones y, por ende, soporte de una disciplina sistemática a su respecto.

Otro medio del que se ha valido el legislador para ampliar la aplicabilidad de un régimen originariamente establecido para los comerciantes, ha sido su extensión a las personas morales o jurídicas. Tal lo que se hizo en Francia al disponerse la matriculación de las personas morales, incluidas las sociedades civiles, en el registro de comercio; o al extenderse el ámbito de los procedimientos concursales a todas las personas morales de derecho privado. Pero tampoco este recurso manifiesta mayor fecundidad que el anterior para constituirse en soporte de una disciplina especial de derecho privado.

Lo cierto es que cuando se prescinde del empresario o del comerciante para el deslinde de las reglas aplicables,

no se gana en precisión y a veces se pierde incluso en la razonabilidad de la solución. Tal lo que ocurre con el Proyecto argentino de 1987 en el que se apeló a la distinción entre personas físicas y personas jurídicas para deslindar el ámbito subjetivo de reglas relativas a la tasa de interés (art. 624), a la inscripción en el Registro Público (art. 1016), a las cláusulas en los contratos predispuestos (art. 1197, inc. 3, apartado d), a los que pueden ser fiadores (art. 1993), a las garantías a primer demanda (art. 2290); todo ello con olvido de que por las reformas que este mismo Proyecto introduce en los arts. 1º, 146 y 165 de la ley de sociedades que mantiene en Anexo, una persona física puede actuar como persona jurídica, instituyendo sociedad unipersonal. En otras ocasiones, en el mismo Proyecto, la distinción se efectúa sobre la base de la noción de profesional, como ocurre en el depósito (art. 1894) y en el transporte (art. 2210), si bien circunscripta a la sola profesión específica de cada una de esas reglas; y en otras ocasiones, con técnica desafortunada, sustituye al empresario por el propietario, tal como acontece respecto de hoteles, sanatorios, restaurantes, o casas de depósitos (arts. 2233, 2234, 2236 y 2237). Ello sin perjuicio de otras normas en que directamente se alude a la actividad omitiéndose la calificación del sujeto que la realiza (arts. 1888, 2238, 2243, 2768).

Lo dicho pone de manifiesto que la sustitución del comerciante por el empresario —productor o distribuidor de bienes o servicios— más allá de las objeciones que se levantan contra esta forma de individualizar al sujeto de este derecho, es la que mejor consulta los requerimientos para individualizar al sujeto de la materia, sin perjuicio de vincularse la figura con las actividades específicas que se incluyen en su ámbito.

2. El nuevo derecho comercial va perfilando su unificación *internacional* y nutriéndose de fuentes supranacionales.

Ya la Convención de París de 1883 dio protección in-

ternacional a los derechos de exclusiva o de propiedad industrial. La Convención de La Haya de 1925 otorgó una tutela ultra nacional frente a la concurrencia desleal, sancionando los actos contrarios a los usos honestos en materia industrial y comercial. Las Convenciones de Ginebra de 1930 legislaron uniformemente la letra de cambio y el cheque, la Convención de Viena de 1980 regló los contratos de compraventa internacional de mercaderías. Son manifestaciones representativas de un fenómeno comprensivo de vastos sectores de la materia como los ya mencionados, los transportes, los contratos bancarios, el derecho societario, la regulación de la concurrencia, en una línea de ordenamientos uniformes internacionales.

La tendencia es alentada y alimentada desde los organismos internacionales, como ocurrió primeramente con la Sociedad de las Naciones y ahora con las Naciones Unidas, en cuyo seno se han constituido la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL) y el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT). Se aspira a lograr una gradual armonización del derecho para elaborar un derecho sustancial uniforme, movimiento que tiene sus mayores posibilidades en lo que concierne al tráfico dado que sus características y necesidades son homogéneas. El objetivo es apoyado y complementado por obra de *organismos regionales* que ven facilitada su tarea por las mayores afinidades jurídicas del área o por los tratados que los vinculan y dan vigencia a sus resoluciones. Son particularmente importantes en este sentido los órganos legislativos y judiciales de la Comunidad Económica Europea, fuentes de lo que se ha dado en llamar el Derecho Comunitario, de notable desarrollo a partir del Tratado de Roma del 25 de marzo de 1957.

3. Una renovada importancia está produciéndose en la creatividad negocial oriunda de *fuentes privadas,* es decir de las prácticas de los operadores en todo el campo jurídico

abierto a la autonomía privada, con interesantes y aun controvertidas implicancias en los negocios internacionales.

Al lado de un ordenamiento legal de los contratos que, como dijera Garrigues, se momificaron por la obsolescencia que los afectó frente a las innovaciones tecnológicas, los cambios económicos y las nuevas necesidades que surgieron, aparecen cotidianamente figuras atípicas dando las respuestas requeridas para regir las relaciones de sus destinatarios que suelen ser los propios empresarios, como ocurre en los contratos de colaboración empresaria, aunque también pueden ser los consumidores. Vacila la doctrina sobre la conveniencia de elevar esta creación al nivel legislativo o antes bien dejarla librada a su propia evolución en el marco de la libertad contractual, a fin de que disponga de plasticidad para el seguimiento de las realidades cambiantes y para introducir las adecuaciones correctivas que su aplicación demuestre convenientes. Ha de tenerse en cuenta, por lo demás, que estas figuras surgidas de las prácticas negociales se manifiestan de ordinario en toda la comunidad internacional, tendiendo a una aplicación uniforme, por lo que no sería conjeturable ni conveniente que surgiese un diseño legal discordante en un derecho interno. Los caracteres de estos contratos tenderán a ser troncalmente unitarios a través de una *tipicidad social* emanada del tráfico jurídico, surgida empíricamente de los contenidos consuetudinarios de los contratos, consolidada mediante una interpretación objetiva de los resultados económicos a los que debe servir y plegarse, adherida a los contenidos de cada figura que genéricamente se manifiesten en el derecho comparado, sea que en él se la encuentre legalmente reglada o sólo socialmente tipificada.

Es también vigorosa la presencia de la fuente privada en los mercados internacionales, lo que ha dado origen a una difundida doctrina sobre la autonomía del contrato internacional conocida como la *nueva lex mercatoria,* según fue denominada por René David. A partir de una propuesta

efectuada por Schmitthoff en un coloquio realizado en Londres en 1962, esta nueva fuente privada a-nacional concitó adhesiones significativas como las de Bertold Goldman y Philipe Kahn. Se abriría cauce de esta manera a un derecho uniforme del comercio internacional, que escapa al imperio del derecho estatal, emanado de normas de origen profesional o reglas consuetudinarias y principios fijados por los laudos arbitrales.

Sin perjuicio de las reservas que merece esta concepción tendiente a convalidar un derecho autónomo de las relaciones económicas internacionales a partir del contrato totalmente desvinculado de cualquier derecho positivo y sin ignorar las críticas de autorizada doctrina, tal como las que le dirigieron Loussouarn y Bredin, ni los peligros que su lisa y llana aceptación puede representar especialmente para los países importadores de capital, no puede desconocerse su realismo y advertir la función efectiva que viene cumpliendo en los niveles empíricos. Amén de la contribución, de suyo valiosa, que importa para unificar el derecho comercial internacional, como también para superar la discontinuidad jurídica derivada de las divisiones políticas de los mercados comprendidos por una pluralidad de Estados.

Más allá de las doctrinas, el renacimiento del *jus mercatorum* tiene manifestaciones que le dan presencia a través de reglas elaboradas por asociaciones internacionales de categoría, como las emanadas de la Cámara de Comercio Internacional para la interpretación de los términos comerciales o *Incoterms;* o las relativas a los usos uniformes sobre créditos documentarios. También en estas asociaciones tienen origen formularios de contratos internacionales, cuyas cláusulas favorecen la adopción de prácticas uniformes. Y un efecto análogo se persigue con las condiciones generales de que suelen valerse las multinacionales. Los usos del comercio internacional y las interpretaciones de los arbitrajes internacionales, son otras fuentes privadas de innegable vigencia.

La admisión de la *lex mercatoria* como ordenamiento jurídico de la sociedad mercantil fue establecida por un fallo de la Casación italiana del 8 de febrero de 1982. En su crítica a la sentencia, Galgano expresa que el tribunal atribuyó a los usos del comercio internacional el alcance de verdaderos usos normativos, fuentes de derecho objetivo, no estatal y supranacional; de derecho objetivo de la *societas mercatorum*. Sin embargo, el tribunal admite que la *societas* mercantil carece de soberanía, que carece de potestad coactiva, por lo que debe recurrir al ordenamiento soberano de cada Estado. De suerte que la *opinio necessitatis* que invoca el fallo no está impuesta por la *lex mercatoria* sino por la *lex contractus* y, en definitiva, por la eficacia vinculante que cada ordenamiento estatal atribuye a la voluntad contractual. Los usos internacionales no son normativos, sino contractuales. La moderna *lex mercatoria* sólo sería, según el autor citado, práctica contractual internacionalmente uniforme; pero por ser internacionalmente uniforme tiene una notable fuerza persuasiva sobre los jueces nacionales.

4. La última característica del viejo derecho comercial que tiende a reaparecer es la *justicia especial* y de una manera muy sugestiva la *jurisdicción privada.*

La razón de este resurgimiento ha sido expuesta de una manera elocuente por Ferrara (hijo) cuando, lamentando la desaparición de la justicia comercial en Italia, expresa: "las exigencias del comercio, por el ritmo intenso en que se desarrollan las relaciones en los negocios, en los que se injertan, unen y sustituyen las unas a las otras, plantean la necesidad de una pronta realización del Derecho. A los comerciantes no les interesa tanto el tener razón como el obtenerla en tiempo útil; una razón tardía no les sirve. Pues bien, la regulación actual de los procedimientos mercantiles no tiene cuenta adecuada de esa necesidad. El proceso es demasiado rígido, lento y burocrático, por lo cual se produce una separación y ruptura entre lo que sucede en la vida práctica y real y lo que ofrece el orden jurídico, con el resultado

contradictorio de que la aplicación del Derecho en la esfera mercantil se abandona, en buena parte, a la buena voluntad y a la honradez de los sujetos, porque el comerciante prefiere, en general, anular un negocio antes que iniciar un proceso, que representa una inmovilidad y un engorro para las actividades de su hacienda mercantil. Si el orden jurídico no quiere traicionar su función, se impone la urgente reforma en este punto y de modo radical, mediante la creación de magistrados especiales para los procesos mercantiles".

La justicia comercial que más ha mantenido sus características originales ha sido la francesa, porque aún subsiste integrada por comerciantes, si bien como justicia en la órbita estatal y no privada. Aunque con una competencia reducida, ha podido superar los embates, algunos relativamente recientes, tendientes a suprimirla. En algunos países de legislación unificada ha sobrevivido, como ocurre en ciertos cantones suizos; en otros ha reaparecido, como se ha dicho ya respecto de Inglaterra. Pero en casos en que ha desaparecido, ello ha sido para reaparecer de la manera más acorde con su espíritu inicial, esto es bajo la forma de la jurisdicción privada o arbitraje. Es lo que ocurre en Holanda según informa Simon Frédéricq. Y es opinión expuesta por Yntema que el arbitraje comercial cumple en los Estados Unidos más o menos la misma función que las jurisdicciones consulares tradicionales.

Esa difusión generalizada del arbitraje, sea confiada a los propios empresarios o sea encomendada a hombres de derecho, es la más sugestiva reaparición de una justicia especial. En el comercio internacional tiene especial gravitación y ya se ha expresado que se tiene al arbitraje como uno de los canales que sirve de fuente a la *new mechant law*. Es por ello que en el marco de las Naciones Unidas se elaboró en 1958 la Convención de Nueva York, sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros; y en 1985 la Ley Modelo sobre arbitraje comercial internacional. Y este florecimiento de la jurisdicción privada en el plano de

la contratación privada se integra con la actuación de organismos de arbitraje internacional que gozan de merecido predicamento.

Lo expuesto acerca de la reaparición, con el alcance señalado, que se advierte de los caracteres originarios del derecho comercial, autoriza a concluir que dista de haberse demostrado la desaparición de las razones que le dieron vida. Mas a lo dicho se debe agregar todavía una sumaria reseña de algunos rasgos que corroboran el particularismo de que está dotado este derecho de las actividades negociales en su nueva fisonomía.

Las normas jurídicas que conciernen a la disciplina de las actividades productivas y a las negociaciones que con ellas se vinculan, tienden a conglomerarse en función de las figuras o institutos que son oriundos de su dominio o se ordenan en sectores conformados por el objeto de la producción. Al así aglutinarse, según una observación frecuente de la doctrina, se prescinde metodológicamente de las fronteras clásicas que han dividido a las categorías jurídicas, llegándose a excluir la delimitación entre el derecho privado y el derecho público. La irrupción de la empresa, la problemática de los grupos, la transparencia del mercado, la protección de la concurrencia, son algunos de los factores que explican ese desborde. Al consolidarse esta tendencia, la sistematización ya no se produce persiguiendo la unidad en el seno del derecho privado, sino que busca su cauce en las especialidades de las materias reguladas.

Un caso que se presta arquetípicamente para ilustrar esta orientación está dado por los regímenes concursales. Larga fue la controversia acerca de si en ellos debía prevalecer el aspecto procesal, regulándose entonces en las leyes o códigos de procedimientos; o si, antes bien, lo sustancial presidía e informaba todo su régimen. Su caracterización es, manifiestamente, mucho más compleja, en la actualidad, porque el derecho comparado exhibe disciplinas en las que se incorporan no sólo derecho procesal y sustancial, sino

también reglas administrativas y aun penales. Y algo semejante acontece con la legislación societaria, en la que algunas legislaciones modernas incluyen un régimen penal, sin perjuicio de las normas administrativas que suelen aplicarse a su constitución o que se relacionan con las inscripciones registrales; y de las procesales que se vinculan generalmente con los diferendos intra-societarios.

Por cierto que el cuadro precedente se reproduce en el marco de la organización de las actividades y de la disciplina de las operaciones empresarias, objeto de una legislación especializada por sectores de la economía, tal como ocurre con los seguros, las entidades financieras, los transportes. Cabe admitir el acierto de Simon Frédéricq cuando afirma que los prácticos del derecho preferirían una pluralidad de códigos distintos que comprendieran en su integridad las materias a las que se dedican profesionalmente, comprensivos de los aspectos administrativos y penales, a los que podrían agregarse aun los tributarios. De darse validez a esta vía, advierte Meijers, se crearía un gran número de pequeños códigos especiales. La vigencia práctica de esta concepción, prevista por Escarra, se revela con el éxito de la iniciativa privada de los editores que publican como "códigos" recopilaciones o consolidaciones nacidas, con tal alcance, de su sola interpretación e ingenio.

Otra dimensión de las transformaciones operadas está dada por la extensión de la materia, que ha ido ganando espacio en cada vez más amplios ámbitos de la producción, especialmente en lo que concierne a los servicios; y en alguna concepción se expande también en toda la línea que concierne a los derechos de los consumidores, habida cuenta de que se trata de una regulación jurídica centrada en las relaciones que los enfrentan a los empresarios.

Sobre la base de estos nuevos perfiles se asientan las concepciones del nuevo derecho comercial como derecho de los negocios, derecho económico, derecho de la empresa o derecho de las actividades económicas. Sin ingresar en las particularidades o modalidades que la doctrina introduce

para fundar su preferencia por alguna de estas denominaciones, conviene más bien, en esta ocasión, mencionar los contenidos actuales de esta disciplina. En primer lugar debe situarse todo lo relativo al empresario y su estatuto genérico, sin perjuicio de los estatutos particulares que puedan alcanzarlos en razón de la naturaleza u objeto de la actividad. En segundo lugar queda incluida la organización de la empresa y el establecimiento. Un tercer sector tiene por materia el acceso al mercado, la distribución, la concurrencia, los derechos de exclusiva. El cuarto lugar es relativo a las vinculaciones empresarias, los grupos de empresas y la concentración. El último lugar quedaría para el tráfico de la empresa, inequívocamente la contratación empresaria, entendiendo por tal la que vincula a los empresarios entre sí, como pueden ser los contratos de colaboración o de franquicia, aunque también puede interpretarse que están incluidos aquellos en los que necesariamente una parte debe ser empresaria, según ocurre con los seguros y las operaciones bancarias; y aun los demás contratos en cuanto generan la aplicación de un régimen especial frente al consumidor, porque integran un capítulo concerniente al ejercicio profesional de una actividad productiva.

Estas bases esquemáticas requieren necesariamente muchos esclarecimientos. Solamente podremos ocuparnos, en esta ocasión, de algunos a título ilustrativo. El primero será relativo a la situación en la que se sitúan los procedimientos concursales. Nuestro derecho positivo los ha unificado, con las solas excepciones a que se refiere el último párrafo del artículo 2º de la ley 19.551. Es una solución que si bien no concita una doctrina uniforme, tampoco carece de modelos en el derecho comparado y no ha suscitado resistencias en la doctrina nacional. Ello no es óbice para destacar que, más allá de las reglas diferenciadas a que se refieren los arts. 11, inc. 1º y 277, último párrafo, sin perjuicio de otras implícitas, hay ciertas normas que solamente tienen aplicabilidad en el concurso de los empresarios, como son las

relativas a la continuidad de la explotación de la empresa; y otras cuya aplicabilidad respecto de quienes no son empresarios podría ser cuestionable.

La unificación del régimen de sociedades, postulada por la doctrina dominante, es asimismo materia de controversias. Es así que se discute si esta unificación se debe efectuar en la ley comercial, como sostienen los que se fundan en los mejores desarrollos alcanzados por el derecho comercial en materia societaria; o en la ley civil, según aducen los que allí encuentran la sede de un derecho unificado. Otra posibilidad queda abierta con la unificación en una ley especial, al margen de los cuerpos de ambos códigos. Bastante más arduo es el problema relativo a la suerte que tal unificación depara a la sociedad civil. Alguna doctrina postula su desaparición, absorbida dentro de la tipología societaria especial, en tanto desde opuesta valoración se considera que una sociedad civil de contornos flexibles e informales, tiene una función a cumplir en las actividades que por su naturaleza u objeto no requieren el rigor de la sujeción a la tipología, quedando abierta a mayores márgenes de autonomía privada, incluso en orden a la responsabilidad que asumen los socios. Lo dicho facilitaría la posibilidad de admitir, incluso, una sociedad civil de responsabilidad limitada, como se acepta en la legislación peruana. Pero además hay que considerar la necesidad de cubrir la laguna existente en el derecho argentino en lo relativo a las sociedades de profesionales.

En un planteo más ambicioso, podría la unificación societaria ser asumida en el contexto de una legislación global de los contratos asociativos. Fue en alguna medida la metodología que siguió el Proyecto argentino de 1987, con discutible acierto, aunque dejando de lado, descodificadas, a las sociedades comerciales. La cuestión es afrontada, con diferente técnica, en la reforma holandesa donde se ha encarado la unificación desde el perfil de las personas jurídicas, siendo que tal personalidad no alcanza a las sociedades por partes de interés.

Finalmente este capítulo merece una consideración proveniente de otra vertiente del derecho comparado que no favorece la unificación. Es la orientación que distingue las sociedades por acciones como una categoría que mantiene individualidad frente a otras figuras asociativas y es, por ello, objeto de una legislación específica. A título de ejemplo puede recordarse que entre las manifestaciones más recientes de esta orientación militan la ley alemana de 1965, la ley española de 1951, sustancialmente reformada en 1989, la brasileña de 1976 y la chilena de 1981. Ha de admitirse que los rasgos diferenciales de estas sociedades asumen proyecciones manifiestas cuando se aplican a la realización de grandes empresas, para las que son especialmente aptas, adquiriendo connotaciones institucionalistas si hacen oferta pública de acciones o tienen éstas cotización bursátil.

Con las proyecciones que se atribuyeron al derecho de las actividades productivas, en tanto fisonomía actual del clásico derecho comercial, quedó ya comprometida la opinión acerca de la subsistencia de un derecho contractual que mantiene su individualidad como específica expresión de las negociaciones empresarias. Esto, sin embargo, reclama algunas explicaciones que aventen equívocos acerca de los alcances que se adjudican a un derecho obligacional y contractual en este ámbito, pues ello no importa la atribución de caracteres ontológicamente diversos de los que presentan en el derecho civil.

Tengo por válidas las consideraciones que ya a principios de siglo vertiera Thaller acerca de la primacía que el derecho civil y sus métodos ha ejercido sobre el derecho comercial en materia de obligaciones. En consonancia con ellas dijo D. Lefebvre, en un estudio sobre la especificidad del derecho comercial, que la rapidez y la seguridad que son propias del derecho comercial y dan soporte a la particularidad de sus reglas, no pueden hacer olvidar que las nociones, instituciones y mecanismos comerciales son fundamentalmente nociones, instituciones y mecanismos jurídicos civiles o derivados de ellos. De ahí que resulte pomposo

aludir, como lo hacen algunos autores, a una teoría general de las obligaciones mercantiles, siendo que en ellas sólo existen algunas modalidades adaptadas por un número limitado de reglas y una estimativa que introduce diferencias en sus aplicaciones o funciones. Así, la finalidad productiva de los bienes ordenados en un patrimonio haciendal, es base para presumir el daño resarcible resultante de cualquier hecho que los afecte; es creciente la relevancia de las proyecciones obligacionales que el ordenamiento jurídico asigna a las posiciones dominantes en los mercados y a las situaciones emergentes del control o del poder económico que disponen determinados sujetos; las tensiones que respecto de los deslindes y alcances de las responsabilidades pueden resultar de las ópticas bajo las que se considere el riesgo empresario, por una parte, y el estímulo a la actividad productiva, por otra, están en el origen de reglas particulares; las soluciones específicas que requieren las *actividades* como categoría jurídica, para las que no resultan idóneas las técnicas clásicas que el derecho civil aplica a los actos singulares (v.gr. la simulación, la nulidad); las implicancias que para la teoría de los daños derivan de los problemas generados por los ilícitos de empresas; los más amplios desarrollos que alcanzan las obligaciones de hacer frente a las de dar en el campo empresario, son otras tantas ilustraciones de las aludidas normas y ópticas divergentes, sin que importe la generación de una teoría general ontológicamente diversa.

En la consideración de los contratos, carece de interés la unificación formal alcanzada con la traslación al Código Civil de aquéllos que requieren la necesaria participación empresarial y que tradicionalmente han sido ajenos a la legislación civil. De unificación podría solamente hablarse respecto de los contratos de doble regulación, que son utilizados tanto en el comercio como en las relaciones civiles. Bajo el influjo de una doctrina muy autorizada, pero que se desarrolló como un embate respecto del sistema legislativo que asignaba comercialidad y por ello un régimen jurídico diferente a los actos o contratos aisladamente conside-

rados, fue dominante la enseñanza que postulaba la exclusión de las reglas de estos contratos duplicados de la legislación mercantil. La cuestión, sin embargo, no es tan simple en la actualidad. No sin rescatar del olvido que, en el derecho precedente a la codificación, se establecían adecuadas reglas particulares para contratos —arquetípicamente la compraventa— *entre comerciantes*, cabe considerar la conveniencia y aun la necesidad de regímenes especiales para siquiera algunos de los contratos del Código Civil, cuando deben regir relaciones negociales entre empresarios y por ende pueden contener reglas de comprensible mayor rigor, en atención a las conductas que cabe exigir entre profesionales. Una demostración reciente de su conveniencia está dada por la Convención de Viena del 11 de abril de 1980, a la que prestó adhesión la Argentina mediante la ley 22.765, con la que se reglamenta la *compraventa* internacional de mercaderías *entre empresarios*, ya que su artículo 2º excluye las que tienen por destino el uso personal, familiar o doméstico.

En cuanto a los contratos unilateralmente comerciales que estuvieron sujetos a la hegemonía de la ley comercial, con las soluciones que la hicieron prevalecer en los actos mixtos y los resultados frecuentemente injustos a que se refirió Vivante, están siendo materia de una legislación tutelar del consumidor, cada vez más difundida internacionalmente. En buena medida su problemática queda vinculada con el tráfico en masa y en serie, manifestación característica de la negociación empresarial, la que situaría a esta legislación en el marco mercantil. Y aún con prescindencia de ello, se trata siempre de reglas tendientes a imponer mayores diligencias, garantías, deberes y obligaciones a los profesionales, como categoría más amplia en sustitución de los comerciantes o los empresarios, respecto de los consumidores. Esto lo aproxima también a la materia comercial más que a la civil, si es que en definitiva estos nuevos ordenamientos no se radican en una legislación especial, como coto propio, aunque sea deseable que no postulen una autonomía más.

Se abre finalmente el gran campo de las formas nuevas de la contratación, la mayor parte aun en estado de pura tipicidad social, que son frecuentemente contratos entre empresarios. Incluye toda la gama de aquellos que aun deben ser bautizados, al decir de Polo Diez, como el *factoring, leasing, engineering, franchising, underwriting, computer services, catering*; otros ya están incorporados a nuestro idioma y a las prácticas de nuestro medio, como son las nuevas formas de comercialización, la agencia, la concesión, la distribución, los centros comerciales —los llamados usualmente *shopping*—, las transferencias de tecnología, producción y exhibición cinematográfica, arrendamientos para exposiciones, publicidad, turismo, etc.

Todo este creciente desarrollo de las formas negociales, desborda los cánones de la contratación tradicional, tiende a la uniformidad internacional —la licencia de *know-how* y el contrato de *franchising* han sido objeto de reglamentaciones por la Comunidad Económica Europea— y es manifiestamente inabordable desde la óptica de la unificación del derecho privado. Cabe decir otro tanto de las notables innovaciones debidas a la creatividad que la tecnología está aportando en los dominios de la contratación. Y es así como una zona que parecía ya dispuesta a la generalización, como es la relativa a los títulos de crédito, resulta conmovida por la incidencia de las operaciones electrónicas; y ve comprometida su propia teoría general en un proceso que revierte el curso mediante el que constituyó la técnica jurídica para cosificar los derechos, al hacerla transitar hacia el plano de los títulos desmaterializados. La desaparición del soporte "papel-cosa" para el título, torna insoslayable la participación de organizaciones empresariales, la reinserción de su problemática en el dominio de las actividades empresarias, y prematura la cristalización en reglas legales de estas técnicas en pleno desarrollo y permanente evolución.

* * *

Con el panorama expuesto, queda sentada mi convicción acerca de que la unidad del derecho privado carece actualmente de interés. No puede alcanzarse sino en un plano formal y no se advierten razones que militen a favor de la conveniencia de propiciar la unificación con tal alcance. El derecho comparado nos demuestra que los países en los cuales se abandonó la distinción, volvieron a reconocerla de alguna manera. No puede hacerse del propósito unificador una bandera para satisfacción del espíritu de simetría, ni menos aun el objeto de una predilección intelectual. Y si no he logrado demostrar a lo largo de esta exposición la conveniencia de mantener la distinción legislativa y científica entre el derecho civil y el derecho comercial, espero haber aportado siquiera algunos elementos para estimular en nuestro medio la reconsideración del problema.

BIBLIOGRAFIA

HÉCTOR ALEGRÍA, *La desmaterialización de los títulos valores*, en II Jornadas (Internacionales) de Derecho Mercantil, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas 1989, p. 831

JAIME LUIS ANAYA, *Orientación de la doctrina argentina en torno a la codificación del derecho mercantil. Los proyectos de reforma*, "Revista de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional", año II, Nº 3, 1989, p. 17 y en II Jornadas (Internacionales) de Derecho Mercantil, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas 1989, p. 153.

— Introducción I, en *Código de Comercio y leyes complementarias*, obra colectiva coordinada por Jaime Luis Anaya y Humberto A. Podetti. Ed. Omeba, t. I, Buenos Aires, 1965.

TULIO ASCARELLI, *Iniciación al Estudio del Derecho Mercantil*, Ed. Bosch, Barcelona, 1964.

— *Lezioni di diritto commerciale, Introduzione*, 2ª ed., Ed. Giuffrè, Milán, 1955.

ALBERTO ASQUINI, *Corso di diritto commerciale. Titolo di Credito*, Cedam, Padua, 1966. Introduzione.

C. ATIAS, *Hypothèses sur la doctrine en droit commercial (1898-1947-1975)*, en "Études dédieés a René Roblot y LGDJ., París 1984, 29.

JORGE BARRERA GRAF, *Orientación de la doctrina mexicana en torno a la codificación del derecho mercantil. Los proyectos de reforma*, en II Jornadas (Internacionales) de Derecho Mercantil, Caracas, 1989, 191.

ANTONIO BOGGIANO, *Derecho Internacional Privado*, t. III, Suplemento y Apéndice, Depalma, Buenos Aires, 1988, Cap. XVIII.

— *Del viejo al nuevo derecho internacional privado*, Depalma, Buenos Aires, 1981.

MANUEL BROSETA PONT, *La empresa, la unificación del Derecho de Obligaciones y el Derecho Mercantil*, Ed. Tecnos, Madrid, 1965.

— *Codificación versus descodificación mercantil. Las ventajas y desventajas de un Código de Comercio*, en II Jornadas (Internacionales) de Derecho Mercantil, Caracas, 1989, 45.

HENRI BURIN DES ROZIERS, *La distinction du droit civil et du droit commercial et le droit anglais*, L.G.D.J., París, 1959.

HÉCTOR CÁMARA, *Derecho societario. Estudios relacionados con las leyes 19.550 y 22.903*, Depalma, Buenos Aires, 1985, cap. II: Unificación de las sociedades civiles y comerciales.

CASTÁN VÁZQUEZ, *La codificación como un hecho actual*, en "Estudios de Derecho Civil (Homenaje a Luis Moisset de Espanés)", Buenos Aires, 1980, 571.

DANY COHEN, *Codificación y descodificación en el Derecho Comercial francés contemporáneo*, en II Jornadas (Internacionales) de Derecho Mercantil, Caracas, 1989, 33.

COLOMBO ARNOLDI, *Direito commercial. Autonomia ou unificação (segundo o novo código civil)*, Ed. Jalovi Ltda., San Pablo, 1989.
M. COZIAN, *La définition fiscale du commerçant*, en "Études dédieés a René Roblot", L.G.D.J., París, 1984, 83.
PHILOMENO J. DA COSTA, *Autonomia do Direito Comercial*, Ed. "Rev. dos Tribunais", San Pablo, 1956.
RENÉ DAVID, *Les contrats en Droit Anglais*, L.G.D.J., París, 1973, Nos. 77 a 79.
— *La unificación internacional del derecho privado*, en "Libro Homenaje a la memoria de Roberto Goldschmidt", Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1967, 115.
FRANÇOISE DEKEUWER-DÉFOSSEZ, *L'unification des sociétés civiles et commerciales; vers un droit commun? Les sociétés en participation*, en "Rev. Trim. D. Com. et D. Economique", 1985, 569.
ANGELO DE MARTINI, *Corso di Diritto Commerciale*, Vol. I, Parte Generale Ed. Giuffrè, Milan, 1983, Cap. I, Cenni storici; Cap. II, Ceratteri e ambito normativo del nuovo diritto commerciale.
FRANCO DI SABATO, *La experiencia italiana de la unificación del derecho privado*, en II Jornadas (Internacionales) de Derecho Mercantil, Caracas, 1989, 71.
HERNANI ESTRELLA, *Economía dirigida e direito comercial* y *Da Comercialização do direito Civil*, en "Direito Comercial (Estudios)", Ed. José Konfino, Río de Janeiro, 1969, Capítulos II y V.
FRANCISCO FERRARA (hijo), *Empresas y sociedades*, Ed. "Rev. de Derecho Privado", Madrid, sin fecha, Capítulo I.
WALDEMAR FERREIRA, *Tratado de Direito Comercial*, Ed. Saraiva, San Pablo, 1960, t. I.
LUIS FIGA FAURA, *Colisión interestatal de ordenamientos. Derecho civil y derecho mercantil. Normas de conflicto*, en "Anuario de Derecho Civil", t. XXXIV, fas. 1, Madrid, 1981, 41.
REMO FRANCESCHELLI, *Autonomia e region d'essere attuale del diritto commerciale*, en "Dal vecchio al nuovo diritto commerciale", Ed. Giuffré, Milán 1970, p. 51.
SIMON FRÉDÉRICQ, *L'unification du droit civil et du droit commercial. Essai de solution pragmatique*, "Rev. Trim. D. Commercial", 1962, 203.
J. GABINO PINZÓN, *La preservación del Código de Comercio en la legislación colombiana*, en II Jornadas (Internacionales) de Derecho Mercantil, Caracas, 1989, 109.
FRANCISCO GALGANO, *Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'Economia*, Cedam, Padua.
Vol. I, *La Constituzione Economica*, 1977.
Vol. II, *L'Impresa*, 1978.
— *La giurisprudenza nella società post-industriale*, en "Rev. Contratto e impresa", Cedam, Padua, 1989.
— *Historia del Derecho Mercantil*, Ed. Laia, Barcelona, 1981.
JOAQUÍN GARRIGUES, *La crisis del derecho mercantil contemporáneo*, en "Hacia un nuevo derecho mercantil", Ed. Tecnos, Madrid, 1971, p. 201.
— *Setenta y cinco años de Derecho Mercantil*, en "Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Antonio Polo", Editoriales de Derecho Reunidas S.A., Madrid, 1981, p. 263.
JOSÉ GIRÓN TENA, *Tendencias generales en el Derecho Mercantil actual*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1985.
ORLANDO GOMES, *A commercialização do direito civil; Evolução da economia e transformações gerais do direito des obrigações*, en "Direito Económico", de Orlando Gomes y Antunes Varela, Ed. Saraiva, San Pablo, 1977, Capítulos VII y VIII.

JOSÉ ANTONIO GÓMEZ SEGADE, *Algunos problemas actuales del Derecho Mercantil*, en "Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje a Rodrigo Uria", Ed. Civitas, Madrid, 1978, p. 209.

JOSÉ MARÍA GONDRA ROMERO, *La moderna "lex mercatoria" y la unificación del derecho del comercio internacional*, en "Rev. de Derecho Mercantil", 1973, Nº 127, p. 7.

FRANÇOIS GORÉ, *Droit des affaires*, Ed. Montchrestien, París, 1977, 2ª ed., Vol. I, Título Preliminar.

J. HAMEL, G. LAGARDE, A. JAUFFRET, *Droit Commercial*, t. I, vol. I, Dalloz 2ª ed., Paris, 1980, Cap. I.

NICOLINO IRTI, *L'età della decodificazione*, Giuffrè, 1979.

— *Movimento e istituzioni (i testi unici nel diritto privato)*, "Rivista delle Società", 1986, 1217.

RAFAEL JIMÉNEZ DE PARGA, *Desarrollo y expansión del Derecho Mercantil*, en "Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Antonio Polo", Editoriales de Derecho Reunidas S. A., Madrid, 1981, p. 375.

RAFAEL JIMÉNEZ DE PARGA CABRERA, *Condicionamientos históricos del Derecho Mercantil en la fase inicial de su formación*, en "Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje a Rodrigo Uria", Ed. Civitas, Madrid, 1978, p. 315.

GUILLERMO JESÚS JIMÉNEZ SÁNCHEZ, *Aproximación al tema del concepto del Derecho Mercantil*, en "Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje a Rodrigo Uría", Ed. Civitas, Madrid, 1978, p. 337.

D. LEFEBVRE, *La specificité du droit commercial*, "Rev. Trim. D. Commercial", 1976, 285.

R.LIMONGI FRANÇA, *La unificación del derecho obligacional y contractual latinoamericano*, Ed. "Revista dos Tribunais", San Pablo, 1976.

JEF M. M. MAEIJER, *La réforme de l'entreprise et des sociétés*, en "Rev. Trim. D. Com. et D. Economique", 1982, 73.

RAMÓN E. MADRIÑÁN DE LA TORRE, *Principios de Derecho Comercial*, Ed. Temis, 4ª ed., Bogotá, 1990, Capítulos II y III.

ANAHI MALICKI, *Unidad o división del derecho privado: una alternativa a través del tiempo*, en "Rev. Jurisprudencia Argentina", Nº 5654 del 10 de enero de 1990.

JEAN PIERRE MARTY, *La distinction du droit civil et du droit commercial dans la legislation contemporaine*, en "Revue Trim. Dr. Com. et Dr. Economique", 1981, 681.

MIAJA DE LA MUELA, *Conjeturas sobre la incidencia del nuevo orden económico internacional en el Derecho Mercantil*, en "Estudios de Derecho en Homenaje al Profesor Antonio Polo", Editoriales de Derecho Reunidas S. A., Madrid, 1981, p. 537.

JUAN C. F. MORANDI, JUAN C. QUINTANA TERÁN, EDGARDO M. ALBERTI, MARTÍN ARECHA, *Informe de la Comisión designada por la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercil, sobre el Proyecto de Unificación de los Códigos Civil y Comercial*, en "Rev. Jurídica Argentina del Seguro, la Empresa y la Responsabilidad", Nos. 17/20, p. 578.

AUGUSTO M. MORELLO, *Contrato y proceso*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990.

ALFREDO MORLES HERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, 3ª ed., Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1989, t. I, Capítulos I a V.

LORENZO MOSSA, *Historia del Derecho Mercantil en los siglos XIX y XX*, Madrid, 1948.

MANUEL OLIVENCIA RUIZ, *La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL): Balance de un decenio (1968 1977)*, en "Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Antonio Polo", Editoriales de Derecho Reunidas S. A., Madrid, 1981, p. 754.

BRUNO OPPETIT, *La décodification du droit commercial français*, en "Études offerts à René Rodière", Dalloz, París, 1981, 197.
ANTOINE PIROVANO, *Introduction critique au droit commercial contemporain*, en "Revue Trim. D. Comm. et D. Economique", 1985, 219.
ANTONIO POLO, *Reflexiones sobre la reforma del ordenamiento jurídico mercantil*, en "Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje a Rodrigo Uria", Civitas, Madrid, 1978.
EDUARDO POLO, *La protección del consumidor en el Derecho privado*, en "Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Antonio Polo", Editoriales de Derecho Reunidas S. A., Madrid, 1981, p. 811.
RUBENS REQUIÃO, *Sugestões ao Projeto de Código Civil (Dissertação critica ao Proyeto de Código Civil)* en "Aspectos Modernos de Direito Commercial", Ed. Saraiva, San Pablo, 1977, p. 206.
JUAN CARLOS REZZÓNICO, *Tipicidad social en los contratos*, en Rev. "La Ley", diario del 24 de septiembre de 1990.
JULIO CÉSAR RIVERA, *El Derecho Comercial. Origen y causas de su aparición*, en "Derecho Civil", Parte General, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1987, Vol. I, p. 90.
ÁNGEL ROJO, *El Derecho Económico como categoría sistemática*, en "Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Antonio Polo", Ediciones de Derecho Reunidas S. A., Madrid, 1981, p. 977.
M. ROTONDI, *Inchieste di diritto comparato (3), L'unité du droit des obligations*, Cedam, Padua, 1974.
JESÚS RUBIO, *Introducción al Derecho Mercantil*, Ed. Nauta S. A., Barcelona, 1969.
— *Sainz de Andino y la codificación mercantil*, Consejo de Investigaciones Científicas, Madrid, 1950.
FERNANDO SÁNCHEZ CALERO, *Los criterios para determinar la comercialidad de un Código de Comercio contemporáneo*, en II Jornadas (Internacionales) de Derecho Mercantil, Caracas, 1989, 225.
RENÉ SAVATIER, *Droit des affaires*, Sirey, Paris, 1962, Capítulo Preliminar y Capítulo I de la Primera Parte.
FELIPE DE SOLÁ CAÑIZARES, *Tratado de Derecho Comercial Comparado*, Ed. Montaner y Simón S. A., Barcelona, 1963, t. I.
FRANÇOIS TERRÉ, *Esquisse d'une sociologie juridique de la commercialité*, en "Études dédieés a René Roblot", L.G.D.J., París, 1984, 11.
FEDERICO M. VIDELA ESCALADA, *El régimen de las sociedades civiles después de la sanción de las leyes 17.711 y 19.550*, en "Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires", Años XXII y XXIII, Nº 16, 1ª parte, p. 19.
GEORGES J. VIRASSAMY, *Les contrats de dépendance*, L.G.D.J., Paris, 1986.
SUSAN LEE ZARAGOZA DE ROVIRA, *Estudio comparativo sobre os contratos internacionais: aspectos doctrinarios e praticos, Contratos internacionais*, obra colectiva coordinada por João Grandino Rodas, Ed. Rev. dos Tribunais, San Pablo, 1985.

III

SEMINARIO SOBRE EL RÉGIMEN ECONÓMICO DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL

Organizado por las Academias Nacionales de Ciencias Económicas, de Ciencias Morales y Políticas, y de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

LA DOCTRINA ECONÓMICA DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL

Conferencia del académico Dr. Horacio A. García Belsunce, en el Seminario sobre el Régimen Económico de la Constitución Nacional, en la Academia Nacional de Ciencias Económicas, el 10 de julio de 1990

Casi todas las constituciones contienen un orden normativo fácilmente separable en dos aspectos: uno, relativo a la organización del poder que determina los órganos que lo ejercen, sus divisiones, relaciones, atribuciones, etc., que se llama parte orgánica, y otra, que regula las relaciones de los individuos con el Estado y de los individuos entre sí dentro del Estado, que se llama parte dogmática. Separables en su objeto integran un todo que constituye la regulación jurídica de la sociedad en su conjunto y de los individuos que la integran y, en ambos casos, en orden a sus relaciones políticas, económicas y sociales.

Dentro de esta concepción global cabe incluir un orden de normas constitucionales específicas que regulan el orden económico. En la parte orgánica de la Constitución se insertan normas relativas a los poderes económicos del Estado, contemplando la asignación de los mismos en función del sistema tripartito de división de los poderes. En la parte dogmática se establecen declaraciones, derechos y garantías que regulan las relaciones económicas de los individuos entre sí y de éstos con el Estado. Uno y otro orden de normas constitucionales integran lo que podríamos llamar el régimen económico de la Constitución Nacional. Su análisis es el objeto de este seminario que tengo el honor de inaugurar. En su transcurso se examinarán todos esos aspectos y como introducción a ellos se me ha asignado la misión de desentrañar de la letra y del espíritu que surge del texto íntegro de la Constitución, el sistema económico por ella

elegido y regulado, y encuadrarlo, en consecuencia, en los sistemas y doctrinas que la historia económica nos enseña como experiencias fácticas, de valor universal, para estructurar un orden económico determinado.

Cuando hablamos de la doctrina económica de la Constitución Nacional pretendemos referirnos al sistema o escuela económica que surge, explícita o implícitamente, de las regulaciones que en la materia contiene la Constitución Nacional. Ésta no define dogmáticamente el sistema que debe regir la economía del país. No obstante, en su parte dogmática reconoce con disposiciones categóricas derechos económicos que integran los derechos civiles que garantiza a todos los habitantes, sin perjuicio de que de la parte orgánica surgen también derechos y garantías de los individuos frente a la regulación que del ejercicio del poder económico hace la Constitución en esa parte a los distintos órganos del Estado.

El estudio analítico de cada uno de los derechos económicos que consagra la Constitución será materia de próximos estudios, a la luz de la doctrina y particularmente de la protección jurisdiccional que han merecido en los estrados judiciales a lo largo de más de una centuria. Nuestro objeto, en cambio, es, por encima de las normas en particular, ahondar y describir el sistema o la doctrina económica en que ellas se han inspirado.

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. No habiendo disposiciones constitucionales expresas que se remitan a un sistema o doctrina económica determinada, como si dijera que adopta el sistema de economía de mercado, o el sistema de economía social de mercado, o de economía mixta, o de economía centralmente planificada, o de socialización de los medios de producción, etc., ese sistema o doctrina econó-

mica debe surgir por deducción del sistema político-jurídico de la Constitución.

El liberalismo como doctrina política de la Constitución

Nuestra Constitución ha instituido como forma de gobierno el sistema republicano, representativo y federal, sin ningún otro aditamento superfluo, que está enunciado 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 circunscribía a la posibilidad de participar en la actividad gubernamental, y la libertad civil que se manifiesta en el goce efectivo de los derechos individuales.

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, de 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. En nuestro sistema institucional los individuos integramos una comunidad jurídicamente organizada y tenemos obligaciones o deberes para con el Estado y el gobierno, pero ni uno ni otro son el fin; el fin es el individuo. Cosa distinta es que los intereses individuales deban subordinarse a los intereses superiores de la Nación, pues éstos nunca deben implicar la negación de aquel concepto-fin.

Difícil nos resulta no repetirnos en un tema que hemos tratado en varias oportunidades, especialmente cuando procuramos encararlo en función de principios y doctrinas,

no de experiencias vividas, porque estas últimas podrían arrojar un resultado negativo frente a nuestra pretensión que es la de analizar la doctrina económica de la Constitución a la luz de su inspiración, de su letra y de su espíritu que ha estado, está y estará por encima de las deformaciones que ha sufrido por obra de sucesivos gobiernos que, pese a proclamar su devoción constitucional, no han hecho otra cosa que alterarla cuando menos o violarla y desconocerla cuando más. No vamos a expresar conceptos nuevos para quienes nos han seguido en nuestras producciones escritas o verbales. Vamos a ordenar sistemáticamente los mismos para ponerlos al tono que metodológicamente corresponde al desarrollo de este seminario, sintetizando con más concisión, si es posible, argumentos expuestos en trabajos de más larga extensión.

El liberalismo acepta la integración de los deberes del Estado para con el individuo y los de éste para con aquél, en cuanto su concepto de la libertad está limitado por la libertad igual de los demás. Liberalismo es la igualdad en el derecho que cada individuo tiene de dirigir su actividad en cualquier sentido hasta donde comienza la actividad igual de los otros. Se completa esta noción político jurídica del liberalismo con el concepto de justicia, pues la medida en que cada uno puede llegar al límite de libertad de los demás está dada por la noción de justicia.

Hace a la esencia del régimen republicano el llamado gobierno de *poderes limitados* que se concreta en normas positivas que reflejan el principio de la limitación 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 art. 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.

Magnífica expresión de poderes limitados es la de Benjamín Constant cuando dice que "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 circunscripta dentro de los mismos límites que la autoridad de la cual emana". Chateaubriand reconoce al liberalismo un origen trascendente cuando admite que la libertad no proviene del pueblo ni del rey, sino del derecho natural y que emana de Dios que deja al hombre a su libre arbitrio.

El liberalismo es así un concepto integral que sustenta una doctrina política sentada en la limitación del poder, para que 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 premisas económicas se aseguran 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 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, lo internacional, integridad que como tal no admite divisiones.

La doctrina económica de la Constitución según Alberdi

La hermenéutica jurídica nos ha enseñado que la interpretación auténtica de las normas jurídicas es aquélla que proviene de quien las ha dictado, o de aquéllos que como colegisladores la han proyectado o propiciado y aun también, 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 más auténtica compatible con la de los constituyentes de 1853, que la de Juan Bautista Aberdi, por dos razones: una porque a través de sus *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina* proyectó la Constitución de 1853, porque ésta reconoce en esa obra su anteproyecto y otra, porque fue su primer intérprete cuando en 1854 escribió su libro *Sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina según la Constitución de 1853.*

La orientación económica de la Constitución ha sido recogida de las *Bases* de Alberdi, donde está expuesta con menos doctrinarismo pero en forma terminante, aunque el desarrollo del sistema 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.*

Aberdi empieza por ubicar el pensamiento económico de la Constitución Argentina enrolándolo en determinadas escuelas económicas, 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. En frente de estas dos escuelas y al lado de la libertad se halla la escuela fisiocrática representada 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". (*Sistema...*, Edición de la Escuela de Educación Económica y Filosofía de la Libertad, 1979, pp. 2, 4 y 5.)

Más adelante 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 obtenida por las facultades de que se halla dotado para llenar su 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 facultades productivas del hombre; no excluir de esa libertad a ninguno, lo que constituye la igualdad civil de todos 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: el trabajo libre es el principio vital de todas las riquezas. La libertad de trabajo, en ese sentido, envuelve la de sus medios de acción, la tierra y su capital y todo el círculo de su empleo —la agricultura, el comercio, la manufactura— no son más que variedades del trabajo" (ob. cit., pp. 6/7).

Señalando la función del Estado en la economía escribe

Alberdi en las *Bases* 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 obra 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 hacer, es la mejor regla cuando no hay certeza de obrar con acierto..." (Editorial Plus Ultra, 1980, p. 261).

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" ("La Nación", 18 de enero de 1983).

Las ideas económicas de Alberdi están muy lejos de consagrar la teoría de un antiestatismo vernáculo o denegar toda intervención del 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 el de legislar, juzgar y administrar. El gobierno no ha sido creado para hacer ganancia, 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: "La industria, es decir, la fuerza que produce las riquezas, forma inicialmente un derecho privado... el gobierno que se hace banquero, martillero, 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, colocando 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...".

Pero no obstante estas apreciaciones, Alberdi es el autor de la famosa *cláusula del progreso,* que fue redactada en su anteproyecto 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 ilustración, 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".

Dentro de las libertades civiles, 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 y otras declaraciones y garantías de derechos sociales que obran en el artículo 14 bis. De la inviolabilidad de la propiedad, la que sólo podrá ser expropiada por causa 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: equidad, proporcionalidad, igualdad y uniformidad, agregándose la garantía de 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 y conforme al artículo 33 de la Constitución.

En una sociedad jurídicamente organizada bajo un régimen constitucional, el sistema político y el económico no pueden andar por carriles opuestos o contradictorios. El esquema de liberalismo político con economía dirigida ha demostrado su falacia en la historia contemporánea, de la que no se excluye a nuestro país. A la inversa, regímenes políticos no liberales, han querido alzar la bandera del liberalismo económico sin alcanzar ninguna realización concreta,

porque no se adentraron en las raíces del sistema para reemplazar las estructuras dirigistas anquilosadas durante décadas.

En todos los tiempos, sea por ignorancia o por mala fe, se ha vituperado al liberalismo sin querer profundizar su verdadera acepción, tanto en la integridad del concepto como en el orden específico de las relaciones que genera en lo político, lo económico, lo social y lo religioso, para presentarlo las más de las veces como la doctrina del libertinaje en lo religioso y lo político, la explotación de los desposeídos en lo social y del lucro desmedido en lo económico.

Suele la gente pensar que el liberalismo se distingue de otras tendencias políticas en que procura beneficiar una determinada clase —la constituida por los poseedores, los capitalistas y los grandes empresarios— en perjuicio del resto de la población. Ese 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 el punto de vista histórico, el liberalismo fue el primer movimiento político que quiso promover, no el bienestar específico de 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 y políticas y particularmente una especie dentro de aquélla, las económicas; la igualdad de los habitantes ante la ley aunque admitiendo la necesaria y natural desigualdad de las rentas y los patrimonios; el rol del Estado ajustado a las funciones esenciales a 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 o la moral, sino

que se ubica en el terreno económico por ser éste el elegido por Marx y sus imitadores para destruir así 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 basada 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 que 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.

Dos ideas básicas hay que esclarecer para aceptar el liberalismo y entender su adaptabilidad a la organización política, económica y social de nuestro tiempo: el liberalismo no pretende un antiestatismo a ultranza y está más lejos aún de predicar las libertades absolutas que conducen al libertinaje suicida y anarquista. Ya decía Ludwig Erhard en su libro *Bienestar para todos* que "En 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". Dice sobre este particular 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 desapa-

rece allí donde es indispensable orden, seguridad, solidaridad y es omnipotente 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 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 por la 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.

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 tales 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 según la Constitución Nacional

Al sistema liberal o de economía de mercado se le opone el sistema socialista bajo el rótulo de socialismo, economía centralmente planificada, capitalismo de Estado, colectivismo y comunismo que expresan sistemas económicos en los que, con diferente graduación de intensidad, el hombre deja de ser medio y fin para convertirse solamente en medio al servicio del Estado que asigna a cada uno el rol que tiene que cumplir en la sociedad, tanto en la vida política como en la civil y dentro de ésta, en sus relaciones económicas, sustituyendo por el propio imperio las decisiones que le corresponden al consumidor.

Desde que hemos admitido que el liberalismo acepta cierta intervención del Estado, es necesario clarificar qué se entiende por intervencionismo del Estado en la economía, cuáles son sus límites y alcances.

En efecto, debemos distinguir la intervención que admite el sistema económico de la Constitución, de la intervención del Estado en la economía como política y objetivo esencial, que para nosotros es lo que se debería realmente llamar intervencionismo. Distinguimos que una cosa es la intervención del Estado en la economía con ciertas limita-

ciones y otra es el intervencionismo como política con el objeto 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 de 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 otra subcategoría de intervencionismo, la que llamamos el 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, sino como una necesidad para suplir la ausencia de la actividad privada del mercado en ciertas situaciones o bien para coadyuvar a superar los obstáculos que impidan el libre acceso de las reglas de la competencia.

En épocas de cambio como las que vivimos, parece signo de obsolescencia o de inadaptabilidad a los nuevos tiempos, el sostener ideas antiguas. No nos consideramos arcai-

cos ni obsoletos, pero reafirmamos y revivimos ideas y conceptos viejos, como expresión de convicción y de coherencia; quizás lo que sostuvimos años atrás era en ese entonces visto como ridículo o impracticable y ahora es aceptado con mayor consenso.

En 1959, en una monografía que hicimos bajo el título *Nociones de desarrollo económico* expusimos los siguientes conceptos que vamos a repetir con perdón de muchos que ya los han leído u oído en otras oportunidades, pero nos parece atrevido y peligroso ensayar una nueva improvisación para dar sensación de "aggiornamento". Preferimos remitirnos a lo antiguo. Hace treinte años dijimos:

"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. No es una anacrónica reminiscencia liberal el sostener que el Estado debe, ante todo, cumplir las funciones esenciales en materia de defensa exterior, seguridad interior, justicia, sanidad, educación, obras públicas, infraestructura, etc. 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 de predicar libertades absolutas que conducen al libertinaje o anarquismo. No niega los derechos sociales, sino que los sostiene como base de toda política y lo confirma la experiencia de que en los países más liberales los trabajadores han alcanzado niveles de vida incomparablemente superiores a los que se ofrecen en las naciones socialistas... 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 in-

dividual y la libre competencia mediante la regulación de aquellos aspectos del mercado que no están en condiciones propicias para ello, actuando a través de la política monetaria, arancelaria y fiscal y siempre subsidiaria o 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. Pero, 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".

En términos de la realidad actual, añadiríamos a lo dicho que es necesario 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: la intervención del Estado, por la naturaleza de los recursos empleados, no significa 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 o supletoria del Estado en la economía. Concluimos en que esta forma de intervención es la que admite el sistema económico de la Constitución Nacional.

En momentos en que en distintas latitudes del mundo los pueblos se rebelan contra el yugo comunista, en que caen regímenes opresivos o cuando menos autoritarios, para ser reemplazados por formas democráticas, en que en general soplan vientos en favor de la liberalización de los regímenes políticos y de los sistemas económicos, no puede me-

nos que aceptarse que es una realidad en el presente el retorno del liberalismo como una tentativa razonada de reinscribirse en la historia de las ideas, en el orden económico y en las instituciones políticas.

Pero es necesario poner la verdad en su punto y señalar que el retorno al liberalismo debe ser al verdadero y auténtico, no al que muchos gustan de enrolarse para predicarlo en la palabra y negarlo en los hechos y conductas. Es una trampa ideológica y política titularse liberal y reclamar del Estado subsidios, protecciones a la producción, precios sostén o mínimos para artículos determinados, promociones sectoriales o regionales con beneficios fiscales, crediticios y tarifarios, crédito a tasa de interés real negativa y muchas otras demandas mediante las cuales se elude la decisión del mercado y la elección del consumidor, para reemplazarla por el privilegio o la prebenda concedida por la autoridad. No es tampoco retornar al liberalismo salir de monopolios estatales para entrar en monopolios privados porque éstos, igual que aquéllos, implican la negación de la competencia y sin competencia ni apertura económica no hay economía de mercado. Tampoco es liberalismo el escudarse en las indefiniciones del pragmatismo.

Para nosotros el llamado retorno al liberalismo no es sino el retorno a la letra y al espíritu de la Constitución de 1853 - 1860. Aplicar los principios políticos y económicos de nuestra Constitución histórica, como lo hicieron los estadistas que gobernaron la Nación en las últimas décadas del siglo pasado y en las primeras del presente, colocando a la Argentina entre las primeras potencias del mundo por su nivel económico, social y cultural, no es patrimonio reservado a gobernantes iluminados ni a corrientes políticas de excepción, sino el resultado de una acción de gobierno inspirada en dos ideas rectoras: una, que sin el más estricto respeto del orden jurídico propio de un estado de derecho, ni el liberalismo ni ningún otro sistema económico encuentran legitimidad en su acción ni perspectivas en su desarrollo, y otra, que el hombre y la sociedad que él integra

constituyen el fin superior del Estado por encima de otras estructuras destinadas a servirlo y no a servirse de él como única vía para asegurar el bienestar general, garantía suprema de la Constitución Nacional la que, Dios mediante, esperamos se mantenga incólume en el devenir de los años para seguir rigiendo los destinos de las generaciones presentes y futuras.

LA RECEPCIÓN DEL SISTEMA ECONÓMICO DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL EN EL DERECHO PÚBLICO PROVINCIAL

Conferencia del académico correspondiente Dr. Pedro J. Frías, en el Seminario sobre el Régimen Económico de la Constitución Nacional, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, el 14 de agosto de 1990

1. *Las Constituciones originarias.* Sancionada la Constitución de 1853, la recepción del sistema económico [1] en las leyes fundamentales de provincia se produjo sin alteraciones. La susceptibilidad estuvo reservada a las relaciones de Iglesia y Estado. Conforme al art. 5, las provincias dictaron para sí una Constitución, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución nacional. Asumen pues la propiedad inviolable como espacio de personalización (Bidart Campos) y respetan espontáneamente las atribuciones del Congreso para dictar los códigos de fondo y unificar así el país.

Hasta hace poco, las constituciones vigentes habían sido dictadas entre 1895-1907, 1923-1935 y 1957-1962. Los hitos son 1853, 1949 y 1956, a causa de la primitiva sanción, de su reforma en 1949 y de su abrogación en 1956. Hay pues ciclos provinciales espontáneos y otros inducidos por la historia nacional. El que se inicia en 1985, que lleva producidas reformas profundas en nueve constituciones y proceguirá en Formosa y Tierra del Fuego y quizás en Entre Ríos, el Chaco y Mendoza, es expresión de la energía autonómica de las provincias mismas, porque se ha adelantado deliberadamente a la eventual reforma nacional.

[1] Lo sintetizamos en las libertades económicas del sistema político liberal, con intervención subsidiaria del Estado en orden al bien común. Cfr. HORACIO GARCÍA BELSUNCE, *El sistema económico de la Constitución*, en "Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires", Nº 26.

Las circunstancias hicieron que el desarrollo estimulado por el régimen constitucional no fuera parejo en todo el territorio. Esquiú, por ejemplo, proyectó una constitución para Catamarca e incluyó un artículo que cito de memoria: "La falta de industrias y de recursos en la provincia se corresponderá con la austeridad del gasto público". Esquiú mismo ha recordado cómo se burlaban de su constitución: "me han dicho que la llaman monástica, pero sólo de paso para no hacerle mucho ni poco honor".

2. *El constitucionalismo social antes y después de 1949.*

2.1. *El contorno histórico.*

En la Argentina hubo predisposición favorable y temprana recepción de los institutos legales del Estado social de derecho. A partir de la primera guerra mundial se afianzan en la legislación nacional y provincial el ejercicio del poder de policía de trabajo y las normas sobre higiene, seguridad y previsión social. En provincia nacen la limitación de la jornada y el arbitraje obligatorio. Las cláusulas económico-sociales aparecen en cada reforma de constituciones locales, pero en su mayoría asociadas a dos ciclos: la adaptación de todas a la reforma nacional de 1949 y la provincialización de los territorios nacionales que, convocados a constituirse, dictan su ley fundamental.

Cuando en 1927 la provincia de San Juan acoge en su Constitución un texto que prevé humanizar las relaciones del capital y el trabajo mediante un "mínimo de seguridad económica", se registran las cifras récord del comercio exterior argentino y ninguna presión importante del Estado ni sobre el Estado para su intervención en la economía. No nacen, pues, las cláusulas del infortunio ni del pesimismo, aunque la Gran Depresión de 1929 estaba próxima.

Tampoco deben vencer resistencias exageradas, no siem-

pre explícitas en sus motivaciones profundas. Las cláusulas surgen en las constituciones como reconocimiento de una socialización creciente —de ingresos, de oportunidades, de derechos y deberes—, por obra de tendencias populistas que interpretan a la periferia pobre de una incipiente sociedad urbano-industrial y por el realismo del propio *statu quo,* que en el ajuste de un equilibrio de fuerzas, especula con que *"plus on change, plus c'est la même chose".*

Si la técnica constitucional no se preocupó de formularlas operativamente, tampoco el crecimiento económico y el comportamiento social ayudaron siempre a su desarrollo. La política logró en definitiva más construir ilusiones que construir un futuro y las declaraciones que Loewenstein llamó "semánticas" les fueron perfectamente coherentes.

2.2. *Sinopsis.*

De las constituciones anteriores a 1949, en las catorce provincias fundadoras de la nacionalidad argentina, la de Entre Ríos era la más precisa en anticipar los planteos del constitucionalismo social. En general, la preceptiva es muy sobria y las constituciones dictadas con motivo de la reforma nacional de 1949 [2] repiten los textos de la Constitución nacional. En cambio, las ocho nuevas provincias argentinas revelan un mayor afán creador, aunque deben señalarse imprecisiones de método y lenguaje y un afán de extender su competencia.

La inquietud de una renovación social de la actividad económica se manifiesta en los textos y en los preámbulos. Se trata más bien de una animación social de las estruc-

[2] La Constitución nacional de 1949 dispuso por cláusula transitoria que las Legislaturas se convirtieran en Convenciones para adaptar sus leyes fundamentales. Apenas algún debate dio dignidad a la tarea de copia. La proclama del 27 de abril de 1956 de la Revolución Libertadora, declaró vigente la Constitución de 1853 y sus reformas, con exclusión de las de 1949. También quedó abrogada en las provincias. La Convención de 1957 legitimó esta derogación.

turas existentes que de una reforma, aunque un cambio se insinúa con firmeza respecto de la propiedad rural, de la empresa y del fuero sindical. La democracia política tiende a desarrollarse como democracia social, sin volverse contra aquélla.

La inquietud apunta desde los mismos preámbulos, bajo la exigencia de una más justa y equitativa "distribución de la riqueza" (Chubut y Santa Cruz), de "una sociedad sin privilegios" (Neuquén) y de "afianzar la democracia política, económica y social" (Chaco).

Los deberes se asocian a los derechos bajo el título de "solidaridad humana" y de prohibición de "toda forma de explotación" o por "deber de contribuir, de acuerdo a sus posibilidades, al bienestar común y el correlativo derecho de participar en sus beneficios" (Chaco y Misiones).

La función privada y la función social de la economía son afirmadas en diversos aspectos. Porque la función privada es garantizada, se protege la "iniciativa privada" (Santa Cruz y Chubut), pero la función social preocupa bastante más, con la prohibición de todo abuso de poder económico (Santa Cruz, Chubut y Río Negro) y la intervención de la provincia en la economía sin hacer de ella una actividad estatal.

El constituyente provincial ha excedido su competencia en varios casos. Chubut y Chaco trasforman en "participación" y "control" la colaboración en la dirección de la empresa de la Constitución nacional. Neuquén prohíbe el trabajo incentivado. Santa Cruz y Neuquén aseguran al dirigente sindical no ser perseguido ni arrestado por sus actividades sindicales. Los ejemplos pueden multiplicarse. Es una actitud de reivindicación provinciana sobre el contrato de trabajo o sobre el régimen de propiedad, del comercio y de la industria.

2.3. *Evaluación.*

Puede estimarse que en la Argentina las cláusulas económico-sociales en el derecho constitucional y provincial no han añadido eficacia al sistema que intentaban expresar, pero sí lo han consagrado y han prefigurado limitadamente un Estado social de derecho.

No han añadido eficacia al sistema porque la que han logrado nace de la capacidad de regulación de la legislación ordinaria obrando con los demás elementos conformadores del bienestar de una sociedad. Las condiciones locales influyen en la calidad de vida, pero el *status* personal que subyace le debe casi todo al ordenamiento nacional, que además, en lo jurídico, tiene vigencia en todo el país.

Las provincias debieran en sus constituciones asumir las declaraciones de ese carácter que contenga la Constitución nacional. Una norma de recepción inalterable es la que mejor traduce la supremacía de la ley fundamental. Y testimoniada así la unidad del derecho público argentino, las cláusulas debieran pasar a preocuparse de todo lo que es competencia provincial.

Los poderes conservados por las provincias, los concurrentes y los concertados interjurisdiccionalmente serán la materia del derecho constitucional provincial en lo económico-social. Si el derecho de familia, la propiedad, el contrato de trabajo no son de su competencia, lo son la educación, la salud, el ambiente, el desarrollo, la seguridad social, y tantos otros en medida no desdeñable.

No hay que exceder la competencia; hay que profundizarla. Si las provincias no la ejercen, queda en conjetura; si la desbordan, es falsa expectativa.

3. *El ciclo constituyente provincial (1985-1990).*

3.1. *Interpretación sistemática: economía social de mercado.*

Todo será más claro si desde el principio decimos que así como el personaje de Molière hacía prosa sin saberlo, nuestras constituciones hacen economía social de mercado sin decirlo.

Es una construcción coherente con el Estado social de derecho. Si el Estado de derecho es insuficiente y ha requerido la corrección solidarista, la economía de mercado, simétricamente, no se basta a sí misma y ha reclamado ciertas intervenciones sociales.

¿Economía de mercado? Está sin nombrarla en la propiedad privada inviolable, en la libre iniciativa, alguna vez en la función supletoria del Estado. ¿Economía social? Sí, explícitamente; y además porque está al servicio del hombre; porque el capital se orienta al crecimiento de la economía en función social; porque los beneficios del crecimiento son distribuidos equitativa y solidariamente; porque se excluyen los monopolios, la usura y la especulación; porque hay planeamiento indicativo.

El mercado fija los precios según la oferta y la demanda. La responsabilidad personal se apoya en la propiedad, como espacio de autonomía, y libera su energía en las iniciativas económicas. Pero, como está al servicio del hombre, no bastan las reglas del mercado ni en nombre de la racionalidad económica, de la tecnología o de la promoción del bienestar. Por eso la planificación indicativa y alguna intervención de la provincia. El principio de subsidiariedad está implícito para aconsejar al Estado no emprender sino lo que excede a los individuos y a los grupos sociales.

Contraría este modelo —si es que de modelo se trata— un cierto estilo de pensar: en Santiago, esa suerte de orden hegemónico creado desde lo público por desconfianza al orden social espontáneo y al futuro legislador; en La Rioja, la pretensión inconstitucional de organizar la empresa pri-

vada. Son expresiones de una mentalidad reguladora que aun vencida se resiste a desaparecer.

Los textos constitucionales no son uniformemente precisos; a veces son bastante ambiguos. Tampoco será unánime nuestra interpretación de que hacen economía social de mercado sin decirlo. El debate en Europa lo demuestra. De esa polémica hay cuestiones que interesan a los especialistas y otras a cada ciudadano.

Los operadores de ese sistema pueden aproximarlo al neoliberal o, al contrario, a los socialismos, con la salvedad de que no podrán, sin burlarse de la Constitución, ni renunciar a la equidad ni sofocar la libertad del mercado.

Contrariando este esquema, las Constituciones de L. R., R. N. y Cat. aseguran como derecho del trabajador la "cogestión y la autogestión en la dirección de las empresas".

Para los sujetos económicos privados rige la competencia. Para los públicos no siempre. En Jujuy el Estado se abstiene; en Córdoba comparte responsabilidades con los empresarios y los trabajadores; en La Rioja regula las actividades económicas para armonizar la libre iniciativa privada con los derechos de la persona y la comunidad. Pero es difícil que estos textos diferentes marquen conductas opuestas. De todos modos, la economía social de mercado en la Argentina deberá contar por un tiempo más con los hábitos corporativos y un Estado que devora a sus hijos para protegerlos.

Son inconmovibles en el sistema la propiedad, la competencia, la productividad y la solidaridad. Ésta es la temperatura constitucional. Los hechos sociales y aun las desviaciones dan la sensación térmica. Pero a decir verdad, en lo esencial, son la Constitución nacional y la administración central las que hacen el buen y el mal tiempo.

3.2. *Recursos naturales.*

Entre la flexibilidad de Córdoba y las previsiones minuciosas de Santiago del Estero, los recursos naturales son materia de políticas explícitas.

El art. 68 de Córdoba, de rico contenido, puede generalizar otros textos más reglamentarios. Exige conjugar el dominio provincial, el aprovechamiento racional y el equilibrio ecológico. Esta visión global permite particularizar sobre algunos recursos: *a*) preservación del patrimonio arqueológico, paisajístico y ambiental; *b*) aptitud productiva de la tierra; *c*) el interés general en las aguas del dominio público; *d*) la explotación racional de los bosques y la reforestación.

