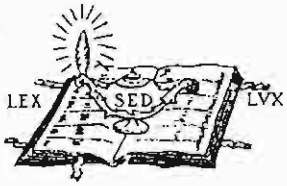
ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES

ANALES

SEGUNDA ÉPOCA
AÑO XLVII - NÚMERO 40
2002



BUENOS AIRES

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS
SOCIALES DE BUENOS AIRES

ANALES

SEGUNDA EPOCA
AÑO XLVII - NUMERO 40
2002

BUENOS AIRES

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

Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires
Av. Alvear 1711, primer piso. Tel./Fax: 48129327 y 4815-6976
(1014) Buenos Aires - Argentina
I.S.B.N. 950-527-811-X

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

SERIE I – ANUARIOS

Anales – Primera época, N° 1 (1915) – Segunda época, N° 1 a 40.

SERIE II – OBRAS

1.- *Significación jurídica y proyección institucional de la Declaración de la Independencia, por AGUSTIN DE VEDIA y ALBERTO RODRIGUEZ VARELA.*

2.- *Bibliografía de Juan B. Alberdi, por ALBERTO OCTAVIO CORDOBA.*

3.- *La nueva ciencia política y constitucional, por SEGUNDO V. LINARES QUINTANA.*

4.- *Política exterior en la edad nuclear, por FELIPE A. ESPIL.*

5.- *Académicos de Derecho y hombres de gobierno, por JUAN SILVA RIESTRA.*

6.- *La libertad, elección, amor, creación, por MANUEL RIO.*

7.- *El Congreso de Panamá, por MARIANO J. DRAGO.*

8.- *La esencia del Derecho, la Justicia, la Ley, por MANUEL RIO.*

9.- *Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas, por MIGUEL S. MARIENHOFF.*

10.- *La Nación Argentina hecha ley, por SEGUNDO V. LINARES QUINTANA.*

11.- *Historia del Derecho Político, por AMBROSIO ROMERO CARRANZA.*

12.- *La influencia del Código Civil en la evolución de la sociedad argentina, por JUAN CARLOS MOLINA y JOAQUIN G. MARTINEZ.*

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 ELIAS P. GUASTAVINO (2 tomos).*

20.- *Conferencias y Estudios, por HECTOR P. LANFRANCO.*

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

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

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

24.- *Vida y testimonio de Félix Frías, por AMBROSIO ROMERO CARRANZA y JUAN ISIDRO QUESADA.*

25.- *Victorino de la Plaza (1840 – 1919). Un eje institucional, por JORGE M. MAYER.*

26.- *Los posibles antídotos de la crisis, por JORGE M. MAYER.*

27.- *La incidencia de la reforma constitucional en las distintas ramas del derecho, XII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.*

28.- *La jurisdicción extraterritorial y la Corte Penal Internacional, por ALBERTO LUIS ZUPPI.*

29.- *Condición jurídico-política de la Ciudad de Buenos Aires, XIV Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.*

30.- *El derecho de daños en el derecho público y en el derecho privado, XIV Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.*

SERIE III – COMUNICACIONES

Comunicaciones – N° 1.

SERIE IV – INSTITUTO DE DERECHO CIVIL

1.- *Estudios sobre Derecho Civil.*

2.- *Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de la Nación.*

3.- *La reforma constitucional de 1994 y su incidencia en el Derecho Civil.*

4.- *Estudios sobre derecho ambiental.*

5.- *Estudios sobre daño moral.*

6.- *Estudios sobre el Proyecto de Código Civil de 1999.*

7.-*Nuevos estudios sobre el Proyecto de Código Civil de 1998.*

8.- *Estudios sobre las posibles implicancias de la ley de convertibilidad 23.928.*

9.- *Estudios sobre la "pesificación" y la emergencia económica.*

INSTITUTO DE DERECHO INTERNACIONAL Y DE LA NAVEGACION

- *Quebrantamiento de la limitación de responsabilidad. El Derecho Marítimo alemán*
- *Los convenios para la promoción y protección recíproca de inversiones.*
- *La protesta previa en el transporte de mercaderías por vía aérea.*

- *El Tribunal Internacional del Derecho del Mar.*
- *Derecho Internacional.*

INSTITUTO DE DERECHO EMPRESARIAL

- *Sociedad de garantía recíproca.*
- *Sociedades anónimas deportivas.*
- *Apuntes sobre el Proyecto de Código Civil de la República Argentina (Comisión Decreto 685/95). Su influencia en los contratos.*

INSTITUTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

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

INSTITUTOS DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y DE DERECHO ADMINISTRATIVO

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

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES

COMISION DE PUBLICACIONES

Director de Publicaciones

Académico Dr. José Domingo Ray

Vocales

Académico Dr. Jorge A. Aja Espil
Académico Dr. Julio César Cueto Rúa

ACADEMICOS DE NUMERO

por orden de antigüedad

	Nombre del sitial	Fecha
Dr. Segundo V. Linares Quintana	Esteban Echeverría	28 mayo 1956
Dr. Julio H. G. Olivera	Juan B. Alberdi	6 mayo 1964
Dr. Germán J. Bidart Campos	Manuel Quintana	15 julio 1971
Dr. Federico N. Videla Escalada	José M. Estrada	30 noviembre 1972
Dr. José Domingo Ray	Manuel Obarrio	22 mayo 1975
Dr. Alberto Rodríguez Varela	Luis María Drago	16 julio 1975
Dr. Juan R. Aguirre Lanari	Salvador M. del Carril	19 octubre 1978
Dr. Julio César Cueto Rúa	Roberto Repetto	15 setiembre 1981
Dr. Horacio A. García Belsunce	Félix Gregorio Frías	9 setiembre 1982
Dr. Jorge A. Aja Espil	Carlos Calvo	26 julio 1984
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
Dr. Eduardo Aguirre Obarrio	José Figueroa Alcorta	28 octubre 1993
Dr. Jorge R. Vanossi	José A. Terry	11 agosto 1994
Dr. Hugo Caminos	Eduardo Acevedo	23 noviembre 1995
Dra. Aída R. Kemelmajer de Carlucci	Aristóbulo del Valle	24 setiembre 1996
Dr. Carlos María Bidegain	José María Moreno	8 abril 1999
Dr. Julio César Otaegui	Estanislao Zeballos	23 setiembre 1999
Dr. Julio César Rivera	Dalmacio Vélez Sarsfield	25 noviembre 1999
Dr. Santos Cifuentes	Bartolomé Mitre	14 setiembre 2000
Dr. Jorge Horacio Alterini	Alfredo Colmo	14 diciembre 2000
Dr. Víctor Tau Anzoátegui	Lucio V. López	13 diciembre 2001

ACADEMICO EMERITO

Dr. Manuel Río	23 agosto 1984

MIEMBROS CORRESPONDIENTES

por orden de antigüedad

		Fecha
Dr. Vicente Mora Rodríguez	Uruguay	4 julio 1956
Prof. Georges Vedel	Francia	1 julio 1964
Dr. Eduardo Jiménez de Aréchaga	Uruguay	25 noviembre 1971
Prof. Ivon Loussovarn	Francia	25 noviembre 1971
Dr. Luis Sánchez Agesta	España	25 noviembre 1976
Dr. Fernando J. López de Zavalía	Tucumán	25 noviembre 1976
Dr. Pedro J. Frías	Córdoba	25 setiembre 1986
Dr. Rafael Entrena Cuesta	España	10 agosto 1989
Dr. Néstor Pedro Sagüés	Rosario	10 agosto 1989
Dr. Jesús González Pérez	España	24 mayo 1990
Dr. Mauro Cappelletti	Italia	27 mayo 1993
Dr. Carlos Fernández Sessarego	Perú	25 noviembre 1993
Dr. Adolfo A. N. Rouillon	Rosario	25 noviembre 1993
Dr. Eduardo García de Enterría	España	23 marzo 1995
Dr. Juan B. Vallet de Goytisolo	España	13 noviembre 1997
Dr. Ernesto F. Garzón Valdés	Alemania	11 diciembre 1997
Dr. Wolfgang Schöne	Alemania	23 julio 1998
Dr. Saúl Litvinoff	EE. UU. de N. A.	22 agosto 2002

ANTIGUOS ACADEMICOS DE NUMERO

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 L. Bidau
Dr. Eduardo Bidau
Dr. Rafael Bielsa
Dr. Bernardino Bilbao
Dr. Adolfo Bioy
Dr. Guillermo A. Borda
Dr. Ernesto Bosch
Dr. Rodolfo Bullrich
Dr. Carlos O. Bunge
Dr. Eduardo B. Busso
Dr. Jorge Bustamante Alsina
Dr. Pablo Calatayud
Dr. Francisco Canale
Dr. Ramón S. Castillo
Dr. Alfredo Colmo
Dr. Jorge E. Coll
Dr. Tomás R. Cullen
Dr. Mauricio P. Darack
Dr. Calixto S. de la Torre
Dr. Antonio Dellepiane
Dr. Atilio Dell'Oro Maini
Dr. Mariano De Vedia y Mitre
Dr. Juan José Díaz Arana
Dr. Manuel María Diez
Dr. Luis M. Drago
Dr. Mariano J. Drago
Dr. Wenceslao Escalante
Dr. Felipe A. Espil
Dr. Rómulo Etcheverry Boneo
Dr. José Figueroa Alcorta
Dr. Salvador Fornieles
Dr. Vicente C. Gallo
Dr. Guillermo Garbarini Islas
Dr. Juan Agustín García
Dr. Juan M. Garro
Dr. Juan A. González Calderón
Dr. Dimas González Gowland
Dr. Aquiles H. Guaglianone
Dr. Elías P. S. Guastavino
Dr. Carlos Güiraldes (h)
Dr. Alberto Hueyo
Dr. Carlos Ibarguren
Dr. Eduardo Labougle
Dr. Héctor Lafaille
Dr. Héctor P. Lanfranco
Dr. Hilario Larguía
Dr. Tomás Le Bretón
Dr. Ricardo Levene
Dr. Juan Francisco Linares
Dr. Mario Justo López
Dr. José María López Olaciregui
Dr. Baldomero Llerena
Dr. Osvaldo Magnasco
Dr. Carlos C. Malagarriga
Dr. Miguel S. Marienhoff
Dr. Félix Martín y Herrera
Dr. Roberto Martínez Ruiz
Dr. Agustín N. Matienzo
Dr. José N. Matienzo
Dr. Jorge M. Mayer
Dr. Carlos L. Melo
Dr. Leopoldo Melo
Dr. Manuel A. Montes de Oca
Dr. Rodolfo Moreno (h)
Dr. José Luis Murature
Dr. Rómulo S. Naón
Dr. Benito A. Nazar Anchorena
Dr. Luis Esteban Negri Pisano
Dr. Manuel Obarrio
Dr. Pedro Olaechea y Alcorta
Dr. Francisco J. Oliver
Dr. Manuel V. Ordóñez
Dr. Alfredo Orgaz
Dr. Adolfo Orma
Dr. Alberto G. Padilla
Dr. 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. Enrique Ramos Mejía
Dr. Francisco Ramos Mejía
Dr. Juan Carlos Rébora
Dr. Roberto Repetto
Dr. Manuel Río
Dr. Marco Aurelio Risolía
Dr. Horacio C. Rivarola
Dr. Rodolfo Rivarola
Dr. Ambrosio Romero Carranza
Dr. José M. Rosa
Dr. José María Ruda
Dr. Enrique Ruiz Guiñazú
Dr. Isidoro Ruiz Moreno
Dr. Isidoro Ruiz Moreno (h)
Dr. Alejandro Ruzo
Dr. Diego L. Saavedra
Dr. Carlos Saavedra Lamas
Dr. Antonio 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 PUBLICAS

Palabras de apertura del acto

Por Horacio A. García Belsunce (*)

En momentos como los actuales en que la Nación está padeciendo su más grave crisis institucional desde su organización en 1853, porque se extiende a todas las instituciones políticas, jurídicas, económicas y sociales, es imperioso volver al pasado en busca de hombres, de obras y de valores que nos den aliento y esperanza a reconstruir el presente y para evitar no tener futuro.

En esa búsqueda, hoy como siempre, emerge la figura egregia de Juan Bautista Alberdi y de sus obras imperecederas. A una de ellas titulada "Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina", recurriremos en su homenaje para demostrar cuáles son los cimientos de nuestra organización nacional y que lo que fue en aquél momento "puntos de partida", debe ser hoy para nosotros puntos de apoyo y de referencia para orientarnos en el largo y penoso camino de reconstruir las instituciones nacionales, empeño y compromiso que no hemos abandonado.

(*) Palabras del Académico Presidente en el acto celebrado al cumplirse el sesquicentenario de la edición de "Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina", de Juan B. Alberdi, en la sesión pública del 9 de mayo de 2002.

El derecho constitucional en las "Bases"

Por Horacio A. García Belsunce (*)

La obra magna de Juan Bautista Alberdi titulada *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, publicada en 1852 y bien llamada el Anteproyecto de la Constitución Nacional de 1853, nos congrega a juristas, politólogos y economistas a celebrar su sesquicentenario. Es una obra polifacética como lo fue la personalidad de su autor, que partiendo del examen de la realidad política de ese entonces proyecta el futuro de la República, ensamblando como en un gran tratado de sociología aplicada para un país determinado la organización política, jurídica, económica y social que, en conjunción inseparable y como condicionantes recíprocos una de otra, constituyen los pilares del gran edificio a construir: la República Argentina.

Como acabo de señalar, resulta difícil separar en las *Bases* los ingredientes políticos y jurídicos de la organización constitucional que Alberdi proyecta. No obstante, trataré de analizar los principales contenidos jurídicos de la obra del bien calificado *Padre de la Constitución Argentina*, que concreta en normas positivas comprendidas en el Anteproyecto de Constitución con el que culmina la obra y que ha justificado, con indiscutible razón, que sea considerado el primer constitucionalista argentino.

Dice Alberdi en el primer capítulo de la obra que concita nuestro homenaje, que en ella se propone ayudar a los diputados y a la prensa constituyentes a fijar bases de criterio para marchar en la cuestión constitucional, analizando cuáles serán las tendencias, propósitos o miras, en vista de los cuales deba concebirse la venidera Constitución.

(*) Disertación pronunciada por el Académico Presidente, en la sesión pública del 9 de mayo de 2002.

Con prosa concreta y contundente señala en el capítulo XIX que "La Constitución de un país supone un gobierno encargado de hacerla cumplir: ninguna Constitución, ninguna ley se sostiene por su propia virtud, y que la Constitución en sí misma no es más que la organización del gobierno considerado en los sujetos y cosas sobre los que ha de recaer su acción, en la manera como ha de ser elegido, en los medios o facultades de que ha de disponer y en las limitaciones que ha de respetar".

Analizando el carácter histórico del derecho constitucional sudamericano, Alberdi distingue dos períodos en la historia constitucional de nuestra América del Sur: uno que comienza en 1810 y concluye con la guerra de la Independencia contra España, y otro que data de esta época y acaba "en nuestros días", refiriéndose obviamente a 1852. Señala que todas las constituciones del último período son reminiscencias o reformas, muchas veces textuales, de las constituciones dadas en el período anterior, animadas del único propósito de acabar con el poder político que Europa había ejercido en este continente, empezando por la conquista y siguiendo por el coloniaje. En ese primer período se hacía consistir y se definía todo el mal de América en su dependencia de un gobierno conquistador perteneciente a Europa, de modo tal que la democracia y la independencia eran todo el propósito constitucional de aquel entonces, mientras que "la riqueza, el progreso material, el comercio, la población, la industria, en fin, todos los intereses económicos, eran cosas accesorias, beneficios secundarios, intereses de segundo orden, mal conocidos y mal estudiados". Agrega que bajo ese espíritu de reserva, de prevención y de temor hacia Europa, y de olvido y abandono de los medios de mejoramiento por la acción de los intereses económicos, se dieron las constituciones contemporáneas de San Martín, de Bolívar y de O'Higgins, sus inspiradores ilustres, repetidas casi textualmente y sin bastante criterio por las constituciones ulteriores.

Refiriéndose a las constituciones de la República Francesa y de la República de Norteamérica dice que la primera nos comunicaba su nulidad reconocida en materias económicas, pues sabido es que ella, que sirvió a todas las libertades, desconoció y persiguió la libertad de comercio, y por resultado de ese sistema, la industria europea se acostumbró a vivir de protección, de tarifas y prohibiciones. Los Estados Unidos no eran mejor ejemplo para nosotros en política exterior y en materias económicas, aunque esto parezca extraño, señala Alberdi. Una de las grandes miras constitucionales de la Unión del Norte, sigue refiriendo en su capítulo II, era la defensa del país contra los extranjeros, que allí rodeaban por el Norte y

Sur a la República naciente. A los Estados Unidos les convenía la adopción de una política destinada a proteger su industria y su marina contra la concurrencia exterior, por medio de exclusiones y tarifas. Pero nosotros —señala en las *Bases*— no tenemos fábricas ni marina, en cuyo obsequio debamos restringir con prohibiciones y reglamentos la industria y la marina extranjeras, que nos buscan por el vehículo del comercio. Fustiga las constituciones anteriores diciendo que la América del Sur reconoce completamente su situación y circunstancias cuando invoca para sí el ejemplo de la política exterior que Washington aconsejaba a su país, en tiempo y bajo circunstancias tan diversas. Mientras América del Norte atrajo población a su suelo en gran cantidad aun antes de la independencia, nosotros, como herederos de un sistema tan esencialmente exclusivo, necesitamos de una política fuertemente estimulante en lo exterior.

Claramente sostiene Alberdi que la repetición del sistema que convino en tiempos y países sin analogía con lo nuestro, sólo serviría para llevarnos al embrutecimiento y a la pobreza, y que ése es el cuadro constitucional que ofrece la América del Sur, por lo cual se dedica a analizar particularmente las más conocidas constituciones ensayadas o vigentes en Sudamérica.

Refiriéndose a la Constitución Argentina de 1826, dice que la independencia y la libertad eran los dos grandes fines de la asociación que concretaba dicha Constitución. El progreso material, la población, la riqueza, los intereses económicos, que hoy son todo, eran cosas secundarias para los legisladores constituyentes de 1826. "La Constitución unitaria de 1826, copia confesada de una Constitución del tiempo de la guerra de la independencia, carecía igualmente de garantías de progreso". En el capítulo III de las *Bases* pone énfasis en que la Constitución de 1826 no garantizaba la libertad de la industria y del trabajo, como lo exigía el tratado celebrado con Inglaterra dos años antes, y que tampoco garantizaba bastante la propiedad, pues en los casos de expropiación por causa de utilidad pública no establecía que la compensación fuese previa, y que la utilidad pública y la necesidad de la expropiación fueren calificadas por ley especial, con lo que, a su entender, dejaba descubierto el derecho de propiedad y afectaba el progreso del país. Agrega que tampoco garantizaba la inviolabilidad de la posta, de la correspondencia epistolar, de los libros de comercio y papeles privados y, lo que destaca como más notable, no garantizaba el derecho y la libertad de locomoción y tránsito, de entrar y salir del país. En suma, la que califica como "ruidosa Constitución de 1826" desatendía las necesidades económicas de la República, de cuya satisfacción depende todo su porvenir.

En el capítulo X, titulado "Cuál debe ser el espíritu del nuevo derecho constitucional en Sudamérica", dice que el fin de las constituciones debe propender a organizar y constituir los grandes medios prácticos y sacar a la América emancipada del estado oscuro y subalterno en que se encuentra. Esos medios deben figurar hoy a la cabeza de nuestras constituciones; así como antes colocábamos la independencia, la libertad y el culto, hoy debemos poner la inmigración libre, la libertad de comercio, los caminos de hierro, la industria sin trabas como medios esenciales de conseguir que dejen ellos de ser palabras y se vuelvan realidades.

Al decir en el capítulo XII que la República posible está antes que la República verdadera, afirma algo altamente significativo, como que los argentinos "no estamos bastante sazonados para el ejercicio del gobierno representativo, sea monárquico o republicano... pero los que hemos practicado la República por espacio de 40 años, aunque pésimamente, seríamos peores monarquistas que republicanos, porque comprendemos menos la monarquía que la República".

El gobierno posible en la América antes española consiste en elevar nuestros pueblos a la altura de la forma de gobierno que nos ha impuesto la necesidad: la República. Darles la aptitud que les falta para ser republicanos, para hacerlos dignos de la República que hemos proclamado que no podemos practicar hoy ni tampoco abandonar; el mejorar el gobierno por la mejora de los gobernados; el mejorar la sociedad para obtener la mejora del poder, que es su expresión y resultado directo.

Con estos fundamentos las *Bases* reafirma el sistema republicano de gobierno, recordando la feliz solución de la Constitución de Chile y sosteniendo que los medios indicados para hacer una República posible son la inmigración, una legislación civil, comercial y marítima sobre bases adecuadas y hallando un sistema de gobierno que secunde la acción de esos medios.

Resulta tan admirable como profética la visión de Alberdi sobre el futuro, principalmente cuando pone el acento en ciertos aspectos que llama medios para hacer la Constitución de la República posible. Ellos son la educación, en primer lugar, que la distingue de la instrucción, renegando de la enseñanza humanista y abstracta para particularizarse en las ciencias exactas y las artes aplicadas a la industria, como lo explica sustancialmente en el capítulo XIII de las *Bases*. Aunque no nos guste, es válido recordar que en ese capítulo dice que nuestros países necesitan más de ingenieros, de geólo-

gos y naturalistas que de abogados y de teólogos, y que su mejora se hará con caminos, con pozos artesianos, con inmigraciones y no con periódicos agitadores o serviles, ni con sermones o leyendas. Afirma que el idioma inglés, como idioma de la libertad, de la industria y el orden, debe ser aun más obligatorio que el latín; no debería darse diploma ni título universitario al joven que no lo hable y escriba. ¡Admirable premonición de hace 150 años que hoy se puede repetir y suscribir sin duda alguna!