Las afirmaciones del dominio provincial pueden ser entendidas en coherencia con el texto que he propuesto, sea para un acuerdo federal que reajuste las relaciones Nación-provincias, sea para la reforma nacional. Dice así: "Las provincias tienen el dominio institucional de su territorio y de los recursos naturales procedentes del suelo, subsuelo, espacio aéreo y litoral marítimo. Cuando se trate de hidrocarburos o recursos vivos del mar después de las tres millas, su explotación se concertará con la Nación, asegurando a las provincias industrialización local cuando sea económicamente posible, tarifas diferenciales y regalías que no podrán aplicarse en gastos de funcionamiento de las provincias" (Frías, *Alternativas federales en la reforma nacional,* "El Derecho", 30/9/87).

Nuestra propuesta ha sido confirmada con la autoridad de Bidart Campos y Cano (*La energía en una eventual reforma constitucional,* revista "Ambiente y Recursos Naturales", ju.-set. 1987, p. 11).

También coincide en esta reivindicación por parte de las provincias, el dictamen del Consejo de Consolidación de la Democracia, que dice lo siguiente:

"Lo relativo al régimen de los recursos naturales, cuya propiedad se debería asignar explícitamente a las provincias,

sin perjuicio de que su explotación correspondiere a las provincias y/o a la Nación y/o a los particulares, según los acuerdos celebrados entre la Nación y las provincias. Se podría crear la alternativa de que el Estado nacional de alguna manera supervise o controle la explotación de los recursos naturales, especialmente cuando esa función es asumida por terceros. Se trata de una alternativa que, de alguna manera, cercena el poder de las provincias. Es sabido, por otra parte, que el Estado nacional ha avanzado en exceso sobre las provincias al nacionalizar los minerales energéticos, las caídas de agua y el mar territorial. Sin embargo, ante la desigualdad de las provincias en cuanto a sus recursos naturales y fuentes de riqueza, se considera necesario instituir mecanismos de redistribución, de forma tal que las provincias y el pueblo de cada una de ellas crezca y se desarrolle armónicamente. No hay que olvidar que el Estado federal es una empresa cooperativa entre los distintos Estados provinciales; y en consecuencia, los distintos Estados miembros no sólo deben compartir el trabajo y el esfuerzo comunitario, sino también las riquezas y los beneficios del sistema (ética de la solidaridad)".

Las claves que hemos sugerido para generalizar la interpretación de diez constituciones, no siempre coinciden con modalidades particulares. S., 113, o S. L., 88, p. ej., agregan que "el Estado nacional no podrá disponer sobre estos recursos de la Provincia sin el previo acuerdo de ésta, expresado por ley". Pero vigente como está una ley de nacionalización de hidrocarburos que no ha sido declarada inconstitucional, la Nación no se sentirá coartada por esta cláusula condicionante [3].

Las constituciones particularizan, en materia de recursos naturales, con la *tierra* (C., 68; J., 74; L. R., 61; S., 79; S. J., 114/5; S. E., 54/8): "bien de trabajo y de producción" o "de producción, y no de renta"; con las *aguas* (C., 68; J., 75; L. R., 63; R. N., 71; S., 81; S. J., 117; S. L., 88; y S. E.,

3 Las iniciales corresponden al nombre de las provincias.

59/61), su regulación y sus concesiones; con los *bosques* y la protección de las tierras forestales (C., 68; J., 76; S., 82; S. J., 116; y S. E., 62); con los recursos ictícolas (R. N., 72).

Varias constituciones emplazan en este capítulo la inviolabilidad de la propiedad privada y su función social o la libre iniciativa y la exclusión del abuso de poder económico, Imposible particularizar con varios otros temas, como cooperativismo, colonización, etc.

3.3. *Régimen financiero.*

Las materias tratadas son impuestos, planeamiento, presupuesto, tesoro provincial, créditos públicos, servicios, agentes públicos y accidentalmente otras.

Para mejor inteligencia de los instrumentos financieros hacemos una referencia previa. Los gastos provinciales atienden necesidades locales, pero hay también servicios de esta naturaleza mantenidos por la Nación, en razón de que la apropiación de poderes impositivos la favoreció durante cuatro décadas, lo que ha originado un mecanismo oculto de distribución de recursos federales entre jurisdicciones locales.

En segundo lugar, los ingresos provinciales se forman con tributos de recaudación propia, regalías en compensación de recursos naturales, ingresos recaudados por la Nación y distribuidos por la coparticipación federal, más los aportes del Tesoro nacional para cubrir el déficit provincial.

En tercer lugar, hay que admitir que el presupuesto nacional promovió la concentración de actividades económicas en el área metropolitana, en menoscabo de las economías regionales.

Fijado así el marco externo de las finanzas provinciales, podemos singularizar algunos de los temas comunes.

El *planeamiento* es indicativo para el sector privado, con mención a la participación social y a la integración regional.

Del *presupuesto,* se prevé o no que sea por más de un ejercicio o la reconducción automática del fenecido si no hay sanción oportuna o la iniciativa del Poder Ejecutivo o la exclusión de normas ajenas al cálculo de gastos y recursos.

En *impuestos,* subyace el principio de su función económico-social. Sus principios son "legalidad, equidad, capacidad contributiva, uniformidad y certeza" (C., 71) o "igualdad, proporcionalidad y progresividad" (L. R., 71).

Los ingresos del *Tesoro* provincial matizan los que expusimos como referencia previa e incorporan las reparaciones por los efectos negativos de las políticas nacionales a que hicimos mención en la cláusula federal.

La autorización de *empréstitos* sigue las reglas conocidas, con alguna limitación innovadora, como la de L. R., 70, que sólo autoriza operaciones sobre el crédito de la Provincia para obras públicas.

En las *contrataciones* del Estado provincial o los municipios, C., 74, introduce la exigencia de leyes u ordenanzas específicas, mediante el procedimiento de selección, criterio más flexible que el de J., 85, que exige subasta pública o licitación pública previa, salvo excepción dispuesta por ley.

Las constituciones que se ocupan en este capítulo de los *servicios públicos* los atribuyen a la Provincia o a los municipios, según su naturaleza, pudiendo ser concedidos a los particulares. C., 75, es explícita: "pueden prestarse directamente, o por medio de cooperativas o sociedades de economía mixta y por particulares". L. R., 64, da preferencia a las cooperativas.

En cuanto a los *agentes públicos,* son limitadas aquí las menciones: J., 80, 4, estatuye que "sólo se crearán los empleos estrictamente necesarios", con lo que se distancia de la política permisiva de varias provincias que han creído poder "gastar como se quiera y recaudar como se pueda". C., 76, condiciona la remuneración "con participación previa y por gremio. . . sobre la base que a igual tarea corresponde igual remuneración".

No conviene olvidar la previsión de S., 83, y J. 84, que revierten en todo o en parte las *regalías* a las subregiones de que provienen los recursos naturales.

Para una mayor ilustración, remitimos a: Domingo F. Cavallo y Juan A. Zapata, *El desafío federal,* Sudamericana-Planeta, Bs. As., 1986; Pedro J. Frías y otros, *Derecho público provincial,* Depalma, Bs. As., 1987; y Héctor B. Villegas, *Curso de finanzas, derecho financiero y tributario,* Bs. As., 1972.

4. *Algunos interrogantes.* De lo que llevamos dicho, surgen algunas cuestiones, v.gr.:

1. ¿Todas las prescripciones son normas jurídicas vinculantes?
2. ¿Son directamente operativas?
3. ¿Hay un modelo económico en estas Constituciones?
4. ¿Qué pensar de la autogestión?
5. La inconstitucionalidad por omisión.

La naturaleza de las normas. Desde que junto a la Constitución política, con sus mecanismos institucionales de limitación del Poder, emerge un ordenamiento económico social, se plantean al jurista dos cuestiones importantes: si todas las disposiciones obligan de la misma manera y si sostienen —explícita o implícitamente— un modelo económico.

La primera cuestión se desdobla en otras dos: 1) ¿Se trata de normas jurídicas?; 2) ¿Son directamente operativas o no?

Pedro Escribano Collado ("El orden económico en la Constitución Española de 1978" en *Revista Española de Derecho Constitucional,* 1985, Nº 14, p. 77) describe el debate entre quienes creen que se trata de verdaderas normas y los que creen que son declaraciones políticas o, a lo sumo, normas jurídicas pero carentes de una proposición normativa específica, consistiendo casi siempre en criterios interpretativos para la gestión pública al momento de hacer las

leyes, aplicarlas o interpretarlas. Garrido Falla es el principal intérprete de esta corriente. Su argumento es de fondo: "por el simple hecho de que un precepto se incluya en un texto constitucional, no queda, sin más, convertido en norma jurídica. Es necesario, además, que tenga estructura lógica de norma jurídica: que sea una orden, mandato o prohibición —con la necesaria consecuencia por su incumplimiento— o, en definitiva, que delimite esferas de correlativos derechos y deberes en resujetos. Lo demás es pura retórica constitucional". Esta palabra "retórica" la aplicó varias veces a los derechos sociales el Presidente de la Corte Constitucional de España, Tomás y Valiente.

Eduardo García de Enterría encabeza la doctrina contraria que es la que ha hecho suya el Tribunal Constitucional, que ha sostenido que "la Constitución, lejos de ser un mero catálogo de principios de no inmediata vinculación y de no inmediato cumplimiento hasta que sean objeto de desarrollo por vía legal, es una norma jurídica, la norma suprema de nuestro ordenamiento, y en cuanto tal tanto los ciudadanos como todos los poderes públicos... están sujetos a ella". Se trata de mandatos imperativos, cuya singularidad estriba en que la norma constitucional emplea proposiciones finalistas o de resultado para los poderes públicos, imponiéndoles un estándar de actuación, cuya determinación puntual no se encuentra siempre en la propia norma, sino que se atribuye a los órganos habilitados.

Operatividad de las normas. Dejo sin cerrar este debate, porque más importante es para nosotros saber si la condición de normas jurídicas plenas conlleva su directa operatividad. Ya se sabe que la Constitución de Salta lo ha entendido así, que la de Córdoba lo reconoce siempre que no requiera legislación complementaria y que otras han preferido una redacción que acentúe la finalidad programática.

La distinción que formulamos entre nosotros de normas directas operativas o no es más bien en Europa entre normas completas o incompletas. Las primeras pueden actuar-

se de inmediato porque describen el supuesto de hecho y su consecuencia práctica. Las segundas reenvían al órgano de poder que debe efectuarlas.

Tengo bien en claro que los derechos fundamentales son operativos. Tengo bien en claro, también, que las políticas especiales del Estado y los derechos sociales no lo son, salvo que esté especificado —como dije— el supuesto hecho y la consecuencia práctica. Prefiero lo que la Constitución española dice de los "principios rectores" de la economía reconocidos en el capítulo 3º: "informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos" pero añade que "sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen".

Inconstitucionalidad por omisión. Para que no queden en pura promesa, la Constitución de Río Negro ha introducido la inconstitucionalidad por omisión. ¿De qué se trata? De hacer directamente operativa la prestación que requiera una legislación complementaria. ¿Cómo? El Superior Tribunal puede fijar el "plazo para que se subsane la omisión" y en el supuesto de incumplimiento integra el orden normativo resolviendo el caso con efecto limitado al mismo y, de no ser posible, determina el monto del resarcimiento a cargo del Estado conforme al perjuicio indemnizable que se acredite.

Nada parece más justo que este recurso, que cuenta con el auspicio de Bidart Campos y de quien ha influido sensatamente en este capítulo de la Constitución, nuestro académico Néstor P. Sagüés. Parece además el autocastigo ejemplar de un Estado que vacila en cumplir sus promesas.

¿Por qué dudar ante esta norma? Es difícil formularlo sin caer en contradicción. Pero estimo que es tan universal la crisis del Estado de bienestar-malestar, por la desproporción entre las expectativas humanas y los recursos disponibles, y tan aguda esa desproporción en la coyuntura argentina, que lo mejor será enemigo de lo bueno; la actuación

de la norma terminará acorralando a la provincia y acentuando la crisis del sector público. ("La Nación, "La experiencia bautismal de los constituyentes", 21-9-88.)

La economía social de mercado, ¿un modelo? Cuál es el modelo económico de una u otra Constitución, es materia de un debate que difícilmente se cierre. En Alemania Federal hay tres corrientes:

- la que considera que la Constitución se inspira en los principios de la economía de mercado, aunque corregido por la cláusula de Estado social (Nipperdey);
- la que cree que la Constitución se neutra (Düring, Krüger);
- la que le atribuye un sistema económico mixto (Huber).

El debate se prolonga en la Constitución española porque enuncia explícitamente a la economía de mercado.

No es el caso del nuevo constitucionalismo provincial argentino. Ni en el texto ni en los debates es cuestión de economía de mercado. Por eso no hablo de un modelo excluyente sino de principios con vigencia en nuestra memoria social convertidos en normas jurídicas. Cuando uno interpreta estas Constituciones, encuentra que han creado, sabiéndolo o no, un sistema. ¿Por qué sistema? Porque hay interrelación entre los protagonistas y los factores de producción que se subordinan todos al bien común.

El extraño caso de la autogestión. La Constitución de San Juan había citado la cogestión y la autogestión como quien abre un horizonte a la empresa contemporánea. Pero fue primero La Rioja y ahora Río Negro, en convenciones de mayorías políticas opuestas, las que quieren "cogestión o autogestión en la dirección".

Ante todo, no es competencia de la Provincia, pues la

organización de la empresa está reservada al Congreso. En segundo término, se dirá que no es norma completa y por tanto no es de aplicación directa, pero debe agregarse que es vinculante para el legislador. En tercer lugar, es sugestivo que los dos países de autogestión, Argelia y Yugoslavia, enfrentan estallidos sociales por haber defraudado las expectativas. Se agrega de Yugoslavia que ha sobrevivido por obra de veinte millones de turistas. En cuarto lugar, la autogestión puede volver a la actualidad porque la "perestroika" la necesita para democratizar el centralismo burocrático de la economía soviética.

Pero la autogestión tiene mala prensa. En la doctrina política no merece siquiera consideración. Quisiera matizar esta afirmación perentoria con un aporte sugestivo de Hélene Desbrousses-Peloille (*Representations de l'autogestion* en "Revue française de science politique", vol. 36, oct. 86, p. 606). La palabra misma de autogestión sugiere aproximaciones diversas, a punto tal que la autora se interroga en un artículo de densa elaboración sobre la estabilidad de la palabra, su posteridad, la fijación de su sentido en el vocabulario común, la variabilidad de sus connotaciones.

La concepción de la autogestión mejor fijada propone su propio modelo de "'autogestión social", libre desarrollo de los elementos más aptos en un medio social dado y la "selección natural" que implica corrección de las relaciones dominantes, contra la "heterogestión" por las fuerzas sociales representadas, y por el Estado. Por ello, ciertas concepciones en juego bajo la noción de autogestión pueden procurar substituir no solamente los sistemas de ideas de la "social democracia" o del "socialismo burocrático de Estado", sino también a los de la democracia representativa. Se trata menos de apartar al Estado que de proponer otra forma de Estado. ¿Podríamos decir que la autogestión es norma "antisistema"?

5. *Conclusiones.* La recepción del sistema económico de la Constitución nacional en provincia ha tenido cierta

estabilidad, pero con ritmo y rasgos propios. En los hechos, el constitucionalismo social ha producido una mutación, más como cambio *en* el sistema constitucional, que como cambio *de* sistema. Tanto en lo nacional, como en la competencia propia de las provincias, el sistema económico ha sido de hecho tributario de pautas culturales que, en ese momento argentino, parecen vincularse a la depresión y a la decadencia. Más "catálogo de ilusiones" que política programática, el constitucionalismo social tiene oportunidad de revalidarse si abandona las obsesiones del Estado de bienestar.

5.1. *La economía en la reforma nacional.* Quizás las páginas precedentes me autorizan a resumir las experiencias del derecho público provincial para una reforma nacional.

El debate sobre el diseño económico en la posible reforma de la Constitución Nacional está facilitado por tres antecedentes de diversa naturaleza:

1. El ciclo constituyente provincial ha difundido sin nombrarlos los instrumentos de economía social de mercado, aunque con ambigüedades y alguna norma anti-sistema como la autogestión en la dirección de la empresa; ha hecho explícitas también las políticas o declaraciones sociales y descubierto las opciones en materia de operatividad de esos derechos.

2. Desde el marco externo, dos circunstancias atenúan los riesgos: en Occidente se impone un nuevo trato entre Estado y sociedad al agotarse el ciclo de lo público que se inició en los años 30 con el Estado de bienestar; y en el mundo entero, se recentra el sistema político porque las sociedades que no siempre quieren ser gobernadas por el centro, quieren ser gobernadas desde el centro.

3. Al inclinarse el Presidente argentino por la economía popular de mercado, sugiere un modelo apropiado que podrá ahora constitucionalizarse.

La incorporación al nuevo texto constitucional de la economía popular de mercado, supone:

- la mención explícita de economía popular de mercado, para que pueda invocarse como modelo básico de la estructura económica de la Constitución;
- la función subsidiaria supletoria del estado (Const. de Córdoba y de Jujuy);
- la propiedad privada inviolable y su función social;
- el derecho de iniciativa económica (Juan Pablo II, *Sollicitudo rei socialis*);
- la solidaridad o equidad o justicia social y la correlativa exclusión de todo abuso de poder económico;
- el planeamiento indicativo supletorio del Estado;
- menciones eventuales (producción, competencia, etc.).

La interrelación entre estos valores económicos aumentará la ambigüedad del texto en comparación con los vigentes, pero puede estimarse inevitable en atención a la experiencia de Occidente y a la tradición argentina.

5.2. *Las políticas sociales*

La declaración de derechos sociales corresponde al constitucionalismo latino pero la Argentina suele aumentar el énfasis. La batalla debe darse sobre todo en relación a la operatividad de los derechos.

Si se tiene en cuenta que en el comunicado sobre reforma constitucional que suscribieron el ex Presidente Alfonsín y el Dr. A. Cafiero se habló de la "necesaria operatividad" de los derechos sociales, puede anticiparse que la fórmula no resultará pacífica. Y si los derechos al trabajo, a la vivienda digna y tantos otros son directamente operativos, y no simplemente programáticos, el sistema productivo no podrá satisfacer tantos requerimientos postergados.

Lo más seguro sería adoptar la prudencia de la Constitución española (art. 53.3), que he preferido al revisar el texto de la Constitución del Neuquén: las declaraciones sobre política social inspirarán toda gestión pública pero "sólo podrán ser alegadas ante la jurisdicción ordinaria las leyes que las desarrollen". No han faltado críticas a esta norma, pero parece preferible.

LA LIBERTAD DE NAVEGACIÓN Y COMERCIO Y EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL

Conferencia del señor académico Dr. Federico N. Videla Escalada, en el Seminario sobre el Régimen Económico de la Constitución Nacional, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, el 20 de noviembre de 1990

I. INTRODUCCIÓN

El tema que hoy abordamos dentro del Seminario sobre el régimen económico de la Constitución Nacional presenta una característica particular, que nos impone la necesidad de tratarlo con una metodología diferente de la utilizada en las reuniones anteriores.

Fácil es comprender de donde deriva esta situación específica: en el momento de sancionarse nuestra Carta Magna, la aviación era todavía una ilusión de visionarios y, por consiguiente, el transporte aéreo carecía de presencia en el mundo de 1853.

En muchas materias, nuestros constituyentes se adelantaron a su época y legislaron con admirable visión de futuro, pero lógicamente no pretendieron elaborar soluciones destinadas a tener vigencia en el campo de la fantasía, sino que se atuvieron a las realidades, fueran ellas presentes en su tiempo o que, al menos, estuvieran en germen.

Aquí se marca la gran diferencia entre el legislador conciente, capaz de prever el mañana y adecuar a las previsiones razonables los preceptos que elabora y el visionario que, por admirable que sea su imaginación, transita el terreno de la fantasía.

Conforme a la aplicación de este sabio criterio, nada encontramos en la Constitución referido a la aviación ni al transporte aéreo.

Pero, por otra parte, tanto la una como el otro, han nacido y se han desarrollado espectacularmente en el lapso de casi el siglo y medio transcurrido desde que entró en vigencia nuestra Constitución y la hora en que se lleva a cabo este Seminario.

El nacimiento de la aviación y, especialmente, la importancia adquirida por el transporte aéreo como medio de comunicación y como factor relevante en el campo económico, no permiten prescindir de su consideración en un estudio sobre una materia como la que analiza el seminario y esto plantea, como dije, una situación muy especial.

Es sabido que el derecho positivo no puede mostrar lagunas respecto a las relaciones jurídicas que vinculen a las personas que, por razones personales o territoriales, estén comprendidas en la jurisdicción del Estado donde aquél rige.

De ahí que, frente al silencio de los preceptos legales, deba recurrirse a la interpretación para resolver cualquier cuestión o situación de derecho.

Por eso, nuestro Código Civil enfrenta el problema a través de su artículo 16 que establece que, cuando no puede resolverse un conflicto de derechos comprendidos en el ámbito de esa ley medular ni por su letra ni por su espíritu, debe recurrirse a las leyes análogas y si aun así no hubiese solución, a la aplicación de los principios generales del derecho.

Contemplemos a la Constitución Nacional con esta óptica y encontraremos una vía que estimo adecuada para el tratamiento del tema que hoy nos ocupa y hagámoslo con el sentido necesario para apreciar que, por su carácter de ley fundamental, deben encontrarse en su espíritu soluciones para las cuestiones de interés general, que hacen al bien común de nuestro pueblo.

Y además utilizaremos la analogía, pauta también mencionada en el recordado artículo del Código Civil.

La línea de pensamiento enunciada nos llevará, en primer término, a determinar cuál hubiera sido la solución de

nuestra Constitución si la aviación y el transporte aéreo hubiesen existido cuando fue redactada. Nada encontramos en su letra, pero su espíritu nos proveerá de una orientación definida, que puede guiarnos en la solución del problema que conforma nuestra investigación.

Y la analogía ha de ser un instrumento complementario valioso que proveerá elementos dignos de consideración y útiles para el desarrollo de nuestra labor interpretativa.

Desde ahora, cabe afirmar que, en el primer aspecto, el espíritu de la Constitución refleja una posición sumamente abierta y tendiente a favorecer la libertad, fomentar la actividad económica, apoyar la industria y el comercio y atraer al extranjero capaz y trabajador y a su capital para aumentar la masa de bienes, el patrimonio de nuestro país.

La analogía, por su parte, ha de servirnos para utilizar los preceptos constitucionales referidos a las actividades que mayor afinidad tienen con las que constituyen el objeto de nuestra tarea de hoy.

No había en 1853 actividad aeronáutica, pero sí navegación por agua y, tanto la marítima, con su marcado tinte internacional, como la fluvial, que dio lugar a consideraciones políticas muy particulares vinculadas con la conformación geográfica y la geopolítica de nuestro país, presentan claras similitudes con la aeronavegación, punto de partida de nuestro tema.

En realidad, en el ámbito de la aviación, cabe distinguir dos sectores, uno de orden general y preeminente relación con lo técnico, la navegación aérea en sí misma, y el otro dotado de un contenido específico, típicamente mercantil, que comprende lo vinculado con la aeronáutica comercial, donde se sitúa el transporte junto al trabajo aéreo.

De ellos, sólo me corresponde el tratamiento del primero.

Para proceder ordenadamente, se hace necesario distinguir entre los sectores mencionados y ello conduce, por la vía de la analogía, a considerar las soluciones que la Constitución Nacional ha dado, por una parte, al tema de la navegación en sí misma ,y por otra, a lo atinente al comercio.

De acuerdo con estos lineamientos, he de proceder a la exposición del tema que me ha sido asignado.

Por consiguiente, después de referirme a su espíritu, recordaré inicialmente el régimen que nuestra Carta Magna estableció respecto a la navegación y, luego, formularé igual recordación con las normas atinentes al comercio.

En este último aspecto, por lógicas razones de tiempo y también por el mayor interés que reviste, por la internacionalidad característica del Derecho Aeronáutico, sólo he de concretarme a contemplar el régimen jurídico del transporte aéreo internacional, tal como resulta del texto mismo del tema de esta exposición.

Y, desde ahora, deseo adelantar que en lo relativo al funcionamiento del transporte aéreo y especialmente de los servicios regulares, he de comparar el régimen que le atribuiría nuestra Constitución, sobre la base de los elementos de interpretación antes mencionados, con el resultante de los textos internacionales elaborados a partir del Convenio de Chicago de 1944 y su evolución en los últimos tiempos, que ha de poner de relieve cómo se manifiesta actualmente una tendencia a acercar el sistema en cuestión a los principios inherentes al espíritu de la ley fundamental de nuestro país.

Esta reflexión final servirá para mostrar, en mi opinión, la sabiduría con que los constituyentes de 1853-60 trataron los temas referidos a la navegación y el comercio, que, por analogía, deben servir para interpretar el régimen económico de la Constitución en relación con la aeronavegación y el transporte aéreo.

II. EL SISTEMA DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL

1. *Los lineamientos generales del régimen económico de la Constitución Nacional*

Con relación a esta cuestión, es necesario recordar que, antes de 1810, lo que hoy es la Argentina había estado sujeta al dominio y la soberanía españoles como consecuencia de la extraordinaria epopeya de la colonización, iniciada en 1492.

Durante este tiempo, la aplicación de las normas vigentes en España y las Leyes de Indias había conformado una regulación presidida por los principios del mercantilismo y un régimen cerrado, donde sólo tenía cabida legal la navegación de los buques de aquel país y regían severas restricciones al comercio entre las Colonias y otros pueblos de la Tierra.

Es sabido que esto engendró un sentimiento contrario al régimen monopólico que se puso de manifiesto, inclusive, a través de expresiones muy conocidas de algunos de nuestros próceres más representativos, como Manuel Belgrano durante su gestión en el Consulado y Mariano Moreno en la Representación de los Hacendados.

Creo que aquella normativa colonial contribuyó por reacción a dar fuerza al sentimiento favorable a la libertad, no sólo en el terreno político sino también en el de la economía.

La Constitución refleja este modo de pensar, que aparece claramente expuesto en las obras de Juan Bautista Alberdi, especialmente en el *Sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina.*

No es mi intención desarrollar el comentario de lo dicho por el ilustre autor de las *Bases,* pero no creo posible dejar de ponderar la presentación de las doctrinas económicas que expone la obra primeramente mencionada.

Considero oportuno señalar que no sólo criticó acerba-

mente al mercantilismo, sino que, con diáfana información sobre las nuevas ideas que aparecían en los medios económicos de Europa, formuló comentarios valiosos sobre el socialismo, respecto al cual no ocultó su posición contraria, y se refirió a los inconvenientes derivados de la intervención del Estado en materias donde ella no fuese indispensable.

Sintéticamente, puede afirmarse que las enseñanzas de la historia anterior al despertar del 25 de Mayo, las ideas de los más preclaros pensadores y dirigentes argentinos y la conciencia adquirida por la población sobre los beneficios de la libertad en todos los terrenos, explican en gran medida la orientación de la Constitución Nacional.

Ésta se manifestó terminantemente en favor de la libertad política y de la económica, estableció como un lineamiento muy firme la necesidad de anudar vínculos y comunicaciones con los países europeos y americanos e incluyó normas claras y definidas en ese sentido.

De este modo conformó un sistema homogéneo, en el que no cabe señalar desviaciones y que permite sostener que, si hubiesen existido, la aviación y el transporte aéreo hubieran sido tratados con un criterio favorable a su libertad.

2. *La navegación en la Constitución Nacional*

Varios preceptos de nuestra ley fundamental se refieren a este tema. En una enumeración somera, cabe recordar a los artículos 14; 20; 25; 26; 27; 31; 67, incisos 9, 16 y 19; 86, inciso 14 y 108.

Algunas de las disposiciones incluidas en esta nómina se refieren a la navegación en general, mientras que otras apuntan estrictamente a la fluvial con específica referencia a los ríos interiores.

La sola mención del artículo 14 es altamente significativa, ya que implica recordar que, entre los derechos civiles de que gozan todos los habitantes de la Nación, se encuentra el de navegar, mencionado juntamente con el de

comerciar, enunciación que muestra una interesante ligazón entre las dos actividades que constituyen el meollo de nuestro estudio.

Y el artículo 20 reitera, en relación con los extranjeros, que éstos "pueden ejercer su industria, comercio y profesión" y también "navegar los ríos y costas".

Es decir, que en los dos preceptos en que están incluidos los derechos más generales de los habitantes y extranjeros, está mencionado el de navegar.

Se trata, por consiguiente, de una de las facultades o derechos subjetivos a los que la Constitución reconoce con mayor amplitud.

Esa amplitud sirve para imaginar disposiciones constitucionales relativas al derecho de volar, que se hubiesen incluido en su texto.

Sin duda, la manera como aparece aquella facultad en los artículos 14 y 20, cuando se los utiliza para determinar, por analogía, la medida que debe asignarse a la libertad de volar en el campo de nuestra investigación, conduce a afirmar que hubiera tenido plena vigencia el principio de libertad de circulación en el espacio aéreo de nuestro país.

Así está hoy establecido en el artículo 3 del Código Aeronáutico, cuya parte inicial dispone que "El despegue, la circulación y el aterrizaje de aeronaves es libre en el territorio argentino, sus aguas jurisdiccionales y el espacio aéreo que los cubre, en cuanto no fueren limitados por la legislación vigente..."

Esta última parte debe ser entendida conforme al artículo 28 de la Constitución.

Estrechamente relacionado con este principio, válido en lo atinente a la navegación por agua en virtud de expresas normas internacionales y, en materia aviatoria, sobre la base de una muy simple labor de interpretación, como la realizada, está el tema de la navegación por los ríos interiores, cuidadosamente considerado en la ley fundamental y tan reiteradamente explicado por Alberdi.

Aquí reviste importancia substancial el artículo 26 que determina que la navegación de los ríos interiores "es libre para todas las banderas" y agrega una frase que puede considerarse inspiradora de los términos recién recordados del artículo 3 del Código Aeronáutico.

En efecto, merece señalarse que también esa libertad de navegación debe ejercerse "con sujeción únicamente a los reglamentos que dicte la autoridad nacional".

Evidentemente, el artículo 26 es demostrativo del valor que se reconocía a la libertad de navegación por los ríos interiores, ya que ésta surge expresamente de la inclusión de la facultad de navegar en los artículos 14 y 20, pero ello no fue considerado suficiente por los constituyentes, sino que estimaron razonable dedicar a la circulación por los ríos interiores una norma especial, que contiene además una expresión muy elocuente al reconocer esta libertad para todas las banderas.

Se sabe que el tema constituyó uno de los puntos de enfrentamiento entre Buenos Aires y las demás provincias, diferencia de ideas que Alberdi atribuye a la diversa posición que las partes tenían en relación con la preeminencia del Puerto de Buenos Aires o su exclusividad.

El autor de las *Bases* consideraba la posición porteña una consecuencia de haberse aplicado durante tanto tiempo un régimen monopolístico como el que rigió durante la dominación hispánica.

Sea por esta circunstancia, que cabe calificar de política, o porque los constituyentes asignaron especial significación a la libertad de navegación por los ríos interiores, se refirieron a ella, no sólo en el citado artículo 26, sino en los preceptos que rigen las facultades del Congreso de la Nación y del Poder Ejecutivo.

En el inciso 9 del artículo 67 se dice que corresponde al primero "Reglamentar la libre navegación de los ríos interiores" y se agrega inmediatamente que también tiene la función de "habilitar los puertos que considere convenientes", de modo que la Constitución encomienda al Poder Legisla-

tivo la formulación de las leyes necesarias para asegurar de modo integral el funcionamiento del derecho de navegación en los ríos interiores.

Esto aparece complementado en el inciso 16, el que establece que le corresponde "Proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias", etc.

Entre los medios previstos se encuentra la construcción de canales navegables, que constituyen otro instrumento adecuado para el fomento de la navegación por el territorio nacional.

Finalmente, cabe recordar que la autoridad sobre la navegación está incluida entre las facultades delegadas por las provincias a la Nación, en el artículo 108.

De este rápido análisis de disposiciones constitucionales referidas a la navegación, aplicables por analogía a la aeronavegación interna, pueden extraerse algunas consecuencias positivas.

La utilización de este medio de interpretación permite sostener que, de haber existido la aviación en la época de la sanción de la Constitución Nacional, se le hubiera reconocido plenamente la libertad en el ámbito interno. Más aun, que se la hubiese fomentado y se hubiesen impulsado las medidas necesarias para propender a su crecimiento en todo el territorio, inclusive mediante la construcción de la infraestructura requerida para su desarrollo, afirmación ésta última que formulamos con apoyo en la facultad atribuida al Congreso en cuanto a la construcción de canales navegables y la habilitación de puertos.

A esto, cabe agregar que todo lo relativo a la aviación hubiese sido materia de legislación nacional, tal como, con relación a la circulación aérea en general y, en particular, con lo atinente al buen funcionamiento de los aerodromos destinados a la navegación aérea internacional e interprovincial, lo establece actualmente el artículo 197 del Código Aeronáutico.

En relación con la aviación internacional, también cabe

extraer algunas conclusiones derivadas de varios artículos del texto constitucional.

En primer lugar, hay que ponderar lo dispuesto por los artículos 14 y 20.

Bastan, en rigor, estas dos normas y relacionarlas con los principios generales que inspiran, en lo político y económico, al espíritu de nuestra Constitución, para opinar que también la aviación internacional hubiese gozado de amplias facilidades para su desenvolvimiento si hubiera nacido antes de la mitad del siglo XIX.

Pero, lógicamente, la cuestión resulta más compleja, ya que el tratamiento del tema en el ámbito internacional no depende de la decisión de cada uno de los Estados, sino que requiere el acuerdo entre los que integran la comunidad de naciones para conformar un régimen que tenga vigencia general.

De acuerdo con esta reflexión elemental, sólo puede extraerse la conclusión referida al tratamiento favorable que hubiese recibido la actividad aeronáutica.

Es decir, que el instrumento jurídico adecuado para el establecimiento de normas destinadas a regular la aeronavegación internacional hubiese dependido de los tratados con otros Estados.

Y aquí, es interesante destacar que en el inciso 14 del artículo 86, que regla las atribuciones del Presidente de la República, se expresa que "Concluye y firma tratados de... navegación...".

Se marca así, que la navegación es una de las materias específicamente mencionadas entre las que pueden ser objeto de acuerdos con potencias extranjeras que está facultado para concluir y firmar el titular del Poder Ejecutivo Nacional.

En la realidad histórica que hoy podemos contemplar, la Argentina suscribió sucesivamente los dos grandes Convenios internacionales generales que jalonan la historia de la aviación, el de París de 1919 y el de Chicago de 1944, al

que he de referirme más adelante, al comentar el régimen jurídico del transporte aéreo internacional.

Respecto a este tema, únicamente cabe recordar que el inciso 19 del artículo 67 dispone que el Congreso debe aprobar o desechar los tratados internacionales y que éstos, de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 son, juntamente con la Constitución y las leyes que se dicten en su consecuencia, la ley suprema de la Nación.

Para cerrar este trabajo de interpretación de las disposiciones constitucionales referidas a la navegación por agua, sólo cabe señalar que las conclusiones a que se llega coinciden plenamente con los resultantes del análisis del espíritu de la Constitución.

Puede afirmarse, por ello, que en el ámbito interno la navegación aérea hubiese recibido un tratamiento inspirado por la libertad y contado con las facilidades necesarias para su desarrollo y que, en lo atinente a lo internacional, no hubiesen existido obstáculos derivados de nuestra Constitución para poner en funcionamiento un sistema de cielos abiertos si así lo hubiesen determinado los pertinentes convenios.

3. *El comercio en la Constitución Nacional*

Tal como lo hice con relación a los aspectos generales y específicamente técnicos de la aviación, ahora he de glosar preceptos de la Constitución relacionados con el comercio.

Así como la navegación aérea constituye la médula de la actividad aeronáutica general y muestra la mayor influencia del factor técnico, el transporte aéreo es la quintaesencia del aspecto mercantil dentro de este campo.

De allí que pueda decirse que el comercio aéreo es un género y el transporte una especie comprendida en su ámbito y también, con alguna licencia, que puedan tomarse ambas expresiones como sinónimas.

Esta sinonimia permite proceder a la equiparación te-

mática entre comercio y transporte aéreo como método de simplificación de estas reflexiones tendientes a interpretar racionalmente normas específicas de la Constitución.

Ésta contiene una serie de disposiciones significativas, a algunas de las cuales conviene hacer referencia para destacar la relevancia que acuerda a la actividad mercantil.

En primer lugar, merece ser mencionado el artículo 10, que dispone que la circulación de los efectos de producción nacional, así como la de los géneros y mercancías de toda especie despachados en las aduanas exteriores, es libre en todo el territorio de la República.

Si se aplica esta disposición, por analogía, al supuesto del transporte aéreo, aparece claramente reflejada la libertad de que gozarían los servicios internos.

En principio, por consiguiente, cualquier operador de esta especie de servicios estaría habilitado para prestarlos con arreglo a las leyes que reglamenten su ejercicio.

Es evidente que, por sus características, la aviación plantea problemas particulares en materia de seguridad, que requieren el ejercicio de un control más estricto que el ordinario.

Pero, dejada de lado la pertinente reglamentación, apoyada en el poder de policía del Estado, éste no debería haber puesto trabas al ejercicio de la actividad aerocomercial, si hubiese existido.

Los artículos 11 y 12, al otorgar al comercio una protección concretada mediante la liberación de cualesquiera impuestos con que se pretendiera gravar el tránsito interprovincial de mercaderías y la previsión relativa a la facultad de los buques de trasladarse sin tener obligación de entrar en puertos o pagar derechos por su desplazamiento interprovincial, siguen una línea coherente con el sentido de libertad con que se lo regula en toda la ley fundamental.

Queda delineado de este modo un tratamiento de gran amplitud, que contiene no sólo el respeto de la libertad de comercio, sino una verdadera política de fomento, acorde con el pensamiento general de los constituyentes.

Inclusive, merece recordarse que Alberdi, en su obra sobre el régimen económico, consideró al comercio como un factor de producción de bienes.

Cuando, tras el planteo general de su tema, procede a un análisis más detenido y profundo, divide el material en tres partes: la primera dedicada a la producción de bienes, la segunda, a su distribución, y la tercera al tratamiento de los recursos del Estado.

Al comercio lo incluye en la primera parte, la referida a la producción, y explica expresamente que debe encontrarse allí, ya que constituye un factor productivo, al tener como función hacer que los bienes sean aprovechados donde tienen más valor, al trasladarlos de un lugar a otro, donde se los valoriza en mayor medida.

Inclusive, cabe señalar que menciona el ejemplo de minerales llevados a ciudades inglesas, donde eran altamente apreciados y utilizados en las industrias, con el consiguiente aumento de valor en relación con el que tenían en su lugar de origen.

Estimo que la inclusión del comercio en lo referente a la producción de bienes reviste importancia en materia de interpretación de las normas constitucionales, ya que permite considerar a la mercantil como una de las actividades que el artículo 25 comprende entre las que impiden que quienes las desarrollen, en caso de ser extranjeros, vean gravado su ingreso a nuestro país.

Así resulta de la frase referida a quienes mejoran las industrias.

Al igual que la navegación, el comercio está sujeto a la legislación nacional y excluido de la competencia provincial. Esta atribución de facultades a la Nación surge expresamente de lo establecido en los incisos 11, 12 y 16 del artículo 67, del inciso 14 del artículo 86 y del artículo 108 de la Constitución.

El inciso 11 del artículo 67 confiere al Congreso la función de dictar, entre otros, el Código de Comercio, el 12 le encomienda específicamente reglar el comercio internacio-

nal e interprovincial y el 16 le asigna como función proveer a la prosperidad del país y promover la industria y la importación de capitales extranjeros, expresiones, especialmente la primera, que permiten interpretar que hubiera debido facilitarse el transporte aéreo, ya que hubiera constituido un innegable instrumento de progreso y crecimiento del país.

De las disposiciones constitucionales mencionadas, cabe pensar que la creación y prestación de servicios de transporte aéreo interno no hubieran encontrado dificultades originadas por nuestra ley fundamental, sino que, por el contrario, hubiesen gozado de amplias facilidades y aun merecido el fomento de las autoridades nacionales.

En lo atinente al transporte internacional, el tema no hubiera estado incluido entre los que dependen exclusivamente de nuestra Constitución, sino que debería haberse organizado sobre la base de tratados concluidos con otros Estados.

Allí hubieran entrado en juego los artículos referidos a éstos, como el 27 y el 31 y los artículos 67 y 86, en los correspondientes incisos, en lo atinente a las facultades acordadas a los Poderes Legislativo y Ejecutivo de la Nación respecto a los acuerdos internacionales.

Sin embargo, también respecto a esta especie de transporte aéreo, puede extraerse una conclusión fundada.

Es evidente que nuestra Constitución no hubiese significado una dificultad para el establecimiento de sistemas de transporte aéreo internacional fundados en la libertad de comercio y el reconocimiento de derechos a transportistas extranjeros para operar servicios con nuestro país.

4. *Conclusiones de la interpretación de nuestra Constitución Nacional*

Después de efectuar un análisis interpretativo del espíritu de nuestra ley fundamental y de contemplar con el criterio de analogía las disposiciones de aquélla que se refieren

específicamente a la navegación y el comercio, respectivamente tomadas en cuenta por su semejanza con la aeronavegación y el transporte aéreo, podemos formular sintéticamente las conclusiones que siguen.

En primer lugar, cabe afirmar que el criterio económico seguido por la Constitución se funda firmemente en el reconocimiento de la libertad como instrumento fundamental.

Esta línea general está ratificada por disposiciones concretas en relación con la navegación y el comercio.

Ante el silencio de la Constitución respecto al transporte aéreo y a la aeronavegación, debido a que todavía no existía la aviación, es legítimo inferir que hubiese otorgado al transporte aéreo plena libertad en el orden interno y hubiese seguido esa misma línea de apertura en el plano internacional al celebrar los pertinentes tratados con otros Estados.

III. EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL

1. *Planteo del tema*

Considero indispensable analizar ese régimen jurídico sobre la base de la regulación establecida en el Convenio de Chicago de 1944, que constituye el texto fundamental en todo lo atinente a la aviación civil internacional.

También estimo imprescindible recordar que, en la Conferencia que lo sancionó, se procuró sin éxito arribar a la suscripción de un convenio multilateral referido al transporte aéreo internacional y que, por esa circunstancia, se configuraron regímenes diferentes para los servicios de transporte regulares y no regulares.

Respecto a los primeros, únicos que revestían importancia en la época de celebración del Convenio, ante la imposibilidad de suscribir el mencionado texto multilateral,

se aprobó un régimen restrictivo y se derivó la regulación de este tipo de servicios a la celebración de acuerdos bilaterales entre los Estados, mecanismo que se mantiene vigente hasta hoy.

Sin embargo, en los últimos años se han producido algunas transformaciones substanciales de diverso orden, que han significado un fuerte impacto de la realidad sobre los lineamientos fundamentales del sistema.

Por una parte, los servicios de transporte no regular han adquirido cada vez mayor relevancia y concitan en manera creciente el interés de los Estados, los transportistas y los usuarios, al mismo tiempo que conforman un elemento cuyo valor no cabe desconocer en cuanto a la necesidad de adecuar su tratamiento a las circunstancias derivadas de su desarrollo.

Y, por otra, en el campo de los servicios de transporte aéreo regular, se ha producido a partir de 1978 un movimiento de liberalización que pone en cuestión las bases del régimen que tuvo vigencia desde la Conferencia de Chicago de 1944.

Es necesario, en mi opinión, tomar en cuenta esta evolución, ya que en buena medida, determina que el régimen jurídico del transporte aéreo internacional se aproxime más hoy que algunos años atrás, al que se ajustaría al espíritu de nuestra Constitución.

Por ello, en primer término, me referiré al régimen nacido en la Conferencia de Chicago y posteriormente a los cambios que se ponen de manifiesto en los últimos tiempos.

2. *El régimen jurídico del transporte aéreo internacional basado en el Convenio de Chicago de 1944*

Comienzo este estudio del régimen jurídico del transporte aéreo internacional a partir de la Conferencia de Chicago porque remontarme más atrás implicaría extender innecesariamente el análisis.

Sin duda, el transporte aéreo es anterior a 1944 y desde 1919, con la sanción del Convenio de París, existió un estatuto de la aeronavegación internacional y una regulación del transporte, pero al ser denunciado ese texto y entrar en vigencia el de Chicago, el de 1919 pasó a tener un simple valor de antecedente, valioso por cierto, pero exclusivamente tal.

Sólo cabe mencionar los principios fundamentales de la Convención de París: soberanía de los Estados sobre el espacio aéreo situado sobre su territorio, reconocimiento del derecho de pasaje inofensivo para las aeronaves extranjeras que tuvieran la nacionalidad de alguna de las partes contratantes y una ligera mención relativa a las que prestaban servicios de transporte.

Prescindo, pues, de toda consideración sobre el régimen elaborado en París en 1919 y, además, aclaro que he de concretarme al relativo a los servicios de transporte regular, que constituyen el problema central a tratar y que, en 1944, eran, como dije, los únicos que revestían interés desde el punto de vista económico.

A los servicios de transporte no regular, los trató el Convenio en su artículo 5, que les acordó un régimen de libertad, sin perjuicio de reservar a los Estados, por razones de seguridad, el derecho a exigir que las aeronaves que los presten sigan rutas determinadas, así como a imponer los reglamentos y limitaciones que "consideren de lugar".

Esta última frase del artículo 5 no parece totalmente coherente con la amplitud del ordenamiento instaurado en la primera parte del precepto, pero se la debe entender en un sentido que permita coordinar las dos líneas de pensamiento inspiradoras del comienzo y el final del artículo.

Esa interpretación conduce a concluir que el transporte no regular fue objeto de un tratamiento fundado en la libertad, sin perjuicio de dejarlo sometido a restricciones limitadas y razonables.

A esta altura de la exposición, se hace necesario recordar que hasta el presente no se ha establecido una distin-

ción uniformemente aceptada entre los servicios de transporte regular y no regular, no obstante lo cual se hace imprescindible exponer un criterio que sirva, por lo menos, como instrumento de trabajo para la mejor comprensión del tema que nos ocupa.

Con ese fin, califico de transporte regular al que se efectúa con itinerarios y horarios prefijados y cuyos vuelos están abiertos al uso del público.

Sobre esta base, cabe apreciar lo dicho respecto al régimen establecido por el Convenio de Chicago. El transporte no regular está regido por el artículo 5 y el regular por el 6.

Antes de referirme a este último, he de reseñar algunos datos que considero útiles para apreciar la esencia y la razón de ser del tratamiento que se le dio en el Convenio.

Circunstancias históricas muy especiales tuvieron influencia en las decisiones adoptadas en la Conferencia de Chicago.

Ésta tuvo lugar en 1944, durante la Segunda Guerra Mundial y participaron de ella la mayoría de los Estados que integraban el campo de los aliados.

En su transcurso, se manifestaron diversas posiciones: Nueva Zelandia y Australia propusieron la creación de una entidad internacional que tomara a su cargo la explotación de los servicios troncales en todo el Planeta; Canadá sugirió que los permisos de explotación fuesen otorgados por un organismo internacional y los Estados Unidos y el Reino Unido se situaron en posiciones francamente opuestas, a pesar de la estrecha vinculación existente entre ellos.

Estados Unidos defendió ardorosamente la tesis de la "libertad del aire", hoy generalmente denominada de cielos abiertos, mientras que Gran Bretaña sustentó la del "orden en el aire", es decir, una regulación restrictiva.

La razón que impulsó a los británicos a colocarse en esta posición radicaba en el estado de su industria aeronáutica, seriamente dañada por causa de la contienda bélica, que la sumió en un verdadero estado de deterioro.

Esto no ocurría con los Estados Unidos, cuya industria, por el contrario, había crecido y progresado técnicamente debido a que su territorio no fue teatro de acciones de guerra.

Prevaleció la tesis británica, que se concretó fundamentalmente en el artículo 6 del Convenio de Chicago, que expresa: "No se prestarán servicios aéreos internacionales regulares en el territorio o hacia el territorio de un Estado contratante, excepto con el permiso especial u otra autorización de dicho Estado, y de conformidad con las condiciones de dicho permiso o autorización".

Como dato complementario, destinado a precisar el ámbito de aplicación de este artículo, conviene recordar que el Convenio de Chicago, en su artículo 7, tal como anteriormente lo había hecho el de París de 1919, reconocía a los Estados la facultad de reservar para sus nacionales la prestación de los servicios de transporte aéreo interno.

Los términos del artículo 6 son muy claros: los servicios de transporte regular están subordinados a autorizaciones, que cada Estado tiene el derecho de acordar o no.

Resulta, por ende, innegable que el régimen de 1944 es eminentemente restrictivo.

Ante esta realidad, la Conferencia procuró encontrar vías que permitieran un funcionamiento más fácil de una actividad que ya entonces se comprendía que era benéfica para la humanidad.

Tras largas deliberaciones, se llegó a una solución transaccional, para lo cual se suscribieron dos textos complementarios del Convenio: el Acuerdo de Tránsito y el de Transporte.

Para la elaboración de estos dos documentos, que atañen exclusivamente a los servicios de transporte regular, se formuló una nómina de facultades acordadas a aquéllos, que algunos autores califican de privilegios y que son conocidas con el nombre de libertades del aire.

Se las puede distinguir en dos grupos: uno referido específicamente a los aspectos técnicos y el otro con contenido comercial.

En el de Tránsito están comprendidas las dos primeras libertades: la de sobrevuelo y la de escala técnica, es decir la de aterrizar para fines no comerciales.

En el otro, se encuentran la tercera, que consiste en el derecho de llevar pasajeros, carga y correspondencia del país de matrícula de la aeronave al territorio de otro Estado; la cuarta, que es la inversa de la anterior, es decir faculta para llevar personas, carga y correspondencia de otro Estado hacia el territorio del de matrícula y, finalmente, la quinta, que permite hacerlo desde un país a otro, sin que ninguno de los dos sea el de matrícula de la aeronave.

El Acuerdo de Tránsito apuntó exclusivamente al aspecto técnico, es decir, el vinculado con la aeronavegación en sí misma y los Estados que lo suscribieron se otorgaron recíprocamente las libertades de sobrevuelo y escala técnica, desprovistas en sí mismas de valor comercial.

Este Acuerdo fue suscripto y ratificado por numerosos Estados, entre ellos la Argentina, y entró en vigencia.

Fue un paso importante en el terreno de la navegación aérea y constituye un aporte substancial para el desarrollo del transporte aéreo internacional porque aquéllas son un presupuesto indispensable para que pueda operar la aviación de transporte, inclusive, porque permiten que funcionen líneas aéreas que alcancen sus puntos de partida y destino mediante el sobrevuelo del territorio de terceros Estados o merced a la posibilidad de efectuar allí escalas técnicas indispensables para la realización de los vuelos.

Por otra parte, merece señalarse que se ajusta fielmente al espíritu del Convenio de Chicago en cuanto a considerar a esta actividad como un elemento importante desde el punto de vista económico, que justificaba mantenerlo estrictamente sujeto a la autoridad de los respectivos Estados.

A este criterio responden ciertas disposiciones incluidas en su texto.

Entre ellas cabe recordar el artículo 10, Sección 3, que faculta a los Estados en cuyo territorio se efectuase una es-

cala técnica para exigir que el transportista ofrezca un servicio comercial razonable que atienda a dicho país.

Y el artículo 10, Sección 5, que habilita a los Estados para negar los derechos de sobrevuelo y escala técnica si no le consta que la propiedad y el control substancial de la línea aérea que los pide pertenezcan a personas que tengan la nacionalidad por ella indicada.

En síntesis, puede afirmarse que se mostró un instrumento beneficioso para el avance del transporte aéreo internacional, pero por sí solo no resulta suficiente para encontrar una solución totalmente satisfactoria, que permita aprovechar todas las posibilidades que ofrece este extraordinario medio de comunicación, que es, al mismo tiempo, un elemento comercial de contenido económico valioso.

Por ese motivo, los Estados Unidos impulsaron la celebración del Acuerdo de Transporte, cuyas Partes se reconocían recíprocamente las cinco libertades del aire.

Éste tenía por finalidad sumar las libertades de orden comercial a las técnicas incluidas en el Acuerdo de Tránsito, de modo que el funcionamiento del transporte aéreo no contara sólo con el ejercicio de la libertad de circulación sino también con facilidades de contenido mercantil.

El intento norteamericano aparecía desde el comienzo como una iniciativa dotada de pocas posibilidades de éxito en el momento histórico en que fue propuesta y, efectivamente, ante la escasa respuesta alcanzada, los Estados Unidos denunciaron el acuerdo que habían ratificado.

De ahí que, ante la imposibilidad de formalizar un convenio semejante, se hizo evidente que el desarrollo del transporte aéreo regular dependería de acuerdos bilaterales entre Estados.

En rigor, se trata de un régimen jurídico eminentemente restrictivo, ya que las exigencias impuestas por el artículo 6º, al requerir la autorización de los Estados para la instalación de líneas aéreas que tocaran sus respectivos territorios, significó la posición más estricta que se podía adoptar.

En síntesis, si se procura esbozar un cuadro de la regulación de los servicios de transporte sobre la base de lo establecido en los documentos elaborados en la Conferencia de Chicago y de los acuerdos bilaterales celebrados con posterioridad, puede advertirse que los lineamientos generales del sistema son los que se enuncian a continuación.

La base está conformada por el Convenio de Chicago, fundamentalmente por su artículo 6.

Sobre ese fundamento y con la finalidad de atenuar sus aspectos restrictivos, se sitúa el Acuerdo de Tránsito, que determina que todos los Estados partes gozan recíprocamente de las libertades técnicas, es decir, cuentan con los derechos de sobrevuelo y escala para fines no comerciales en los territorios de los demás integrados en el Acuerdo.

Y este cuadro se complementa con una importante cantidad de acuerdos bilaterales, en que los Estados que los suscriben se otorgan derechos de mayor o menor amplitud para instalar y explotar servicios aéreos regulares entre sus respectivos territorios.

De los tres elementos enunciados, el Convenio cuenta con ciento sesenta Estados signatarios, ya que ese es el número de los integrados en la OACI, Organismos de Aviación Civil Internacional con sede en Montreal, el Acuerdo de Tránsito comprende a un grupo importante de Estados y los acuerdos bilaterales vinculan a numerosos países, pero sobre la base de sus decisiones específicas.

Si sólo se hubiera suscripto el Convenio de Chicago, la aviación comercial se hubiese visto sujeta a un régimen restrictivo y exigente, en el cual cada Estado hubiese debido entrar en negociaciones directas con aquellos otros con quienes hubiera tenido interés en ligar relaciones en el campo del transporte aéreo.

El Acuerdo de Tránsito, al admitir un intercambio multilateral de las dos primeras libertades del aire, el sobrevuelo y la escala técnica, acordó realmente a las aeronaves dedicadas a la prestación de servicios regulares de transporte

la libertad de circulación, base indispensable para el funcionamiento de la aviación comercial.

Y la suscripción de los acuerdos bilaterales se multiplicó como consecuencia del reconocimiento por los Estados de la necesidad de abrir cauces al transporte aéreo regular, de cuyas ventajas ningún país está dispuesto a abdicar.

Es de notar que se suscriben a veces entre Estados que no son partes en el Acuerdo de Tránsito y que, por consiguiente, deben incluir en aquéllos las libertades técnicas contenidas en el mencionado documento internacional elaborado en 1944.

En definitiva, esos acuerdos son los documentos que ponen en ejecución, en la práctica, los derechos recíprocos de las partes para operar servicios de transporte aéreo regular y, por ello, creo necesario desarrollar algunas breves consideraciones a su respecto.

Esencialmente, se apoyan en dos conceptos jurídicos valiosos: el reconocimiento de la soberanía de los Estados sobre los respectivos espacios aéreos que cubren sus territorios, con su consecuencia incuestionable de ser fuente del poder de policía de aquéllos en esos ámbitos, poder que les permite regular el transporte aéreo y, por otra parte, el reconocimiento de la importancia económica de la actividad aerocomercial.

Su finalidad principal consiste en la autorización recíproca de la instalación y operación de servicios de transporte aéreo y la determinación de su régimen jurídico, mediante la fijación de las normas a que debe sujetarse su explotación, que debe responder a las necesidades del público, una sana gestión empresaria y un mecanismo de distribución del tráfico entre las empresas designadas por cada uno de los Estados firmantes.

Por otra parte, merced a la autoridad revestida por el esquema elaborado en la Conferencia de Chicago de 1944, el conjunto de estos acuerdos no configura una multitud de preceptos cuya suma diseña un conjunto anárquico, sino que muchas veces se ajustan a aquel modelo o siguen a

acuerdos que se han convertido en verdaderos textos-tipo, inspirados por aquél y que se reiteran sobre bases establecidas entre Estados con orientación de política aerocomercial semejante.

En general, al considerar ese conjunto, se aprecia que reflejan una tensión entre el ejercicio de la soberanía de los Estados y el interés del público usuario, que no sólo aprovecha las ventajas obtenidas por las empresas de su nacionalidad, sino también de los servicios que prestan las que ostentan la del otro Estado contratante.

En cuanto al contenido de la mayoría de esos textos, cabe señalar que éstos tratan, ordinariamente, de las empresas elegidas y autorizadas para operar, las libertades o derechos concedidos, el esquema de rutas a utilizar, la capacidad y la frecuencia de los servicios autorizados, la fijación de las tarifas o la determinación de un medio para establecerlas y los procedimientos convenidos para la solución de los diferendos que se planteen entre las empresas, los Estados o sus organismos específicamente vinculados con el transporte aéreo entre los países firmantes y en algunos casos con otros, como pueden ser los que resulten afectados en la prestación de servicios regionales.

Esto último tiene directa relación con la realización de vuelos que excedan el ámbito del tráfico directo o de tercera y cuarta libertades y contemplen posibles operaciones de quinta libertad.

En muchas oportunidades y especialmente en rutas de largo recorrido con varias escalas intermedias, se hace necesario, para favorecer la explotación económica de los servicios, prever la complementación del tráfico directo con transportes de quinta libertad, pero hay consenso general en que estas operaciones sólo pueden tener carácter subsidiario y complementario y que el tráfico directo debe ser el objeto principal del acuerdo.

Como puede apreciarse, con la consideración de estas pocas materias elegidas basta para pintar un cuadro de la estructura y contenido de los acuerdos bilaterales. Estos ins-

trumentos, imprescindibles para posibilitar el funcionamiento de los servicios regulares de transporte aéreo, mediante la superación de las dificultades originadas por el régimen instaurado a través del artículo 6 del Convenio de Chicago, tienen, en general, un carácter reglamentarista, que varía según la mayor o menor amplitud de criterio de los Estados partes en los acuerdos en cuestión.

Para trasladar a la realidad histórica el análisis hecho en el plano conceptual, he de recordar que el acto que abrió y marcó el camino de la celebración de los acuerdos bilaterales fue el Acuerdo de las Bermudas, hoy conocido como Bermudas I, que se celebró el 11 de febrero de 1946 entre Gran Bretaña y los Estados Unidos, es decir, las dos grandes potencias que habían encabezado las posiciones contrapuestas en la Conferencia de Chicago de 1944.

Puede decirse que este acuerdo constituye la culminación de los esfuerzos llevados a cabo para reconciliar dos puntos de vista opuestos. Su importancia deriva de esta circunstancia medular y de la nota de ser el primero que se realizaba en la época posterior a la Segunda Guerra Mundial.

Además, debe ser considerado como un acuerdo-tipo, que sirvió de modelo para muchos otros realizados posteriormente.

La relevancia de los Estados partes en el Acuerdo y la finalidad que lo inspira, tendiente a favorecer el consenso sobre temas intrínsecamente vinculados con el desarrollo del transporte aéreo internacional, se aunaron para acordarle particular significación.

Otro acuerdo-tipo digno de mención es el suscripto entre nuestro país y el Reino Unido.

Este texto bilateral se apartó en aspectos centrales de lo establecido en Bermudas, ya que optó por una regulación que se ajustaba, por una parte, a la línea sostenida por Gran Bretaña en la Conferencia de Chicago y, por otra, a la tesis conformada entre nosotros por el Dr. Enrique Ferreira, conocida como doctrina argentina en el transporte internacional.

A tantos años de elaborado el régimen de Chicago y de suscripto el Acuerdo de las Bermudas I, cabe afirmar que, a partir de éste y como consecuencia del criterio restrictivo del régimen instaurado a través del artículo 6 del Convenio, se inició la que ha sido calificada como era del bilateralismo.

Naturalmente, no es del caso analizar los diversos acuerdos que regularon o regulan los servicios de transporte internacional, pero no puede desconocerse que constituyen la fuente de derecho más destacada en muchos aspectos concretos y que conforman un conjunto de normas de aplicación constante en todas las latitudes.

Esta circunstancia ha otorgado cierta elasticidad a las reglas que rigen esta actividad, ya que ostenta características propias de los contratos, aunque no pueden ser asimilados a estos actos jurídicos.

Es decir que el régimen jurídico estructurado sobre las bases mencionadas: Convenio de Chicago, Acuerdo de Tránsito y acuerdos bilaterales, puede afirmarse que deja escaso margen de libertad en la regulación de esta materia aerocomercial y que el rígido sistema resultante del artículo 6 del Convenio de 1944 fue flexibilizado a través de las libertades técnicas otorgadas por el Acuerdo de Tránsito, elaborado en la misma Conferencia que ese precepto, y de los acuerdos bilaterales en cuanto fueron el instrumento directo utilizado para permitir el funcionamiento de los servicios regulares de transporte internacional.

Si se lo compara con el que resulta de una interpretación de nuestra Constitución Nacional sobre la base de la analogía que cabe señalar con la navegación y el comercio, aparece de inmediato una clara diferencia entre uno y otro.

La vigencia reconocida a los tratados internacionales en el artículo 31 de la Carta Magna ha acordado fuerza obligatoria al Convenio de Chicago, al Acuerdo de Tránsito y a los acuerdos bilaterales sobre transporte aéreo y ha hecho ingresar a nuestro país en el esquema recién comentado, pero es innegable que la Constitución, según la interpreta-

ción desarrollada anteriormente, permitiría y permite la vigencia de un régimen fundado en una mayor dosis de libertad y apto para otorgar mejores facilidades y posibilidades de desenvolvimiento a la actividad aerotransportista.

3. *La evolución registrada en los últimos años en el régimen del transporte aéreo internacional.*

A partir de algo más de diez años atrás, se han registrado algunas transformaciones interesantes en el régimen del transporte aéreo internacional y esas variantes lo han orientado en una dirección de acercamiento a un sistema que diera mayor cabida a la libertad del comercio y a la iniciativa de los protagonistas, transportistas y usuarios.

Para ello se han sumado diversos hechos que tienen marcada influencia en la transformación apuntada.

En primer lugar, se ha acentuado progresivamente el crecimiento y el valor del transporte no regular, lo cual priva de sustento al tratamiento tan diferente acordado a una y otra especie de servicios en la Conferencia de Chicago.

Desde otro punto de vista, se ha desarrollado fuertemente el proceso de colaboración interempresaria en el ámbito aerocomercial.

El contrato ha sido el instrumento eficaz para avanzar en ese terreno así como la racionalización de las empresas ha sido la finalidad que ha determinado ese movimiento.

Desde aspectos muy elementales, como los contratos de *handling*, la colaboración se ha impuesto y se desenvuelve progresivamente con mayor energía.

Cada vez se encuentran más intensas y variadas manifestaciones de este movimiento, que abarca aspectos técnicos, como la formación de personal, comerciales, como los *interline agreements*, que se apoyan en el reconocimiento por otras líneas aéreas de los documentos de transporte emitidos por una empresa, el nacimiento de nuevos instrumentos jurídicos, como los contratos de utilización (locación, fleta-

mento e intercambio de aeronaves), eficaces para la obtención de mejores resultados económicos de la explotación de los servicios, o los "pools", que permiten la puesta en común de los ingresos obtenidos por dos o más transportistas que operan en rutas comunes y, para no recargar la nómina, los consorcios y las sociedades plurinacionales, contemplados en los artículos 77 a 79 del Convenio de Chicago, que los redactores de este texto incluyeron con previsión digna del mayor elogio.

Estos acontecimientos producidos en la realidad del funcionamiento de la actividad aerocomercial comenzaron a influir también en el campo de los acuerdos bilaterales, donde aparecieron algunos que se apartaron de los esquemas tradicionales.

En primer término es necesario recordar que el Acuerdo de las Bermudas, que he identificado como Bermudas I, dejó su lugar a nuevos textos elaborados entre los Estados Unidos y Gran Bretaña.

El Acuerdo de Bermudas II muestra un modo de enfocar el tratamiento de los servicios internacionales, que refleja una mayor aproximación a la posición adoptada por el gobierno estadounidense en 1944 y una flexibilización del modo de ver del Reino Unido.

Más elocuente aun es el Protocolo suscripto entre los Estados Unidos y los Países Bajos en marzo de 1978.

En este documento se nota una definida marcha hacia la liberalización del transporte aéreo, sin perjuicio de establecer normas reguladoras tendientes a proteger intereses dignos de consideración.

La inclusión de algunas disposiciones referidas a los charters confirma lo dicho respecto a la aproximación entre el transporte regular y el no regular, pero en lo atinente al primero, el panorama es mucho más amplio que el delineado en el Acuerdo de las Bermudas II.

Y, si de los aspectos estrictamente relacionados con el régimen jurídico en sí mismo, se pasa a contemplar las circunstancias históricas, también cabe anotar la presencia re-

veladora de una apertura hacia un régimen inspirado en un reconocimiento mayor de la libertad de comercio aéreo.

Sólo he de recordar algunos acontecimientos.

En primer lugar, conviene hacer referencia a un hecho ocurrido en relación con los servicios de transporte interno de un país y no en el campo internacional.

Se trata de la desregulación resuelta por los Estados Unidos en octubre de 1978. La expresión habitualmente utilizada ha sido cuestionada y por ello es aconsejable precisar su significado.

En rigor, no debe entenderse, en modo alguno, que se ha determinado que el transporte aéreo se convierta en una actividad totalmente excluida de toda regulación, sino únicamente de lo relativo a espectos comerciales de la actividad.

En ese sentido, cabe destacar que se mantiene en plena vigencia la legislación atinente a la seguridad de los vuelos, que está sujeta al poder de policía estatal.

Inclusive, en el ámbito del comercio, se mantiene la vigencia de leyes de aplicación general, como las antimonopólicas, cuya importancia en el país del Norte es innecesario poner de relieve.

Pero desaparecieron ciertos controles, exclusividades, subsidios y medidas que habían limitado el libre juego de la competencia entre líneas aéreas.

La nueva situación despertó interés en todo el orbe y se abrió una nueva etapa en relación con el funcionamiento del transporte internacional.

Gobiernos, transportistas aéreos, estudiosos de la economía del transporte y del Derecho Aeronáutico y usuarios consideraron imprescindible observar el desarrollo de la actividad en los Estados Unidos y prestaron atención con el fin de conocer los aspectos positivos de la reforma y las consecuencias negativas que ésta fuera susceptible de provocar.

En una exposición realizada en la Conferencia Latinoamericana sobre transporte aéreo internacional y actividades en el espacio ultraterrestre, que se desarrolló en México en 1988, el Profesor Michael Levine puso de manifiesto

una serie de datos positivos sobre las consecuencias de la reforma, juicio que no es compartido por todos los estudiosos.

En general, los atribuyó al crecimiento de la racionalización de las empresas y el mejoramiento de su eficiencia. Pero esto ha producido una serie de consecuencias directamente relacionadas con empresas transportistas.

Algunas no han podido asimilar el impacto y, tras sufrir duros quebrantos en sus negocios, en muchos casos han llegado a la liquidación y hasta a la quiebra o han sido absorbidas por otras líneas aéreas.

Otras, a su vez, no han podido superar con sus solas fuerzas las exigencias del funcionamiento del nuevo sistema y han procedido a fusionarse con transportistas que también veían en la acumulación de elementos humanos, técnicos, materiales y financieros, un camino para adecuarse al nuevo orden de cosas.

Poco tiempo después de entrar en vigencia el experimento norteamericano, comenzaron a realizarse numerosas reuniones de distinta índole, que aportaron puntos de vista muy variados y contribuyeron al análisis de las posibilidades que podían derivar de la instauración de un régimen liberalizado.

Recuerdo que en 1980 se desarrolló en La Haya un coloquio que llevó el nombre de "The changing scene". Tuvo carácter interdisciplinario y ello permitió intercambiar opiniones entre empresarios, directivos de organismos internacionales, ingenieros aeronáuticos, economistas, hombres de derecho, etc., que analizaron la transformación que se producía en el modo de pensar de muchas personas vinculadas con la aviación.

Y, más adelante, en 1988, en Madrid, hubo otra reunión interdisciplinaria denominada Semana Aeronáutica y organizada por el Centro de Estudios del Instituto Iberoamericano de Derecho Aeronáutico y del Espacio y de la Aviación Comercial. Reunió a figuras caracterizadas del mundo hispanoparlante, que contempló un panorama enri-

quecido por nuevos datos, como los provenientes de la instalación de los sistemas computarizados de reservas o la cooperación en el ámbito de la construcción de aeronaves con participación de empresas de distinta nacionalidad, como ocurre con la producción del Airbus.