La religión es también preocupación del autor de las *Bases* Sostiene que debe ser entre nosotros un ramo de la educación y no de instrucción. Que la Constitución debe mantener y proteger la religión de nuestros padres, como la primera necesidad de nuestro orden social y político; pero debe protegerla por la libertad, por la tolerancia y por todos los medios que son peculiares y propios del régimen democrático y liberal y no como el antiguo derecho indiano, por exclusión y prohibiciones de otros cultos cristianos. He aquí un antecedente del derecho a la libertad de cultos, esclarecido cuando Alberdi dice: "Será necesario consagrar el catolicismo como religión de Estado, pero sin excluir el ejercicio público de los otros cultos cristianos".

Dejo de lado lo que sigue en las *Bases* sobre la inmigración, los ferrocarriles, la libre navegación fluvial, las franquicias y privilegios, porque serán seguramente materias de las que se ocuparán los distinguidos presidentes de academias nacionales que nos honran acompañándonos en este homenaje. Sin embargo, del capítulo XV de las *Bases* deseo extraer conceptos relacionados con los tratados extranjeros, cuando Alberdi sostiene que en esos tratados deben darse garantías al extranjero de que sus derechos naturales de propiedad, de libertad civil, de seguridad, de adquisición y de tránsito le serán respetados, y que los tratados de amistad y comercio son el medio honorable de colocar la civilización sudamericana bajo el protectorado de la civilización del mundo, y que cuantas más garantías demos al extranjero, mayores derechos asegurados tendremos en nuestro país, concluyendo que debemos celebrar tratados con todas las naciones, no con algunas, concediendo a todas las mismas garantías, para que ninguna pueda subyugarnos y para que las unas sirvan de obstáculo contra las aspiraciones de las otras.

En el capítulo XVI de las *Bases* se encuentra explicitado el fundamento de aquello que hace a la esencia del constitucionalismo: la preeminencia de la Constitución. Dice Alberdi: "La Constitución debe dar garantías de que sus leyes orgánicas no serán excepciones derogatorias de los grandes prin-

cipios consagrados por ella, como se ha visto más de una vez. Es preciso que el derecho administrativo no sea un medio falaz de eliminar y escamotear las libertades y garantías constitucionales". Da ejemplos ilustrativos diciendo que si la prensa es libre, no puede venir la ley orgánica de la prensa creando trabas y limitaciones a su ejercicio, que la deje ilusoria y mentirosa. Que si la Constitución dice que el sufragio es libre, no debe venir la ley orgánica electoral y a fuerza de requisitos y limitaciones excepcionales convertir en mentira la libertad de votar. Si la Constitución establece que el comercio es libre, no debe venir el Fisco con sus reglamentos estableciendo limitaciones y restricciones.

Estos conceptos se concretan normativamente en el artículo 20 de su Anteproyecto de Constitución, que textualmente dice: "Las leyes reglan el uso de estas garantías de derecho público, pero el Congreso no podrá dar ley que con ocasión de reglamentar u organizar su ejercicio la disminuya, restrinja o adultere en su esencia". No hay duda alguna de que este texto es la fuente, casi fidedigna, del principio de la inalterabilidad de los derechos y garantías constitucionales que preceptúa el art. 28 de la Constitución que nos rige.

Es de interés particular y actual recorrer en las *Bases* conceptos que garantizan el derecho de propiedad del individuo frente al Fisco. Dice Alberdi que las colonias españolas eran formadas para el Fisco y no el Fisco para las colonias. Agrega que "al entrar en la revolución hemos escrito en nuestras constituciones la inviolabilidad del derecho privado; pero hemos dejado en presencia subsistente el antiguo culto del interés fiscal. De modo que, a pesar de la revolución y de la independencia, hemos continuado siendo repúblicas hechas para el Fisco. Es menester otorgar garantías de que esto se ha reformado, y de que las palabras de la Constitución sobre el derecho de propiedad se volverán realidad práctica por leyes orgánicas y reglamentarias, en armonía con el derecho constitucional moderno".

Los temas que considero más relevantes y también discutibles en el pensamiento de Alberdi volcado en las *Bases* son los que se refieren al concepto y aplicación del *federalismo* y la *soberanía*, materias fundamentales tanto en el campo del derecho constitucional como de la ciencia política. A ellos me referiré a continuación.

Después de dejar sentado que la democracia, más que una forma es la esencia misma del gobierno (capítulo XIX), Alberdi sostiene que la federa-

ción o la unidad, es decir la mayor o menor centralización del gobierno federal, son un accesorio, pero que éste ha dominado toda la cuestión constitucional de la República Argentina hasta ese entonces (1852). Considerando que son los hechos y los antecedentes de la historia del país los que han de determinar la elección del régimen federativo o unitario, enumera prolijamente los antecedentes de cada una de las citadas tendencias. Así, entre los *antecedentes unitarios* que corresponden a la época del gobierno colonial, menciona la unidad de origen español en la población argentina; unidad de creencias y de cultos religiosos; unidad de costumbres y de idioma; unidad política y de gobierno, pues todas las provincias formaron parte de un solo Estado; unidad de legislación civil, comercial y penal; unidad judiciaria en el procedimiento y en la jurisdicción y competencia; unidad territorial bajo la denominación de Virreinato del Río de la Plata; unidad financiera; unidad administrativa y la ciudad de Buenos Aires constituida en capital del Virreinato. Agrega a esos antecedentes unitarios, los que surgen del tiempo de la revolución y que son unidad de creencias políticas y de principios republicanos, unidad de sacrificios en la guerra de la independencia; unidad de conducta, de esfuerzo y de acción en dicha guerra; los distintos pactos de unión general celebrados e interrumpidos durante la revolución, de los cuales el primero de ellos es el solemne de la declaración de la independencia de la República Argentina del dominio y vasallaje de los españoles; los congresos, presidencias, directorios supremos y generales que se han dejado ver durante la revolución; la unidad diplomática consignada en tratados celebrados con otros países; la unidad de glorias y de reputación; la unidad de armas o de escudo y la unidad implícita que se revela cada vez que se dice República Argentina, territorio argentino, pueblo argentino.

Son *antecedentes federativos* de la República Argentina, tanto coloniales como patrios, los siguientes: las diversidades y rivalidades provinciales; los largos interregnos de aislamiento y de independencia provincial; las especialidades provinciales derivadas del suelo y del clima de las que se siguen otras en el carácter, los hábitos, el acento, los productos de la industria y el comercio, las distancias enormes y costosas que separan unas provincias de otras; la falta de caminos, de canales, de medios de comunicación y transporte; los hábitos ya adquiridos de legislaciones, de tribunales de Justicia y de gobiernos provinciales; la soberanía parcial que la Revolución de Mayo reconoció a cada una de las provincias (ya discutiré este tema más adelante); las extensas franquicias municipales y la gran latitud dada al gobierno provincial por el antiguo régimen español en los pueblos de la República Argentina; el poder de la propia dirección o liber-

tad local; los tratados, las ligas parciales celebradas por varias provincias entre sí en el período de aislamiento; el provincialismo monetario del que Buenos Aires ha sido el antecedente más notable con su papel moneda de provincia y, por fin, el acuerdo de los gobiernos provinciales celebrado en San Nicolás el 31 de mayo de 1852, ratificando el Pacto del Litoral de 1831, que consagra el principio federativo de gobierno (capítulo XVII).

En el capítulo XIX de las *Bases* Alberdi dice que federación significa liga, unión, vínculo. Que la federación puede ser más o menos estrecha y que hay grados diferentes de federación. Destaco a esta altura que *cuando Alberdi habla de simple federación quiere decir confederación, y es por eso que sostiene que una simple federación excluye la idea de un gobierno general y común a los confederados*, pues no hay alianza que haga necesaria la creación de un gobierno para todos los aliados. Así, cuando algunas provincias argentinas se han ligado parcialmente por simples federaciones, no han reconocido por eso un gobierno general para su administración interior. Excluye igualmente la simple federación toda idea de nacionalidad o fusión, pues toda alianza deja intacta la soberanía de los aliados (capítulo XXI).

Refiriéndose a los antecedentes norteamericanos dice que no debe confundirse la Confederación de los Estados Unidos del 9 de julio de 1778 con la Constitución de los Estados Unidos de América, promulgada por Washington el 17 de septiembre de 1787. Considera que la federación de los Estados Unidos de Norteamérica no es una simple federación, sino una federación compuesta, una federación unitaria y centralista que fue precedida de una confederación o federación pura y simple, que en ocho años puso a esos estados al borde de la ruina. Considera que en los Estados Unidos hubo una confederación o simple federación, como le llama en las *Bases*, y luego un segundo sistema mixto entre federal y unitario, agregando sobre el particular: "De aquí viene que nuestros unitarios de 1826 citaban a favor de su idea la opinión de Washington y nuestros federales no sabían responder que Washington era opuesto a la federación pura, sin ser partidario de la unidad pura" (capítulo XXI). Sostiene más adelante que la confederación no es una simple liga de gobiernos locales, sino una fusión o consolidación de los habitantes de todas las provincias en un estado general federativo, compuesto de soberanías provinciales, unidas y consolidadas para ciertos objetos, sin dejar de ser independientes en ciertos otros. La soberanía provincial (concepto controvertido del que más adelante me ocuparé), acordada por base, quedará subsistente y respetada en todo aquello que no pertenezca a los objetos sometidos a la acción exclu-

siva del gobierno general, que serán, por regla fundamental del derecho público, *todos aquellos que expresamente le atribuya la Constitución al poder del gobierno federativo o central* (capítulo XXIV). Concluye Alberdi sobre este tema que la República Argentina es incapaz de una simple federación (confederación), como de una pura y simple unidad. Necesita, para las circunstancias en que vive, de una *federación unitaria* o de una *unidad federativa* (capítulo XXIV).

En pro de la formulación mixta, Alberdi estima que el principio unitario de gobierno no está muerto en la República Argentina y debe ser consignado con lealtad en la Constitución general, en la parte que le corresponda, en combinación discreta y sincera con el principio de soberanía provincial o federal. Explicitando la fórmula mixta dice que las provincias no podrían dar parte de su poder al gobierno central y retener al mismo tiempo ese poder, y enumera al cierre de su capítulo XXIV lo que no podrán hacer las provincias, que es lo mismo que en forma apretada dice el texto del artículo 99 de su Anteproyecto y que en términos similares repite el artículo 101 de la Constitución de 1853.

Buscando fundamentar su tesis de la federación mixta en los antecedentes locales, dice en las *Bases* que el gobierno colonial del Río de la Plata era unitario a pesar de la intención de los gobernadores locales, pero que el Cabildo de Buenos Aires, instituido por la Revolución de 1810, no tenía poderes sobre los cabildos de las otras provincias y, en consecuencia, no podía imponerles un gobierno creado por él, por lo cual se limitó a participarles el cambio invitándolos por nota dirigida el 26 de mayo de 1810, a enviar sus diputados para tomar parte en la composición de la Junta.

Es oportuno transcribir los conceptos que surgen del capítulo XX, cuando su autor dice: "No viene, pues, de 1820, como se ha dicho, el desquicio del gobierno central de la República Argentina, sino de los primeros pasos de la Revolución de Mayo, que destruyó el gobierno unitario o colonial, deponiendo al virrey, y no acertó en reemplazarlo por otro gobierno de carácter central. La soberanía local tomó entonces el lugar de la soberanía general acéfala; y no es otro, en resumen, el origen inmediato del federalismo o localismo republicano en las provincias del Río de la Plata".

No obstante su categórico pronunciamiento en contra de la confederación o federación pura y a favor de la federación mixta, que es lo que hoy llamamos estado federal, Alberdi, en el Anteproyecto de Constitución con que culmina su obra y luego de establecer en el art. 1º que "La República

Argentina se constituye en un estado federativo, dividido en provincias...", escribe en varios de los artículos siguientes el concepto "confederación" (artículos 3º, 4º, 7º, 15 y 16). Fue en la convención de 1860 cuando se suprimió el término "confederación" de los diversos artículos que lo sostenían, insertándose el actual art. 35, que alude a las distintas denominaciones que designan al gobierno y territorio de las 14 provincias, entre las que se incluye la de "Confederación Argentina", estipulando que se emplearán las palabras "Nación Argentina" en la formación y sanción de las leyes.

A esta altura de la exposición y vistos los conceptos de las *Bases* sobre la distinción entre confederación y federación, que resultan confusos cuando habla de federación pura o federación mixta, estimo conveniente recurrir a la doctrina constitucional para esclarecer dichos conceptos. Dice Jellineck: "*La confederación de estados es la unión permanente y contractual de estados independientes*, que se unen con el fin de defender en lo exterior el territorio de la confederación y asegurar la paz interior entre los estados confederados. *La confederación de estados no disminuye jurídicamente la soberanía de los estados confederados*; es preciso decir que, en vista de guardar intacta su soberanía, estos estados se obligan a no ejercer ciertas funciones sino en común o a ejercerlas en común en ciertos casos determinados. Estas funciones, como es necesario si se tiene en cuenta el fin de la unión, tienen sobre todo por objeto las relaciones de derecho internacional con los otros estados. Lo que conviene a la naturaleza de la confederación es el ejercicio en común del derecho de paz y de guerra, el derecho de concluir tratados y de nombrar embajadores, esto es en los límites del derecho confederal" (L'État moderne et son droit, t. II, pág. 530).

González Calderón, siguiendo al autor antes citado, dice que la autoridad o poder central en una confederación no tiene otro camino a seguir, respecto de los estados que la han constituido, que compelerlos por la fuerza, pues *el poder de la confederación no se ejerce directamente sobre los pueblos de los diferentes estados que la forman sino sobre sus miembros*, estos es, sobre los estados mismos por órgano de sus gobiernos respectivos. Estos son los que ejecutan y hacen cumplir por sí mismos las resoluciones o las leyes del poder confederado. Cualquier extensión de la competencia de este poder no puede realizarse ni tener efectos sin la conformidad unánime de los estados confederados, de lo cual surge como consecuencia que los disidentes pueden considerarse desligados del compromiso y separarse de la unión que voluntariamente han formado, dere-

cho éste inherente al sistema confederal que se conoce con el nombre de *"derecho de secesión"* ("Derecho Constitucional Argentino", t. I, pág. 399).

Sarmiento, criticando motivadamente el uso de la palabra confederación en la Constitución de 1853 y haciendo notar la impropiedad de ella para designar nuestro sistema político, decía: "Debe, pues, decirse, al precisar el sentido y mente de la Constitución que analizamos, que la palabra confederación que aparece en ella es sólo una voz legada por la pasada tiranía, sancionada por el hábito, impuesta por contemplaciones a consideraciones del momento y adoptada sin aceptar su importancia política" ("Obras completas", t. VIII, págs. 69 y 71).

Por otra parte, en el sistema de confederación existe lo que se ha dado en llamar *"derecho de nulificación", que da a los estados confederados el carácter de verdaderos jueces e intérpretes de la competencia jurídica de la autoridad central.* En el sistema de confederación ninguna medida o resolución tomada por la autoridad central puede ser ejecutada y aplicada sino por intermedio de los gobiernos de los estados, los que pueden decidir no sólo si es oportuna, sino también si es legítima y aun oponerse a que se cumpla dentro de su territorio. El derecho de nulificación, juntamente con el de secesión antes mencionado, se llevó a mayores extremos por los estados del Sur de Norteamérica cuando sostuvieron la lucha por el mantenimiento de la esclavitud contra los estados del Norte, que terminó con el triunfo de la causa de la libertad y consolidación definitiva de la unidad nacional.

Bidart Campos señala con gran precisión las diferencias entre confederación y federación en el derecho constitucional. Sostiene que *la confederación entra más bien en el ámbito del derecho internacional,* en cuanto importa una vinculación entre varios estados ligados entre sí por un pacto, liga o alianza; *es una unión permanente de estados independientes.* Señala claramente que la nota distintiva entre confederación y federación está en que en aquélla cada estado confederado mantiene su soberanía, entendida como su personalidad internacional. En conclusión, para este autor la confederación es un nuevo sujeto de derecho internacional, pero nunca una entidad de derecho político ("Derecho Constitucional", t. I, pág. 477).

Vistos estos antecedentes y diferenciaciones apuntadas, a pesar de las dudas o confusiones que pueda haber introducido Alberdi con sus conceptos de simple federación y de federación mixta o compuesta, debemos concluir que la República Argentina es un Estado federal o federación, que

nace de una Constitución sancionada por la voluntad del pueblo de la Nación y que ella obra directamente sobre dicho pueblo, como también el gobierno que ella ha creado, lo que así surge del art. 31 de la Constitución de 1853, actualmente vigente, cuando dice: "Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con potencias extranjeras son ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquier disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales".

Conforme al art. 104 de nuestra Constitución, los estados locales o provincias conservan todos los poderes inherentes que no hayan delegado por la Constitución al gobierno federal, y esta reserva se considera indefinida. Correlativamente, los estados locales o provincias no pueden ejercer los poderes que están confiados al gobierno nacional porque así lo preceptúa el art. 105 de la Constitución vigente. Estos principios esenciales están tomados de la enmienda X de la Constitución Americana (1791), y es el mismo principio del federalismo suizo, del mexicano y del venezolano.

Reafirmando lo que antecede, nuestro académico Bidart Campos sostiene que la estructura del Estado federal nada tiene que ver con el origen histórico de la federación, y no interesa que las unidades particulares que lo integren hayan sido cronológicamente anteriores al nacimiento del Estado federal o que hayan dado origen a éste mediante pactos o alianzas. El Estado federal en cuanto unidad política y constitucional no surge del tratado que históricamente puede precederlo, sino de la Constitución que como ley suprema es su fundamento lógico y jurídico (op. cit., t. I, pág. 482).

González Calderón anota que Jellineck dice que en un Estado federal no hay ningún medio de privar a cada estado particular de su existencia propia si él no lo quiere, y simplificando el concepto recuerda que en el caso de la unión americana, ella estuvo obligada, cuando terminó la Guerra de Secesión y los Estados federales fueron sometidos, a reincorporarlos a la federación en las mismas condiciones de antes (ob. cit., t. I, pág. 407). Sobre el particular, la Suprema Corte de los Estados Unidos dijo: "La perpetuidad e indisolubilidad de la unión de ningún modo implica un detrimento de la distinta e individual existencia, o del derecho al gobierno propio para los estados. Sin los estados en la unión no existiría el cuerpo político que se llama los Estados Unidos. No solamente por esto no puede

privarse a los estados de su separada e independiente autonomía por el hecho de haberse unido bajo la Constitución, sino que puede decirse con visos de entera verdad, que la preservación de los estados y el sostenimiento de sus gobiernos están tan dentro de los propósitos y cuidados de la Constitución como lo están la conservación de la unión y el sostenimiento del gobierno nacional. La Constitución, en todas sus disposiciones, tiene en vista una unión indestructible compuesta de estados indestructibles" (7 Wallace, 700, 725).

Paso ahora a ocuparme de los conceptos que sobre la *soberanía* desarrolla Alberdi en las *Bases* Recuerdo haber dicho anteriormente que al referirse a los antecedentes federativos de la República Argentina, Alberdi alude a la "soberanía parcial que la Revolución de Mayo reconoció a cada una de las provincias y que ningún poder central les ha disputado en la época moderna".

Estimo conveniente, antes de comenzar con su desarrollo, sentar conclusiones para dejar en claro que los conceptos de Alberdi sobre la soberanía son producto de una confusión terminológica y no conceptual, que resultó esclarecida por la Convención Reformadora de 1860. La asignación de soberanía a las provincias por Alberdi no es más que una cuestión semántica relativa al alcance y significado del concepto. Alberdi entendió —como lo sostiene cierta doctrina que más adelante mencionaré— que soberanía es inherente a poder, y por eso admitió la soberanía federal, la local o provincial y aún la municipal, como atributo del gobierno. Surge de sus obras que la soberanía atinente al poder internacional es propia y exclusiva del Estado federal. Asigna a las provincias lo que podríamos llamar una soberanía residual o remanente que preferimos, acordes con la doctrina sobre la materia desarrollada en este siglo, dejarla a un lado para reemplazarla por el concepto de *autonomía* propio del poder de los estados locales, que tienen la facultad de darse sus propias instituciones pero que están condicionados a un orden superior (arts. 31 y 5º de la Constitución Nacional).

En el capítulo XXIII Alberdi entiende por soberanía el poder propio del gobierno cuando dice que para el extranjero, para el que ve de afuera a la República Argentina, ésta debe ser una e indivisible, múltiple por dentro y unitaria por fuera. Que todos los tratados existentes entre la República Argentina y las naciones extranjeras están celebrados sobre esa base, y agrega que la idea de un tratado de comercio exterior, de una declaración de guerra extranjera, de negociaciones diplomáticas celebradas por una

provincia aislada sería absurda y risible. De estos conceptos surge que para Alberdi la soberanía, desde el punto de vista internacional, es del Estado federal, y cuando alude a las soberanías provinciales lo está haciendo como referencia al poder de estos gobiernos como atributo de los mismos, pero sin darles el carácter de sujetos de derecho internacional.

Es mucho más explícito Alberdi sobre este tema al desarrollarlo en su obra *Elementos de derecho público provincial argentino* (en "Obras completas", t. V) cuando dice: "Todo poder emana del pueblo. La soberanía le pertenece originariamente. El pueblo delega su ejercicio en autoridades que son su representación y que forman, por lo tanto, lo que se llama el gobierno representativo. En un sistema mixto de central y provincial, el pueblo divide en dos partes el ejercicio de su soberanía; ejerce una de ellas solidariamente con las demás provincias, por medio de autoridades comunes que gobiernan en los objetos esencialmente nacionales o solidarios de todas las provincias; y desempeña la otra, aislada y separadamente, por medio de autoridades locales que gobiernan en los objetos peculiares de la provincia".

No obstante lo pretranscripto y consecuente con sus ideas expuestas en las *Bases*, Alberdi establece en el art. 1º del Anteproyecto de Constitución que acompaña esta obra: "La República Argentina se constituye en un Estado federativo, dividido en provincias, *que conservan la soberanía no delegada expresamente* por esta Constitución al gobierno central", y ratifica en el art. 4º que "la confederación garantiza a las provincias el sistema republicano, la integridad de su territorio, su soberanía y su paz interior". Al referirse al Senado, establece en el art. 52 que éste "representa las provincias en su soberanía respectiva", pero no por aludir a la soberanía provincial deja de establecer en su Anteproyecto, en el art. 15, que la Constitución Nacional, sus leyes y los tratados con las naciones extranjeras son la ley suprema de la Confederación, y que no hay más autoridades supremas que las autoridades generales de la Confederación, precepto que se mantiene en el art. 31 de la Constitución Nacional de 1853.