Es evidente que la reacción del ambiente de la aviación ante las nuevas circunstancias ha sido profunda y ha mostrado un definido apoyo a la continuación de los estudios y esfuerzos tendientes a elaborar soluciones aptas para desarrollar y mejorar, en todos los aspectos, el transporte aéreo internacional.

Particular importancia revisten las decisiones adoptadas en la materia por la Comunidad Económica Europea, que ha resuelto liberalizar el transporte aéreo a partir del 1º de enero de 1993.

En realidad, es uno de los terrenos de la actividad económica en que se han planteado dificultades para avanzar en esa dirección, pero progresivamente se han logrado progresos que han permitido llegar a esa decisión trascendental.

Si bien se había adelantado en lo atinente a los transportes terrestres, el caso de los marítimos y aéreos había encontrado obstáculos hasta poco tiempo atrás.

Un primer paso fue dado en 1983, en que el Consejo dictó una directriz que liberalizó algunos servicios aéreos regulares interregionales. En la antes mencionada Conferencia Latinoamericana de México, Gilbert Guillaume, Juez de la Corte Internacional de Justicia de La Haya, dijo que esa norma, puesta en vigencia en 1984, "permitió la apertura hasta 1987 de unas veinte rutas aéreas intracomunitarias".

Poco más adelante, el Acta única de 1986 significó un nuevo avance hacia la liberalización.

Dispuso que, en materia de transporte marítimo y aéreo, el Consejo podrá decidir por mayoría calificada y redujo la exigencia de la unanimidad a casos excepcionales.

En el Seminario Regional de la International Law Association, que tuvo lugar en Buenos Aires en diciem-

bre de 1987, el Dr. Giusseppe Guerreri explicó el proceso progresivo en ese camino y expresó que el 31 de diciembre de 1992 la liberalización estará "plenamente lograda y puesta en marcha", aunque señaló que existen diferencias substanciales con la desregulación interna de los Estados Unidos.

Por otra parte, a juicio de Guillaume, el Acta única de 1986, si bien no adoptó disposiciones de fondo sobre transporte aéreo, dio nuevo impulso hacia el avance a un régimen inspirado en la libertad.

Hizo mérito para ello de haberse aprobado por el Consejo a partir de enero de 1988 "cuatro directrices, reglamentos o decisiones nuevas", todas las cuales tienden hacia la liberalización.

Esas normas se refieren a tarifas, capacidades y determinación de competencias, con la posibilidad de establecer exenciones de duración limitada.

En su contenido concreto, cabe anotar que se obvia el requisito de la distribución de la capacidad por partes iguales de la oferta en el tráfico interno de la Comunidad, que progresivamente puede llegar desde 55/45 % durante dos años hasta un 40/60 % en el tercer año.

También se admite la multidesignación de líneas aéreas por parte de cada Estado y la apertura de nuevas operaciones entre los aeropuertos más importantes y los regionales, con exenciones acordadas respecto a algunos países.

Finalmente, y la menciono por separado por estimar que esta norma es sumamente significativa, se abre la posibilidad de crear enlaces múltiples dentro de la Comunidad, lo cual, al hacer factible que una línea aérea de un país integrado en la región pueda operar servicios entre los territorios de otros dos Estados pertenecientes a aquélla, da cabida amplia a servicios de quinta libertad.

Y, como último dato, que considero relevante, he de mencionar al Decreto dictado este año en nuestro país, por el cual se adopta la línea denominada de cielos abiertos, que permite a los charters provenientes del extranjero operar en los aeropuertos internacionales argentinos.

Es una medida que atañe, en realidad, el transporte no regular, pero que puede indicar un signo de apertura que permite no descartar su eventual extensión a los servicios regulares, y que puede significar un medio substancial para lograr el desarrollo del turismo hacia nuestro país.

Además, al facilitar la operación de los vuelos charters en cualquier aeropuerto internacional de nuestro país, se manifiesta la concreción de una posición tendiente a evitar discriminaciones entre un aeropuerto casi exclusivamente facultado para recibir esos vuelos y los que se encuentren en los territorios de caulesquiera de las Provincias, lo cual refleja la reiterada referencia constitucional al derecho de todos de navegar los ríos interiores, así como la conveniencia de habilitar puertos.

IV. REFLEXION FINAL

Para finalizar la exposición de este tema, me parece razonable formular una reflexión final.

Es evidente que el análisis del espíritu de la Constitución Nacional y la utilización del criterio de analogía con el tratamiento de actividades que cabe aproximar al transporte aéreo internacional, permiten afirmar que la Carta Magna, de haber existido la aviación cuando fue sancionada, hubiese optado por institucionalizar un régimen que diera gran margen a la libertad en materia aerocomercial.

Por su parte, el sistema estructurado a partir del Convenio de Chicago, basado en acuerdos bilaterales, significó la consagración de un criterio restrictivo.

La evolución producida en la década avanza en el sentido de la liberalización de ese régimen y, por consiguiente, se aproxima paulatinamente al que cabe imaginar que hubiera establecido nuestra Constitución.

Es un elemento más para elogiar la sabiduría de nuestros constituyentes que por algo invocaron la protección de Dios, fuente de toda razón y justicia.

IV

HOMENAJES

HOMENAJE AL EX ACADÉMICO DE NÚMERO
Dr. MARIO JUSTO LÓPEZ

Disertación pronunciada por el académico Dr. Alberto Rodríguez Galán, en la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas de Buenos Aires, el 22 de agosto de 1990

I. En este solar, Casa de las Academias, en la que pasara largas horas de su existencia, nos reunimos sus colegas de las cuatro Academias Nacionales que integró, para rendir homenaje al argentino eminente que fue Mario Justo López.

Lo hago en nombre de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires y al hacerlo no puedo menos que evocar a este maestro y amigo querido con la emoción y el respeto debido a un hombre superior.

Mario Justo López se fue antes, pero su presencia espiritual, su impronta intelectual y su magisterio moral, renueva en nosotros cotidianamente vivencias, circunstancias, afanes e ideales que él ofreció y compartió, en el transcurso de una vida en la que la amistad fluía con el hálito que irradian los que saben pensar, hablar y escribir, virtudes excelsas que él poseyó.

II. Su formación. El Maestro.

López nace en abril de 1915. Si nos atenemos a lo sostenido por Jaime Perriaux, consecuente con la teoría de las generaciones de Ortega, integra la segunda generación de

nuestra historia, cuyo papel protagónico comienza en 1955 para finalizar —siempre dentro de esta teoría— en 1970. López es un acabado ejemplo de como una generación puede coexistir con la siguiente en este rol, ya que es designado Procurador General de la Nación en 1979 y Profesor Emérito de la Universidad de Buenos Aires en 1981.

Pero lo que quiero destacar es su formación moral e intelectual, porque esta generación y la siguiente serán el yunque y la fragua de una época marcada por el dolor y la esperanza.

Por pertenecer precisamente a la generación inmediata a la suya, y por azar haberme formado en el mismo Colegio Nacional Mariano Moreno con diferencia de pocos años, puedo dar testimonio de la educación que recibió y de la jerarquía y autoridad de los profesores que la impartían. Muchas tardes, en estos recintos recordábamos a esos maestros que circulaban por los pasillos del colegio, discurriendo con sus discípulos sobre aspectos particulares de temas tratados en clase o sobre contingencias palpitantes de la realidad nacional de aquellos días. Claro que esos profesores se llamaban Ricardo Levene, Roberto F. Giusti, Horacio Rivarola, Isidoro Ruiz Moreno, Wifredo Solá, que integraban un claustro cuyo prestigio excedía del aula, de modo que su magisterio llegaba a todo el alumnado del colegio con sus intervenciones en actos comunes, en los que su palabra era esperada y valorada por quienes después de oírles acallaban su ambición curiosa.

Así se formó y nutrió Mario Justo López, y así al recibirse de abogado en 1939, comenzará también en el colegio secundario la enseñanza de la Historia Argentina y de la Instrucción Cívica, con la maestría del que quiere entrañablemente al país y admira a los constructores de la nacionalidad sin sectarismos excluyentes. Al recibir su diploma de Profesor Emérito de la Universidad de Buenos Aires y culminar así su brillante carrera docente, retomará el mensaje que transmitiera a sus alumnos de la escuela media y pronunciará estas palabras señeras:

"Un pueblo sin historia es un clan o una factoría. jamás un pueblo digno y libre. La historia es la madre y el alma de los pueblos dignos y libres. De ella nacen, sin ella vejetan y mueren y a ella acuden en horas aciagas y difíciles en busca de amparo e inspiración. Para restrañar las heridas y recobrar el ánimo. Para seguir sin pausa tras las estrellas a pesar de las ciénagas" [1].

Tenía para sí y lo reiterará en sus escritos, que "...sin raigambre histórica no existe Nación", de ahí su devoción por el ideario de Mayo y por la Generación de 1837, proyecto de país y sustancia institucional de nuestra Constitución Nacional de 1853-1860. Por eso su fe en la democracia constitucional como sistema y como fuerza generadora de libertad y de orden. Consagró su vida a la difusión y enseñanza de aquel ideario y arriesgó su vida en un momento aciago permaneciendo en su cargo docente de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales a despecho de amenazas terroristas que lo obligaban a resignarlo. Ésta fue una de sus silentes y poco conocidas circunstancias de aquellas que Borges presentaría como actos de fe demostrativos de argentinidad.

El profesor secundario, deviene en el maestro de la Universidad. Muchas generaciones de jóvenes asistirán a sus clases, que trasuntaban con el rigor de su formación científica una existencia consagrada a principios que había escuchado en las aulas secundarias: "Vivir para la ciencia es el mejor destino del hombre".

Luego sobrevendrá el publicista. Su libro *Partidos Políticos, Teoría General y Régimen Legal* suscita gran interés, que en la década del sesenta coincide con la sanción de la ley 16.652 —en cuya redacción intervienen eminentes constitucionalistas— y que expresa la más acabada experiencia para la época de una ley orgánica de los partidos políticos. Este trabajo marcará el comienzo de un politicólogo cuya

[1] Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, "Anales", Segunda Época, Año XXVII, Nº 20, p. 387.

obra afirmará en la República la democracia constitucional, con sustancia en la realidad y con el valor de la verdad. Concordantemente, nos dice en su artículo *Ortega y la política* al analizar el pensamiento político de este ilustre español:

> "Alguna vez he escrito —sin pensar en Ortega y pensando en nuestro Alberdi— que la realidad de un país al igual que la realidad de un terreno, puede ser considerada y apreciada con los criterios dispares y antagónicos del arquitecto y del especulador. El arquitecto examina el terreno para adaptar a él las modalidades de su construcción ideal; el especulador para saber cuánto debe pagar por él y qué provecho material puede sacarle. Un político con criterio arquitectural señala y fustiga los vicios para corregirlos; un político con criterio de especulador, los oculta o los alaba para medrar con ellos" [2].

Claro, que la realidad de que habla López significa reconocerla, contar con ella, pero en modo alguno someterse pasivamente a ella.

La permanente afirmación de la verdad, que como en estos días hemos oído en Europa del Este se privilegia sobre la libertad, ha tenido en la prédica de López un expositor sin compromiso. No vacila en defensa de la democracia constitucional en señalar que dentro del sistema no cabe ni la libertad absoluta ni la igualdad absoluta: lo primero porque no existen derechos absolutos, y lo segundo porque siempre deben ser tratados igual los iguales. Luego dirá:

> "...no se violan ni se contradicen los principios de libertad e igualdad si se establecen medidas de registro, control e inclusive interdicciones o proscripciones, con las consiguientes sanciones para evitar que ejerciendo aquellos principios se llegue a aniquilarlos" [3].

2 Revista "El Derecho", t. 91, p. 929.

3 "Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas", t. IX, 1980, p. 189.

Con esa valentía, con esa autenticidad intelectual, con esa autoridad científica, con esa:

> "...cautivante sencillez que contrasta con su profunda erudición..."

al decir de Miguel Marienhoff, continúa López a través de artículos, comunicaciones académicas, conferencias y asistencia a congresos, su magisterio renovado y cautivante.

Acostumbraba a pensar la Constitución e invitaba a menudo a hacerlo.

En el Colegio de Escribanos de Paraná pronuncia una conferencia, *Meditaciones sobre la Constitución*, la llama.

Su lectura conmueve.

Sólo un hombre inspirado por un patriotismo visceral y con sentido jurídico y crítico de la historia puede ofrecer un cuadro tan acabado de nuestra Ley Suprema. Lo hace ajustado a tres ideas madres: la idea de proyecto, la idea de símbolo, y la idea de testigo. El proyecto como confirmación de la identidad del ser, del ser como país; el símbolo como prenda de consenso fundamental, paradigma de docencia cívica, proyecto —son sus palabras— incesantemente renovado; testigo lo es del rumbo y de las desviaciones, testigo simbólico de la realidad nacional, testigo mudo pero vivo y palpitante [4].

Y si piensa y medita la Constitución, no pierde oportunidad de recordar una y otra vez las razones de su vigencia pese a todas las viscisitudes.

No disimula su desdén por lo que denomina:

> "...el fetichismo de la reforma constitucional...".

Sabe que nuestros problemas no son solamente normativos, le preocupa la conducta colectiva, el comportamiento de los protagonistas:

[4] "Anales de la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires", t. XVII-XVIII, 1983/1984, p. 152.

"...ninguna reforma constitucional —dirá— volverá transparente el rumbo argentino si los hombres y mujeres no elevamos nuestra conciencia y nuestros actos a la altura de la hazaña por cumplir" [5].

Como a Ortega le dolía España a López le dolía la Argentina. Pero como a Ortega le ocurría con España, López vislumbraba también para la Argentina un resurgimiento próximo. Advertía cada día que nuestra conciencia comunitaria era mayor y sabía y coincidía con Alberdi en que esa conciencia nacional era una fuerza espiritual renovadora [6]. A un año de su tránsito las señales son alentadoras.

III. El jurista. El Procurador General de la Nación.

Maestro por antonomasia, Mario Justo López fue también un abogado descollante.

Ejerció la profesión con el brillo propio de su condición de jurista y con la autoridad moral con que abonaba todos y cada uno de sus actos en la vida pública y privada.

Había llegado a las más altas posiciones de la intelectualidad: académico, profesor titular en diversas Universidades, politicólogo erudito, constitucionalista de nota y de consulta, publicista cuya obra —para citar una sola, *Introducción a los Estudios Políticos*— trasciende nuestras fronteras.

Y como siempre ocurre en tiempos duros para el país, los hombres con prestigio, sin compromisos políticos, con valentía cívica y responsabilidad ciudadana, son convocados a verdaderos actos de servicio, y el doctor Mario Justo López fue designado —para acierto de quienes lo hicieron— Procurador General de la Nación. En este cargo puso a prueba su privilegiada experiencia profesional y su condición de jurista eminente.

Ejerció una función —cabeza del Ministerio Público—

5 "La Nación", lunes 1º de diciembre de 1986.

6 "Anales de la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires", ob. cit., p. 227.

que él mismo calificó como pieza maestra para la vida del estado de derecho y para la vida del sistema democrático constitucional [7]. Sus dictámenes se caracterizaron por una acabada correlación de las posiciones de cada parte y de las conclusiones de los magistrados intervinientes con la doctrina de la Corte sobre la materia a dilucidar. De tal forma, constituyeron esa ideal derivación razonada de tal doctrina y del derecho vigente con sujeción a las circunstancias de la causa.

Como Procurador General de la Nación ratificó los principios expuestos en la cátedra y en el libro. Así en materia de separación de los poderes sostuvo:

> "...aun cuando el ejercicio del control de constitucionalidad que compete a los jueces, les autoriza a declarar la invalidez de los actos o normas que estimen incompatibles con otros de superior jerarquía, el principio de separación de los poderes les impide examinar el mérito, eficacia, oportunidad o conveniencia de tales decisiones" [8].

Lo propio hizo en materia de declaración de inconstitucionalidad de las leyes al calificarla como:

> "..un acto de suma gravedad institucional, y que debe ser considerado como *la ultima ratio* del orden jurídico, ejerciéndose únicamente cuando la repugnancia con la cláusula constitucional es manifiesta y la incompatibilidad inconciliable..." [9].

Así se sucedían sus intervenciones, así con la solvencia intelectual, la idoneidad y la modestia que lo caracterizaba, este aristócrata del espíritu dejó el cargo con el mismo prestigio y autoridad con que lo ocupara. Al resignarlo pasaba

7 "La Nación", 26 de noviembre de 1983.
8 Revista "El Derecho", t. 94, p. 581.
9 Ídem, t. 94, p. 237.

a integrar esa nómina de los ilustres Procuradores Generales de la Nación que se llamaron Eduardo Costa, Juan Álvarez y Sebastián Soler.

Volvió a sus cátedras, a su quehacer intelectual cotidiano, y recibe en 1988 un galardón consagratorio para su vida académica, el premio Bunge y Born. Al otorgárselo el jurado invocó su:

> "...producción científica, los frutos de las investigaciones, la dedicación para lograr un elevado nivel de educación popular y la lucha denodada por el progreso de la ciencia, de su vocación para alcanzar el triunfo del derecho y la realización de la justicia" [10].

Señores:

Mario Justo López el educador, trabajó hasta el último día y, como si su compromiso con la patria debiera mantenerse hasta el fin, reiterará su pasión por el estudio de la Constitución Nacional, por su valor simbólico tan alto o más para él que su valor normativo.

Quería entrañablemente a su país, por eso le sirvió con abnegación y desprendimiento.

Sus discípulos pueden enseñar hoy, como él lo hizo, que del pasado argentino se debe aprender a afrontar el presente y el futuro. Y en su homenaje sus pares no vacilamos en afirmar que Mario Justo López es un paradigma de los argentinos que aspiran a vivir para el engrandecimiento de su patria.

10 "La Prensa", 20 de junio de 1988.

V

OTRAS DISERTACIONES Y TRABAJOS

FUNCIÓN DE LA EQUIDAD EN LA REALIZACIÓN DE LA JUSTICIA

Disertación pronunciada por el académico Dr. Jorge H. Bustamante Alsina, en la Universidad del Museo Social Argentino, el día 28 de junio de 1990, con motivo de su incorporación a la Academia Interamericana de Derecho Internacional y Comparado durante las Jornadas de Derecho de Daños realizadas en su homenaje.

1. *Las fuentes del Derecho.*

El Derecho es forma de vida social. Su ser no es el de las normas, si por normas se entienden las proposiciones normativas formuladas autoritariamente por el legislador. La realidad normativa de la ley es sólo un sector del Derecho y, como lo expresa Luis Legaz Lacambra [1] éste no vive en la forma de la proposición normativa, que sólo es un concepto, ni vive tampoco sólo como mandato del legislador; el Derecho vive como realidad de la vida humana en su dimensión social, que en cuanto social es normativa, pero como vida transcurre en el ámbito existencial. Es el mismo vivir humano que tiene la forma del Derecho y es en el convivir en dónde esta forma se engendra, por eso son los grupos convivenciales los creadores del Derecho, la fuente del mismo.

Si es cierto que el Derecho tiene dimensión existencial, sus fuentes materiales han de ser también realidades existenciales pero como éste no sólo es existencia sino también normatividad en tanto que traduce y aspira a imponer un valor que exige ser realizado, su fuente tiene a la vez que poseer una dimensión de valiosidad. Esta dimensión de valiosidad es la justicia a cuya realización tiende el Derecho.

[1] *Filosofía del Derecho*, Barcelona, 1953.

Por derecho positivo, entiende Del Vecchio [2] "Aquel sistema de normas jurídicas que informa y regula efectivamente la vida de un pueblo en un determinado momento histórico". El derecho positivo está integrado pues, por aquellas normas jurídicas que son efectivamente impuestas, hechas valer efectivamente, siendo indiferente el valor intrínseco del sistema: una norma jurídica puede ser injusta, contraria al ideal de justicia, al Derecho Natural, sin que por ello cese de ser jurídica y positiva. Los modos de manifestación del derecho positivo son las fuentes formales.

La teoría tradicional define las fuentes formales del derecho positivo diciendo que son "las imperativas de autoridades externas al intérprete con virtualidad bastante para regir su juicio, cuando tiene por objeto propio e inmediato la revelación de una regla destinada a imprimir una dirección en la vida jurídica" [3].

Preferimos definir las fuentes formales del derecho como: "las normas generales, imperativas, impersonales o abstractas, creadas por autoridad externa al intérprete que revelan o manifiestan una regla jurídica cuya esencia es la fuente material o fuerza creadora constituida por factores reales de la vida social". Las fuentes materiales son todas las realidades sociales cuya estructura es la resultante de la fuerza creadora de los hechos y cuya existencia es una condición de realización de la justicia en un determinado círculo social y en un cierto tiempo, a través de las normas que son la expresión formal de aquellas.

Las fuentes formales del Derecho se reducen sustancialmente a la ley y la costumbre. Un lugar especial subordinado, pero sin embargo importante, ocupa con respecto a ellas la jurisdicción. La cuestión de si la sentencia es fuente formal del Derecho es también atinente al tema de la equidad, pues la justicia del caso concreto se realiza a través de la función jurisdiccional.

[2] GIORGIO DEL VECCHIO, *Filosofía del Derecho*, Barcelona, 1953.
[3] F. GENY, *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*, Madrid, 1925.

Según la doctrina tradicional aplicar la ley en la sentencia es subsumir el caso concreto bajo el precepto legal y, silogísticamente, aplicarle la solución prevista en él, lo cual equivale a individualizar la norma. La sentencia no agrega nada al orden jurídico, la sentencia no crea ninguna norma jurídica de carácter general, es decir, ella no es fuente formal del Derecho.

Para la Teoría Pura del Derecho aplicar una norma es individualizarla, de dónde para Kelsen el Juez no es creador de normas jurídicas generales, pero al dictar sentencia interviene como el legislador en el proceso dinámico de formación del orden jurídico.

A su vez, para la fenomenología existencial o teoría egológica de Cossio, la norma es el instrumento conceptual por medio del cual se conoce la realidad del derecho como conducta. El Derecho es conducta; la norma es concepto. Por lo tanto, el Juez al dictar sentencia es también creador de Derecho.

Pensamos que la sentencia que individualiza la norma general aunque crea derecho en la especie sometida no es, en principio, fuente formal del Derecho porque no crea una norma general de aplicación obligatoria a otros casos análogos.

Sin embargo, aunque la doctrina de un fallo es obligatoria cuando es establecida por un Tribunal en pleno, o por la técnica del recurso extraordinario ante la Corte Suprema de Justicia y ella se aplica uniformemente en casos análogos, tampoco es fuente formal del Derecho si se limita a interpretar una norma legal específica que preexista al pronunciamiento, porque en tal caso es sólo el complemento de una fuente formal que es la ley interpretada. Esa doctrina jurisprudencial interpretativa forma con la ley interpretada una unidad dogmática inescindible, carece de valor autónomo y no es creadora de derecho.

Las fuentes formales como expresión de las fuentes materiales o fuerzas creadoras que son los factores reales de la

vida social, deben hallarse en permanente movilidad o actualización siguiendo el dinamismo propio de la evolución de los grupos comunitarios en orden a los avances de la ciencia y de la técnica, al desarrollo de la economía, al constante cambio de las condiciones de la convivencia, al progreso de la educación y la cultura, a la transformación de las ideas filosóficas y del pensamiento político y social. ¡Cuán grande es la distancia que separa al "homo faber" del "homo informaticus"!

Esta proposición evolucionista del Derecho parece tener relación con la Escuela histórica del Derecho formulada por Federico Carlos de Savigny en su célebre opúsculo de 1814, denominado "De la vocación de nuestro tiempo para la legislación y la jurisprudencia" donde refutó la tesis de Antonio Thibaut partidario de la unificación de la legislación alemana en un Código para todos los Estados Germanos. Las leyes según Savigny son casi fosilizaciones del Derecho, constituyen algo muerto que detiene la evolución jurídica ulterior, siendo que éste vive prácticamente de la costumbre, que es la expresión inmediata de la conciencia jurídica popular. Esta tendencia doctrinal fue beneficiosa en tanto que promovió el estudio del hecho histórico en el Derecho e indujo a considerarlo en relación con las condiciones de cada pueblo y con los otros fenómenos de la vida social. Sin embargo ha sido objeto de crítica porque la sumisión al hecho histórico desecha toda especulación ideal sobre la Justicia y la adhesión exagerada al Derecho Romano condujo contradictoriamente a un estancamiento del Derecho Natural combatido por el historicismo jurídico.

No dudamos de que el Derecho positivo debe estar en permanente evolución siguiendo de cerca las transformaciones de la sociedad, en lo que constituye la actividad espontánea del hombre cuya relación con los demás debe hallarse sujeta a la regulación de las normas jurídicas. Decía Ortega y Gasset [4] en 1928 al referirse al fracaso de la Sociedad de

4 *La rebelión de las masas*, Madrid, 1964, p. 301.

las Naciones, que ella fue un gigantesco aparato jurídico creado para un derecho inexistente. Su vacío de justicia, decía, se llenó fraudulentamente con la sempiterna diplomacia que al disfrazarse de derecho contribuyó a la universal desmoralización. Afirma el filósofo español con aguda observación de sociólogo que el Derecho es estático y no en balde su órgano principal se llama Estado. El hombre no ha logrado todavía elaborar una forma de Justicia que no esté circunscripta en la cláusula "rebus sic stantibus", pero es el caso que las cosas humanas no son "res stantes", sino todo lo contrario, cosas históricas, es decir, puro movimiento, mutación perpetua. El derecho tradicional es sólo reglamento para una actividad paralítica y como la realidad histórica cambia periódicamente de modo radical, choca, sin remedio, con la estabilidad del derecho que se convierte así en una camisa de fuerza.

Este preludio sobre las fuentes del Derecho ha sido necesario hacerlo para comprender cuál es el lugar de la equidad, junto a las expresiones formales del fenómeno jurídico que constituyen el Derecho Positivo.

2. *La equidad y la función jurisdiccional.*

Lo equitativo no es para Aristóteles algo distinto por esencia de la justicia, sino una misma cosa con ella; la equidad no sustituye ni corrige a la justicia, sino que es la misma justicia la que corrige la injusticia estrictamente legal que se comete en el caso particular, cuando sólo se la considera bajo el esquema genérico y abstracto de la norma general [5]. En la *Ética a Nicómaco* concibe Aristóteles la equidad como una corrección de la generalidad de la ley: esto es, como una especie de justicia mejor que la legal, porque ésta, dada su generalidad, no puede adecuarse a todos los casos posibles que se hallan implícitos en la norma que enuncia la ley.

La equidad no es fuente formal del derecho, es decir

5 GIORGIO DEL VECCHIO, op. cit., p. 356.

no es un modo o medio de manifestación del derecho objetivo o norma del ordenamiento jurídico positivo. Va de suyo que no es, por ello mismo, una fuente de obligaciones.

La equidad es un juicio de valor que hacen los jueces en la realización del derecho mediante el ejercicio de la función jurisdiccional que les es propia, al crear en la sentencia la norma individual adecuada al caso concreto. "Es el criterio de determinación y de valoración del derecho, que busca la adecuación de las normas y de las decisiones jurídicas a los imperativos de la ley natural y de la justicia, en forma tal que permita dar a los casos concretos de la vida con sentido flexible y humano (no rígido y formalista) el tratamiento más conforme a su naturaleza y circunstancia" [6].

Ese juicio de valor se exterioriza y objetiva en la sentencia judicial que aplica un criterio de justicia particular o individual en relación a las circunstancias específicas del caso concreto que ella decide. Puede considerarse a la equidad como una fuente material del derecho [7] cuando los jueces forman un juicio de valor, mediante la aplicación del conocimiento de la realidad social y de principios morales que tienen suficiente fuerza de convicción para decidir en el fallo la formulación de la norma individual con un sentido de justicia particular.

La dimensión dramática de la justicia, cuando los jueces enfrentados a una controversia judicial tienen que adoptar una decisión, no alcanza sentido trágico porque se hace intervenir un factor que desde Aristóteles se conoce con el nombre de "epiqueya", o sea la equidad o "aequitas" de los romanos.

Cuando en la vida jurídica se presenta un caso por resolver, ha de encontrarse una norma aplicable pues es una exigencia en la aplicación del derecho positivo la afir-

6 LEGAZ LACAMBRA, op. cit., p. 463 con cita de CASTAN, *La idea de equidad*, p. 51.

7 JOSÉ CASTAN TOBEÑAS, *Derecho Civil Español*, t. I, p. 334, Madrid, 1955, dice: "No es la equidad una fuente directa, formal o autónoma del derecho, pero sí una fuente en sentido material y, sobre todo, un importante procedimiento inspirador de soluciones".

mación del postulado de la plenitud del orden jurídico. Los principios generales del Derecho en su expresión dogmática relativa a este tópico se exteriorizan en la norma que dispone "Los jueces no pueden dejar de juzgar so pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes" (art. 15 del Código Civil).

Es en la dinámica de este principio donde se advierte la trascendente función de los jueces en la aplicación del Derecho a través de la sentencia, echando mano a la equidad cuando el ordenamiento jurídico no les provee de la fuente formal en la cual fundar su decisión.

La equidad, hemos dicho antes, no es fuente formal del Derecho [8]. Ella es un juicio de valor que hacen los jueces en el proceso de creación de la norma individual para el caso concreto en el momento de dictar sentencia. La equidad cumple así distintas funciones en la formación de la norma particular.

a) Una es en la interpretación del Derecho positivo en el ámbito que tiene el Juez para realizar la Justicia, sin exceder el margen de libertad que la norma deja al intérprete en la formulación genérica de su preceptiva. Dice Del Vecchio [9] que "hoy día, regulados los límites de los poderes legislativo y judicial, y asegurada la distinción, hay mayores dificultades para admitir tal facultad en el Juez. Mas a éste le queda sin duda una cierta libertad que le es expresamente concedida por la ley, la cual se remite dentro de ciertos límites, a la apreciación del mismo Juez".

Cuando el Juez pronuncia el fallo, adapta la norma general y abstracta al caso particular y concreto y es entonces que, con un criterio de equidad, singulariza el alcance de la preceptiva para poder así realizar la justicia que genéricamente se halla implícita en ella.

b) La otra función la realiza la equidad en la misión integradora del derecho para llenar las lagunas del sistema

8 JOSÉ CASTAN TOBEÑAS, op. cit.
9 GIORGIO DEL VECCHIO, op. cit., p. 357.

jurídico que corresponde a la jurisdicción, según el enunciado del art. 16 del Código Civil. Allí los Jueces están facultados para aplicar los principios generales del derecho teniendo en consideración las circunstancias del caso, si la cuestión no puede resolverse ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, ni por los principios de leyes análogas.

Es aquí sobre todo en donde el criterio de equidad puede obtener una influencia amplia y benéfica ya que la norma ha de determinarse mediante la intuición directa del caso singular, o sea de las exigencias que dimanen de la naturaleza misma de las cosas.

Tampoco aquí la equidad es fuente formal del derecho porque el recurso a los principios generales del derecho tiene por fin crear la norma particular para el caso concreto, y aun la legislación no abandona al arbitrio del Juez la creación de la norma individual fuera de todo entronque o prolongación de las normas vigentes, sino que exige una solución que, aunque no se ha podido extraer de las normas legisladas, no significa una derogación de las mismas.

3. *La equidad asumida en la norma legal.*

Existen supuestos en el derecho positivo en los cuales la norma legal remite expresamente a la equidad la solución de justicia que los Jueces deben hallar al aplicar la ley.

a) Ello es así en lo relativo a las llamadas obligaciones imperfectas o naturales que no dan acción para exigir su cumplimiento. Los Jueces tienen allí un amplio campo para resolver en equidad cuando atribuyen el carácter de obligaciones naturales a ciertos deberes jurídicos fundados sólo en el derecho natural y en la equidad a los que se refiere el art. 515 del Código Civil, cuya existencia no se agota en la enumeración legal. La equidad no es aquí fuente formal del derecho ni da origen a un vínculo obligatorio. La relación jurídica tiene su fuente en los hechos que la ley considera idóneos para ese fin, pero la norma del art. 515 atri-

buye a la jurisdicción la facultad de calificar aquella relación jurídica como obligación natural. La obligación natural no nace de la ley por aplicación de la equidad. Es una calificación que los jueces pueden hacer en relación a un vínculo que originariamente no tiene efectos jurídicos, pero cuya causa fuente es el hecho o situación que justifica ante la equidad la prestación cumplida y que sirve de soporte a los motivos de conciencia en razón de los cuales el deudor se ha considerado obligado a efectuarla. "Si no existe ese hecho, no llega a nacer el derecho que corresponda a la obligación natural" [10].

b) También la ley expresamente confiere al Juez facultades para decidir por razones de equidad, en un sentido distinto del que le viene impuesto por aplicación rigurosa de los principios legales, fijando pautas flexibles para establecer criterios variables de individualización de las normas generales. En estos casos la equidad tiene categoría legal y constituye un componente de la fuente formal del derecho, al deferir al Juez la facultad de adecuación de las normas que en su generalidad no contemplan situaciones concretas que pueden ser injustas. Tales son los supuestos de los artículos 907 y 1169 del Código Civil reformados por la ley 17.711.

La doctrina de algunos autores [11] propugna que en todos aquellos casos en que, no obstante concurrir las razones de justicia que abonen la procedencia de una indemnización, ésta no es legalmente consagrada, debe admitirse la existencia de una obligación natural de indemnizar.

En primer lugar debemos señalar que existe una inconsecuencia en calificar de obligación natural a ese supuesto deber resarcitorio, y, por otra parte imponer al causante material del daño la obligación de contribuir a su reparación. Si se trata de una obligación natural, la víctima no tiene acción para reclamar el pago de una indemnización

10 EDUADO B. BUSSO, *Código Civil Anotado*, t. III, p. 347, Nº 115.
11 JORGE J. LLAMBÍAS, *Obligaciones*, t. II, p. 51, y EDUARDO BUSSO, op. cit., p. 372.

y, por lo tanto, los jueces no pueden condenar si no ha habido acción deducida en el proceso, y, si se hubiere accionado con aquel fin, la demanda debió rechazarse por ser improponible al faltar la legitimación activa y pasiva que requiere la necesaria titularidad del derecho en el accionante y su oponibilidad al demandado.

Como dice Orgaz [12], la equidad no puede ser enfrentada a la ley, porque no es fuente de derecho en el ordenamiento jurídico argentino. Recuerda el ilustre jurista cordobés las "razones del corazón" que movían la actuación del famoso Juez Magnaud, sustituyendo la ley por los dictados de su sentimiento de justicia: juez grande y noble, como ejemplar humano, pero verdaderamente subversivo del orden jurídico y modelo peligrosísimo de seguir.

Además cabe agregar que a la falta de sustentación legal de las llamadas reparaciones de equidad, se agrega hoy después de la reforma de la ley 17.711, un argumento decisivo en contra de ellas, pues la equidad como facultad del Juez de alterar el régimen normal de la responsabilidad civil, tiene jerarquía normativa circunscripta a las hipótesis excepcionales contempladas en los arts. 907 y 1069.

Ampliar el sistema legal más allá de las condiciones que estrictamente imponen el deber resarcitorio dentro de un preciso esquema de responsabilidad, constituye un exceso del poder jurisdiccional que crea de ese modo una jurisprudencia deformante. No puede invocarse la equidad para modificar el sistema de la responsabilidad civil que tiene en la ley una regulación específica y, por lo tanto, excluyente de casos no contemplados en ella en relación a sus presupuestos esenciales, fuera de los cuales nadie puede ser condenado a resarcir el daño sufrido por otro.

El art. 907 establece ahora una reparación de equidad solamente para el supuesto en que el autor del daño hubiere cometido un hecho involuntario, como si se tratase de un inimputable a quien por ello mismo no se le puede atribuir

12 ALFREDO ORGAZ, *Los jueces y las leyes injustas*, en "E.D.", t. 75, p. 757.

culpa alguna. El sistema del Código que consiste en la imputabilidad subjetiva o culposa con respecto al sector de la responsabilidad por el hecho propio, se halla ahora ensanchado con la inclusión de una responsabilidad de tipo objetivo que, independientemente de toda culpa del causante del daño, impone a éste un deber resarcitorio excepcional por razones de equidad que resultan de la confrontación del patrimonio del autor del hecho con la situación personal de la víctima.

A su vez el art. 1069, después de la reforma, altera también el régimen normal de la reparación integral a que tiene derecho la víctima dentro de los límites legales que resultan de la extensión del resarcimiento en cada caso. Los jueces pueden considerar la situación patrimonial del deudor, atenuando, esto es, disminuyendo la indemnización si fuese equitativo, cuando el hecho no fuere doloso.

La equidad a través de las normas legales sirve excepcionalmente como instrumento para atribuir al Juez la facultad de individualizar el principio general de la responsabilidad creando la norma particular para los casos concretos contemplados en ella. En un caso (art. 907) en favor de la víctima y en perjuicio del autor del hecho. Inversamente en el otro (art. 1069) en favor del responsable y en detrimento del damnificado.

Sin embargo, aun en el tema de la responsabilidad civil, puede la equidad dar solución a una delicada cuestión en orden al requisito de que el daño resarcible debe afectar un interés legítimo o sea un interés protegido por la ley. En particular el problema se suscita cuando esta exigencia impide la legitimación activa de la concubina para demandar un resarcimiento, en caso de homicidio del compañero con el cual convivía y de quién recibía el sustento.

El art. 1079 del Código Civil, que tiene su fuente en Aubry et Rau, establece que la acción de resarcimiento compete no sólo a la persona titular del interés inmediatamente protegido por la ley, sino a toda persona que haya sufrido por el delito, aún indirectamente. Dice Orgaz [13] que esta

[13] ALFREDO ORGAZ, *El daño resarcible*, 1961, p. 124.

amplitud no puede interpretarse de modo que autorice a exigir el resarcimiento a todos los terceros que puedan exhibir una repercusión perjudicial cualquiera del acto ilícito en su patrimonio. Agrega Orgaz que hay que distinguir entre quienes sufren un perjuicio meramente de hecho y quienes experimentan un perjuicio jurídico, sólo estos últimos tendrían acción, no los primeros. El perjuicio jurídico es el que resulta de la lesión de un derecho o de un bien personal protegido por la ley. En consecuencia, siguiendo la doctrina general, tanto nacional como extranjera, el daño debe afectar un interés legítimo o sea un interés protegido por la ley.

En la doctrina nacional Mosset Iturraspe [14] piensa que el daño resarcible es el daño cierto, no siendo admisible la exigencia de un nuevo requisito: que el daño sea consecuencia de una lesión a un derecho subjetivo o a un bien jurídicamente protegido y dice que la lesión a un interés personal y directo "que no surge de una situación violatoria de una norma de orden público" cuando asuma la condición de daño cierto "implica el perjuicio a que se refiere un precepto de tanta latitud como lo constituye el art. 1068 del Código Civil". A su vez Zannoni [15] afirma que "exigir que el interés sustancial lesionado gozase, además, del poder de actuar para exigir su satisfacción o goce, no tiene fundamento en norma legal alguna". El art. 1068 del Código Civil solamente alude al daño que se causa por el perjuicio hecho a los derechos o facultades sin requerirse el amparo de un interés legítimo.

Nosotros hemos sostenido [16] que la lesión de un interés cualquiera no es suficiente para legitimar el daño resarcible y que ese interés debe ser tutelado por la ley, no bastando un interés de hecho o simple interés, sino que debe ser un interés jurídico o interés legítimo.

Pensamos sin embargo, después de una mayor reflexión

14 JOGE MOSSET ITURRASPE, *Responsabilidad por daños*, 1971, t. 1, p. 146.

15 EDUARDO ZANNONI, op. cit.

16 JORGE BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, 6ª ed., 1989, p. 149, Nº 339.

sobre el tema particularmente referido a la acción de la concubina que pretende un resarcimiento por el homicidio de su compañero, que la cuestión no puede resolverse con absoluto rigor y que no es contrario a la ley admitir excepcionalmente una indemnización cuando se afecta un interés que aunque no se halle jurídicamente protegido, no es ilícito ni inmoral, si las circunstancias de hecho que rodean y califican un cierto comportamiento social justifican una solución de equidad, que de no contemplarse en un caso concreto conduciría a un resultado inicuo o groseramente injusto. Es por ello que pensamos que aunque se reconozca el requisito de que el daño afecta a un interés legítimo, puede admitirse como solución de equidad en el caso de concubinato, que los jueces no deben desproteger a la concubina que sufre la interrupción de la convivencia por muerte de su compañero que la sostenía, cuando esa unión tenía carácter estable y no adulterino por parte de ella, como lo ha establecido la jurisprudencia de los Tribunales de Francia [17].

4. *La equidad y el recurso extraordinario por sentencia arbitraria.*

Hemos dicho en otra oportunidad [18] que la sentencia que individualiza la norma general no es en principio fuente formal del derecho, porque no crea una nueva norma general de aplicación obligatoria a otros casos sometidos a decisión judicial. Sin embargo, existen sentencias que resultan ser obligatorias para casos análogos, las cuales no son fuente formal del derecho a pesar de su imperatividad. Lo que caracteriza a la sentencia como fuente formal es el principio fundamental que ella afirma cuando se pronuncia con autonomía de toda otra norma jurídica preexistente, de tal for-

17 Cámara Mixta de la Corte de Casación del 27/XII/1970, en IVES CHARTIER, *La réparation du préjudice dans la responsabilité civile*, Dalloz, 1983, p. 10.

18 JORGE BUSTAMANTE ALSINA, *La jurisprudencia como fuente formal del derecho*, "L.L.", 1985, "E", p. 593.

ma que resulta creadora de derecho con virtualidad para ser aplicada como nueva norma general e impersonal.

En virtud de ello una sentencia obligatoria para el futuro, como lo sería la dictada en tribunal pleno por los tribunales ordinarios o la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia que se impone uniformemente a los tribunales inferiores por la técnica del recurso extraordinario y por el valor moral de sus decisiones, no son fuente formal del derecho si se limitan a interpretar una norma legal específica que preexista a su pronunciamiento, porque en tal caso sólo es el complemento de una fuente formal que es la ley interpretada. Solo existiría allí una doctrina judicial interpretativa, cuya aplicación se hará en adelante como integradora de la fuente formal constituyendo con ella una unidad dogmática inescindible. Esa doctrina jurisprudencial carece de valor autónomo y no es creadora de derecho. En cambio, si se trata de una sentencia obligatoria individualizadora de una norma general pero que contiene principios fundamentales que regulan su aplicación "ex novo" aportando elementos sustanciales para la configuración de una categoría jurídica nueva, esa jurisprudencia es autónoma y creadora de derecho. Es fuente formal como norma general, imperativa, impersonal o abstracta, y no meramente doctrina interpretativa.

Esto es lo que resulta de algunos fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictados en recurso extraordinario.

Cuando se trata del ámbito normal del recurso extraordinario sustentado en los casos federales del art. 14 de la ley 48, el Alto Tribunal ejerce el control de constitucionalidad de las leyes como intérprete final de la Constitución Nacional, manteniendo la supremacía de ella de conformidad con el art. 31. La interpretación que hace la Corte de las leyes cuestionadas en orden a su constitucionalidad, no tiene otro límite que la Constitución misma y el pronunciamiento en contra de su validez, si bien no anula la ley ni la priva de su vigor imperativo en el caso concreto, ten-

drá en adelante para casos análogos el valor de una fuente formal derogatoria de la ley.

En el ámbito excepcional del recurso extraodinario por sentencia arbitraria se está también en presencia de una actividad jurisdiccional creadora de normas jurídicas como fuente formal del derecho. No otra cosa es lo que resulta de la reiterada jurisprudencia de la Corte que admite el recurso fuera de los tres casos federales del art. 14 de la ley 48, para descalificar sentencias como acto jurisdiccional válido cuando ellas se hallan desprovistas de todo apoyo legal y están fundadas tan sólo en la voluntad de los jueces. Este recurso específicamente referido a la sentencia arbitraria, constituye una expansión del ámbito normal del recurso extraordinario, de creación pretoriana como una suerte de cuarto inciso del art. 14 de la ley 48, "no escrito en el texto de ésta sino añadido a él por dicha jurisprudencia" [19].

La jurisprudencia de la Corte ha elaborado una verdadera doctrina del recurso extraordinario por sentencia arbitraria, con fundamento normativo en los siguientes preceptos de la Constitución: Art. 17 en cuanto establece que ningún habitante puede ser privado de su propiedad sino en virtud de sentencia fundada en ley, y art. 18 que declara que ningún habitante puede ser juzgado sin juicio fundado en ley anterior al hecho del proceso, y consagra la inviolabilidad de la defensa en juicio de la persona y de los derechos.

Los casos en que se ha declarado la arbitrariedad de las sentencias en el plexo de la jurisprudencia creadora de la Corte Suprema, lo han sido por inobservancia del debido proceso legal adjetivo, o sea por defectos formales del procedimiento que ponen en cuestión la validez constitucional de actos jurisdiccionales por ser violatorios de la garantía constitucional de la defensa en juicio de la persona y de los derechos.

El análisis de fallos más recientes del Alto Tribunal

19 GENARO CARRIO, *El recurso extraordinario por sentencia arbitraria*, Buenos Aires, 1967, p. 26.

permite establecer una nueva hipótesis de sentencia arbitraria, no con fundamentos en la garantía constitucional del debido proceso legal adjetivo, sino en la garantía innominada del debido proceso legal sustantivo que consiste en la existencia de razonabilidad en la interpretación de las leyes para que no sean impugnadas por atentatorias de la ley suprema en orden al objeto de afianzamiento de la justicia que contiene el preámbulo de la Constitución Nacional.

Son numerosos los fallos dictados por la Corte en recurso extraordinario por sentencia arbitraria descalificándolos a causa de la iniquidad de la decisión, más allá del marco normativo en que se coloca el juzgador cuando interpreta la ley o aplica principios generales sin una razonable apreciación del resultado. Es así que se ha declarado reiteradamente que "no debe prescindirse de las consecuencias que naturalmente derivan de un fallo, porque su consideración es uno de los índices más seguros para verificar la razonabilidad de la interpretación que se efectúa y su congruencia con el resto del sistema en que está engarzada la disposición que se trata de aplicar ("Fallos" t. 30, p. 659). Así se expresó también que "la función judicial no se agota en la letra de la ley con olvido de la efectiva y eficaz realización del derecho" ("Fallos", t. 248, p. 37; Rev. "La Ley", t. 104, p. 29).

Es decir que el Alto Tribunal al conocer un recurso extraordinario por sentencia arbitraria no se limita a verificar si el fallo guarda razonable adecuación con la estructura del proceso para asegurar la garantía de la defensa, sino que también verifica si el fallo hace razonable interpretación de la ley para arribar a un resultado justo.

La Corte ha descalificado fallos por la iniquidad del resultado, persiguiendo una solución justa en cada caso, más allá del contenido normativo rigurosamente estricto.

Ha buscado así legitimar sus decisiones mediante la invocación de principios que, al adecuarse a cada caso concreto, han provisto la solución de equidad necesaria para que la función judicial no se extravíe en el camino que lle-

varía a una arbitrariedad más peligrosa aún, si sustituyese el Juez al legislador bajo el pretexto de que la ley es injusta.

Esta tendencia es legítima en tanto se limite a descalificar las sentencias por la iniquidad de su resultado. A ello se puede llegar, sin exceder las facultades del órgano de aplicación de la ley, mediante el recurso a la equidad que permite rectificar la injusticia que se cometería en el caso particular por aplicación de la justicia rigurosamente legal que sólo la considera bajo el esquema genérico y abstracto de la norma general.

La valoración axiológica solamente la puede hacer el Tribunal al juzgar la sentencia reputada arbitraria en relación a la iniquidad del resultado a que llega el intérprete, pero no debe juzgar del valor intrínseco de la ley para dejar de aplicarla y sustituirla por otra norma que se considere más justa. Ello estaría en contradicción con el principio que ha sustentado el Alto Tribunal cuando afirmó que "no es lícito a los magistrados judiciales argentinos proceder a sabiendas, con prescindencia de su carácter de órganos de aplicación del derecho vigente, ni atribuirse así sea por invocación de nuevas concepciones jurídicas, o de nombres de juristas ilustres, facultades legislativas de que carecen" ("Fallos", t. 178, p. 555).

Resulta evidente que la Corte Suprema al admitir el recurso extraordinario por sentencia arbitraria, con fundamento en el resultado inicuo de la decisión judicial, ha creado por el camino de la equidad una nueva causal del recurso con el alcance de una fuente formal del derecho.

Dice Morello [20] con referencia a la nueva causal que hemos señalado en un trabajo anterior [21] y que acoge este autor, que "a las Trece causales mensuradas con tanto rigor por Carrió, se sumarían dos nuevas: a) la del realismo jurídico económico que obliga a los jueces, sobremanera en el pantanoso terreno de la pérdida del poder adquisitivo

[20] AUGUSTO M. MORELLO, *La Corte Suprema en acción*, 1989, p. 337, nota 335.

[21] JORGE BUSTAMANTE ALSINA, *La iniquidad del fallo como causal de arbitrariedad de la sentencia*, "E.D.", 115, p 181.

de la moneda, a no ser fugitivos de la realidad; y b) de la iniquidad manifiesta del pronunciamiento final".

Esta creación de la Corte Suprema no debe ir más allá de una interpretación de la ley que atenúe el rigor literal del texto, atendiendo a un resultado valioso para una efectiva y eficaz realización de la justicia, pero si por este camino se llegara a dejar de aplicar una norma preexistente creando una nueva "ex nihilo", supuestamente más justa que aquella, se estaría afectando gravemente el valor seguridad, sin el cual no puede concebirse la existencia del orden jurídico y se violaría al mismo tiempo el principio constitucional de la división de los poderes que es la máxima garantía de la libertad.

En síntesis, aunque la equidad no es fuente formal del derecho, ella ocupa un lugar importante junto a las fuentes formales ya sea en la interpretación del derecho positivo, en la integración del orden jurídico y en la efectiva y eficaz realización de la justicia.

DESPEDIDA DE GRADUADOS

Palabras pronunciadas por el académico Dr. Roberto Martínez Ruiz en el acto de entrega de diplomas a graduados en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, el 20 de junio de 1990.

Cumplo con la honrosa misión que se me ha encomendado de despedir a los graduados en nombre del claustro de profesores.

La colación de grados durante muchos años se realizaba en la Facultad en adhesión a las fiestas patrióticas del aniversario de la Revolución de Mayo. Ilustres argentinos a quienes hoy veneramos en el bronce de sus estatuas, hablaron en aquellos actos. Juan Bautista Alberdi, José Manuel Estrada, Carlos Pellegrini pronunciaron históricas oraciones que aún se releen y recuerdan.

Pero de entonces a hoy, ¡Cuánto ha cambiado en nuestra facultad! Hoy celebramos en este inmenso salón tan grato acontecimiento que entonces tenía lugar en ámbitos modestos pero grávidos de historia y de recuerdos emotivos. Hoy reciben el ansiado diploma, en cada acto mensual, muchos más egresados que antes en cada ceremonia anual.

Es que se ha producido una profunda transformación en las circunstancias sociológicas de la Argentina.

Me refiero al acceso a la Universidad de un extraordinario número de estudiantes, hecho auspicioso por la elevación que apareja del nivel cultural de la República, uno de los más altos del mundo contemporáneo, pero que al par que ese benéfico resultado ha traído también arduas dificultades para dar cumplimiento al adecuado servicio docente, debiendo sortearse el riesgo de comprometer los principios que impone la buena pedagogía. Baste pensar en la necesidad de haber implantado métodos que hacen compa-

tible la enseñanza a impartir con las obligaciones que la gran mayoría de los alumnos tiene que afrontar en la necesidad de trabajar para seguir sus estudios. Así, se ha hecho poco menos que imposible mantener los anteriores sistemas de cursos de duración anual y ahora la terminación de los estudios no tiene normalmente coincidencia, como antes, con el término de los cursos lectivos de cada año, en que el acto anual de graduación era su lógica consecuencia y se ha impuesto su realización en la forma actual.

Pero por mayor que sea la significación que presentan las nuevas condiciones de nuestra época, son los mismos los valores esenciales que constituyen el objetivo que la Universidad persigue y se mantiene también invariable, en todas las épocas, la preocupación por los problemas nacionales que por ser tales le son también propios.

Los de hoy son ciertamente graves pero no debemos dejarnos agobiar por ellos, pues así como la Historia nos demuestra que la República siempre salió airosa de sus difíciles circunstancias cruciales, gracias al patriotismo y sacrificio de sus hijos, así superaremos las dificultades que actualmente son motivo de nuestro empeñoso esfuerzo para que la Argentina llegue a la altura que merece por la calidad de sus hombres y mujeres y la auspiciosa posibilidad que le brindan los recursos naturales que Dios pródigamente nos dispensó.

Por eso en esta ocasión en que además de la enorme satisfacción de haber logrado la anhelada culminación de largos años de esfuerzo, los graduados inician una nueva etapa con distintas responsabilidades, no es posible dejar de mentar qué es lo que la Universidad pretende de vosotros y cuáles son los deberes morales que habéis adquirido con el alma mater, con quien siempre mantendreis un vínculo filial indeleble, orgullo y honor que podréis ostentar.

Las disciplinas jurídicas y sociales, cuya enseñanza habéis recibido en la Facultad, os habilitan para el juicio prudente y razonado de lo que es el ideal de un ordenamiento en que el respeto a la ley se erige en la jerarquía esencial

a fin de asegurar la realización de los valores fundamentales: la justicia, la paz, el orden y la estabilidad de los derechos, para que el hombre sea respetado en su dignidad y pueda cumplir su destino.

A nadie escapa que el criterio subjetivo y opinable de estos valores da motivo a discrepancias que debemos admitir pues si no aceptáramos la pluralidad de juicio sobre ello, caeríamos en el riesgo de la opresión, incompatible con la filosofía que inspira nuestras veneradas instituciones.

Pero si la disidencia, por pronunciada que sea, como expresión de anhelo de perfeccionar nuestras leyes y sistema constituye un derecho inalienable, no podemos admitir otras formas de expresión de tales propósitos que en función del acatamiento a los principios que derivan del orden jerárquico de las normas impuestas por la Constitución Nacional y las leyes que son su consecuencia obligando a todos a la digna conducta moral que la Patria puede exigir a sus hijos.

La sociedad os da un título habilitante para la defensa de los derechos, para el ejercicio de la magistratura, para la docencia, pero no lo hace sino con un implícito condicionamiento que resulta del inexcusable deber de asegurar los principios superiores que son la base de todo orden en la vida de relación. Porque aparte de las lógicas diferencias de pensamiento, hay una base de esencias inconmovibles en la naturaleza del hombre y que la facultad de discernir hace que todos llevemos en nuestra conciencia permitiéndonos juzgar acerca de lo que es adecuado al fin social de asegurar la dignidad del hombre, su bienestar moral y progreso cultural y material compatible con los derechos de la comunidad.

Somos así protagonistas del conflicto permanente entre sociedad e individuo, entre los derechos que el hombre debe declinar en beneficio de todos y los que el Estado debe ineludiblemente reconocerle. En alguna medida es el tema central de la historia de la civilización. No podemos desconocer que por vivir en sociedad y ser partícipes de sus bene-

ficios sin los que no podríamos subsistir, debemos rendir ineludible tributo a la razonable reglamentación de nuestros derechos. Pero si se desorbita el prudente equilibrio de los términos de la ecuación Estado-persona y se llega a la absorción del individuo por el exceso de poder, consagraríamos un intolerable desvalioso resultado del mismo modo que, en sentido contrario, también sería inconcebible una ilegítima concepción de egoísmo individual que no cumpliera con los deberes que el hombre tiene, en los términos que en la civilización cristiana a que pertenecemos anuncia el mandamiento de amor a los semejantes.

Vuestra vida está signada, jóvenes graduados, por el objetivo de lograr un derecho justo, de contribuir en la medida de la participación que os quepa en cualquiera de las posibles actividades jurídicas, para materializar el principio de razonabilidad de las normas de derecho, normas que no basta sancionarlas para asegurar su cumplimiento, pues si no son justas no tendrán sólida vigencia.

Hace ya más de dos milenios decía Alcibíades en su diálogo con Pericles, que aunque la ley hubiese sido sancionada en el comicio, sería un simple acto arbitrario si fuese impuesta por la mayoría a la minoría sin antes haberla persuadido, concepto que luego desarrolló Platón, el estoicismo y la escolástica encontrando su clásico exponente en la definición del derecho del aquinate como "una prescripción de la razón en orden al bien común, promulgada por quien tiene a su cargo el cuidado de la comunidad". Esta línea de razonamiento es la que se enfrenta con las concepciones absolutistas como fueron las arbitrarias leyes de Creón que Antígona cumpliendo sus deberes fraternos violó por creer que aquellas no podían prevalecer sobre las normas eternas e inmutables de los dioses.

Mantengamos pues, el concepto ontológico del derecho unido a su contenido valorativo, que le da la ínsita nota de moral y justicia y así haremos honor a la Universidad de Buenos Aires y a nuestra querida Facultad.

Jóvenes graduados:

La sabiduría de los antiguos escribió en el Libro de los Libros, "cada generación con sus afanes, es una nueva esperanza". Para no defraudar nuestra justificada expectativa, la senda trazada para vuestra formación en esta casa, sólo me queda pediros que continuéis, sin claudicaciones y con valor, y sin perder de vista jamás que la primera regla de la actuación es la rectitud. Abraham Lincoln según se lee en una de sus biografías les expresó a un grupo de estudiantes en Springfield, que le pedían una conferencia: "En cualquier caso, optad por la honradez; si cualquiera de vosotros, a su juicio, no puede ser un abogado honrado, que se decida por la honradez y no por la abogacía" y luego de encarecerles el espíritu conciliatorio para evitar los litigios, les terminó diciendo "como artífice de la paz el abogado tiene la superior oportunidad de ser un buen hombre". Estas palabras por quien era entonces simplemente un abogado en plena actividad profesional, pueden completarse con el recuerdo de las que pronunció como mensaje al pueblo al asumir por segunda vez la presidencia de los EE.UU. y que hoy están esculpidas en el mármol de su grandioso monumento en Wasthington:

"Sin malicia para nadie, con caridad para todos, firmes en el derecho que Dios nos permite ver, procuremos concluir la labor en la que estamos empeñados, restañar las heridas de la Nación, cuidar a todo aquel que haya debido sufrir o sucumbir en el combate, hacer todo aquello con lo que pueda labrarse una paz justa y duradera entre nosotros y con todas las naciones".

PETRÓLEO, LAS PROVINCIAS DESPOJADAS

Por el académico Dr. Jorge M. Mayer

La explotación de los yacimientos de hidrocarburos, su elaboración y su distribución para el consumo de las industrias y de la población, son de una decisiva importancia para el bienestar y el progreso económico del país.

Pero desdichadamente el problema técnico ha sido a menudo perturbado por factores políticos y emotivos que han frenado el normal desarrollo de las explotaciones y cercenado el mercado local.

El curso de este proceso se ha visto afectado por tres paralogismos.

1º) En primer lugar se ha dicho que la Argentina es un país con petróleo, pero no un país petrolero. Este es el error inicial. Los zócalos de la Cordillera de los Ándes encierran enormes depósitos apenas explorados. El hecho de que las perforaciones deban hundirse a varios centenares de metros, más que en los países árabes, con los medios técnicos actuales, es un estorbo fácilmente superable.

2º) En segundo lugar se ha caído en el error igualmente serio de ceder el monopolio de esta industria al gobierno federal, más particularmente a los núcleos porteños, cuando los yacimientos son de la innata propiedad de las provincias, que han sido despojadas una vez más por la perdurable política aldeana y rosista del puerto.

3º) En tercer lugar se ha planteado el artificial dilema de Y.P.F. o empresas extranjeras, cuando el dilema real es Y.P.F. o empresas privadas argentinas. En vez de alentar a los empresarios argentinos para que exploten los yacimientos

en beneficio de todo el país, se recurrió desde hace años y particularmente en dos conocidas oportunidades, al apoyo de las empresas extranjeras, por considerar que eran más capaces y contaban con mayores recursos.

Esto es la muestra de un síndrome de inseguridad. Los petroleros que comenzaron a trabajar en Tejas no tenían en sus comienzos más experiencia, ni contaban con más recursos, que las empresas argentinas. No se advirtió que se perdía la oportunidad de desarrollar una sólida industria local, suministrar trabajo a vastos sectores y manejar, con esos medios, un mercado fluctuante con mayor autonomía.

La verdadera solución, si se desea contar con una industria sana, es devolver a las provincias los yacimientos que les pertenecían *ab initio,* para que los exploten en la forma que consideren más conveniente, y puedan asi revitalizar sus propios caudales, libres de las interferencias del gobierno federal. Cada provincia podrá así constituirse en un laboratorio experimental y ensayar los regímenes de explotación que crea más beneficiosos [1].

Los dos principios básicos son pues, el primero, la devolución de los yacimientos a las provincias y, el segundo, su explotación por las empresas privadas locales, según han procedido los estados norteamericanos con un éxito notable.

Como las comarcas que habían formado el Virreinato del Río de la Plata eran típicamente ganaderas y el principal negocio se centraba en la exportación de los cueros, no existía en esos años y en esta zona un espíritu minero y las explotaciones se reducían modestamente a palear unos pocos depósitos de sal, piedra y cal bajo el cetro monopólico de los funcionarios reales. Los lujosos yacimientos de plata en el Alto Perú pertenecían exclusivamente a los monarcas borbónicos, dueños de vidas y fortunas y esa característica ha sellado la mente de muchos funcionarios.

El despertar después de 1810, frenado por los disturbios sociales y políticos, fue lento y episódico. Sin embargo, en la

1 GUILLERMO J. CANO, *Los recursos naturales en nuestro régimen federal,* "El Derecho", t. 106, p. 839 y *La Argentina será federal o no será nada,* "La Prensa", 4 de septiembre de 1989.

sesión del 29 de abril de 1813, de la Asamblea Constituyente, el diputado Manuel José García difundió la necesidad de derogar el régimen borbónico para utilizar mejor sus riquezas. Propuso establecer un Tribunal de Minería en Potosí y adoptar las reglas vigentes en Méjico. Adelantó un nuevo y revolucionario principio "los inmensos depósitos de oro y plata que contienen estas cordilleras deben quedar abiertos para cuantos hombres quieran venir a explotarlos desde todos los puntos del globo" [2].

Las minas pasaron del dominio de los Reyes a ser la propiedad de los empresarios que se arrojaban a esas temerarias aventuras y exhumaban los frutos del suelo para el provecho de la sociedad.

La explotación de las minas estuvo sujeta a las disposiciones de cada provincia puesto que les pertenecían. Los ejemplos son elocuentes; en esos años las provincias defendieron enérgicamente sus derechos sobre las minas yacentes en su territorio [3].

La Provincia de La Rioja envió al Congreso Constituyente de 1825 un diputado, bajo la condición "de que no se alterasen las resoluciones tomadas por el gobierno y la Junta de Representantes acerca del establecimiento de la Casa de Moneda y Minerales de aquella provincia" y en la sesión del 1º de febrero de 1826 el diputado Manuel Moreno sostuvo con el mismo énfasis, que el Congreso no podía disponer de las tierras públicas que se encontraban en el territorio de las provincias sin su consentimiento [4].

Por impulso del Ministro Rivadavia y la dirección de Hullet Brothers se estableció en Londres, el 4 de diciembre de 1824, la Sociedad de Minas del Río de la Plata. Paralelamente se había fundado en Buenos Aires el Banco de Rescate y Casa de Moneda formado por Facundo Quiroga, Braulio Costa, William Parish Robertson y Ventura Vázquez. El fin de esas empresas era establecer un Banco de Rescate para

2 *Asambleas Constituyentes*, t. I, 36; t. VI, 70.

3 JOAQUÍN V. GONZÁLEZ, *Legislación de Minas, O. C.*, t. IV, 174.

4 Sesión de la Cámara de Diputados del 5 de enero de 1825; *Asambleas Constituyentes*, t. I, 973 y t. II, 685.

acuñar monedas de oro y de plata con las pastas que se proponían extraer del cerro de Famatina situado en La Rioja. Los yacimientos de Famatina habían sido descubiertos por los Padres Jesuitas y unos mineros aragoneses emprendieron en 1814 los primeros cateos. Se suponía que las principales riquezas se encontraban en los filones de plata, que eran el gran sueño de esa época, de cobre, hierro y algo de oro.

Después de un naufragio y algunos percances la expedición inglesa encabezada por Francis French, Carlos von Phfroner y Federico Laas y servida por 50 esclavos negros comprados en Córdoba, llegó a La Rioja en 1826. Pero fueron expulsados por el General Quiroga quien sostuvo que esos minerales pertenecían a la provincia de La Rioja y debieron retirarse para dirigirse a Chile [5].

La Constitución Nacional, sancionada en el año 1853, estableció en el artículo 104 que las provincias conservaban todo el poder no delegado por esa Constitución al gobierno federal. El artículo 107 agregaba que las provincias podían "promover su industria" y "el establecimiento de nuevas industrias". Por su parte el artículo 14 al enumerar los derechos de los ciudadanos estableció que todos los habitantes de la Nación gozarían de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio, a saber: "de trabajar y ejercer toda industria lícita, de navegar y comerciar" [6].

Es cierto que el artículo 67 inciso 11) otorgaba al Congreso el derecho de dictar el Código de Minería. Pero lo hizo dentro del marco de las normas constitucionales y pretender que esta facultad le da al Congreso el derecho de despojar a las provincias de sus yacimientos es tan equivo-

5 VICENTE F. LÓPEZ, *La Revolución Argentina*, t. IV, 1881, 1703; U. CURTOIS, *El mineral de Famatina*, "La Biblioteca", t. VII, 242; DAVID PEÑA, *Juan Facundo Quiroga*, 1968, 78, 82; *Asambleas Constituyentes*, t. III, 1115.

6 GUILLERMO J. CANO, *Contribución al estudio de la reforma constitucional: federalismo, minas y agua*, "J.A.", 1957, t. III, p. 73; JOSÉ ROBERTO DROMI, *Nación y provincias ante el régimen de hidrocarburos*, "J. A.", 1979, t. IV, p. 19, no hay duda de que los yacimientos son de propiedad privada de las provincias, pero suponer que es más conveniente la explotación por el gobierno federal, es una vieja superstición borbónica desvirtuada por las experiencias realizadas en los Estados Unidos y ruinosamente en nuestro país.

cado como argüir que el Código Civil le da el derecho de confiscar la propiedad privada a los habitantes del país.

Si el artículo 14 de la Constitución dio a todos los habitantes de la Nación el derecho de trabajar y ejercer toda industria lícita y el artículo 17 confirmó que la propiedad era inviolable, no caben los despojos, las confiscaciones y los monopolios mineros.

Las provincias reivindicaron siempre sus derechos para disponer de las tierras públicas, entre las cuales quedaban incluidos los yacimientos.

Así lo dispuso la Constitución de Santa Fe de 1856 en el artículo 19º inciso 9º, la Constitución de Corrientes de 1856 en el artículo 25 inciso 14, la Constitución de San Juan de 1856 en el artículo 12 inciso 9º, la Constitución de Entre Ríos de 1860 en el artículo 22 inciso 17, la Constitución de Córdoba de 1870 en el artículo 86 inciso 13 y la Constitución de Buenos Aires de 1873 en el artículo 98 inciso 9º [6a].

Alberdi, autor e intérprete nato de las normas constitucionales, en el folleto sobre *El Derecho Público Provincial* enseñaba que "la regla que deslinda lo provincial de lo nacional en materia de gobierno es la siguiente: las provincias conservan todos los poderes inherentes a la soberanía del pueblo en su territorio excepto los poderes delegados expresamente al gobierno general". La regla es clara y categórica, todo aquello que no ha sido delegado expresamente al gobierno federal, pertenece a las provincias [7].

En *El Sistema Económico y Rentístico de la Confederación* agregaba:

> "El poder reservado al gobierno local es más extenso porque es indefinido y comprende todo lo que abraza la soberanía del pueblo. El poder general es limitado y se compone en cierto modo de excepciones. Sólo es de su incumbencia lo que está escrito en la

[6a] JUAN P. RAMOS, *El Derecho Público de las provincias argentinas*, 1914, t. II, p. 46, 125, 272; t. III, p. 12, 160, 312.

[7] ALBERDI, *Organización política y económica de la Confederación*, 1856, 100, 240, 339; JOAQUÍN V. GONZÁLEZ, *Manual de la Constitución Argentina*, 1897, 645.

Constitución, todo lo demás es de las provincias... En la tierra comprenden los economistas el suelo, los ríos y lagos, las plantas, las minas... entre estas riquezas que se llaman naturales abundan... la sal, el carbón de piedra... unas y otras riquezas entran en el dominio de las disposiciones constitucionales" [8].

Más adelante es todavía más explícito:

"Otros recursos no se han delegado al Tesoro Nacional de ningún modo. Tales son: los tesoros o huacas, los bienes mostrencos... el producto de la renta imponible sobre la explotación de riquezas espontáneas del suelo... como los lavaderos de oro... el suelo de Córdoba es universal en aptitudes productoras... minas de cobre, de plata y de oro... Tucumán... contiene minas opulentas de oro y plata... Catamarca tiene cien leguas de norte a sur de un suelo vecino de Copiapó... que han eclipsado a los de Méjico y el Perú en riquezas de plata, oro y cobre... Las tres provincias de Cuyo que ocupan un tercio del territorio argentino, apoyadas en la falda oriental de los Andes... son tan ricas en minerales, en mármoles, en carbón de piedra... La Rioja... posee una mitad de sus cerros opulentos de plata y oro... y por fin oro, plata, cobre, platino y plomo" [9].