La comisión encargada de redactar el proyecto de Constitución presentó en la sesión del 18 de abril de 1853 un informe que, en la parte que nos interesa, decía así: "El sistema federal es, por consiguiente, la base del proyecto que la comisión ha seguido. Según él, *cada provincia conserva su soberanía* y su independencia; se gobierna según sus propias instituciones, y la elección de magistrados y legisladores se verifica exclusivamente

por la libre voluntad de los habitantes. Los tratados invocados arriba (de Pilar y de San Nicolás) han reconocido que estas soberanías independientes son, sin embargo, miembros de una misma familia y que deben tener un gobierno que las abrace a todas, las represente en el exterior como cuerpo de la Nación, vigile por su bienestar y su engrandecimiento y las proteja tanto en el goce de sus instituciones peculiares como en su seguridad e independencia...".

Linares Quintana afirma que el término soberanía designa un concepto cuya definición se ha buscado, sin tregua y con afán, a través de los siglos, en vano intento de develar el misterio de lo que ha venido a ser uno de los grandes mitos de la ciencia política de todos los tiempos ("Derecho constitucional e instituciones políticas", t. 1, pág.120). Cita acertadamente la opinión de James Bryce cuando dice: "Las controversias que ella (doctrina de la soberanía) ha suscitado han sido tantas y tan fastidiosas que hasta el más paciente lector puede sentirse alarmado al ser invitado a penetrar, una vez más, en el polvoriento desierto de las abstracciones a que las sucesivas generaciones de filósofos han considerado necesario guiar a sus discípulos".

Duguit decía en 1947: "Después de cuarenta años de estudios de derecho público, me mantengo en la convicción de que todas las discusiones sobre el sentido y alcance del vocablo soberanía son completamente ociosas" ("Traité de droit constitutionnel", t. I, pág. 544). Jellineck destaca que la evolución histórica de la soberanía demuestra que ella *significa la negación de toda subordinación o limitación del Estado por cualquier otro poder.* Poder soberano de un Estado es aquel que no reconoce otro superior. Es, por consiguiente, el poder supremo e independiente, y esta nota se manifiesta predominantemente en su vida exterior ("Teoría general del Estado", ps. 387/88).

Duverger llama *soberanía al supremo poder de mando, aquel que pertenece a la más alta autoridad,* aunque considera preferible hablar de supremacía. Linares Quintana, en la prolija cita que hace de la doctrina sobre la materia, recuerda a Burdeau, para quien la marca esencial de la soberanía es la posesión del poder constituyente; a Loewenstein, quien sostiene que el soberano es aquel que está legalmente autorizado, en la sociedad estatal, para ejercer el poder político, o aquel que en último término lo ejerce: y a Herman Heller, quien considera que *la soberanía es la cualidad de la independencia absoluta de una unidad de voluntad frente a cualquier otra voluntad decisoria universal efectiva.*

Bidart Campos nos da un concepto preciso al definir a la soberanía como *la cualidad de aquel poder que para organizarse jurídicamente no reconoce, dentro del ámbito de relaciones que rige, otro orden superior* de cuya normación positiva derive lógicamente su propia validez normativa (op. cit., t. 1, pág. 297). Kelsen sostiene que el Estado soberano *significa que el orden jurídico nacional es un orden por encima del cual no existe otro superior* ("Teoría general del Derecho y el Estado", 1940, pág.405). Legón entiende que la soberanía no es sino una cualidad del poder, que se superpone al poder una vez constituido, para caracterizarlo como el más elevado ("Tratado de derecho político general", t. 1, pág. 200).

Trasladado el tema de la soberanía al régimen de gobierno federal, se han dado diversas teorías en la doctrina. Una primera sostiene la doble soberanía del Estado federal y de los estados miembros, que es la posición asumida por Alberdi en los ya citados artículos 1º y 4º de su Anteproyecto. Sostienen esta dualidad de soberanías Guillermo Cano, Clodomiro Zavalía y Montes de Oca.

Una primera jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación así lo reconoció, al sostener que las provincias conservan su *soberanía absoluta* en todo lo relativo a los poderes no delegados a la Nación ("Fallos", 7, 387) y en otro pronunciamiento admite que los poderes de soberanía se encuentran divididos entre el gobierno nacional y los gobiernos provinciales; los del primero revisten la calidad de supremos y absolutos y se aplican en todo el territorio de la República, es decir, dentro del perteneciente a las provincias; los segundos presentan los mismos caracteres, pero únicamente pueden ser ejercidos dentro de los límites territoriales de la provincia ("Fallos", 147, 249).

Una segunda teoría reconoce la calidad de soberanía exclusivamente a los estados miembros y la niega al Estado federal, partiendo de la premisa de que la federación no es un Estado, tesis que tiene pocos seguidores y que no comparto.

Una tercera doctrina, a la que adhiero, considera que *la soberanía radica en el Estado federal, sin negar la calidad de estados a los entes locales; éstos se subordinan a la federación soberana, siendo verdaderos estados con carácter de autónomos y no soberanos.* Entre otras razones, para sostener lo que antecede, tenemos que tener en cuenta que las provincias tienen un poder constituyente limitado al sistema republicano de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional, según lo

preceptúa su art. 5º. Que el gobierno federal garantiza a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones en tanto y en cuando éstas se adecuen a los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional, se asegure su administración de justicia, su régimen municipal y la educación primaria (art. 5º, C.N.). Que el gobierno federal interviene en el territorio de las provincias para garantizar la forma republicana de gobierno o repeler invasiones exteriores (art. 6º, C.N.). Que la Constitución Nacional, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con potencias extranjeras son ley suprema de la Nación y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquier disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales (art. 31, C.N.). Que las provincias tienen un poder de gobierno limitado dado por lo que se han reservado o, de otro modo, no han delegado en la Nación (arts. 121 y 126, C. N.).

Concluyo este tema reiterando lo que dije al comenzar a abordarlo. No es mi propósito rectificar a Alberdi, porque ninguna rectificación cabe a sus conceptos expuestos en las *Bases*, en sus *Elementos de derecho público provincial argentino y en su Anteproyecto de Constitución*. Sólo cabe interpretar, para aclarar, estos conceptos del más ilustre precursor del derecho constitucional argentino.

Muchos otros temas que integran el derecho constitucional argentino encuentran sus antecedentes en las *Bases* Así, ella se ocupa de las facultades del Poder Ejecutivo en sus capítulos XXIV y XXXIV; de la cuestión de la capital del gobierno nacional en su capítulo XXVI; de la no intervención estatal en el capítulo XXXIV, cuando sienta un concepto básico propio del liberalismo político y económico de la Constitución, al decir: "Gobernar poco, intervenir lo menos, dejar hacer lo más, no hacer sentir la autoridad, es el mejor medio de hacerla estimable"; en el capítulo XXXIV expone su opinión —tantas veces citada en los últimos tiempos— sobre la reforma constitucional, expresando casi como un mandato que "conservar la Constitución es el secreto de tener Constitución. ¿Tiene defectos, es incompleta? No la reemplacéis por otra nueva". Cuestiones todas cuyo tratamiento nos resulta imposible abordar por razones de tiempo.

Para terminar voy a referirme a un punto básico del derecho constitucional federal o del bien llamado pacto federal: ¿a quién corresponde la preexistencia, a la Nación o a las provincias?

Alberdi dice en el capítulo XXVII de las *Bases* que antes de la Revolución de 1810 los gobiernos provinciales eran derivación del gobierno central o unitario, que existió en el antiguo régimen. Pero la Revolución de Mayo, negando la legitimidad del poder central español existente en Buenos Aires, y apelando al pueblo de las provincias para la formación del poder patrio, creó un estado de cosas que con los años ha prescrito cierta legitimidad: creó el régimen provincial o local. Este resultado debe ser el punto de partida para la constitución del poder general, y afirma rotundamente (página 206) que "*sólo hay gobiernos provinciales en la República Argentina*, cuya existencia es un hecho tan evidente, como es evidente el hecho de que *no hay gobierno general*. Para crear el gobierno general, que no existe, se ha de partir de los gobiernos provinciales existentes. Son éstos los que han de dar a luz al otro".

En otros términos, y como lo entiende la mayoría de la doctrina constitucional argentina, la Nación, si bien conforme a los antecedentes históricos es preexistente a los estados locales, son éstos —llamados provincias en la Carta Magna— los verdaderamente preexistentes en la celebración del pacto federal que se exterioriza en la Constitución Nacional que nos rige casi desde hace un siglo y medio.

Al rendir homenaje a las *Bases* y a Juan Bautista Alberdi, dos entidades inescindibles, es oportuno en las horas que vive la República Argentina, después de 150 años de sus obras y lecciones, exhortar a quienes tienen en sus manos la conducción de la cosa pública que la luz del espíritu del jurista tucumano y las enseñanzas de las *Bases* iluminen el camino que los conduzca al triunfo final de las ideas del *Padre de la Constitución*, que es lo mismo que decir mantener inmaculada la vigencia de la Constitución Nacional, no sólo en la letra de su texto, sino en las más profundas entrañas del espíritu democrático, republicano y liberal que las inspira.

En torno a un libro trascendental (a 150 años de las "Bases" de Alberdi)

Por Jorge A. Aja Espil (*)

Frente a la dramática crisis social y económica que nos aqueja y que ha desembocado en una gran frustración argentina, la única actitud coherente de quienes velan por nuestra Patria es la de aportar elementos positivos para justificar nuestra existencia como nación independiente en el concierto internacional. La historia se hace antes de escribirla y todos los argentinos debemos contribuir a implantarla vislumbrando una auténtica expresión de argentinidad.

Y bien, pocos libros como las "Bases", de Juan B. Alberdi, contienen mayor y mejor acopio de sabiduría para avivar el sentimiento de Patria y orientarla en el efectivo camino de la paz y el progreso. Al cumplirse el sesquicentenario de su aparición tenemos el compromiso moral de recordar las enseñanzas que vuelca en el lector este libro trascendental. Es sabido que este ensayo hace la historia de los fines, los errores, las ilusiones de la generación anterior y la síntesis de las doctrinas de los exiliados. Leer este clásico es un deber de la juventud, y releerlo un compromiso para la generación adulta, un volver a preguntarse sobre el destino argentino.

Promediando marzo de 1852 surcaban las aguas del Pacífico, rumbo a Chile, dos adalides de la Asociación de Mayo: Juan Bautista Alberdi y Juan María Gutiérrez. Escribe el propio Alberdi: "Veníamos de Lima para Chile, en los primeros meses del año 1852 ... cuando tuvimos la primera noticia de la caída de Rosas"; "... en Valparaíso, al fondear el vapor Nueva Granada,

(*) Disertación pronunciada por el Académico Presidente de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, en la sesión pública del 9 de mayo de 2002.

que nos tenía a su bordo... un argentino venido a recibirnos... nos arrojó el parte de la batalla de Monte Caseros". Y continúa Alberdi: "Llegar a Valparaíso nos pareció llegar a la Patria". Allí el destino separa a los dos amigos: Gutiérrez viaja a Buenos Aires para asumir posiciones de gobierno; Alberdi se encierra en su quinta de la calle Las Delicias, de Valparaíso, y comienza a volcar en un libro sus ideas largamente maduradas. Contaba para entonces con poco más de 40 años y estaba bien familiarizado con los publicistas franceses, desde Montesquieu y Rousseau hasta Constant y Carrel, como también con Lerminier en filosofía de la historia, con Savigny en filosofía del derecho y con Tocqueville y Story en doctrinas constitucionales norteamericanas.

1. Primera edición de las "Bases" (mayo de 1852)

Esta primera edición, titulada "Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina, derivadas de la ley que preside el desarrollo de la civilización en la América del Sud", es impresa en los talleres gráficos del periódico El Mercurio y editada por sus propietarios Santos Tornero y Cía. con fecha mayo de 1852, según reza el pie de imprenta. Contiene 28 capítulos y 183 páginas precedidas por un prefacio datado el 1º de mayo en el que el autor expresa: "El espacio es corto y la materia vastísima. Seré necesariamente incompleto, pero habría conseguido mi propósito si llevase las miradas de los estadistas de Sud América hacia ciertos fines y horizontes, en que lo demás será obra del estudio y del tiempo".

Uno de los primeros ejemplares es remitido al general Urquiza, acompañado de una carta fechada el 30 de mayo y donde le expresa: "Los argentinos de todas partes, aun los más humildes y desconocidos, somos deudores a V. E. de nuestra perpetua gratitud... Abrigo la persuasión de que la inmensa gloria, esa gloria que a nadie pertenece hasta aquí, de dar una Constitución duradera a la República, está reservada a la estrella feliz que guía los pasos de V. E. Con ese convencimiento he consagrado muchas noches a la redacción del libro sobre las Bases de la organización política para nuestro país, que tengo el honor de someter al excelente buen sentido de V. E. En él no hay nada mío, sino el trabajo de expresar debidamente lo que pertenece al buen sentido general de esta época y a la experiencia de nuestro país". El éxito del libro fue inmediato, tanto en Chile como en la Argentina.

Urquiza quedó altamente impresionado por los valores que albergaba el libro, y tanto fue así que ordenó que se hiciera una nueva impresión para ser distribuida entre las provincias.

2. El sesquicentenario de las "Bases"

Muchas y valiosas son las reediciones que de las "Bases" han aparecido en los últimos veinte años. Una reedición comentada de la primera, que vio la luz en Valparaíso en mayo de 1852, fue la tirada limitada de trescientos ejemplares en la Colección "Scripta Manent", ocurrida en 1978. La muy valiosa introducción de nuestro colega académico Dr. Isidoro J. Ruiz Moreno enriquece la edición.

La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba acaba de rendirle un cálido homenaje a Alberdi dando a luz una lujosa edición conmemorativa de dicha obra. Encabeza la misma un erudito estudio del Dr. Olsen A. Ghirardi, en el que analiza la influencia de Story y la concepción alberdiana de la ley.

Debo decir que nuestra Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas sigue la ruta histórica que diseñó el pensamiento alberdiano, inspirando su labor científica en la obra motivadora del gran tucumano. Son numerosos los académicos de nuestra corporación que cultivan el sueño de la república concebida por Alberdi. Así, el académico Natalio Botana recalca que la afirmación alberdiana de que la sociedad civil es un bien más importante que la sociedad política, es el prólogo de la Argentina moderna (La tradición republicana, pág. 474); el académico Víctor Massuh resalta "la extraña soledad de Alberdi, empecinada como el escondite de un tímido o de un asceta, pero que sin embargo fundó la convivencia legal de todo un pueblo" (La Argentina como sentimiento, pág. 106). Y el académico Dardo Pérez Guilhou, en referencia a las "Bases", sostiene: "El tucumano logra expresar un pensamiento de perfiles personales ya que en él se escalonan aportes que, sin negar las viejas raíces juveniles comprometidas con las ideologías, acumulan elementos románticos para una mutación clara hacia un pensamiento conservador con notas nacionalistas (Historia de la constitucionalidad argentina, pág. 151).

Por cierto que nuestro decano, Carlos A. Sánchez Sañudo, ha consagrado su tiempo académico a divulgar el magisterio de Alberdi en la formación de las instituciones nacionales y mostrar la permanente actualidad de las "Bases" a través del pensamiento de la Escuela Austríaca de Economía.

A ciento cincuenta años de aquel trascendental libro, cabe decir que muchas de las profecías contenidas en las "Bases" no se han realizado, que las luces de un futuro esperanzado se han apagado, que los derechos y las

libertades ciudadanas están alicaídos. Tal el cuadro de una Argentina en la que los argentinos seguimos siendo dueños de nuestro suelo pero no de nosotros mismos. Un pueblo es el ser histórico que crece o mengua con la valía o mediocridad de su hijos.

En el capítulo XV (Ed. Besançon, 1856), en un pasaje premonitor que el autor titula "Nuevos destinos de la América Mediterránea", expresa: "Ha pasado la época de los héroes; entramos hoy en la edad del buen sentido. El tipo de grandeza americana no es Napoleón, es Washington; y Washington no representa triunfos militares, sino prosperidad, engrandecimiento, organización y paz". Asimismo, sus sentencias breves y doctrinarias, expresivos aforismos, tales como: "En América gobernar es poblar", "la riqueza no es un fin", "la educación no es la instrucción", "Dios da a cada pueblo su Constitución", son verdaderos portales que tienden vías de realizaciones sociales. Sabe bien Alberdi que una nación no está hecha de antemano, sino que es preciso construirla, que la geografía nace, pero la historia se hace.

Como epílogo diré que si he calificado la obra de Alberdi como libro trascendental es porque no sólo muestra los sistemas de la organización política en distintas realidades sociales, sino que ahonda en la veracidad y la bondad de las soluciones propuestas para proyectarlas al futuro. Trasciende la verdad objetiva para alcanzar la verdad vital.

Y bien, en las "Bases" encontramos la urdimbre del futuro, los sueños esperanzados de un país con voluntad de ser, pleno de identidad cultural.

Quizás el sesquicentenario de las "Bases y puntos de partida para la organización nacional" indique el momento adecuado para que la sociedad argentina se sincere y vuelva a escuchar la voz rebelde de Alberdi con su admonición, hoy más cierta que nunca: "Es tiempo de que aspiremos a cosas más positivas y prácticas, y a reconocer que el camino en que hemos andado hasta hoy es el camino de la utopía".

Las condiciones jurídicas del progreso económico

Por Julio H. G. Olivera (*)

Las "Bases" son esencialmente un libro de política jurídica y, particularmente, de política constitucional. A pesar de esa circunstancia, también es posible considerarlo como una obra de economía política. Aunque el Derecho proporciona el tema, la Economía provee el enfoque característico de las "Bases". Sostenía Juan Bautista Alberdi que la ordenación jurídica sólo resulta eficaz si es compatible con la estructura económica. Cuando las normas contradicen los datos fundamentales de la realidad y, en especial, los datos de la vida económica, su vigencia es necesariamente limitada o nula. La relación del legislador inteligente con la sociedad que pretende reglar es análoga a la del pretor con el juez en la Roma clásica: "dame los hechos; yo te daré el derecho". Para Alberdi era ésta la premisa de todo proyecto de reorganización, el punto de partida metodológico del punto de partida institucional. La elección de las regulaciones apropiadas y, *a fortiori*, la elección de la Constitución apropiada, está sujeta a las restricciones que se derivan de la estructura económica.

Pero Alberdi no era determinista; su estructuralismo económico no era absoluto. Creía que la elección de un sistema jurídico está acotada por la realidad económica pero no es dictada estrictamente por ella. El espacio de elección no se reduce a un punto. Por el contrario, las alternativas de decisión siempre son múltiples y en mayor o menor medida pueden ser utilizadas para transformar la estructura económica subyacente. Más aún, en la concepción alberdiana, sólo cuando la ley concuerda con la estructu-

---

(*) Disertación pronunciada por el Académico Presidente de la Academia Nacional de Ciencias Económicas, en la sesión pública del 9 de mayo de 2002.

ra económica puede ser instrumento apto para modificar esa estructura. Es la vigencia efectiva de la ley, que resulta de su coherencia con las características estructurales de la sociedad, la que hace posible la acción de la ley como factor de cambios estructurales. La elección normativa óptima implica la solución de un "problema de máximo condicionado", donde las restricciones de la decisión reflejan la estructura económica imperante y el objetivo propuesto consiste en alterar esa estructura del modo más conveniente para el progreso económico y social. He aquí, en la terminología moderna, la fórmula alberdiana de racionalidad legislativa.

Las "Bases" aplican este criterio de racionalidad a la determinación del sistema jurídico más adecuado para nuestro país. ¿Cuál es la Constitución óptima, se preguntaba Alberdi, si queremos convertir un desierto en una economía industrial? Alberdi dedujo la respuesta de una distinción trazada por Adam Smith en su célebre "Investigación sobre la Naturaleza y Causas de la Riqueza de las Naciones". En el viejo mundo, había escrito Smith, donde el aumento de la población y la acumulación de capital superaban ampliamente la disponibilidad local de tierra y recursos naturales, de manera que la mano de obra y el capital eran abundantes pero escaseaba la tierra, los salarios y ganancias eran bajos, mientras que las rentas de la tierra eran altas y absorbían gran parte del producto nacional. Pero en América del Norte, con su gran abundancia de tierra fértil, población escasa y (entonces) poca disponibilidad de capital, tanto los salarios como las ganancias eran elevados, mientras que las rentas y valores de las tierras eran muy reducidos. Alberdi observó que, cualitativamente, una diferencia similar podía señalarse respecto de las dotaciones de factores de producción de Europa y la República Argentina, así como a sus tasas relativas de salarios, ganancias y rentas de la tierra.

De esa comparación extrajo Alberdi importantes consecuencias teóricas y prácticas. Alegó que la doctrina malthusiana, en particular, valía únicamente para los países industriales maduros. Adoptar esa doctrina en nuestra América, decía Alberdi, sería lo mismo que poner a un niño extenuado por falta de alimentos bajo el rigor de la dieta pitagórica. En cambio, el movimiento de los factores desde los países con trabajo y capital abundantes hacia los países con relativa escasez de capital y trabajo permitiría a la economía mundial alcanzar la distribución geográfica óptima de los recursos productivos. El producto por habitante aumentaría tanto en los países exportadores como en los países importadores de agentes de producción. Los estados receptores de capital y de trabajo se beneficiarían además con las economías externas que la actividad industrial induce en

otros sectores productivos. Los efectos benéficos serían no sólo materiales sino, a juicio de Alberdi, también de índole moral. En su concepto, la industria es el gran instrumento de moralización. Procurando medios de vida previene el delito, hijo casi siempre de la miseria y el ocio.

Con tales premisas la solución del problema de optimización institucional surge inmediatamente. La constitución óptima para un país con relativa escasez de capital y de trabajo es aquella que permite y estimula, en el mayor grado posible, la inmigración y radicación estable de recursos productivos. Merecen recordarse los términos precisos en que Alberdi sintetizó su conclusión:

> "Para poblar el desierto son necesarias dos cosas capitales: abrir las puertas de él para que todos entren, y asegurar el bienestar de los que en él penetran: la libertad a la puerta y la libertad dentro.
>
> Si abrís las puertas y hostigáis dentro, armáis una trampa en lugar de organizar un Estado. Tendréis prisioneros, no pobladores; cazaréis unos cuantos incautos, pero huirán los demás. El desierto quedará vencedor en lugar de vencido. Hoy es harto abundante el mundo en lugares propicios para que nadie quiera encarcelarse por necesidad y mucho menos por gusto.
>
> Si, por el contrario, creáis garantías dentro, pero al mismo tiempo cerráis los puertos del país, no hacéis más que garantizar la soledad y el desierto". ("Bases", XXXII).

El papel fundamental que el principio de libertad económica desempeña en el proyecto de Constitución elaborado por Alberdi para la República Argentina es de carácter técnico y no, sustancialmente, de raíz o inspiración ideológica. El propio Alberdi señaló de la manera más enérgica sus discrepancias con el liberalismo de su tiempo. En un escrito de 1852, redactado poco tiempo después de las "Bases" y titulado "De los medios de gobierno en las repúblicas de América del Sud", insertó esta vehemente secuencia: "Liberales, charlatanismo, atraso, inexperiencia, barbarie peor que la de los indígenas"; y añadió: "No tiene la libertad peores enemigos". Alberdi atribuía a los liberales de su época la creencia de que todo retroceso del Estado es un avance de la libertad, de modo que ésta es tanto mayor cuanto el Estado es más débil. No aceptaba Alberdi que la libertad económica implicara restringir el poder público al cumplimiento de la prescripción fisiocrática "laisser faire, laisser passer". Por el contrario, asignaba al

Estado una importante función en el impulso y promoción activa del desarrollo industrial. Pero exigía que la intervención del Estado en el proceso económico respetara las condiciones y los mecanismos del mercado; es decir, para expresarlo con la exacta terminología de W. Roepke, que la acción estatal fuera "conforme al mercado" *(Marktkonform)*.

Por lo que se refiere al contenido, la principal aportación de Alberdi a las ideas económicas fue sin duda la teoría de los ciclos expuesta en su gran obra sobre las crisis en Sudamérica. Sin embargo, por lo que atañe al método, las "Bases" resultan de mayor interés para el historiador de la ciencia económica. Allí se examina la relación entre la estructura económica y la constitución jurídica de la sociedad, un siglo antes de que comenzara la exploración sistemática de las dos intersecciones del Derecho con la Economía: el Derecho Económico y el Análisis Económico del Derecho. En su tratamiento del tema Alberdi evitó por igual el legalismo y el economicismo, el formalismo jurídico y el utilitarismo ético, Scila y Caribdis que siempre amenazan la navegación en esas aguas interdisciplinarias. También hallamos en las "Bases" el moderno punto de vista global sobre los fenómenos de crecimiento económico, así como las asimetrías y contrastes de una globalización mundial imperfecta. Todo esto, encuadrado en el marco de un raciocinio original y consistente, destina para las "Bases" un lugar duradero en la historia del pensamiento económico.

Palabras de apertura del acto

Por Horacio A. García Belsunce (*)

La Academia tiene entre otros objetivos estatutarios el "fomentar y difundir el estudio de las ciencias jurídicas". En cumplimiento de ese objetivo la Academia instituyó en 1989 el premio, que lleva su nombre, a las obras editadas en los dos años anteriores al llamado concurso, que discierne la Corporación a propuesta del Jurado designado al efecto.

Para el concurso llamado en 2001 el Jurado quedó constituido con los académicos doctores Juan Ramón Aguirre Lanari, Augusto Mario Morello, Julio César Otaegui, José Domingo Ray y Julio César Rivera. Se presentaron al concurso 19 obras.

El plenario académico del 13 de diciembre pasado otorgó el premio a la obra propuesta por unanimidad por el Jurado, titulada *"Libertad de prensa y tutela judicial efectiva"* del Dr. Fernando M. Toller. A dicha obra y a su autor se referirá a continuación el académico Dr. Juan Ramón Aguirre Lanari.

Como homenaje personal quiero resaltar la importancia del tema la libertad de prensa. La Corte de EE.UU. dijo que sin ella se pierden las demás libertades; es el instrumento para ejercer la libertad de pensamiento y de su expresión a través de la palabra oral o escrita o mediante imágenes o símbolos. El tema es de la mayor trascendencia jurídica y social. El hombre que no puede decir lo que piensa es hombre muerto.

La libertad de prensa condiciona la efectiva vigencia de las demás libertades, tanto las de carácter natural como las que emanan de la creación

---

(*) Palabras del Académico Presidente, en el acto público de entrega del *Premio Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*, el 23 de mayo de 2002.

positiva. Por ello se ha dicho que la libertad de prensa no sólo es un derecho individual sino también una institución democrática que tipifica el contenido de la organización política.

A la importancia del tema se agrega el tratamiento y desarrollo que le ha dado su autor, recorriendo el derecho comparado y la jurisprudencia constitucional, civil y procesal.

Para hacer justicia a las vocaciones, talentos y esfuerzos que revelan estas obras bajo concurso, el Jurado ha propuesto, y la Academia ha acordado, tres accésit a las obras de Juan Vicente Sola *Control judicial de constitucionalidad*, de Pablo D. Heredia *Tratado exegético de derecho concursal* y de Alberto Dalla Via *Derecho constitucional económico*. A todos ellos mis felicitaciones.

Premio Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires

Por Juan R. Aguirre Lanari (*)

Constituye para mi un señalado honor, dispensado por nuestra corporación, explicar el sentido de este acto y destacar el mérito de los galardonados.

El Premio Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, que hoy nos convoca, tiene un tradicional prestigio y constituye una meta ambicionada por los estudiosos, como título que exhiba su sapiencia jurídica y su enjundia intelectual. Año tras año se acumulan las obras postuladas con dicho objetivo y compiten distinguidos especialistas en pos del mismo.

Esta etapa que hoy culmina formalmente, ha repetido el interés y expectativas anteriores. Diez y siete obras se presentaron para su consideración por el jurado designado previamente, que tuve el honor de integrar con mis distinguidos colegas, los académicos Augusto Mario Morello, Julio César Otaegui, José Domingo Ray y Julio César Rivera.

La tarea fue ardua, no solo por el valioso material a examinar sino especialmente por la singular jerarquía de varias de las obras postuladas. Lle-

---

(*) Palabras pronunciadas por el Académico, en la sesión pública del 23 de mayo de 2002, en oportunidad de la entrega del Premio Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires al doctor Fernando A. M. Toller por su obra *"Libertad de prensa y tutela judicial efectiva"*; "Accésit", a Juan Vicente Sola por su obra *"Control judicial de constitucionalidad"*, a Pablo D. Heredia por su obra *"Tratado exegético de derecho concursal"* y a Alberto R. Dalla Vía por su obra *"Derecho constitucional económico"*.

vamos a cabo diversas reuniones, angostando el círculo selectivo y después de maduros exámenes, expresamos en las partes pertinentes:

"SEGUNDO: El Jurado pone de relieve el número y la alta calidad de muchas de las obras presentadas, lo que le obligó a una tarea de ponderación decididamente delicada y compleja."

"TERCERO: El Jurado ha seguido las pautas que se han venido estableciendo en los últimos años por los distintos jurados que han tenido que discernir este mismo Premio. Así, se han evaluado, en consideración a la diversidad y amplitud de las instituciones abordadas, las siguientes: 1. La trascendencia jurídica y social del tema; 2. La originalidad de la cuestión en orden a los modernos problemas de la realidad social; 3. La amplitud y la metodología de los desarrollos; 4. La solidez de los fundamentos doctrinarios expuestos; 5. La importancia de la referencia bibliográfica y la utilización del derecho comparado; y 6. La extensión del trabajo como expresión del esfuerzo del autor."

"CUARTO: El Jurado propone por unanimidad que se adjudique el Premio "Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos" al libro del doctor Fernando M. Toller, *"Libertad de prensa y tutela judicial efectiva"*, por las siguientes razones: 1) Sin perjuicio de la importancia de los temas encarados en varias de las obras presentadas, el de la obra de Toller se vincula con aspectos esenciales de la vida republicana: la libertad de expresión; los derechos fundamentales de los ciudadanos como el honor y la intimidad; y de la sociedad en general, como el derecho a la seguridad del Estado, matizando criteriosamente el tratamiento de los conflictos entre ellos y las soluciones que correspondería dar a los mismos; 2) la utilización del derecho comparado, que abarca la perspectiva anglosajona y continental europea; 3) el tratamiento desde la perspectiva del derecho supranacional, el constitucional, el civil y el procesal; 4) el valor dado a la jurisprudencia supranacional y nacional; 5) la utilización de una vastísima bibliografía publicada en distintos idiomas, lo que amplía sin duda el horizonte de la investigación; 6) el método de la obra, dentro de lo cual se tiene en cuenta especialmente la elaboración de conclusiones en las que el criterio del autor se evidencia con claridad; 7) la exposición a lo largo de toda la obra es profunda pero de fácil lectura y comprensión."

"QUINTO: En virtud de estimarlas como muy valiosas obras y del aporte al estudio de derecho, y de acuerdo con lo resuelto en otros casos, el Jura-

do propone que se conceda Accésit para distinguir las obras de Juan Vicente Sola, *"Control judicial de constitucionalidad"*, de Pablo D. Heredia, *"Tratado exegético de derecho concursal"*, y de Alberto Ricardo Dalla Vía, *"Derecho constitucional económico"*."

Dado que en esta oportunidad, junto a la obra del Dr. Toller, se ha consagrado un número no usual de premios *Accesit*, intentaré, por respeto al tiempo, sintetizar las presentaciones correspondientes.

El Dr. Toller, nacido en 1967 en Federación, Entre Ríos, se recibió de Abogado con Diploma de Honor en la Pontificia Universidad Católica Argentina "Santa María de los Buenos Aires".

Se graduó como Doctor en Derecho, título obtenido *Summa Cum Laude* por unanimidad en la Universidad de Navarra, Pamplona, España.

Ha tenido el premio "Joven Jurista" 2001 de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

Es Profesor Asociado de Derecho Constitucional, a tiempo completo, en la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, a cargo de las cátedras de Derecho Constitucional II, (2° año), Libertad de Expresión (5° año) y Metodología de la Investigación Jurídica, en el Doctorado en Derecho.

Ha tenido igualmente numerosos nombramientos académicos y públicos, que omito detallar.

En coautoría con Pedro Serna, catedrático en la Universidad de La Coruña, publicó el libro titulado *"La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos"*.

Ha publicado también numerosos artículos jurídicos y sobre temas sociales, dictado conferencias y participado en congresos internacionales.

Examinemos ahora la obra que ha merecido el consenso del jurado.

Como primera reflexión, cabe señalar que no obstante la juventud del autor, su obra ha recogido ya elogios singulares. El Profesor de la Universidad Nacional de Córdoba Dr. Ramón Daniel Pizarro, quien la prologa, la califica como la más completa que ha tenido oportunidad de consultar sobre tan delicada materia. Y el Profesor Don Pedro Serna, de la Universi-

dad de La Coruña (España), en la Presentación de la misma, con el conocimiento de haber podido orientarlo comprobando la seria y medulosa investigación que fue génesis de ella, expresa con sólida contundencia este juicio: "No estamos ante una obra primeriza, como podría pensarse por su origen y por la juventud de su autor. Tanto el excelente castellano que puede leerse en sus páginas como el saber jurídico que transmiten rezuman una inusitada madurez. La presente investigación puede y debe considerarse una referencia fundamental para el estudio del tema que aborda, y será difícil que deje de serlo en algunos años, pues el tratamiento que ofrece resulta tan exhaustivo y abarcante que se puede escribir para discutir o poner en tela de juicio alguna de sus conclusiones, como yo mismo he hecho en algún lugar, pero difícilmente será posible en cierto tiempo completar la información o incorporar a la discusión nuevos argumentos, salvo cambios legislativos o jurisprudenciales relevantes." Y agrega más adelante el Profesor Serna: "Un aspecto que brilla en el trabajo y, a la vez, la hace brillar, es que aborda minuciosa y unilateralmente a la vez no un tema en general –como suelen hacer muchas investigaciones doctorales- sino un problema concreto y definido, en consonancia con una concepción del saber jurídico como saber aporético, donde el elemento sistemático ha de ser construido a partir de y en orden a la resolución de problemas. El rigor con el que la investigación es conducida se refleja en que el autor no limita su análisis al campo originario del Derecho Constitucional, sino que entra a fondo en los presupuestos y consecuencias procesales, y no elude tampoco las cuestiones civiles, penales y de Teoría General del Derecho y Filosofía Jurídica que se encuentran implicadas en la cuestión."

Como antes se ha dicho, es mérito de la obra que comentamos abordar un aspecto particular, específico, dentro del amplio campo jurídico y político, elaborado a través de los siglos para resguardar la liberad de prensa o de información, constituida en un sólido pilar en defensa de las libertades, preservándolas de las demasías gubernamentales. –Tenemos que remontarnos a William Blackstone, catedrático en Oxford desde 1758, quien entre 1765 y 1769 publicó sus clases en los afamados "Commentaries on the Laws of England", donde por primera vez se expone orgánicamente el Derecho inglés, constituyéndose en un clásico en su país y en los Estados Unidos. En sus Comentarios, expresa Blackstone: "La libertad de prensa es en verdad esencial a la naturaleza de un estado libre; pero ella consiste en no imponer restricciones *previas* sobre las publicaciones . . .

Esa es la doctrina de Blackstone, la denominada *"prior restraint doctrine"*, que prohibe todo acto de *censura previa* en resguardo de la libertad de

prensa, no solo en su Inglaterra originaria y en Europa sino también con particular vigencia en los Estados Unidos, donde la Corte Suprema ha escrito: "cualquier sistema de *restricción previa* de la expresión carga con una pesada presunción sobre su validez constitucional." Es también la vigente en nuestro país, con resguardo constitucional. Doctrina con vigencia secular, originada para enfrentar básicamente los abusos del poder administrador en la larga y esforzada senda del constitucionalismo y el Estado de Derecho.

Pues bien, contra esa regla general, aparentemente inconmovible, se levanta la tesis de Toller, quien preconiza su no aplicación en casos especiales, en resguardo del valor justicia cuando así lo decida el Poder Judicial, instado a prevenir daños irreparables a derechos también resguardados constitucionalmente, en función de *una tutela judicial preventiva* aceptada con tal objetivo.

El propio Toller advierte el riesgo de su intento, cuando confiesa sobre el remedio procesal preconizado: "esta tutela pretoriana encuentra dos escollos primordiales -que en parte hacen referencia a la aludida presunción recordada por la Corte de Estados Unidos- la prohibición de la censura previa que prevén distintas constituciones y muchos documentos constitucionales de derechos humanos, y la doctrina contraria a las restricciones previas en general." Por ello, admite que la tutela judicial preventiva implica riesgos importantes y no puede ser de aplicación generalizada.

Esta franca admisión de la dificultad y riesgo de la empresa intelectual abordada muestra una ponderable valentía y el convencimiento de su causa. Pues no se trata de una mente con propensión autocrática, como lo prueba en diversos pasajes de su libro, cuando desecha la tutela judicial preventiva en algunas de las diversas hipótesis que despliega con rigor intelectual y razonado convencimiento. Con el prisma de tales atributos apela en los casos que examina a distinciones y tests de constitucionalidad, intentando "un cauce claro y acotado a las prohibiciones judiciales de publicar, procurando aportar las bases de un estricto escrutinio de las mismas por parte de los tribunales."

Dentro de los parámetros aludidos, el autor, luego de estudiar aspectos procesales de la tutela judicial preventiva de daños derivados de informaciones, realiza más adelante un detallado análisis sobre el remedio procesal que propicia ante la lesión que pueda afectar la información sobre

derechos fundamentales como el honor, la intimidad, la vida, la integridad física y el derecho a un juicio justo y de los bienes públicos concernientes a la administración de justicia y a la seguridad del Estado. Ese análisis lo realiza con un excelente despliegue de Derecho Comparado, centralizado en el Derecho inglés, de los Estados Unidos, España y Argentina. Examina los tratados y documentos internacionales también vigentes, la repercusión doctrinaria y la recepción jurisprudencial ocurrida en diversos casos que fueron materia de análisis y controversia.

Hay casos donde parece difícil no coincidir en la conveniencia de admitir una tutela judicial que prevenga el daño que pudiera ocasionar una publicación. Tal hubiera podido ocurrir en España con el periodista Franciso Vinader, quien difundió entrevistas a un ex policía nacional. En ellas se detallaba, incluso con fotos, una lista de presuntos confidentes de la policía e implicados en actividades terroristas ultraderechistas contrarios a la ETA. Días después, miembros de ésta mataron a dos de las personas aludidas, obligando a huir apresuradamente al exterior a los restantes sindicados.

La justicia condenó a Vinader, por ignorar el riesgo de los presuntos implicados y por no haberse preocupado por indagar la veracidad de los delitos imputados. Toller señala que "resultados tan graves como lo ocurrido podrían haberse evitado si los aludidos en el reportaje hubieran solicitado y obtenido una medida procesal civil de prohibición de la publicación –o en determinadas circunstancias, una orden de secuestro-, medida cuyo exclusivo fin es la prevención del daño."

El ejemplo y las afirmaciones de Toller nos introducen en la hondura y complejidad del problema, pues en el examen de los casos y los derechos afectados el camino no es tan lineal y se presta a discusiones o reservas, como las que desliza su propio maestro, el Profesor Pedro Serna, quien entre los derechos merecedores del amparo de la tutela judicial preventiva excluye al derecho al honor, que considera generalmente susceptible de ser reparado *a posteriori.*

Lo expuesto hasta aquí nos lleva a considerar el análisis general en perspectiva axiológico-constitucional que Toller realiza en la Tercera Parte de su obra. En ella propone un modelo hermenéutico alternativo para la resolución de conflictos entre derechos fundamentales. "Lo que se busca a través de este intento es conjugar satisfactoriamente, sin sacrificios ni restricciones, según dice Toller, los derechos fundamentales a la libertad

de prensa y a la información sin censura previa, por un lado, con el derecho también fundamental a la tutela judicial preventiva –necesaria en ciertos casos- y los derechos fundamentales y bienes públicos constitucionales que protege, por el otro".

Parte así de la crítica a quienes en una suerte de darwinismo jurídico buscan jerarquizar y contrapesar los derechos, en una colisión aparentemente insoluble, sacrificando a uno de los bienes enfrentados. En rigor, afirma, de lo que se trata no es la jerarquía o el peso concreto de los derechos, sino de encontrar cual es el *ius* del caso, lo justo entre las contrapuestas pretensiones de los justiciables . . . " O sea, no debe recurrirse a jerarquías abstractas entre los derechos, ya que normalmente no lo permite la Constitución, por eso los jueces deben buscar la compatibilidad y la armonía de los mismos. Como observa Serna: "de lo contrario habría partes de la Constitución que se opondrían a otras y, por el expediente de la jerarquía unas quedarían anuladas por las otras, al menos en los casos concretos."

De lo expuesto, es loable destacar el reclamo sentado a la *prudencia jurídica* para el acierto en la solución. Dentro del horizonte del juez, donde deben aportar afluentes como la doctrina, la jurisprudencia y la realidad social, la vieja requisitoria de la *prudencia política* debe coronar también, a mi juicio, una decisión que necesariamente incursionara en campos de innegable trascendencia pública.

He tratado de sintetizar, como corresponde a la obra premiada, la línea argumental, que el autor respalda con erudición justamente valorada. Pero quedan también expuestos, por honesta admisión del mismo, las dificultades inherentes a la empresa. Esta en juego el llamado "Cuarto Poder del Estado", el amo ante quien todos tiemblan, según la acertada definición que alguien expresara. Porque la fortaleza del mismo, sedimentada secularmente, tiene títulos indiscutidos en la lucha por la libertad del ser humano. Pero asoma asimismo en este intento de Toller, que en modo alguno desconoce tales pergaminos, un espíritu de justicia hacia otros derechos del individuo, también dignos de ser preservados, sin designio de lesión hacia aquél.

No se nos escapa que el intento es intrépido. Contrapone a una situación aparentemente inconmovible una nueva ruta. Frente a lo que es tradicionalmente no discutido, ofrece Toller el arbitrio judicial, acotado y para casos excepcionales. La posible falencia de la justicia, institución con soporte humano, y por ende subjetivo, se enfrente así como alternativa a una institu-

ción cuya objetividad impersonal aparece hasta hoy como una valla consagrada por la costumbre y el asentimiento de la doctrina y el constituyente.

Los remedios que propone Toller abren un campo a la polémica intelectual y a la preocupación de los estudiosos. Quienes recorran sus páginas, encontrarán densa información y argumentos, que podrán compartirse o no. Cualquiera sea la respuesta, lo cierto es que la polémica no versará sobre líneas intrascendentes sino sobre bienes jurídicos y políticos cuya vigencia interesa a la comunidad y a la *justicia* como valor supremo. Haber inducido a esta línea intelectual con armas sazonadas con la hondura del estudio y la meditación, respaldadas con pluma brillante y honesta convicción, son títulos que justifican el sello unánime del jurado que ha premiado la obra que hoy consagramos.

Creemos que espera al Dr. Toller, joven aún, una intensa y valiosa labor en el campo jurídico, dentro y fuera del país.

Como recordé previamente, además del premio otorgado al Dr. Toller, el jurado consideró de estricta justicia no ignorar otras tres obras presentadas al concurso, cuyos méritos también sobresalieron, por lo cual han sido reconocidas, otorgándose para ellas el premio "Accesit" que autoriza, para casos excepcionales, el Reglamento vigente.