Y cierra sus enseñanzas con este párrafo:

"Toda ley que atribuya al Estado de un modo exclusivo, privativo o prohibitivo, que todo es igual, el ejercicio de operaciones que pertenecen esencialmente a la industria comercial es derogatoria de la Constitución en la parte que ésta garantiza la libertad de comercio de todos y de cada uno de los habitantes de la Confederación" [10].

8 ALBERDI, *Organización política y económica*, 339, 376.
9 ALBERDI, *Organización política y económica*, 546, 554.
10 ALBERDI, *Organización política y económica*, 415.

En la misma forma Joaquín V. González, otro clásico, en el *Manual de la Constitución Argentina*, 1897, enseñaba que las provincias no eran dependencias administrativas sino verdaderos estados y como tales tenían una jurisdicción originaria y propia.

Recordaba que eran soberanas en su régimen interno y disfrutaban de un poder exclusivo para legislar sobre los bienes raíces situados dentro de sus límites, de tal manera que sólo podían ser adquiridos y vendidos conforme a la ley de la tierra, del lugar donde se hallaban ubicados [11].

Después, en su tratado sobre *Legislación de Minas*, donde resumía las lecciones que había dictado en la Facultad de Derecho el año 1910, insistía en que las minas forman parte del patrimonio privado del gobierno federal y de las provincias donde se encuentran y se hallan amparadas por las mismas garantías que la propiedad superficial, de tal modo que el avance del gobierno federal en ese terreno significaba un absurdo jurídico [12].

No creía en la eficacia de las explotaciones estatales ensayadas con resultados negativos bajo el régimen de los Borbones. El Estado explotador de minas era incompatible con el régimen jurídico de la Constitución. Se convertiría además en un destructivo y ruinoso competidor de los demás mineros, como parte y juez en los litigios. Se establecía en esa forma un monopolio inconveniente e impropio de la administración pública que "contraría hondamente el espíritu de las garantías acordadas a los habitantes del país que quisieran explorar y explotar minas". Concluye con este anatema:

> "¿qué persona medianamente versada en la lectura de los textos constitucionales y legales sostendría que bajo los términos de esta cláusula el gobierno nacional pudiera ir a despojar a las provincias de su dominio privado sobre las tierras mineras a título de fomento industrial?" [13].

11 GONZÁLEZ, 656, 675.
12 GONZÁLEZ, *O. C.*, t. IX, 13, 365, 367.
13 GONZÁLEZ, *O. C.*, t. IX, 370, 371, 378, 563.

Así declara que el Estado no puede explotar las minas:

1º) Por su naturaleza aleatoria ajena a sus funciones.

2º) Por la competencia irresistible que haría a la industria particular.

3º) Por constituir un monopolio.

4º) Por violar las cláusulas fundamentales de la Constitución.

El título X del *Estatuto de Hacienda y Crédito de la Confederación*, titulado "De la Propiedad Subterránea o de Minas", sancionado el 19 de octubre de 1853, estableció:

Artículo 1º: Interin el Congreso dicte el Código de Minería regirán en la Confederación las Ordenanzas de Méjico, con las modificaciones que las legislaturas de las provincias hayan hecho en ellas, en todo lo que no se derogue por la presente ley.

Artículo 2º: Entiéndase por mina la exploración del terreno por medio de excavaciones superficiales o subterráneas para explotar piedras preciosas o cualquier otra substancia metálica o mineral reducible a metal. De consiguiente no se comprende en la palabra mina las canteras, salinas, huaneras, tierras arcillosas o de tinte, piedras silicias, azufre, etc.

Artículo 3º: Los lavaderos de oro son comprendidos en la palabra minas.

Artículo 4º: Cada mina comprenderá la superficie de terreno que la ordenanza previniese.

Artículo 5º: Toda persona o sociedad es hábil para denunciar y trabajar minas [14].

En la sesión del 12 de julio de 1865 la Cámara de Diputados examinó la solicitud de una concesión presentada por el señor Leonardo Villa, para la explotación de unas minas de betún a fin de extraer kerosene por el término

14 "Registro Nacional", t. III, 1853, 32.

de 2 años, en la provincia de Jujuy, basándose en la facultad de otorgar privilegios que el artículo 67, inciso 16, otorga al Congreso, pero fue rechazada por transgredir las autonomías provinciales según los fundamentos expuestos por los diputados Indalecio Cortínez, Martín Ruiz Moreno y Francisco Elizalde [15].

El Código Civil, promulgado el 29 de septiembre de 1869, dice en su artículo 2342:

> "Son bienes privados del Estado General o de los estados particulares:
>
> 2º) Las minas de oro, plata, cobre, piedras preciosas y substancias fósiles no obstante el dominio de las corporaciones o particulares sobre la superficie de la tierra".

Se establecieron así dos principios, el primero una diferencia entre la propiedad de la superficie y la propiedad del subsuelo y el segundo otra diferencia entre los bienes privados del Estado Federal y los bienes privados de las provincias, entre los cuales se encontraban las minas antes mencionadas.

El error fundamental de Vélez fue separar artificialmente la propiedad del subsuelo de la propiedad del suelo, influido por las doctrinas regalistas de Felipe II, que causaron el estancamiento minero en la Colonia, y se contrasta con el empuje de las explotaciones mineras en América del Norte [16].

El Congreso, por medio de la ley 725 del 28 de agosto de 1875, dispuso que el Poder Ejecutivo designara una persona competente para revisar el proyecto de Código de Minería, presentado por Domingo de Oro.

Claramente en el artículo 2º de esta ley decía:

> "El redactor del Código tomará como base para la preparación de ese trabajo el principio de que las

15 Cámara de Diputados, Diario de Sesiones, 1865, 142.

16 MEIR ZYLBERBERG, *El trasfondo de la crisis, la negación de la propiedad privada*, "La Nación", 17 de septiembre de 1989.

minas son bienes privados de la Nación o de las provincias según el territorio en que se encuentren" [17].

Enrique Rodríguez, en su proyecto de Código, imbuido por el ejemplo de Vélez, separó también la propiedad de las minas de la propiedad del suelo. Así al referirse en el artículo 2º a las minas clasificadas en la primera categoría decía:

> "Minas en las que el suelo es un accesorio que pertenecen exclusivamente al Estado y que solo pueden explotarse en virtud de la autoridad competente".

En el artículo 3º agregaba:

> "Corresponden a la primera categoría los combustibles, hulla, lignita, betunes y aceites minerales".

La enseñanza de la experiencia es ilustrativa y agobiante. Ese senil principio atávicamente borbónico y regalista ha causado daños ingentes al país. Propagado por la difusa red de los intereses burocráticos se convirtió en un tabú y paralizó los trabajos hasta nuestros días.

Afortunadamente en el artículo 7º confirmó que:

> "Las minas son bienes privados de la Nación o de las provincias según el territorio donde se encuentren."

En esta forma el codificador, al seguir las bases establecidas por el Congreso en la ley 725, consolidó el régimen federal y el derecho inalienable de las provincias para explotar los yacimientos situados en su territorio, como lo consideren preferible. No hubo en esos tiempos duda alguna, las intrusiones del gobierno nacional comenzaron 30 años después cuando se debilitaron las grandes tradiciones constitucionales y el manejo del petróleo abrió las puertas a nuevas tentaciones fiscales.

17 "Anales de Legislación", t. I, 997.

Aunque sea necesario un considerable esfuerzo mental para disipar tan lejanas supersticiones, bastaría derogar el artículo 2º para desencadenar una vasta revolución productiva. Los propietarios de las tierras hoy despojados de su parte más valiosa se lanzarían a mil empresas y pronto los valles cordilleranos se transformarían en una nueva Tejas autónoma, rica y pujante.

Puesto que el artículo 7º del Código se refiere a las minas como bienes privados de la Nación o de las provincias, es conveniente verificar qué facultades acuerda nuestra legislación al titular del derecho privado sobre dichas minas. El Código Civil aclara concretamente el sentido y el alcance de esa expresión. El artículo 2513 establece que es inherente a la propiedad el derecho de poseer la cosa, disponer o servirse de ella, usarla y gozarla y el artículo 2515 agrega que el propietario tiene la facultad de ejecutar respecto de la cosa todos los actos jurídicos de que ella es legalmente susceptible, alquilarla o arrendarla, enajenarla a título oneroso o gratuito, todo bajo el escudo del artículo 17 de la Constitución.

No caben así reparos sobre la naturaleza y alcance de la expresión "propiedad privada" y los derechos que conlleva a las provincias sobre sus yacimientos.

Es indiscutible que las provincias tienen la plena facultad de disponer de sus yacimientos en la forma que consideren conveniente a sus intereses, explotarlos por sí o terceros, arrendarlos o venderlos, sin que pueda interferir en esas decisiones el gobierno federal. No cabe ya objeción alguna, esto es claro como el sol.

Domingo de Oro, redactor del primer proyecto, fue uno de los personajes claves del medioevo argentino. Nació en la ciudad de San Juan el año 1800 y se educó en el Colegio de San Carlos, residió en las provincias de Córdoba y de Entre Ríos y redactó la Constitución de esta provincia el año 1822. Fue Ministro del Gobernador Solá, Secretario de la misión del General Alvear al Alto Perú y Secretario de la Legación en Lima. En 1826 fue designado diputado al Congreso Nacional, cargo que no llegó a ocupar. En 1827

publicó en Buenos Aires el periódico "El Porteño". En 1828 se opuso al pronunciamiento del General Lavalle, secretario del Gobernador Estanislao López rechazó luego el Ministerio que le ofreció el General Quiroga. A causa de los trastornos institucionales emigró a Chile en 1833. En 1840 publicó contra Rosas en Valparaíso el famoso folleto titulado "El Tirano de los pueblos argentinos" y fue secretario de la Comisión Argentina de Santiago. En 1844 se instaló en Cobija y se dedicó a empresas mineras. En 1846 redactó "La Gaceta Oficial", de La Paz. Residió luego en Tacna y Copiapó. En 1860 el General Urquiza le encomendó el estudio de las explotaciones mineras en San Luis, San Juan, Córdoba y La Rioja y la redacción de un Código de Minas. Víctima del terremoto que devastó la ciudad de Mendoza la noche del 2 de marzo de 1861, perdió el uso de las piernas y debió manejarse con muletas. Diputado de Minas en San Juan, presentó en 1866 el proyecto del Código de Minas y falleció en la casa de su hijo Antonio, en Baradero, el 27 de septiembre de 1879 [18].

Para reformar su proyecto fue elegido en 1875 Enrique Rodríguez. Nacido en la ciudad de Córdoba en 1809 se educó en el Colegio de Montserrat y fue miembro de la Asociación de Mayo. Exiliado en Chile actuó como abogado de las principales empresas mineras en Copiapó. En 1854 regresó a Córdoba y fue designado Presidente del Supremo Tribunal de Justicia y en 1874 Gobernador de la provincia. Redactó en 8 años el nuevo proyecto del Código de Minería que fue presentado al Congreso por el Presidente Roca en 1885 y promulgado por la ley 1919 del 25 de noviembre de 1886. Falleció en la ciudad de Córdoba el 11 de diciembre de 1891.

Las notas de Rodríguez son ilustrativas y algunos de sus párrafos merecen meditarse:

> "La ley nacional de 1875 de acuerdo con el indicado artículo 2342, prescribe que se tome por base del

18 SARMIENTO, *O. C.*, t. III, 31; MANSILLA, *Entre-Nos*, 1898, 273; El Museo Mitre publicó en 1911 sus papeles en dos volúmenes particularmente valiosos.

Código de Minería, el principio de que las minas son bienes privados de la Nación y de las provincias, según el territorio en que se encuentren.

Dada nuestra organización y régimen político, era consiguiente y bajo muchos aspectos conveniente, atribuir a los estados la propiedad de las substancias minerales comprendidas en sus respectivos dominios; pero no era indispensable.

El objeto principal de la ley de minas quedaba cumplido ya adjudicándolas exclusivamente a la Nación, ya atribuyéndolas a las provincias.

Por otra parte, está ya reconocido que el Estado no es el mejor minero. Necesitando valerse de empleados para un negocio en el que no cabe presupuesto, en el que no es posible calcular los gastos, ni asegurar la producción, no solo será mal explotador comparado con los particulares que trabajan directamente por sí y en provecho propio, sino que se verá expuesto a graves pérdidas y perjuicios.

Los negocios de azar no son para el Estado; si explota por su cuenta, el monopolio será, como casi siempre acontece, gravoso a los consumidores.

Si el Estado vende, arrienda o celebra cualquier otro contrato, habrá que monopolizar el ramo en favor de los contratistas. Y si permite al mismo tiempo que los particulares exploten por su cuenta, ha de imponerles condiciones que hagan difícil la competencia.

Y en uno y en otro caso contraría el interés de la sociedad porque si no disminuía la producción aumentaría su precio en el mercado."

Si Rodríguez reafirma el principio federal y confirma los derechos de las provincias sobre sus yacimientos, opta en cambio por separar la propiedad del suelo de la propiedad del subsuelo. Justifica esta decisión en los siguientes términos:

"Desde mucho tiempo se ha venido discutiendo la importante cuestión relativa al derecho originario

de propiedad de las minas. Entre los sistemas que han sido materia de esa discusión, dos son los más prácticos y en los que principalmente puede detenerse el legislador. Primero el que atribuye al dueño del suelo las substancias minerales como parte de la cosa, impropiamente llamado de accesión, sistema vigorosamente combatido con todo el brillo de su poderosa elocuencia por Mirabeau en la discusión de la ley de 1791. Segundo el llamado de regalías que reconoce como dueño de las minas al soberano, al Estado, a la Nación que es sin duda el más generalmente aceptado." [19]

Reconoce que el sistema de accesión es el más conforme al derecho natural y que era apoyado por Napoleón. Pero influido por Vélez y el porfiado regalismo de la corona española, subconcientemente intacto, aún en nuestros días, se inclinó por el segundo con graves perjuicios para el país.

Tres son los errores que cometió Rodríguez, el primero aceptar la opinión de un personaje tan discutible como Mirabeau, que deseaba destruir la preeminencia de las propiedades inmobiliarias de la nobleza, contra las indicaciones más equilibradas de Napoleón. El segundo, suponer que el sistema regalista era el generalmente aceptado, cuando apenas tenía vigencia en algunos estados monárquicos que contaban con unas pocas minas y sólo las explotaban en provecho propio. El tercero fue el de creer que el sistema regalista ofrecía las mayores ventajas económicas y sociales cuando la experiencia ha probado lo contrario.

Coincidiendo con estas disposiciones, los decretos que dictó el gobierno nacional en la primera época se referían sólo a las minas situadas en los territorios nacionales, como fueron el decreto del 10 de mayo de 1890 sobre la denuncia de minas, el decreto del 3 de marzo de 1905 sobre los permisos para reconocer yacimientos auríferos y las instruc-

19 "Anales" 1881-1888, 262, 268.

ciones generales del 16 de noviembre de 1908 para practicar las mensuras de las pertenencias mineras [20].

El inesperado descubrimiento de los promisorios yacimientos de petróleo en el sur impulsó grandes cambios en las industrias y en el derecho minero. En Jujuy una Compañía de Kerosene en 1865 y la Compañía Mendocina de Petróleo, en esta provincia, el año 1886, iniciaron los primeros trabajos en una reducida escala [21].

Por casualidad y para proveer de agua a la localidad de Comodoro Rivadavia, en el territorio nacional de Chubut, el Ministerio de Agricultura dispuso que la Dirección de Minas, Geología y Hidrología realizara unas perforaciones. Como la primera perforación en el centro del pueblo no encontró agua, se emprendió una segunda perforación 3 kilómetros al norte el 24 de marzo de 1907. El ingeniero Enrique N. Hermite era el jefe de la División de Minas y el ingeniero Julio Krause jefe de la sección de Hidrología y Perforación, José Fuchs era el jefe de sondeo y Humberto Beguin actuaba como auxiliar.

El 13 de diciembre de 1907 a los 535 metros aparecieron los primeros vestigios y a los 540 metros surgió una napa de petróleo [22].

El Presidente Figueroa Alcorta y el Ministro de Agricultura Pedro Ezcurra advirtieron la importancia del hallazgo y al día sigueinte, 14 de diciembre, dictaron un decreto que trazó una reserva en el radio de 5 leguas desde ese punto [23].

La ley 7059 del 6 de diciembre de 1910 amplió esa reserva a 5.000 hectáreas y ofreció, en licitación pública, secciones de 625 hectáreas [24].

Poco después algunos estudios señalaron la existencia de otro yacimiento en Plaza Huincul en el territorio de

20 "Recopilación de leyes, decretos y resoluciones sobre materia petrolera", t. I, 1938, 147.

21 EDUARDO A. PIGRETTI, *Manual de Derecho de Minas*, 1961, 159.

22 Yacimientos Petrolíferos Fiscales, "Desarrollo de la política petrolífera fiscal 1907-1932", 1932, 17.

23 "Recopilación", t. I, 5.

24 "Recopilación", t. I, 7; "Anales" 1889-1910, 702.

Neuquén y el gobierno nacional invocó la ley 4.167 sobre tierras fiscales, para trazar otra reserva, el 10 de septiembre de 1909, de 5 leguas a todo rumbo, a partir de dicha localidad [25].

No existió desde esos años una política minera coherente ni estable, son visibles las contradicciones entre las sucesivas disposiciones legales que se aplicaron, por motivos episódicos o emotivos, más que por razones técnicas.

La ley 10.273 del 14 de noviembre de 1917 estableció en el artículo 2º el canon que el gobierno nacional debía abonar a las provinicas, según la jurisdicción en que las minas se encontraran [26].

Las primeras disposiciones en materia petrolera reconocieron los derechos de las provincias y su participación se estableció inicialmente en el 50 % del producto neto, puesto que el gobierno nacional corría con los gastos de explotación, que luego se cambió por unas regalías que oscilaban entre el 10, el 11 y el 12 % del petróleo extraído.

El decreto del 24 de diciembre de 1910, del Presidente Roque Sáenz Peña y del Ministro de Agricultura Eleodoro Lobos, creó la Dirección General de la Explotación del Petróleo de Comodoro Rivadavia y otro decreto, del 1º de julio de 1922, la transformó en la Dirección General de Yacimientos Fiscales [27].

La ley 11.668, del 21 de diciembre de 1932, confirmó a Y.P.F. como encargado de manejar la explotación, transporte y comercialización de los hidrocarburos del Estado Nacional y en el artículo 9º lo autorizó para celebrar convenios para la exploración, explotación y transporte del petróleo en las provincias [28].

El Poder Ejecutivo, en el mensaje que dirigió al Congreso el 22 de julio de 1932 presentándole este proyecto, dejó en claro que los hidrocarburos eran de propiedad pri-

25 Yacimientos Fiscales, 137.
26 "Anales" 1899-1917, 1042.
27 "Recopilación", t. I, 9, 97.
28 "Recopilación", t. I, 585.

vada de la Nación o de las provincias "con todas las facultades inherentes a ese dominio" [29].

Por su parte, la ley 12.161 del 26 de marzo de 1935 reconoció expresamente en el artículo 373 que las minas de petróleo e hidrocarburos fluidos eran bienes del dominio privado del Estado Nacional o de las provincias según el territorio en que se encontraran. El artículo 374 agregó que Y.P.F. podría con esos fines celebrar convenios con las provincias, el artículo 381 dispuso que podría también convenir con las provincias condiciones para su exploración y explotación en la misma forma a la establecida para los particulares y en el artículo 395 agregó que el Estado Nacional y los estados provinciales podrían establecer zonas de reserva en sus jurisdicciones [30].

Estas disposiciones, de buen o mal talante, confirmaron los derechos de las provincias sobre los yacimientos encerrados en su territorio. Pero el gobierno federal, por medio del desarrollo cada vez mayor de Y.P.F., irrumpió paulatinamente en las jurisdicciones locales.

En sus inicios la presencia de Y.P.F. como empresa testigo y controladora del mercado fue altamente favorable. Así formó un cuerpo de técnicos, bajó el precio de la nafta en todo el país a 20 centavos e inauguró en 1925 la Destilería de La Plata. Pero esta institución se vio afectada por tres fallas, la primera las influencias políticas que cambiaron en los últimos 20 años más de 40 veces su cuerpo directivo y la privaron del indispensable espíritu de continuidad, la segunda, la burocracia que invadió sus despachos y la convirtió en un organismo pesado y de lentos movimientos y, la tercera, su inclinación monopólica, al extremo de sostener que las empresas privadas no podían coexistir en su órbita [31].

Su gran error fue la falta de eficiencia y haber difundido el dilema de Y.P.F. o empresas extranjeras, cuando el

29 "Recopilación", t. I, 575.
30 "Anales" 1930-1940, 610.
31 ENRIQUE MOSCONI, *La batalla del petróleo*, 1957, 68, 76.

dilema era Y.P.F. o empresas privadas argentinas que hubieran actuado con más provecho.

Y.P.F. contó con funcionarios capaces y dedicados con fervor a su trabajo, pero las fallas íntimas restaron fuerza a su labor. El mal no estuvo en los hombres sino en la mecánica de esa institución.

Los resultados no fueron favorables y no se alcanzó el autoabastecimiento del país y el precio del combustible aumentó una y otra vez [32].

Las cifras son claras:

ESTADÍSTICA PETROLERA 1930-1960
(en miles de metros cúbicos)

	Producción nacional de petróleo			Importación de petróleo y derivados			Reservas comprobadas de Y.P.F.
Año	Y.P.F.	Part.	Total	Y.P.F.	Part.	Total	petróleo y gas
1930	827	604	1.431	—	1.972	1.972	8.000
1931	874	987	1.861	—	1.559	1.559	
1932	902	1.187	2.089	—	1.118	1.118	
1933	922	1.255	2.177	—	1.074	1.074	
1934	836	1.394	2.230	—	1.274	1.274	
1935	944	1.329	2.273	—	1.609	1.609	16.000
1936	1.140	1.318	2.458	—	1.654	1.654	
1937	1.262	1.338	2.600	—	1.911	1.911	
1938	1.431	1.284	2.715	—	2.307	2.307	
1939	1.625	1.334	2.959	—	2.229	2.229	25.000
1940	1.983	1.293	3.276	—	2.115	2.115	
1941	2.227	1.273	3.500	—	1.973	1.973	
1942	2.446	1.323	3.769	99	959	1.058	
1943	2.663	1.315	3.948	174	309	483	
1944	2.576	1.276	3.852	146	279	425	
1945	2.456	1.181	3.637	82	494	576	49.000
1946	2.260	1.047	3.307	298	3.220	3.518	47.700
1947	2.426	1.047	3.473	482	3.642	4.124	52.600
1948	2.646	1.046	3.692	965	4.299	5.264	59.100
1949	2.580	1.011	3.591	2.179	2.759	4.938	55.200
1950	2.755	975	3.730	2.889	3.374	6.263	52.000
1951	2.958	931	3.889	2.627	3.697	6.324	62.200
1952	3.097	849	3.946	3.224	3.829	7.053	74.000
1953	3.710	821	4.531	2.499	3.885	6.384	103.000
1954	3.916	785	4.701	2.954	4.156	7.110	138.000
1955	4.067	783	4.850	3.811	4.480	8.291	184.000
1956	4.153	777	4.930	3.998	5.042	9.040	324.000
1957	4.656	741	5.398	4.211	5.638	9.849	513.000
1958	4.964	705	5.669	4.475	5.793	10.268	574.000
1959	6.454	635	7.087	2.661	6.041	8.702	619.400 [33]

[32] LUIS A. REY, *La única salida*, "La Prensa", 21 de mayo de 1990.
[33] "Argentina 1930-1960", 218.

Actualmente soporta una deuda de 500 millones de dólares y pierde 300 millones por año, a pesar de que monopoliza la distribución del crudo y el 70 % del mercado [34].

A partir de 1945 el gobierno impuso aún con más energía una política petrolera estatista y monopólica en manos de Y.P.F. Así la Constitución del 16 de mayo de 1949 estableció en su artículo 40:

> "Los minerales, las caídas de agua, los yacimientos de petróleo, de carbón y de gas y las demás fuentes naturales de energía, con excepción de los vegetales, son propiedad imprescindible e inalienable de la Nación, con la correspondiente participación en su producto, que se convendrá con las provincias" [35].

Las palabras finales revelan que a pesar de su espíritu estatizante debió reconocer expresamente los derechos ineluctables de las provincias.

El fracaso económico del régimen borbónico y la falta de combustibles decepcionaron al Presidente Perón sobre las posibilidades de Y.P.F. "Sin capacidad organizativa, ni capacidad técnica ni financiera" apenas producía 2 toneladas por persona-día frente a las empresas privadas que producían por persona-día de 8 a 10 toneladas y lo llevaron a rectificar esa política [36].

Floyd Oslum, Presidente de la Atlas Corporation, anunció que había celebrado con el gobierno un contrato para la explotación del petróleo en Neuquén durante 25 años, con más una opción para extender los trabajos por toda la provincia de Mendoza. El gobierno celebró además, el 25 de abril de 1955, otro contrato con la Standard Oil de California para la exploración y explotación de 49.800 Kms² en el Territorio de Santa Cruz, por un plazo de 40 años con

34 "El Cronista Comercial", 21 y 24 de junio de 1990; "La Prensa", 24 de agosto de 1990, los factores políticos impiden su sano funcionamiento, el Presidente Menem denuncia que las empresas del Estado deben actualmente a Y.P.F. 1.200 millones de dólares, ¡una lápida!

35 "Anales", 1949, t. I, 1, anulada por la proclama del 27 de abril de 1956 por sus fallas constitucionales, "Anales", 1956-A, 1.

36 REY, *La única salida.*

una opción a 5 más, que sería operado por una de sus filiales, la Compañía California Argentina de Petróleo S.A. del estado de Delaware.

El petróleo que extrajera esta Compañía debía ser entregado a Y.P.F. hasta que el país alcanzara el autoabastecimiento. A su vez Y.P.F. se comprometía a abonar a la Compañía un determinado importe por metro cúbico de petróleo que recibiera, en dólares según la cotización de Tejas. La Compañía quedaba exonerada de todo impuesto o tasa, canon o regalía. En el área del contrato la Compañía podía construir muelles, aeropuertos, telégrafos, importar y exportar libremente todos los bienes y materiales que necesitare. De las utilidades netas que obtuviera la Compañía el Estado recibiría el 50 %. Si el contrato se resolviese por culpa del gobierno éste debería abonar a la Compañía las inversiones no recuperadas y el valor del petróleo que hubiera podido extraer en el curso de los 45 años del contrato [37].

En busca de una mayor flexibilidad, el decreto 933 del 27 de enero de 1958 autorizó a Y.P.F. a celebrar contratos con empresas privadas, nacionales o extranjeras, de obras y servicios [38].

El Presidente Frondizi, que había publicado en el año 1954 un pesado volumen con el título *Petróleo y política*, donde fustigaba a las empresas privadas y abogaba por el monopolio estatal de los yacimientos como una etapa "de la lucha antimperialista", ante la crisis de los combustibles y las fuertes pérdidas de Y.P.F., cambió diametralmente de postura, según lo expuso en otra obra publicada el año 1963 [39].

El 21 de mayo de 1958 reemplazó el Directorio de Y.P.F. por un delegado personal y lo autorizó con amplitud a firmar contratos con las empresas privadas.

Así se firmaron en el mes de diciembre los contratos con el Banco Loeb Rhoades, las empresas petroleras Panamerican International Oil, Union Oil, Esso y Esso Argen-

37 CUTOLO, *Manual de Historia Económica*, 1981, 691.

38 "Anales", t. XVIII-A, 544.

39 FRONDIZI, *Petróleo y Nación*, 1963, 19, 44, 67. "La Prensa", 9 de setiembre de 1990, *Recordando los contratos petroleros*.

tina, Shell, Atlas Continent Export, Lane-Wells, Sea Drilling, Continental Oil Company y la Ohio Oil transformada luego en Marathon [40].

Se le concedió a la Tennessee los derechos petroleros por un plazo de 20 a 30 años en todo el territorio de la Tierra del Fuego, a la Shell una superficie de 3.175.000 Has, a la Union Oil 1.600.000 Has., a la Esso 470.000 Has. con inclusión de zonas ya exploradas y explotadas por Y.P.F. Además se les atribuyó a la Esso y a la Shell el 40 % del mercado de petróleo y de sus derivados.

Asimismo se contrató la perforación de pozos con SAIPEM (grupo ENI), la Southeastern Drilling Co., Kerr Sc Gee Oil, Astra y Petroquímica.

Contradictoriamente la ley 14.773, del 10 de noviembre de 1958, nacionalizó la exploración y la explotación de los yacimientos petrolíferos en todo el territorio del país en nombre de "la independencia económica", pero garantizó a las provincias un porcentaje neto sobre el producido de la explotación. El artículo 1º decía:

> "Los yacimientos de hidrocarburos sólidos, líquidos y gaseosos existentes en el territorio de la República Argentina y los de su plataforma submarina son bienes exclusivos, imprescriptibles e inalienables del estado nacional. Las provincias en cuyo territorio se encuentran y el territorio nacional de Tierra del Fuego, Antártida Argentina e Islas del Atlántico Sud tendrán sobre su producido la participación que les corresponda de acuerdo a lo determinado por la presente ley" [41].

La dualidad de los términos es evidente y otra vez se confundía la explotación de los yacimientos en manos del estado con una clave de la soberanía nacional, cuando la integridad de la soberanía depende de otros factores y particularmente de una buena administración. El artículo 4º agregaba:

40 "Argentina 1930-1960", 217.
41 "Anales", t. XVIII-A, 273.

"Queda prohibido en todo el territorio nacional el otorgamiento de nuevas concesiones que recaigan sobre los yacimientos de hidrocarburos a que se refiere la presente ley, así como también la celebración de cualquier otro contrato, sea cual fuere su denominación, que contenga cláusulas lesivas de nuestra independencia económica o que de cualquier modo pudiera gravitar sobre la autodeterminación de la Nación".

Es importante recalcar que a pesar de ese espíritu centralista y estatizante, se reconocía aún a regañadientes los derechos constitucionales de las provincias sobre los yacimientos situados en su territorio.

Los contratos firmados por el Presidente Frondizi fueron el motivo de una ofuscada oposición política y el Presidente Illia, por medio de los decretos 744 y 745, del 15 de noviembre de 1963, los anuló[42].

Los cargos eran múltiples, acusaba a los contratos de presentar vicios de carácter ético, jurídico e institucional y de contradecir los intereses y la seguridad de la Nación. Consideraba que se habían firmado a espaldas de la ley y puestos en vigencia discrecionalmente a pesar de que eran repudiados por una abrumadora mayoría de la opinión pública. Convenidos por un delegado personal del Presidente mediante la supresión del Directorio de Y.P.F. y con la exclusión del asesoramiento técnico y jurídico de sus funcionarios, violaban el artículo 19 del Estatuto sobre la publicidad, competencia en precios y licitaciones.

Lo que es más rescatable decía:

"La Nación no podía otorgar ninguna concesión para explotar yacimientos petrolíferos en los territorios de las provincias, sin el acuerdo o la conformidad de estas propietarias de los mismos".

Agregaba que la mayoría de las empresas concesionarias no estaban legalmente autorizadas para actuar en el

42 "Anales", 1963-C, 1971, 1977.

país y se obligaba a Y.P.F. a pagar el petróleo que recibía según los precios internacionales y no con la base de los costos internos. En esta forma se detendría el desarrollo de Y.P.F. y se transgredía las cartas del Banco Central y el Banco Industrial sobre la transferencia de las divisas.

Justificaba una decisión partidista y la evasión de la obligatoria intervención de los Tribunales, porque según la opinión de esos funcionarios, la invalidez de los contratos era manifiesta. Este error jurídico pone de relieve la fuerza de los factores políticos en este sector y causó ingentes pérdidas al Tesoro.

La ley 17.319, del 23 de junio de 1967, atribuyó en el artículo 1º la propiedad de los yacimientos de hidrocarburos al Estado Nacional. En el artículo 2º confiaba su explotación a las empresas estatales, privadas o mixtas. Pero en el artículo 4º daba al Poder Ejecutivo la facultad de otorgar concesiones de exploración y explotación y abría así la puerta en los artículos 16 y 22 a los particulares. Lo que es más importante reconocía otra vez en el artículo 12 a las provincias una participación sobre el producido de los yacimientos situados dentro de sus límites [43].

La ley 20.379, del 15 de mayo de 1973, estableció zonas de reserva en las provincias de Buenos Aires, La Pampa, Río Negro, y en el Territorio Nacional de Tierra del Fuego y las Islas del Atlántico Sud, sin respetar las jurisdicciones provinciales [44].

La ley 21.778, del 8 de abril de 1978, reglamentó los contratos de riesgo que podían convenir las empresas estatales y su régimen tributario [45].

La ley 22.259, del 28 de julio de 1980, expone entre sus fundamentos:

> "Dos aspectos fundamentales de la iniciativa merecen destacarse. Uno de ellos es que el Código de Minería en su artículo 7º, como ya lo había hecho el

43 "Anales", t. XXVII-B, 1486.
44 "Anales", t. XXXIII-B, 154.
45 "Anales", t. XL-B, 1385.

Código Civil en el inciso 2º de su artículo 2342 y también la ley 726, reconoce que las minas son bienes privados de la Nación o de las provincias en que se encuentren. Ese principio fundamental de nuestra legislación minera, de clara inspiración en nuestra historia y en nuestro derecho constitucional y con el que concuerda nuestra mejor tradición jurídica en la materia, sostenida por la Corte Suprema de Justicia y por la doctrina nacional mayoritaria, ha sido respetado celosamente en el proyecto, a punto tal que el derecho de dominio originario que tienen las provincias sobre las minas situadas en sus respectivos territorios, en nada se verá alterado o afectado por la reforma" [46].

En el artículo 412 dice:

"Las provincias podrán convenir con la Nación la aplicación del régimen que este título establece para áreas y yacimientos minerales del dominio originario de aquéllas, para que el Poder Ejecutivo contrate con terceros la exploración y explotación en gran escala."

La ley 23.678 del 28 de junio de 1989 fijó el valor del petróleo en boca de pozo a los efectos de liquidar las regalías y la ley 23.697 de emergencia económica, del 15 de septiembre de 1989, estableció en los artículos 32 y 33 la forma de liquidar las regalías, según el precio internacional del petróleo y su conversión en dólares [47].

Los decretos 10.055 del 10 de octubre y 12.120 del 8 de noviembre de 1989 declararon de prioritaria necesidad la promoción y el desarrollo de los planes destinados a incrementar la producción de hidrocarburos para asegurar el autoabastecimiento y un adecuado margen de reservas [48].

Pero cada centavo de regalías que Y.P.F. paga a las provincias por el petróleo que extrae de los yacimientos situa-

46 "Anales", t. XL-C, 2482.
47 "Anales", t. XLIX-C, 2421 y t. XLIX-C, 2458.
48 "Anales", t. XLIX-D, 3812 y t. XLIX-D, 3854.

dos en su territorio constituye un reconocimiento de los derechos de éstas.

Numerosas disposiciones legales confirman los derechos de las provincias en esta materia. El gobierno de Salta por decreto del 3 de octubre de 1911 y el gobierno de Santa Fe por decreto del 19 de agosto de 1913 suspendieron los permisos de cateo en su territorio; el gobierno de Jujuy por decreto del 10 de diciembre de 1924 y el gobierno de Salta por decreto del 12 de diciembre del mismo año establecieron zonas de reservas en su territorio; el gobierno de Jujuy por decreto del 26 de julio de 1928 declaró la caducidad de diversos cateos de exploración en su territorio; el gobierno de Salta por decreto del 15 de octubre de 1929 prorrogó las reservas petroleras en su zona; un decreto del gobierno nacional del 22 de noviembre de 1930 autorizó a Y.P.F. a acordar con las autoridades de la provincia de Salta y ad-referéndum del Poder Ejecutivo Nacional las condiciones de explotación del yacimiento descubierto en Tranquitas; el gobierno de Mendoza por decreto del 13 de febrero de 1931 suspendió por 5 años la admisión de solicitudes de cateo de petróleo en esa provincia "siendo esta riqueza bienes privados de la provincia"; el 17 de abril de 1931 Y.P.F. firmó un convenio sobre trabajos de exploración y explotación y en el artículo 6º se estableció una regalía del 13 % a favor de la provincia; el 7 de agosto de 1931 se celebró otro convenio entre Y.P.F. y la Compañía Mendocina de Petróleo y se fijó en el artículo 2º una regalía del 6 %; el gobierno de Mendoza por decreto del 23 de febrero de 1932 declaró caducos los permisos de cateo en gestión y el 21 de mayo resolvió realizar una investigación geológica y sistemática en las regiones donde podía encontrarse petróleo; el mismo gobierno de Mendoza por otro decreto del 2 de junio de 1932 dispuso suspender los permisos de cateo en su territorio por el plazo de 10 años; el gobierno de Salta por el decreto del 13 de agosto de 1932 estableció las normas generales para la exploración y explotación de las reservas petroleras situadas en su territorio; el 29 de julio de 1932 se celebró un convenio entre Y.P.F. y la provincia

de Mendoza para la exploración y explotación del petróleo y el pago de una regalía del 11 %; el gobierno de Santa Fe autorizó el 19 de noviembre de 1932 a Y.P.F. para que realizara exploraciones y perforaciones en la localidad de San Cristóbal "siendo estas riquezas bienes privados de la provincia"; el 7 de diciembre de 1932 se firmó un convenio entre Y.P.F. y la provincia de Santa Fe para efectuar exploraciones en el departamento de San Cristóbal mediante el pago de una regalía del 12 %; la provincia de Salta por la ley 108 del 3 de noviembre de 1933 aplicó una regalía del 10 % que debían abonar todas las explotaciones de petróleo en su territorio; el gobierno de Córdoba por decreto del 30 de noviembre de 1933 reglamentó los procedimientos y los requisitos para formular solicitudes de exploración y cateo; el gobierno nacional por decreto del 30 de junio de 1934 amplió la zona de reserva en los territorios nacionales suspendiendo en ellos la concesión de cateos; el gobierno nacional aprobó el 18 de marzo de 1935 el convenio celebrado el 10 de enero entre Y.P.F. y la provincia de San Juan para la exploración y explotación del petróleo en esa provincia; el 10 de enero de 1935 se celebró otro convenio entre Y.P.F. y la provincia de San Juan para la exploración y explotación del petróleo y sus derivados; el gobierno de Mendoza por decreto del 17 de junio de 1935 de acuerdo con un convenio celebrado con Y.P.F. mantuvo en toda su extensión las reservas en su territorio; la provincia de Jujuy por la ley 1195 del 12 de julio de 1935, modificó las reservas que había establecido a favor de Y.P.F. para la exploración y explotación del petróleo y reglamentó las mensuras de las pertenencias concedidas; la provincia de Buenos Aires por la ley 4326 del 13 de septiembre de 1935 declaró zonas de reserva los partidos de Bahía Blanca, Puán, Tornquist, Patagones y Villarino y autorizó al Poder Ejecutivo para explorar directamente o con particulares los yacimientos; el gobierno de Córdoba por el decreto del 21 de agosto de 1936 declaró ciertas zonas de reserva en esa provincia y agregó que el Poder Ejecutivo gestionaría la cooperación de Y.P.F. para su explotación; el gobierno de

San Luis por decreto del 10 de octubre de 1936 declaró zona de reserva todo el territorio de la provincia con el objeto de negociar un contrato con Y.P.F., este contrato se formalizó el 15 de octubre y estableció una regalía del 11 % a favor de la provincia; la provincia de San Luis por la ley 1.046 del 22 de diciembre de 1936 aprobó el convenio pasado entre Y.P.F. y las autoridades provinciales para la exploración y explotación petrolera y el pago de una regalía del 11 % [49].

Es importante recordar estas disposiciones, puesto que implican otros nuevos y repetidos reconocimientos por parte del gobierno nacional de los derechos de las provincias sobre los yacimientos situados en su territorio, como lo es paralelamente el pago de las regalías.

La jurisprudencia es también clara. En los casos "Fisco Nacional c/Behr", F.S.C., t. 140, p. 92, el 28 de marzo de 1924 y "Provincia de Mendoza c/Cía. de Ferrocarriles" F.S.C., t. 140, p. 292, el 12 de mayo de 1926, la Corte estableció que el descubrimiento de las aguas subterráneas corresponde al dueño del terreno y éste puede disponer de las mismas como le plazca.

En el caso de la "Cía. de Petróleo La República c/la provincia de Salta", F.S.C., t. 164, p. 140, el 4 de marzo de 1932, la Corte estableció que la propiedad de las minas se halla regida por los mismos principios que la propiedad común y los concesionarios no pueden ser privados de ella sino en virtud de una sentencia fundada en la ley.

En el caso "Orella c/provincia de Jujuy", F.S.C., t. 182, p. 439, el 21 de diciembre de 1938, la Corte declaró que ni la Constitución Nacional, ni el Código de Minería, ni ley alguna prohíben a las provincias organizar la autoridad minera ya que las minas son bienes privados de la Nación o de la provincia según el territorio en que se encuentren.

En el caso "Weiss Ortiz c/la provincia de Mendoza",

49 "Recopilación", t. I, 17, 23, 165, 170, 293, 325, 355, 371, 359, 402, 427, 458, 476, 508, 515, 552, 579, 654, 703; t. II, 760, 824; 851, 901, 903, 919, 1035, 1078, 1170.

"J.A.", II, p. 489, el 9 de diciembre de 1949, la Suprema Corte de la provincia de Mendoza estableció la misma doctrina.

En el caso "Bancheri, Compañía Minera Loma Linda, F.S.C., c/la provincia de Mendoza", F.S.C., 250, p. 217, el 12 de julio de 1961, la Corte declaró que el otorgamiento de las concesiones mineras, la caducidad de ellas y la subsiguiente subasta por falta de pago del canon son materias que han sido reservadas por la Constitución a las provincias y su ejercicio se encuentra regido por las disposiciones del derecho provincial.

Crecieron los reclamos de las provincias despojadas. El Presidente Menem al hablar en la ciudad de Luján, el 24 de mayo de 1990, sobre el nuevo Pacto Federal denunció que las provincias recibían como toda retribución unas pequeñas regalías por la explotación del petróleo de su propiedad y agregó que "ahora queremos que esos recursos que les pertenecen a las provincias sean explotados en su lugar de origen y le deriven una regalía a la Nación y en la provincia que por ahí necesite la solidaridad y generosidad de sus hermanas" [50].

Es decir que ya no es Y.P.F., el gobierno federal, que paga una regalía a la provincia propietaria de los yacimientos, sino las provincias que pagarán una regalía al gobierno nacional por su cooperación y ayuda técnica.

El ingeniero Eduardo Fabre, subsecretario de Energía y Minería de la provincia de Mendoza, reclamó al gobierno nacional porque Y.P.F. liquidaba el importe de las regalías, según las cotizaciones del día en que hacía las cuentas y no por la cotización vigente en el día del pago.

Los gobernadores de las provincias de Mendoza, José Bordón; de Formosa, Vicente Yoga; de La Pampa, Néstor Ahuad; de Neuquén, Pedro Salvatori; de Jujuy, Ricardo Aparicio; de Chubut, Néstor Perl; de Salta, Hernán Cornejo; de Tierra del Fuego, Carlos Torres, y de Santa Cruz, José Granero, reclamaron el 12 de junio de 1990 la reorganización administrativa y la institución de un Consejo

50 "La Prensa" 25 de mayo, "El Cronista Comercial" y "Ámbito Financiero", 13 de junio de 1990.

Federal de Hidrocarburos "a fin de que la propiedad vuelva a sus dueños naturales que fueron las provincias argentinas" [51].

El Ministro de Obras y Servicios Públicos, José Roberto Dromi, se comprometió además a incluir en los pliegos de licitación de las áreas petroleras centrales "las garantías jurídicas y económicas futuras" que amparen los derechos de las provincias productoras [52].

El plan Houston puede ser blanco de tres reparos, el primero por no haber redefinido claramente las funciones de Y.P.F. como planta piloto y órgano de control, el segundo por no dejar expresamente a salvo los derechos de las provincias sobre sus yacimientos y el tercero por no reconocer también expresamente a las empresas argentinas su indiscutible derecho de prioridad en esta materia.

Esto no implica olvidar el rol que pueden cumplir las empresas extranjeras más acreditadas. Por su experiencia más vasta y sus conocimientos técnicos pueden suministrar, en el carácter de colaboradores complementarios, un valioso aporte. Pero en los años actuales, en un país descapitalizado, es primordial recomponer los capitales nativos aventados por tantos sofismas económicos y abrir nuevas fuentes de trabajo. Y esto sólo podrá lograrse por el vigoroso desarrollo de los capitales y de las empresas locales.

Después de todo, ideologías aparte, la buena administración de un país no exige la aplicación de principios filosóficos más complejos que para la administración de un hotel. Todo se reduce en último grado a suministrar un buen albergue a los ciudadanos y respetar con prudencia las reglas aritméticas.

Es evidente que el actual régimen petrolero, senil y oneroso, exige una profunda reforma que actualice sus disposiciones, rescate los yacimientos inexplorados y los ponga al servicio del país.

La reforma más sencilla y eficaz sería derogar el actual

51 "La Prensa", 13 de junio de 1990.
52 "La Prensa", 23 de junio de 1990.

régimen bobónico que ha detenido la producción. Es verdaderamente absurdo mantener un régimen que tiene más de 5 siglos de antigüedad y ha sido siempre una fuente de servidumbres y pobreza. No se necesitaría realizar grandes esfuerzos para implantar un nuevo régimen hoy urgente. Bastaría con reformar el artículo 2342 del Código Civil y el artículo 2º del Código de Minería y abrir así el campo a las iniciativas individuales.

Es preciso devolver a los propietarios del suelo la propiedad de los yacimientos que les pertenecen "por derecho natural", como lo expone Enrique Rodríguez" en su nota. Evidentemente habrá que enfrentar las viejas supersticiones, la parálisis mental, el temor atávico a los cambios y los intereses creados de una tenaz burocracia y de algunas empresas.

Pero esta es la mejor manera de lanzar una revolución productiva, traer a la superficie los enormes yacimientos olvidados en las laderas de los Andes y transformar las zonas actualmente desiertas en rumorosos poblados de industrias, comercio, caminos, cultivos y escuelas, en un nuevo enclave industrial.

Se habla de la necesidad de recurrir al auxilio de las empresas extranjeras y de abrir el mercado argentino para insertarnos en el mundo occidental. Esto no pasa de ser un lugar común decadente. La Argentina bien administrada cuenta con suficientes recursos y para recuperar nuestro anterior rango en el mundo occidental bastará descartar las fábulas románticas y poner en orden la casa.

La historia es aleccionadora. Inglaterra, los Estados Unidos y el Mercado Común se han desarrollado protegiendo ferozmente sus industrias y actualmente cierran con el mismo empeño sus puertas a nuestros productos. Las aperturas comerciales sin una contrapartida son una política de una sola mano. Se hizo la experiencia en 1976 y el resultado fue una catástrofe. Es preferible celebrar contratos bilaterales de mutua conveniencia, sin caer en la conocida órbita del "Hinterland" que limitaría el sano progreso.

El proteccionismo no ha fracasado en la Argentina, im-

pulsó el desarrollo de las industrias hasta mediados de este siglo. La crisis se debe a otras causas, a la hipertrofia y al despilfarro de la burocracia, a la inflación, al ruinoso funcionamiento de los servicios públicos, al financerismo, los planes de educación insuficientes, los privilegios y las prebendas, la vida cara, la desocupación.

Subsidiariamente es imperativo y urgente reparar el injusto despojo que sufren las provincias, restaurar las normas constitucionales consagradas en el artículo 104, devolverles sus propios bienes. "¿Qué persona medianamente versada en los textos constitucionales" puede justificar la actual confiscación?

Es necesario extirpar los complejos de aquellos que ven a la Argentina como una factoría, que sólo puede ser eficazmente administrada por manos más hábiles. Entregar en cambio sin vacilaciones la propiedad y el manejo de nuestras industrias a las manos argentinas para ampliar los equipos de técnicos locales, consolidar los capitales nacionales y trazar nuevas avenidas de progreso.

Es preferible proteger y acrecer los capitales nacionales por este camino antes de perseguirlos suicidamente, para después gestionar préstamos que nos hacen perder el aliento y que algún día habrá que devolver. El camino no es fácil, pero a pesar de los prejuicios y de los mitos podremos recobrar nuestro antiguo rango con fe y trabajo.

LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN LA PRESTACIÓN "EN GRUPO" O "POR EQUIPO"

Por el académico Dr. Félix A. Trigo Represas

I

Para encarar el tema de la responsabilidad civil que puede emerger del trabajo "en" o "por equipo", comenzaremos por señalar que el "debitum" que así surge a cargo del grupo humano deudor, viene a constituir lo que en doctrina se conoce como *obligación indivisible impropia o imperfecta,* figura ésta que no aparece legislada expresamente en nuestro Código Civil.

En las obligaciones indivisibles propias o regulares, reglamentadas en el C. Civil, se puede reclamar y exigir el cumplimiento íntegro de la prestación debida, aisladamente a uno solo, cualquiera, de los distintos obligados —arts. 686 y concordantes y su doctrina del C. Civil—. En la indivisibilidad impropia, en cambio, resulta necesario demandar juntamente a todos y cada uno de los distintos coobligados, por ser imprescindible su participación y estrecha colaboración para el adecuado cumplimiento de la prestación debida [1].

En este sentido resultan ya clásicos algunos ejemplos,

1 LODOVICO BARASSI, *La teoría generale delle obbligazioni,* Milano, Dott. A. Giuffré, 1948, t. I, p. 197, Nº 53; EDUARDO B. BUSSO, *Código civil anotado,* Bs. As., Ediar, 1951, t. IV, p. 538, Nros. 59, 61 a 63 y t. V, p. 36, Nros. 156/157; JORGE JOAQUÍN LLAMBÍAS, *Tratado de derecho civil. Obligaciones,* Bs. As., Perrot, 1970, t. II, pp. 443 y ss., Nº 1147; PEDRO N. CAZEAUX, FÉLIX A. TRIGO REPRESAS, *Derecho de las obligaciones,* 3ª ed., La Plata, ed. Platense, 1989, t. II, p. 343, Nº 823; OSCAR J. AMEAL, en el *Código civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado* de AUGUSTO C. BELLUSCIO y EDUARDO A. ZANNONI, Bs. As., Astrea, 1981, t. 3, pp. 272 y ss., § 6 y 7; Cám. Nac. Civil, Sala A, 24-3-66, "Gawiansky c/Pegasano de Aldázabal", "E.D.", 20-541; ídem, Sala C, 2-3-71, "Román c/Corradile de Etchegaray", "E.D.", 36-452; ídem, 17-4-70, "Rodríguez García c/Escudero", "E.D.", 32-642; etc.

como el propuesto por Barassi, de dos personas que se comprometen a componer en colaboración una ópera, aportando una el libro y otra la partitura; o el similar del Dr. Miguel Bargalló en un voto suyo como camarista [2], de los cantantes que se obligan a brindar un recital cantando a dúo. Aunque quizá mucho más corriente y menos sofisticado sea el caso de la obligación de escriturar un inmueble que pertenece en condominio a varias personas, la cual sólo puede cumplimentarse con la presencia y firma por parte de todas ellas [3].

En suma, el "equipo" aparece siempre que sea necesaria la colaboración organizada de varias personas para el cumplimiento de una misma obligación. Y de ahí que la Corte de París, en un viejo fallo del 2 de noviembre de 1938 que comentan los hermanos Henri y León Mazeaud [4], resolviera que existió fuerza mayor, liberatoria de responsabilidad por incumplimiento para todos los integrantes de un grupo de artistas que debía representar un número de conjunto, el cual no pudo llevarse a cabo por la grave enfermedad de uno de aquéllos; la fuerza mayor que exonera de responsabilidad al enfermo, se dijo, también tiene efectos liberatorios para los demás coobligados, por ser la obligación indivisible y no poder cumplirse sino con el concurso de todos los artistas reunidos.

[2] Cám. Civil 2ª, Cap. Fed., 29-9-50, "Snitcofsky c/Schavartzman", "L.L.", 60-532.

[3] AMEAL en el *C. Civil...*, de BELLUSCIO-ZANNONI, cit., t. 3, p. 273, § 9-b) y nota 5; BUSSO, ob. cit., t. IV, p. 560, Nros. 29 y 29-1; CAZEAUX-TRIGO REPRESAS, ob. cit., t. II, pp. 331 y ss., Nº 814; LUIS DE GÁSPERI-AUGUSTO M. MORELLO, *Tratado de derecho civil*, Bs. As., Tea, 1964, t. II, pp. 431 y ss., nota 26-a); JORGE JOAQUÍN LLAMBÍAS, *La obligación de escriturar* en "E.D.", vol. 2, p. 1065; KARL LARENZ, *Derecho de obligaciones*, trad. JAIME SANTOS BRIZ, Madrid, ed. "Revista de Derecho Privado", 1958, t. I, p. 499, § 32-II-b); Cám. Nac. Civil, Sala A, 14-8-69, "Catlán de Rossi c/Vizcaino", "L.L.", 137-612 y "E.D.", 32-367; íd., 24-3-66, "Gawiansky c/Pegasano de Aldázabal", "E.D.", 20-541; ídem, Sala C, "Sicari c/Molina Carranza", "E.D.", 44-223; etc.

[4] HENRI y LEÓN MAZEAUD, *Obligación indivisible que no puede ser cumplida sino con el concurso de todos los codeudores; la fuerza mayor que libera a uno de los codeudores libera también a los otros*, en "Revue Trimestrielle de Droit Civil", Paris, 1939, pp. 486 y ss.; hay reseña en "L.L.", vol. 16, secc. rev. de rev., p. 18.

II

El trabajo por equipo constituye una modalidad que se da con cierta frecuencia en materia laboral, habiendo sido tenida en cuenta desde tiempo atrás, por los cultores de esa rama del derecho. Tal es lo que sucede, verbigracia, con las "cuadrillas" de las máquinas trilladoras, compuestas —según definición de un decreto del 25 de noviembre de 1941 de la Pcia. de Santa Fe, para la recolección de la cosecha de cereales del período 1941/1942— de: un "bolsero", un "costurero" y dos alzadores o levantadores de bolsas; o, si se prefiere, en el caso de las "orquestas", integradas con un director y varios músicos que tocan distintos instrumentos, que constituye quizá la más difundida manifestación del contrato de trabajo por equipo [5]. Esta forma de contratación está hoy además legislada en el art. 101 de la Ley de Contrato de Trabajo 20.744 (t.o., dec. 390/76).

En el campo del derecho civil ya se advierte la modalidad del trabajo en equipo en la locación de obra; atento que la ejecución de una obra, especialmente si es de construcción (de edificios, caminos, puentes, etc.), requiere inexorablemente de la colaboración organizada de un conjunto de personas. Pero hoy se va perfilando también como otra hipótesis típica, cada vez más común, la del equipo médico interviniente en operaciones quirúrgicas; ya que en efecto, paso a paso el acto médico tiende a trastocarse de individual en una actividad conjunta, "dado que el avance de la ciencia y de la técnica requieren un despliegue profesional que sólo puede concretarse por medio de un equipo de hombres especializados, cada uno competente en un ámbito particular, y a cuyo concurso o coparticipación resulta imprescindible recurrir" [6].

5 BUSSO, ob. cit., t. V, p. 34, Nº 145; MARIO LUIS DEVEALI, *Lineamientos del derecho del trabajo*, 3ª ed., Bs. As., Tea, 1956, pp. 510 y ss., Nº 2; JUAN D. RAMÍREZ GRONDA, *El contrato de trabajo*, Bs. As., ed. "La Ley", 1945, pp. 237 y ss., Nº 74; ANTONIO VÁZQUEZ VIALARD, *Derecho del trabajo y seguridad social*, 2ª ed., Bs. As., Astrea, 1981, t. I, pp. 145 y ss., § 43-E).

6 PHILIPPE LE TOURNEAU, *La responsabilité civile*, 2ª ed., Paris, Da-

III

Así esbozado el concepto del trabajo en equipo y de la obligación indivisible impropia a cargo del grupo, pasaremos ahora al tema de la responsabilidad civil por su incumplimiento.

Su tratamiento quizá deba comenzar por esclarecer si la misma es de natualeza contractual o extracontractual; punto éste que entre nosotros todavía conserva un indudable interés práctico, en razón de las diferencias que aún existen en uno y otro régimen, en especial con relación a: 1) el término de prescripción de la acción indemnizatoria, que es de dos años en la responsabilidad extracontractual —art. 4037 del C. Civil—, y en principio de 10 años en la contractual —art. 4023 del mismo Código—; y 2) la extensión del resarcimiento, que a priori sólo comprende las consecuencias inmediatas y necesarias en el incumplimiento contractual —art. 520 del C. Civil—, pudiendo extenderse hasta las mediatas de ser "malicioso" —art. 521, C. Civil—; en tanto que en todos los hechos ilícitos se responde por las consecuencias inmediatas y mediatas —arts. 903 y 904, C. Civil—, e inclusive puede llegarse a responder por ciertas consecuencias "casuales no remotas", cuando se trata de un delito civil —arts. 905, 906, 1091, 2435, 2436 y concordantes del C. Civil— [7].

Empero, si la responsabilidad de que tratamos nace habitualmente de un contrato por equipo, o sea que previamente ha mediado un contrato que vincula a las partes, en principio todo daño que pueda derivarse del incumplimiento de aquél habrá de generar, obviamente, una responsabilidad civil de naturaleza contractual. Aunque, excepcionalmente, la responsabilidad puede ser extracontractual: a) si el con-

---

lloz, 1976, p. 403, Nº 1170; ALBERTO J. BUERES, *Responsabilidad civil de los médicos*, Bs. As., Ábaco, 1979, p. 145, § 23-b).

7 FÉLIX A. TRIGO REPRESAS, *Unificación de la responsabilidad por daños*, en "Derecho de daños. Homenaje al profesor Dr. Jorge Mosset Iturraspe", Bs. As., Ed. La Rocca, 1989, p. 86 y ss., 2-11) y m).

trato resulta nulo, en cuyo caso no produce sus efectos propios, aunque sí los de los hechos ilícitos cuyas consecuencias deben ser reparadas —art. 1056, C. Civil—; b) si tratándose de daños producidos entre las mismas partes contratantes, aquéllos son sin embargo por completo extraños al contenido y consecuencias de la convención que los vincula; c) si se tratase de perjuicios sufridos por terceros ajenos a la relación contractual —doctrina de los arts. 503, 1195, 1199 y concordantes del C. Civil—; o, d) en fin, si el incumplimiento contractual ha significado asimismo la comisión de un delito del derecho criminal, en cuyo supuesto el damnificado puede optar entre la acción de responsabilidad civil contractual o la extracontractual —art. 1107 del C. Civil y su doctrina— [8].

IV

Entrando ya en concreto a la responsabilidad emergente de un trabajo en equipo, quizá el primer problema que se suscita es el de la determinación del momento en que el "equipo" comienza realmente a funcionar como tal y el de hasta cuando continúa en esas condiciones; ya que será recién desde entonces y no más allá de este último momento, que podrá aparecer propiamente la responsabilidad del "grupo" de personas componentes del equipo.

El profesor francés Le Tourneau [9], ocupándose espe-

8 ARTURO ACUÑA ANZORENA, *Incumplimiento de contrato y responsabilidad por el hecho de las cosas inanimadas. Inadmisibilidad de la opción y el cúmulo,* en "Estudios sobre la responsabilidad civil", La Plata, ed. Platense, 1963, p. 160, Nº 6; ATILIO A. ALTERINI, *Responsabilidad civil. Límites de la reparación civil,* Bs. As., Abeledo-Perrot, 1970, p. 56, Nº 60; JORGE BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría general de la responsabilidad civil,* 4ª ed., Bs. As., Abeledo-Perrot, 1983, pp. 77 y ss., Nros. 151 y ss.; ACDEEL E. SALAS, *Responsabilidad contractual y responsabilidad delictual,* en "Estudios sobre la responsabilidad civil", Bs. As., Valerio Abeledo, 1947, p. 31, Nº 17; RAYMUNDO M. SALVAT-ARTURO ACUÑA ANZORENA, *Trat. de derecho civil argentino. Fuentes de las obligaciones,* 2ª ed., Bs. As., Tea, 1958, t. IV, p. 137, Nº 1788-b); etcétera.

9 LE TOURNEAU, ob. cit., p. 404, Nº 1172; FÉLIX A. TRIGO REPRESAS-RUBÉN S. STIGLITZ, *El seguro contra la responsabilidad civil profesional del médico,* Bs. As., Astrea, 1983, p. 153, Nº 32.

cíficamente del equipo médico-quirúrgico, destaca que en la etapa pre-operatoria existe un número importante de profesionales que despliega individualmente su respectiva especialidad, como sucede por ejemplo con el cardiólogo, encargado del examen cardiológico, o el biólogo a quien se encomienda el análisis del medio interno del paciente por laboratorio; que ya en la faz verdaderamente operatoria, además del cirujano y sus ayudantes o colaboradores, pueden intervenir otros profesionales: como el anestesista, el hematólogo, el anatomopatólogo encargado de examinar la pieza operatoria, o el radiólogo que en el curso de la operación extraerá una placa, cuyo resultado condicionará la prosecución de la intervención por el cirujano, etc. [10]; y, aún después de concluida la operación queda pendiente la reanimación del paciente por parte del anestesista, a quién por ello también se lo llama "reanimador", amén de los ulteriores controles, curaciones y cuidados (en las comidas, movilidad, etc.), que deban cumplimentarse con relación al operado. Sin embargo, apunta ese autor, en principio no existe todavía un "equipo" nítidamente constituido en la etapa preoperatoria, y a su turno en la post-operatoria lo que se advierte no es sino un equipo ya disuelto o en vías de disolución, habiendo vuelto a retomar cada uno de los respectivos ex componentes su propia autonomía y libertad de acción.

V

Fuera de lo preexpuesto, corresponde destacar que a los fines de la responsabilidad civil, sin duda no es lo mismo pluriparticipación que responsabilidad de todos los intervinientes, ya que puede haber una pluralidad de partícipes y sin embargo resultar "la responsabilidad de todos, de algunos, de uno o de ninguno" [11]. Y de ahí que, aun

10 TRIGO REPRESAS-STIGLITZ, ob. cit., p. 153, Nº 32.

11 JORGE BUSTAMANTE ALSINA, *Responsabilidad médica. Pluriparticipación por equipo y asistencia múltiple de pacientes*, en "Zeus", Rosario,

cuando exista una pluriparticipación en equipo, también resulte esencial la determinación de cual es el tipo de relación contractual que dio nacimiento a esa colaboración organizada, ya que la existencia de un trabajo en equipo no implica necesariamente que medie el contrato homónimo, pues la coordinación que es característica de aquél puede muy bien prepararse y lograrse mediante su encuadre en otras estructuras jurídicas [12].

Así, ante todo, bien puede suceder que quien pague el trabajo, contrate por separado a cada una de las distintas personas que habrán de realizarlo, pese a que esté previsto que todas ellas deberán actuar en forma conjunta y bajo una determinada dirección; y en este supuesto no media en rigor un contrato por equipo, aunque esté contemplada la modalidad de que el trabajo deba cumplirse colaborando todos, "en equipo", a su realización.

Digamos sin embargo que esta hipótesis de contratación individual y por separado de las distintas personas que habrán de conformar el equipo, resulta bastante poco probable al menos en forma integral; máxime si se tiene en cuenta que cada uno de los partícipes sólo puede obligarse concretamente a una colaboración de determinada especie, pese a que la prestación total configura una obligación indivisible, y que por lo tanto sólo será responsable en realidad, nada más que por la parte de su cooperación comprometida y de ninguna manera por el "todo" debido [13]. Por ello además, parece de muy difícil logro una compatibilización o armonización completa de las distintas tareas fraccionadas a cargo de cada uno de los varios sujetos deudores, que posibilite adecuadamente la obtención del resultado final esperado.

---

vol. 20, secc. Doctr., pp. 91 y ss. y en *Responsabilidad civil y otros estudios*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1984, p. 380, Nº II.

12 RAMÍREZ GRONDA, ob. cit., pp. 238 y ss., Nº 74.

13 BERNARDO WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, trad. al italiano de Carlo Fadda y Paolo Emilio Bensa, Torino, Unione Tipografico Editrice, 1904, t. II, vol. 1º, p. 172, § 300-1.

En cambio resulta más factible la contratación separada de uno o algunos, no de todos, los integrantes del grupo o equipo; es decir una contratación separada parcial. Así por ejemplo no es rara la ejecución de una obra de construcción a través de varios contratos separados, como ser: si se contrata con uno la demolición de la anterior edificación existente, la excavación y/o la construcción de las estructuras de hormigón o metálicas; con otro el erigir la mampostería, luego la carpintería, las instalaciones eléctricas, cloacales, de calefacción, etc.; y aún es posible que esas diversas contrataciones puedan a su vez adoptar distintas formas o modalidades, como ser unas por "ajuste alzado", otras por pieza o medida de obra, o "a coste y costos", etc. [14]. Y si bien lo dicho prima facie hace pensar en distintas "empresas" para cada una de esas tareas integrantes del total de la obra; igualmente puede ocurrir, máxime si se trata de construcciones de menor cuantía, que a su vez algunos de esos conjuntos humanos se hayan formado a instancias de un organizador que carezca de la solvencia técnica y material necesaria para actuar como empresario, y que por ello se desempeña como un simple partícipe más dentro del grupo que habrá de encarar la prestación [15].

Asimismo es también viable una contratación separada parcial, con relación a ciertos integrantes del "equipo médico" que habrá de practicar una intervención quirúrgica; ya que algunos de ellos, como el anestesista o el hematólogo, poseen "per se" autonomía profesional científica y técnica, y por lo tanto están muy lejos de ser meros auxiliares o subordinados del cirujano-jefe del equipo. En este sentido señalan Le Tourneau y Viney, que en Francia resulta cada vez más frecuente la celebración de contratos separados entre el paciente y el anestesista, y que entonces la jurisprudencia considera que existen contratos distintos, y que por

14 ALBERTO G. SPOTA, *Tratado de la locación de obra*, 3ª ed., Bs. As., Depalma, 1975, t. I, pp. 555 y ss., Nº 201; LUIS MARÍA REZZÓNICO, *Estudio de los contratos*, 2ª ed., Bs. As., Depalma, 1959, t. II, p. 760.

15 VÁZQUEZ VIALARD, ob. cit., t. I, p. 146, § 43-E).

ello si la culpa es del anestesista, no existe en principio responsabilidad refleja a cargo del cirujano-jefe [16]; criterio éste que es compartido entre nosotros por Bustamante Alsina y Bueres [17]. Todo lo cual se explica fundadamente, en razón de la individualidad profesional del anestesista, a quién le compete en el acto quirúrgico una colaboración muy precisa y determinada: la de preparar el sueño del enfermo antes de la operación, y de asistirlo después de concluida la misma hasta que despierte [18]; tarea ésta que, por cierto, "se ha transformado de simple acción de insensibilizar al paciente, en una compleja especialidad que tiene su propia clínica, su fisiopatología y sus propias técnicas" [19].

De otra parte también puede suceder que uno de los prestadores del servicio contrate íntegramente, bajo su exclusiva responsabilidad, la completa realización del trabajo, y luego sub-contrate distintas partes del mismo; en cuyo caso tampoco existe "contrato por equipo", sino una mera "locación de obra" o "contrato de empresa", que torna responsable al "empresario" por todo el trabajo ejecutado por los individuos por él ocupados en la obra —doctrina del art. 1631 del C. Civil—. Y en este caso ni siquiera existe relación directa, ni vínculo contractual, entre quien encarga el trabajo y los diversos colaboradores utilizados por el locador para su realización, correspondiéndole por ello al mismo, exclusivamente, la responsabilidad, en caso de incumplimiento; al margen de que en algunos contados supuestos, puedan corresponder acciones "directas" entre el dueño de

16 LE TOURNEAU, ob. cit., p. 404, Nº 1173; GENEVIÈVE VINEY, *Les obligations. La responsabilité: conditions*, en el t. IV del *Traité de droit civil* de JACQUES GHESTIN, Paris, Libr. Générale de Droit et de Jurisprudence ("L.G.D.J."), 1982, pp. 917 y sig., Nº 824.

17 BUSTAMANTE ALSINA, ob. cit. en rev. "ZEUS", vol. 20, doctr., pp. 91 y ss. y en *Responsabilidad civil y otros estudios*, cit., pp. 382 y 384, Nº IV; ídem, *Teoría general de la responsabilidad civil*, cit., p. 466, Nº 1431 ter; BUERES, ob. cit., p. 175, § 27-a).

18 LE TOURNEAU, ob. cit., p. 404, Nº 1473; TRIGO REPRESAS-STIGLITZ, ob. cit., p. 154, Nº 33.

19 BUSTAMANTE ALSINA, ob. cit. en *Responsabilidad civil y otros estudios*, cit., p. 382, Nº IV.

la obra y quienes pusieron su trabajo o materiales en aquélla —art. 1645 y su doctrina del C. Civil—.