Una de ellas es el libro del Dr. Juan Vicente Sola, titulado "*Control Judicial de la Constitucionalidad*".

El Dr. Sola es Profesor titular ordinario de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho y de Teoría y Derecho Constitucional en la carrera de Ciencia Política de la Universidad de Buenos Aires. Es también Profesor del Doctorado en Derecho en la misma Facultad.

Fue Profesor Visitante, de la Universidad de California (Santa Bárbara) y Profesor Titular Visitante en la Universidad de Brasilia. Es Eisenhower Fellow.

Ha publicado, además del ya citado, cuatro libros sobre asuntos constitucionales y de Derecho Internacional.

La intención del libro del Dr. Sola que hoy distinguimos, según señala su autor, es la de dar una visión normativa de la Constitución a través de los precedentes constitucionales. Ante la generalidad y a veces la vaguedad de las normas constitucionales, el Dr. Sola, para esclarecer o prever las

normas aplicables para decisiones futuras, recomienda el estudio de los precedentes que surgen de los argumentos utilizados por la Corte Suprema. Los mismos, señala el autor, aunque solo sean aplicables a las partes, son elementos vinculantes para decisiones futuras. Por lo tanto, para conocer el derecho constitucional vigente en nuestro país, debemos estudiar los precedentes que surgen de los elementos vinculantes, llamados también "*holding*" u "*ratio decidendi*" de los fallos judiciales que aplican la Constitución, expresa el Dr. Sola.

Con la rica experiencia personal de haber trabajado con los Profesores Burke Marshall y Harry Schneider y con el juez Antonin Scalia, el Dr. Sola, con singular y analítica versación, efectúa una profunda recorrida en la jurisprudencia pertinente al tema abordado por las Cortes de Estados Unidos, de la Argentina y Alemania. No se limita a los fallos sino que agrega una erudita exposición sobre las doctrinas que orientan la interpretación judicial.

Esta obra hoy premiada sin duda será de provechosa consulta para jueces y estudiosos, justificando, por la hondura de su análisis, la distinción conferida.

Otro de los *Accesit* otorgados fue a la obra del Dr. Pablo D. Heredia "*Tratado Exegético de Derecho Concursal*".

El Dr. Heredia es egresado como Abogado y Procurador en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Buenos Aires y también en la carrera de posgrado en Derecho Empresarial de la Universidad de Palermo.

No obstante su juventud, tiene realizada una larga carrera judicial desde 1979 a la fecha, donde por concurso fue secretario en la justicia de Primera Instancia en lo Civil y Comercial y en la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Penal. Actualmente es Secretario Letrado de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Su vocación en la docencia universitaria la exhibe como Profesor en la Universidad Siglo XXI (Córdoba) y en la del Museo Social Argentino.

Es Profesor (por concurso) en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Buenos Aires en las cátedras sobre Elementos de Derechos Reales y de Derecho Industrial (Marcas y Patentes), así como también en

los cursos de Capacitación Judicial de la Escuela Judicial de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional.

Ha efectuado diversas publicaciones y dictó numerosas conferencias, cursos y seminarios sobre asuntos jurídicos y de organización judicial.

La obra del Dr. Heredia que comentamos, es bien calificada de "Tratado" por la magnitud del esfuerzo ya realizado y el comprometido por el plan que la guía. El autor buscó ofrecer un cuadro sistemático del Derecho Concursal Argentino vigente, con el telón de fondo de los regímenes que lo precedieron, el cual, ante la reciente reforma legislativa puede completarse en una previsible actualización del mismo. La obra privilegia el examen de los fallos de los tribunales y recurre con abundancia a la doctrina de los autores.

Pero el Dr. Heredia persigue en su análisis una finalidad práctica, como lo afirma, desechando cuestiones jurídicamente opinables, salvo que atiendan a dicha finalidad, por lo que el autor sostiene que deben evitarse las disquisiciones meramente teóricas que no tienen proyección alguna en la realidad.

Cabe señalar que según el Dr. Heredia, el modo exegético seleccionado para el desarrollo de la obra únicamente responde a una técnica expositiva sin que deba inferirse de ello adhesión alguna al método de interpretación de la ley del mismo nombre.

En un rasgo de desinteresada honestidad intelectual, ante los proyectos de reformas de 1997, que lógicamente podrían entorpecer la aplicabilidad practica de su obra total o parcialmente, declara que "por más próximos que sean, no debe tenerse miedo a los cambios legislativos, sino al contenido de esos cambios."

Acierta su autorizado prologuista, el Dr. Horacio Roitman, cuando refiriéndose al joven autor de la obra analizada, señala que "conjuga el vigor que otorga la cátedra universitaria para el estudio con las exigencias de la vida profesional fruto de su labor cotidiana", asegurando que "el Tratado, de utilidad en todos los ámbitos del derecho, constituye un valioso aporte para la comunidad jurídica."

Suscribo el juicio del Dr. Rotman, pues no dudo que el serio y enorme esfuerzo emprendido, ha colocado a la obra que comentamos como de

usual y necesaria consulta para magistrados, litigantes y estudiosos en general.

Los antecedentes del Doctor Alberto Ricardo Dalla Vía, son elocuentes sobre su actuación jurídica y universitaria como también por su vocación hacia la cosa pública.

Abogado y Doctor en la Universidad de Buenos Aires, es también diplomado y cursó su especialización en prestigiosas instituciones españolas. Es Profesor Titular de Derecho Constitucional en las Universidades de Buenos Aires y Belgrano. Integra diversas instituciones ligadas al quehacer jurídico y ha intervenido en seminarios y conferencias en numerosos países. Es autor de más de diez libros y setenta artículos sobre Derecho Constitucional.

En el orden público ha desempeñado importantes funciones de asesoramiento y es actualmente Vicepresidente de la Cámara Nacional Electoral. En tal carácter debo destacar un reciente fallo de la misma tendiente al control efectivo del financiamiento de los partidos políticos, recibido auspiciosamente por la opinión pública que reclama una reforma política. Es de esperar que dicha iniciativa no se vea entorpecida por proyectos colaterales que compliquen la competencia judicial vigorizada.

Lo hasta aquí dicho justifica la afirmación de nuestro colega Jorge Reinaldo A. Vanossi, al prologar su obra, quien ve a Dalla Vía como "al hombre de Derecho que accederá a hombre de Estado y al técnico que deviene en humanista cabal y plenario."

El libro del Dr. Dalla Vía, "*Derecho constitucional Económico*" busca la lectura económica de la Constitución, no como un libro de teoría económica sino como una visión del Derecho Constitucional con una referencia tal vez más sociológica que lo habitual, como señala el autor. Pero ello sin apartar el rumbo rector, el de "encarar cuestiones económicas desde una visión del Derecho Constitucional", como afirma él mismo.

Recorre así la Constitución originaria y sus sucesivas reformas, sin ignorar los soplos de las ideologías del derecho comparado, los tratados internacionales y las nuevas realidades como la de la integración, con su repercusión en los derechos y garantías constitucionales, todo ello con el prisma de la doctrina y de la interpretación judicial nacional y extranjera. De este modo, a través de nuestra historia constitucional, rechaza la afirma-

ción de una nueva Constitución afirmando sí la existencia de una Constitución reformada. Nuestro constitucionalismo esta ligado al sistema capitalista, "que no contradice ni desecha los principios liberales, sino que los afirma en el sentido del nuevo Estado: el modelo de la competencia", sostiene. Afirma su pensamiento revalorizando la economía de mercado que recoge los aportes del Estado Social de Derecho en orden a corregir deformaciones y desigualdades buscando una sociedad más justa.

El aporte que este libro realiza abre la discusión hacia caminos para una reforma en los planes de enseñanza en lo que Vanossi califica como asignatura pendiente: la del Derecho Constitucional Económico. Constituye en suma un valioso aporte sobre temas de profunda actualidad, con versación y criterio definido, lo que justifica la decisión del Jurado.

Una última reflexión deseo expresar. No acudiré a citas de eruditos y autores, que levanten el nivel de mi exposición. Prefiero acudir a lo íntimo de mis sentimientos, presumiendo que interpretaré también a quienes me escuchan.

En esta hora tan llena de angustias para el alma de los argentinos, pienso que éste acto tiene un significado docente, que debe estimularnos en el camino a recorrer.

Cuando nos angustiamos con legítimos reclamos materiales, debemos refrescar nuestro ánimo viendo que también hay otros cauces, de índole espiritual, que convocan al quehacer colectivo. Estos tienen distinto encuadre, que busca el recoleto placer que exige horas de estudio y meditación para abordar horizontes que guien los pasos de nuestra amada patria. Son senderos que nos legaron los ilustres académicos y estudiosos que enaltecieron el prestigio jurídico de nuestro país y que deseamos puedan continuarse con una joven generación de brillantes actores, como los que hoy premiamos.

En esa marcha incesante de las generaciones, nuestra Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires seguirá ofreciendo, como hoy lo hace, su convencido aporte para contribuir al destino que soñaron quienes nos dieron Patria, Derecho y Libertad.

Palabras de apertura del acto

Por Horacio A. García Belsunce (*)

La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires se reúne hoy en sesión pública ordinaria para recibir al nuevo académico titular doctor Víctor Tau Anzoátegui, que fuera designado por unanimidad del plenario académico del 13 de diciembre de 2001.

Para hacer la presentación del recipiendario y referirse a su personalidad y a sus obras, la Academia ha designado al académico titular y vicepresidente doctor Alberto Rodríguez Galán.

Sin pretender interferir en esa presentación deseo, en esta apertura del acto, decir unas pocas palabras sobre el nuevo académico y especialmente acerca de la disciplina de la que es un alto exponente.

El doctor Víctor Tau Anzoátegui ha sido profesor titular regular de Historia del Derecho Argentino en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Es miembro titular de la Academia Nacional de la Historia y ha ejercido con jerarquía y eficiencia su presidencia en dos periodos. Mereció el Premio Nacional de Arqueología e Historia correspondiente al periodo 1974-1977 y es autor de diez libros y de un centenar de monografías y artículos vinculados todos con la historia del derecho, disciplina que ha estado ausente en esta Academia desde el fallecimiento del académico doctor Ricardo Levene en 1959.

Alfonso García Gallo sostenía que la historia del derecho es una ciencia jurídica, que profundiza en el conocimiento del derecho examinándolo

---

(*) Palabras de apertura del acto público de incorporación del Académico, el 12 de setiembre de 2002.

en su finalidad histórica, o sea, que es una ciencia jurídica que opera auxiliada por el método histórico.

Zorraquín Becú, predecesor de nuestro recipiendario en la cátedra y en la presidencia de la Academia Nacional de la Historia, opone la historia del derecho al dogmatismo jurídico que acepta el derecho positivo en su integridad, sin preocuparse por valorarlo a la luz de otros conocimientos, sean filosóficos, económicos, políticos o sociales. La historia del derecho contempla el fenómeno jurídico en su dinamismo y en su evolución, mostrando cómo cambia en función de las circunstancias y cómo se adapta a las necesidades colectivas. En efecto, el derecho es un medio destinado a regular la convivencia humana con justicia y con eficacia. Si el derecho se aparta de sus fines, pierde el rumbo que debe tener y a esto ha conducido la influencia del positivismo jurídico, hacer del derecho un sistema que se baste a sí mismo, que no tiene que depender de otros conocimientos, que carece de otro objetivo que el de su aplicación lógica y formal.

Es para mí un honor y una gratificación personal poner en manos del doctor Víctor Tau Anzoátegui el diploma y la medalla que lo acreditan como miembro titular de esta Corporación, la que mucho espera de él y en la que le auguro el mejor de los éxitos.

Discurso de recepción

Por Alberto Rodríguez Galán (*)

Señor Presidente,
Señores académicos,
Señora de Tau Anzoátegui,
Señoras y señores:

Es para mí un alto honor recibir esta tarde al doctor Víctor Tau Anzoátegui, que se incorpora como académico titular de nuestra Corporación, y agradezco al señor Presidente haberlo así dispuesto.

Hay circunstancias en nuestra vida, que marcan momentos —verdaderos hitos— para recordar más tarde en su transcurso, y, a no dudarlo, para nuestro recipiendario y para algunos de sus actuales colegas en esta casa, esos momentos transcurrieron en la primavera de 1971.

Para setiembre de ese año, el claustro de profesores de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, había elegido sus representantes al Consejo Directivo, que se constituyó y eligió decano al doctor Alberto Rodríguez Varela. Lo integraban el recordado académico, Aquiles H. Guaglianone y los doctores José Domingo Ray, Hugo Caminos, el también memorado Mario Justo López, Víctor Tau Anzoátegui y el que habla. El Decano y los consejeros nombrados se incorporarían luego sucesivamente y en distintos tiempos a esta Academia. Los doctores Fernando Barrancos y Vedia y Gerardo Ancarola, actuales miembros titulares de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, como el

(*) Discurso de recepción del Académico Víctor Tau Anzoátegui, en la sesión pública del 12 de setiembre de 2002.

doctor Carlos A. Decurgez, también formaban parte del nombrado Consejo Directivo.

Lejos estábamos de saber que asumíamos la grave responsabilidad de dirigir la Facultad, en la que nos habíamos formado, y en la cual profesábamos como titulares o asociados, en el comienzo de una década que nos marcaría, como argentinos, profesores, y alumnos, con el dolor de una solapada guerra civil. Eran horas muy duras, que sólo la inteligencia, la conducta el equilibrio y el tacto del decano podían superar, sin que el trabajo académico se afectara, al punto que al cesar en nuestros mandatos dejamos para las autoridades que nos sucedían "un Plan de Estudios" de singular valor, según la crítica de la prensa especializada.

Por cierto, que el vendaval que sobrevino arrasó con todo, lo que no pudo arrasar, fue con las convicciones y con las normas de vida que sustentaban los miembros de ese Consejo que hizo que todos y cada uno nos respetáramos aun más y estrecháramos amistades, que en algunos casos venían de lejos, y en otras se consolidarán durante esa inolvidable gestión, y eso fue lo que ocurrió con el doctor Víctor Tau Anzoátegui. Es que el doctor Tau Anzoátegui, como el Decano Rodríguez Varela son de una generación posterior, —si nos atenemos a la clasificación que hace de las mismas Jaime Perriaux—, a las que pertenecíamos algunos de los académicos mencionados. Las "afinidades electivas" no saben de edades, si de coincidencias en valores morales y culturales superiores.

Para esa misma época, Víctor Tau Anzoátegui, y en plena juventud, por sus merecimientos, abogado, recibido con altas notas en 1957, y doctor en derecho y ciencias sociales en 1963 con una tesis recomendada al Premio Facultad se incorpora —10 de agosto de 1971— a la Academia Nacional de la Historia como miembro de número. Lo recibe el doctor Ricardo Zorraquín Becú. La sala del antiguo Congreso de la Nación, —sede de esa Corporación— es el ámbito que le permite al presentante evocar, "... los debates en torno de los problemas fundamentales de la patria" que allí se llevaron a cabo y señalar su incidencia ejemplar en una personalidad como la del doctor Tau Anzoátegui, para entonces ya titular de la catédra de Instituciones Argentinas en el ciclo básico y profesor asociado —nombrado por concurso— de Historia del Derecho Argentino en el curso regular de quinto año de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Pero el doctor Zorraquín Becú le advierte: "En la vida universitaria de nuestro tiempo no es fácil mantener una disciplina académica" y al denostar el efecto corrosivo de la mal llamada política en la formación científica y

profesional de la juventud, agrega: "Tau Anzoátegui no ha olvidado su deber de contribuir al buen gobierno de la Facultad, y es hoy miembro suplente del Consejo recientemente elegido. Pero sabe mantenerse apartado, al mismo tiempo, de esa política que sólo traduce, muchas veces ambiciones de poder". Y así fue como la labor señera de Tau Anzoátegui en esa función, contribuyó a afirmar la condición que hoy mantiene, la de ser un universitario pleno dedicado al estudio, la investigación y la formulación de permanentes interrogantes, que lo llevan a conclusiones creativas, que luego el tiempo decanta, y devienen en avances singulares en su disciplina.

Es un maestro, la lectura de sus libros desde el juvenil, titulado "La formación del Estado Federal Argentino (1820-1852). El Gobierno de Buenos Aires en los asuntos nacionales" editado en 1965, y tema de su tesis doctoral laureada, que hoy cuenta con una segunda edición revisada y ampliada; "La Codificación en la Argentina (1810-1870)", editado en 1977 en el que se ubica "... la codificación dentro del concepto de derecho vigente en la época y que capta la mentalidad social rastreando las corrientes del pensamiento que se manifestaron en ese tiempo sobre el tema"; son hoy objeto de permanente consulta.

"Las Ideas Jurídicas en la Argentina. Siglos XIX-XX", otro de sus libros también publicado en 1977, con sucesivas ediciones en 1987 y 1999, es otro aporte destacado de Tau Anzoátegui en la materia. "Más que un frío catálogo de autores, obras y doctrinas —dice en el prólogo de la primera edición— interesa detectar el pensamiento vivo en cada momento, el que, como potente palanca mueve y transforma el mundo jurídico". El análisis que realiza a partir de la Revolución de Mayo a través de las distintas concepciones y corrientes del derecho, desde el racionalismo hasta la crítica y superación del positivismo, amén del señalamiento de las generaciones de grandes juristas que las lideraron hasta 1925, torna la lectura de este libro de un renovado y palpitante interés.

Las distinciones que se le otorgan, se corresponden con la aquiescencia con que se reciben sus trabajos. "Premio Nacional de Arqueología e Historia" para el trienio 1974-1977. Miembro correspondiente de la Real Academia de la Historia (Madrid) y de diversas Academias Iberoamericanas, miembro emérito de la Academia Portuguesa Da Historia es nombrado en nuestro país en 1982, Investigador Superior del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas, y Profesor Titular Regular de Historia del Derecho Argentino en la Facultad de Derecho de la Universidad de

Buenos Aires, función que ejerce hasta 1999, Presidente de la Academia Nacional de la Historia (1994-1996 y 1996-1999), miembro del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano y del Instituto de Investigaciones del Derecho de Buenos Aires y Profesor Visitante en la Universidad Autónoma de Barcelona, de Oviedo y de Hamburgo, como también de diversas casas de estudio del país.

Ahora, Don Víctor, integra nuestra Academia.

Le precedieron aquí, y también en la Facultad de Derecho antes nombrada, tres grandes juristas y maestros de su disciplina, Juan Agustín García, Carlos Octavio Bunge y Ricardo Levene. Como también nuestro distinguido colega el Doctor Julio Cueto Rúa, quien en 1956 fue designado Profesor Titular de Introducción al Derecho, al crearse una nueva cátedra de la asignatura, orientándola dentro de la Teoría del Derecho, con prevalencia de la Teoría Pura del Derecho de Hans Kelsen y de la Teoría Egológica de Carlos Cossio. Los tres primeros le dieron a la materia Introducción al Derecho, un contenido diverso, como diversa era la posición que se asumía en la época, con relación al Derecho desde las ciencias sociales y la historia, o desde las posiciones dogmáticas y/o positivistas. De Juan Agustín García, nos ofrece Tau Anzoátegui un lúcido trabajo intitulado "El Derecho en la visión finisecular de Juan Agustín García". En el esclarece su contribución a una reforma sustancial en la forma de concebir y enseñar el Derecho, abriéndolo a los campos de la sociología y la historia, liberándolo de un enfoque puramente dogmático.

En 1904, profesor a la sazón, Juan Agustín García renuncia a la cátedra de Introducción al Derecho y lo sucede como titular Carlos Octavio Bunge.
C. O. Bunge le da a la asignatura un contenido positivista y una denominación "Introducción a las Ciencias Jurídicas y Sociales", que para Carlos Heras responde a aquella orientación.

Durante el mismo año, 1913, Juan Agustín García, en julio, y Carlos Octavio Bunge, en octubre, se incorporarán a esta Academia, como miembros titulares.

En su discurso de incorporación C. O. Bunge habla sobre "la actual crisis de los estudios jurídicos" y atribuye esa circunstancia a críticas en la enseñanza del Derecho al "... carecer los cursos de abogacía de carácter y método casi exclusivamente técnicos y profesionales, —e indica— pasando los estudios políticos y sociales al doctorado o a la Facultad de Filosofía.

Para el autor de "La Ciudad Indiana", estas y otras manifestaciones de C. O. Bunge en esa ocasión, importaron un disenso con la gravitación que él le había dado a las ciencias sociales y políticas en la materia.

Tau Anzoátegui, en el trabajo antes citado, hace un penetrante análisis sobre los comentarios que formuló Juan Agustín García, sobre su colega académico, y su sucesor en la cátedra, que sin llegar a en-tablar una polémica, denota la profunda molestia que le habían causado.

Debo destacar someramente estos antecedentes que establecen una línea intelectual, porque al margen de contenidos ideológicos o doctrinarios, marcaron renovados aportes creativos que llevan a incorporar al Derecho Indiano a los programas de Introducción al Derecho. Y ello se precipita con la incorporación, en 1913, de Ricardo Levene, como Profesor Adjunto en la Cátedra de C. O. Bunge.

En su primer curso, dictado en 1914, Levene expuso "... una visión integral de la introducción al estudio del derecho y en 1916 ya bien afirmada su concepción del proceso jurídico argentino se especializó en el estudio de las raíces españolas e indianas que dieron lugar a sus primeras monografías "Introducción al estudio del Derecho Indiano (1916)" y "Notas para el estudio del Derecho Indiano (1918)". (Carlos Heras, Ricardo Levene, Obras Completas, t. primero, p. 107, Ac. Nac. de la Historia, 1961).

En 1918, muere C.O. Bunge, y Ricardo Levene es designado Profesor Titular. Si bien en los primeros años continuó con el dictado de la materia de acuerdo al programa en vigencia, a poco le imprime, —para Zorraquín Becú—, "una orientación idealista" inspirada en Stammler y Durkheim, y delega en los profesores adjuntos el desarrollo de la parte general del programa. Levene toma a su cargo el estudio, la investigación y el dictado de las clases referidas al sistema jurídico vigente durante el régimen hispánico. En 1924, publica "Introducción a la Historia del Derecho Indiano", obra precursora en la materia; en 1942 "Historia del Derecho Patrio" y en 1945 comienza la publicación de "Historia del Derecho Argentino", obra que culmina al imprimirse el tomo 11 en 1958.

Ricardo Levene, maestro por antonomasia, de quien muchos de nosotros, sus alumnos, llevamos la impronta, de sus clases, de su amor por la patria, a la que brindó no sólo su brillante trabajo intelectual sino su labor incesante para resguardar su patrimonio histórico, desde la preservación y/o formación de archivos de documentos, hasta la de sus monumentos

como "El Cabildo de Buenos Aires", la Casa de la Independencia de Tucumán, o la creación de nuevos museos en el interior del país.

El 19 de septiembre de 1940, Ricardo Levene se incorpora a nuestra Academia. Para entonces, el Instituto de Historia del Derecho Argentino, cuya fundación había promovido en la Facultad de Derecho de la Universidad local en 1936, "... para la intensificación de la investigación y la enseñanza del pasado jurídico nacional, estudiándolo en sus fuentes y en sus relaciones con el derecho americano", motiva que en una de sus primeras publicaciones Levene afirme, "... que el Instituto trataría de cultivar la tradición jurídica nacional, siguiendo un plan de investigaciones sistemáticas, sobre el derecho indígena, el indiano, el patrio, la legislación posteriory el estudio de la obra de los jurisconsultos representativos" (Carlos Heras, ob. cit. p. 109). Su recordada obra Historia del Derecho Argentino en 11 tomos constituye la culminación de este trabajo, señero en la materia.

No pudo concretar en vida la creación, como asignatura autónoma, de la "Historia del Derecho Argentino", pero lo materializaron con brillo sus discípulos. Por eso cabe, en la presentación de don VICTOR, hacer esta semblanza del primer "Homus Docens" como lo calificara un decano de la Facultad de Derecho, a la que dedicó 40 años de docencia; y porque precisamente, han transcurrido, otros 43 años de su muerte —13 de marzo de 1959—, la elección de un jurista como Víctor Tau Anzoátegui para sucederlo en el marco de esa especialidad en esta Academia, adquiere una especial significación, porque nada hubiera sido más grato a su espíritu que esta circunstancia, y nada es más justo para honrar su memoria.

Ricardo Zorraquín Becú y Carlos Mouchet continuarán la línea de Levene, y más tarde, el primero asumirá como profesor titular de Historia del Derecho Argentino, y con la creación de nuevas cátedras serán también titulares de esa asignatura, los doctores Víctor Tau Anzoátegui, José M. Marilúz Urquijo y Eduardo Martiré.

En su libro "Nuevos Horizontes en el Estudio Histórico del Derecho Indiano", Tau Anzoátegui analiza su vigencia, y que la misma, en un sentido amplio, se extiende hasta la codificación; y señala la posición de otros autores en el sentido que "... después de 1810, la perduración del antiguo sistema y por el otro, el derecho que lo reemplazó, se llevó a cabo de manera progresiva, precipitando los cambios de las instituciones políticas, y subsistiendo el derecho indiano, en otros aspectos hasta que los nuevos códigos nacionales lo reemplazaron formalmente".

En ese orden de ideas, el método y contenido de la disciplina, es desarrollado en su trabajo, "El tejido histórico del Derecho Indiano. Las ideas directivas de Alfonso García Gallo", en homenaje a este insigne jurista español, artífice del cambio de la orientación en el estudio del Derecho Indiano, al integrarlo a las ciencias jurídicas, alejándolo de la historia, y propugnando que "... La historia del Derecho Indiano debe ser estudiada por los juristas con espíritu y métodos jurídicos, aunque con técnica de historiadores", porque agrega García Gallo "... la Historia del Derecho se ocupa de cuestiones jurídicas, y éstas sólo jurídicamente pueden tratarse". Todo ello le permite a Tau Anzoátegui hacer un minucioso estudio de las corrientes que en Europa y América pugnan desde posiciones encontradas sobre el método a emplearse y el consiguiente predominio entre la historia y la ciencia jurídica, en la naturaleza de la "Historia del Derecho" como disciplina científica.

En 1992, don Víctor publica dos libros fundamentales en su bibliografía. "Casuismo y sistemas" a su juicio "conceptos categoriales", éstos, apropiados para penetrar profundamente en las bases de sustentación de determinado orden jurídico y "La ley en América Hispana —del Descubrimiento a la Emancipación—" donde afirma su orientación, en cuanto que "... las puntualizaciones metodológicas de las últimas décadas sirvieron para afirmar el puesto de observación del historiador-jurista, son sus palabras, preservando su enfoque y técnicas particulares sin dejar de estimular su conexión con el contorno social". En 2001 otra obra "El poder de la costumbre" en donde se integraron seis estudios sobre la materia, en cuyo desarrollo rescatan el "... valor de la costumbre en el hábito de pensar del jurista".

Señoras y señores:

Con la solvencia que le da su prestigio como jurista e historiador Víctor Tau Anzoátegui, nos hablará esta tarde sobre "El historiador frente al derecho". Retomará en nuestra Academia la estela del pensamiento, de sus ilustres antecesores, Juan Agustín García, Carlos Octavio Bunge y Ricardo Levene, con su aporte singular en la renovación que el tiempo y la contribución de las permanentes investigaciones que se realizan imponen en una disciplina tan particular como la Historia del Derecho.

Celebramos esta circunstancia, doctor Tau Anzoátegui, y al hacerlo no puedo menos que asociar a este acto, a la señora Estela Somoza Bosch de Tau Anzoátegui, por lo que le ha significado su presencia y compañía en la

realización de su brillante obra intelectual y por la prestancia y señorío con que ha compartido sus horas, durante sus viajes de estudio y de los congresos, en el país y en el exterior.

Doctor Tau Anzoátegui, al recibirlo, no puedo dejar de ratificar la seguridad con que sus pares aguardan su destacada participación en la consecución del trabajo de nuestra Corporación.

El historiador ante el derecho

Por Víctor Tau Anzoátegui (*)

SUMARIO: I. Palabras preliminares. — II. Un diálogo con la tradición iushistoriográfica. — III. Cuatro enfoques: Escalas de un progreso científico. — IV. Los orígenes con Juan Agustín García y Carlos Octavio Bunge. — V. La era de Ricardo Levene (1919-1959). — VI. Nuevos planteos metodológicos. García-Gallo y Zorraquín Becú. — VII. La renovación iushistoriográfica de los años ochenta. — VIII. La repercusión de estos enfoques sobre la ciencia jurídica, la legislación y la jurisprudencia. — IX. Epílogo.

I. Palabras preliminares

Agradezco vivamente al Señor Presidente doctor Horacio A. García Belsunce y al doctor Alberto Rodríguez Galán las generosas palabras con que me han presentado en este acto. Me une a ellos, como a otros miembros de la Corporación, una antigua vinculación intelectual y amistad, que deseo hoy destacar especialmente. Muchas gracias.

La Academia me ha asignado el sillón que tiene como patrono a Lucio Vicente López, el tercero de los famosos López, nacido en 1848 y muerto en 1894, recordado en esta Casa principalmente como jurista y profesor de derecho constitucional y administrativo. En este sitial reemplazo a don Enrique Ramos Mejía, fallecido el 5 de enero de 2000, que tuvo una pro-

---

(*) Disertación pronunciada por el Académico, en oportunidad de su incorporación a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión pública del 12 de setiembre de 2002.

longada y destacada actividad en esta Corporación desde que se incorporó en 1968, reemplazando a su padre, Francisco Ramos Mejía, que todos recordamos por haber integrado aquella prestigiosa Corte Suprema de la Nación presidida por Roberto Repetto. Mi predecesor siguió los pasos de su padre en el mismo fuero penal, culminando como juez de la Cámara Federal de Apelaciones. Fue un estudioso del derecho penal, con dominio de sus doctrinas modernas encarnadas en la dogmática, que aplicó en sus fallos, expuso en numerosas publicaciones y enseñó desde la cátedra que profesó en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires.

Cuando se retiró de la magistratura y de las aulas continuó por largos años ofreciendo nuevos y lúcidos trabajos y ensayos, varios de los cuales fueron recogidos en los *"Anales"* de esta Corporación. El prestigio intelectual y moral que siempre lo acompaño y el afecto que supo ganarse entre sus colegas, lo llevaron a ocupar el cargo de Vicepresidente en 1989 y en el período siguiente 1992-1995 se desempeñó como Presidente. En ese momento de su trayectoria expresó solo que "acata el veredicto de sus colegas académicos y agradece el honor que ello implica", frase escueta que representa el sentir íntimo del juez probo, del sabio profesor y del responsable Presidente. Ese era don Enrique Ramos Mejía, a quien tuve ocasión de conocer y apreciar. Me siento muy honrado de ocupar un sitial que ostenta tan digno patrono y distinguidos predecesores.

Quisiera agregar algo más. No puedo ocultar mi emoción porque, en el orden de las disciplinas representadas en esta Corporación, vengo a suceder a mi querido maestro don Ricardo Levene, fallecido en 1959. Las vicisitudes de la vida académica han permitido que cuatro décadas después sea yo quien cubra ese vacío. Un honor que agradezco y una responsabilidad que asumo.

II. Un diálogo con la tradición iushistoriográfica

El título de la disertación parece simple pero esconde una gran complejidad. Decir que el Derecho no puede comprenderse sin la Historia y que la Historia no puede comprenderse sin el Derecho envuelve dos afirmaciones que deben probarse y en todo caso esclarecerse a partir de esos vocablos cargados de acepciones y sentidos, en el pasado y en la actualidad. A su vez, la unión de esos vocablos da origen a una disciplina, la Historia del Derecho, que tiene un largo proceso de formación y desarrollo, tanto en el campo de la investigación como en la docencia superior. Es

una ciencia que se ha venido preguntando sobre sus fundamentos, objeto y método a través de una amplia y variada reflexión en constante revisión. No pueden extrañar pues los numerosos intentos por elaborar una teoría general de la historia del derecho, ni tampoco el interés por desarrollar una sub-disciplina, la historiografía jurídica, es decir, la historia de la Historia del Derecho.

Si bien un saber científico es lo que dicen que es sus cultivadores y así la Historia del Derecho debiera ser lo que dicen que es los historiadores del Derecho, no es siempre así porque, tratándose de una materia que se expande sobre dos campos, la Historia y el Derecho, despierta la atracción de muchos otros estudiosos que tercian con sus propuestas y críticas sobre lo que es, o debiera ser, ese conocimiento. En sus extremos, hay quienes desde el campo de la Historia pretenden despojarla de todo normativismo y formalismo, y desde el ámbito del Derecho aspiran a convertirla en un mero auxiliar de la actual Dogmática jurídica. Ni qué decir sobre su contenido, orientación científica y didáctica y ubicación en los planes de enseñanza universitaria.

En disciplinas como la nuestra, de amplio y variado contenido, extendida en el tiempo y en el espacio, la teoría más afinada suele caer o ser relativizada ante nuevas lecturas, opiniones o experiencias. Es preciso una labor continua de aproximación para adecuar el objeto y método de estudio a las líneas concretas de investigación. De tal manera la labor creativa del investigador puede escoger los instrumentos más adecuados para la tarea que tiene en ejecución. Pero, claro está, es preciso someterse a ciertas reglas consensuadas entre los especialistas que establecen los contornos de la disciplina. Se discute así en el portal mismo de la materia mucho más que en la mayoría de las que integran el marco del derecho positivo.

No entra en mis posibilidades abordar el tema desde un punto de vista filosófico ni tampoco es mi propósito ocuparme en particular del objeto y método de la Historia del Derecho, materia de la cual han tratado con rigor otros estudiosos (1). Mi objetivo es explicar cómo la visión del Derecho se

(1) Entre nosotros, ZORRAQUIN BECU, Ricardo, "Apuntes para una teoría de la Historia del Derecho", en Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, n° 24, Buenos Aires, 1978, ps. 323-342; DIAZ COUSELO, José M., "Algunos problemas de la historiografía jurídica actual" en Anuario de Filosofía Jurídica y Social, n° 8, Buenos Aires, 1988, ps. 143-173; ídem, "Las ideas de Ricardo Zorraquín Becú sobre la Historia del Derecho", en Revista de Historia del Derecho, n° 29, Buenos Aires, 2000, ps. 39-75.

ha ido insertando de diversa manera, pero siempre como eje central, en la elaboración de una historia del derecho argentino y americana construida en la Argentina a través de una empresa intelectual ya centenaria, de la cual me siento testigo y protagonista. Mi trayectoria comenzó cuando en 1953 don Ricardo Levene me invitó a ingresar, como ayudante de docencia, siendo aún alumno, al Instituto de Historia del Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires; y continuó más tarde, después de 1973, en el Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, donde comparto comunes afanes con destacados cultivadores de la disciplina. En ese único taller intelectual —los dos Institutos son fases de una misma trayectoria— aprendí a investigar y a compartir hallazgos, a debatir serenamente, a respetar el trabajo intelectual ajeno, a crecer constantemente corrigiendo errores y cubriendo vacíos. También allí aprendí que si bien en toda disciplina es necesaria la teoría en cuanto fija el rumbo a seguir, es desaconsejable quedar atrapado por la maraña de definiciones y clasificaciones absolutas, cuya eficacia peligra ante las diversas modalidades que ofrecen los distintos temas que se van considerando en la actividad práctica de la investigación.

Si el campo de estudio ha sido, desde mi juventud, la Historia del Derecho, he sido beneficiado por pertenecer a ámbitos mayores de la Historia y del Derecho. El primero, particularmente debido a mi incorporación a la Academia Nacional de la Historia, donde he tenido la fortuna de convivir con algunas generaciones de historiadores. El segundo, durante el prolongado ejercicio de la cátedra en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. De tal modo, la generosa decisión de los miembros de esta Academia de incorporarme a su seno viene a culminar ese proceso de continuo aprendizaje que ha sido y es mi vida intelectual. No puedo impedir que todo esto palpite en el trasfondo de esta disertación, donde algunos querrán ver, y tal vez tengan razón, mis temas, mis libros, mis proyectos científicos.

El nacionalismo político y jurídico dominante en los siglos XIX y XX constituye el marco dentro del cual se desarrollaron los estudios histórico-jurídicos, en cada uno de los viejos y nuevos países del mundo occidental. Una tendencia "endogámica" llevó a la construcción de la propia tradición historiográfica, aún en aquellos países, que habían en el pasado compartido con otros formas jurídicas comunes. La discusión en torno a la existencia de un derecho nacional asomaba como cuestión previa y una respuesta afirmativa parecía necesaria para dar solidez a esa elaboración, que consistía en interpretar y trasmitir ese legado, conforme a los intere-

ses e idiosincrasias particulares de cada nación (2). Desde luego que, junto con esta tendencia se manifestó un proceso cultural de recepción y asimilación del pensamiento y producción bibliográfica "extranjeros", y hubo también destacadas manifestaciones "exogámicas". Entre nosotros, el hecho más destacable en este último sentido lo constituyó el cultivo del Derecho indiano que principalmente alentó Ricardo Levene, plasmado en su libro precursor de 1924 (3).

En la Argentina se gesta una importante y persistente tradición iushistoriográfica, con sus notas originales, dadas especialmente por la calidad de su producción intelectual y la continuidad eslabonada de sus principales cultivadores. Su punto de arranque fue en 1896 y se ha mantenido de modo ininterrumpido, hasta la actualidad. Empieza en aquel año cuando Juan Agustín García asume la cátedra de Introducción al Derecho en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires y se continúa en la misma cátedra con Carlos Octavio Bunge, Ricardo Levene y Ricardo Zorraquin Becú. Con este último se inicia la época de las cátedras autónomas de la disciplina. El eje de investigación se consolida a partir de 1936 con el Instituto de Historia del Derecho que funda Levene en la misma Universidad y después de 1973 se traslada al Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, asociación privada, que dirigieron sucesivamente Zorraquín Becú hasta 1995 y José M. Mariluz Urquijo hasta 2001, mis queridos e ilustres predecesores. Esta tradición tiene un pronunciado sesgo individual con García, Bunge y Levene. Después de la muerte de este último queda un grupo consolidado, con la denominación de Escuela de Levene (4). Aunque cambian los tiempos, los estilos, las ideas, lo cierto es que no hay rupturas ni polémicas desintegradoras.

---

(2) MARTINEZ PAZ, Enrique, disentía con esta opinión generalizada al sostener que no era premisa indispensable de una historia propia que existiese un derecho nacional, pues en el Derecho —agregaba— se imponen unos rasgos universales que pasan de un pueblo a otro a través de las refracciones ("Dogmática e Historia del Derecho" en II Congreso Internacional de Historia de América, Academia Nacional de la Historia, p. 58, Buenos Aires, 1938).

(3) LEVENE, Ricardo, "Introducción a la historia del derecho indiano", Buenos Aires, 1924.

(4) TAU ANZOATEGUI, Víctor, "La Escuela de Levene: Medio siglo de estudios histórico-jurídicos", en Boletín de la Academia Nacional de la Historia, vol. LVIII-LIX (1985-1986), Buenos Aires, 1987, ps. 465-469.

III. Cuatro enfoques: Escalas de un progreso científico

El objeto de estudio del iushistoriador es el Derecho del pasado examinado en sus perspectivas estática y dinámica. El problema básico, ubicado en el comienzo mismo de la disciplina, pero que envuelve todo su contenido, es definir qué es el Derecho para un historiador: ¿Se pueden tomar algunas de las nociones actuales? ¿se debe atender a las vigentes en la época histórica que se estudia? o ¿hay que establecer una nueva, que sirva como "concepto operativo general" para aproximarse a las distintas formas jurídicas del pasado? La respuesta depende en buena parte del punto de mira del estudioso.

En la Argentina, durante la primera mitad del siglo XX, se perciben dos enfoques principales: el sociológico y el dogmático. En el primero cabe ubicar nítidamente a García y Levene. Es consecuencia de la fuerte influencia de las ciencias sociales en las primeras décadas del siglo.

El otro enfoque tiene su origen en la Dogmática jurídica, cuya labor constructiva en la legislación y ciencia del Derecho del siglo XIX tuvo honda influencia en la etapa formativa de la Historia del Derecho en los países europeos y americanos. Así un criterio dogmático primario llevó a su aplicación en el estudio del pasado jurídico. Fue más por ausencia de reflexión que por detenido razonamiento. Se impuso con frecuencia en la labor monográfica histórico-jurídica y en los denominados "antecedentes históricos" de los tratados y lecciones de los juristas del derecho positivo. Sin embargo, hubo algunas elaboraciones teóricas atraídas por este punto de vista, donde se apunta hacia una interesante integración entre Dogmática e Historia, como las que expusieron los profesores cordobeses Enrique Martínez Paz y Ricardo Smith. Una postura más ecléctica, fue la sustentada tempranamente por Carlos Octavio Bunge.

En la segunda mitad del siglo XX dos nuevos enfoques tienen en nuestra ciencia cierta fuerza intelectual. Uno es el institucional, cuyo principal exponente fue el profesor español Alfonso García-Gallo, que se difundió en la Argentina en los años '60. Para apartarse de los institutos jurídicos fijados por la Dogmática, el propio historiador construye un esquema, a partir de la observación de los problemas y soluciones de índole jurídica de cada época y lugar.

El otro enfoque, posterior en el tiempo, se podría denominar socio-cultural. Es de más compleja configuración y definición, porque si bien tiene

algunas notas que le son comunes, engloba diferentes respuestas que resulta imposible de unificar. Se introduce una mayor libertad metodológica, se busca ampliar el horizonte normativo y cultural del Derecho y a separarlo del Estado. Este movimiento, como tal, se inicia en los años '80 y hoy tiene fuerte presencia en Europa y América.

Estos cuatro enfoques, como supuestos previos en la elaboración de la disciplina, marcan escalas de un desenvolvimiento científico progresivo, pero sin que necesariamente uno sustituya al otro. No solo hay una trasmisión de elementos con la consiguiente capitalización, sino que algunos de ellos mantienen vigencia, según sean los temas a abordar. Así, por ejemplo, el elemento sociológico siempre se mantuvo y ahora hay ciertos visos de mayor presencia. A su vez y pese a sus fuertes contradictores el elemento dogmático, como columna de la construcción del jurista, no ha desaparecido, salvo en los particulares cuestionamientos que desde un sector de la historiografía general se ha efectuado a la ciencia jurídica y a su disciplina histórica.

IV. Los orígenes con Juan Agustín García y Carlos Octavio Bunge

Juan A. García abre este itinerario intelectual. Su acceso, como profesor titular, a la cátedra de Introducción al Derecho en 1896, tiene un doble significado: introduce en la enseñanza las ciencias sociales y da impulso a la historia jurídica, situación que se prolongará hasta más allá de la mitad de la centuria. Su paso por esta cátedra es relativamente breve. La abandona en 1904, cuando apenas superaba los cuarenta años de edad, pero sus libros e ideas tendrán larga pervivencia.

Cuando García se aproxima a la noción de Derecho, las frases y los giros, las afirmaciones y negaciones, se articulan para marcar su complejidad, que se resiste a concretar en una definición expresa. Así afirma en frase nuclear: "El Derecho en sí no es una abstracción, es una cosa tan viva como la sociedad de que emana; no se crea artificialmente con las teorías: no es el producto de la fantasía humana, es muy real y verdadero, con sus grandes raíces en lo más hondo de la sociedad". Continúa con la idea en otro pasaje: "Una constitución no es un producto arbitrario de la fantasía científica de unos cuantos hombres reunidos en convención. Todas y cada una de las instituciones que comprende han nacido y crecido en el país, elaboradas por el espíritu público". García renuncia a dar una definición abstracta y abarcadora del Derecho. Lo presenta a través de una noción que contiene numerosos y variados elementos formados paulatinamente, al-

terados y transformados siguiendo la evolución política y social. Señala que ya en los antiguos pueblos existía un Derecho como "la expresión viva de su manera de ser, de sentir y de pensar, de las necesidades de la familia y de la tribu". Va esbozando un panorama evolutivo hasta alcanzar "las teorías modernas de la Revolución Francesa". Entonces el Derecho sufre transformaciones radicales, que llevaron a limitar su ámbito que —dice— antes era "mucho más vasto, abarcaba casi la totalidad de las acciones humanas, hasta los pensamientos y las intenciones". Para García, cuando el Derecho "sigue naturalmente desarrollándose en el seno del pueblo, se modifica gradualmente a medida que cambian las necesidades, se amolda sin violencias a una nueva manera de ser". En cambio, cuando "lo crea el legislador teórico, suele contrariar injustamente los intereses individuales y las aspiraciones que un hombre tiene el derecho de realizar con lo suyo" (5).