A tenor de lo anteriormente dicho, se advierte que el primero de los supuestos considerados supra es de co-contratación, mientras que el segundo es de sub-contratación; existiendo entre ambos apreciables diferencias en lo que respecta a sus consecuencias. En efecto, en el primero, el dueño de la obra, después de haber dividido la prestación que desea obtener en varias fracciones o lotes, encarga separadamente su realización a distintos sujetos; por lo que a su vez cada uno de éstos viene a ser un tercero en relación a los contratos pasados entre el dueño de la obra y los otros contratantes, debiendo responder en consecuencia, cada uno, solamente por su propio hecho y no por el de los demás. En tanto que quien asume el rol de contratista único (o "empresario"), es responsable frente al dueño de la obra por los defectos y vicios que presenten las prestaciones cumplidas, cuya ejecución él mismo derivara a sub-contratistas.

Pero se ha señalado que a veces ese distingo no resulta tan nítido, como ocurre cuando el dueño de la obra se dirige a un empresario, al cual le otorga poder para buscar a otros para la ejecución de parte de los trabajos; en cuyo supuesto este último contrata entonces como mandatario, por cuenta y en nombre del dueño de la obra, lo cual descarta que exista de su parte una sub-contratación. Siendo la situación muy similar, con existencia de contrataciones separadas y no de sub-contratación, cuando el dueño de la obra asigna a uno de los empresarios un rol de coordinador del conjunto de los trabajos o lo designa como empresario "piloto" (o principal); o si los propios empresarios deciden entre sí atribuir ese papel a uno de ellos, lo que suele ser más o menos frecuente en el campo de la construcción. En todos estos casos, en suma, el empresario principal ejercita sus poderes de elección y coordinación como mandatario o representante del dueño de la obra y no por cuenta propia; por lo que, siendo cada uno de los diversos contratistas responsable de la parte de los trabajos que le fueran confiados,

no puede existir ninguna responsabilidad por el hecho de otros a cargo del empresario "piloto" [20].

Finalmente puede darse el caso de que los distintos trabajadores o contratistas se presenten como un "todo organizado", frente a quien requiere sus servicios, y que el contrato se concluya con intervención personal de todos y cada uno de ellos, o bien por intermediación de uno o más mandatarios suyos que los representen, los que a su vez pueden o no ser algunos de los propios componentes del grupo. La idea que subyace en el contrato por equipo, en cuanto figura autónoma, es la de que el "grupo" viene a ser uno de los sujetos contratantes; pero, bien se ha señalado que ello no puede ser así, en razón de que sujetos de derecho sólo pueden serlo las personas físicas y las personas jurídicas —arts. 30 y ss. del C. Civil—, y el "grupo" no es estrictamente ni lo uno ni lo otro; de forma tal que lo que en verdad sucede es que él o los encargados o delegados del grupo, que celebran el contrato, lo hacen como mandatarios, por cuenta y en nombre de los distintos componentes del equipo [21]. O sea que, en definitiva, "entre la empresa y cada uno de los trabajadores que constituye el equipo, existirá una verdadera relación de trabajo. En otras palabras el equipo equivale a una pluralidad de contratos individuales de trabajo" [22]. Siendo ésta, precisamente, la solución acogida en la Ley de Contrato de Trabajo 20.744 (t.o., por decreto 390/76), en cuyo artículo 101, luego de caracterizarse al contrato de trabajo de grupo o por equipo, como aquél que se celebra por un empleador con un grupo de trabajadores que actúan por intermedio de un delegado o representante, se establece en su segundo párrafo que:

"El empleador tendrá respecto de cada uno de los integrantes del grupo individualmente, los mismos deberes y obligaciones previstos en esta ley, con las limitaciones que

20 VINEY, ob. cit., pp. 920 y ss., Nº 827.

21 DEVEALI, ob. cit., p. 509, nota 5 y pp. 510 y ss., Nº 2; RAMÍREZ GRONDA, ob. cit., pp. 237 y ss., Nº 74; VÁZQUEZ VIALARD, ob. cit., t. I, p. 146, § 43-E); BUSSO, ob. cit., t. V, p. 35, Nº 151.

22 RAMÍREZ GRONDA, ob. cit., p. 237, Nº 74.

resulten de la modalidad de las tareas a efectuarse y la conformación del grupo".

Sin embargo, quizá más que todo ello, lo que interesa son los efectos y consecuencias de este tipo de contratación, es decir los derechos y obligaciones que pueden nacer de tales negocios y las responsabilidades y riesgos que de ellos pueden derivarse; ya que, según se viera precedentemente, la circunstancia de haberse contratado por equipo importa consagrar la indivisibilidad impropia o imperfecta de la prestación, cuyo cumplimiento deberá demandarse en forma conjunta a todos los deudores, por ser necesaria su participación y colaboración para el logro del resultado perseguido [23].

VI

Ahora bien, en los casos de contrataciones separadas y distintas, siempre que se haya podido individualizar como incumplidor a uno o algunos de los componentes del grupo, la responsabilidad civil será personal y exclusiva de éstos, por su propio hecho o conducta —arts. 511, 512 y concordantes del C. Civil—. Pero, aunque lo comprometido por cada copartícipe no haya sido más que su particular colaboración en el "todo" de la prestación, tratándose de una obligación indivisible impropia, va de suyo que el no cumplimiento de su parte por uno solo de los obligados, va a traer aparejado un incumplimiento total, razón por la cual su responsabilidad habrá de quedar comprometida en la misma medida; en tanto que los otros obligados que prestaran su propia cooperación, es decir la parte de la obligación que ellos asumieran, no son responsables del incumplimiento provocado por la falta de colaboración de otros coobligados, ya que mal podría responsabilizárselos por algo que no prometieron ni estaba en su mano cumplir. Tal es, precisamente, la solución contemplada en el art. 1923 de

[23] BUSSO, ob. cit., t. V, pp. 35 y ss., Nros. 152, 156 y 157.

nuestro C. Civil, con relación a un mandato conferido a varias personas, si uno de los mandatarios no pudiese obrar sin el concurso de los demás, en cuyo supuesto, "el que se hubiera negado a cooperar a la ejecución del mandato, sería único responsable por la inejecución del mandato, de todas las pérdidas e intereses" [24].

Sin perjuicio de lo que antecede, también podría responsabilizarse al jefe o coordinador del equipo, si estuviese acreditada su culpa concurrente en punto a errores o impericia incurridos en las órdenes o instrucciones impartidas a los demás, en cuyo caso se trataría de una responsabilidad personal por hecho propio; o bien por defectos u omisiones en las funciones de control y vigilancia que igualmente le competían en su condición de "jefe" o "líder" del grupo y coordinador general de la labor del equipo, tratándose entonces de una responsabilidad indirecta o refleja por el hecho de otros, que en cierta forma, eran sus subordinados [25]. Y en esta hipótesis, el damnificado tendría a dos obligados indistintos ante sí, por el total de la indemnización: el autor directo del incumplimiento dañoso y el tercero civilmente responsable por el hecho de aquél; cuyas obligaciones son distintas e independientes por nacer de las diversas fuentes contractuales constituidas por cada uno de los diferentes contratos separados concluidos, pero que al mismo tiempo son "concurrentes" o "conexas" entre sí, por tener un único y mismo acreedor: el perjudicado por el incumplimiento, y también idéntico objeto debido: la reparación de los daños así ocasionados. Esto, por lo demás, hoy es admitido uniformemente por nuestra doctrina y jurisprudencia, con relación a la responsabilidad extracontractual del principal o comitente —art. 1113, 1er. párrafo del C. Civil— y del autor directo del daño —art. 1109 del mismo Código— [26].

24 BUSSO, ob. cit., t. IV, p. 598, Nº 81; JORGE GIORGI, *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*, trad. española, Madrid, "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", 1900, t. 1, p. 251, Nº 271-3º.

25 BUSTAMANTE ALSINA, ob. cit., en "ZEUS", vol. 20, doctr., pp. 91 y ss. y en *Responsabilidad civil y otros estudios*, cit., p. 384, Nº IV.

26 BUSSO, ob. cit., t. V, p. 92, Nº 32-I y p. 96, Nº 57; LEONARDO A.

Nuestra jurisprudencia registra casos en este sentido. Además del viejo fallo ya recordado de la Cámara Civil 2ª de Capital Federal, tenemos uno bastante más reciente de la Sala C de la Cámara Nacional Civil, del 24 de febrero de 1982, que confirmara un pronunciamiento del entonces juez Dr. Alberto J. Bueres [27]. Se trataba de una operación de cirugía estética o plástica, de abultamiento de "mamas" de una mujer, durante el cual se produjo, casi al final de la operación y encontrándose ausente del quirófano el médico anestesista, una falla en la válvula del manómetro del aparato regulador del pase del oxígeno a la paciente; falla que fue detectada por una enfermera-caba que se encontraba en las inmediaciones del quirófano y escuchó el estallido o golpe de oxígeno, por lo que entró al quirófano y desconectó el paso del gas, pero lamentablemente sin poder impedir ya los efectos que el exceso del mismo había provocado en la paciente, que sufrió por ello trastornos pulmonares y cardíacos y quedó luego descerebrada y en estado vegetativo, falleciendo casi ocho meses más tarde. En la demanda del esposo e hija de la víctima, se responsabilizó solidariamente al anestesista como causante del daño y tam-

---

COLOMBO, *Culpa aquiliana (cuasidelitos)*, 2ª ed., Bs. As., Tea, 1947, p. 401, Nº 134; DE GASPERI-MORELLO, ob. cit., t. IV, pp. 33 y ss., Nº 1834-a)-69 y nota 115; LLAMBÍAS, *Tratado... Obligaciones*, cit., t. II, p. 594, Nº 1287; SIMÓN P. SAFONTAS, *Cuasidelitos. Responsabilidad in totum*, en rev. "Jus", La Plata, ed. Platense, Nº 3, p. 34; SALVAT-ACUÑA ANZORENA, ob. cit., t. IV, p. 188, Nº 2854; ALBERTO G. SPOTA, *El dependiente y el principal como obligados indistintos en la responsabilidad por acto ilícito*, en "J.A.", 1953-II, pp. 438 y ss.; Cám. Nac. Civil, Sala A, 6-12-73, "Caja Nac. Ahorro Postal c/Herrera", "J.A.", 21-1974-495, "L.L.", 154-190; íd., Sala B, 6-11-59, "Tembras c/Siniscalchi", "J.A.", 1960-I-287; íd., Sala C, 29-7-67, "Tasara de Cabona c/Delucca", "L.L.", 129-430; íd., Sala D, 27-12-68, "Villanueva de Bustos c/Grumblat", "J.A.", 3-1969, p. 120 y "E.D.", 27-101; íd., Sala E, 25-7-60, "Mendoza c/Pujol", "J. A.", 1960-VI, sec. síntesis, p. 6, Nº 50; íd., Sala F, 14-3-67, "Ortiz de Bregazzi c/Val Lago", "J.A.", 1967-V-359 y "L.L.", 127-151; Cám. Nac. Fed., Sala Civ. Com., 27-4-67, "Nisto c/Sur", "J.A.", 1967-IV-439; Cám. Nac. Comercial, Sala B, 7-9-66, "Ferrigno de Mármol c/Rodríguez", "J.A.", 1966-V-598; "S.C.B.A." 11-9-79, "González c/Granja", "D.J.B.A.", 117-283; íd., 8-10-57, "Casco c/Cía. Tranvías Mar del Plata", Ac. y Sent. 1957-V-161; Cám. 2ª Civ. Com. La Plata, Sala II, 5-8-58, "D.J.B.A.", 55-133; Cám. Ap. Rosario, 11-10-55, "Prosman de Pereyra c/Ricciardi", "J.A.", 1957-IV-190; etc.

27 Cám. Nac. Civil, Sala C, 24-2-82, "Vega c/Sanatorio Alberti", "E.D.", 102-202 y "J.A.", 1983-II-156.

bién al Jefe del equipo, por su deber de control sobre el cumplimiento de sus obligaciones por parte de aquél; ya que al margen de la autonomía profesional, una cosa es la técnica o modo de aplicación de la anestesia, lo que sí es de exclusiva incumbencia del médico anestesista, y otra la efectiva ejecución de esa técnica; y como la presencia o ausencia del anestesista en el quirófano durante la intervención quirúrgica tenía que ver con la ejecución de sus obligaciones, competía a la unidad de dirección a cargo del jefe del equipo el vigilar esa efectiva realización, la que obviamente no se cumplimentó en el caso, atento que el anestesista no se hallaba en el quirófano al producirse la falla en el manómetro. Cabe aclarar que en este caso se estableció una responsabilidad solidaria entre ambos obligados, por cuanto en punto a responsabilidad de los médicos la ley 17.132, con vigencia sólo local para la Capital Federal y territorios nacionales (su art. 1º), dispone en su art. 19 inc. 9º, la solidaridad pasiva entre el profesional jefe del equipo y la del auxiliar causante del daño; lo cual constituye un supuesto de solidaridad pasiva de fuente legal, contemplado y admitido en los arts. 699, 700 y 701 del C. Civil. Pero sin duda dicha norma no rige fuera de su ámbito territorial de aplicación, ni tampoco para otros "equipos" o "grupos" que no sean de "médicos"; razón por la cual en todos estos otros casos, el daño atribuible a un componente del grupo, nos conducirá jurídicamente a la coexistencia de obligaciones "concurrentes" o "conexas" de resarcir, si, según ya se expuso, además de la responsabilidad a cargo del autor directo del daño, aparece otra del jefe del equipo como tercero civilmente responsable por el hecho de otro.

Aún más cerca en el tiempo, se registra otro fallo, esta vez de la Cámara de apelación en lo Civil y Comercial de Paraná, Sala II [28], en el cual también se resolvió con relación al anestesista, que en principio en los casos de pluri-

28 Cám. Civ. Com., Paraná, Sala II, 31-8-87, "Santana c/Tantin", "Doctrina Jurídica", 1988-2, p. 954.

participación médica, como ocurre en el acto quirúrgico, cada uno de los integrantes del equipo responde personalmente en la órbita de su especialidad, en razón de actuar con autonomía profesional técnica y científica, por lo que sólo se puede responsabilizar al jefe del equipo en los supuestos en que debió y pudo vigilar los actos de sus colaboradores.

Pero igualmente puede suceder que se produzca un perjuicio como consecuencia de la actuación organizada de un conjunto de individuos, por ejemplo el deceso de un paciente operado, sin que se pueda establecer a ciencia cierta su verdadera causa o individualizarse al responsable directo, en razón de la complejidad de la labor desarrollada y de la interrelación existente entre las diversas conductas concretas de los distintos copartícipes. Y en estos casos coincidimos con Bustamante Alsina [29] en que, por tratarse la obligación de un hacer complejo e indivisible, pese a la contratación separada y por su específica colaboración de cada uno de los integrantes del equipo, va a haber una responsabilidad "colectiva" o "plural" de todos ellos, por su propio hecho y también objetivamente por el hecho de los demás, por la sola circunstancia de no estar identificado el real causante del daño entre los componentes del grupo o conjunto humano; ya que probada la relación de causalidad entre el perjuicio y la intervención del equipo, se presume el nexo causal con el hecho de cada miembro del mismo, salvo que alguno de ellos pruebe que su participación no fue causa del daño o demuestre de donde provino éste [30].

Pero esta responsabilidad colectiva, que sólo aparece contemplada expresamente en nuestro Código Civil en la parte final de su art. 1119, con relación a los supuestos de daños causados por cosas caídas o arrojadas a la calle desde un edificio, sin poderse determinar de qué parte del mismo cayeron, trasciende sin duda del marco de la responsabilidad contractual. Contractualmente, en efecto, cada contratante

[29] BUSTAMANTE ALSINA, ob. cit., en rev. "Zeus", vol. 20, doctr., pp. 91 y ss. y en *Responsabilidad civil y otros estudios*, cit., p. 384, Nº IV.
[30] BUSTAMANTE ALSINA, ob. y loc. cit. en nota anterior.

sólo se había comprometido a cumplir con su parte o colaboración determinada en la prestación compleja total; pero en la hipótesis de autoría anónima entre los integrantes del "grupo", se responsabiliza pluralmente a todos ellos más allá de los términos de su respectivo contrato, por lo que pensamos que se trata entonces de responsabilidad extracontractual. La misma, por aplicación analógica de lo dispuesto en el art. 1121 del C. Civil, no es por otra parte solidaria sino simplemente mancomunada, ya que así lo establece aquella norma especial, no derogada ni modificada por la reforma del decreto-ley 17.711/68, y que por ello prevalece sobre el principio general opuesto introducido por dicha reforma en el texto del art. 1109 del mismo Código —"lex especialis per generalem non derogatur"— [31]; razón por la cual si bien la totalidad de los miembros del grupo deberán integralmente el resarcimiento, en cambio cada uno de ellos particularmente sólo habrá de ser responsable por su respectiva cuota parte, a determinarse con ajuste a las directivas de los arts. 676, 689, 691 y concordantes del C. Civil. Con relación a esto último corresponde señalar que la aprobación del Proyecto de reformas de 1987 habría significado un notorio progreso en la materia, desde una doble perspectiva: ante todo, por cuanto en la nueva redacción propiciada para el art. 1119 del C. Civil, se contemplaba expresamente, con carácter general, la responsabilidad por "el daño proveniente de la actividad de un grupo de individuos que es riesgosa para terceros", y además porque se establecía la responsabilidad solidaria de todos ellos, salvo prueba de que no se participó en la causación del daño.

31 MANUEL ARAUZ CASTEX, *Derecho civil. Parte general*, Bs. As., Cooperadora de Derecho y Cs. Sociales, 1974, t. I, p. 85, Nº 128; BUSSO, ob. cit., t. I, p. 164, Nº 8; JORGE JOAQUÍN LLAMBÍAS, *Trat. de derecho civil. Parte general*, 7ª ed., Bs. As., Perrot, 1978, t. I, pp. 62 y ss., Nº 61; ISIDORO H. GOLDENBERG, *La solidaridad en materia de cuasidelitos*, en "Enciclopedia Jurídica Omeba", Bs. As., ed. Ancalo S. A., 1974, Apéndice, t. I, p. 721, Nº III; C. AUBRY-C. RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, 5ª ed., Paris, Marchal et Billard, 1902 y ss., t. I, p. 98, § 29; JEAN CARBONNIER, *Derecho civil*, trad. MANUEL M. ZORRILLA RUIZ, Barcelona, ed. Bosch, 1960, t. I, vol. I, p. 116; "C.S.N.", 10-9-37, "Taccari c/F. C. Oeste", "L.L.", 7-1122; Cám. Com. Cap. Fed., 7-2-40, "Gob. Nac. c/Ponce y Cía.", "L.L.", 17-456; etc.

VII

En la segunda hipótesis, de contratación única e integral por uno solo de los prestadores, el "jefe" del equipo, vamos a tener en realidad una suma de actividades de todos y cada uno de los integrantes del grupo, los que vienen a ser parte de una prestación global única e indivisible, pero susceptible, y es más, casi seguramente, necesitada, de un parcelamiento en su realización, impuesto por las distintas especializaciones requeridas al efecto. Por ello tampoco habrían podido ser cumplidas todas esas distintas fracciones o partes únicamente por el jefe del equipo, lo que explica y justifica que él mismo haya debido recurrir, a su vez, a la colaboración de los otros componentes del grupo.

A tenor de lo dicho, el cumplimiento de la obligación habrá de necesitar de prestaciones parciales a cargo de personas distintas a quien se obligara contractualmente —art. 626 del C. Civil—, pero ejecutadas todas ellas por cuenta de este último, en su condición de "deudor" (art. 630 y su doctrina del C. Civil). Y siendo ello así, al celebrar el contrato, el "jefe" o "líder" va a asumir estrictamente un doble compromiso: por una parte una obligación propia, a título personal, por la participación suya que le corresponde en la prestación completa; y de otra una obligación de seguridad, de garantir la capacidad, solvencia y eficiencia de todos los colaboradores a los que recurriera —art. 1198, 1er. párrafo y su doctrina del C. Civil—, que lo torna responsable de manera indirecta o refleja por el hecho de los demás miembros del "grupo" por él elegidos y cuya idónea cooperación en el "todo" de la prestación prometiera y asegurara, aunque más no fuese implícitamente. Pues sucede que quién ocurre a la ayuda o colaboración de otros, para el cumplimiento de *su* obligación, debe responder por la culpa o el dolo en que puedan incurrir sus sustitutos, colaboradores o auxiliares; ya que al acreedor, no siendo la obligación "intuitu personae", sólo le importa que le cumplan lo debido y no le

interesa en cambio que tal cumplimiento se haya logrado con la efectiva participación del propio obligado, o con la de un tercero o terceros de los cuales se hubiese valido aquél. O sea, que jurídicamente es irrelevante tal sustitución, pues con relación al acreedor resultan equivalentes el comportamiento del deudor y el de sus reemplazantes, colaboradores o auxiliares, por cuanto se considera al hecho de cualquiera de estos últimos como si se tratase del hecho del mismo obligado [32], ya que aquéllos al actuar constituyen la "longa manu" del principal y de ahí que su obrar se proyecte sobre éste y lo comprometa [33]. Por ello es que, por ejemplo, si bien nuestro Código Civil admite en el mandato, la gestión de negocios y el albaceazgo, que se pueda sustituir en otra persona la ejecución a cargo de aquéllos, lo hace sin embargo imponiéndoles la responsabilidad "por las faltas del sustituto, aunque hubiesen escogido persona de su confianza" —arts. 1924, 2292 y 3855 del C. Civil—; como así también que en algunos preceptos referentes a ciertos contratos: locación de cosa —arts. 1516, 1561 y 1563 C. Civil—, de obra —art. 1631—, hospedaje —art. 2230— y comodato —art. 2274—, se contemple y establezca la responsabilidad del deudor por el incumplimiento y daños causados, a raíz del hecho de sus subordinados, agentes o dependientes. Siendo factible generalizar tales principios particulares, para establecer, en ausencia de un principio general sobre la materia, un sistema de responsabilidad contractual por el hecho ajeno, según la intervención que hubiese podido corresponder al tercero en la ejecución del contrato [34]. Y

32 ARTURO ACUÑA ANZORENA, *Responsabilidad contractual por el hecho de otro*, en "J.A.", vol. 53, sec. doctr., pp. 64 y ss., Nº 27; ENRIQUE CARLOS BANCHIO, *Responsabilidad obligacional indirecta*, Bs. As., Astrea, 1973, pp. 63 y ss., Nº 22; BUSSO, ob. cit., t. III, p. 289, Nº 96; ACHILLE GIOVINE, *Causa stranea e responsabilitá contrattuale per fatto altrui*, en "Rivista di Diritto Commerciale e delle obbligazioni", Milano, 1929, 1ª parte, pp. 404 y ss., Nº 8; AUGUSTO MARIO MORELLO, *Indemnización del daño contractual*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1967, t. I, p. 43, Nº 14.

33 ATILIO A. ALTERINI-OSCAR J. AMEAL-R. M. LÓPEZ CABANA, *Curso de obligaciones*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1975, t. I, p. 210, Nº 454.

34 BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría general de la responsabilidad civil*, cit., pp. 345 y ss., Nros. 984/987; JORGE MOSSET ITURRASPE, *Responsabilidad por daños*, Bs. As., Ediar, 1971, t. I, pp. 85 y ss., Nº 35.

también con relación a este punto debe señalarse que habría significado un avance la sanción del Proyecto de reformas de 1987, en cuyo art. 521 se preveía: "El obligado responde por los terceros que haya introducido en la ejecución de la obligación...".

Y si todo ello es así en la responsabilidad contractual, con tanta mayor razón habrá de serlo en la extracontractual, con relación a la cual este tipo de responsabilidad refleja o indirecta aparece expresamente consagrado en el primer párrafo del art. 1113 del C. Civil, que extiende al principal, patrono o comitente, la responsabilidad por los daños que causaren "los que están bajo su dependencia". Es más, ante la falta de un principio general similar para el ámbito de la responsabilidad contractual, buena parte de nuestra doctrina y jurisprudencia han coincidido en que corresponde aplicar a las obligaciones de origen contractual igual solución que la establecida en el art. 1113, primer párrafo del C. Civil [35].

Por supuesto que este tema de la responsabilidad del principal o comitente por el hecho de sus dependientes, tiene una autonomía propia y resulta de por sí muy vasto y complejo, excediendo por ello su tratamiento de los límites del presente trabajo. Por lo cual, a su respecto, nos limitamos a dejar señalado lo preexpuesto y nada más.

Finalmente cabe preguntarse si en estos casos el damnificado tendría igualmente acción contra el autor directo del daño, supuesto que el mismo estuviese debidamente identificado. Entre nosotros Ramella se ha opuesto a esa posibilidad, sosteniendo que el auxiliar o colaborador es un extraño al vínculo obligacional, a mérito de lo dispuesto

35 BUSSO, ob. cit., t. III, pp. 288 y ss., Nros. 89 y ss.; GUILLERMO A. BORDA, *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, 5ª ed., Bs. As., Perrot, 1983, t. I, pp. 106 y ss., Nros. 97 y ss.; CAZEAUX-TRIGO REPRESAS, ob. cit., t. I, p. 361, Nº 230; LUIS MARÍA BOFFI BOGGERO, *Tratado de las obligaciones*, Bs. As., Astrea, 1981, t. 5, pp. 634 y ss., § 2.000; LUIS MARÍA REZZÓNICO, *Estudio de las obligaciones*, 9ª ed., Bs. As., Depalma, 1961, t. I, pp. 265 y ss.; RAYMUNDO M. SALVAT-ENRIQUE V. GALLI, *Trat. de derecho civil argentino. Obligaciones en general*, 6ª ed., Bs. As., Tea, 1952, t. I, p. 146, Nº 138-a); VINEY, ob. cit., pp. 926 y ss., Nº 834.

por los arts. 503, 1195, 1199 y concordantes del C. Civil, sobre la relatividad de las situaciones contractuales y de las relaciones creditorias [36]. Otros en cambio entienden que: "El sentido común nos dice que no puede dejar de ser responsable aquél que con su hecho antijurídico ha causado el daño" [37]; aunque resulte controvertido dentro de esta postura qué tipo de responsabilidad habrá de ser ésta. Así, una importante tendencia doctrinal ha considerado que al no existir ningún vínculo contractual entre el acreedor de la obligación y el "sustituto" o "auxiliar", la acción de responsabilidad entre los mismos no puede sino ser extracontractual [38]; mientras que para Mosset Iturraspe, quien trata en concreto de la situación de los médicos, la responsabilidad "in genere" del auxiliar es una responsabilidad contractual accesoria, en la que incurre "no cualquier 'tercero', pero sí la persona elegida por el deudor para el cumplimiento, persona que entra en contacto con el acreedor y realiza, con su conformidad, el comportamiento encaminado a ese fin" [39].

Por nuestra parte, pensamos que también es dable sostener que entre el "jefe" del grupo o conjunto y sus auxiliares o colaboradores, se concluye a su vez un contrato a favor de tercero: el acreedor de la obligación contraída y asumida integralmente por el primero, v.gr. el paciente que va a ser intervenido quirúrgicamente por un equipo médico, o el pasajero que contrató su viaje con la empresa

36 ANTEO E. RAMELLA, su "Dictamen para el tema II", *Responsabilidad en el incumplimiento de las obligaciones por el hecho de los auxiliares y dependientes* en las Primeras Jornadas de Derecho Civil, Santa Fe, en el "Boletín del Instituto de Derecho Civil", Fac. de Cs. Jurídicas y Sociales de la Univ. Nacional del Litoral, Nº 5, p. 163.

37 JORGE MOSSET ITURRASPE, *Responsabilidad civil del médico*, Bs. As., Astrea, 1979, p. 116, Nº 8.

38 HENRI y LEÓN MAZEAUD-ANDRÉ TUNC, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, trad. de la 5ª ed. francesa de Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Bs. As., "EJEA", 1962, t. 1, vol. II, p. 719, Nº 1005-2; RENÉ DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, Paris, Arthur Rousseau, 1931, t. VI, pp. 635 y ss., Nº 590; LE TOURNEAU, ob. cit., p. 387, Nº 1131; ANDREAS VON TUHR, *Tratado de las obligaciones*, trad.. W. Rocés, Madrid, Reus, 1934, t. II, pp. 106 y ss., Nº 69; BUSSO, ob. cit., t. III, p. 292, Nº 124.

39 MOSSET ITURRASPE, *Responsabilidad civil del médico*, cit., p. 117, Nº 8.

transportista y no con el chofer o conductor del vehículo, etc.; de forma tal que este último, en cuanto "beneficiario" de aquella estipulación, también vendría a tener, conforme al art. 504 del C. Civil, una acción "contractual" contra el auxiliar o sustituto, quien sería a su respecto "promitente" en virtud de la dicha contratación en favor de tercero [40].

VIII

Por último tenemos el tercer supuesto, de propiamente la contratación por equipo, cuando en su celebración intervinieron todos y cada uno de los integrantes del mismo, sea personalmente o bien representados por uno o más apoderados.

En este caso la responsabilidad habrá de depender, ante todo, del tipo de mancomunación que se hubiese convenido entre los distintos co-contratantes. Ya que si se hubiese pactado la solidaridad entre todos los componentes del "grupo" o "equipo", es obvio que el incumplimiento de lo debido, estuviese o no individualizado el verdadero responsable, siempre habrá de posibilitar al acreedor demandar la totalidad de la indemnización a todos, a varios, o a uno solo, cualquiera, de los distintos coobligados, inclusive a aquéllos que no son pasibles de ninguna imputación, en razón de lo dispuesto en los arts. 710, 711 y su doctrina del C. Civil [41].

40 ARTURO ACUÑA ANZORENA, *Naturaleza de la responsabilidad médica y término de prescripción de la acción resarcitoria*, en "Estudios sobre la responsabilidad civil", cit., p. 205, Nº 7; LLAMBÍAS, *Tratado... Obligaciones*, cit., t. IV-B, p. 134, Nº 2822 y nota 44; JUAN CARLOS REZZÓNICO, *Esencia jurídica de la estipulación a favor de tercero*, en "L.L.", 143, p. 1111 Nº 1 y p. 1123, Nº 35; FERNANDO J. LÓPEZ DE ZAVALÍA, *Teoría de los contratos*, Parte general, 2ª ed., Bs. As., VÍCTOR P. DE ZAVALÍA, 1975, p. 348, Nº 2; ALBERTO G. SPOTA, *Instituciones de derecho civil. Contratos*, Bs. As., Depalma, 1975, t. III, pp. 376 y ss., Nº 530; RAMÓN M. ROCCA SASTRE-JOSÉ PUIG BRUTAU, *Estipulación en favor de tercero*, en "Estudios de derecho privado", Madrid, "Revista de Derecho Privado", 1948, t. I, p. 228, Nº VIII-a); FÉLIX A. TRIGO REPRESAS, *Responsabilidad civil de médicos y establecimientos asistenciales*, en "L.L.", 1981-D, p. 138, Nº III.

41 AMEAL, ob. cit. en el *C. Civil...* de BELLUSCIO-ZANNONI, cit.,

Si por el contrato no se estableció negocialmente la solidaridad, ni tampoco existe ninguna solidaridad impuesta por la ley, como la que resulta por ejemplo para los médicos del art. 19 de la ley local 17.132, la obligación plural de los distintos componentes del grupo será entonces simplemente mancomunada, y la situación de los mismos habrá de resultar sustancialmente similar a la del supuesto de contrataciones separadas y distintas. En efecto, en las obligaciones simplemente mancomunadas no hay estrictamente una única obligación, sino tantas distintas como partes —art. 691 del C. Civil—; de forma tal que, siendo divisible el objeto de la obligación, cada uno de los deudores estará obligado solamente por su parte en la deuda y cada uno de los acreedores sólo podrá demandar su porción en el crédito —arts. 675, 693 y concordantes del C. Civil—, siendo igualmente personal de cada uno de los obligados su mora o culpa, la que por ello "no tiene efecto respecto de los otros" —art. 697, C. Civil—.

En consecuencia, de estar identificado el incumplidor y causante del perjuicio, al igual que en la hipótesis de contrataciones separadas, será él solamente el único responsable de la indemnización; la que deberá satisfacer integralmente y no nada más que por la parte de su colaboración no prestada, dado que por tratarse de una obligación indivisible impropia, el no cumplimiento parcial de uno de los coobligados, provoca sin embargo el incumplimiento total de la prestación debida. También podría concurrir en su caso una responsabilidad "conexa" del "jefe" del equipo, en la medida en que su responsabilidad resulte comprometida por su culpa o negligencia en sus deberes de contralor o vigilancia a los demás componentes del grupo,

---

t. 3, pp. 345 y ss.; BORDA, *Tratado... Obligaciones*, cit., t. I. p. 468, Nº 597; BOFFI BOGGERO, ob. cit., t. 3, p. 553, Nº 1163; ALTERINI-AMEAL-LÓPEZ CABANA, ob. cit., t. 2, p. 220, Nº 1314; ALFREDO COLMO, *Obligaciones en general*, 3ª ed., Bs. As., Kraft, 1944, pp. 343 y ss., Nros. 497-a); DE GÁSPERI-MORELLO, ob. cit., t. II, p. 392, Nº 931; LLAMBÍAS, *Tratado... Obligaciones*, cit., t. II, pp. 550 y ss., Nros. 1247 y 1248; CAZEAUX-TRIGO REPRESAS, ob. cit., t. II, pp. 434 y ss., Nros. 888 y ss.; etc.

inherentes a su condición y funciones de "coordinador" del equipo.

Finalmente, si existiese un daño provocado por una actuación conjunta o grupal, y no estuviese determinado quién o quiénes fueron sus verdaderos causantes, pensamos que también, al igual que en el caso de las contrataciones separadas, puede existir una responsabilidad extracontractual "colectiva" de todos los miembros componentes del conjunto o equipo, los que sin embargo sólo estarán individualmente obligados por sus respectivas cuotas-partes, en razón de ser aquélla una responsabilidad plural simplemente mancomunada, conforme a la doctrina de los arts. 1119 in-fine y 1121 del Código Civil.

LA IMPUGNACIÓN JUDICIAL DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS EN EL ORDEN NACIONAL

(A propósito de los casos "Petracca" y "Mevopal")

Por los doctores Guido Santiago Tawil, María del C. Jeanneret de Pérez Cortés y Alberto B. Bianchi, miembros del Instituto de Derecho Administrativo.

PRESENTACION

La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, de acuerdo con lo dispuesto en la Resolución del 18 de diciembre de 1980, dispuso crear el Instituto de Derecho Administrativo con la finalidad de profundizar, ampliar y difundir las manifestaciones jurídicas-doctrinarias de esta importante rama del derecho público.

En la sesión del 5 de diciembre de 1985 la Academia designó, a propuesta de su Director, los miembros del Instituto de Derecho Administrativo, comenzando a sesionar el año siguiente.

En la actualidad lo integran los doctores Jesús L. Abad Hernando, Pedro Aberastury (h.), Rodolfo C. Barra, Alberto B. Bianchi, Fernando R. Borio, Luis A. Carello, Jorge E. Cermesoni, Antonio P. Chede, Julio R. Comadira, Horacio D. Creo Bay, Juan Ramón de Estrada, Ricardo T. Druetta, Guillermo E. Fanelli Evans, Héctor P. Fassi, Beltrán Gambier, Juan O. Gauna, Rafael M. González Arzac, Carlos M. Grecco, David A. Halperin, Marta E. del Valle Herrera, María del C. Jeanneret de Pérez Cortés, Jorge L. Maiorano, Pedro A. Miguens, Guillermo A. Muñoz, Mariana Ortíz de Zárate, Luis J. Pérez Colman, Guillermo E. Rossi, Eduardo Stock Capella, Guido S. Tawil y Alejandro J. Uslenghi.

Todos son juristas con auténtica vocación por el Derecho Administrativo, habiendo entre ellos tratadistas, profe-

sores titulares y adjuntos, magistrados y ex magistrados judiciales y altos funcionarios de la Administración Pública, que se han distinguido y se distinguen por su actividad en nuestra disciplina.

La tarea desarrollada por el Instituto desde entonces ha sido variada y proficua. Desde los análisis efectuados sobre distintos proyectos de legislación hasta estudios de doctrina y jurisprudencia, pasando por los necesarios debates en torno a cuestiones fundamentales de la disciplina y sobre las más recientes novedades registradas en el campo doctrinario, no ha habido prácticamente tema de interés científico que no haya sido analizado o debatido en el seno del Instituto.

Como fruto de esa labor el Instituto publica ahora una serie de trabajos de investigación sobre La impugnación judicial de los actos administrativos en el orden nacional (A propósito de los casos "Petracca" y "Mevopal") *cuyos autores son los doctores Alberto B. Bianchi, Guido S. Tawil y María del C. Jeanneret de Pérez Cortés.*

Si bien la autoría intelectual de los trabajos objeto de esta publicación pertenece a sus respectivos titulares, ellos han sido elaborados teniendo en cuenta el intercambio de opiniones entre los autores y los debates habidos en las reuniones periódicas del Instituto en torno de los distintos aspectos del tema escogido.

Con ello creemos contribuir al cumplimiento de uno de los objetivos esenciales de nuestro Instituto que consiste en la profundización y difusión de las manifestaciones jurídicas-doctrinarias del derecho administrativo.

MIGUEL S. MARIENHOFF
Académico Director

JUAN CARLOS CASSAGNE
Académico Subdirector

Buenos Aires, 4 de julio de 1990.

El artículo 25 de la ley 19.549 frente a los actos administrativos dictados durante la ejecución de un contrato de esa especie

por el Dr. GUIDO S. TAWIL

1. Introducción

El art. 25 de la ley 19.549 ha sido, probablemente, el precepto de nuestra Ley de Procedimiento Administrativo que —desde su sanción en el año 1972— ha generado mayores controversias [1].

Comenzando por su propia constitucionalidad, sobre la que en forma mayoritaria nuestra jurisprudencia [2] y un importante sector de la doctrina [3] se ha pronunciado a favor, hasta llegar a la naturaleza jurídica del plazo —para algunos de caducidad y para otros de prescripción [4]— las cuestiones

1 Ver, al respecto, GUIDO SANTIAGO TAWIL, *Los plazos para accionar en la instancia contencioso-administrativa: primera aproximación*, "Régimen de la Administración Pública", Nº 133, Buenos Aires, 1989, págs. 11 y ss.

2 Ver, así, CNCont.-Adm. Fed., Sala III, "Fores, Francisco Fredolín c/Estado Nacional (Secretaría de Estado de Recursos Naturales y Ambiente Humano) s/reincorporación", 8-2-1980, "L.L." 1980-B-440; CSCont.-Adm. Fed., Sala II, "Manrique, Washington c/Gobierno Nacional", 8-4-1980, "L.L." 1980-B-430, 341; entre muchos otros.

3 Ver MIGUEL S. MARIENHOFF, *Demandas contra el Estado Nacional. Los artículos 25 y 30 de la ley de procedimiento administrativo nacional*, "L.L." 1980-B-1022 y RAFAEL GONZÁLEZ ARZAC, *Los plazos de impugnación de actos administrativos nacionales*, E.D. 51-951 y ss.

4 Si bien se ha sostenido en ocasiones que este es un plazo de prescripción y no de caducidad, la postura mayoritaria tanto en la doctrina como en la jurisprudencia argentina es la de que se trata de un plazo de caducidad.

suscitadas respecto a él han sido evidentemente numerosas [5].

Quizás se deba ello a que, al seguir a los modelos español y francés [6], así como a algunas normativas provinciales y proyectos legislativos [7], nuestra ley 19.549 introdujo en su artículo 25 una institución inexistente hasta entonces en el orden federal [8] para la impugnación general de los actos

---

En el primer sentido, ver el dictamen del entonces Fiscal de la Cámara Federal, Dr. Enrique S. Petracchi, en la causa "Esteve, Juan c/Universidad de Buenos Aires" del 17 de abril de 1979. Por la solución mayoritaria se han pronunciado, entre muchos otros, MANUEL J. ARGAÑARAS, *Tratado de lo Contencioso Administrativo*, T.E.A., Buenos Aires, 1955, pág. 197; MARIENHOFF, *Demandas...*, ob. cit, pág. 1026; BARTOLOMÉ FIORINI, *Qué es el contencioso*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1965, págs. 86 y ss.; ARMANDO E. GRAU, *Habilitación de la instancia contencioso-administrativa*, Platense, La Plata, 1971, pág. 99; JUAN CARLOS CASSAGNE, *Acerca de la caducidad y prescripción de los plazos para demandar al Estado Nacional*, "E.D.", 45-829; etc. y numerosos tribunales como, por ejemplo, la CNFed. Cont.-Adm., Sala II, "L.L." 1980-B-430; Sala III, "L.L." 1980-B-440, etc. Esta discusión también se ha suscitado en España, tal como lo acredita el profesor de la Universidad Complutense de Madrid JUAN ALFONSO SANTAMARÍA PASTOR, en su trabajo titulado *El problema de los plazos en el recurso contencioso-administrativo. ¿Prescripción o caducidad?*, "Revista de Administración Pública", R.A.P., Madrid Nº 58, págs. 185 y ss.

5 Basta recordar, así, los problemas que plantea la aplicación de ese plazo en el supuesto de la acción de lesividad o las peligrosas consecuencias que derivan del denominado "acto consentido". Ver, al respecto, TAWIL, *Los plazos para accionar...*, ob. cit., pp. 16 y ss.

6 Que prevén, en principio, un plazo de dos meses. Ver CHARLES DEBOASON y JEAN-CLAUDE RICCI, *Contentieux Administratif*, Dalloz, 4ª ed., Paris, 1985, pp. 365 y ss. y GUY BRAIBANT, *Le Droit Administratif Français*, Presses de la Fondation Nationale des Sciences Politiques & Dalloz, Paris, 1984, p. 519.

7 GRAU, *Habilitación...*, ob. cit., p. 99, quien cita en ese sentido a los arts. 8º del proyecto Moret (30 días de notificada la decisión administrativa); 16º del proyecto Baulina (un año de producido el acto atacado); 10º de la ley 13.511 (quince días de notificada la resolución); 7º del proyecto Fiorini (treinta días desde la notificación del acto, pero incluyendo al siguiente párrafo: "La caducidad del plazo podrá quedar sin efecto alguno, cuando, según criterio judicial, han existido razones de hecho valederas de la imposibilidad o error excusable por no haberse interpuesto en tiempo legal el recurso jurisdiccional respectivo'); 18º del anteproyecto Diez-Ávila-Gordillo (sesenta días a partir de la notificación del acto o de la resolución administrativa sobre la reclamación a que se refieren los arts. 10 y 11); 47 del anteproyecto de Código Contencioso Administrativo para la Nación del 16 de enero de 1968, redactado por los Dres. Marienhoff, Bosch, Linares, Bidart Campos y Cozzi (sesenta días en las mismas condiciones adoptadas posteriormente respecto a los actos de alcance individual y de contenido general por el art. 25 de la ley 19.549).

8 MARIENHOFF, *Demandas contra el Estado Nacional. Los artículos 25 y 30 de la ley de procedimiento administrativo nacional*, ob. cit., p. 1025; GRAU, *Habilitación...*, ob. cit., p. 56. Destaca, sin embargo, este último autor (ob. cit., p. 99) que aun cuando no existía éste en la ley 3952, el proyecto de Gonnet de 1893 preveía un plazo de treinta días para iniciar la acción.

administrativos: la imposición de un plazo perentorio [9] para accionar en vía contencioso-administrativa contra el Estado nacional o sus entes autárquicos.

En efecto, si bien existían plazos de esta naturaleza en algunos procedimientos especiales [10], ni la ley 50 ni la Ley de Demandas contra la Nación lo contemplaban en forma genérica [11]. La acción podía deducirse, por lo tanto, mientras no se hubiera operado la prescripción del derecho sustancial.

Al modificar el sistema hasta ese entonces vigente, la L.P.A. se pronunció, en consecuencia, por la incorporación de un plazo de caducidad para deducir la acción contencioso-administrativa, aceptando aquella distinción entre plazos de caducidad y plazos de prescripción para la interposición de la demanda, inexistente en el derecho norteamericano [12], pero predominante en los sistemas adheridos al régimen continental europeo. Basta observar para ello, por ejemplo,

9 Ver MARIENHOFF, *Demandas contra el Estado Nacional...*, ob cit., pp. 1027 y ss.; GONZÁLEZ ARZAC, *Los plazos de impugnación judicial...*, ob. cit., p. 955, quien señala que de ello se deriva que la caducidad del derecho se produce por el mero transcurso del tiempo, sin necesidad de petición de parte ni declaración judicial, así como que dicho plazo no es en principio susceptible de interrupción o suspensión.

10 Ver, en ese sentido, los arts. 23 de la ley 750 ½; 433 de la 810; 75 de la 11.683; 60 de la ley 14.473; 91 del decreto ley 33.310/44 y 1º del decreto 7713/62, entre otros.

11 Ver MAIRAL, *Control Judicial de la Administración Pública*, I, Depalma, Buenos Aires, 1984, p. 99, nota 312.

12 Si bien existen limitaciones temporales para el acceso a la justicia, éstas no son interpretadas con el rigor que acontece en la Argentina. Expresó, en este sentido, un tribunal federal en "Eagle-Ficher Industries v. EPA" (759 F 2d 905 [D.C.Cir. 1985]) que "este tribunal ha reconocido en reiteradas oportunidades que las limitaciones temporales en la revisión del obrar administrativo son de naturaleza jurisdiccional... reflejan una elección legislativa deliberada... que no podemos revisar... Hemos aceptado reclamos introducidos fuera de término en un limitado número de ocasiones excepcionales en que el peticionante careció de oportunidad real de impugnar el obrar administrativo en término debido, por ejemplo... una confusión legal en cuanto al tribunal que debía entender... las excusas por la interposición tardía deben ser estudiadas cuidadosamente toda vez que... de otro modo, la política perseguida al establecer el límite no podría ser alcanzada". El llamado *"statute of limitations"* responde, en este aspecto, a nuestro concepto de prescripción. La brevedad de estos plazos ha hecho, sin embargo, que sean asimilados peligrosamente, en ocasiones, a nuestros plazos de caducidad. Ver, al respecto, BERNARD SCHWARTZ, *Administrative Law*, 2ª ed., Little, Brown & Co., Boston, 1984, p. 440.

que si bien el sistema establecido originariamente en 1845 en España no contemplaba plazo alguno para la interposición de la acción, el Reglamento del 18 de diciembre de 1846 introdujo ya, al poco tiempo, un plazo de quince días para que los contribuyentes recurrieran ante los Consejos Provinciales las resoluciones relativas a la estadística de la riqueza territorial. O que el Real Decreto del 21 de mayo de 1853 supuso la recepción por primera vez con carácter genérico para toda una rama de la Administración —en este supuesto la de Hacienda— de un plazo de caducidad (seis meses) para la interposición del recurso [13], el que se extendió a los restantes ministerios mediante el Real Decreto del 20 de junio de 1858 [14].

13 JOSÉ RAMÓN PARADA VÁZQUEZ, *Privilegio de decisión ejecutoria y proceso contencioso*, "Revista de Administración Pública" (R.A.P.), Madrid nº 55, p. 89. En pocos años, el sistema sufrió —según señala SANTAMARÍA PASTOR (*El problema de los plazos...*, ob. cit., p. 188/9)— una subversión total. Los plazos de caducidad pasaron a ser, "de supuestos excepcionales a la norma general de prescripción, la tónica normal del recurso, produciéndose una pacífica coexistencia de plazos de distinta naturaleza en la que los de prescripción sufren un creciente desplazamiento, en paralelo con la progresiva configuración revisora del proceso".

14 La Ley Santamaría de Paredes, al consolidar la idea de que el proceso contencioso era una instancia revisora —que si bien no había sido propia del sistema español se había desarrollado en los años anteriores a su sanción— estableció por su parte, en su artículo 7º, un plazo único de caducidad de tres meses para la interposición del recurso contencioso-administrativo. Aun cuando la concepción de este plazo como término de caducidad se ha fortalecido posteriormente en forma notable, especialmente "por la potenciación de la técnica de la inadmisibilidad y la procesalización del procedimiento administrativo" (SANTAMARÍA PASTOR, *El problema de los plazos...*, ob. cit., p. 195), las críticas escuchadas cada día con mayor fuerza contra el carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa, han derivado en que cada día sean más los autores españoles que consideren que la existencia de plazos de caducidad para la interposición del recurso contencioso-administrativo resulta incompatible con el sistema español actual, máxime tras la sanción de la Constitución de 1978. Así han entendido algunos autores que la existencia del plazo de caducidad para interponer el recurso contencioso-administrativo resulta contraria al artículo 24.1 de la Constitución que reconoce el derecho de los ciudadanos a la tutela judicial efectiva. Tal postura no ha sido, sin embargo, recepcionada por el Tribunal Supremo que, por el contrario, ha sostenido en su sentencia del 27 de enero de 1986 que "esta interpretación... no puede acogerse... La Constitución concede en efecto el derecho a una tutela efectiva de los Jueces y Tribunales los que resolverán sobre el fondo siempre y cuando se acuda a los jueces naturales, dentro de los plazos que el Ordenamiento Jurídico señale para cada uno de los procesos existentes. El derecho de los ciudadanos que la Constitución reconoce, lo es a obtener una resolución fundada, dentro del plazo, pero nunca

En esa óptica se enroló nuestro legislador. Dispuso, en consecuencia, en el art. 25, que el plazo para accionar —de noventa o treinta días según se trate de acción o recurso directo— debe computarse: a) en el caso de los actos de alcance individual, desde su notificación [15]; b) en el supuesto de los reglamentos y actos de alcance general con contenido no normativo, desde la denegatoria del reclamo —en el caso de impugnación directa— o desde la notificación del acto de rechazo que agota la instancia en la impugnación indirecta; y c) en los casos de vías de hecho o hechos administra-

---

a que sea examinada su pretensión de fondo cuando existen obstáculos formales que lo impiden, por lo que el mandato constitucional quedará cumplido cuando el que acude a un Tribunal obtiene una resolución fundada, que resuelve acerca de una de las pretensiones no ya de una sola de las partes, sino de cualquiera de las que intervienen en el proceso, porque no siempre deberá prosperar la tesis del demandante, sino también la del demandado, que no deja de ser parte, en igualdad de derechos de las demás que intervienen, y cuando la pretensión del demandado prospera, y ésta consiste en poner un obstáculo formal a que se examine la cuestión de fondo, como es la extemporaneidad de un recurso y tal pretensión es estimada mediante una resolución fundada, el mandato constitucional se cumple, sin que sea preciso resolver sobre la cuestión de fondo, ya que eso ni lo dice el artículo 24 de la Constitución, ni puede aceptarse que tal precepto deba de ser aplicado en ese sentido". Ver, en esta línea, TAWIL, *Los plazos para accionar...*, ob. cit., pp. 14 y ss.

15 Ver, en igual sentido, el art. 54, 2 de la L.J.C.A española. En el sistema español, la interposición del recurso contencioso-administrativo —que puede deducirse indistintamente contra el acto que fuera objeto del recurso de reposición, el que resolviere éste expresamente o por silencio administrativo o contra ambos a la vez, salvo que el acto que decidiera el recurso reformara al impugnado, en cuyo caso deberá deducirse contra éste, sin necesidad de una nueva reposición (art. 55, L.J.C.A.)— solo requiere la presentación de un escrito reducido a citar el acto por razón del cual se formula y a solicitar que se tenga por interpuesta la acción, acompañándose la documentación que justifique la personería del actor, así como el cumplimiento de los requisitos exigidos por ley para accionar y copia o la debida individualización del acto o disposición impugnada (art. 57, L.J.C.A.). Este modo de iniciación del procedimiento fue establecido en España originariamente por la Ley Santamaría de Paredes, sustituyendo al sistema anterior —es decir al de 1845— que requería la presentación de una demanda en forma similar a lo que ocurre en el proceso civil. Ordenando previamente la remisión del expediente, así como el anuncio de la interposición del recurso en el Boletín Oficial del Estado o en el de la provincia (art. 61 y 60, L.J.C.A.), el Tribunal declara —sobre la base del examen del expediente—, si lo considera necesario, la admisibilidad o inadmisibilidad del recurso (art. 62, L.J.C.A.). Recibido el expediente, el Tribunal acuerda su entrega al actor para que este deduzca la acción dentro del término de veinte días (art. 67, L.J.C.A.). Sobre los pasos posteriores en la tramitación del recurso contencioso-administrativo, ver los artículos 68 y ss. de la L.J.C.A., así como el trabajo de JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa,* Civitas, Madrid, 1978, pp. 874 y ss.

tivos, desde que éstos fueran conocidos por el administrado. De la estructura fijada por la norma se desprende que la vía ordinaria es la de la acción —y consecuentemente el plazo de noventa días— resultando excepcional la mal denominada de recurso, en aquellos supuestos en que una norma determine en forma expresa que tal debe ser la vía utilizada para la impugnación judicial [16].

En aquellos supuestos en que el acto adquiera carácter definitivo en virtud del silencio, la L.P.A. adoptó, por su parte, un criterio más amplio que el seguido por la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa española (L.J.C.A.), al prescribir en su artículo 26 —reproducción casi literal del artículo 48 del anteproyecto de código contencioso de 1968— que la demanda podrá iniciarse en cualquier momento, sin perjuicio de lo que pudiera corresponder en materia de prescripción [17], a diferencia de su precedente español para el cual la configuración del silencio negativo no resulta optativa para el administrado, sino automática, vencido el mes transcurrido desde la interposición del recurso de reposición previo. A partir de él comienza a computarse el plazo de caducidad para interponer la acción contenciosa que vence al año de interponerse el recurso de reposición [18].

16 Ver GONZÁLEZ ARZAC, *Los plazos de impugnación judicial de actos administrativos nacionales*, ob. cit., pp. 951 y ss.

17 Lo propio acontece en la vía reclamativa en el supuesto de que no resuelva la Administración en forma expresa el reclamo administrativo previo de los arts. 30 y ss. de la L.P.A., a pesar de haberse interpuesto el pedido de pronto despacho previsto en el art. 31. Señala éste expresamente que "...vencido el plazo, el interesado requerirá pronto despacho y si transcurriesen otros cuarenta y cinco días, podrá iniciar la demanda en cualquier momento, sin perjuicio de lo que fuere pertinente en materia de prescripción". Ver, en nuestro país, GUILLERMO A. MUÑOZ, *Silencio de la Administración y plazo de caducidad*, Astrea, Buenos Aires, 1982, p. 58. Coincidimos con este autor en que el criterio interpretativo correcto respecto a la aplicación del art. 26 de la ley 19.549 es el expresado en la causa "Barbeito, Adolfo c/Estado Nacional", transcripto parcialmente por él (ob. cit., p. 104). Ver, sin embargo, CNFed. Cont.-Adm., Sala II, "Ledesma c/Dirección General del Azúcar", "E.D.", 88-536, criticado acertadamente por Muñoz.

18 En el caso de que —en virtud del artículo 125,1 de la Ley de Procedimiento Administrativo española (L.P.A.E.)— el recurso de alzada se considere desestimado por silencio administrativo, el Tribunal Supremo ha entendido —en

Transcurridos casi veinte años desde la sanción de nuestra ley 19.549, los alcances con que debe interpretarse este requisito de admisibilidad de la acción contencioso-administrativa son todavía materia de arduo debate, no sólo en la doctrina [19], sino en el propio ámbito judicial.

Clara prueba de ello lo configuran las distintas interpretaciones a que ha dado lugar la aplicación de la citada disposición legal a los fines de impugnar judicialmente los actos administrativos dictados durante la ejecución de un contrato de esa especie. La singular repercusión que han merecido tanto en el ámbito académico como profesional

---

algunos supuestos— que el plazo para recurrir ese acto presunto es el de dos meses contemplado en el artículo 58, 3 de la L.J.C.A. y no el de un año establecido como principio general por el apartado 4º del citado artículo (sentencias del 6 de marzo de 1965, 12 de junio de 1967 y 24 de mayo de 1968). En otras ocasiones, ha considerado de aplicación el plazo de un año, contado desde la interposición del recurso de alzada (sentencias del 30 de junio de 1966, 24 de enero de 1970, y 23 de abril de 1971). Respecto a la primera postura ver la crítica de JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ, en *El principio antiformalista de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa*, "Revista de Administración Pública" (R.A.P.), Madrid, nº 57, así como los trabajos de EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, *Sobre silencio administrativo y recurso contencioso*, "Revista de Administración Pública" (R.A.P), Madrid, nº 47; JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ, *El plazo para interponer recurso contencioso-administrativo contra la denegación presunta del recurso de alzada*, "Revista de Administración Pública" (R.A.P.), Madrid, nº 48; y LINDE PANIAGUA, *Silencio negativo y posibilidad de recurrir con arreglo al artículo 58 de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa*, "R.A.P.", nº 83. En su jurisprudencia más reciente el Tribunal Supremo parece haberse inclinado por considerar que en tanto existe un plazo de tres meses desde la interposición del recurso de alzada para que pueda considerarse denegado tácitamente, corresponde considerar al plazo de interposición el de un año, pero no desde la interposición de la alzada, sino de vencidos los tres meses. En ese sentido, ver la sentencia del 26 de septiembre de 1986, rechazando expresamente la postura del inferior —sentencia del 23 de octubre de 1983 de la Sala de Sevilla— que había considerado que el plazo de un año debía computarse desde el momento de interposición del recurso de alzada. Siguiendo quizás inadvertidamente a la jurisprudencia y legislación argentina, el Tribunal Supremo español ha interpretado, sin embargo, en alguna ocasión, que ante la presentación de una petición cuya resolución fuera susceptible de recurso jerárquico —denominado en España recurso de alzada— ante la falta de su contestación, el plazo para interponer el recurso administrativo no debe computarse hasta tanto la Administración se pronuncie en forma expresa. Ver, así, las sentencias del 28 de mayo de 1983 y 16 de marzo de 1984, citadas por JOSÉ ANTONIO GARCÍA-TREVIJANO FOS, en su obra póstuma *Los actos administrativos*, Madrid, 1986, p. 404.

19 Sobre algunos de los principales problemas planteados al respecto nos hemos referido, al igual que destacados autores, en nuestro trabajo *Los plazos para accionar...*, ob. cit., pp. 16 y ss.

algunas decisiones judiciales justifica el examen de sus distintas implicancias abordado en esta ocasión por el Instituto.

II. El artículo 25 de la L.P.A. frente a los actos dictados durante la ejecución de un contrato administrativo.

A) Las decisiones recaídas en las causas "Mevopal" y "Petracca".

A fines del mes de noviembre del año 1985, la Corte Suprema de Justicia de la Nación tuvo oportunidad de pronunciarse respecto al alcance que debía otorgarse al art. 25 de la ley 19.549 en este ámbito, en el conocido fallo "Mevopal" [20]. Sus términos llevaron, sin embargo, a ciertas interpretaciones equívocas que resulta oportuno intentar precisar.

El más alto tribunal declaró en esa ocasión, entre sus principales argumentos, "que los actos administrativos aun unilaterales, referentes a la celebración, ejecución o modificación de un contrato administrativo, en principio, no pueden considerarse en forma aislada, con abstracción del contrato al cual acceden, en cuanto determinan los derechos u obligaciones emergentes de aquél, por lo que se rigen por idénticas pautas a las del contrato, ajenas, por ende, al marco contemplado en los arts. 23 y 24 de la ley 19.549 y al sistema de impugnación de su artículo 25" [21].

Agregó, además, que "la interpretación contraria llevaría a que durante la relación contractual y frente a la emisión por la Administración de cualquier acto unilateral, el administrado tuviera que iniciar, en cada caso, un juicio contra su contratante. Ello significaría un dispendio jurisdiccional inusitado y provocaría un resentimiento en el espíritu de colaboración que debe existir entre la Administración y quien ejecuta el contrato, como lo señaló el juez de primer grado" [22].

20 "Fallos": 307:2216, del 26 de noviembre de 1985.
21 Párrafo 2 del considerando 4º.
22 Párrafo 3º del considerando antes mencionado.

En posición que podría parecer —en una primera interpretación del fallo— en cierta medida contradictoria, el más alto tribunal agregó en el último párrafo de ese considerando que "al no haber cuestionado la demanda el punto de arranque del plazo de 90 días contenido en el art. 25 y, dado que la pretensión de nulidad de los actos administrativos fue iniciada con anterioridad a su vencimiento —computado desde la recepción definitiva de la obra— forzosamente se concluye en la improcedencia de la caducidad legal".

Singular polémica se suscitó, así, cuando pocos meses después fue la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal la que que se pronunció al respecto en el fallo plenario "Petracca e hijos S.A.C.I.F.I. c/ Estado Nacional - Ente Autárquico Mundial '78 s/ cobro de pesos" del 24 de abril de 1986, en expediente originario de la sala IV y en el que se debatió, además, otra cuestión vinculada en forma indirecta con la esbozada, abordada también —en informe por separado— por este Instituto [23].

En posición que consideramos incompatible con la esbozada por la Corte, la Cámara estableció como doctrina judicial, por mayoría, que la impugnación de los actos administrativos previstos en los incisos a) y b) del art. 23 de la ley 19.549 dictados durante la ejecución de un contrato de la Administración, debe sujetarse al plazo instituido por su art. 25.

A tal efecto, basó su posición, entre otras, en las siguientes consideraciones:

a) existe un vacío legislativo en la materia, en virtud del cual resulta necesario investigar la intención del Legislador, recurriendo para ello a las normas y anteproyectos que le sirvieron como antecedentes. A tal fin, la mayoría destacó al anteproyecto de Código Contencioso Administrativo para la Nación del 16 de enero de 1968, que sometía

[23] "Si es admisible la acción por cobro de pesos o indemnización de daños sin impugnar, dentro del plazo del art. 25 de la ley nº 19.549, la legitimidad del acto administrativo que ha desestimado la misma pretensión o cuyo contenido excluye el pago de lo reclamado". La cámara se pronunció, como se verá, en forma negativa.

al plazo de caducidad la impugnación de los actos dictados durante la ejecución del contrato (arts. 1, 2 y 47);

b) el último párrafo del art. 7º de la ley 19.549, en cuanto dispone la aplicación tan sólo analógica de las reglas del título tercero de los contratos que celebra el Estado, se funda en haberse asignado a éstos una individualidad propia, desligada de la noción general de acto administrativo, lo que no autoriza que la misma pauta se extienda a las previsiones del título IV de la ley respecto de la impugnación de las decisiones que la Administración dicte durante la ejecución del contrato;

c) la Corte Suprema de Justicia de la Nación aplicó expresamente en el fallo "Mevopal", último párrafo del considerando 4º), el art. 25 de la ley 19.549, debiendo atribuirse las restantes manifestaciones vertidas en torno a su exclusión, al hecho de no haberse tomado en consideración los fundamentos vertidos por la Cámara.

La minoría —integrada en aquella ocasión por los Dres. Miguens y Galli— fundó su posición en sentido contrario en las siguientes afirmaciones:

a) admitiendo que los contratos administrativos son actos administrativos en la medida en que les son aplicables los principios de su teoría general, en la etapa de ejecución de un contrato podrán dictarse, a su vez, distintos actos administrativos que no tendrán independencia del originario contractual en tanto deberán ajustarse a sus cláusulas por ser en ellas donde se ha expresado la voluntad de las partes contratantes, y a las cuales se habrá de recurrir en caso de tener que interpretarse aquellos, careciendo los segundos de autonomía al respecto;

b) la ley 19.549, en su título tercero, especifica que los contratos que celebre el Estado se regirán por sus respectivas leyes especiales, sin perjuicio de la aplicación analógica de las normas del referido título (art. 7º in fine). En consecuencia, y en tanto el título cuarto de la ley trata de la impugnación judicial de los actos a que se refiere el título tercero, su aplicación resulta improcedente;

c) así parece indicarlo también el citado art. 25 al no contemplar este negocio jurídico en ninguno de sus incisos;

d) esta postura es también la sostenida en forma expresa por la Corte en la causa "Mevopal"; y

e) ampliar la aplicación del plazo de caducidad para accionar a los casos no previstos expresamente comporta una interpretación restrictiva de derechos que colisiona con fundamentales principios jurídicos.

B) Interpretación de ambas decisiones.

La invocación de la doctrina sentada por nuestro más alto tribunal en "Mevopal" tanto por parte de la mayoría como de la minoría de la Cámara en favor de sus posiciones en "Petracca", torna necesario precisar su interpretación. Máxime cuando —como bien señala Barra— [24] de aceptarse como válida la doctrina que emana del plenario, la presunción de legitimidad del acto lesivo no podría ser atacada y tampoco podría evitarse que el acto cumpla sus efectos propios.

En este aspecto, es deber del intérprete intentar construir tanto las normas como las decisiones judiciales de modo tal de otorgarles un sentido y evitar —en cuanto sea posible— la existencia de contradicciones.

Y desde esta óptica, no cabe duda de que la fuente de interpretación más adecuada de las decisiones del más alto tribunal resulta su propia jurisprudencia. Varios son los precedentes de interés, emitidos con posterioridad al plenario "Petracca", que permiten deducir con fundamento suficiente la posición del tribunal.

Entre ellos se destaca nítidamente la decisión emitida por la Corte en la causa "OKS" [25], proveniente del fuero civil y comercial federal y en la que la Corte destacó —remitiéndose expresamente a "Mevopal"—, que "los actos admi-

24 RODOLFO C. BARRA, *Los actos administrativos contractuales. Teoría del acto coligado,* Ábaco, Buenos Aires, 1989, p. 148.

25 O.86.XX. "OKS Hermanos y Cía. S.A.C.I.F. c/Yacimientos Mineros de Aguas de Dionisio s/ordinario", del 21 de octubre de 1988.

nistrativos aun unilaterales, concernientes a la celebración, ejecución o modificación de un contrato administrativo no pueden ser considerados, en principio, en forma aislada con abstracción del contrato al cual acceden, en cuanto determinan los derechos u obligaciones emergentes de aquél. Por esa razón, se rigen por idénticas pautas a las del contrato, ajenas, por ende, al marco contemplado en los arts. 23 y 24 de la ley 19.549 y al sistema de impugnación de su art. 25". Concluyó que, en consecuencia, "y toda vez que la pretensión de la parte actora está dirigida a obtener la actualización monetaria de su crédito por mayores costos, la aplicación de las normas citadas contenidas en la ley de procedimiento resulta extraña a su ámbito, y forzoso es concluir en la improcedencia de la caducidad decretada". Especial interés reviste, como observaremos, el hecho de que la Corte omitiera reiterar consideraciones similares a las vertidas en el último párrafo del considerando 4º de "Mevopal".

Bajo una óptica similar, resulta de interés destacar los pronunciamientos emitidos por la Corte en las causas "Bagnat" [26] y "Sire" [27] en los que el tribunal consideró improcedente la aplicación supletoria del art. 25 de la L.P.A. al procedimiento atinente al personal militar y de seguridad. En este aspecto, nuestro más alto tribunal adoptó, sin duda, similar posición a la invocada por la minoría en "Petracca" al considerar que la aplicación del plazo de caducidad para accionar a los casos no previstos expresamente por la norma comporta una interpretación restrictiva de derechos que colisiona con principios jurídicos de raigambre superior.

26 B.582.XXI. "Bagnat, Juan Carlos c/Estado Nacional (Est. Mayor General Naval) s/retiro militar", del 10 de marzo de 1988 donde se destacó que las leyes deben ser interpretadas considerando armónicamente la totalidad del ordenamiento jurídico y los principios y garantías de raigambre constitucional para obtener un resultado adecuado, pues la admisión de soluciones notoriamente disvaliosas no resulta compatible con el fin común tanto de la tarea legislativa como de la judicial.

27 S.169.XXII. "Sire, Guillermo, Eduardo c/Estado Nacional (Fuerzas Armadas de la República Argentina - Comando en Jefe de la Armada Argentina) s/daños y perjuicios", del 8 de agosto de 1989, donde se destacó la improcedencia del cómputo del plazo de caducidad en el caso de la acción de nulidad intentada contra el acto que dispuso la baja del actor de las filas navales.

De tales pronunciamientos, así como del recaído en la causa "Mackentor" [28] —donde la Corte destacó la necesidad de distinguir entre la vía impugnatoria y la relación del reconocimiento de un derecho fundada en los arts. 30 y ss. de la ley y aun basada en una relación jurídica preexistente en tanto ésta no se encontraría sujeta al plazo del art. 25 de la ley— surge con claridad el criterio restrictivo con que la Corte ha considerado aplicable el citado plazo de caducidad [29].

Para entender cabalmente ello, debe hacerse notar que nuestro más alto tribunal se ha alineado en materia de acceso a la instancia en una elogiable línea aperturista, invocando expresamente, por ejemplo, los principios de la "interpretación más favorable al administrado" [30] —esbozada en España por Enterría— e "*in dubio pro actione*", visible en "Mackentor" y de frecuente utilización explícita e implícita frente a decisiones restrictivas de tribunales superiores de provincia [31]. En esa tónica sería imposible olvidar el pronunciamiento emitido recientemente por la Corte en la causa "Cohen" [32] al rechazar expresamente la tradicional práctica de los jueces contencioso-administrativo federales de examinar de oficio

28 M.150.XXII. "Mackentor S.A. c/Obras Sanitarias de la Nación s/daños y perjuicios", del 27 de junio de 1989, donde se discutía si cabía computar el plazo de caducidad en un supuesto donde —aun cuando finalmente tal argumento no fuera válido— el recurrente fundaba su pretensión indemnizatoria en la resolución del Estado por su actividad lícita al haber rescindido ésta un contrato de obra pública.

29 Ver, en sentido similar, G.579.XXII. "Gil, Arnaldo Vicente c/Ferrocarriles Argentinos s/ordinario", del 23 noviembre de 1989.

30 E.312.XXI. "Empresa 'La Estrella' S.R.L. c/Provincia del Chaco s/demanda contencioso-administrativa", del 10 de mayo de 1988, con disidencia del Dr. Petracchi.

31 Ver, en ese sentido, las sentencias emitidas en las causas L.374.XXI. "Laurens, Héctor E. s/cuestión de competencia art. 6º C.C.A.", del 28 de abril de 1988; S.656.XXI. "Sollazo Hnos. S.A. c/Gobierno de la Provincia de Tucumán", del 17 de marzo de 1988; M.87.XXII. "Moltedo, Eduardo Guillermo c/Municipalidad de Pinamar s/cuestión de competencia; demanda contenciosoadministrativa", del 29 de septiembre de 1988 y S.492.XXI. "Sacoar S.A.I. y C. c/Provincia de Buenos Aires, s/demanda contenciosoadministrativa", del 13 de octubre de 1988, citadas en nuestro trabajo *La Corte Suprema de Justicia y sus principales fallos en materia de derecho administrativo durante el año 1988*, "Revista de Derecho Administrativo", Buenos Aires, nº 2, 1989, pp. 431 y ss.

32 C.761.XXII. "Cohen, Rafael c/Instituto Nacional de Cinematografía s/nulidad de resolución", del 13 de marzo de 1990.

el cumplimiento de los requisitos de admisibilidad de la acción al resolver sobre la habilitación de la instancia.

Los términos utilizados por la Corte en "Mevopal" —ratificados en "OKS"— y las restantes decisiones mencionadas, permiten concluir que la Corte se ha pronunciado expresamente en contra de la posición ensayada por la mayoría en el plenario "Petracca".

Sentado ello, resta dilucidar, sin embargo, cuál ha sido el sentido del párrafo final del considerando 4º de la decisión emitida por la Corte en "Mevopal".

En caso de interpretarse literalmente los términos utilizados por el más alto tribunal en "OKS", podría sostenerse que el plazo de caducidad previsto en el art. 25 de la ley 19.549 nunca resultaría aplicable en el ámbito de los actos contractuales. En apoyo de esta posición podría admitirse, además, que si el anteproyecto de fecha 16 de enero de 1968 —que inspiró las normas pertinentes de la ley 19.549— sometía expresamente al plazo de caducidad la impugnación de un contrato (arts. 1, 2 y 47), la intención del legislador al no haber adoptado igual previsión fue la de apartarse expresamente de la solución proyectada [33].

El párrafo de "Mevopal" destacado anteriormente permite, sin embargo, una lectura distinta del fallo, razonablemente fundada, y mediante la cual resultaría posible compatibilizar ambas decisiones mediante una aplicación limitada del citado plazo en el ámbito contractual. Para ello resulta necesario recurrir al auxilio de algunas de las opiniones vertidas anteriormente en este campo.

En ocasión de comentar "Mevopal", el profesor Cassagne [34] consideró que si bien la vía impugnatoria prevista en los arts. 23 y 24 de la ley de procedimientos administrativos resulta en principio ajena a los actos unilaterales dictados durante la ejecución de un contrato, en caso de que un particular lo hubiere impugnado en sede administrativa, plan-

33 Ver, en contra, considerando I del voto de la mayoría en "Petracca".

34 JUAN CARLOS CASSAGNE, *El plazo de caducidad del art. 25 de la ley 19.549 y su inaplicabilidad a los actos unilaterales vinculados a contratos administrativos*, "E.D.", 118-377 y ss.

teando su invalidez y recurriendo hasta agotar las instancias en esa sede, el plazo para promover la acción impugnatoria establecido en el art. 25 resultaría aplicable, aun cuando sólo debería computarse a partir de la recepción definitiva de la obra o liquidación final del respectivo contrato.

Con pequeñas variantes se pronunció anteriormente Juan Ramón De Estrada, en ocasión de fallar —en carácter de Juez de Primera Instancia— en la citada causa. En este aspecto, la decisión de De Estrada adquiere particular relevancia a fin de comprender en forma más acabada el controvertido párrafo de "Mevopal" en tanto éste es consecuencia, sin duda, de la adhesión por parte de la Corte a la posición esbozada en primera instancia.

En efecto, surge de fs. 2123 vta. y ss. del citado expediente que, para este magistrado, el régimen jurídico del acto unilateral resulta inaplicable, sin más, a los contratos de esa especie en virtud de lo dispuesto en el último párrafo del art. 7º de la L.P.A. Desde esa óptica, si bien el art. 25 resultaría de aplicación frente a actos administrativos unilaterales, no puede deducirse igual solución en el caso de los contratos sin un análisis previo.

A tal efecto señaló —reiterando la posición adoptada por él en pronunciamientos anteriores— [35] que "tal interpretación llevaría durante la relación contractual a que el particular tuviere que iniciar varios juicios contra su cocontratante, lo que sin duda significaría un dispendio jurisdiccional inusitado y provocaría en los pleitos un resentimiento en el espíritu de colaboración que debe existir entre la Administración y quien ejecuta el contrato o sea la función administrativa que se le ha encomendado. Entiende el Tribunal que así como durante la relación contractual se efectúan pagos parciales no siendo necesario impugnarlos y que sólo el pago final tiene fuerza cancelatoria, también debe aplicarse tal principio en los actos dictados durante la relación contractual. Con toda claridad, el pliego para licitacio-

35 "Grasso y otros c/Banco Hipotecario Nacional", del 13 de octubre de 1981, y "Vigate S.A.C.I.F. c/Servicio Nacional de Parques Nacionales s/cobro", del mes de diciembre de 1982, ambos referidos a contratos de obra pública.

nes de obras en el art. 54 establece que los certificados parciales constituyen en todos los casos documentos provisionales sujetos a posteriores reajustes, así como todos los pagos se consideran como entregas a cuotas, hasta tanto se provoca la liquidación final. Una aplicación analógica sobre otros aspectos de la relación contractual determinaría que sólo para el acto que pone fin al contrato resultaría aplicable el plazo de caducidad del art. 25. Si se considera que donde existen las mismas razones deben existir las mismas normas *(ubi eadem legis dispositio),* o sea que los casos similares deben ser regulados o interpretados en forma igual, y teniendo en cuenta la citada norma del art. 7º in fine de la L.P.A. debe concluirse que el plazo debe aplicarse sólo al acto que pone fin a la relación contractual. En consecuencia, sólo al acto de recepción definitiva o al que rescinde el contrato, resulta aplicable el instituto de la caducidad de la acción".

Las observaciones formuladas por Cassagne y De Estrada al combinar la aplicación del art. 25 de la L.P.A. con el intento de evitar, a su vez, una lesión irreparable de la relación contractual y el dispendio inútil de actividad jurisdiccional, permiten establecer un importante punto de partida en la interpretación de la decisión de la Corte a fin de otorgar algún sentido al controvertido párrafo, con expresa abstracción de la valoración negativa que nos merece, personalmente, la aplicación del plazo de caducidad instituido por la ley 19.549 [36].

Desde esta perspectiva disentimos, sin embargo, con el carácter optativo que le otorga Cassagne a la impugnación en sede administrativa del acto lesivo toda vez que, al imperar en dicha sede el principio de colaboración entre la Administración y los administrados [37], éstos se encuentran obligados a hacerle notar a aquélla los vicios o defectos en que ha incurrido en su obrar. Bajo esa óptica parece impres-

36 TAWIL, *Los plazos para accionar...*, ob. cit., pp. 16 y ss.

37 GUIDO SANTIAGO TAWIL, *El principio de colaboración y su importancia en el procedimiento administrativo,* "L.L.", 1985-E-952 y ss.

cindible que el particular agote la instancia administrativa en los términos y condiciones establecidas en el decreto 1759/72.

Compartimos, en cambio, su opinión en cuanto a que —frente a lo expresado en el último párrafo del considerando 4º de "Mevopal"— el cómputo del plazo para impugnar judicialmente el acto resultante —en tanto éste sea definitivo y cause estado— debe iniciarse recién a la finalización del contrato que le diera lugar en tanto ella aparece como la única solución viable para evitar la propagación de juicios basados en la misma relación contractual.

Esta circunstancia no impide, por cierto, que el contratista pueda —de creerlo necesario— iniciar el pleito con anterioridad, toda vez que el art. 25 intenta prevenir la interposición tardía de la acción, pero no impide su ejercicio voluntario en tanto el actor reúna los requisitos exigidos para acceder a la instancia judicial.

III. Conclusiones

Lo expuesto nos permite concluir que la decisión emitida por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal en la causa "Petracca" resulta incompatible con la posición esbozada a ese mismo respecto por el más alto tribunal. En este sentido, cabe destacar que si bien la ausencia del *stare decisis* norteamericano en nuestro sistema jurídico no obliga a los tribunales de segunda instancia a seguir la doctrina de la Corte en causas ajenas a las falladas, la "convicción moral" que emana de sus pronunciamientos [38] —reconocida por algunos de los jueces que suscribieron "Petracca"— [39] aconseja, por razones de celeridad y economía procesal —fundadas esencialmente en la necesidad de evitar un dispendio de actividad jurisdiccional y

38 Ver, en ese sentido, "Fallos": 25:368 citado en nuestro trabajo *El efecto "expansivo" de los pronunciamientos judiciales sobre la Administración Pública activa y los representantes estatales en juicio*, en prensa, a publicarse en la revista "La Ley", en fecha 11 de junio de 1990, nota 24.

39 Ver, en ese sentido, la opinión concurrente del Dr. Pico.

profesional inútil— que en caso de que esta orientación sea ratificada por el más alto tribunal en su composición actual, la doctrina sentada en "Petracca" —en algunos casos morigerada por la propia cámara— [40] sea revisada. En caso contrario, los litigantes se verán obligados a recurrir ante el más alto tribunal, ya sea por la vía del recurso ordinario —en los casos en que cumplan con los requisitos exigidos al efecto por el art. 24 inc. 6º ap. a) del decreto 1285/58 y la jurisprudencia de la Corte— o de la apelación extraordinaria en tanto la inteligencia del art. 25 de la ley 19.549 puede suscitar cuestión federal suficiente para la apertura de esa instancia [41].

La decisión emitida por la Corte Suprema en "Mevopal" supone —frente a los términos del controvertido último párrafo de su considerando 4º— una aplicación restringida del plazo de caducidad previsto en el art. 25 de la ley de procedimiento. En caso de considerarse que la doctrina emanada de éste —no revertida expresamente en "OKS" u otros pronunciamientos posteriores— continúa vigente, resulta posible deducir que el sistema instituido por la ley no resulta de aplicación automática a los actos dictados durante la ejecución de un contrato. En efecto, si bien parece imprescindible —bajo tal aplicación restringida— que el particular impugne en sede administrativa el acto que lo perjudica— dada su obligación de colaborar con la Administración en la preservación de un obrar legítimo— en los términos y condiciones fijados por el decreto 1739/72 o disposiciones específicas existentes, dicha carga cede al agotar la instancia administrativa. Ocurrido ello, el particular cuenta a su favor con un período en el cual si bien no se encuentra obligado a accionar, puede hacerlo en for-

40 Ver así, CNFed. Cont.-Adm., Sala I, causas 12.841, "Construcciones y Montajes Patagónicos S.A. c/Gas del Estado s/cobro de pesos", del 19 de febrero de 1987 y 12.685, "Mantelectric S.A. c/Dirección Nacional de Vialidad s/cobro de pesos", del 12 de marzo de 1987.

41 Ver, en ese sentido, por ejemplo, B.582.XXI. "Bagnat, Juan Carlos c/Estado Nacional (Est. Mayor General Naval) s/retiro militar", del 19 de marzo de 1988.

ma voluntaria. Concluido el contrato —por ejemplo con la recepción definitiva de la obra— él se vería obligado, en cambio, bajo la interpretación que emana del último párrafo del considerando 4º de "Mevopal", a accionar dentro del plazo de 90 días previsto por el artículo 25 de la ley 19.549.

Admisibilidad de la acción por cobro de pesos o indemnización de daños sin impugnar, dentro del plazo del artículo 25 de la ley 19.549, la legitimidad del acto administrativo que ha desestimado la misma pretensión o cuyo contenido excluye el pago de lo reclamado

por la Dra. María del C. Jeanneret de Pérez Cortés

1. *Segunda cuestión debatida en "Petracca"*

En el fallo plenario dictado el 24 de abril de 1986, en la causa "Petracca e hijos S.A.C.I.F.I. y otros c/Estado Nacional - Ente Autárquico Mundial '78 s/cobro de pesos", la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, por el voto de la mayoría de sus integrantes, estableció la siguiente doctrina legal: *"No es admisible la acción por cobro de pesos o indemnización de daños sin impugnar, dentro del plazo del art. 25 de la ley 19.549, la legitimidad del acto administrativo que ha desestimado la misma pretensión, o cuyo contenido excluye el pago de lo reclamado"*.

El voto de la minoría fue favorable a la admisibilidad de la acción.

Se sintetizan a continuación los fundamentos expresados por los jueces como sustento de la referida doctrina legal:

a) *El acto administrativo* que, con las características previstas por el art. 23, inc. a) de la ley 19.549, *desestima una pretensión de cobro de pesos* —in-

clusive a título de indemnización de daños— formulada por un particular, *queda consentido si no es impugnado dentro del plazo establecido por el art. 25.*

Igual efecto produce la falta de impugnación oportuna del acto administrativo *cuyo contenido excluye el pago de lo reclamado.*

b) El *acto administrativo consentido por los afectados, no es susceptible de ser impugnado judicialmente por ellos,* y no cabe reconocer excepciones en materia de derechos patrimoniales que, por esencia, son renunciables de modo expreso o tácito.

c) En consecuencia, *no resulta admisible una acción contencioso administrativa posterior que procure obtener el reconocimiento de créditos incompatibles con lo dispuesto por un acto administrativo cuya validez no puede ser revisada.*

d) No es aplicable al caso la doctrina de algunos autores *de derecho privado* que admiten en ciertos supuestos y a opción del interesado la reparación del *daño sufrido* como consecuencia de un acto jurídico inválido, sin requerirse al mismo tiempo la anulación de éste.

Las reglas fijadas en esta materia por el Código Civil no rigen en el derecho administrativo de modo directo ni supletorio, sino que pueden llegar a ser aplicadas tan sólo por razón de analogía.

No hay tal analogía si, *por haberse consentido el acto,* éste ya no es susceptible de ser revisado judicialmente.

e) *Los tribunales no podrán expedirse* en contradicción con dicho acto *sin menoscabar las prerrogativas de la Administración* y el *principio de separación de poderes.*

La regla que impide revisar de oficio la validez de los actos administrativos, prohíbe también resolver los conflictos haciendo abstracción de lo

que dichos actos disponen, ya que no cabe prescindir de su aplicación y privarlos de efectos sin antes declarar su invalidez.

Antes bien, es aplicable el principio conforme al cual la responsabilidad del Estado por los daños derivados de leyes, reglamentos y actos judiciales ilegítimos, requiere la invalidación de éstos por las vías procesales previstas a tal fin.

f) Es ajena al caso la consideración de la responsabilidad del Estado por su actividad lícita.

g) De acuerdo con el sistema de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, *tratándose de la acción de impugnación judicial de un acto administrativo, la habilitación de la vía judicial está condicionada al agotamiento de la vía recursiva y no al reclamo previo* (arts. 23 y 30, primer párrafo, ley cit., según texto dado por la ley 21.686).

2. *Reflexiones iniciales*

La consideración de la cuestión tratada por el tribunal remite al examen —también efectuado por los jueces— de dos aspectos fundamentales:

1) Las distintas finalidades y causas de las acciones de nulidad y de reparación de daños y perjuicios;
2) El fin que se persigue con el establecimiento de un plazo de caducidad para la impugnación judicial de los actos administrativos.

2.1. *Distintas finalidad y causa de las acciones de nulidad y reparación de daños y perjuicios*

Puede afirmarse que la acción de nulidad y la de daños y perjuicios persiguen distintos fines y se apoyan en diferentes causas [1].

[1] Confr., en el derecho privado, la doctrina invocada por los jueces de la minoría en la causa: JORGE JOAQUÍN LLAMBÍAS, *Tratado de Derecho Civil,*

La primera nace ante la actividad ilegítima y tiene por objeto *privar de sus efectos propios al acto contrario a la ley, irrazonable o injusto*; su fin es "*volver las cosas al mismo o igual estado en que se hallaban antes del acto anulado*" (confr.: art. 1050 del C. Civil).

La acción de daños y perjuicios —derivados también de la actividad ilegítima— persigue, en cambio, *la reparación de los perjuicios ocasionados por ese ilegítimo obrar.*

En principio, *el resarcimiento de los daños y perjuicios no es una sanción ligada a la invalidez.* El derecho al resarcimiento no proviene del negocio jurídico ni está necesariamente conectado con la referida sanción de invalidez, sino con el hecho ilícito que el acto pudo constituir concurrentemente con el vicio que acarrea su nulidad [2], y su procedencia requiere, además, la existencia del daño y que él sea imputable a aquel a quien se reclama su reparación.

Ninguna duda cabe de que la acción resarcitoria puede ser ejercitada como *complemento* de la de nulidad, cuando se acumulan ambas y se busca también la reparación de los perjuicios sufridos con motivo del acto inválido.

Pero, en otros casos, aquella acción puede ejercitarse como *sucedánea* de la de nulidad [3], cuando ésta no es procedente o cuando resulta imposible obtener las consecuencias propias de la nulidad, que consisten, como se dijo, en volver las cosas "al mismo o igual estado en que se hallaban antes del acto anulado".

Como lo señaló la minoría en el voto en "Petracca", "sin que sea necesaria la declaración de nulidad que tiene consecuencias autónomas, tales las que hacen a la vigencia de los efectos, se podrá cuestionar el acto inválido para obte-

---

Parte General, t. II, 4ª edic. actualizada, 1970, ap. 2047 y ss., pp. 669 ss.; GUILLERMO BORDA, *Tratado de Derecho Civil*, t. II, 6ª edic., actualizada, 1976, ap. 1273, pp. 431 y ss.; AUGUSTO C. BELLUSCIO, *Código Civil y leyes complementarias*, comentado, anotado y concordado, t. 4, comentario al artículo 1057, p. 743; JOSÉ MARÍA LÓPEZ OLACIREGUI, *De la nulidad de los actos jurídicos*, Primera Parte, revista "Lecciones y Ensayos", Bs. As., Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Nº 17, año 1960, pp. 7 y ss.

2 AUGUSTO C. BELLUSCIO, op. cit., p. cit.

3 JORGE J. LLAMBÍAS, op. cit., ap. 2048, pp. 670 y ss.

ner solamente la reparación de los daños y perjuicios producidos por esos efectos. Esto último con fundamento en la responsabilidad que nace de los actos ilícitos en los supuestos contenidos en los artículos 1056 y siguientes del citado Código. *En esta acción el Juez no valorará la legitimidad del acto para impedir que siga produciendo efectos —nulidad—, sino para que se indemnicen los perjuicios producidos por esos efectos*".

El ejercicio de la acción resarcitoria como sucedáneo de la de nulidad tiene lugar en el derecho privado, por ejemplo, cuando los efectos destructores de la nulidad se detienen ante el tercer adquirente de un inmueble, de buena fe y a título oneroso (confr.: arts. 1051 y 1057 del citado código). En esas circunstancias, si bien no puede obtenerse la devolución del inmueble, procederá la reparación de los daños y perjuicios.

¿Es irrazonable la doctrina que sostiene que igual principio puede ser aplicado en situaciones regidas por el derecho administrativo, en el supuesto de haberse producido el vencimiento del plazo de impugnación judicial de los actos administrativos establecido en el artículo 25 de la ley 19.549? [4].

[4] Confr.: doctrina invocada por los jueces de la minoría en la causa: MARCELO M. PEARSON, *Esquema del régimen nacional de impugnación de los actos administrativos*, "Revista de la Administración Pública", Nº 53, pp. 7 y ss.; JUAN CARLOS CASSAGNE, *Derecho Administrativo*, t. I, p. 309, edic. 1983; HÉCTOR A. MAIRAL, *Control Judicial de la Administración Pública*, t. I, pp. 389, 390 y 400; JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa española* del 27-12-56, Editorial Civitas, Madrid, 1978; GEORGES VEDEL, *Derecho Administrativo*, traducción de la 6ª edición francesa, Biblioteca Jurídica Aguilar, Madrid, 1980, p. 307. Ver, asimismo: JUAN CARLOS CASSAGNE, *Acerca de la caducidad y prescripción de los plazos para demandar al Estado Nacional*, "E.D.", 45, p. 829; y *El plazo de caducidad del artículo 25 de la ley 19.549 y su inaplicabilidad a los actos unilaterales vinculados a contratos administrativos*, "E.D.", 118, p. 377; RAFAEL M. GONZÁLEZ ARZAC, *Los plazos de impugnación judicial de actos administrativos nacionales*, "E.D.", 51, p. 953; RAFAEL M. GONZÁLEZ ARZAC y BEATRIZ R. SILVESTRI, *La instancia administrativa previa a la judicial en la ley 19.549 (Recursos y reclamos)*, "E.D.", 72, pp. 763 y ss.; MARCELO M. PEARSON, *Impugnación judicial de la actividad de la Administración Pública Nacional. Una tercera posición en el problema que plantea el artículo 25 del decreto-ley 19.495/1972 de procedimientos administrativos*, "L.L.", 154, Doctrina, p. 1028; y *Reclamos administrativos. Otras vías adminis-*

La respuesta a ese interrogante exige examinar el fin que se persigue con el establecimiento de los plazos de caducidad para la impugnación judicial de los actos administrativos.

2.2. *Finalidad del establecimiento de plazos de caducidad para la impugnación judicial de los actos administrativos*

2.2.1 Se ha sostenido, como principio, que la justificación del establecimiento de plazos de caducidad para la impugnación judicial de los actos administrativos se apoya en la necesidad de *asegurar la estabilidad de aquellos actos, dar seguridad jurídica al obrar del Estado para evitar incertidumbres prolongadas y, fundamentalmente, impedir que se perturbe el normal desenvolvimiento de la Administración* [5].

En tal sentido se ha pronunciado la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal,

---

trativas, "E.D.", 66, p. 751; JUAN F. LINARES, *Sistema de recursos y reclamos en el procedimiento administrativo*, Bs. As., 1974, Cap. IV, pp. 27 y ss.; y *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Bs. As., 1975, capítulo XVI, punto 4, pp. 417 y ss.; JUAN RAMÓN DE ESTRADA, *Juicios contra el Estado Nacional*, "J.A.", 1977, III, p. 684; AGUSTÍN GORDILLO, *El reclamo administrativo previo*, "E.D.", 89, p. 777; ESTEBAN RAMÓN YMAZ COSSIO, *Un plazo para demandar a la Nación*, "J.A.", 1980, II, 767; ROBERTO DROMI, *El procedimiento administrativo*, Madrid, 1985, pp. 204 y ss.; TOMÁS HUTCHINSON, *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, comentada, anotada y concordada con las normas provinciales, t. I, 197, pp. 471 y ss.; GUIDO S. TAWIL, *Los plazos para accionar en la instancia contencioso administrativa: Primera aproximación*, "Revista Régimen de la Administración Pública", Nº 133, octubre 1989, pp. 11 y ss. Confr. también la opinión contraria de: BARTOLOMÉ A. FIORINI, *Derecho Administrativo*, 2ª edic. actualizada, t. II, ap. 8, p. 613 y ss.; MIGUEL S. MARIENHOFF, *Demandas contra el Estado Nacional. Los artículos 25 y 30 de la ley de procedimiento administrativo nacional*, "L.L.", 1980, B, Sección Doctrina, pp. 1022 y ss.; MANUEL M. DIEZ, *Derecho procesal administrativo*, Bs. As., 1983, pp. 97 ss.; GUILLERMO A. MUÑOZ, *Naturaleza de los plazos establecidos por la ley 19.459 para la impugnación judicial de los actos administrativos*, "Revista Argentina de Derecho Administrativo", Nº 5, pp. 35 y ss.; y *El reclamo administrativo previo*, "L.L.", 1988, A., pp. 1048 y ss.

5 Confr.: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala III, "Ramírez, Alfredo c/Gobierno Nacional", 8 de julio de 1980, "E.D.", 120, p. 305, Sumario 37; JUAN RAMÓN DE ESTRADA, op. cit.; RAFAEL M. GONZÁLEZ ARZAC, op. cit.

a través de su Sala III, señalando que "la actividad administrativa es esencialmente dinámica, con un dinamismo continuado que obedece a un plan que no debe detenerse más que lo estrictamente necesario".

"Frente a ello resulta de interés un régimen de caducidad que limite y haga cesar cuanto antes la «interinidad» que en la marcha y desenvolvimiento de las actuaciones administrativas implica toda potencial impugnación."

"Se trata con ello de evitar que una inactividad injustificada alargue en demasía aquella «interinidad» del acto administrativo, y las consiguientes perturbaciones en la marcha de la Administración" [6].

La idea básica que fundamenta la medida es que *los actos administrativos no pueden estar durante un lapso prolongado expuestos al riesgo de una revisión de la cual se derive la modificación de la conducta estatal.*

En consecuencia, el establecimiento de plazos de caducidad persigue una rápida definición que no deje en una prolongada incertidumbre la validez y estabilidad de los actos estatales.

"En un campo donde el interés general está en juego conviene evitar toda incertidumbre prolongada. Las consecuencias de las anulaciones tardías serían particularmente inoportunas al poner en tela de juicio las condiciones de la acción administrativa" [7].

2.2.2. Sin embargo, las afirmaciones precedentes, que resultan razonables *en cuanto defienden el interés general comprometido en el normal desenvolvimiento de la actividad de la Administración* [8], requieren de ciertas precisiones para ubicar en sus justos límites aquella exigencia.

En tal sentido y partiendo de esas premisas, parece ade-

6 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala III, "Bellmann c/Banco de la Nación Argentina", 31 de agosto de 1983. Confr., sin embargo, la crítica que al fallo —que transcribe— efectúa HÉCTOR H. MAIRAL, op. cit., nota 52, p. 381.

7 DEBASCH, citado por HÉCTOR A. MAIRAL, op. cit., p. 369.

8 Confr.: el criterio contrario de HÉCTOR A. MAIRAL, op. cit., ap. 236, pp. 381 y ss.

cuado sostener que *no se justifica la aplicación de la regla de la caducidad allí donde no existan intereses públicos o de terceros interesados en definir la situación rápidamente*, ya que, en definitiva, ella no haría más que consagrar un discutible privilegio para el fisco [9].

Para aclarar el alcance de lo expuesto —con relación al tema que es materia del plenario "Petracca"—, pareciera que no basta con tener en cuenta el criterio que distingue los casos *según que en ellos se persiga o no la anulación del acto,* sino que, además, pueden diferenciarse:

a) *Los supuestos en que el administrado pretende obtener a través de la acción judicial el cumplimiento, por parte de la Administración, de una obligación "de dar"* (cosas ciertas, cosas inciertas, cantidades de cosas o sumas de dinero).

b) *Los casos en que la acción se encamina a lograr —mediante la anulación de un acto administrativo— el cumplimiento, también por la Administración, de una obligación "de hacer" o "de no hacer"* (por ejemplo, que se declare o se deje sin efecto la rescisión de un contrato).

En la primera de las referidas hipótesis, *no es razonable afirmar que la demora en cuestionar la actividad administrativa, o el resultado que se persigue a través de la vía judicial, puedan afectar la seguridad jurídica del obrar del Estado o alterar la normal marcha de la Administración,* justificativos éstos del establecimiento de los plazos de caducidad como el que se examina. En esas circunstancias se encuentra en juego exclusivamente un *interés patrimonial o pecuniario,* y frente a él, como principio, *sólo resulta aceptable —como límite temporal— el plazo de prescripción de la acción* y no el de caducidad establecido por el artículo 25 de la Ley de Procedimientos Administrativos [10].

9 Se comparte la observación formulada por HÉCTOR A. MAIRAL, op. cit., ap. 238, pp. 387 y ss.

10 Confr.: JUAN RAMÓN DE ESTRADA, op. cit.

En el segundo caso, en cambio, por pretenderse —como consecuencia de la anulación del acto— una modificación del obrar estatal, con los alcances indicados en b), como principio y aunque no en todos los casos, pueden verse afectados intereses públicos —por la perturbación en la marcha de la Administración— o de terceros interesados en definir la situación rápidamente.

3. *La situación contemplada en el fallo "Petracca"*

En el fallo plenario recaído en "Petracca" se contempla el primero de los supuestos referidos: *la acción por cobro de pesos o indemnizaciones de daños y perjuicios.*

De acuerdo con lo señalado, en la medida en que *mediante aquélla no se pretende, a través de la anulación de un acto administrativo, una modificación del obrar administrativo con los alcances referidos en b), es decir, el cumplimiento de una obligación "de hacer" o "de no hacer" por parte de la Administración,* la inhabilitación de la vía judicial por no haberse impugnado el acto administrativo que ha desestimado la misma pretensión, o cuyo contenido excluye el pago de lo reclamado, *parece carente de razonabilidad.*

No resulta dudoso que, en los casos contemplados por la doctrina legal del plenario, la procedencia eventual de las demandas *no tendría incidencia perturbadora en la marcha y desenvolvimiento de la acción administrativa.*

En consecuencia, *si no existen razones de interés público que lleven a imponer restricciones para dar seguridad jurídica al obrar administrativo,* no se justifica que, en aquellos casos —en que se persigue un cobro de pesos o una indemnización de daños—, se establezca una limitación temporal al ejercicio de los derechos —mayor que la que resulta de los plazos de prescripción—, *por la sola circunstancia de que la Administración agregue, a la falta de pago oportuno, una ilegítima resolución denegatoria de la pretensión en sede*

administrativa [11]. Ello importaría un *indebido privilegio en favor del Estado Nacional* [12].

En esas condiciones, la negativa de la instancia judicial, más allá de los apoyos normativos y doctrinarios invocados por los jueces, *no contribuye a "afianzar la justicia", ni a hacer efectivas las garantías de la defensa en juicio, de la propiedad y de la igualdad, consagradas, previamente, por los artículos 18, 17 y 16 de la Constitución Nacional.*

Por el contrario, aquella negativa constituye un *obstáculo irrazonable* que impide alcanzar aquel fin y viola dichas garantías.

Como lo ha señalado doctrina autorizada, *la irrazonabilidad —ya sea que ella, en el caso, provenga de la ley o de la sentencia— es expresión de grave "ilegitimidad", es vicio de inconstitucionalidad,* que contraría los artículos 28 y 33 de la Ley Suprema [13].

Más irrazonable deviene la protección que se preste al acto administrativo, en los casos examinados, cuando dicho acto sea *"nulo de nulidad absoluta e insanable"* —en los términos del artículo 14 de la ley 19.549—, por afectar gravemente el principio de legitimidad [14].

11 Confr.: HÉCTOR A. MAIRAL, op. cit., p. 390; y doctrina de la Corte Suprema de Justicia en las causas "Elverdin, Jorge J. c/U.N.L.P. s/ordinario" y "Gamboa, Luis M. c/U.N.L.P. s/ordinario", sentencias del 30 de marzo de 1989, y en la causa "Gil, Arnaldo V. c/Empresas Ferrocarriles Argentinos", fallo del 23 de noviembre de 1989, "L.L.", 17 de abril de 1990. Confr., también, el fallo de la Corte Suprema de Justicia en la causa: "Mackentor S.A. c/Obras Sanitarias de la Nación", del 27 de junio de 1989, "J.A.", 27 de setiembre de 1989.

12 Corte Suprema de Justicia, "Fallos": 287:42; 293:551 y 307:2077, sus citas y otros; AGUSTÍN A. GORDILLO, op. cit.; GUIDO S. TAWIL, op. cit.

13 Confr.: GERMÁN J. BIDART CAMPOS, *La Corte Suprema*, p. 106; MIGUEL S. MARIENHOFF, *El exceso de punición como vicio del acto jurídico de derecho público*, "L.L.", 1989-E, p. 963 y ss.

14 La doctrina ha destacado que no se compadece la existencia de un plazo de caducidad con el carácter imprescriptible de la acción de anulación de un acto afectado de nulidad absoluta: BARTOLOMÉ A. FIORINI, op. cit., punto 8, pp. 613 y ss.; AGUSTÍN A. GORDILLO, op. cit.; HÉCTOR A. MAIRAL, op. cit., ap. 239, pp. 391 y ss.; JUAN CARLOS CASSAGNE, op. cit., "E.D.", 45, p. 829; y en particular, *Reflexiones en torno al sistema de invalidez de los actos administrativos*, punto VI, "L.L.", 1988-E, pp. 1114 y ss.; ROBERTO DROMI, op. cit., II, 3, ap. e), p. 202; TOMÁS HUTCHINSON, op. cit., comentario al artículo 27, ap. 34 y ss., pp. 494 y ss.; GUIDO S. TAWIL, op. cit.

En sentido contrario, sin embargo, se ha pronunciado la Cámara Nacional

Frente a la violación del orden público y del referido principio de legitimidad, se privilegiarían disposiciones procesales —que no se reconocen justificadas en el caso—, impidiéndose el restablecimiento de la juridicidad.

¿Podría esa irrazonabilidad ser alegada *como fundamento de un nuevo planteo de inconstitucionalidad del plazo de caducidad del artículo 25 de la ley 19.549,* interpretado como excluyente de la acción judicial en los referidos casos? [15].

Como lo ha puntualizado la Corte Suprema de Justicia, *las leyes son susceptibles de cuestionamiento constitucional cuando resultan irrazonables, o sea, cuando los medios que arbitran no se adecuan a los fines cuya realización procuran o cuando consagran una manifiesta iniquidad* [16].

Ha dicho, asimismo, que no puede prescindirse de las consecuencias que naturalmente derivan de un fallo, toda vez que constituye uno de los índices más seguros para verificar la razonabilidad de la interpretación y su congruencia con el sistema en que está engarzada la norma [17]; y que *las soluciones notoriamente disvaliosas no son compatibles con el fin de la tarea judicial y legislativa* [18].

Teniendo en cuenta que la propia Corte, cuando descalifica una ley, suele decir que ella es inconstitucional —por irrazonable— en la interpretación y aplicación que de sus normas han hecho los tribunales de la causa, encuentran justificación los esfuerzos doctrinarios y jurisprudenciales realizados —entre otros por los jueces del voto de la minoría en "Petracca"—, en la búsqueda de una solución que, *limitando el alcance de las disposiciones que fijan plazos para la iniciación judicial de demandas contencioso administrativas,*

---

de Apelaciones en lo Federal y Contencioso Administrativo, entre otras, en las siguientes causas: "Beltrami, Andrés y otro c/Estado Nacional' (Congreso de la Nación), Sala I, 20 de marzo de 1988, "E.D.", t. 112, p. 409; y "Ronduano de Maeso, María c/Universidad de Buenos Aires", Sala III, 4 de febrero de 1988 y sus citas, "L.L", t. 1988-B, p. 441.

15 Confr.: ESTEBAN RAMÓN IMAZ COSSIO, op. cit.; GUIDO S. TAWIL, op. cit.

16 Corte Suprema de Justicia, "Fallos": 307:2567, sus citas y otros.

17 Corte Suprema de Justicia, "Fallos": 234:482.

18 Corte Suprema de Justicia, "Fallos": 255:360.

armonicen las prerrogativas estatales con las garantías de los derechos de los particulares [19].

Ello, sin perjuicio de compartirse la opinión de quienes señalan *la necesidad de una reforma legislativa sobre el punto* [20].

4. *Otras consideraciones con relación a los fundamentos del fallo*

Con anterioridad al plenario examinado, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal puntualizó que "con el plazo del art. 25 de la Ley de Procedimientos Administrativos se procura que el acto administrativo adquiera *firmeza* en un corto plazo, pero de manera alguna puede significar que *los efectos* perjudiciales del acto que fundamenten la responsabilidad indemnizatoria del Estado, queden sujetos a aquellos plazos perentorios".

"La norma establece la irrevisibilidad del acto en sí mismo, pero ello no puede obstar a la acción tendiente a obtener la reparación debida cuando el acto, ya irrevisible judicialmente, cause un perjuicio al interesado, siempre que la acción sea ejercida dentro del plazo de prescripción" [21].

También ha precisado la doctrina que *la inadmisibilidad de la impugnación judicial* prevista en la Ley de Procedimientos Administrativos, una vez operado el vencimiento del plazo de caducidad, *no torna en legítimo el acto ilegítimo,* no sanea el acto ni purga el vicio.

El transcurso del tiempo no convalida el acto ilegítimo.

"La inadmisibilidad del recurso no es sinónimo de patente de legalidad. El acto viciado conservará su vicio, ya

19 Confr.: doctrina señalada en nota 4. En particular, confrontar las sentencias de la Corte Suprema de Justicia en "Fallos": 200:444 y 485; 209:451 y 526; 211:1602; 226:727, también citadas por algunos de los autores.

20 Confr.: HÉCTOR A. MAIRAL, op. cit.; JUAN RAMÓN DE ESTRADA, op. cit.; GUILLERMO A. MUÑOZ, op. cit.; JUAN CARLOS CASSAGNE, *Reflexiones...*, punto VII, "L.L.", 1988-E, pp. 1117 y ss.

21 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala IV, "Goulik, Naum c/Universidad de Buenos Aires", 31 de mayo de 1982.

que la inacción del particular no es suficiente para purgarlo y la responsabilidad del Estado se basará en la ilegitimidad de dicho acto [22].

Ratifica lo expuesto la circunstancia de que el vencimiento del plazo de caducidad *no impide que la Administración revoque dicho acto* ejerciendo las facultades que le acuerda el artículo 17 de la ley 19.549, *ni obsta a la revisión judicial a pedido de la misma Administración* (art. 17 cit.). En consecuencia, tampoco debiera ser obstáculo para esa revisión, que el particular alegue la ilegitimidad del acto no para privarlo de sus efectos propios sino como fundamento de una demanda de cobro de pesos o de daños y perjuicios.

Al no efectuar la impugnación judicial dentro del plazo de caducidad, lo que el administrado ha consentido es *no alterar —por su propia iniciativa— la estabilidad del acto.*

Pero de su inacción dentro del plazo de caducidad previsto para la impugnación judicial por nulidad de aquél, *no cabe inferir ni presumir un consentimiento de la ilegitimidad ni una renuncia de sus derechos patrimoniales lesionados,* los que, como principio, deben poder ser ejercidos hasta que se opere la prescripción de la respectiva acción.

Además, en el caso de decidir la procedencia de la acción promovida por cobro de pesos o daños y perjuicios, los jueces *no menoscaban las prerrogativas de la Administración ni afectan el principio de separación de poderes* sino que, *a petición de parte interesada,* atienden a la reparación de las consecuencias dañosas de la ilegitimidad.

Tampoco se ve afectado, en esos casos, el principio de presunción de legitimidad del acto administrativo.

Como lo sostiene la minoría en el plenario, si esa presunción de legitimidad cede cuando el juez declara que el acto es ilegítimo como consecuencia de un pedido de declaración de nulidad ejercido dentro del plazo del artículo 25 de la ley 19.549 o, agregamos, como resultado de la deman-

22 HÉCTOR A. MAIRAL, op. cit., p. 390; RAFAEL BIELSA, *Derecho Administrativo,* t. II, 6ª edición, 1964, p. 151.

da que puede plantear la Administración no afectada por aquel plazo, también cederá si el juez de la causa declara que el acto es ilegítimo, no para revocarlo sino sólo para fundar la procedencia de la indemnización de daños y perjuicios.

Como también se señala en el voto de la minoría en "Petracca", el hecho de que, pese a la declaración judicial de nulidad, el acto siga produciendo sus efectos o se mantengan los efectos ya producidos, *no es una consecuencia de su presunción de legitimidad, de la cual carecería, sino de la imposibilidad judicial de hacer cesar aquellos efectos, por no haberse ejercido la acción prevista en el artículo 25 de la Ley de Procedimientos Administrativos.*

5. *Conclusión*

Ningún principio de justicia sustenta la inadmisibilidad de la acción por reparación de los daños y perjuicios por no haberse demandado la ilegitimidad del correspondiente acto dentro del plazo del citado artículo 25.

Por el contrario, la exégesis contraria a la doctrina legal establecida en "Petracca", que se propicia, *es la que mejor se compadece con el interés general* que tiende a asegurar la estabilidad de los actos administrativos para el normal desenvolvimiento de la Administración, *y con el interés particular* que exige el respeto de los derechos —entre ellos los de igualdad y propiedad— garantizados por la Constitución Nacional.

Además, dicha interpretación contribuye a facilitar la defensa en juicio —también amparada por la Ley Suprema— y constituye una aplicación concreta de dos principios generales del derecho, fundamentales en el ámbito administrativo: el de la interpretación antiformalista de la ley, y el de la interpretación más favorable al derecho del administrado al enjuiciamiento jurisdiccional de los actos administrativos. Según el primero de los principios indicados, "los requisitos formales se instituyen para asegurar el acierto de

las decisiones jurisdiccionales y su conformidad con la justicia, no como obstáculos que hayan de ser superados para alcanzar la realización de la misma". El segundo propende a la máxima justiciabilidad de la actuación administrativa, que es uno de los pilares del estado de derecho [23].

"La plenitud del estado de derecho —ha dicho la Corte Suprema de Justicia— no se agota en la sola existencia de una adecuada y justa estructura normativa general, sino que exige esencialmente la *vigencia real y segura del derecho* en el seno de la comunidad, y por ende, *la posibilidad de hacer efectiva la justiciabilidad plena de las transgresiones a la ley y de los conflictos jurídicos*" [24].

23 JOSÉ MARÍA MICHAVILA NÚÑEZ, *Caducidad de la acción y prescripción del derecho en la jurisprudencia del Tribunal Supremo* (Comentario a la STS), Sala IV, de 22-VII-1986.

24 Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Ana María Pérez de Smith", 21 de diciembre de 1978.

¿Es aplicable la doctrina del plenario "Petracca" a los procesos licitatorios?

por el Dr. ALBERTO B. BIANCHI

"Y lo que aquí deseo patentizar es lo fuertemente educativo de la Justicia. Resolver pleitos y todo el resto muy bueno. Pero hay algo superior: lo eminente de la Justicia activa. Es actividad eminente moralizar, reprimiendo la inconducta y la mala fe. Es actividad eminente simplificar los juicios ahorrando gastos, tiempo y preocupaciones. Es actividad eminente sobreponer al amor propio y a la personal vanidad del subjetivo criterio, lo objetivo y superior del juicio, que es todo un símbolo, y del derecho mismo, que es una bandera y un norte. Es actividad superior prever en la solución de un litigio las posibles ulterioridades de una jurisprudencia en tal virtud sentada que no cree dificultades, ni reste ni implique una involución. Es actividad superior marchar con la vida sin salirse de las leyes, en vez de ceñirse a la inconsulta tradición. Es actividad superior sacudir el posible influjo de cualquier prejuicio: las normas fijas, sobre todo en materia de convicciones individuales, son tan falsas como todas las reglas que pretenden sujetar la vida, permanente evolución y cambio, al lecho procustiano de cualquier cartabón. Es actividad superior prevenir los litigios agotando los medios conciliadores que impidan su nacimiento o su prosecución". He aquí un notable catá-

logo de consejos y reflexiones dados por un magistrado eminente en su obra póstuma [1]. ¿Habrán estado presentes estas palabras, en el ánimo de los jueces que resolvieron el plenario "Petracca"? Me asalta esta pregunta, pues más de una vez, leyendo y releyendo esta sentencia, me he preguntado: ¿quién es, en definitiva, el beneficiario de ella?

Han pasado ya más de cuatro años desde que la Cámara en lo Contencioso Administrativo de la Capital Federal dictara el célebre fallo plenario en autos "Petracca e Hijos S.A.C.I.F.I. c/Estado Nacional — Ente Autárquico Mundial '78 s/Cobro de Pesos" [2] pero, habida cuenta de que se trata de una sentencia que ofrece inagotables aristas para el estudio y la crítica [3], el tiempo transcurrido desde su aparición no es óbice para intentar un comentario acerca del mismo. Por el contrario, creo que éstos ya largos cuatro años han permitido sazonar mejor algunos razonamientos que, inevitablemente, surgieron en todos quienes nos ocupamos habitualmente de los problemas que el fallo estaba orientado a resolver. Debo decir, desde ya, que no compartí en su momento, ni tampoco he llegado a convencerme hasta ahora, de la certeza y exactitud de la definición jurídica adoptada por el plenario según lo pondré de manifiesto más adelante [4]. Le reconozco en cambio que tuvo, aun den-

1 ALFREDO COLMO, *La Justicia* (obra póstuma), Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1957, pp. 57/58.

2 "La Ley", 1986-D, p. 10, sentencia del 24-4-86.

3 En cierto sentido se trata de una sentencia que parece haber sido elaborada especialmente en un gabinete de estudio con miras a una clase en la Facultad. Creo que cualquier profesor de Derecho Administrativo que quiera introducir a sus alumnos en los problemas del acto administrativo y del contencioso administrativo debe comenzar por obligarlos a leer la sentencia pues en ella están condensados buena parte de los materiales de estudio indispensables para ello.

4. "Petracca" era un fallo echado, desde su concepción, a la arena del disenso. Recordemos si no la orientación contraria que sobre el mismo asunto había adoptado la Corte Suprema pocos meses antes (noviembre de 1985) cuando resolvió "Mevopal S.A. c/Banco Hipotecario Nacional s/Ordinario" "Fallos", 307-2216 (1985), doctrina esta que, a pesar de "Petracca", luego confirmó el alto Tribunal en "O.K.S. Hermanos y Cía. S.A.C.I.F.I. c/Yacimientos Mineros de Agua de Dionisio S.E.", sentencia del 21 de octubre de 1986 (Causa 0.86.XX no publicada en "Fallos"). Así, mientras la Cámara en lo Contencioso Administrativo sostenía que los actos administrativos definitivos que causan estado dictados durante el curso de la ejecución de un contrato administrativo, están suje-

tro del disenso que manifiesto, una virtud importante, ya que puso definición en una temática que precisaba de ella [5]. Hasta ese momento reinaba en el fuero contencioso administrativo una división doctrinal que impedía a los litigantes saber a qué atenerse. Un sector entendía que los actos administrativos dictados en el transcurso de la ejecución de un contrato administrativo no estaban sujetos a la aplicación de las reglas del Título IV de la ley 19.549, en punto a los plazos de caducidad allí legislados. El otro, en cambio, opinaba lo contrario. El plenario consagró, en su primera parte [6], el triunfo de la segunda posición, de modo tal que todos aquellos actos administrativos definitivos que causaran estado, dictados durante la ejecución de un contrato de la Administración [7], quedaron sujetos al plazo de 90 días hábiles judiciales, establecido por el artículo 25 de la Ley de

---

tos al plazo de impugnación ante la justicia establecido por el artículo 25 de la ley 19.549, la Corte Suprema entendió que dicho plazo y el sistema general de impugnación de los actos administrativos era ajeno a los actos administrativos dados en la ejecución de un contrato. En este sentido "Mevopal" —aun con una redacción oscura—, parecía dar a entender que el plazo del artículo 25 corría desde el momento de la recepción definitiva de la obra (párrafo 5º del Cons. 4º), cuestión ésta que "OKS" se encargó de aclarar en sentido negativo, declarando la total improcedencia de la aplicación del título IV de la ley 19.549 a los contratos administrativos.

5 El Estado moderno tiene muchas misiones, pero una de las más importantes es proveer seguridad jurídica a sus habitantes. Los Jueces como órganos del Estado, como copartícipes en la tarea de gobernar, no están ajenos a ese cometido. Antes bien, deben hacer de él el norte de su función. Cuando un problema jurídico no tiene una solución clara (sabemos bien que en el terreno del derecho lo opinable es generalmente la regla), es preferible en ciertas ocasiones adoptar una solución precisa, aun cuando no todos estén de acuerdo con ella. Es más aconsejable saber qué camino se ha de transitar antes de tener varias sendas alternativas en las que deambular erráticamente, con riesgo de perder el rumbo. Se evitan así males mayores provenientes de la inseguridad jurídica.

6 Recordemos que "Petracca" resuelve dos interrogantes. El primero es si la impugnación de los actos administrativos prevista en los incs. a) y b) del artículo 23 de la ley 19.549 dictados durante la ejecución de un contrato de la Administración está sujeto al plazo del artículo 25 de esa ley. Ello fue decidido de manera afirmativa. En segundo término, fue analizado si es admisible la acción por cobro de pesos e indemnización de daños, sin impugnar dentro del plazo del artículo 25 antes citado, la legitimidad del acto administrativo que ha desestimado la pretensión o cuyo contenido excluye el pago de lo reclamado. La respuesta aquí fue negativa.

7 Esta es, literalmente, la denominación adoptada por el fallo.

Procedimientos Administrativos, para su impugnación judicial [8].

Pero claro, los seres humanos no estamos dotados de la potestad de hacer obras perfectas, homogéneas, imperecederas aun cuando, en un arrebato de soberbia, pensemos lo contrario. De modo tal que apenas ponemos fin a una discusión abrimos inmediatamente otra. Ello es lo que ocurrió con "Petracca". Resolvió un dilema pero abrió un amplio frente de interrogantes subsiguientes. Uno de ellos —uno solo de los muchos que el plenario presenta— es extenderse a los actos administrativos emitidos en el curso de un proceso licitatorio [9].

8 Como vemos, el plenario rendía elocuente tributo a la doctrina de los actos separables. "Tales decisiones —dice, refiriéndose a los actos administrativos que conforman eventualmente la ejecución de un contrato de la Administración— unilaterales, ejecutorias, y previas a cualquier intervención judicial, exteriorizan la declaración de un órgano administrativo que genera en forma directa e inmediata efectos jurídicos individuales. Su carácter de actos administrativos no es, pues, discutible... Esta diferencia —prosigue el fallo— se explica porque a los efectos de la impugnación judicial y de una eventual decisión anulatoria *una cosa es el contrato como acuerdo integrado por dos declaraciones de voluntad y otra los actos dictados por la administración durante su ejecución. Cada uno de estos actos responde a reglas propias de validez, tiene sus propias causas o funcionalidad específicas y, fundamentalmente, pueden ser anulados independientemente del contrato, sin afectar la validez de éste"* (el subrayado es mío).

Esta posición contrasta notablemente —malogrado el esfuerzo del juez doctor Pico en su voto en "Petracca" por armonizar ambos fallos— con la de la Corte Suprema en "Mevopal". "Los actos administrativos —dice este Tribunal— aun unilaterales, referentes a la celebración, ejecución o modificación de un contrato administrativo, en principio, no pueden considerarse en forma aislada, con abstracción del contrato al cual acceden en cuanto determinan los derechos u obligaciones emergentes de aquél, por lo que se rigen por idénticas pautas a las del contrato, ajenas, por ende, al marco contemplado en los artículos 23 y 24 de la ley 19.549 y al sistema de impugnación de su artículo 25". Y agrega además, como fundamento de la cuestión, "La interpretación contraria llevaría a que durante la relación contractual y frente a la emisión por la administración de cualquier acto unilateral, el administrado tuviera que iniciar, en cada caso, un juicio contra su contratante. Ello significaría un dispendio jurisdiccional inusitado y provocaría un resentimiento en el espíritu de colaboración que debe existir entre la administración y quien ejecuta el contrato".

9 Otra de las dudas, generada por la naturaleza (prescripción o caducidad) del plazo del artículo 25, ley 19.549, fue la que resolvió la Sala IV de la Cámara Contencioso Administrativo en autos "Petracca e Hijos S.A. y otros c/ente Autárquico Mundial 78", de fecha 5-12-86 (conocido como "Petracca II") (Doctrina Judicial 1987-2, p. 1, con nota de Rodolfo C. Barra, "Importantes Precisiones sobre el Proceso Administrativo"). Allí estableció el tribunal "Que cualquiera sea la denominación que se le dé al plazo del artículo 25, lo cierto es

La duda que planteo es razonable desde este punto de vista. Si bien un contrato administrativo y un proceso licitatorio son institutos bien distintos, a poco que analizamos su estructura vemos que poseen, sin embargo, elementos parecidos que pueden llegar a identificarlos y, eventualmente, hacer aplicables en una licitación los principios que predicamos respecto de un contrato. En efecto, tal como lo ha demostrado Rodolfo Barra, un contrato administrativo y un proceso de selección del contratista son, en definitiva un conjunto de actos administrativos [10], todos ellos encadenados al cumplimiento de un fin: el primero la selección de un contratista, el segundo la realización del objeto contractual, pero que pueden llegar a ser, incluso, según lo especifica Barra, dos fases de un mismo proceso contractual. El contrato —dice— aparece apoyado o mejor estructurado (en tanto que sistema contractual) en una serie de actos administrativos de distinta significación jurídica y que se ordenan al contenido obligacional de distinto modo. Algunos se ordenan a la formación del contrato a través

---

que aunque se reconozca en él a un plazo de caducidad, no por ello deja de ser susceptible de interrupción o suspensión, inoponible de oficio si no hay norma que indique lo contrario" (cons. XIII). Como vemos, esta sentencia, aun cuando no define con absoluta precisión la naturaleza jurídica del plazo, se inclina por darle algunos contenidos propios de la prescripción. Esta conclusión choca, en parte, con la postura asumida por Marienhoff. Este autor sostiene que el plazo del artículo 25 es, indudablemente, un plazo de caducidad, siéndole aplicables, en consecuencia, todas las consecuencias que de ello emanan, entre ellas la producción de pleno derecho. Barra, por el contrario, en el artículo arriba citado (p. 7) dice, enfáticamente, que se trata de un plazo de prescripción.

10 "Cuando la Administración —dice este autor— requiere la colaboración voluntaria de un administrado, mediante la técnica contractual, no puede... dejar de recurrir a la utilización del acto administrativo fuente exclusiva... de expresión de su vouuntad... Lógicamente, la existencia de estas actuaciones (las de la licitación) y su reflejo en actos administrativos dependerá de cada procedimiento de selección... Pero siempre la Administración recorrerá este camino genético contractual a través de la emisión de actos administrativos... Lo mismo ocurre durante la vida del contrato administrativo... No puede dudarse —prosigue Barra— de la presencia de actos administrativos durante las etapas de formación y de ejecución del contrato administrativo... Así, Administración y administrado acuerdan el contenido obligacional que es causa, objeto y finalidad... de cada uno de los actos administrativos que se emiten en la totalidad de la vida del contrato (etapa de formación y etapa de ejecución)" (RODOLFO CARLOS BARRA, *Los actos administrativos contractuales, teoría del acto coligado*, Ed. Ábaco, Buenos Aires, 1989, pp. 95/100).

de la selección del mejor oferente, otros a la ejecución del mismo, pero, siempre, sin contradecir el contenido obligacional ya básicamente definido en la comparación de ofertas y expresado en el contrato instrumento [11].

Tal es, entonces, el interrogante planteado. Barra, siguiendo su hermético derrotero argumental, de simétricas consecuencias, llega sin esfuerzo a la conclusión de que la doctrina de "Petracca" es aplicable también a los procesos de selección del contratista [12], bien que lo hace desde la perspectiva de los llamados "actos coligados" [13]. Su argumentación, en síntesis, es la siguiente: el proceso contractual administrativo se descompone en dos fases: a) de selección y b) de ejecución. Ambas están compuestas por una serie sucesiva de actos administrativos coligados entre sí y coligados también al acto principal, de manera tal que, dentro de los

11 BARRA, op cit., p. 100.

12 Op. cit., pp. 148 y 152.

13 Bien es sabido que la relación jurídica que existe entre los actos administrativos componentes de un contrato de la Administración y el contrato en sí, entendido como conjunto, ha sido materia de divergencia. Tradicionalmente fueron expuestas dos teorías diversas que han quedado reflejadas, en definitiva, en "Mevopal" y "Petracca". De acuerdo con la primera de ellas, llamada de la "incorporación" (Mevopal) los actos que conforman un contrato carecen de individualidad jurídica plena, están incorporados al acto en sí que es el contrato del cual dependen. Por el otro lado, está la teoría de los "actos separables" sostenida visiblemente por "Petracca", fallo que enfatiza en que "una cosa es el contrato como acuerdo integrado por dos declaraciones de voluntad y otra los actos dictados por la administración durante su ejecución'". Ambas posturas, en cierta medida antagónicas, han sido armonizadas por Barra desde el ángulo de lo que este autor denomina los "actos coligados". Los actos contractuales, según indica, pueden tener distinta causa, distinto objeto y distinta finalidad inmediatas, pero mediatamente todos ellos encuentran en el contrato la base de valoración de la totalidad de los elementos enumerados por el art. 7º de la ley 19.549. Estos actos están, entre sí y con el contrato del que forman parte, en una recíproca relación. Estos actos se coligan al contrato ya que se ligan entre sí y lo hacen también respecto del contrato. Entre estos actos puede darse (aunque no necesariamente), la relación causal procesal, pero lo que marca la coligación es la relación de antecedente y consecuente entre unos y otros, de tal suerte que el acto antecedente es susceptible de determinar de una manera total o parcial el acto consecuente y que el acto consecuente es susceptible de ser determinado total o parcialmente por el acto antecedente (BARRA, op. cit., p. 102). Lo importante en la relación de coligación —dice Barra— es que cada uno de los actos tiene vida y efectos propios, es decir pueden ser separadamente considerados (con relación al contrato y a los restantes actos contractuales), pero a la vez son lo que son porque así fueron los actos antecedentes y porque así es el contrato (p. 103).

límites de la teoría de la coligación, un acto administrativo dado dentro de un proceso licitatorio es susceptible, siendo definitivo y causando estado, de ser impugnado judicialmente.

Ahora bien, dejemos por un momento el problema de la naturaleza del nexo jurídico que vincula a los diferentes actos administrativos componentes de una licitación o de un contrato y preguntémonos si el hecho de que ambos estén efectivamente compuestos por aquéllos, constituye un dato de la realidad suficiente como para sostener sin más que licitación y contrato son ambos fases de un mismo proceso susceptibles de ser regulados por iguales reglas. Creo, con el debido respeto a la autoridad de Barra en esta materia, que entre un instituto y otro existen diferencias importantes que impiden un tratamiento tan uniforme. Analicemos qué es, sustancialmente, un proceso de selección de contratista y qué es un contrato. El primero es, fundamentalmente, un juicio, en el más estricto sentido de la palabra. Un juicio a través del cual la Administración tiene que decidir cuál es la oferta más conveniente. Un contrato administrativo, por el contrario, es una relación esencialmente bilateral, en la cual dos personas están dispuestas, aportando cada una prestaciones distintas, a efectivizar el cumplimiento del objeto del contrato. No caben dudas de que para que la Administración llegue a su juicio final acerca de cuál es la oferta más conveniente y para llegar asimismo al objeto total del contrato, aquélla debe emitir una serie de actos administrativos, los que estarán regidos todos, en cuanto a sus condiciones de validez, por el art. 7º, de la ley 19.549. Pero esta identidad en la estructura de los componentes de cada instituto (licitación y contrato) responde no a una identidad de los institutos en sí, sino que se debe, lisa y llanamente, a que el acto administrativo es el medio natural y normal por medio del cual la Administración se expide. No existe otro medio a través del cual la Administración nos haga conocer su voluntad [14], ergo, cuando aquella ex-

[14] Aunque esto implique descender a un terreno un tanto elemental,

presa su parecer en una licitación emite un acto administrativo y cuando lo hace en un contrato, también emite un acto administrativo. ¿Son por ello idénticos, la licitación y el contrato? Me parece que no.

Dije más arriba que la licitación —o cualquier medio de selección de un contratista— es un juicio o, mejor dicho, está estructurada como un proceso jurisdiccional. Veamos. La Administración requiere de la colaboración de un contratista y llama entonces a un grupo de ellos (nominado o innominado según los casos), para que coticen ofertas. ¿Qué es esencialmente la Administración en ese caso? ¿Qué papel desempeña allí, primordialmente, el órgano licitante? El de un juez. La Administración debe leer y analizar cada una de las ofertas presentadas, cotejarlas entre sí, verificar su correspondencia con el Pliego de Bases y Condiciones y, finalmente, dar su veredicto acerca de cuál es la oferta más conveniente [15]. Podemos establecer así un paralelo notable entre la licitación (hago alusión a ella como medio genérico de selección de contratistas) y un proceso jurisdiccional. En este último existen dos partes ante un órgano imparcial las cuales pugnan por que éste les dé la razón, les haga lugar. A los efectos de llegar a esa decisión final el órgano jurisdiccional (instado por las partes o de oficio), debe recorrer un camino procesal determinado. Ese camino procesal está configurado por una serie de actos de variada naturaleza. Habrá actos de mero trámite o simples, y habrá sentencias interlocutorias, las que, eventualmente, pueden tener efectos definitivos. Pero habrá un solo acto que será técnicamente el definitivo: la sentencia que se expida sobre el fondo de la cuestión. Ese es el acto principalísimo del proceso. Es el acto al cual se ordenan todos los demás

---

debo recordar que cada órgano del Estado posee, cuando actúa dentro de sus funciones naturales y propias, un tipo específico de medio para instrumentar y hacer conocer su voluntad: el Congreso, las leyes, el Poder Judicial las sentencias y la Administración los actos administrativos.

15 Recordemos que desde 1988 a partir del decreto 827/88 ("B.O.", 12-7-88), modificatorio del dec. 5720/72, también en el contrato de suministro rige la adjudicación a la oferta más conveniente.

y el cual da sentido a los restantes. La finalidad del proceso es obtener una decisión. Entre los actos procesales comunes y la sentencia definitiva hay una relación de medio a fin. Ontológicamente entonces, no hay una equiparación entre unos y la otra.

Lo mismo, exactamente, sucede con la licitación. Se trata de un camino procesal compuesto por una serie de actos, algunos administrativos y otros que no lo son [16], enderezados todos ellos a la producción de un acto final: la adjudicación. Al igual que en el proceso jurisdiccional, existe una subordinación ontológica entre los actos preparatorios de la adjudicación y la adjudicación en sí misma. Los otros son también actos administrativos y su validez está regida por iguales normas, pero mientras unos son el medio para llegar a un resultado, el otro es el resultado en sí mismo. Muy distinto es el caso del contrato administrativo. También en este caso encontramos una cadena de actos administrativos enderezados todos ellos a la producción de un fin: el objeto del contrato. Pero en este caso ese fin no está configurado en ningún acto en especial. Ese fin se va consumando día a día, acto a acto, hasta que llega el acto final (vg. recepción definitiva de la obra) cuyo cometido es, simplemente, una certificación de que las tareas han sido cumplidas satisfactoriamente. Cierto es que entre los actos de un mismo contrato habrá algunos importantes (tal vez una ampliación de plazo, o la admisión de un adicional) y otros de escasa significación (una orden de servicio que solicita la presencia del representante técnico en obra), pero no existirá entre ellos, cualquiera sea la entidad de unos y otros,

16 Barra sostiene, por ejemplo, que la preadjudicación no es un acto administrativo, sino un mero acto interno de la Administración: "La preadjudicación —dice— no es un acto administrativo, sino sólo se trata de una etapa del procedimiento durante la cual se les hace saber a los oferentes el parecer del órgano de valoración de las ofertas con respecto a la que, en principio, es considerada como merecedora de la futura adjudicación" (RODOLFO C. BARRA, *Contrato de Obra Pública*, Ed. Ábaco, Buenos Aires, 1986, t. 2, p. 643). Dromi es de igual opinión y califica a la preadjudicación como simple acto de la Administración (JOSÉ R. DROMI, *La Licitación Pública*, Astrea, Buenos Aires, 1977, p. 386, pt. 337).

esa diferencia cualitativa que se da entre la adjudicación y los restantes actos de un proceso de selección.

Esta diferencia, importante según mi criterio, es la que impide aplicar la doctrina de "Petracca" a los procesos de selección de contratistas. En estos últimos, tenemos que la "voluntad" de la Administración está concentrada en un acto que finalmente resume a todo el resto. Antes de ello ha habido, tal vez, voluntades parciales, pero la decisión administrativa por excelencia ha tenido lugar al adjudicar. En el contrato, por el contrario, no hay una única voluntad expresada en un acto. Existe un fin, que es el cumplimiento del contrato, pero ese fin está presente y se consuma con la suma de voluntades expresadas en cada acto que integra el contrato.

Supongamos algunos casos que se dan habitualmente en las licitaciones. Pensemos por ejemplo en una oferta que es admitida aun cuando no reúne todos los requisitos exigidos por el pliego o la licitación, o bien se admite una mejora de oferta de uno de los participantes, o se produce una precalificación que posee, indiscutiblemente, carácter de acto administrativo. Imaginemos —en otro orden de ideas—, que en un concurso universitario no se acepta la recusación formulada contra un jurado. En estos casos, claramente resueltos a través de actos administrativos, los oferentes podrán activar las vías recursivas administrativas tendientes a corregir los defectos de las decisiones adoptadas. Pero, ¿puede decirse que una vez agotada la instancia en la Administración tienen acción legal contra ella? Recordemos que el interés exigido a tal efecto —que es en definitiva el que mide la legitimidad en las acciones— es distinto en las vías administrativas que en las judiciales. Dentro de la Administración (sea al órgano licitante o a su superior hasta el que causa estado) cualquier oferente puede pedirle a ella misma que corrija un error susceptible de influir en la decisión final ¿Es posible reclamar lo mismo ante un juez? No. A ello se opone lisa y llanamente la división de poderes. Si bien existe una decisión definitiva, por ejemplo la que ha admitido una oferta improcedente, se trata de una decisión defi-

nitiva en cuanto al hecho en sí de la admisión, pero no implica ello que la voluntad final de la Administración esté consumada. El Poder Judicial, consecuentemente, sólo podrá actuar una vez que la Administración haya finalizado su tarea, caso contrario, la intervención judicial implicaría una intromisión en los asuntos administrativos.

¿Qué pasa entonces —se preguntará de inmediato— con aquellos oferentes que se ven excluidos de participar, en virtud de un acto definitivo del procedimiento? ¿Deben esperar al acto de adjudicación para impugnarlo judicialmente, o pueden hacerlo frente al acto de exclusión? Esto plantea un problema distinto. El oferente excluido ha obtenido una decisión que no solamente es definitiva, sino que, respecto de él agota el proceso administrativo. Se trata de una decisión que es judicialmente impugnable, pues no habrá otra después de ella. No caben dudas de que el plazo del artículo 25 rige aquí implacablemente, si la decisión es de un órgano de la Administración central o de un ente autárquico.

Debo analizar ahora, cómo juegan estas conclusiones frente a la fría lógica del plenario. En efecto, si algo puede decirse con certeza absoluta de este precedente, es que ha razonado la cuestión objeto de análisis con esmerado rigor formal. Ha enfocado el problema desde el ángulo estricto del acto administrativo y si bien se trata de los actos administrativos contractuales ello me obliga a despejar dos cuestiones. Primero, si los actos administrativos contractuales son distintos a los restantes actos administrativos. Segundo, si el plenario sólo es aplicable a los contratos administrativos o también lo es a otros encadenamientos sucesivos de actos administrativos. Ya he expuesto en los párrafos anteriores mi personal parecer acerca de la aplicación de "Petracca" a los procesos de selección y ya he señalado también que Barra, aun desde su propia perspectiva, admite, en cambio, su aplicación a estos, pero ello no es óbice para abstraerme por un momento de esa opinión y verificar la cuestión razonando como lo hace el fallo.

Empezaré con el primer interrogante. No hay discusión

alguna en que el régimen jurídico del acto administrativo es un régimen unívoco. Podemos disentir acerca de qué se entiende por acto administrativo, ya que acerca de él se han dado muchas versiones. Tenemos en primer lugar la concepción amplia, protagonizada por Marienhoff [17], está luego el criterio más restringido como es el de Cassagne que se inclina a conceptualizar como actos administrativos solamente a las decisiones unilaterales y a los contratos, pero no a los reglamentos [18] y finalmente —dentro de la versión más restringida— están los que ven en el acto una decisión meramente unilateral de la Administración, posición que es mayoritaria en nuestra doctrina [19]. Pero lo cierto es que, logrado consenso acerca de cuándo estamos frente a un acto administrativo, nadie pone en duda cuál es su régimen jurídico, enmarcado principalmente dentro del artículo 7º de la ley 19.549. Quiere decir que ya sea que encontremos al acto administrativo aislado, o bien lo detectemos formando un encadenamiento de actos dentro de un contrato o de un proceso licitatorio, el acto estará sometido a igual régimen en cualquiera de esos casos. Esta solución es, por otra parte, compatible con cualquiera de las posiciones que se adopten respecto de la naturaleza del acto administrativo. En efecto, tomemos por ejemplo la conceptualización de Cassagne. Dice este autor que el contrato es acto administrativo, pero ello no es óbice para que dentro de ese acto administrati-

17 MIGUEL S. MARIENHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1975, t. II, p. 222.

18 De acuerdo con Cassagne, los reglamentos trasuntan actividad legislativa y no pueden ser consecuentemente actos administrativos (JUAN CARLOS CASSAGNE, *El Acto Administrativo*, Abeledo Perrot, 1974, p. 95 y 101), criterio que compartía FIORINI (*Teoría Jurídica del Acto Administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, p. 31).