No compartía García la idea de la mayoría de los juristas de la época en el sentido de que con la codificación se había alcanzado un grado superior de la cultura jurídica. Aunque reconocía que los códigos constituían "el más espléndido triunfo del sistema deductivo aplicado al Derecho" y que teóricamente "son obras perfectamente lógicas, claras, metódicas", su profunda creencia en la raigambre social del Derecho le llevaba a sostener que "el ideal jacobino, imitado en los países sometidos a su influencia moral con su código cerrado, igual para todos, y aplicable en las regiones más diversas por sus caracteres y necesidades, no es evidentemente un tipo de perfección. Su primera consecuencia —agrega— es la inmovilización del derecho, sobre todo cuando es tan radical como el argentino, que fulmina la costumbre: Destruye esas fuerzas vivas creadoras de derecho, que como las que actúan sobre el idioma, la religión, son la riqueza moral más preciada de un pueblo". La visión histórica de García le permite avanzar en el juicio de que esta forma moderna del Derecho es sólo un momento histórico, no un estado definitivo como algunos suponen. Se puede discutir acerca del campo de estudio en el cual corresponde ubicar a García, si en la sociología, en la historia jurídica o en la historia social. En todo caso, sería darle un encasillamiento actual inadecuado para aquella época en la cual no estaban tan perfiladas las disciplinas que luego ocuparían espacios propios y definidos. Lo cierto es que la Historia aparece como elemento vertebral en su concepción. Sin embargo, García no alcanza a

(5) GARCIA, Juan A., "Introducción al estudio del derecho argentino. I. Parte general. Antecedentes históricos", ps. 33, 41-42, 62-63, 68, Buenos Aires, 1896.

desarrollar la Historia del Derecho como disciplina en una obra de conjunto, que propone y anuncia reiteradamente, pero que no alcanzó a concretar. "La ciudad indiana" —su libro más conocido— si bien marca rumbos en la tarea de investigación, en sí mismo no resulta un texto central de la historia jurídica indiana. En este último sentido, su labor fue superada en poco tiempo por sus sucesores en la cátedra.

En cambio, resulta más interesante, en punto al legado intelectual de García, la dimensión histórica que da a la codificación contemporánea y la crítica que hace de los "códigos cerrados". Alcanza así a mostrar a la codificación como un ciclo histórico, susceptible de una evolución y cambio posterior, un punto de vista que por muchas décadas no recogió —ni naturalmente profundizó— la historiografía jurídica. Más bien ésta apuntó, hacia el conocimiento del Derecho antiguo y consideró que la sanción de los códigos constituía el punto de llegada de sus estudios y que el período posterior correspondía ya abordarlo al jurista del derecho positivo (6).

García se retira de la cátedra de Introducción en momentos en que se produce la crisis universitaria de 1904. Lo reemplaza Carlos Octavio Bunge, que cumplía 30 años de edad. En el programa que redacta para el curso de 1905 se percibe un cambio de espíritu y orientación, consistente en establecer un enfoque más teórico y enciclopédico del Derecho, sin abandonar el aporte sociológico y en dedicar una parte a los "antecedentes del derecho argentino", inaugurando una formulación que tendría larga vida en dicha cátedra. En lo que aquí interesa, cabe decir que con Bunge se afina una postura metodológica histórico-jurídica, pero se templa o esfuma el perfil crítico del Derecho contemporáneo que habían introducido las lecciones de García. Bunge elabora nuevos puntos de vista al respecto en sus obras "El Derecho" (1905) e "Historia del Derecho Argentino" (1911-1912).

Bunge considera como Derecho al derecho positivo, o sea las normas establecidas por la costumbre y la legislación. Para alcanzar el concepto de Derecho "el jurista debe apartarse de todo sistema metafísico o racional y estudiar la realidad presente y pasada".

Para Bunge la Historia del Derecho tiene por objeto principal las transformaciones del fenómeno jurídico de los pueblos y edades mediante un

---

(6) Idem. 8-9, 115-118; TAU ANZOATEGUI, Víctor, "El Derecho en la visión finisecular de Juan Agustín GARCIA", en Revista de Historia del Derecho, nº 24, Buenos Aires, 1996, ps. 293-401.

"estudio reconstructivo y comparativo". Su contenido comprende el origen de las normas, el análisis de la época en que aparecen, los motivos inmediatos, los autores, el poder que les otorgó fuerza de ejecución, las instituciones jurídicas y su transformación. Hay —según sostiene— una historia del Derecho nacional que debe estudiarse desde sus orígenes hispanos e indígena mediante el método positivo, en base a la investigación documental y teniendo en cuenta que la historia del derecho de un pueblo no puede limitarse al análisis formal de las leyes, sino que debe caer bajo el examen del estudioso la vida que forma y renueva la estructura jurídica. Aunque sin llegar al tono grave de Garcia, formula una crítica a la 'escuela filosófica' que dio fundamento a la legislación del siglo XIX, cuya manifestación más relevante fue la codificación, bajo cuyo influjo los comentaristas del Código Napoleón redujeron el Derecho a la ley e interpretaban la ley por la ley misma (7).

Bunge señala en 1913 la crisis en que se encuentran los estudios jurídicos, pero no cree que ello se mejore con el cultivo preferente de las ciencias sociales y políticas. El remedio lo encuentra en dar a los cursos de abogacía "carácter y métodos casi exclusivamente técnicos y profesionales", porque para él "ninguna ciencia, por sus métodos y por su contenido, aguza más el ingenio y fija mejor el sentido ético que la del derecho, cuando se la cultiva a fondo". Entre las disciplinas que apuntan a este objetivo incluye al derecho romano y a la historia del derecho (8).

V. La era de Ricardo Levene (1919-1959)

Bunge muere en 1918. Tenía sólo 43 años. Su obra fundamental —así lo estimaba él mismo— "Historia del Derecho Argentino" queda incompleta. Le había solicitado colaboración a Ricardo Levene, entonces profesor suplente de la cátedra, para redactar la parte correspondiente al Derecho indiano, pero la muerte trunca la empresa. Levene asume al año siguiente la titularidad y con él se inicia el más prolongado reinado intelectual en la materia, que sólo finaliza cuarenta años después, al producirse su fallecimiento.

---

(7) DIAZ COUSELO, José M., "Carlos Octavio Bunge y la Historia del Derecho", en Revista de Historia del Derecho, nº 16, 1988, p. 261 y sigtes.

(8) BUNGE, Carlos Octavio, "La actual crisis de los estudios jurídicos", 1913, incluido en ídem, "Estudios jurídicos", serie primera, Madrid, 1926, ps. 31-55.

En la lección inaugural del curso dictado en 1913, Levene ya sostenía que el derecho positivo "se agita, se forma, se organiza en la entraña viva de la sociedad". El derecho es "la corriente eternamente mudable y renovadora, que hace obra lenta pero irremovible e impone a la ley nuevas normas como expresión de nuevos estados jurídicos". Luego proseguía: "Cuando la ley no los refleja, es una fórmula muerta, vacía de sentido, que ha podido expresar, cuanto más, una concepción que el legislador ha creado: pero el verdadero creador del derecho no es él, sino el pueblo mismo" Así establecía que "debe mediar pues, una relación directa entre la conciencia jurídica que engendra el derecho positivo y la ley que la consagra" ya que "cuando ese vínculo no existe, se ha creado una ficción o una abstracción sin vida". Para él, pues, el derecho positivo no es creación del Estado ni la ley es "todo el Derecho". Finalmente, el joven profesor enseñaba a sus alumnos: "El derecho en cuyo estudio os iniciais, no es un código de fórmulas frías e imperiosas, cuya letra vais a analizar, sino un organismo vivo, que crece se nutre, se desarrolla en el ambiente social que respira, y que como una corriente siempre agitada, persigue este ideal que las necesidades colectivas alientan: la justicia" (9).

Se vivían tiempos de ebullición de las ciencias sociales y Levene estaba claramente comprometido con estas ideas. Derecho y Sociedad aparecían estrechamente enlazados en esa concepción. Las lecciones de Juan A. Garcia le habían impactado profundamente. En 1923 pronuncia ante la tumba del maestro esta frase medular: "Más de una vez el estudiante, fatigado de largas andanzas a través de las fórmulas breves y frías de los códigos, retornaba al aula de introducción al Derecho para dilatar el pensamiento y la mirada, contemplando el horizonte". La crítica a la teoría de la codificación se hacía presente a través de esta punzante alusión a "las fórmulas breves y frías de los códigos" (10).

Hacia la tercera década del siglo empieza a declinar el movimiento que impulsaba la expansión de las ciencias sociales dentro de los estudios jurídicos y junto a ello se percibe el repunte de las concepciones que

---

(9) LEVENE, Ricardo, "El derecho positivo no legislado", en Anales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, t. III, p. 180 sigtes., Buenos Aires, 1913, Sobre el tema, TAU ANZOATEGUI, Víctor, "Historia, Derecho y Sociedad. En torno a la concepción histórico-jurídica de Ricardo Levene", en Investigaciones y Ensayos, nº 35, ps. 87-120, Buenos Aires, 1987.

(10) TAU ANZOATEGUI, "El Derecho..." cit., 379-380.

exaltaban la hegemonía de la ley y el absolutismo de los códigos. Esta neutralización de las tendencias sociológicas e historicistas se vincula con la recepción del pensamiento de Hans Kelsen a partir de 1935 y desde luego con las apremiantes necesidades de la práctica profesional legislativa y judicial (11). Bastaba al egresado de las aulas operar con un sistema jurídico cerrado, sin necesidad de saber nada del derecho positivo histórico (12).

Es también el tiempo en que surgen, en nuestra disciplina, algunas teorías que buscan la unión de la Dogmática con la Historia. No es casual que hacia fines de los años '30 los profesores cordobeses Enrique Martínez Paz —iusfilósofo y civilista— y Ricardo Smith —historiador del derecho— aborden la cuestión desde esta perspectiva.

Para Martínez Paz, "Dogmática e Historia necesitan vivir bajo un pacto perenne de colaboración" y "el campo común de juristas e historiadores debe ser el ámbito de las instituciones positivas actuales" (13). Por su parte, Smith desarrolla en 1940 su tesis bajo el título expresivo de "El historicismo dogmático". Sostiene "la necesidad de encontrar un criterio estrictamente jurídico, que tome en consideración el derecho en su unidad, en sus íntimas transformaciones y capte la estructura interna del ordenamiento legal de cada época". De acuerdo con esta idea, el historiador ve al Derecho sólo como un concepto actual, del cual toma el modelo dogmático para ir reconstruyendo las formas jurídicas de cada época pretérita. Es cierto que en esa tarea de reconstrucción deberá tener en cuenta los factores que producen las transformaciones de su estructura interna y sus consecuencias porque —agrega Smith— es "una abstracción falsa y peligrosa" la de "escribir la historia del derecho sin considerar el fondo social donde éste es producido, donde logra su espíritu, y de dónde salen los movimientos y corrientes que lo transforman" (14). La proximidad con la kelseniana ciencia pura del derecho que se señala en este escrito, en el que se

---

(11) FUCITO, Felipe, "Sociología del Derecho", ps. 78 y 505, Buenos Aires, 1993.

(12) Sobre el ahistoricismo de Kelsen, véase LALINDE ABADIA, Jesús, "Historia del Derecho frente a Filosofía del Derecho (Contrarréplica extemporánea a Hans Kelsen)", en Anuario de Historia del Derecho Español, LXV, ps. 1023-1035, Madrid, 1995.

(13) MARTINEZ PAZ, cit. 58-59.

(14) SMITH, Ricardo, "El historicismo dogmático" (1940), en ídem, "Aportaciones al estudio de la Historia del Derecho en Argentina", ps. 5-6, 21-22, Córdoba, 1942.

invoca una amplia y variada bibliografía europea y americana contemporánea, aunque es muy discutible, marca las tendencias imperantes en ese momento. Una Historia del Derecho así concebida era, tal vez, la que el jurista del derecho positivo podía sentir como más afín a su mentalidad y más útil como instrumento auxiliar. Sin embargo, Smith no aplicó su teoría en una obra de conjunto sobre la materia —que en algún momento proyectó hacer— ni en ninguna monografía sobre tema adecuado para plasmar aquellas ideas.

Levene no se siente atraído por esta pujante novedad. Su respuesta está más en los hechos que en las palabras. En 1936 funda en el seno de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales el Instituto de Historia del Derecho Argentino y Americano. Es interesante consignar que en 1941 es incorporado Smith como "miembro corresponsal" en Córdoba y pronuncia una conferencia. Pero sin duda es más destacable el retorno a Garcia, que Levene concreta en la publicación de dos folletos del Instituto: en 1944 una lección inédita del maestro y al año siguiente un estudio suyo titulado "La realidad histórica y social argentina vista por Juan Agustín Garcia". Manifiesta que a Garcia le recuerda sin cesar en sus clases, y que ha estimulado a los alumnos a estudiar "esta figura original de la cultura argentina". Con todo, hay un detalle significativo que no conviene pasar por alto. Cuando al trazar la semblanza de Garciareproduce aquella frase de fuerte expresión contraria a la teoría de la codificación, pero templándola de tal modo que las palabras "las fórmulas breves y frías de los códigos" es reemplazada por la más ambigua expresión "áridas disciplinas" (15). ¿Es acaso este testimonio otra prueba del cambio de los tiempos?

El nuevo escenario pudo ser un estimulo determinante para que Levene emprendiera la extensa obra "Historia del Derecho Argentino". En el prólogo, escrito en junio de 1945, ofrece su enfoque del Derecho: "La contribución original que significa esta obra, no consiste únicamente en la utilización de las fuentes auténticas o los textos legales, sino en los documentos sobre las aplicaciones de la ley. He tenido la permanente preocupación de inquirir el pensamiento del legislador y del jurisconsulto y recoger las manifestaciones del sentimiento del derecho, la costumbre obligatoria y la jurisprudencia de los Tribunales para reanimar la vida y el espíritu de la realidad social, el mundo del orden jurídico tal como se acusa en

(15) LEVENE, Ricardo, "La realidad histórica y social argentina vista por, Juan Agustín García", p. 13, Instituto de Historia del Derecho Argentino, Buenos Aires, 1945.

ese sector, complejo, vibrante, dramático en múltiples peripecias humanas". Agrega que esta Historia del Derecho "no se circunscribe a la dogmática jurídica, sino que abarca el horizonte de lo económico y espiritual conexo". Es, sin duda interesante, la inclusión de la expresión "dogmática jurídica" pero al mismo tiempo la forma negativa de su utilización sirve para señalar su insatisfacción por el ámbito restringido que abarca (16). El contenido de la obra en si, de sus once volúmenes, es un pálido reflejo de este discurso fuerte y certero en su rumbo, aunque ambiguo en su técnica.

Esta noción leveniana de Derecho es suscrita plenamente por Rafael Altamira, una de las figuras intelectuales más interesantes del siglo en el ámbito de la cultura hispana, y particularmente en nuestro campo específico. Profesor de Historia del Derecho de la Universidad de Oviedo estuvo en la Argentina en 1909, invitado por la Universidad Nacional de La Plata, donde dictó un curso de metodología de la historia. También ofreció un ciclo de disertaciones sobre historia jurídica en la Facultad de Derecho de Buenos Aires. Conoció y trabó relación intelectual y afectiva, entre otros, con Garcia y Bunge. Años después, cuando Levene empezó a publicar sus primeros escritos sobre derecho indiano, se inició entre ellos una relación epistolar, que alcanzó su período culminante en la década de 1940, cerrándose con la muerte del maestro español en 1951. Por entonces Altamira se encontraba exiliado en México. Las cartas entre estos iushistoriadores tienen las características de un verdadero diálogo intelectual, que se anuda cuando ambos estaban vivamente interesados en marcar la orientación de los estudios de historia del derecho indiano, con la publicación de nuevos textos y monografías, y con la formación de discípulos en ambos hemisferios (17).

VI. Nuevos planteos metodológicos. García - Gallo y Zorraquín Becú

Ricardo Levene fallece el 13 de marzo de 1959, a los 74 años de edad de modo súbito. Hasta la noche anterior se había ocupado de sus proyectos de investigación y organización institucional. En los últimos años de su

(16) LEVENE, Ricardo, "Historia del Derecho Argentino", t. I, ps. 7-8, Buenos Aires, 1945.

(17) TAU ANZOATEGUI, Víctor, "Diálogos sobre Derecho indiano entre Altamira y Levene en los años cuarenta", en Anuario de Historia del Derecho Español, LXVII, vol. 1, ps. 369-389, Madrid, 1997. La coincidencia en cuanto a la noción de Derecho en cita de ps. 378-379. Las ideas de Altamira están expuestas en PUGLIESE LA VALLE, María Rosa, "La vigencia de la concepción histórico-jurídica de Altamira", en Revista de Historia del Derecho, nº 20, ps. 335-375.

vida ya habían aparecido algunos planteos renovadores en el campo historiográfico general y en el particular de la historia jurídica.

Levene había sido una de las cabezas de la Nueva Escuela Hist6rica, movimiento historiográfico que había impulsado los estudios históricos en la Argentina, dentro de la cual se encauzaban los de historia jurídica (18). Después de 1955 empieza a destacarse la presencia de una corriente renovadora que introduce nuevos conceptos y criterios con temática preferentemente social y económica, y que ostenta una postura crítica hacia aquella Nueva Escuela, agudizada poco después con algunos enfrentamientos personales por la posesión de cátedras y espacios académicos Aunque posee un estilo propio, sobresalen algunos influjos europeos provenientes de las historiografías francesa e inglesa, con la presencia relativa —en algunos— de un difuso marxismo. Sus ambiciones totalizadoras llevaron a una crítica generalizada sobre la forma anterior de hacer historia. Bajo esta censura cae la denominada ambiguamente "historia política e institucional", que parece incluir bajo ese rótulo al mismo Derecho, aunque en realidad ello no se precisa con exactitud. Es más, esta indiferencia hacia el Derecho, procede de la dominante enseñanza que dimana de la prestigiosa revista francesa, los "Annales", entonces bajo la dirección de Fernando Braudel. Desde luego en el clima ideológico de esos años, asoman con fuerza las posturas marxistas más ortodoxas. Lo cierto es que al considerar que el meollo o núcleo del proceso histórico reside en ese complejo socio-económico, los demás elementos —como el jurídico estrictamente— pierden interés para el historiador. De ahí que no haya de parte de estos historiadores sociales ningún planteo crítico-científico sobre el Derecho ni sobre la misma historiografía jurídica, actitud que se mantuvo hasta mediados de los años ochenta.

En el campo de la Historia del Derecho se produce una renovación, que iniciada en los años '50, se expande en las dos décadas siguientes. Cuando aún las cuestiones teóricas de la disciplina no merecían demasiado espacio y entre los historiadores parecían implícitamente dominar las pautas empíricas que procedían de Altamira y Levene, surgieron los primeros escritos del catedrático madrileño Alfonso García-Gallo en donde se proclamaba a la Historia del Derecho como ciencia jurídica por su método y

(18) TAU ANZOATEGUI, Víctor, "Historia, Derecho y Sociedad", ps. 91-99, cit., en particular.

contenido y se propugnaba su separación de la ciencia histórica. Eran los tiempos en que el historiador español Jaime Vicens Vives proclamaba que había pasado la hora de los historiadores del derecho y García-Gallo respondía que "no parece que en un porvenir inmediato la Historia del Derecho debe esperar mucho de los historiadores".

¿Cuál es entonces la visión del historiador ante el Derecho en esta época? García - Gallo construye una teoría que se destaca por la amplitud y por la insistencia con que se refiere a la misma. Aquí solo esbozaré la idea principal, en cuanto se vincula al tema que nos concierne.

Para García-Gallo, la historia jurídica "debe estudiar la evolución del Derecho en el pasado", aislando "lo jurídico de lo que no lo es, para ocuparse solo de aquello y tratarlo con técnica jurídica", es decir, "concebir y estudiar el Derecho como lo hacen el legislador o el jurista" dejando de lado "las preocupaciones historicistas y sociológicas, la atención predominante por los aspectos políticos, sociales, económicos, etc. de las instituciones y proceder como juristas". En suma —agrega— "la Historia del Derecho debe ser ante todo una ciencia jurídica y no histórica, aunque opere en parte con método histórico".

Pese a este pronunciamiento inicial, nuestro autor recusa la concepción dogmática y adopta una orientación institucional, consistente en "prescindir de los conceptos y sistemas dogmáticos" y tomar como base las instituciones, no para estudiarlas en todos sus elementos —situación, valoración social y regulación— sino para partir de ellas, ya que "son las que determinan la existencia del Derecho y de sus normas". El estudioso —dice— debe atender sólo a lo jurídico de la institución, enfocada en su devenir histórico, aunque partiendo de los demás elementos, ya que "el Derecho positivo nace de la vida social y para ella" y no puede ser comprendido si se lo examina como una mera abstracción. Al considerarla como ciencia del Derecho por su contenido y método, afirma que sólo se distingue de las demás disciplinas jurídicas porque se refiere a un ordenamiento —o fase— distinto y porque su finalidad es destacar la evolución y contraste en los principios y normas que han regido a lo largo del tiempo, en vez de plasmar una coordinación abstracta de los mismos.