19 Esta opinión es sostenida entre otros por: MANUEL M. DIEZ (*El Acto Administrativo*, 2ª ed., T.E.A., Buenos Aires, 1961, p. 108); JUAN F. LINARES (*Fundamentos de Derecho Administrativo*, Astrea, Buenos Aires, 1975, p. 201); AGUSTÍN GORDILLO (*El Acto Administrativo*, Buenos Aires, 1963, pp. 77/79); JOSÉ R. DROMI (*Instituciones de Derecho Administrativo*, Astrea, Buenos Aires, 1978, p. 187); etc. Para una ampliación de este tema, véase ALBERTO B. BIANCHI, *La Delegación Legislativa, teoría de los reglamentos delegados en la Administración Pública*, Ábaco-Cudes, Buenos Aires, 1990, p. 114, notas 31 y 32.

vo bilateral se den actos administrativos unilaterales [20]. De igual modo dentro de un contrato privado que es un acto jurídico, como por ejemplo la locación, se dan actos jurídicos de cumplimiento del contrato, vg. el pago del alquiler. De resultas de lo expuesto, tan acto administrativo es vg. el que concede una jubilación, el que prorroga el plazo de una obra pública, como el que dispone la admisión de una oferta impugnada por otro oferente.

Ello quiere decir que, si tanto hay acto administrativo cuando lo hallamos aislado como dentro de un contrato o formando parte de un proceso licitatorio y todos están sometidos al mismo régimen jurídico, la conclusión más coherente es que todos deben estar sometidos también al mismo sistema impugnatorio, es decir el establecido por el Título IV de la ley 19.549. Así lo ha entendido también el plenario "Petracca". De modo tal que, respondiendo al segundo de los interrogantes planteados, parece ser que, de acuerdo con el razonamiento seguido por la Cámara en lo Contencioso Administrativo, su doctrina plenaria es extensible a los procesos licitatorios. Tal vez el párrafo que mejor resuelve la cuestión es el sexto del Considerando II que dice: "No corresponde, entonces, que existiendo normas que regulan la impugnación judicial de los actos administrativos y que no excluyen, sino incluyen en su imperio a los dictados durante la ejecución del contrato, se les asigne por vía pretoriana un tratamiento propio de las acciones regidas por el derecho privado, sujetándolas así a un régimen que no fue instituido para las pretensiones nacidas del derecho administrativo y que la ley 19.549 procuró precisamente substituir". No quiero decir con ello que en la mente de los jueces que gestaron el plenario haya estado presente la idea de aplicar el mismo también a los actos administrativos adoptados en el curso de una licitación,

20 El propio Cassagne lo admite en su comentario al caso "Mevopal". JUAN CARLOS CASSAGNE, *El plazo de caducidad del artículo 25 de la ley 19549 y su inaplicabilidad a los actos unilaterales vinculados a contratos administrativos*, "E.D.", 118-377, artículo reproducido en *Cuestiones de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1987, pp. 265/280.

pero ella es la conclusión que la lectura del fallo sugiere. Claro está que el plenario se ocupa muy bien de señalar que sólo es aplicable a los actos administrativos comprendidos dentro de los incs. a) y b) del artículo 23 de la ley 19.549. Ello quiere decir que no puede ser extendido a aquellos actos interlocutorios o de mero trámite [21]. Faltaría saber entonces si en el pensamiento de los jueces de la Cámara en lo Contencioso Administrativo puede haber, dentro de un proceso licitatorio, actos administrativos definitivos o si, por el contrario, todos son preparatorios de un acto definitivo que es la adjudicación. Si tal es la concepción de la Cámara —no expresada en el plenario habida cuenta de que no era menester— el plenario es inaplicable a los procesos de selección. Si, por el contrario, según la Cámara, puede concebirse la existencia de actos definitivos previos a la adjudicación, su decisión es aplicable a procesos licitatorios.

Es evidente así, que la fría lógica del razonamiento puede llevarnos a una conclusión distinta a la que propuse algunos renglones más arriba. Antes de continuar, sin embargo, creo que es bueno recapitular un poco acerca de las posiciones desarrolladas. Hemos visto hasta ahora que tanto el Plenario como la doctrina expuesta por Barra, si bien desde ángulos diferentes, llegan o son susceptibles de llegar a una misma conclusión, es decir un acto administrativo definitivo y que causa estado, tanto se dé dentro de la ejecución de un contrato administrativo, como dentro de un proceso de selección, debe ser impugnado por el administrado afectado por ellos dentro de los 90 días hábiles judiciales establecidos por el artículo 25 de la ley 19.549. La diferencia entre la doctrina de Barra y la del plenario es que, mientras el primero entiende que entre dichos actos administrativos se da una coligación —en los términos explicados más arriba— el plenario no establece expresamente qué nexo jurídico existe entre ellos, aunque parecería —dada la rigi-

21 Los cuales, a su vez, no son susceptibles de agotar la instancia administrativa.

dez de la postura— que está pensando en los llamados actos separables. A su vez, mientras el plenario no hace concesión alguna al administrado, en el sentido de que siempre debe impugnar el acto y agotar respecto de él las vías administrativas, para luego llegar a sede judicial (lo que me hace sospechar que profesa la tesis de la separabilidad), Barra en este punto es menos obsoleto, ya que la teoría de los actos coligados le permite establecer a favor del administrado una opción, entre impugnar el acto en el momento en que éste es notificado o bien esperar a la producción del acto consecuente, cuyos agravios derivan de los vicios del acto antecedente [22].

En segundo lugar debemos poner atención a la posi-

22 Dice Barra: "Considerando a la relación contractual como estructurada sobre una cadena de actos antecedentes y consecuentes coligados, y de acuerdo con lo explicado anteriormente, debe recordarse que cada uno de los actos antecedentes pueden producir, en sí mismos, agravios al contratista, por lo que nada impide que éste los impugnase inmediatamente después de ser notificado de ellos, incluso llegando a la impugnación judicial. Es la voluntad del administrado en definitiva, provocada por una actuación de la Administración que aquél considera lesiva a su derecho. En este sentido 'Mevopal' está equivocado, al menos si se lo entiende como expresión de la tesis de la incorporación absoluta. No es, tampoco, totalmente aceptable el argumento que se expone en dicha sentencia relativo a que esta actuación judicial (la impugnación planteada por el contratista) puede provocar un daño al espíritu de colaboración que debe existir entre las partes contratantes, pues ésta debe ser una colaboración civilizada, lo cual implica el respeto por los remedios jurídicos que la contraparte puede utilizar para solucionar cualquier situación conflictiva.

"Pero también, como el agravio que genera el acto antecedente puede ser la causa del agravio que generara el acto consecuente, nada impide que el administrado aguarde hasta ese momento (el de la emisión del acto consecuente) para iniciar el procedimiento de impugnación, en especial, teniendo en cuenta que quizás, por diversas razones, en el acto consecuente final, o en los anteriores, tal agravio pudo ser solucionado, o también pudo el administrado, a través de la sucesión de actos, haber verificado la corrección de la decisión administrativa o viceversa. Por supuesto que la posibilidad de impugnar aquel agravio lo es solo en la medida que el acto consecuente se encuentre perjudicado por el vicio que afectó el antecedente. No se podría impugnar con ocasión del acto consecuente, al antecedente (por más razones que tenga el administrado), si el consecuente no guarda ninguna relación con aquel vicio, o bien dicho vicio no es determinante, p. ej., si el acto antecedente rechaza un pedido de prórroga en el plazo de ejecución del contrato de cinco días, mientras el acto consecuente final o recepción provisional determina una mora en la entrega de tres meses. En consecuencia también 'Petracca' está equivocado, por lo menos si se lo entiende como que ha adoptado la tesis absoluta de la separación" (BARRA, *Los actos contractuales...*, op. cit., pp. 149/150).

ción que sostiene Cassagne, al comentar "Mevopal" [23]. Este autor suscribe la opinión del fallo, enrolado, como se ha visto, en la teoría de la incorporación, pero lo explica desde el punto de vista de la doble vía procesal en la ley 19.549. En efecto, según su criterio el procedimiento contencioso administrativo está estructurado sobre la base de dos acciones alternativas: a) una acción de impugnación de actos administrativos o reglamentos, legislada en los artículos 23 y 24 de la ley citada [24] y b) una acción plena u ordinaria, legislada en los artículos 30, 31 y 32, en la que se pueden plantear cuestiones de índole patrimonial con independencia de la impugnación de los actos administrativos, aun cuando allí también pueden conjugarse ambas pretensiones. A juicio de Cassagne, la Corte en "Mevopal" ha sentado el principio de la doble vía impugnatoria.

En lo que a mi opinión respecta creo lo siguiente. Habida cuenta de que tanto encontramos actos administrativos aislados como encadenados en procesos de tracto sucesivo, que pueden ser tanto licitatorios como contractuales, es preciso señalar cuál es la naturaleza de cada uno de ellos. Con este fin, debemos partir de la idea de que los actos administrativos incorporados tanto a un proceso licitatorio, como a un contrato administrativo, aun poseyendo igual régimen jurídico en sí, no pueden estar sometidos a un mismo sistema de impugnación. En efecto, la identidad o paralelismo de régimen jurídico no debe llevarnos, necesariamente, a establecer un rígido paralelismo en el sistema de impugnación judicial de ambos, pues a ello se oponen, como se ha visto más arriba, razones más importantes, incluso de orden constitucional (la división de poderes), derivadas de la misma naturaleza del sistema licitatorio.

Es así que los actos administrativos integrantes de un proceso licitatorio poseen un nexo jurídico distinto del que vincula a los actos integrantes de un contrato. Rige, efec-

23 Artículo citado en nota 20.

24 Sin perjuicio de que dentro de la acción impugnatoria también se pueda plantear un reclamo indemnizatorio patrimonial.

tivamente, en la licitación, la doctrina de la incorporación. Todos los actos administrativos integrantes de un proceso licitatorio están subordinados, en definitiva, a un acto final que es la adjudicación. Ninguno de los actos que preceden a la adjudicación tiene por sí valor definitivo [25]. De tal suerte nos encontramos con una curiosidad. Si bien puede darse el caso de que un acto administrativo dentro de una licitación (vg. el que admite una mejora de oferta) sea definitivo en cuanto a la cuestión que resuelve y aun —luego de sucesivas impugnaciones recursivas— cause estado, no por ello ese acto podrá ser impugnado judicialmente. En efecto, debe notarse que para que un acto sea susceptible de ser impugnado ante la justicia, se requieren dos elementos: uno de forma y otro de fondo. En primer lugar es preciso que se hayan agotado respecto de él las instancias administrativas, es decir que cause estado. Pero en segundo lugar, es preciso también que trasunte respecto de la administración una decisión definitiva o final sobre la cuestión de fondo debatida. Se trata, como vemos, de la aplicación de simples nociones clásicas sobre la cuestión. Vuelvo entonces al paralelo entre la licitación y el proceso judicial. Ambos están formados por un encadenamiento de actos, pero mientras uno solo de ellos (la sentencia [26] o la adjudicación) son susceptibles de agotar el proceso, el resto en cambio están subordinados al resultado final, son actos interlocutorios. Quiere decir entonces, que no son susceptibles de impugnación judicial, ya que los incisos a) y b) del artículo 23 de la ley 19.549, establecen que sólo podrán ser impugnados judicialmente aquellos actos definitivos que causen estado o bien los que se asemejen a los definitivos en sus efectos, por impedir totalmente la tramitación del reclamo.

Por último, ¿cuál es el nexo jurídico que liga a los actos administrativos que conforman un contrato? De la posi-

25 Salvo el caso ya mencionado más arriba de los actos que excluyen una oferta en forma definitiva. En este caso y, para ese oferente, la licitación ha finalizado, tiene un acto administrativo susceptible de impugnación judicial.

26 También debe mencionarse a los actos procesales susceptibles de agotar el proceso, v.gr. transacción, o interlocutorio que declara la caducidad de la instancia.

ción que se adopte a este respecto depende la adhesión o disenso respecto de la doctrina del plenario. En este particular sí coincido con Barra. Los actos administrativos de un contrato están efectivamente coligados entre ellos y con el contrato en sí. Juega así la posibilidad de que el contratista tenga una opción para impugnar el acto. Puede optar por impugnarlo al momento de su emisión, o bien puede esperar para hacerlo cuando se dicta el acto consecuente portador de los vicios que el antecedente le ha irrogado. Así por por ejemplo, puede impugnarse directamente la negativa al pedido de ampliación del plazo de la obra, o bien puede impugnarse, posteriormente, el acto que congela los mayores costos productos del atraso en la ejecución de las tareas. Entre ambos actos existe, necesariamente, una coligación, uno es el antecedente y el otro es su consecuente. La validez de uno está en directa proporción a la validez del otro. Claro que se trata de una cuestión de hecho determinar en qué casos se da o no se da la coligación necesaria para el ejercicio de esta opción.

Desde este punto de vista, mi adhesión a la doctrina del plenario es sólo parcial, en tanto es parcial la coincidencia entre la doctrina de la coligación y la de la separación. Creo que esta última es exagerada en cuanto permite un divorcio, una desunión total entre los actos de un mismo contrato, olvidando que, en definitiva, lo que se está ejecutando es, precisamente, un contrato y no una suerte de conjunto de actos administrativos deshilvanados. Y regreso entonces a mi pregunta liminar ¿quién es o ha sido el beneficiario de "Petracca"? ¿La Administración? ¿Los contratistas? Creo, como dije al comienzo, que ambos se han beneficiado por el hecho de que una cuestión que no tenía una solución clara, la tuvo. Ello ha obrado en beneficio de la seguridad jurídica de todos. Fuera de eso, creo que los beneficios de "Petracca", son muy escasos [27]. Por el contrario, fue

27 Especialmente si tenemos en cuenta que la Corte sostiene la tesis contraria y que por ende la vida del plenario puede agotarse recurso extraordinario u ordinario mediante.

un fallo susceptible de provocar muchos pleitos. Es una sentencia que, potencialmente, pudo y podría acarrear otras muchas sentencias [28], cuando en realidad, curiosamente, lo que se espera de aquellas es, precisamente, que con su función ejemplar calmen los ánimos litigiosos.

[28] En realidad, si no lo ha hecho no ha sido por sus efectos jurídicos en sí, sino por la notable depresión que ha sufrido a lo largo del último lustro la industria de la construcción y, en general, las contrataciones administrativas. Ha sido la falta de contratos lo que ha determinado, entonces, la falta de juicios.

LA REBELIÓN DE LOS CONTRIBUYENTES

Por el académico Dr. Jorge M. Mayer

No se atraen los pájaros
con tiros de escopeta.
ALBERDI

En una lluviosa tarde del 19 de junio de 1215, los Condes, Barones y Grandes Prelados reunidos en los páramos de Runnymede, cerca de Windsor, impusieron al Rey Juan Sin Tierra la Carta Magna y le prohibieron que en lo sucesivo les reclamara el pago de subsidios, auxilios y scoutages sin su previa aprobación.

En el puerto de Boston, el 18 de diciembre de 1773, unos colonos disfrazados de indios arrojaron desde la cubierta de un barco, 340 cajas de té al agua y comenzaron la guerra de la Independencia norteamericana.

Unos años después, en París, un eminente científico, Antoine Lavoisier fue condenado el 8 de mayo de 1794, por haber exigido el pago de unos pesados impuestos a sus paisanos, y le cortaron para ejemplo la cabeza en la guillotina.

En el mes de mayo de 1990 en los suburbios de Merlo, Moreno, Ituzaingó, Tigre, San Isidro, Glew, Gerli, Florencio Varela y en la Capital los vecinos se agolparon frente a las Intendencias para protestar indignados por la aplicación de unos gravámenes exorbitantes.

Han pasado 775 años desde el primer entredicho, los viejos actores estaban cubiertos por armaduras, portaban escudos y lanzas y los últimos se abrigaban con camperas y estaban provistos de palos, pero el resorte que los impulsaba era el mismo.

Paralelamente las entidades empresarias, la Coordinadora de Actividades Mercantiles "CAME", la Confederación de Asociaciones Rurales de Buenos Aires y La Pampa "CARBAP", la Sociedad Rural Argentina, la Asociación Industrial Bonaerense, la Federación Agraria, la Federación Económica de Buenos Aires, la Unión Industrial Argentina, la Confederación General Económica, la Liga de Amas de Casa y la Confederación General de Jubilados se unieron en un airado coro y llegaron al punto de recomendar a sus afiliados que no pagaran unos gravámenes irritativamente desmedidos [1].

En la opinión de muchos ciudadanos, los impuestos han dejado de ser el aporte que hacen con gusto al Estado, para contribuir a su protección y a su bienestar y se han transformado en unas abusivas exacciones, sin causa ni fines justificables.

La fuerza de los factores económicos, los hechos inflexibles que impulsan y modelan las sociedades cada vez más complejas, generan nuevos problemas institucionales, especialmente en el campo de la administración pública.

Se ha operado una desmistificación de los viejos adagios, se impone un nuevo realismo y una aritmética más precisa. Las declaraciones sonoras, los principios hiperbólicos tan influyentes hasta mediados de este siglo, han sido descartados por las inquebrantables realidades y por el buen o mal funcionamiento de los servicios públicos, las exigencias de la salud, la educación, las comunicaciones y la imprescindible seguridad.

Actualmente más preocupa a los pueblos el bienestar que los verbalismos. Las administraciones deficientes, la inflación y los gravámenes injustos han difundido un alarmante resquemor. Los ciudadanos se sienten oprimidos por unos cerrados grupos que manejan las máquinas partidarias y apenas les dejan la posibilidad de optar en las elec-

1 "Ámbito Financiero", 17 de mayo, 4 y 7 de junio; "El Cronista Comercial", 7 y 18 de junio; "La Prensa", 3, 6, 8, 11, 13, 24, 26, 27 de mayo; 21 de junio; 20, 23, 26, 27 y 29 de julio de 1990.

ciones por una u otra lista, a pesar de que jamás han visto ni de lejos la mitad de los candidatos. Así se ha producido un malsano divorcio entre los rodajes administrativos y la sociedad y una pronunciada caída en la afiliación a los partidos [2].

Los pueblos se sienten desprotegidos y por reacción aparecen otros núcleos, grupos de presión y protestatarios de contradictorias y a veces heréticas banderas, que prometen el castigo de los pecadores y un levantado nivel de vida.

Es pues urgente emprender una completa reforma de un régimen impositivo envejecido y burocrático, para que las cargas sean distribuidas equitativamente y se liberen de estorbos las fuentes de trabajo y de producción, el espíritu de progreso.

La gravedad de la actual crisis, la inquietud social y las trabas que se han tendido en los años anteriores, aconsejan analizar este problema con detención. No se trata en este caso de sencillos conflictos fiscales, de la voracidad de algunos funcionarios. Son más trascendentes porque comprometen el equilibrado movimiento de los mecanismos institucionales, la fecunda evolución de las corrientes productoras, campos e industrias, y el adelanto de los pueblos.

La validez de los recursos impositivos no depende sólo del voto de los legisladores, que puede ser a veces tan arbitrario como el capricho de los viejos reyes de amargo recuerdo. Tampoco puede entregarse a los planes de los funcionarios obsesivamente dedicados a aumentar la recaudación, que suelen actuar con el empaque de unos centuriones romanos. El empleo de los poderes fiscales depende de la naturaleza y de las funciones del Estado, del carácter de la sociedad y de los derechos indelebles de los ciudadanos.

La voluntad de Rousseau no basta para convalidarlos, porque es una fórmula anacrónica y totalitaria, que ha causado los mayores estropicios, dado que no hay derecho legítimo fuera de la justicia, del respeto por los valores huma-

[2] PAUL GUILBERT, *La politique éclatée*, "Revue Politique et Parlementaire", enero 1990, 15.

nos y el bien común. Las decisiones políticas no pueden infringir las leyes económicas ni pueden eludir las reglas aritméticas. Cuando lo hacen las consecuencias son crueles y sus frutos la pobreza y la rebeldía [3].

> "La voluntad de un pueblo o de una mayoría no puede establecer un derecho atentatorio del derecho individual... ninguna mayoría, ningún partido o asamblea, tiene derecho para establecer una ley que ataque los derechos naturales y los principios conservadores de la sociedad y que ponga a merced del capricho de un hombre la seguridad, la libertad y la vida de todos. La voluntad de un pueblo jamás podrá sancionar como justo lo que es esencialmente injusto" [4].

En nuestro Estado congénitamente republicano, como lo define el artículo 1º de la Constitución, los artículos 17 y 107 enumeran sus atributos en este terreno y los derechos de los contribuyentes se hallan protegidos por los artículos 14 y 16, respaldados por una accidentada experiencia.

Basados en los indestructibles derechos naturales, toda disposición, aunque formalmente legal, que traspase esas normas, es nula y comete una injustificable befa, con grave daño para la paz y el bienestar común.

La naturaleza y los fines del Estado, las características sociales y los factores económicos, encuadran y condicionan este problema.

Nuestro régimen institucional se alimenta en las doctrinas que nacieron con la revolución industrial y la enseñanza de los grandes maestros que confluyeron en la Constitución de 1853 y en la formación ejemplar del país.

Puede notarse en Alberdi las huellas de Adam Smith (1723-1790), Juan Bautista Say (1767-1832), Álvaro Flo-

3 Ver JUAN BAUTISTA ALBERDI, *Organización política y económica de la Confederación Argentina*, ed. 1856, donde se encuentran reunidas sus obras fundamentales, *Bases, El Sistema Económico y Rentístico*, etc., 59, al que nos referimos.

4 ESTEBAN ECHEVERRÍA, *Dogma Socialista*, ed. crítica y documental de la Universidad Nacional de La Plata, 1940, 155.

rez Estrada (1769-1853), Joseph Story (1779-1845), el Conde Pelegrino Rossi (1787-1848), Gerónimo Adolfo Blanqui (1798-1954) y de la experiencia chilena de Portales, Bulnes y Montt [5].

Las leyes no deben ser el fruto de algunas lucubraciones sectarias, que tanto han angustiado a los pueblos, sino de la ordenación racional de los elementos sociales y económicos con vista al bien común. Es casi un problema de ingeniería que abarca los distintos factores para conjugarlos eficazmente. Sus legítimos propósitos son asegurar el orden social y el progreso general y nunca el afincamiento púnico de algunos círculos o de una casta burocrática.

Los fines de la República son claros y concretos, educación, salud, seguridad y progreso. En el ciclo colonial los pueblos eran una dependencia de la Corona y los hacendistas actuaban como una bomba aspirante que succionaba la fortuna de los vasallos. En cambio, bajo las instituciones republicanas, la función del Estado es proteger la propiedad particular de los habitantes, la libertad del comercio y las industrias con el propósito de elevar el nivel de vida.

Estos dos conceptos son antitéticos, si bajo el régimen borbónico lo importante fue la riqueza de la Corona, dueña y señora del destino de los pueblos, bajo el régimen republicano lo primero es la riqueza de los habitantes [6].

Es evidente que si el trabajo, los capitales y las industrias son los instrumentos de producción, de los bienes y de las mercaderías, estos deben ser apoyados para mejorar la suerte de los distintos estratos. Más vale un gobierno pobre y un pueblo rico que un gobierno rico y un pueblo pobre, porque el pueblo rico enriquece y fortifica a su vez al gobierno y en cambio un pueblo pobre se convierte en una carga para el gobierno [7].

5 Merece releerse, de FLOREZ ESTRADA, Procurador General del Principado de Asturias, su obra *Examen imparcial de las disensiones de la América con España, de los medios de reconciliación y de la prosperidad de todas las naciones*, Cádiz, 1812 (B.J.C., 3-5-15).

6 ALBERDI, 334; JUAN AGUSTÍN GARCÍA, *La ciudad indiana*, 1900, 150, 193, 221.

7 ALBERDI, 377.

La propiedad es la base insustituible sobre la cual se apoya la actividad económica y la producción. Todo ataque a la propiedad, al trabajo, a las industrias y a los capitales es un ataque a la riqueza general. La propiedad es el móvil y el aliciente de los trabajos y del adelanto y por eso se encuentra protegida por el artículo 14 de la Constitución, en beneficio de todos.

> "Comprometed, arrebatad la propiedad, es decir el derecho exclusivo que cada hombre tiene de usar y disponer ampliamente de su trabajo, de su capital y de sus tierras para producir lo conveniente a sus necesidades o goces, y con ello no hacéis más que arrebatar a la producción sus instrumentos, es decir, paralizarla de sus funciones fecundas, hacer imposible la riqueza. Tal es la trascendencia económica de todo ataque a la propiedad, al trabajo, al capital y a la tierra, para quien conoce el mecanismo del derecho de propiedad en la generación de la riqueza general. La propiedad es el móvil y estímulo de la producción, el aliciente de trabajo y un término remuneratorio de los afanes de la industria. La propiedad no tiene valor ni atractivo, no es riqueza propiamente cuando no es inviolable por la ley y en el hecho" [8].

El deseo de solucionar las crisis exigiendo el pago de mayores impuestos a las personas que han logrado, a fuerza de trabajo y previsión, conservar algunos capitales, nunca ha logrado éxito. Sólo lleva al aniquilamiento de los capitales locales o a su fuga al exterior. Esa teoría fue aplicada por el "Front Populaire" en Francia, en los años 30, con el estribillo "los ricos pagarán" y el resultado fue la zozobra, la agravación de la crisis y la peor derrota que sufrió ese país en su historia. Un programa fiscal progresista no debe tener por objeto disminuir el número de ricos, sino dismi-

8 ALBERDI, 384, 505.

nuir el número de pobres, tarea que requiere más inteligencia.

Otra consecuencia ineludible sería el alejamiento de los capitales extranjeros, que tanto ayudaron al desarrollo del país en los años pasados y de quienes tanto se espera actualmente. Los capitales fluyen por el plano inclinado de los menores gravámenes y de la seguridad. No es posible suponer que los empresarios europeos y norteamericanos, más confiables, envíen sus fondos para convertirlos en una moneda friable y pagar mayores impuestos que en sus propios países.

Es sabido que se tiene siempre una gran valentía para afrontar los sacrificios ajenos, pero esa soltura incuba pronto las galernas.

Los capitales no se hallan formados por los lingotes de oro acumulados por unos usureros en las cajas fuertes de los Bancos, los capitales son los ferrocarriles, los barcos, las fábricas, las usinas, los puertos, los silos, las grúas, los canales, los teléfonos y los telégrafos que impulsan la vida y el progreso del país [9].

El 18 de diciembre de 1773 los colonos de Boston y el 25 de mayo de 1810 los patricios de Buenos Aires cambiaron drásticamente la filosofía impositiva. El monarca no sería más el señor y dueño de la vida y de la fortuna de sus vasallos, sino su servidor. La división entre una etapa y la otra fue vertical y a veces sangrienta. Los siervos se transformaron en ciudadanos. Los hacendistas no podrían en el futuro exigirles el pago de cualquier contribución y con cualquier objeto, para satisfacer "le plaisir du Roi". Se creyó que así concluiría el dispendio y el boato de las Cortes y los pueblos dispondrían de más harina, más telas y más lumbre [10].

La Constitución de 1853 condenó definitivamente la economía borbónica de opresión, privilegios, estancos y monopolios que oprimió a los pueblos de América y los hundió en la pobreza, el aislamiento y la ignorancia. La reem-

9 ALBERDI, 98, 483.
10 ECHEVERRÍA, 183; ALBERDI, 708.

plazó por una economía opuesta de libertad, trabajo y progreso, que a pesar de las guerras civiles transformó milagrosamente el país a partir de 1880.

Alberdi lo expone con una insuperable claridad:

> "Nuestro derecho colonial no tenía por principal objeto garantizar la propiedad del individuo sino la propiedad del Fisco. Las colonias españolas eran formadas para el Fisco, no el Fisco para las colonias. Su legislación era conforme a su destino: eran máquinas para crear rentas fiscales. Ante el interés fiscal era nulo el interés del individuo."
>
> "El cambio más profundo y fundamental que la Constitución ha introducido en el derecho económico argentino, consiste en la escala o rango preponderante que la Constitución da a la producción de la riqueza nacional sobre la formación del tesoro o riqueza fiscal... La Constitución argentina es la primera que distingue la riqueza de la Nación de la riqueza del gobierno; y que mirando a la última como rama accesoria de la primera, halla que el verdadero medio de tener contribuciones abundantes, es hacer rica y opulenta la Nación. Y en efecto, ¿puede haber Fisco rico en un país desierto y pobre? ¿Enriquecer al país, poblarlo, llenarlo de capitales, es otra cosa que agrandar el Tesoro fiscal? ¿O la Nación es hecha para el Fisco y no el Fisco para la Nación? Importaba consignar este hecho en el Código fundamental de la República, porque él solo constituye casi toda la revolución argentina contra España y su régimen colonial" [11].

La experiencia, a veces caótica, de los últimos años lo confirma severamente. Dos reglas fundamentales se impusieron a lo largo de este proceso:

a) La primera enseña que los ciudadanos que pagan

11 ALBERDI, 374.

los impuestos son quienes deben resolver sobre su procedencia y su monto.

b) La segunda que los fondos de los contribuyentes, el "tax payer's money", solo deben destinarse a cubrir los gastos previstos en el presupuesto, la administración y las obras públicas en beneficio de todos, en vez de nutrir un alacre séquito de palaciegos.

Estas dos reglas han sufrido en el curso de nuestra agitada vida política numerosas profanaciones. El ancestral espíritu borbónico pervive todavía en las orillas del Plata. El "spoils system" emerge dentro de nuestra patología cívica como lo muestran las exenciones impositivas de algunos sectores, las jubilaciones de privilegio y los afortunados "ñoquis", condenados enfáticamente por el artículo 16 de la Constitución [12].

Se ha supuesto astigmáticamente que cualquier error de los gobernantes, las ruinosas administraciones de las empresas oficiales y las especulaciones imprudentes, podían subsanarse con cargar más impuestos sobre las doloridas espaldas del pueblo. Pero en estos años difíciles, esa política ha suscitado el enojo de los contribuyentes, poco dispuestos a solventar tales abusos y ha provocado en muchos casos una rebelde evasión.

Las normas constitucionales son precisas y sabias. Los fines del gobierno han sido sintetizados en el Preámbulo de la Constitución y son:

> "Constituir la unión nacional, afianzar la justicia, consolidar la paz interior, proveer a la defensa común, promover el bienestar general y asegurar los beneficios de la libertad para nosotros y nuestra posteridad."

En la misma forma el artículo 67 inciso 16) de la Constitución encomienda al Congreso:

12 "La Prensa", 11 y 18 de octubre de 1990; "Ámbito Financiero", 9 de octubre de 1990, las pensiones privilegiadas; LUGONES, *Sarmiento*, 248, el sueldo anual de Sarmiento como Presidente era de 20 mil pesos y el personal de la presidencia consistía en un secretario, un escribiente y un ordenanza.

"Proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar en todas provincias, y al progreso de la ilustración, 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 capiales extranjeros y la exploración de los ríos interiores por leyes protectoras de estos fines y por concesiones temporarias de privilegios y recompensas de estímulo."

En términos parecidos el artículo 107 encomienda a las provincias:

"Celebrar tratados parciales con fines de administración de justicia, de intereses económicos y trabajos de utilidad común, con conocimiento del Congreso Federal y promover su industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables, la colonización de tierras de propiedad provincial, la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros y la exploración de sus ríos, por leyes protectoras de estos fines y con sus recursos propios."

Los fines del Estado son pues los trabajos concretos de utilidad pública, construir caminos, canales, muelles, puertos, edificios para el servicio nacional, faros, establecimientos de educación, de beneficencia, sanidad y justicia, cubrir los gastos del culto, museos, bibliotecas, escuelas primarias, de artes y oficios y lenguas vivas, colegios para niños de ambos sexos y de ciencias exactas y la formación de las fuerzas militares para consolidar la unión nacional, la paz interior y defender el país contra los ataques del exterior [13].

Cuando los funcionarios destinan los fondos del Estado a otros fines cometen una malversación y cuando los ciuda-

[13] ALBERDI, 671, 684, 688, 692, 694, 697.

danos evaden indebidamente el pago de las contribuciones destinadas a cubrir esos gastos cometen otra infracción y socavan el bienestar.

Por su parte, el Estado se halla en la necesidad de costear los servicios de su personal para subsistir como una Nación ordenada, independiente y libre y con ese fin debe disponer de suficientes recursos. Así el artículo 4º de la Constitución dice:

> "El gobierno federal provee a los gastos de la Nación con los fondos del Tesoro Nacional formado del producto de los derechos de importación y exportación; del de la venta o locación de tierras de propiedad nacional; de la renta de Correos; de las demás contribuciones que equitativamente y proporcionalmente a la población imponga el Congreso General y de los empréstitos y operaciones de crédito que decrete el mismo gobierno para urgencia de la Nación o para empresas de utilidad nacional."

El artículo 67 de la Constitución agrega que corresponde al Congreso

> 1º) "Legislar sobre las Aduanas exteriores y establecer los derechos de importación, los cuales, así como las evaluaciones sobre que recaigan, serán uniformes en toda la Nación... Establecer igualmente los derechos de exportación.
>
> 2º) Imponer contribuciones directas por tiempo determinado y proporcionalmente iguales en todo el territorio de la Nación, siempre que la defensa, seguridad común y el bien del Estado lo exijan.
>
> 3º) Contraer empréstitos de dinero sobre el crédito de la Nación.
>
> 4º) Disponer del uso y de la enajenación de las tierras de propiedad nacional.

7º) Fijar anualmente el presupuesto de gastos de administración de la Nación y aprobar o desechar la cuenta de inversiones".

Los recursos con que contaba la Confederación en los años iniciales estaban formados por los derechos de Aduana, almacenaje, alumbrado, tonelaje, carnes, carretillas, corrales, abasto y saladeros, sal de Patagonia, derechos de carcelaje, delineaciones de edificios, escribanías, ganado de las estancias, herencias transversales de españoles, notaría mayor, arancel de la Curia, derecho de puerto, de pilotaje, papeletas de abastecedores, marcas, pontazgo, puente Santo Domingo, peaje, pesquerías, rifas, papel sellado, papeletas de sirvientes, peones, cargadores, carretilleros, capataces, marineros, correos, patentes de casas de comercio, enfiteusis, carros fúnebres, panteón, multas de policía [14].

Se cobraban especialmente las patentes sobre las tiendas, tahonas y pulperías, los impuestos de catastro y el diezmo [15].

Pero el mayor volumen de los recursos provenía de la Aduana porteña. Estos formaban el 80 % de las entradas, que la Provincia de Buenos Aires monopolizó porfiadamente hasta que fue vencida por los generales provincianos, en los combates de Barracas y Puente Alsina el 20 de junio de 1880. Esa fue la causa de las contiendas que ensangrentaron la Edad Media argentina y que se calificaron equivocadamente de lucha entre federales y unitarios [16].

El gobierno extrae sus recursos de las rentas privadas de los habitantes, para destinarlos a los fines establecidos en el artículo 67 de la Constitución, y particularmente para proteger su vida, sus bienes y paliar sus necesidades vitales.

14 ALBERDI, 624, 627; los principales impuestos que se aplicaban en los años de la Colonia eran el portazgo, las alcábalas, las quintas, los estancos de pólvora, el tabaco y los naipes, el papel sellado, a las harinas, a la venta de los oficios, la Aduana y las patentes de pulpería; GARCÍA, 193.

15 ALBERDI, 638.

16 ALBERDI, 117, 160, 311, 540, 658; ECHEVERRÍA, *O. C.*, t. IV, 290; GREGORIO ARÁOZ DE LA MADRID, *Origen de los males y desgracias de las Repúblicas del Plata*, 1846; PEDRO FERRÉ, *Memorias*, 1921, 55, 59.

A su vez los habitantes obtienen sus ganancias de sus empeños, de la inversión de sus capitales, la agricultura, el comercio y las industrias y es así indispensable que el gobierno los ampare y fomente para disponer de una amplia fuente gravable [17].

Los impuestos son una gran palanca de progreso cuando se invierten en fines provechosos y son un ronzal de la economía cuando se dilapidan en gastos tribales o rubros incongruentes.

Las facultades impositivas del Estado están claramente limitadas por la Constitución, para evitar la recaída de los gobiernos en los pecados borbónicos. La Constitución ha adoptado varias reglas, la primera, como hemos dicho, es que los gravámenes sean aprobados por una ley, la segunda es que tengan por mira los fines legítimos establecidos en la Constitución y la tercera complementaria es la igualdad de los ciudadanos ante el pago de los impuestos y de las cargas públicas [18].

Particularmente el gobierno no puede emprender especulaciones comerciales e industriales, sin sucumbir en el vicio de los viejos estancos coloniales, por dos motivos, el primero porque es el campo de cultivo de los ciudadanos y de las empresas privadas y el segundo porque el gobierno es siempre un mal administrador [19].

El gobierno no ha sido instituido "con el objeto de realizar ganancias ni para hacerse rico", sino para custodiar los derechos de los habitantes entre los cuales figura la libertad de trabajar, comerciar y explotar industrias. Un comerciante "que tiene un fusil en la mano y la mercadería en la otra es un monstruo capaz de devorar todas las libertades" [20].

Por los efectos de una conocida ley física los capitales privados que se destinan a la producción y rinden toda clase de frutos, se desvanecen cuando se los substrae de su

17 ALBERDI, 471, 549, 554, 602.
18 ALBERDI, 681, 689.
19 ALBERDI, 415; el I.A.P.I., tan oneroso y aleccionador.
20 ALBERDI, 416, 417.

ámbito natural, para destinarlos a las arenas movedizas de las administraciones burocráticas.

Las causas de la falta congénita de eficiencia y de las pérdidas de las empresas en manos del Estado son conocidas: a) Actúan en un ambiente político sujetas a los cambios y a los humores de ese clima, sin estabilidad ni planes económicos objetivos. b) El personal se elige de acuerdo con su filiación tribal y no de acuerdo con su idoneidad. c) Si comete errores, estos se disimulan por espíritu de compañerismo, cuando en las empresas privadas son sancionados con un pronto despido. d) El ascenso de los funcionarios en las empresas estatales responde a sus relaciones partidistas y en las empresas privadas se debe a su capacidad. e) El rendimiento de las empresas estatales pasa prácticamente desapercibido porque los balances no son publicados y rara vez los contribuyentes los conocen, pero en las empresas privadas los accionistas vigilan los resultados y cambian los funcionarios si creen encontrar otros más capaces. En un caso juegan los favoritismos y en el otro caso los méritos. f) Tampoco los funcionarios estatales sienten el aguijón del interés personal, porque sus apoyos son otros, mientras que en las empresas privadas los funcionarios saben que su carrera y su futuro dependen del éxito de sus trabajos.

Se ha hecho repetidamente la experiencia y los resultados han sido invariablemente negativos. En los siglos XVIII y XIX la economía borbónica provocó la sublevación de las colonias americanas y en estos años han llevado a un país rico a la pobreza y al caos.

> "El gobierno que se hace banquero, asegurador, martillero, empresario de industrias en vías de comunicación y en construcciones de otro género, sale de su rol constitucional; y si excluye de estos 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 los particulares, por utilidad del Estado convendría desprenderle de ellas, y deferirlas a los particulares. No hay peor agricultor, peor comerciante, peor fabricante que el gobierno; porque siendo estas cosas ajenas de la materia gubernamental, ni las atiende el gobierno, ni tiene tiempo, ni está organizado para atenderlas por la Constitución, que no ha organizado sus facultades y deberes como para casa de comercio, sino para el gobierno del Estado [21]."

Confesadamente el sector oficial absorbe el 65 % del producto bruto y se han reducido los recursos del agobiado sector privado al 35 %, es así aritméticamente imposible que pueda cubrir las cuentas de una administración elefantina e inoperante, ahí está el meollo del problema.

La lección de la experiencia ha sido severa, de pronto el 5 de septiembre último el país, sorprendido y consternado, supo gracias a un alto funcionario que el Banco Central había perdido en los últimos 10 años, 67.500 millones de dólares. Esa pérdida tenía el ominoso rasgo de sobrepasar el monto de la deuda externa y del Producto Bruto interno anual. El análisis es abrumador, se invirtieron 638 millones en el financiamiento de diversas entidades, particularmente en el Banco Hipotecario Nacional, 3.508 millones en la liquidación de otras entidades financieras, 4.506 millones en el pago de la absurda garantía de los depósitos, 37.902 millones en el manipuleo de la moneda, 12.661 millones en el financiamiento del gobierno y 1.644 millones por un desorientado Canciller en préstamos a Cuba y Nicaragua, sin posible retorno [22].

21 ALBERDI, 490; en el último año Entel perdió 1.300 millones de dólares y mantiene 230 mil teléfonos descompuestos ("La Prensa", 24 de octubre de 1990). Multiplicó las tarifas y elevó el teléfono a la categoría de un artefacto de gran lujo. Evidentemente nadie se convencerá de las ventajas de su privatización, si el primer efecto es aplicar tarifas caníbales. El problema no se encuentra en aumentar las tarifas sino en realizar una administración eficiente.

22 "La Prensa", 7 de septiembre de 1990. Cifras para el asombro, para algunos el Banco Central se ha convertido en una máquina mefistofélica; ENRIQUE GILARDI NOVARO, *Argentina o la historia de la moneda ectoplásmica*, "La Prensa", 3 de noviembre de 1990; "La Prensa", 9 de febrero de 1991, una comisión investigadora ha elevado esa pérdida a 105 mil millones de dólares.

Esto no es todo, los insólitos juicios contra los Ferrocarriles del Estado han costado 900 millones de dólares, las pérdidas de los Bancos provinciales, 52 millones de dólares, y los clubes de fútbol cuestan otros 35 millones [22 bis].

No se trata de indiferentes cifras estadísticas, porque encierran en su interior los trabajos y los ahorros esquilados a la población, hasta arrinconarla en el atraso, las villas miserias, el deterioro de los hospitales y las escuelas, la pobreza y la desnutrición.

La tuberculosis y el Mal de Chagas afligen a las provincias del norte. El INDEC denuncia que el consumo de alimentos de la población ha descendido de 1974 a 1988. De 1.000 recién nacidos, 39 mueren antes de cumplir un año, en cambio en Francia y España sólo 10. En las tierras del buen sol y de las espigas doradas, la mitad de los niños menores de 2 años padecen de anemia y parasitosis por deficiencias alimentarias [23].

El estatismo, con sus frutos inflacionarios, aflige con un mayor rigor las capas sociales de menores recursos, al bajar la producción y reducir el volumen utilizable de mano de obra. Sobre 30 millones de habitantes hay actualmente 10 millones de marginados sociales, 2.100.000 desocupados absolutos, 3.450.000 subocupados y 540.000 jóvenes de la nueva generación que buscan desesperadamente un trabajo. El salario medio de un operario no calificado solo alcanza a cubrir el 39 % de la canasta familiar y el salario medio de un operario calificado apenas llega al 68 %. Inevitablemente caen los salarios, aumentan las tensiones y los costos sociales [24].

Esta es una muestra de los daños que causa el dispendio y la desidiosa administración de los dineros de los contri-

22 bis "La Prensa", 16, 17, 25 de noviembre, 23 de diciembre de 1990.

23 "Ámbito Financiero", 16 de diciembre de 1988; "La Nación", 3 de julio de 1989; y más de 400 mil niños se hallan aprisionados en el narcotráfico.

24 Informe de la Secretaría de Estado, Balance de la situación económica y social heredada del ex Presidente Dr. Raúl Ricardo Alfonsín, 14 de julio de 1989, "La Prensa", 24 de agosto de 1990; declaraciones del Vicepresidente Duhalde, "Criterio", 9 de agosto de 1990; "La Nación", 12 de febrero de 1989.

buyentes. Con la cuarta parte de esa cifra se pudo transformar a las villas miserias en barrios floridos y reequipar los hospitales y las escuelas. La crisis que nos agobia no es obra de la fatalidad, ni de una catástrofe de la naturaleza. Tiene una causa y máscaras cronológicamente conocidas.

Como si fuera poco unos días después se descubrió una defraudación de 25 millones de dólares en el Banco Marplatense y que varios de sus Directores se habían fugado [25].

Naturalmente que esas denuncias han despojado a los contribuyentes de todo entusiasmo para pagar los impuestos que el Fisco les exige implacablemente. ¿Para qué pagar los impuestos, reflexionan los contribuyentes, si sus ahorros son dilapidados en esa forma?

Si se desea sinceramente el restablecimiento económico del país, es necesario corregir de raíz esas fallas e impedir que se repitan en el futuro. Algunos espíritus candorosos propician "desregular" la economía, para salir del actual abarrancadero. La equivocación es evidente, como se ve es necesario por el contrario una mayor y más severa regulación.

Es así que se ha propuesto, con buenos argumentos, que los síndicos de las entidades financieras, cuyo rol carece en la actualidad de eficacia, porque dependen del mismo grupo, sean designados con más independencia y autoridad por el Ministerio de Justicia y que además se imponga la responsabilidad personal, solidaria e ilimitada de los dirigentes, culpables o equivocados, hasta cubrir la totalidad de las deudas.

Finalmente, el Estado no puede aplicar gravámenes desproporcionados y confiscatorios, porque viola los artículos 14 y 17 de la Constitución y sus fundamentos económicos, destruye los capitales, los instrumentos de producción y cercena el bienestar general [26].

Esas contribuciones disipan la confianza del público,

25 "La Prensa" 9 de septiembre de 1990.

26 JORGE M. MAYER, *El régimen impositivo como una de las causas de la crisis nacional*, "Anales" de la Academia Nacional de Derecho, Nº 7, 121.

la seguridad y el desarrollo industrial, alejan a los empresarios escaldados por un Fisco totalitario, coartan los trabajos de los pioneros y reducen como una consecuencia natural los recursos del Estado.

Particularmente los impuestos que gravan el trabajo personal y los ahorros, como son los impuestos a las ganancias, son contraproducentes porque apenas logran una magra recaudación y desalientan las iniciativas privadas, paralizan el desarrollo de las empresas, obstruyen la fluidez social y arruinan la clase media [27].

Tienen además un gran defecto, porque si en los años de prosperidad arrojan un modesto rendimiento, en los años de depresión, como sucede actualmente, muy poco o nada devengan.

El Dogma Socialista enseña:

> "No hay libertad donde no le es permitido al hombre disponer del fruto de su industria y de su trabajo. Donde tiene que hacer al poder el sacrificio de su tiempo y de sus bienes. Donde su vida y sus bienes están a merced del capricho de un mandatario [28]."

El Estado ha dejado de ser un monarca omnipotente, sólo puede reclamar las contribuciones que se hallen autorizadas por el Congreso y no puede ordenar gastos que no se encuentren previstos en la ley de presupuesto. Del respeto de estos principios depende el prestigio del gobierno, la riqueza pública y la libertad de los ciudadanos [29].

Se ha creído que con el voto universal el problema impositivo quedaba resuelto. Pero la diversificación de las sociedades modernas, la aparición de distintos sectores agricultores, ganaderos, industriales, comerciantes, mineros, profesionales, con intereses divergentes, han complicado las posibles soluciones. Muchas veces, en la actualidad, los que

27 ALBERDI, 632; JORGE M. MAYER, *El impuesto a los réditos y la destrucción de la clase media*, 1962.
28 ECHEVERRÍA, 165.
29 ALBERDI, 632, 638.

votan los impuestos no son aquellos que los pagan y a veces cuidan de eximirse personalmente de su pago, con un visible escozor social [30].

La falta de respaldo moral de las leyes impositivas, el temor de que los fondos sean malgastados en especulaciones y en gangas tribales, produce como en los años de la Colonia una reacción inevitable, el desprecio por la ley:

> "Cuando el dinero se exige para malgastarlo o lo que es igual para darle un empleo ajeno o indiferente al interés del que lo pagó, dejándolo en medio de las necesidades, desatendiendo los servicios más elementales, es fácil el trastorno de las nociones de moral cívica y que el individuo se sienta, y con razón, víctima de un despojo inicuo y abusivo; que la ley pierda su respetabilidad, transformándose en un instrumento de explotación. No solo la sociedad de los siglos XVII y XVIII consideraba estas defraudaciones como actos lícitos, sino que los miraba con simpatía [31]."

Los efectos son conocidos:

> "Burlar con el contrabando el estanco real era un placer revolucionario, esconder las botijas de aguardiente y no pagar las guías era rendir tributo a la memoria de los héroes tradicionales."

Hoy el punto más grave no se encuentra en el monto tantas veces excesivo de los impuestos sino en que el producido se gasta muy mal.

Una regla que olvidan nuestros hacendistas, ante los apuros que los cercan, enseña que el aumento de las contribuciones frena la producción y disminuye correlativamente la recaudación y en cambio la baja alienta la producción y acrece la recaudación.

Sólo una industria en pleno desarrollo y un comercio pujante pueden generar un gran movimiento, ganancias

30 Decreto 9352/60.
31 GARCÍA, 76, 153, 205, 238.

considerables y por consiguiente una satisfactoria masa imponible.

En la acualidad el problema se agrava por causa de los característicos errores burocráticos, las leyes impositivas sufren continuos cambios y se han vuelto tan kafkianas que son incomprensibles para el común de los ciudadanos. Algunas oficinas con el discutible propósito de aumentar la recaudación han llegado al extremo de enviar las boletas cuando ya estaban vencidas para cobrar un recargo y por añadidura obligan a los malhumorados contribuyentes a alinearse por horas en interminables colas y a la intemperie para hacer los pagos.

En cambio la Constitución de 1853 impulsó enérgicamente las corrientes económicas, ventiló al país, suprimió los privilegios y consagró la libertad de trabajar y comerciar, abolió las Aduanas interiores y abrió los ríos, protegió la propiedad, fomentó la inmigración, la colonización de las tierras desiertas, la importación de capitales que se convirtieron en ferrocarriles, usinas, fábricas, elevadores, puentes, canales y barcos.

La escala de los fines consagrados por la Constitución deja a salvo la preeminencia de los valores espirituales:

> "La riqueza no es para ella el fin sino el medio más eficaz para cambiar la condición del hombre argentino que al presente peca especialmente por la pobreza material... La Constitución no intenta hacer del país un mercado, de la República una Bolsa de Comercio... toma al país como es por la obra de Dios, con sus necesidades morales a la vez que físicas."

Las crisis generan la miseria, la falta de instrucción y las más temibles enfermedades, la desnutrición, el raquitismo, la tuberculosis y toda clase de plagas morales, el desorden, la corrupción y el bandidismo [32].

32 ALBERDI, *O. C.*, t. IV, 163, 266, 429; *E. P.*, t. XII, 230; COROLIANO ALBERINI, *La metafísica de Alberdi*, Archivo de la Universidad de Buenos Aires, t. IX, 1934, 233.

Un conocido parlamentario, Joaquín Costa, decía que la libertad sin garbanzos no es libertad.

El progreso exige una cuidadosa combinación de los distintos factores sociales y económicos, como si fueran los instrumentos de una orquesta, para componer una buena sinfonía.

Es elemental que el Estado proteja cuidadosamente la educación, la salud y la seguridad de sus habitantes. Pero no puede desalentarlos y mortificar sus trabajos con reclamos impositivos asfixiantes, sin provocar las explicables reacciones.

En los últimos años, cuando se debieron proteger los capitales locales, aumentar la producción y fortalecer el país, el Fisco por impulso de una ingenua xenofobia los persiguió y condenó a muchos al exilio para salvarse.

Es imposible esperar, ante el constante aumento del costo de la vida, que la clase media, que forma la columna vertebral de la Nación pueda sobrevivir, pagar tales impuestos y todavía ahorrar un saldo para adquirir su vivienda. El problema es menos agudo para el pequeño círculo que cuenta con grandes recursos, pero los efectos nocivos serán similares, puesto que el margen libre que le quedará será reducido, no podrá desarrollar sus empresas y girará sus fondos al exterior.

El convulsivo funcionamiento de los servicios públicos, los cortes de luz, los trenes que no parten, los teléfonos que no funcionan, las cartas que no llegan, son motivos de desabridas preocupaciones. Los casos de los legendarios gallináceos y del Banco Hipotecario ahondan la inquietud y ponen en tela de juicio ese mecanismo. Los ciudadanos amargados se preguntan si sus aportes, sus sacrificios y sus velas sirven para algo cuando ven los fondos dilapidados en esa forma [33].

33 El Ministro de Economía Erman González, "La Prensa", 13 de julio de 1990, denunciaba el sobredimensionamiento irracional de las empresas del Estado, la carencia de una adecuada tecnología y sus cuantiosas pérdidas, por su parte el Presidente Menem calificaba, el 17 de septiembre, sus servicios de "horrendos", "La Prensa", 18 de septiembre de 1990.

Ha desaparecido el indispensable equilibrio entre el monto de las contribuciones y la calidad de los servicios. Con los hospitales desamparados, malos caminos, sin escuelas, sin agua y sin comunicaciones, sin seguridad en las casas y en las calles, los pueblos en vez de sentirse protegidos por el Estado se sienten expoliados.

Los funcionarios piden repetidamente sacrificios a los contribuyentes, en nombre del bien público, pero pocas veces han dado en el pasado, el indispensable ejemplo del mismo espíritu.

Los efectos de la economía estatizante han sido ruinosos y muestran que el espíritu borbónico no ha quedado sepultado en 1810 como se creyó ilusoriamente.

Pero el sector público se resiste con toda clase de argucias y dilaciones a los ajustes y como detenta el poder burocrático, condena con un espíritu versallesco al sector privado a pagar los estropicios.

Esa economía de espejismos ha corroído los capitales y ha empobrecido al país. Las cifras son abrumadoras, del 6º lugar que ocupábamos en la esfera mundial hemos caído al 47. Como consecuencia se ha precipitado la huida de los capitales y de los cerebros. Si un Presidente norteamericano hace largos años aconsejaba a un joven partidario "young man go west", algunos de los pasados funcionarios parecían recomendar a los desilusionados universitarios "young man go north".

Puesto que los capitales provienen del acopio del trabajo, y las máquinas y las mercaderías son capitales sedimentados, todo gravamen que los afecta entorpece el desarrollo normal del proceso y perjudica la producción y por eso deben eliminarse de cuajo para abrir el camino a un mayor progreso.

El bienestar del país depende esencialmente del trabajo de sus ciudadanos y de sus propios capitales, campos e industrias y no de préstamos, que se vuelven cada día más engorrosos y algún día se deberán devolver.

"Para salir de la pobreza no hay más que un camino: dar media vuelta y desandar el camino que nos ha conducido a ella. Si la ociosidad forzada o voluntaria y el dispendio, por vicio o por error, nos han conducido al empobrecimiento, el camino natural y único para salir de ese estado y llegar a la riqueza, es el camino diametralmente opuesto, es decir, el trabajo y el ahorro... Todas las teorías que pretenden explicar la producción de la riqueza por otros medios que el trabajo y el ahorro, son teorías falsas, de engaño y de ruina, que lejos de servir para remediar las crisis, solo sirven para agravarlas... Aumentar su deuda es aumentar su pobreza, en lugar de enriquecerse. Crear deuda no es crear capital, lejos de eso es disminuirlo. Emitir papel moneda o fondos públicos es disminuir sus recursos [34]."

Nuestros hacendistas debieran recordar que los contribuyentes tienen en sus manos dos sencillas y eficaces medidas de defensa contra los abusos del Tesoro, como es la ancestral evasión fiscal y la fuga al exterior.

Esa evasión se opera en diversas formas, sobrefacturando el valor de las importaciones, subfacturando las exportaciones, la radicación de las comisiones, honorarios y diversas participaciones en el exterior y el cambio del lugar de pago de los créditos, entre muchas otras.

Los argentinos han poblado campos en el Uruguay, en el Río Grande y en el Canadá, han levantado fábricas en San Pablo y en Quebec y han construido edificios de renta en Montevideo, la Costa Azul y Miami. Participan en negocios en Italia y España.

No es posible contener esa corriente como no es posible detener las corrientes del mar, con las manos. Las Aduanas ofrecen toda clase de fisuras. Otros opinan, como en el pasado, que esa evasión es favorable para el país, porque permite a los contribuyentes preservar sus capitales a la espera de un posible retorno bajo un clima más auspicioso.

34 ALBERDI, *Las crisis en Sudamérica, E.P.*, t. 1, 529, 542, 608.

La única solución positiva es lograr que la Argentina vuelva a ser un país más seguro para trabajar y progresar que los viejos países europeos. Esa fue la clave de la generación del 80 y explica el torrente de inmigrantes y capitales que se volcaron golosos en las desiertas llanuras que se extendían del Plata a los Andes.

Otro tipo de evasión, de resortes instintivos, se origina cuando el desaliento, la parálisis de las empresas que no se atreven a ampliar su giro ante un futuro nubloso, la prudencia de los industriales que no se resuelven a correr riesgos sin cotizaciones monetarias ni reglas estables, reducen la producción y llegan al abandono de los remos que recuerda Toynbee como el síntoma de la desintegración de una sociedad.

Pero es alarmante descubrir que el gran evasor es el sector público que no paga los impuestos, las tasas, los servicios, los aportes ni los suministros. No los pagan las empresas públicas que actúan como empresas comerciales, ni los funcionarios de las distintas capas. Tampoco pagan las tarifas de electricidad, el gas, la nafta y el teléfono. Y como el sector público comprende actualmente el 65 % de la actividad económica, las cargas recaen íntegramente sobre el sector privado y lo sumergen en el descreimiento y en la ruina [35].

¿Cómo puede el Estado crucificar a los contribuyentes que se atrasan en el pago de los impuestos, casi siempre por carecer de fondos, cuando es el mayor y más condenable evasor?

Aquí se encuentra otra causa de la decadencia y de los trastornos económicos que conturban al país. Será difícil sanear una administración esclerosada mientras no se cierren esos boquetes y se ordene un portentoso caos financiero.

Esto comprueba que los impuestos que fueron un factor de progreso, cuando los fondos se destinaban a fines de

35 Decreto 9252/60 que inició la discriminación, leyes 14.451, 14.455, 14.771, 14.780, 14.781, 14.782, 14.787, 15.273, 15.278, 15.336, 15.881, etc., ver la lista en MAYER, *El impuesto a los réditos*, 76.

utilidad pública y actuaron como un multiplicador, se han transformado en un freno que destruye los capitales locales, inhibe las voluntades y paraliza las empresas.

El ajado argumento sobre la conveniencia de redistribuir las rentas entre la población es un sofisma gramsciano, porque la función del Estado es asegurar los servicios esenciales y la redistribución real se opera cada día, en función a la capacidad, el trabajo y los sacrificios individuales de los ciudadanos en una sociedad excepcionalmente abierta y generosa. El adelanto individual es el fruto de los méritos de cada uno, sin que esto implique abandonar los deberes de asistencia social.

El progreso depende cada vez más de las inventivas individuales, de la capacidad científica y del perfeccionamiento de los instrumentos de producción. Watt y Fermi han desarrollado más energía que millones de coolis extenuados [36].

Los fondos de los contribuyentes no son bienes mostrencos ni el botín de un malón, que pueden derramarse a manos llenas, son sagrados porque representan los esfuerzos y los sacrificios de los pueblos.

La desazón, el estancamiento económico, el empobrecimiento han provocado la lógica caída de la recaudación y por una reacción primaria nuestros funcionarios amenazan con aplicar sanciones draconianas a los supuestos infractores.

Pero la ley que no es justa carece de valor y de justificativos, inhibe las energías, se difunden la inquietud, la inmoralidad, el descrédito de las instituciones y el pueblo desesperado lucha en cualquier forma por los derechos, de los que se siente despojado, y se rebela contra los esquiladores [37].

Debe recordarse que el contrabando ha disfrutado por muchos años de un tradicional prestigio, porque desafió al

36 NICANOR SALEÑO, *Modernización y cambios tecnológicos en los procesos de desarrollo*, "Geopolítica", 1984, 38.

37 IHERING, *La lucha por el derecho*, 1881, con un prólogo de Leopoldo Alas, no hay sentimiento jurídico que pueda resistir los efectos de un derecho viciado.

gobierno borbónico y permitió sobrevivir a los pueblos del Plata [38].

El contrabando —contra el Bando del Rey— explotado por los barcos portugueses, ingleses, genoveses y holandeses, fue la base de la economía virreinal. El fondeadero de la Colonia era la recalada del comercio, balandras y piraguas cruzaban el río al anochecer y derramaban en las costas y hasta en la rada de Buenos Aires, bajo la mirada cómplice de los funcionarios, telas, quincallería, esclavos y literatura herética. Nunca suficientemente elogiado, señala, con sus numerosos socios, el principio de la rebelión contra los tecnócratas del Consejo de Indias y exhibe las ansias de una vida mejor. Rompía las insanas reglamentaciones coloniales y fomentaba el bienestar y el progreso de las poblaciones que sólo servían de venero para el pago de tributos insaciables y así el pecado se convirtió una vez más en una virtud.

Se ha dicho que nuestros hacendistas, con sus desproporcionados reclamos, actúan como los salvajes descriptos por Montesquieu, que para alcanzar una fruta cortaban el árbol.

Por lo demás, para el alivio de muchos, se debe recordar que el contrabando y la evasión fiscal no son un pecado en el campo teológico.

El Dogma Socialista enseña:

> "El pueblo soberano o la mayoría no pueden violar los derechos individuales, coartar el ejercicio de esas facultades que son a un tiempo el origen, el vínculo, la condición y el fin de la asociación. Desde el momento que las viola el pacto está roto, la asociación se disuelve, y cada uno será dueño absoluto de su voluntad y de sus acciones y de cifrar su derecho en su fortaleza."
>
> "Si la ley positiva del soberano se ajusta a la ley natural, su derecho es legítimo y todos deben prestarle obediencia so pena de ser castigados como infractores;

38 GARCÍA, 238.

si la viola es ilegítima y tiránica, y nadie está obligado a obedecerla. El derecho de resistencia del individuo contra las decisiones del pueblo soberano o de la mayoría, es por consiguiente legítimo, como es el derecho de repeler la fuerza con la fuerza y de matar al ladrón o asesino que atiente a nuestra propiedad o a nuestra vida puesto que nace de las condiciones mismas del pacto social" [39].

La política fiscal borbónica, con sus apremios y sus amenazas, es contraproducente:

a) En primer lugar abre la puerta a las extorsiones y es una fuente de persecuciones políticas y de corrupción.

b) En segundo lugar frenará aún más las actividades de las empresas, el trabajo y las iniciativas de los ciudadanos, el adelanto.

c) En tercer lugar detendrá drásticamente el ingreso de los capitales del exterior. Alberdi decía que no se atraen los pájaros con tiros de escopeta.

d) En cuarto lugar precipitará la fuga de los capitales argentinos hacia playas más hospitalarias. La experiencia ha sido hecha.

Esto explica la irritación que se difunde en vastos sectores y enciende un urticante problema institucional. El régimen impositivo forma parte de una física social y esa física se basa en números y no en sentimientos nebulosos. Si bajo el virreinato el régimen impositivo actuó como una bomba aspiradora, que funcionaba para el lujo de una Corte parasitaria, en opinión de muchos en nuestros días, la misma bomba suele funcionar para el beneficio de los círculos privilegiados de la burocracia estatal.

Los contribuyentes resentidos observan cómo los funcionarios despilfarran sus ahorros, en un desidioso desorden, malos negocios, en empresas aventuradas, en dádivas tribales

39 *Dogma Socialista*, 200, 201.

y en cambio no satisfacen las mínimas necesidades de la salud, de la educación y de la seguridad y este es el lancinante origen de las protestas cada día más ásperas [40].

No puede hablarse de democracia con 16 mil villas miserias, millares de niños abandonados, los hospitales sin vendas, las escuelas sin maestros, los hogares asaltados.

Las secuelas de la economía estatizante y de la política fiscal en particular aplicada en los últimos 45 años han sido catastróficas. Sin preocupación se transgredieron las reglas aritméticas y como una inevitable consecuencia, han huido del país 2 millones de argentinos y 50 mil millones de dólares.

Debemos recuperar la fe, la Argentina es un país bien crecido, a pesar de haber padecido un fastidioso sarampión, no somos un país subdesarrollado, como lo repetimos desde años lejanos, sino que hemos sido subgobernados, con las consecuencias que actualmente sufrimos [41].

Es pues urgente romper las cadenas que traban el trabajo, alentar a los pueblos para que cultiven nuevos campos y amplíen los talleres, formen sus hogares y eduquen sanamente a sus hijos. Iniciar como parte de la modernización del Estado una profunda reforma fiscal para poner en movimiento las fuerzas vitales de la sociedad, fomentar la producción, asegurar el bienestar y recuperar así en el mundo nuestro antiguo rango.

40 El plebiscito del 5 de agosto de 1990 en la Provincia de Buenos Aires ha sido un característico ejemplo de la rebelión de los contribuyentes, "La Prensa", 6, 7 de agosto de 1990, la misma "bronca' de 1810.

41 "El Príncipe", Nº 52, octubre 1966, *País subdesarrollado o país subgobernado*, 73; después de 24 años algunos sectores parecen haber comprendido finalmente que ese es el diagnóstico.

VI

DECLARACIONES Y DICTÁMENES

CONSULTA SOBRE RECONOCIMIENTO COMO ACADEMIA NACIONAL DE LA ACADEMIA ARGENTINA DE PERIODISMO

Opinión del académico doctor Miguel S. Marienhoff

Señor Presidente de la
Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales
Doctor Federico N. Videla Escalada

Distinguido señor Presidente:

He recibido la documentación que usted me hizo llegar, remitida por la Subsecretaría de Cultura de la Nación, relacionada con la solicitud de la Academia *Argentina* de Periodismo para que se la reconozca como Academia *Nacional* de Periodismo. El señor Presidente desea conocer mi opinión al respecto.

I

Adelanto mi conclusión: en buenos y estrictos principios, dicha solicitud debería ser rechazada, por cuanto la actividad periodística es meramente "profesional" —y en muchos supuestos meramente "comercial"—, no constituyendo, en modo alguno, una actividad "*científica*", requisito *sine qua non* para que las tareas o labores de una entidad constituyan el objeto de una "*Academia Nacional*", en el sentido técnico del concepto.

II

La circunstancia de que entre los fundadores y en el claustro de la Academia *Argentina* de Periodismo, aparte de destacados periodistas, figuren también conocidos novelistas (escritores), políticos, abogados, historiadores, economistas, sociólogos y filósofos, no altera el carácter meramente "profesional" —y eventualmente "comercial"— de la *actividad* que desarrolla esa Corporación, pues todos ellos, con relación a la referida Academia, actúan en carácter de *periodistas*, y en modo alguno como historiadores, políticos, abogados, etc., ya que la actividad específica de éstos corresponde a las respectivas Academias Nacionales de la Historia, de Derecho, de Letras, de Ciencias Morales y Políticas, etc.

III

Por importante que sea la labor del periodismo, ello no lo sustrae de lo meramente profesional, ni lo ubica dentro de lo científico.

En nuestro país, por ejemplo, existen diarios de indiscutible valor moral, como "La Nación" y "La Prensa", respectivamente fundados en 1870 y en 1869 por el general Bartolomé Mitre y el señor José C. Paz, personas éstas a quienes en atención a lo honorable de su trayectoria y lo saludable de su labor periodística, la opinión pública hoy las recuerda y considera como esclarecidos y eminentes ciudadanos. Pero nada de eso obsta a que, incluso los mencionados diarios "La Nación" y "La Prensa", que son empresas periodísticas, aparte de su labor meramente "profesional", jurídicamente constituyen empresas "*comerciales*", y en modo alguno entidades científicas.

"En un comienzo, dijo el Dr. Carlos Juan Zavala Rodríguez, los diarios se imprimían con gran simplicidad y no requerían la participación de muchas personas. El diario era generalmente el medio que tenía un político o un pensador para difundir sus ideas. Con todo sacrificio, a veces, esas personas tenían su imprenta y editaban su diario.

"Los diarios tienen hoy una organización absolutamente diferente. Cuentan con numeroso personal, encargado de las complicadas máquinas de impresión, tienen empleados a cuyo cargo están las más diversas tareas, emplean colaboradores políticos, económicos, literarios, reporteros, fotógrafos; lucran con los anuncios.

"Por eso se ha considerado al propietario o empresa periodística, como comerciante" (Zavala Rodríguez, *Código de Comercio y Leyes Complementarias*, tomo 1º, pág. 48, Buenos Aires 1971, quien cita abundante jurisprudencia).

Otro destacado expositor ha dicho: "La jurisprudencia de nuestros tribunales ha afinado el concepto de empresa periodística...". "También se ha declarado que el estatuto del periodista no define la empresa periodística, pero da las connotaciones esenciales de la actividad periodística, considerando tal la cumplida por la prensa, sea en forma diaria o periódica y también las agencias noticiosas, empresas radiotelefónicas, cinematográficas y de televisión, que difundan, exhiban o televisen informaciones o noticias de carácter periodístico" (Antonio Vázquez Vialard, *Tratado de Derecho del Trabajo*, tomo 6º, pág. 302, nº 357, Buenos Aires 1985).

IV

El carácter meramente "*profesional*" de la *actividad* periodística surge claro de la enumeración de las personas comprendidas en el estatuto del periodista y de las labores que ellas ejercen o cumplen: ley 12.908, art. 2º.

Tal carácter "*profesional*" surge, asimismo, del propio estatuto de la Academia Argentina de Periodismo, en cuyo art. 2º se hace reiterada referencia al aspecto *profesional* de dicha actividad.

A mayor abundamiento, en la nota que dicha Academia Argentina de Periodismo le envió al Subsecretario de Cultura de la Nación solicitando que se le reconozca el carácter "Nacional" a la misma, reiteradamente se insiste en el aspecto "*profesional*" de sus actividades.

V

En su origen remoto las Academias diferían mucho de lo que son actualmente. La inaugurada por Platón en el año 387 anterior de la era cristiana, más que Academia, en el sentido actual, constituía una especie de Club donde se discutía la más variada clase de asuntos.

Pero hoy las Academias son centros de exclusiva investigación y difusión científica, sin perjuicio de que también suelen actuar como organismos asesores de las autoridades públicas, cuando éstas requieren su parecer en delicados asuntos determinados.

Es obvio que para ser académico no basta con ser buena persona. Una reunión de personas buenas, amigos entre sí, podrá implicar un club integrado por gente agradable y simpática, pero en modo alguno puede constituir una Academia, en el riguroso sentido técnico de la expresión. La bondad y la simpatía personal no justifican, por sí, el grado académico. Son otros valores los requeridos para lograr ese "status", valores que no son otros que los emergentes de la actividad científica, no de la actividad meramente profesional y menos aún de la actividad comercial.

VI

Por ser los que más se aproximan, vale la pena delimitar y oponer los conceptos de Universidad y Academia, pues así resultarán las diferencias entre ambas en su amplia relación con todo lo atinente a la adquisición y transmisión del *"conocimiento"*. (Véase mi trabajo *Las Academias Nacionales. El cincuentenario de la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires. Universidad y Academia,* pág. 22 y siguientes, Buenos Aires 1985, edición de la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires). De todo ello surgirá lo *"científico"* del ámbito académico y lo *profesional-docente* del ámbito universitario. Pero lo que interesa aquí es poner de relieve lo *científico* del quehacer académico.

En nuestro país, la Universidad y las Academias son las dos más grandes instituciones dedicadas a la cultura; pero actúan en forma distinta, tienen en cuenta personas distintas y persiguen fines diferentes.

Las Academias están creadas con propósitos de interés científico puro. Las Universidades tienen definidos propósitos *didácticos* y de *formación cultural.*

La Universidad es, *esencialmente,* un originario organismo de "*enseñanza*", en todos sus grados. Las Academias, en cambio, son centros de investigación y difusión científica.

Las Academias, por sus fines, están más allá de las Universidades. La Universidad, como órgano específico de enseñanza, inculca cultura y quizá despierte y oriente vocaciones. Las Academias, en cambio, no provocan ni orientan vocaciones: utilizan y aceptan las vocaciones ya reveladas por sus futuros integrantes, a quienes aceptan precisamente por aparejar esa vocación.

El carácter netamente científico de las Academias constituye su rasgo esencial. Nada hay de "*profesional*" en la actividad de las Academias y menos aún de "*comercial*" en dicha actividad. Todo esto lo corrobora, además, el decreto-ley nº 4362, del 30 de noviembre de 1955, ratificado por la ley nº 14.467, que restableció el funcionamiento de las Academias, cuyo art. 1º establece que "las Academias nacionales tienen por objeto congregar a las personas más conspicuas y representativas *en el cultivo de las ciencias, las letras y las artes,* con el fin de intensificar el estudio o el ejercicio de las mismas...". Respondiendo a tales ideas hoy existen las Academias Nacionales de Medicina, de Letras, de Bellas Artes, de Derecho, de Ingeniería, etc.

VII

Dado que la actividad periodística no es científica, sino meramente *profesional* y en gran medida "*comercial*", dicha actividad está fuera del quehacer académico, por lo que estimo que el pertinente pedido de la Academia Argentina

de Periodismo para que le sea reconocido o atribuido el carácter de academia *"nacional"* de periodismo, debería ser rechazado, tal como lo adelanté al comienzo de esta nota.

Saludo al señor Presidente con mi más distinguida consideración.

RESPUESTA A LA SUBSECRETARÍA DE CULTURA DE LA NACIÓN

Señor Subsecretario
de Cultura de la Nación,
Lic. Julio Bárbaro

De nuestra mayor consideración:

Cúmpleme dirigirme al señor Subsecretario en respuesta a su nota de fecha 14-09-90 por la que solicita el parecer de la Corporación que presido acerca de la solicitud presentada por la Academia Argentina de Periodismo para obtener su reconocimiento como Academia Nacional.

Al respecto, en la sesión privada que se llevó a cabo el día 25-10-90 se decidió recabar al señor académico Dr. Miguel S. Marienhoff, dada su reconocida autoridad en la materia, un dictamen acerca de la referida solicitud.

Sobre la base de la opinión vertida en dicho dictamen, se considera que la circunstancia de que entre los fundadores y en el claustro de la Academia Argentina de Periodismo, aparte de destacados periodistas, figuren también conocidos novelistas (escritores), políticos, abogados, historiadores, economistas, sociólogos y filósofos, no altera el carácter "profesional" de la actividad que desarrolla esa Corporación, pues todos ellos, con relación a la referida Academia, actúan en carácter de periodistas, y en modo alguno como historiadores, políticos, abogados, etc., ya que la actividad específica de éstos corresponde a las respecticas Academias Nacionales de la Historia, de Derecho, de Letras, de Ciencias Morales y Políticas, etc.

En nuestro país, por ejemplo, existen diarios de indis-

cutible valor moral fundados por quienes, en atención a lo honorable de su trayectoria y lo saludable de su labor periodística, la opinión pública hoy los recuerda y considera como esclarecidos y eminentes ciudadanos.

Ello no obsta al carácter *"profesional"* de la *actividad* periodística que surge claro de la enumeración de las personas comprendidas en el estatuto del periodista y de las labores que ellas ejercen o cumplen: ley 12.908, art. 2º.

Tal carácter *"profesional"* surge, asimismo, del propio estatuto de la Academia Argentina de Periodismo, en cuyo art. 2º se hace reiterada referencia al aspecto *"profesional"* de dicha actividad.

A mayor abundamiento, en la nota que dicha Academia Argentina de Periodismo le envió al señor Subsecretario de Cultura de la Nación, solicitando que se le reconozca el carácter "Nacional" a la misma, reiteradamente se insiste en el aspecto *"profesional"* de sus actividades.

El carácter netamente científico de las Academias constituye su rasgo esencial. Nada hay de *"profesional"* en la actividad de las Academias. Todo esto lo corrobora, además, el decreto —ley nº 4362, del 30 de noviembre de 1955, ratificado por la ley nº 14.467, que restableció el funcionamiento de las academias, cuyo artículo 1º establece que "las Academias nacionales tienen por objeto congregar a las personas más conspicuas y representativas *en el cultivo de las ciencias, las letras y las artes*, con el fin de intensificar el estudio o el ejercicio de las mismas...". Respondiendo a tales ideas hoy existen las Academias Nacionales de Medicina, de Letras, de Bellas Artes, de Derecho, de Ingeniería, etc.

En este orden de ideas, se puede agregar que la actividad de las Academias se distingue de las que lleva a cabo la Universidad, las cuales, si bien se encuentran unidas por la gestión que realizan en favor de la cultura, persiguen finalidades diferentes. En efecto, mientras las Academias han sido creadas con propósitos exclusivos de interés científico, las Universidades tienen definidos propósitos didácticos y de formación cultural y profesional.

En definitiva, dado que la actividad periodística no es científica, sino *profesional,* dicha actividad está fuera del quehacer académico, por lo que nuestra Academia estima que el pertinente pedido de la entidad para que le sea reconocido o atribuido el carácter de academia "*nacional*" de periodismo no debería ser acogido.

Sin otro particular, saludo a usted con mi consideración más distinguida.

Dr. Federico N. Videla Escalada
Presidente

CONSULTA SOBRE BASES PARA EL PROGRAMA DE TRANSFORMACIÓN DE LA ENSEÑANZA SECUNDARIA

Señor Ministro
de Eduacición y Justicia
Profesor Antonio Salonia

De nuestra consideración:

Hemos examinado las Bases para el Programa de Transformación de la Enseñanza Secundaria remitidas por el Ministerio de Educación y Justicia a consideración de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Contiene proposiciones institucionales y curriculares. Gran parte de su contenido reviste carácter eminentemente técnico educativo. Atento el objeto de nuestra corporación nos ceñiremos a formular algunos comentarios generales concernientes a las grandes líneas del documento, dejando el análisis puntual de los temas técnicos a otras academias o entidades asesoras con competencia específica.

Consideramos congruente con la filosofía política de nuestra Constitución histórica algunas orientaciones fijadas en el denominado "marco conceptual" del documento. Nos referimos, concretamente, a la descentralización, federaliza-

ción y jerarquización de la enseñanza secundaria, que permitirán adecuar su funcionamiento a las circunstancias locales con los rasgos propios de sus peculiares idiosincrasias. En este punto, no está de más recordar que, en la relación de competencias entre la Nación y las Provincias, los planes de instrucción general, es decir del ciclo medio o secundario, pertenecen a aquélla según lo establece el artículo 67, inc. 16, de la Constitución Nacional.

También evaluamos como positivas las acciones pedagógicas tendientes a articular las unidades educativas con la producción y la necesidad de acentuar la permanente actualización de los conocimientos que se imparten ante el avance cotidiano que se observa en el ámbito científico y tecnológico.

Estimamos acertado que el Programa, al tiempo que demuestra un marcado compromiso con la realidad circundante, nacional, provincial y municipal, no pierda de vista la dimensión trascendente, apuntando expresamente al "desarrollo y ejercicio pleno de los valores morales y espirituales". Ello así porque la enseñanza secundaria no puede agotarse en una mera instrucción ceñida al aprendizaje de conocimientos científicos sino que debe procurar *educar*, tendiendo a formar hombres libres, habituados a convivir en paz y armonía, tolerantes y respetuosos, dispuestos a buscar coincidencias en torno a los supremos valores del espíritu y a disentir sin agraviar en las cuestiones opinables. En otras palabras, el Programa sugiere, como marco, una razonable complementación de tendencias, rechazando cualquier enfoque teórico que prescinda de la cambiante realidad contemporánea y cualquier esquema pragmático que niegue el rol insustituible de los valores morales y espirituales.

Tal vez, en los parágrafos que se refieren a la participación protagónica de la comunidad en el nuevo programa, debió subrayarse un principio básico ratificado por el último Congreso Pedagógico Nacional y que concierne al rol preferencial que tienen los padres en lo que se refiere a la enseñanza que se imparta a sus hijos (Informe Final, par-

te I, punto 1.5). De cualquier forma puede considerarse que dicho precepto se encuentra incorporado de modo implícito en el documento, sobre todo si se advierte que el *principio de subsidiaridad* ha sido definido con bastante precisión en el punto 4.L. referido a la organización institucional de la enseñanza secundaria. La línea de tendencia de las bases que examinamos parece, pues, suficientemente nítida en el sentido de no vulnerar la libertad constitucional de enseñar y aprender, de preservar la prioridad de los padres, y de evitar desconocer el orden natural incurriendo en "verticalismo autoritario" o en "anarquía constitucional".

Aun sin entrar en temas fundamentalmente técnicos, reiteramos que constituye un acierto la preocupación por revisar de modo permanente el curriculum de la enseñanza secundaria. Como lo advierte el documento, el aislamiento de los contenidos de la enseñanza se refleja en una triple obsolescencia: en relación con el estado actual del saber humano, en relación con las necesidades del aprendizaje, y en relación con las necesidades de la sociedad. Pensamos que para neutralizar toda tendencia al congelamiento de conocimientos tecnológicos, en un ámbito de continua movilidad, el programa de transformación debe tender a que los alumnos adquieran hábitos de investigación y estudio, creando en ellos la capacidad y la vocación de renovar, ampliar y reciclar de modo permanente el saber adquirido durante su tránsito por la enseñanza media.

En síntesis, estimamos que las Bases para el Programa de Transformación de la Enseñanza Secundaria constituye un documento con sugerencias que, rectamente aplicadas, pueden contribuir al mejoramiento de la educación argentina.

Saludamos al señor Ministro con distinguida consideración.

CONSULTA SOBRE EL ANTEPROYECTO DE REFORMA DEL DECRETO 2080/80, REGLAMENTARIO DE LA LEY SOBRE RÉGIMEN DE REGISTROS DE LA PROPIEDAD INMUEBLE DE LA CAPITAL FEDERAL Y PROVINCIAS

La Subsecretaría de Justicia solicita la opinión de la Academia sobre un anteproyecto de reforma de los artículos 125 y 126 del decreto 2080/80 reglamentario de la ley nacional 17.801 del Régimen de Registros de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal y Provincias.

El primero de ellos, actualmente en vigencia, determina que no se registrarán los documentos que constituyen derecho real de hipoteca si no se consigna su valor en pesos argentinos.

Cabe señalar que dicha disposición reglamentaria se dictó vigente la ley 21.309 que en su artículo 1º establece que, si se tratare de hipotecas o prendas con registro a constituirse para garantizar *obligaciones en dinero,* sometidas a cláusulas de estabilización o reajuste, el requisito de la especialidad se considerará cumplido al consignarse la cantidad cierta de la deuda originaria y la cláusula de estabilización o reajuste con expresa mención de los números índices de actualización adoptados, los períodos por los cuales se efectuará el ajuste y el tipo de interés pactado.

En el anteproyecto sobre el que se pide opinión se sustituiría el citado artículo 125 del Reglamento de la Ley

Registral por otro en el que se admitiría el registro de obligaciones en moneda extranjera, sin necesidad de que se haga constar la conversión correspondiente en moneda nacional.

La cuestión que suscita el tema es determinar si al constituirse la hipoteca en moneda extranjera se cumple el requisito que imponen los artículos 3108 y 3109 del Código Civil en cuanto éste establece que no puede constituirse hipoteca sino sobre cosas inmuebles especial y expresamente determinadas, por una *suma de dinero* también cierta y determinada. O sea, si la obligación en moneda extranjera puede considerarse una suma de dinero, o debe calificarse como de cantidad de cosas.

El tema es polémico, pues si bien se han expuesto opiniones contrarias a que se las considere obligaciones dinerarias, se ha ido abriendo camino firmemente la aceptación de contratos en moneda extranjera como moneda esencial o de pago, es decir, como obligaciones dinerarias, tal como lo ha expuesto el académico doctor Trigo Represas, con opinión coincidente, en su comunicación a nuestra Academia sobre obligaciones en dólares, en la sesión privada del 14 de diciembre de 1989 ("Anales", segunda época, año XXXIV, Nº 27). Allí señaló que la nueva tendencia se ha impuesto en la reciente jurisprudencia civil, como en los casos "Sciumbre c/Dibar", de la Cám. Civ. de la Capital, Sala F, del 9 de marzo de 1984, cit. por J. Alterini en "La Ley", 1987-B, pág. 875; "Santamarina M. A.", Sala A de la misma Cámara, del 11 de agosto de 1988, en "La Ley", 1988-E, 491, en el que se ordenó inscribir en el Registro de la Propiedad una hipoteca constituida en garantía de un crédito en dólares estadounidenses, lo que implicó un reconocimiento de esa moneda como dinero; "Salomone Alberto s/cobro", en el que el Tribunal de Superintendencia de la Cámara Nacional en lo Civil (citado por J. Alterini, en *Obligaciones en moneda extranjera y la hipoteca*, en "La Ley", t. 1987-E, pág. 873), declaró que al legislar el art. 617 del Código Civil sobre las obligaciones en moneda que carece de curso legal en el país, dentro de las obligaciones

de "dar sumas de dinero", les ha atribuido la condición de "dinerarias".

La obligación en moneda extranjera es por lo tanto una obligación dineraria que puede ser objeto de la prestación como deuda monetaria, ya sea que la divisa se hubiera convenido como moneda de cuenta o como moneda de pago.

Otra cuestión es la implicancia de dicha estipulación cuando la deuda es garantizada con hipoteca, habida cuenta del principio de especialidad en cuanto al crédito que prescriben los artículos 3109 y 3131 del Código Civil.

Este principio exige que en el acto de constitución de la hipoteca se determine la cantidad cierta de la deuda. Se contempla así el interés del propio deudor y, desde el punto de vista de los acreedores, que es el que concierne a la publicidad de la hipoteca, que éstos tengan certeza del límite de la responsabilidad del inmueble frente a la exigibilidad de pago de sus propios créditos.

El Código Civil proporciona una solución muy simple en el artículo 3109 cuando el crédito garantizado no está constituido por una suma de dinero cierta y determinada: declarar el valor estimativo en el acto constitutivo de la hipoteca, el cual será el límite de la garantía.

Ahora bien, cuando el monto del crédito puede experimentar variaciones por la alteración del valor real de la moneda, el principio de especialidad se satisface cumpliendo los requisitos de la ley 21.309: cantidad cierta de la deuda originaria, cláusula de reajuste, índices adoptados, períodos de ajuste y tipo de interés. En cualquier momento de la vida de la obligación se puede determinar matemáticamente el monto del crédito.

Quizá pueda pretenderse que así existirá incertidumbre sobre el monto total en dinero del país a la época de cancelación de la deuda, en razón de las fluctuaciones que puedan sobrevenir en la cotización de dicha divisa extranjera. Pero ello es lo mismo que sucederá en un reajuste sobre la base de algún índice de precios, aunque sea oficial, ya que igualmente se desconoce ab-initio cuáles son las variacio-

nes que podrá sufrir tal índice en el lapso comprendido entre el nacimiento y el vencimiento del plazo para el pago de la obligación contraída. En síntesis, las dificultades que pueden presentarse en ambos casos, en torno al monto final de la obligación garantizada, son semejantes; razón por la cual mal podría negarse la posibilidad de inscripción registral de una obligación en moneda extranjera garantizada con hipoteca, lo que no es más que una "cláusula de actualización o reajuste", claramente encuadrada en las preceptivas de la ley 21.309.

VII

MEMORIA Y BALANCE

MEMORIA 1990

En cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 28 del Estatuto de la Corporación, someto a la consideración del H. Cuerpo la memoria de las actividades y el balance del año 1990.

En primer lugar, considero oportuno destacar que la labor de los Señores Académicos constituyó un elemento muy importante y que la generosidad ejemplar con que brindaron sus conocimientos, su capacidad y su trabajo posibilitó que la Corporación apareciera en todo momento como una institución apta para cumplir adecuadamente los fines que presidieron su creación.

También estimo justo poner de relieve el espíritu de cooperación de personas vinculadas con la Academia, como los integrantes de sus institutos, los componentes del personal administrativo y todos aquellos que a través de diversos medios, como su asesoramiento, consejos, sugestiones y otras variadas formas ayudaron a la realización de las tareas específicas de la Corporación.

Cumplido este deber de justicia, procedo a reseñar diversos aspectos de la tarea realizada durante 1990.

I. *Provisión de vacante de Académico de Número.* — Como estaba previsto, en este período se llenó la vacante producida por el fallecimiento del Señor Académico de Número, Dr. Mario Justo López.

Para esa finalidad, se convocó a la sesión especial prevista en el Estatuto, que se realizó el día 13 de septiembre. Por unanimidad fue elegido el Dr. Antonio Vázquez Vialard, cuya formación jurídica y capacidad personal constituyen un índice elocuente del valor que significará su incorporación.

II. *Reuniones de Mesa Directiva.* — La Mesa Directiva se reunió semanalmente en sesión ordinaria y además lo hizo extraordinariamente cuando cualquiera de sus miembros lo consideró conveniente.

Es redundante, pero totalmente justo, decir que la actuación de quienes la componen, los Señores Académicos Dres. Enrique Ramos Mejía, José Domingo Ray, Jorge A. Aja Espil y Juan Carlos Cassagne, fue instrumento de valor substancial para el desarrollo de las tareas académicas.

Todos ellos, individualmente y en conjunto, fueron trabajadores permanentes que tuvieron como norte el mejor cumplimiento de las finalidades del Cuerpo, para lo cual no ahorraron esfuerzos ni sacrificios y mostraron tanta aptitud como voluntad para el ejercicio eficaz de sus respectivas responsabilidades.

En esas condiciones, fácil es comprender que las reuniones de la Mesa Directiva fueron realmente fecundas y mostraron la inquietud continua de sus integrantes por elaborar soluciones y propiciar medidas eficaces que apuntaran al futuro con el fin de obtener los mejores resultados en la labor de la Corporación.

Además, corresponde anotar que, a raíz de la licencia acordada al suscripto para que pudiera participar en las Jornadas Iberoamericanas de Derecho Aeronáutico, que se desarrollaron en la ciudad de Miami, Estados Unidos de América, el Académico Vicepresidente Dr. Enrique Ramos Mejía ocupó la Presidencia con su habitual espíritu de sacrificio y capacidad de dirección.

III. *Sesiones ordinarias del Cuerpo.* — Con total regularidad, se llevaron a cabo las sesiones ordinarias de la Academia, tanto las públicas como las privadas.

A lo largo del año, fue muy intensa la participación de los Señores Académicos y su interés en las actividades de la Corporación, todo lo cual se puso de manifiesto en la asistencia a las diversas reuniones y la alta calidad de los aportes e intercambios de ideas que se desarrollaron en las sesiones privadas.

Merece ser destacada la comprensión y el espíritu de colaboración que presidieron las deliberaciones del Cuerpo.

IV. *Comunicaciones y otros temas en las sesiones privadas.* — A partir del mes de mayo, en todas las sesiones privadas, se desarro-

llaron comunicaciones, las que versaron sobre los temas que se indican a continuación.

En su totalidad esas exposiciones revistieron alta jerarquía científica y motivaron, además, como antes señalé, fecundos intercambios de opiniones destinados a esclarecer problemas profundos de orden jurídico.

Seguidamente se incluye una nómina de las comunicaciones expuestas, las fechas en que se produjeron y los Señores Académicos que las tuvieron a su cargo.

24 de mayo: Académico Dr. Horacio García Belsunce, "El concurso de sanciones en el régimen penal tributario".

14 de junio: Académico Dr. Juan Carlos Cassagne, "La reglamentación del derecho de huelga en los servicios y actividades públicos".

21 de junio: Académico Dr. Marco Aurelio Risolía, "Aspectos jurídicos de la vejez".

13 de septiembre: Académico Correspondiente Dr. Jesús Abad Hernando, "Los aprovechamientos públicos binacionales. Su problemática jurídica. Especial referencia al Tratado de Yacyretá".

11 de octubre: Académico Dr. Elías P. S. Guastavino, "El jurista Papiniano".

25 de octubre: Académico Dr. Jorge Bustamente Alsina, "El individualismo liberal del Código Civil y la pretendida función social de la propiedad".

8 de noviembre: Académico Dr. Jaime Luis Anaya, "La unificación del derecho privado. Necesidad de un replanteo".

22 de noviembre: Académico Dr. José Domingo Ray, "Tendencias actuales en el Derecho Marítimo Internacional".

Todas las comunicaciones fueron seguidas por importantes reflexiones de los Señores Académicos, con el beneficioso resultado que antes puse de manifiesto.

Con la misma intensidad en la participación de los Señores Académicos, fueron considerados en las sesiones privadas, varios informes de las Secciones de la Academia, de sus institutos y de comisiones especiales sobre asuntos de interés.

También fueron analizadas y debatidas con gran amplitud las consultas formuladas por organismos estatales y las pertinentes respuestas de la Corporación.

Finalmente, ésta dedicó la última sesión privada del año a la consideración del funcionamiento de la Corporación durante este

período y proyectó planes para el trabajo a realizar durante el año próximo.

V. *Sesiones públicas.* — En el transcurso del año, se llevaron a cabo diversos actos públicos, a los que asistió un público calificado y numeroso, que manifestó su complacencia por la calidad de las conferencias que constituyeron el aspecto fundamental de esas reuniones.

El 10 de mayo, el Académico Correspondiente Dr. Néstor Pedro Sagüés disertó sobre "Derecho constitucional y derecho de emergencia".

El 26 de julio tuvo lugar la incorporación del Académico de Número Dr. Carlos M. Muñiz. El discurso de recepción fue pronunciado por el Académico Dr. Segundo V. Linares Quintana y la conferencia del nuevo integrante de la Corporación versó sobre "La conducción de las relaciones exteriores. El rol del ministro: atribuciones constitucionales y legales".

El 9 de agosto, la Académica Correspondiente Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci dictó una conferencia sobre "Reparación de los daños causados por las huelgas".

Y el 27 de septiembre, el Académico de Número Dr. Lino E. Palacio disertó sobre el tema "Aspectos actuales del recurso extraordinario federal".

A esta nómina, deben agregarse los que se realizaron en el marco del Seminario sobre el Régimen Económico de la Constitución Nacional, a que me referiré más adelante.

De todas las disertaciones, así como de las comunicaciones efectuadas en las sesiones privadas, sin perjuicio de su inclusión en el correspondiente volumen de "Anales", se editaron separatas, que fueron recibidas con mucho interés por el mundo jurídico nacional.

VI. *Reuniones con Presidentes de Academias Nacionales.* — Varios temas motivaron que los Presidentes de Academias Nacionales se reunieran para considerar problemas comunes a todas o sólo a algunas de las Corporaciones.

Entre las cuestiones de orden general, merecen recordarse las relacionadas con algunos pedidos de reconocimientos como Academias Nacionales de diversas instituciones.

Especiales características revistió la situación planteada en relación con la Academia del Tango, debido a que la Subsecretaría

de Cultura omitió realizar la consulta requerida por la Resolución Ministerial y, sin embargo, decidió acordarle la calidad de Academia Nacional a la solicitante.

El desacuerdo de los Presidentes fue unánime y dio lugar a una audiencia con el Señor Ministro Profesor Antonio Salonia, quién admitió el defecto en que se había incurrido y procuró dar satisfacciones en cuanto a lo sucedido.

También se resolvió en una reunión de Presidentes de Academias que el homenaje anual fuera rendido al Dr. Antonio Pires. El acto tuvo lugar en la Academia Nacional de Agronomía y Veterinaria el 24 de septiembre e hicieron uso de la palabra los Señores Académicos: Jorge Luis Zanotti, Guillermo R. Jáuregui y Norberto Ras.

En otra reunión general, estuvo presente el Señor Asesor del Ministerio de Educación, Dr. Héctor García Cuerva, quién entregó a los presentes documentos de trabajo elaborados por el Ministerio sobre descentralización de la educación, con el fin de consultar a las Corporaciones respecto a este tema.

La Secretaría de Ciencia y Técnica convocó en una oportunidad a los Presidentes de Academias con el fin de comentar el desarrollo de las tareas previstas para las diversas comisiones de trabajo, algunas de las cuales han cumplido la labor encomendada, en tanto que otras están a la espera de respuestas solicitadas a dicha Secretaría de Estado.

Tuvieron carácter parcial varias reuniones celebradas, tras una audiencia concedida por el Señor Ministro de Educación y Justicia, respecto al contrato de comodato, al que he de referirme luego, que concierne a los locales ubicados en Avenida Alvear 1711. Lógicamente, estas reuniones sólo contaron con la participación de los Presidentes de las Corporaciones que tienen su sede en ese edificio.

VII. *Reunión conjunta con la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.* — Como se había convenido con la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, a raíz del deseo de esa Corporación de celebrar la próxima reunión conjunta en su sede con motivo de su cincuentenario que se cumplirá en 1991, se suspendió la que debía haberse realizado durante el período en análisis.

Con el fin de preparar debidamente la próxima sesión conjunta,

nuestra Academia consideró el asunto en varias oportunidades y decidió proponer los siguientes temas para la sesión conjunta de 1991: "Vicios del acto jurídico" y "Jurisprudencia de la Corte Suprema en las distintas ramas del derecho". Por su parte la Corporación cordobesa ha propuesto "El derecho argentino, 1940-1990", es decir, el del último medio siglo.

En relación con las sesiones conjuntas, considero oportuno recordar que en la Colección de Obras de nuestra Academia, se publicó un volumen denominado "Derecho y realidad", que recoge exposiciones y trabajos de la realizada en Buenos Aires en 1989.

VIII. *Reuniones de otras instituciones jurídicas realizadas en la Sede de la Academia.* — A comienzos del año académico, la Asociación Argentina de Derecho Comparado solicitó la utilización de la sede de la Corporación para realizar reuniones de incorporación de miembros de esa entidad, autorización que, tras la pertinente consideración por el Cuerpo, fue concedida.

La misma Institución efectuó los días 3, 4 y 5 de diciembre en el salón de actos las Jornadas sobre "La Filosofía del Derecho en la Argentina".

IX. *Seminario sobre el régimen económico de la Constitución Nacional.* — El seminario sobre el régimen económico de la Constitución Nacional, organizado por las Academias Nacionales de Ciencias Económicas y Ciencias Morales y Políticas y nuestra Corporación, se desarrolló a lo largo del año mediante una serie de actos públicos, en todos los cuales se dictaron conferencias que contaron con amplia presencia de Señores Académicos, a quienes se agregaron asistentes calificados.

A continuación, se reseña la nómina de las conferencias con los respectivos expositores, la Academia en que tuvieron lugar y la fecha de cada una de las reuniones.

El 10 de julio, el Dr. Horacio García Belsunce trató en la Academia Nacional de Ciencias Económicas "La doctrina económica de la Constitución Nacional".

El 14 de agosto, en la sede de nuestra Corporación, el Presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Dr. Pedro J. Frías, disertó sobre "La recepción del sistema económico de la Constitución Nacional en el Derecho Público Provincial".

El 11 de septiembre, en la Academia Nacional de Ciencias Económicas, el Dr. Manuel Tagle desarrolló el tema "El régimen económico de la Constitución Nacional".

El 11 de septiembre, en la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, el Dr. Alberto Benegas Lynch se refirió a "Las leyes laborales y la Constitución Nacional".

El 2 de octubre, en la Academia Nacional de Ciencias Económicas, el Dr. Adolfo Buscaglia expuso sobre "La moneda en la Constitución Nacional".

El 16 del mismo mes, en la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, el Dr. Emilio J. Hardoy pronunció una conferencia sobre "Los derechos y garantías en el régimen económico de la Constitución Nacional".

Y el 20 de noviembre, el suscripto, en la sede de nuestra Academia, habló de "La libertad de navegación y comercio y el régimen jurídico del transporte aéreo internacional".

Las conferencias serán publicadas en los "Anales" de la Academia en que se dictaron y se harán separatas, sin perjuicio de la edición de los volúmenes que reflejarán los trabajos del Seminario.

X. *Sesión de homenaje al Académico Dr. Mario Justo López.* — Con motivo de cumplirse el primer aniversario del fallecimiento del señor Académico Dr. Mario Justo López, quien se desempeñaba como Vicepresidente de nuestra Corporación y de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas en el momento de su deceso, se llevó a cabo en la sede de esta última una sesión pública de homenaje el día 22 de agosto. En representación de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, habló el Académico Dr. Alberto Rodríguez Galán.

XI. *Reuniones con autoridades nacionales.* — Durante el transcurso del período a que se refiere este documento, se realizaron diversas reuniones con autoridades nacionales.

El Señor Presidente de la Nación, Dr. Carlos Saúl Menem, invitó al suscripto para que, en representación de la Academia, concurriera, juntamente con los Presidentes de las demás Academias Nacionales, al Salón Blanco de la Casa de Gobierno, con motivo del acto celebrado con ocasión del Día del Maestro, el 11 de septiembre.

El Señor Presidente expuso, en esa oportunidad, los lineamien-

tos fundamentales de la proyectada reforma educativa y, al finalizar su discurso, departió con diversos grupos de asistentes y requirió la colaboración en la tarea destinada a mejorar la educación en el país, requerimiento que dirigió expresamente a las Academias Nacionales.

Sobre el mismo tema y con idéntico pedido de cooperación a las Academias Nacionales, se efectuó una reunión de Presidentes de las Corporaciones con el Señor Ministro de Educación y Justicia, Profesor Antonio F. Salonia, en que se intercambiaron ideas referidas a aspectos generales de la cuestión.

También los Presidentes de las Academias Nacionales con sede en Avenida Alvear 1711 participamos en dos reuniones con el mismo Señor Ministro relacionadas con el comodato de los locales que ocupan actualmente dichas Corporaciones, tema al que me referiré más adelante.

Además, juntamente con los demás Presidentes de Academias Nacionales, el suscripto concurrió a la audiencia convocada por el Señor Secretario de Ciencias y Tecnología, Dr. Raúl Matera, que tuvo por finalidad avanzar en la colaboración entre esa Secretaría y las Corporaciones.

Desde otro punto de vista, es digna de mención la convocatoria efectuada por el Señor Arzobispo de Buenos Aires, Monseñor Antonio Quarracino, a los representantes de la cultura, a la que fuimos invitados y concurrimos varios Presidentes de Academias Nacionales. Hicieron uso de la palabra, en primer término, el Académico Dr. Carlos Alberto Floria y, posteriormente, el Señor Arzobispo, quien expuso conceptos realmente valiosos.

Finalmente, cabe recordar que el 7 de diciembre, con motivo de la instalación del Comité Argentino para el Decenio de la Cultura de la UNESCO, el Señor Subsecretario, Licenciado Julio Bárbaro, invitó al suscripto al acto que se realizó en la sede de la Subsecretaría al que asistí en representación de la Academia.

XII. *Designaciones de Académicos Correspondientes.* — En el período considerado en esta Memoria, fueron designados Académicos Correspondientes los Dres. Francisco Uriburu Michel y Jesús González Pérez. En ambos casos, los nombramientos contaron con el apoyo de la unanimidad del Cuerpo.

La designación del Dr. Uriburu Michel se efectuó en la sesión privada del 19 de abril, a propuesta de los Académicos Dres. Se-

gundo Linares Quintana, Miguel S. Marienhoff, Alberto Rodríguez Galán y Jorge Aja Espil y la del Dr. González Pérez fue tratada y aprobada en la sesión del 24 de mayo, a propuesta de los Señores Académicos Miguel S. Marienhoff, Lino E. Palacio y Juan Carlos Cassagne.

Es evidente que la jerarquía de los nuevos Académicos Correspondientes justifica plenamente sus nombramientos y permite esperar una valiosa colaboración de su parte.

XIII. *Integración de las Secciones de la Academia.* — Tal como lo prevé el estatuto, se integraron las Secciones de la Academia, que quedaron formadas del modo que sigue:

Derecho Público: Presidente, Dr. Segundo Linares Quintana; Dres. Miguel S. Marienhoff, Juan Francisco Linares, Enrique Ramos Mejía, Germán Bidart Campos, Manuel M. Diez, José María Ruda, Juan Ramón Aguirre Lanari, Horacio García Belsunce, Jorge Aja Espil, Alberto Rodríguez Galán y Juan Carlos Cassagne.

Derecho Privado: Presidente, Dr. Marco Aurelio Risolía; Dres. José María López Olaciregui, José Domingo Ray, Roberto Martínez Ruiz, Elías Guastavino, Jorge Bustamante Alsina, Augusto M. Morello, Lino E. Palacio, Félix Trigo Represas, Jaime L. Anaya y Federico Videla Escalada.

Ciencias Sociales: Presidente, Dr. Alberto Rodríguez Varela; Dres. Jorge Mayer, Julio Olivera, Juan F. Linares, Ambrosio Romero Carranza, Juan Ramón Aguirre Lanari, Julio Cueto Rúa y Carlos M. Muñiz.

XIV. *Declaraciones, consultas y dictámenes.* — Durante el transcurso del año 1990, la Corporación respondió a diversas consultas formuladas por organismos oficiales. De tal manera, cumplió adecuadamente una de sus funciones específicas de acuerdo con la legislación vigente.

En primer término, cabe mencionar que la Subsecretaría de Cultura solicitó la opinión de la Academia respecto del pedido de nacionalización presentado por las Academias de Farmacia y Bioquímica, de Ciencias Médicas de Córdoba y Argentina de Periodismo.

Las tres respuestas fueron negativas. Respecto a las dos primeras, las razones invocadas se ajustaron a la línea seguida en opor-

tunidades anteriores y se fundaron sobre la base de argumentos similares a los expuestos en aquellas contestaciones.

Respecto a la Academia Argentina de Periodismo, se pidió un dictamen al Académico Dr. Miguel S. Marienhoff, que fue la base de la respuesta remitida por la Corporación. Cabe señalar que este dictamen fue también enviado, a su pedido, a las demás Academias Nacionales.

La Subsecretaría de Justicia recabó la opinión de la Academia acerca de una eventual reforma de la Constitución Nacional. Tal como lo resolvió el Cuerpo, en la nota de respuesta se incluyó el texto de la declaración sobre Reforma de la Constitución aprobado en 1989.

También requirió la Subsecretaría de Justicia el pensamiento de la Corporación sobre un anteproyecto de reformas a los artículos 125 y 126 del Decreto 2080/80, reglamentario de la Ley nacional 17.801, que trata del Régimen de Registros de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal y Provincias.

El anteproyecto abre la posibilidad de inscripción registral de hipotecas en moneda extranjera y a su respecto se produjo un dictamen elaborado por los Académicos Dres. Roberto Martínez Ruiz y Félix Trigo Represas, con quienes colaboró también el Académico Dr. Jorge Bustamante Alsina y que fue aprobado por el Cuerpo tras un esclarecedor debate.

Sobre esa sólida base, se contestó la consulta.

Tal como lo había anunciado el Señor Ministro en la audiencia concedida a los Presidentes de las Academias Nacionales, el Ministerio de Educación y Justicia remitió dos documentos denominados "Bases para el programa de transformación de la Enseñanza Secundaria" y "La descentralización en el marco del Sistema Federal de Educación" y requirió a su respecto las consideraciones que le merecían a la Academia.

Dada la importancia del asunto, también en este caso, se constituyó una Comisión. La integraron los Académicos Dres. Alberto Rodríguez Varela y Alberto Rodríguez Galán y produjo un dictamen, que fue aprobado por el Cuerpo tras intensa deliberación y fue la base de la respuesta remitida al Profesor Antonio E. Salonia.

XV. *Trabajo de la Sección de Derecho Público.* — Presidida por el Académico Dr. Segundo Linares Quintana, la Sección de Derecho Público fue destinataria de un pedido del Cuerpo, que le en-

comendó analizar la reforma de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, tarea que cumplió y está desarrollando eficazmente.

Asimismo, la Sección ha continuado sus reuniones de estudio de temas constitucionales en general, lo que permitirá a la Corporación contar con un valioso conjunto de antecedentes en una materia de fundamental importancia.

XVI. *La labor de los Institutos.* — Durante el período, funcionaron normalmente los Institutos de la Corporación.

a) Instituto de Derecho Civil: En el Instituto de Derecho Civil que dirige el Académico Doctor Roberto Martínez Ruiz, se ha continuado con la preparación programada de trabajos, que existe el propósito de someter a la Academia para ser publicados.

Ya se han presentado trabajos sobre: "Legitimación para accionar en los casos de daños a las personas" por el Académico y miembro del Instituto Doctor Félix Alberto Trigo Represas; "Legitimación activa en casos de daños causados a las cosas" por el Doctor Marcelo Urbano Salerno; "La responsabilidad por el acto ilícito dañoso (con especial referencia al estado de necesidad)" por los doctores José Julián Carneiro, Ernesto Nieto Blanc y Luis Francisco Bouzat, y "Responsabilidad Civil por daños causados por productos elaborados" (Introducción; Interpretación de la Legislación Nacional; La noción del producto elaborado; Los sujetos de la relación resarcitoria; Especies de Responsabilidad) por la doctora María Luisa Casas de Chamorro Vanasco.

Están próximos a presentarse varios trabajos más, que con los anteriores se someterán al juicio de la Academia, para proceder a su publicación si así lo decide.

b) Instituto de Derecho Administrativo: Bajo la dirección del Sr. Académico Dr. Miguel S. Marienhoff y del Sr. Académico Dr. Juan Carlos Cassagne, como Subdirector, el Instituto de Derecho Administrativo llevó a cabo diversas sesiones de trabajo donde, entre todos sus integrantes, se analizaron cuestiones vinculadas a esta rama del derecho público.

Entre ellas, merece citarse el examen del tema de la Responsabilidad del Estado que sigue concitando la atención de los especialistas. Se dedicaron tres sesiones al análisis de esta problemática considerándose la responsabilidad estatal por emprendimientos urbanísticos, la responsabilidad de las entidades estatales y la derivada del obrar estatal en el área industrial.

Se consideró necesario examinar, también, el controvertido tema de los Reglamentos de Necesidad y Urgencia puesto que su uso se ha generalizado por parte del Poder Ejecutivo Nacional.

Finalmente, en la última sesión, se trató la problemática jurídica en materia de protección del medio ambiente.

El Instituto pudo concretar la publicación —como anticipo de "Anales" Año XXXV, Segunda Epoca, Número 28— de un trabajo de investigación que venía realizando desde el año anterior y que se tituló "La impugnación judicial de los actos administrativos en el orden nacional" (a propósito de los casos "Petracca" y "Mevopal") cuya elaboración se debe a los Dres. Guido S. Tawil, María del C. Jeanneret de Pérez Cortés y Alberto B. Bianchi.

También en materia de investigación se ha emprendido un estudio conjunto sobre el tema del Poder de Policía. A tal efecto, se han distribuído los temas entre los miembros del Instituto.

Cabe señalar, finalmente, que se han incorporado al Instituto los Dres. Horacio Creo Bay y Luis J. Pérez Colman.

c) Instituto de Derecho Internacional y de la Navegación: En el Instituto de Derecho Internacional y de la Navegación se consideró la posibilidad de realizar, juntamente con la Facultad de Derecho de la Universidad de Mar del Plata y la de la Universidad de Buenos Aires, un curso de postgrado sobre Derecho Marítimo.

Con ese fin, el Director del Instituto mantuvo varias reuniones con los señores decanos de las respectivas facultades y con la Dra. Graciela S. Arrola de Galandrini, Directora del Instituto de Derecho de la Navegación de la Universidad de Mar del Plata. Frente a diversas alternativas, se pensó que podría tratarse de un Curso de los que se denominan de Universidad abierta o a distancia. Por el momento, el proyecto no ha quedado desechado pero se ha postergado su realización debido a las dificultades de orden económico que implica.

Ante un requerimiento de la Dra. Marta Oliveros, de la Consejería Legal del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, el Sr. Director del Instituto asistió a una reunión que se celebró en el Ministerio con motivo de la visita del Sr. Jacosen, Director del Fondo Internacional de Garantías para indemnizar los daños causados por la contaminación producida por hidrocarburos. Como consecuencia de esa reunión se ha constituído un grupo de trabajo formado por la Dra. Oliveros, del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, el Dr. Bartoletti, auditor de la Marina de Guerra,

y el Director del Instituto. En el curso del corriente año se espera elaborar un informe sobre la oportunidad de la ratificación de las Convenciones de 1969 y 1971, y de los Protocolos de 1984 acerca de ese tema.

Como se informa en esta misma Memoria, el Director del Instituto de Derecho Internacional y de la Navegación, Dr. José Domingo Ray, asistió a la Conferencia de París del Comité Marítimo Internacional y se espera la documentación definitiva a fin de disponer la correspondiente publicación.

Los ejemplares del trabajo del Profesor Basedow, sobre derecho marítimo alemán, publicado el año anterior, ya han sido distribuidos y se aguardan las respuestas solicitadas para formar criterio acerca de la aprobación de convenciones internacionales y someter a la consideración de la Academia el proyecto del dictamen.

Por último, este Instituto ha programado para el año en curso diversas tareas con juristas especializados en temas de derecho marítimo y aeronáutico.

XVII. *Publicaciones de la Academia.* — Se publicó el Nº 27 de Anales y se encuentra en impresión el volumen correspondiente a 1990, que llevará el número 28.

Como anticipos de este último, se han editado las separatas que figuran en la nómina que se detalla a continuación:

FELIX ALBERTO TRIGO REPRESAS: "La responsabilidad civil en la prestación 'en grupo' o por equipo".

CARLOS M. MUÑIZ: "La conducción de las relaciones exteriores. El rol del ministro: atribuciones constitucionales y legales".

JAIME LUIS ANAYA: "La unificación del derecho privado. Necesidad de un replanteo".

AIDA KEMELMAJER DE CARLUCCI: "Daños y perjuicios producidos por las huelgas".

LINO E. PALACIO: "Aspectos actuales del recurso extraordinario federal".

GUIDO S. TAWIL — MARIA C. J. DE PEREZ CORTES — ALBERTO BIANCHI: "La impugnación judicial de los actos administrativos en el orden nacional".

HORACIO GARCIA BELSUNCE: "Régimen penal tributario. Concurso de sanciones".

JUAN CARLOS CASSAGNE: "La reglamentación del derecho de huelga en los servicios esenciales".

MARCO AURELIO RISOLIA: "Aspectos jurídicos de la vejez".

JESUS ABAD HERNANDO: "Los aprovechamientos públicos binacionales. Su problemática jurídica. Especial referencia al tratado de Yacyretá".

JORGE M. MAYER: "La rebelión de los contribuyentes".

ELIAS P. S. GUASTAVINO: "Evocación de Papiniano".

JORGE H. BUSTAMANTE ALSINA: "El individualismo del Código Civil y la pretendida función social de la propiedad".

JORGE M. MAYER: "Petróleo. Las provincias despojadas".

NESTOR P. SAGÜÉS: "Derecho constitucional y derecho de emergencia".

HORACIO GARCIA BELSUNCE: "La doctrina económica de la Constitución Nacional".

PEDRO J. FRIAS: "La recepción del sistema económico de la Constitución Nacional en el Derecho Público Provincial".

FEDERICO N. VIDELA ESCALADA: "La libertad de navegación y de comercio y el régimen jurídico del transporte aéreo internacional".

La colección de Obras de la Academia se enriqueció con la aparición de dos nuevos volúmenes: "Derecho y Realidad", que reúne los trabajos correspondientes a la VIII Reunión conjunta con la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, realizada en Buenos Aires en 1989 y "Las Cinco Argentinas" del Académico Dr. Jorge Mayer, quien con su habitual generosidad tomó a su cargo los gastos de la edición de su trabajo, que mereció cálidos elogios.

Durante el año se avanzó en la consideración del tema referido a la difusión y distribución de las publicaciones de la Corporación.

Con el fin de promover el conocimiento de aquéllas, se publicaron avisos en la prensa más prestigiosa eligiendo fechas coincidentes con la realización de la Feria del Libro del Autor al Lector y se editó un Catálogo, que contiene la lista de las publicaciones de las cuales hay ejemplares en la Academia.

A ello cabe agregar que se formalizaron convenios con las librerías Platero y Abeledo-Perrot para la exhibición y venta de Obras y separatas.

Finalmente, considero imprescindible destacar que se publicó la segunda edición de la obra del Académico Dr. Elías Guastavino, "Tratado de la 'jurisdicción' administrativa", que fue recibida con singulares elogios por el mundo jurídico.

XVIII. *Premios de la Academia.* — Conforme a la resolución referida a Premios de la Academia, de 1988, se llamó a concurso para optar a los premios "Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales" y "Estímulo Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales".

Como es de recordar, el primero es para obras editadas y el segundo para trabajos inéditos.

Los Jurados designados están integrados por los Académicos Dres. Marco Aurelio Risolía, Segundo V. Linares Quintana, Miguel S. Marienhoff, Augusto M. Morello y Jaime L. Anaya para el Premio Academia y por los Académicos Dres. Alberto Rodríguez Varela, Roberto Martínez Ruiz, Elías Guastavino, Alberto Rodríguez Galán y Lino E. Palacio para el Premio Estímulo.

Para optar al primero, se presentaron las siguientes obras: "Sistema acusatorio y juicio oral", del Dr. Jorge Leonardo Frank; "Competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", del Dr. Alberto B. Bianchi; "Juicio de insania y otros procesos sobre la capacidad", de los Dres. Santos Cifuentes, Andrés Rivas Molina y Bartolomé Tiscornia; "Estudio de la legislación de obras públicas de la Provincia de Buenos Aires" del Dr. César G. Carol; "Basta" del Dr. Rómulo Rozada; "Presunciones e indicios en juicio penal", del Dr. Hugo Rocha Degreef; "La promesa al público", del Dr. Carlos E. Moroni; "Jean Jacques Rousseau" del Dr. Rafael Vargas Gómez; "Derecho Internacional Contemporáneo", de la Dra. Silvia Maureen Williams; "La notificación en el procedimiento administrativo", de los Dres. David Halperín y Beltrán Gambier; "San Martín en la teoría y la historia de las instituciones políticas", del Dr. René Pérez y "Constituciones de papel", de la Dra. María Felisa Fernández Alberté, es decir un total de doce trabajos.

Y en el concurso por el Premio Estímulo se han registrado ocho presentaciones, cuyos títulos son los siguientes: "El peaje en la concesión de obra pública", "Necesidad de una propuesta ante el avan-

ce de la genética humana", "Reglas para la competencia internacional directa y el reconocimiento de sentencias extranjeras", "Inmunidades y privilegios", "La lectura del contrato social", "La problemática penal de las hojas de coca", "Continuación de la actividad de la empresa en quiebra" y "Poder de policía y crisis del Derecho Constitucional". Como es sabido, los autores figuran con seudónimos.

Las nóminas que anteceden muestran que la convocatoria —difundida en afiches y órganos periodísticos de primer nivel— ha tenido una respuesta razonable.

XIX. *Comodato.* — Las conversaciones con el Señor Ministro de Educación y Justicia, Profesor Antonio Salonia, sobre la posibilidad de formalizar un comodato con las Academias que tienen su sede en Avenida Alvear 1711, comenzadas en los últimos días de 1989, se concretaron en el período a que se refiere esta Memoria.

En la primera sesión del año, el Cuerpo tomó conocimiento de las bases de la propuesta formulada por el Ministerio y autorizó al suscripto para participar en las gestiones necesarias para formalizar el acuerdo.

El tema fue considerado en reuniones con el Señor Ministro y el día 5 de junio se suscribió el correspondiente instrumento por el cual se entregan en comodato a cada una de las cinco Academias con sede en este edificio los locales que actualmente ocupa cada una de ellas.

El Señor Ministro dispuso que se dicte la pertinente Resolución aprobatoria del acto y anunció que gestionará un Decreto del Poder Ejecutivo que apruebe lo actuado.

XX. *Donación de documentos.* — La Academia ha sido favorecida con una importante donación de documentos efectuada por la Señora Susana O'Farrell de Uribelarrea, en memoria de su esposo, Don Miguel J. de Uribelarrea, bisnieto del Dr. Tomás Manuel de Anchorena, a quien pertenecieron los instrumentos donados.

Debo poner de manifiesto que el Doctor Bonifacio del Carril tuvo intervención directa en el destino dado a la documentación donada y se puso en contacto con el suscripto. Informado el Cuerpo, decidió aceptar y agradecer la donación, para lo cual se cursó la pertinente nota a la Señora de Uribelarrea y también se expresó por nota la gratitud de la Corporación al Dr. del Carril.

XXI. *Biblioteca.* — La biblioteca ha incorporado nuevos elementos, como los ejemplares correspondientes a las suscripciones de las publicaciones a las que la Corporación está abonada. Ha mejorado substancialmente desde el punto de vista funcional, ya que la bibliotecaria, Dra. María Luz Rezk, ha completado el fichaje de las últimas donaciones.

Asimismo, la Dra. Rezk continúa la tarea iniciada, que en esta etapa consiste en volcar a la computadora todos los datos referidos a los libros, revistas y demás publicaciones que componen la biblioteca.

XXII. *Trabajos y dotaciones en la sede de la Academia.* — Durante el transcurso del año, se efectuaron los trabajos de mantenimiento necesarios para la atención de la sede de la Corporación, la cual participó, como es habitual, en los gastos correspondientes al cuidado del edificio donde está instalada.

Para obtener un rendimiento más eficaz del equipo de computación, se procedió a la compra de una impresora, complemento indispensable, que permitirá una mejor utilización de aquél.

También se adquirieron varios programas, tendientes a lograr el mejor empleo del mismo, tanto en la organización y funcionamiento de los aspectos administrativos, como en cuanto al orden de la biblioteca e, inclusive, se tuvo en cuenta la preparación del trabajo que se publicará sobre la base de los estudios vinculados con el Seminario sobre el régimen económico de la Constitución Nacional, tarea que tiene a su cargo el Académico Dr. Jorge A. Aja Espil.

Como prudente medida de previsión, se ha procedido a la contratación de seguros contra incendio y robo, que fueron adjudicados previa consideración de diversas propuestas de caracterizadas empresas aseguradoras.

También se contrató un servicio médico de urgencia, cuya cobertura se extiende a los Señores Académicos, los miembros del personal y los asistentes a los actos públicos que se celebren en la sede.

XXIII. *Actividades de Señores Académicos.* — Además de sus trabajos en la Corporación, varios de sus integrantes realizaron en el año 1990 otras actividades u obtuvieron distinciones valiosas, que pusieron de relieve sus altas cualidades.

El Académico Dr. Roberto Martínez Ruiz fue designado miembro de Número de la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires.

El Académico Dr. Juan Carlos Cassagne fue designado Académico Correspondiente de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas de España.

El Académico Dr. Marco Aurelio Risolía fue galardonado con las Palmas Sanmartinianas por el Instituto Nacional Sanmartiniano.

En homenaje al Académico Dr. Jorge Bustamante Alsina se realizaron, en el mes de junio, en la Facultad de Derecho de la Universidad del Museo Social Argentino, Jornadas sobre responsabilidad civil y se editó una publicación con trabajos presentados al certamen.

El Académico Dr. Julio Olivera fue designado Profesor Honorario de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad de Buenos Aires.

Apareció la cuarta edición del Tomo I del "Tratado de Derecho Administrativo" del Señor Académico Dr. Miguel S. Marienhoff.

El Señor Académico Dr. Julio César Cueto Rúa dictó sus cursos universitarios en los Estados Unidos.

El Académico Dr. José María Ruda pronunció diversas conferencias en varios países como complemento de su elevada función en la Corte Internacional de Justicia de La Haya.

El Académico Dr. Augusto M. Morello participó en sendos Congresos de Derecho Procesal en Italia y España.

El Académico Dr. José Domingo Ray intervino en la Conferencia del Comité Marítimo Internacional y el suscripto lo hizo en las Jornadas Iberoamericanas de Derecho Aeronáutico y del Espacio y de la Aviación Comercial.

XXIV. *Recursos afectados.* — La Academia afrontó la totalidad de los gastos requeridos para el cumplimiento de sus actividades, inclusive las publicaciones, con los recursos originados en la contribución del Estado Nacional, prevista en la norma legal que rige a las Academias Nacionales.

Tales fondos permitieron, inclusive, editar las publicaciones, tanto los Anales, como las Obras y las separatas, que constituyen adelantos de aquéllos. Sin embargo, creo un deber mencionar que, con generoso espíritu, también se contó con una donación del Aca-

démico Dr. Jorge Mayer para cubrir las erogaciones producidas por la edición de una de las Obras.

En el informe de tesorería, que sigue, se menciona específicamente la afectación de recursos para poder continuar con las finalidades de la Corporación.

XXV. *Informe de Tesorería.* — Como en ejercicios anteriores, la contribución del Estado se dedicó a los gastos producidos por las publicaciones, sueldo de personal y mantenimiento de la sede. Se continuó con la suscripción a revistas especializadas y se renovaron los seguros contra robo e incendio.

En materia de equipamiento, se adquirió una impresora, elemento imprescindible a fin de realizar los trabajos proyectados de fichaje y archivo.

Una cuidadosa administración de los recursos nos permitió afectar fondos para el año próximo, tal como surge del balance que se adjunta.

XXVI. *Reflexión final.* — No puedo cerrar esta memoria, sin destacar nuevamente la participación que, en todas las actividades de la Corporación, han tenido sus integrantes, quienes han aportado, no sólo sus condiciones intelectuales, sino una ejemplar generosidad en materia de dedicación a la tarea común y una intensa voluntad de trabajo.

Desde otro punto de vista, creo necesario señalar que la Academia no se ha concretado a cumplir su labor específica, sino que ha dedicado preferente atención a las circunstancias que han signado en este período a la vida nacional.

Especialmente, ha centrado sus inquietudes en los temas de denso contenido jurídico y moral, que han revestido singular relieve.

Las graves vicisitudes que han áfectado el funcionamiento del Poder Judicial, el aumento de los jueces de la Corte Suprema, las cuestiones, inclusive económicas y políticas, que han afectado la jerarquía de la administración de justicia, las sospechas y aun acusaciones de inconducta y corrupción dirigidas contra magistrados y abogados, el descenso alarmante del nivel ético en el ejercicio profesional son algunas de las trascendentales cuestiones que más preocuparon a la Academia.

En verdad, nadie puede desconocer la importancia del problema económico que aflige a la República, pero es también evidente que

no constituye el único de la grave crisis que atravesamos. Sin descuidar a aquél, es menester sumar todos los esfuerzos posibles tendientes a superar la declinación de la conciencia ciudadana en lo atinente al valor substancial de la justicia, así como de los preceptos morales, cuya vigencia es imprescindible para el correcto funcionamiento de la sociedad.

Esto explica que la Corporación no se haya limitado a las tareas de rutina que le incumben, sino que también haya dedicado superlativa atención a aquellas graves circunstancias de la vida nacional con el fin de brindar, en la mayor medida posible, su aporte para el bien común del país y asumir así debidamente la responsabilidad que le concierne conforme a sus altos fines académicos y de bien público.

BALANCE DEL EJERCICIO 1990

Tribunal de Cuentas: Ficha cuenta 8-65-684.

Nombre de la Asociación: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

Domicilio: Avda. Alvear Nº 1711, Piso 1º, Capital Federal (1014).

Objeto: La investigación en el campo del Derecho y las Ciencias Sociales, el fomento y la difusión de tales estudios y el perfeccionamiento del régimen legal del país.

Fecha de Autorización del Poder Ejecutivo: 25 de octubre de 1940.

BALANCE GENERAL AL 31 DE DICIEMBRE DE 1990
Iniciado el 1º de enero de 1990

A C T I V O		
Capítulo I: Muebles, Útiles e Instalaciones	*Miles de ₳*	*Miles de ₳*
Inmuebles (neto de amort.)	258.819,44	
Muebles, Út. e inst. (neto amort.)	205.435,74	
Biblioteca (neto de amort.)	58.181,34	522.436,52
Capítulo II: Efectivo		
Caja	1.742,72	
Moneda Extranjera	5,89	
Banco Nación Argentina cuenta corriente	19.905,81	21.654,42
Capítulo III: Créditos		
Deudores Varios	35.000.—	
Bonos Externos - Afectación:		
Fondo Publicaciones	360.883,25	
Fondo Institutos	151.570,97	
Fondo Muebles y Útiles	72.176,65	
Fondo Clasificación Biblioteca	36.088,32	
Fondo Libros Biblioteca	101.047,31	756.766,50
TOTAL DEL ACTIVO		1.300.857,44
P A S I V O		
Capítulo I: Fondos Sociales		
Capital Social	0,00943	
Ajuste del Capital	714.153,45	714.153,45
Capítulo II: Deudas		
Cuentas a Pagar		52.879,20
Capítulo III: Cuentas Varias		
Previsión para despidos		2.122,02
Capítulo IV: Resultados Acumulados		
Resultados de Ejercicios Anteriores	1.218.006,56	
Resultado del Ejercicio	(686.303,79)	531.702,77
TOTAL DEL PASIVO		1.300.857,44

CUENTA DE GASTOS Y RECURSOS AL 31-12-90

D E B E	*Miles de* ₳
Amortizaciones	70.898,77
GASTOS GENERALES DE ADMINISTRACION	
Publicaciones	143.113,44
Sueldos	96.797,18
Cargas Sociales	27.817,00
Previsión para Indemnizaciones	1.935,94
Gastos Mantenimiento	16.826,29
Gastos Varios Administración	254.060,18
Total	611.448,80

H A B E R	
Contribuciones	509.098,55
Intereses Cobrados	1.654,40
Ingresos Varios	4.066,58
Utilidad Títulos Públicos	245.732,16
Total	760.551,69

RESULTADOS FINANCIEROS	
Resultado por Exposición a la Inflación	(835.406,68)
DEFICIT DEL EJERCICIO	(686.303,79)

ESTADO DE EVOLUCION DEL PATRIMONIO NETO AL 31 DE DICIEMBRE DE 1990

En miles de australes

	Capital	*Ajuste del capital*	*Resultados no asignados*
Saldos al inicio	0,00943	79.315,13	135.273,94
Ajuste de saldos		634.838,32	1.082.732,62
Saldos iniciales ajustados	0,00943	714.153,45	1.218.006,56
Resultado del ejercicio			(686.303,79)
Saldos al cierre	0,00943	714.153,45	531.702,77

ANEXO 7

Resumen de Inventario para Asociaciones Civiles y Fundaciones

Nombre de la Asociación: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires

RESUMEN INVENTARIO AL 31-12-90

CUENTAS DEL ACTIVO

	Miles de ₳	*Miles de* ₳
MUEBLES, ÚTILES E INSTALACIONES		
Inmuebles:		
Valor al 31-12-89		30.036,80
Revalúo del ejercicio		235.259,50
Menos: Amort. del ejerc.	5.816,17	
Amort. anteriores	660,69	(6.476,86)
Saldo Inmuebles		258.819,44
Muebles y Útiles:		
Valor al 31-12-89		37.739,19
Más: 9/90 Impresora Epson		2.164,50
Revalúo del Ejercicio		224.771,45
Menos: Amort. del ejerc.	49.265,02	
Amort. anteriores	9.974,38	(59.239,40)
Saldo Muebles, Útiles e Instalaciones		205.435,74
Biblioteca:		
Valor al 31-12-89		9.611,23
Revalúo del ejercicio		66.014.87
Menos: Amort. del Ejerc.	15.817,58	
Amort. Anteriores	1.627,18	(17.444,76)
Saldo Biblioteca		58.181,34
Moneda Extranjera		
U$S 1 a ₳ 5.890.–		5,89
Deudores Varios		
Carlos Carrascosa y Cía. S. A.		35.000.–

Bonos Externos	
Bonos Externos 82:	
U$S 34.300 cotiz. ₳ 5.715	196.024,50
Bonos Externos 87:	
U$S 139.825 cotiz. ₳ 3.760	525.742,–
Saldo Bonos Externos	721.766,50

CUENTAS DEL PASIVO

CUENTAS A PAGAR	*Miles de* ₳
Daniel Germano	52.879,20
Total cuentas a pagar	52.879,20

NOTAS RELACIONADAS CON ESTADOS CONTABLES EN MONEDA CONSTANTE (R. T. Nº 6)

Nota 1. *Normas Contables aplicadas*

— Las normas contables más relevantes aplicadas por la asociación en los estados contables correspondientes al ejercicio que se informa fueron las siguientes:

1.1. *Estados contables en moneda constante*
Los estados contables han sido preparados en moneda constante, reconociendo en forma integral los efectos de la inflación. Para ello se ha seguido el método de ajuste establecido por la Resolución Técnica Nº 6 de la Federación Argentina de Consejos Profesionales de Ciencias Económicas.

1.2. De acuerdo a lo establecido por la Resolución Nº 2/90 de la Inspeción General de Justicia, los estados contables se han confeccionado con sus cifras expresadas en miles de australes.

1.3. *Criterios de Valuación*

Bienes de Uso
A su costo incurrido reexpresado en moneda de cierre, menos la correspondiente amortización acumulada. La amortización de los bienes de uso es calculada por el método línea recta, aplicando tasas anuales suficientes para extinguir su valores al final de la vida útil estimada.
El valor de los bienes de uso, considerados en su conjunto no supera su valor de utilización económica.

Bonos Externos - Afectaciones
Se han valuado al valor de cotización al cierre del ejercicio, importes que han sido afectados a distintos fines según surge de la Memoria correspondiente el ejercicio cerrado al 31/12/90.

Moneda Extranjera
Se ha valuado al valor de cotización al cierre del ejercicio.

Nota 2. Se incluye a continuación el monto al 31/12/90 de indemnizaciones por antigüedad, en el caso de ruptura del contrato de trabajo ₳ 94.015.990.–

Nota 3. *Cuenta de gastos y recursos sin reexpresión al 31/12/90.*

D E B E	*Miles de* ₳
Amortizaciones	235,71
Gastos Generales de Administración	
Publicaciones	118,51
Previsión para Indemnizaciones	1.935,94
Sueldos	74,33
Cargas Sociales	22,69
Gastos Mantenimiento	13.990,39
Gastos Varios Administración	83.519,49
Total	99.897,06

H A B E R	
Contribuciones	365.973,86
Intereses Cobrados	1.106,62
Ingresos Varios	3.265,20
Utilidad Títulos Públicos	201.635.–
Total	571.980,68
Superávit del Ejercicio	472.083,62

Nota 4. Cumpliendo con lo establecido por la Resolución Nº 13/90 de la Inspección General de Justicia se adjunta anexo correspondiente.

ANEXO RESOLUCION Nº 13/90 DE LA INSPECCION GENERAL DE JUSTICIA

Art. 1º) inc. a): Contribuciones estatales recibidas del Ministerio de Educación y Justicia de la Nación

	Miles de ₳
01/90	7.696,00
02/90	19.918,84
03/90	7.644,40
04/90	7.644,40
04/90	52.812,00
06/90	10.492,00
06/90	22.882,00
07/90	9.969,96
08/90	45.809,41
08/90	20.700,00
10/90	62.000,00
10/90	20.810,00
11/90	77.594,85
Total contrib. estatales recibidas	365.973,86

Art. 1º) inc. b): "Contratos estatales"

Tipo de contrato: Comodato.

Fecha del contrato: 5 de junio de 1990, aprobado por Resolución Nº 1501 del Ministerio de Educación y Justicia de la Nación con fecha 15 de agosto de 1990.

Duración: Veinte años a contar desde la firma del contrato.

Objeto: Uso gratuito del inmueble ubicado en el 1er. piso del edificio sito en Avenida Alvear 1711 de Capital Federal.

Partes contratantes:

a) Comodante: Ministerio de Educación y Justicia de la Nación.

b) Comodatario: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

DICTAMEN

Señores

Academia Nacional de Derecho
y Ciencias Sociales de Buenos Aires

Presente

En mi carácter de Contador Público independiente informo sobre la auditoría de los estados contables de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires detallados en el apartado 1 siguiente. Dichos estados fueron preparados por la comisión directiva, consistiendo mi responsabilidad en emitir una opinión sobre ellos, basada en la auditoría efectuada, que tuvo el alcance indicado en el apartado 2.

1. *Estados contables objeto de auditoría*

   1.1. Estado de situación patrimonial al 31-12-90.

   1.2. Cuenta de Gastos y Recursos y Anexo 7 por el ejercicio finalizado el 31 de diciembre de 1990.

   1.3. Estado de Evolución del Patrimonio Neto por el ejercicio finalizado el 31 de diciembre de 1990.

   1.4. Anexo Nº 13/90 de la Inspección General de Justicia.

2. *Alcance de la auditoría*

   — Mi examen fue realizado de acuerdo con las normas de auditoría vigentes, aprobadas por el Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la Capital Federal. Estas normas requieren que el auditor planifique y desarrolle la auditoría para formarse una opinión como la expuesta en el apartado 3. Una auditoría incluye el examen, por muestreo, de los elementos de juicio que respaldan la información expuesta en los estados contables, así como la evaluación de las normas contables utilizadas y de las estimaciones significativas hechas por la comisión directiva. La auditoría no tiene como propósito la detección de delitos o irregularidades intencionales.

3. *Dictamen*

— En mi opinión, los estados contables mencionados en 1 presentan razonablemente la situación patrimonial de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires al 31-12-90, los resultados de sus operaciones y las variaciones en el patrimonio neto por el ejercicio finalizado en esa fecha, de acuerdo con las Normas Contables Profesionales vigentes aplicadas.

4. *Información especial requerida por disposiciones vigentes*

— A efectos de dar cumplimiento a las disposiciones vigentes, informo que:

4.1. Los estados contables en moneda constante que se mencionan en 1 surgen de registros contables, llevados en sus aspectos formales de conformidad con las normas legales.

4.2. Al 31-12-90 no existen deudas devengadas a favor del Instituto Nacional de Previsión Social.

Buenos Aires, 3 de abril de 1991

ÍNDICE

I. DISERTACIONES EN SESIONES PÚBLICAS

II. COMUNICACIONES EN SESIONES PRIVADAS

III. SEMINARIO SOBRE EL RÉGIMEN ECONÓMICO DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL

IV. HOMENAJES

V. OTRAS DISERTACIONES Y TRABAJOS

VI. DECLARACIONES Y DICTÁMENES

VII. MEMORIA Y BALANCE

Se terminó de imprimir,
en el mes de agosto de 1991, en
GERMANO ARTES GRÁFICAS, S.R.L.,
Pedro Goyena 380, Buenos Aires.