La teoría de García-Gallo fue expuesta en un estudio medular, publicado en 1952 bajo el título "Historia, Derecho e Historia del Derecho" y nuevamente explicada en otros escritos y pasajes de sus obras, varios de

los cuales estaban aplicados al campo americanista (19). Sin duda, representa un aporte original, que lo diferencia por su calidad y novedad de otros anteriores. Esta teoría estuvo acompañada de una labor monográfica y manualística de reconocida solidez. Fue el cultivador más destacado de la Historia del Derecho indiano durante ese período. Introdujo en su estudio un rigor científico en el enfoque y tratamiento de los problemas hasta entonces no conocido —en lo que se revela su técnica de medievalista— y dio a la disciplina una orientación más jurídica, sin caer en el dogmatismo. Consciente de la dificultad de alcanzar una definición del Derecho con alcance general para todas las épocas pero al mismo tiempo de la necesidad de buscar una noción operativa, que permita al historiador penetrar en el pasado jurídico, acuña la siguiente respuesta: Derecho es "una ordenación de la vida social con fuerza vinculante".

Los criterios del maestro madrileño alcanzaron amplia difusión en los ámbitos español e hispanoamericano. Visitó la Argentina entre 1948 y 1983 por lo menos en ocho ocasiones, dictando cursos, conferencias y clases, y participando en congresos o reuniones científicas (20). Ya en 1954, Ricardo Zorraquín Becú destacaba el valor de estas reflexiones y el provecho que puede significar la confrontación de opiniones entre los estudiosos (21). Aún cuando hay un pronunciado choque metodológico entre la postura nueva, representada por García-Gallo y la concepción de Levene y Altamira, de momento la cuestión no se presentó en estos términos. El influjo de aquel sobre Zorraquín y otros investigadores argentinos más jóvenes se orientó más que en la aceptación plena de la teoría, en inclinar la labor de investigación hacia planos jurídicos menos cultivados hasta entonces y en atender con mayor preocupación a los planteos metodológicos de la disciplina. Una observación principal a dicha teoría fue expuesta, años

---

(19) GARCIA - GALLO, Alfonso, "Historia, Derecho e Historia del Derecho" en Anuario de Historia del Derecho Español, t. XXIII, ps. 5-36, Madrid, 1953. Con aplicación al campo americanista: Idem, "Problemas metodológicos, de la Historia del Derecho Indiano", en Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, nº 18, Buenos Aires, 1967, ps. 13-64; y Metodología de la Historia del Derecho indiano, Santiago de Chile, 1970.

(20) TAU ANZOATEGUI, Víctor, "El tejido histórico del Derecho indiano. Las ideas directivas de Alfonso García-Gallo", en Revista de Historia del Derecho, nº 21, ps. 9-72, Buenos Aires, 1993.

(21) Comentario bibliográfico a trabajos de García-Gallo en Revista del Instituto de Historia del Derecho, p. 151, nº 6, Buenos Aires, 1954.

después, por Eduardo Martiré, al considerar a la historia del derecho como una disciplina histórica, enmarcada dentro del género de las historias especiales (22). Fue, tal vez, el propio Zorraquín Becú quien se ocupó con mayor preocupación de la cuestión en varios escritos que culminan en 1978 con el estudio modestamente titulado "Apuntes para una teoría de la Historia del Derecho" (23).

Afirma don Ricardo que "es extraño que muchos cultores de la disciplina no se detienen ante tema tan importante, como es determinar qué Derecho estudiamos. Se da por supuesta la noción de lo que es el Derecho o se adopta una definición adecuada al concepto actual o a determinada postura filosófica, sin indagar más a fondo acerca de este problema que está en la base misma de nuestros estudios". Objeto de la Historia del Derecho —sostiene— debe ser ocuparse de las distintas maneras en que ha sido contemplado el Derecho, de lo que ha existido como derecho "ya sea en las normas, ya en la práctica, ya en las ideas que predominaron en distintas épocas". Aunque de manera escueta, no se muestra satisfecho con aquella noción operativa dada por García-Gallo porque —dice— "revela un criterio moderno", resultando así poco operativo para la comprensión de formas jurídicas más antiguas. A Zorraquín tampoco le satisface el planteamiento institucional del profesor español en cuanto "el estudio separado de cada institución —desde sus orígenes hasta las épocas más recientes— hace perder de vista el conjunto de un proceso que se realiza como una unidad, aunque a través de cambios parciales" y no pone de manifiesto con "la suficiente claridad la correlación y recíproca dependencia que existen entre las instituciones de una misma época". Prefiere, en fin no definir el objeto recurriendo a una nueva noción, sino explicitándolo a través de un conjunto de temas, que le dan contenido a la materia. Ellos son: las ideas jurídicas, la formación y los cambios del derecho, el derecho positivo, el derecho vigente y la valoración del derecho.

---

(22) MARTIRE, Eduardo, "La Historia del Derecho, disciplina histórica", en Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, nº 20 (1969), ps. 88-103, Buenos Aires, 1970; "Las historias especiales y la historia del derecho" en Trabajos y Comunicaciones", nº 21, ps. 115-127, La Plata, 1972; y "Consideraciones metodológicas sobre la Historia del Derecho", Buenos Aires, 1977.

(23) ZORRAQUIN BECU, Ricardo, "Apuntes para una teoría de la Historia del Derecho" en Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, ps. 323-342, nº 24, Buenos Aires, 1978. Un análisis integral de las ideas de Zorraquín Becú sobre esta materia, véase en DIAZ COUSELO, "Las ideas de Ricardo Zorraquín Becú...", cit.

Según Zorraquín Becú, la Historia del Derecho "es historia por su método y es derecho por su objeto". Es lo primero porque utiliza "el método de investigación indispensable para reunir los datos que nos informan acerca de los hechos ocurridos, y para llegar a un conocimiento lo más certero y completo de los mismos. Y es lo segundo porque esa investigación versa sobre un sistema que tuvo carácter normativo, y por lo tanto el objeto de su estudio no es otro que el derecho que existió en el pasado. Ambas partes de la materia son indispensables y deben integrarse recíprocamente...". Por eso afirma que es preciso la reunión en quien la cultiva de "las dos condiciones de historiador y jurista, porque ambas disciplinas se vinculan ... para formar una nueva que acumula algunas de las características de ambas".

En esta situación, fue recibido en la Argentina un estudio del profesor Helmut Coing aparecido en Alemania en 1976 y publicado en versión castellana por la Universidad de Sevilla al año siguiente, bajo el título "Las tareas del historiador del derecho (reflexiones metodológicas)" (24). Coing era entonces director del Max-Planck-Institut para la Historia del Derecho europeo y ya ampliamente conocido por sus contribuciones en el campo de la filosofía jurídica y la historia del derecho. De pensamiento riguroso y potente, de expresión clara y ordenada, el pequeño libro de un centenar de paginas se convirtió en un vademécum para iniciados y una lectura para meditar, donde la perspectiva alemana sobre la que había trabajado el autor, se dilataba hacia un horizonte universal. Aunque sus destinatarios específicos son los historiadores del derecho, en realidad su interés lo convierte en un estudio científico de más amplia lectura. Parte de una definición del Derecho que actúa como noción operativa decididamente ubicada en el terreno normativo: Es "la ordenación de una sociedad humana mediante normas sancionadas", que trata de que sea válida tanto para el presente como para el pasado. Para comprender dicho ordenamiento se debe atender a tres círculos de problemas: a) al ordenamiento mismo, es decir, al contenido de sus instituciones y normas; b) a las condiciones de las cuales ha surgido, el poder o fuerza que lleva consigo y los problemas que ha de solucionar; y c) al cumplimiento o realización del ordenamiento en la correspondiente sociedad.

Para el historiador del derecho —agrega el profesor alemán— estos problemas se plantean de una doble manera: 1) Sincrónicamente ya que hay que intentar la comprensión del ordenamiento del pasado en cada uno de

(24) COING, Helmut, "Las tareas del historiador del derecho (reflexiones metodológicas)", Sevilla, 1977.

estos círculos de problemas; y 2) Diacrónicamente, es decir, procurar comprender la evolución del Derecho en una determinada cultura, siguiendo para ello la evolución de cada uno de aquellos círculos de problemas.

Estas cuestiones son desarrolladas por el autor con lúcidas reflexiones y ejemplos. Se parte de un planteo novedoso que va directamente a los problemas que enfrenta el historiador del derecho, sin consumirse en una discusión teórica sobre la ubicación científica de la disciplina. Por una parte establece que los modos de comprensión del ordenamiento son comunes a historiadores del derecho y juristas del derecho positivo, pero difieren en cuanto a la manera de abordarlos. No deja de anotar en este punto la convergencia de tareas entre el historiador general y el iushistoriador en ciertas áreas temáticas no tan específicamente jurídicas. En algunas necesita los resultados de la investigación histórica general o de sus disciplinas especiales; y en otras trabajan juntos o en competencia, como en la historia de los juristas como grupo social o en la historia de la administración. Se alumbra aquí una cooperación entre unos y otros.

Las ideas y orientaciones de Coing encontraron buena acogida entre nosotros. En 1981 hizo una visita a Buenos Aires y dictó conferencias en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y en el Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho.

VII. La renovación iushistoriográfica de los años ochenta

El "observatorio autónomo" del iushistoriador fue una laboriosa construcción intelectual, apoyada en el conocimiento de las disciplinas matrices —la Historia y el Derecho— y finalmente elaborada por sus cultivadores en la teoría y en la práctica del oficio. Así pudo edificarse una imagen del historiador del derecho y una ciencia con objeto y método; con contenido y periodización consensuadas; y con materiales de trabajo casi exclusivos. Aparecía como un saber consolidado, que le permitía mirar el pasado con autoridad y certidumbre. El elemento dogmático, aunque algo apartado, le servía como un invisible muro protector.

Esta situación se ha venido modificando en los últimos lustros ante los nuevos enfoques que convergen en nuestra disciplina y que provienen de estudiosos de la Historia, el Derecho y la Política (25). La proclamada

(25) Otras consideraciones en TAU ANZOATEGUI, Víctor, "Nuevos horizontes en el estudio histórico del Derecho indiano", ps. 18-25, Buenos Aires, 1997.

crisis y declinación del Estado y la impugnación consiguiente del absolutismo legal han abierto el debate sobre distintas formas de organización de la sociedad y de creación del Derecho. Las grandes construcciones del 'Estado de Derecho' —en el Derecho público— y de la 'Dogmática jurídica' —en el Derecho privado—, elaboradas por los juristas de los siglos XVIII y XIX son hoy vistas como productos históricos temporales, sujetas a eventuales transformaciones o sustituciones y no como paradigmas exclusivos y perfectos, de vigencia indefinida. Es posible ahora colocarse y mirar desde el exterior esas construcciones jurídicas, sin quedar involucrados en ellas. Esto ha dado lugar a análisis culturales sobre el Estado de Derecho, como el de Paul Kahn (26) o el de la codificación, como el de Paolo Grossi (27), los cuales sin dejar de apuntar el valor incomparable de esas elaboraciones, permiten formular diversas apreciaciones criticas sobre sus consecuencias. La fuerza de estos modelos había dejado en la penumbra a un rico y desbordante universo político y jurídico, compuesto de cuerpos y órganos no estatales —familia, ciudad, corporaciones, Iglesia—; de jurisdicciones y derechos dependientes de otros órdenes normativos, como la religión y moral; y de modos de establecer Derecho que excedían la acotada noción de ley, como la costumbre, la opinión de los autores o las decisiones judiciales, por mencionar solo las hoy más conocidas. De no menor interés son otras normas de comportamiento social, como las que se observaban entre los rústicos. ¿Quién podría negar que algunos de los mencionados elementos pertenecen no sólo al pasado sino que están presentes en la sociedad contemporánea, pese a que el jurista dogmático los ha borrado de su mente y los ha condenado al ostracismo?

Aires renovadores llegan también del campo de los historiadores generales. La mayoría de éstos, según vimos, habían observado una actitud de indiferencia o desdén hacia el fenómeno jurídico y consideraban que los estudios histórico-jurídico carecían de interés para ellos por estar ceñidos al Derecho legal, presuntivamente alejado de la realidad. En esta apreciación se olvidaba no solo que la ley misma es un hecho social sino que una parte considerable de la iushistoriografía no respondía estrictamente a esa característica. Los estudios de historia social adquirieron nuevo giro

---

(26) KAHN, Paul, "El análisis cultural del Derecho, una reconstrucción de los estudios jurídicos", Barcelona, 2001.

(27) GROSSI, Paolo, "Absolutismo jurídico y derecho privado en el siglo XIX", Universitat Autonoma de Barcelona, Bellaterra, 1991.

con el atractivo mundo de las mentalidades, la vida cotidiana o la sensibilidad religiosa, entre otros temas, y el abandono de los fríos datos cuantitativos de la economía o de la demografía. Los fondos documentales judiciales y notariales empezaron a ser explorados con provecho y de ahí que el avance sobre el campo histórico-jurídico fue casi una mera prolongación de los interrogantes que despertaban esas indagaciones. La familia, la ciudadanía, los derechos y garantías, los delitos y penas son algunos temas que enfrentan de modo tangencial o frontal y junto a ellos las nociones de derecho, justicia, ley, costumbre —en singular o en plural— se implican en sus reflexiones. Hay un entendimiento cada vez más acentuado entre esos historiadores de que la dimensión jurídica en el marco social resulta indispensable para comprender las sociedades pretéritas.

Al mismo tiempo, la historia política, absorbida durante mucho tiempo, por la idea de la construcción del Estado moderno, empezó a mirar con mayor atención a los distintos niveles y esferas de poder, dando un lugar preferente al poder local, considerado por algunos como el más genuino y espontáneo. La noción de poder se amplía y se hace más compleja, abarcando no sólo a las instituciones más conocidas sino a toda manifestación de poder, informal, simbólico, etc. Así se observa cómo se combinan y entrecruzan entre sí y con relación a los distintos grupos de la población. Se da amplio espacio al pensamiento jurídico. Aquí también está en juego la noción misma de Derecho, pues el ejercicio de estos poderes se traduce en la función jurisdiccional y en la creación normativa.

¿En qué medida estas nuevas perspectivas influyen sobre el iushistoriador y modifican su visión ante el Derecho? El campo visual se extiende ahora mucho más allá del acotado en torno a la clásica expresión "fuentes e instituciones", ya sea mediante una ampliación de estos conceptos, ya sea por el empleo de expresiones como la de "cultura jurídica". El horizonte normativo, a su vez, abarca todo modo de regulación socio-jurídico de la comunidad. La revalorización de la oralidad en la enseñanza, la doctrina y el proceso; o la puesta en valor de la costumbre colocan nuevamente ante el jurista elementos marginados por una estricta concepción dogmática. La costumbre, por ejemplo, no es vista sólo como una de las fuentes formales, sino para algunas épocas como un elemento principal de esa cultura jurídica. Para descubrir la mentalidad de los juristas anteriores al siglo XIX es necesario penetrar en el espíritu del casuismo, tan devaluado por el ímpetu sistemático del Derecho más moderno. Son estos y otros elementos o formas los que permiten señalar, junto a ciertas continuida-

des, líneas de ruptura entre ese orden jurídico y el que a partir del siglo XIX se impone con la fuerza del Estado de Derecho y la Dogmática jurídica. La Historia del Derecho que iba en la búsqueda de los orígenes del Derecho actual se encuentra así con "otro" Derecho. El desenvolvimiento de estos nuevos enfoques, acompañados de una mayor libertad metodológica y de una expansión del perfil hermenéutico ha dado al historiador del derecho un papel más creativo, a veces en detrimento del riguroso trabajo heurístico que lo había caracterizado. Es esta una cuestión preocupante, pues estos avances en la creación iushistoriográfica no deberían significar una pérdida de la sólida base empírica que ha distinguido y acreditado a la disciplina.

Corresponde a estos nuevos tiempos un "concepto operativo", de índole problemático, que bien puede representar el propuesto recientemente por Fernando de Trazegnies: "Derecho es el conjunto de formas diferentes y hasta opuestas y contradictorias como la humanidad ha respondido a ciertas exigencias comunes de organización de las relaciones entre los hombres" (28).

La nueva situación descripta es difícil de datar. Siempre para los cambios se encuentran raíces, a veces muy antiguas. Todo proceso de innovación, además, lleva también en sí elementos de la tradición que pretende modificar. Sin embargo, entre los varios sucesos que jalonan el cambio resalta por su significado internacional el Encuentro de estudio que convoca el profesor Paolo Grossi en Firenze en 1985 bajo el sugestivo titulo de "Historia social y dimensión jurídica. Instrumentos de indagación e hipótesis de trabajo" que reunió a iushistoriadores, juristas e historiadores sociales de Europa y Estados Unidos (29). Fue un diálogo, vibrante, tenso por momentos en que se debatió la situación de aislamiento e indiferencia de unos hacia otros. También ha sido importante la obra personal e institucional del profesor Grossi, como director de los "Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giurìdico", revista florentina de circulación internacional; y la labor escrita y docente del profesor portugués An-

(28) TRAZEGNIES GRANDA, Fernando de, "Laudatio Paolo Grossi", en Pontificia Universidad Católica del Perú, "Paolo Grossi. Profesor honorario del Departamento Académico de Derecho", p. 22, Lima, 1999.

(29) "Storia Sociale e Dimensione Giurìdica. Strumenti d' indagine e ipotesi di lavoro", ... a cura di GROSSI, Paolo, Milano, 1986. Entre los comentaristas de esta Reunión, menciono a PETIT, Carlos, "Oralidad y escritura, o la agonía del método en el taller del jurista historiador", en Historia. Instituciones. Documentos, n° 19, Sevilla, 1992, p. 349 y sigtes.

tonio M. Hespanha (30). Ambos han visitado la Argentina y mantienen estrecho contacto con nuestro Instituto.

Los iushistoriadores argentinos no hemos sido testigos pasivos de esta renovación. Tanto en el orden institucional, como a través de sus miembros se han realizado contribuciones en esa dirección que me parece impropio mencionar, y menos evaluar, en este momento. Muchas de ellas se pueden seguir en nuestra "Revista de Historia del Derecho" y en otras publicaciones del Instituto. El investigador sabe que nunca debe interrumpir el diálogo con la tradición de sus estudios, pues allí descubre elementos e ideas que nutren todo proceso de renovación. Pero también sabe que tiene márgenes de libertad con respecto a ella, los cuales en algunas épocas se acentúan (31).

VIII. La repercusión de estos enfoques sobre la ciencia jurídica, la legislación y la jurisprudencia

¿En qué medida la elaboración del iushistoriador se vuelca sobre la ciencia jurídica actual, sobre el trabajo de los legisladores o sobre la interpretación y creación judicial? ¿Qué expectativas tiene el jurista del derecho positivo con relación a la contribución del iushistoriador? ¿Qué piensa del elemento histórico insertado en su discurso jurídico?. Son, a mi juicio, útiles interrogantes para plantear el estado de la cuestión y promover un diálogo real o virtual entre juristas del derecho positivo y iushistoriadores.

Cuando uno de los civilistas europeos más reconocidos hoy, el italiano Pietro Rescigno enseña que la "ratio" política, la coherencia técnica y el avatar histórico son momentos inescindibles de una reflexión jurídica unitaria (32), se apunta mucho más allá que a los clásicos capítulos dedicados a los "antecedentes históricos", casi siempre despegados del meollo principal de la exposición. Apoya esta idea otro reconocido civilista, el español

---

(30) HESPANHA, Antonio M., "Introduzione alla Storia del Diritto europeo", Bologna, 1999. Entre su nutrida producción también se destacan "Vísperas de Leviatán. Instituciones y poder político(Portugal, siglo XVII)", Madrid, 1989; y "La gracia del Derecho", Madrid, 1993.

(31) Esta última idea en BRETONE, Mario, "Derecho y tiempo en la tradición europea", p. 185, México, 1999.

(32) "Stile Fiorentino. Veinticinco años de los Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno". Pablo Fernández Albaladejo y Clara Alvarez Alonso (coordinadores), p. 154, Madrid, 2000.

Luis Díez - Picazo al ocuparse de la tarea interpretativa del jurista. Luego de señalar a la investigación histórica como una de las tres líneas de indagación necesarias en la cuestión, afirma: "La captación de un 'sentido originario' y el rastreo de un 'hilo evolutivo' son indispensables para comprender el mensaje inscripto" en los textos e instituciones jurídicas y "para decidir el sentido que actualmente se les debe atribuir" (33). Otro ejemplo en la misma dirección ofrece, entre nosotros, Sebastián Soler, para quien "las creaciones del derecho difícilmente pueden ser captadas sino son sentidas en cierta profundidad temporal". Y lo explica así: "El tiempo, vaya, la historia es un elemento del derecho en varios sentidos; pero aquí queremos señalar solamente el aspecto de profundidad temporal de que las normas están dotadas en cuanto todas ellas son creaciones de la cultura humana en su evolución" (34).

Si, como dice Mario Bretone, "conocer, en profundidad el propio pasado es, pues, para la ciencia jurídica moderna un imperativo categórico" (35), cabría preguntarse cómo esa dimensión histórica se incorpora al bagaje intelectual del jurista y en qué consiste la misma. El examen de esta cuestión excede el propósito de esta disertación, pero considero que la respuesta se asienta sobre dos ejes: 1. Una formación básica en la historia jurídica, necesariamente empírica y erudita, pero penetrante en el análisis conceptual y en la crítica, que ofrezca una trama conductora del proceso histórico; y 2. La elaboración por el jurista de una razón operativa propia de la disciplina o área temática abordada. La simple lectura de algunas obras de juristas del derecho positivo actual —como la de los autores mencionados— constituyen ejemplos destacados de esa elaboración (36). Esta dicotomía se impone, ya que mientras el historiador es un observador neutral de la tradición jurídica, que intenta comprender, y explicar, el jurista, con mayor libertad creativa, puede ex-

---

(33) DIEZ-PICAZO, Luis, "Experiencias jurídicas y teoría del Derecho", 3ª ed., Barcelona, 1993, p. 256.

(34) SOLER, Sebastián, "Interpretación de la ley", p. 22, Barcelona, 1962.

(35) BRETONE, cit., p. 132.

(36) Además de los mencionados me permito agregar la labor en la civilística del profesor español DE LOS MOZOS, José Luis, cuya elaboración dogmática descansa en una sólida comprensión de la dimensión histórica. Véase "Derecho Civil Español I. Parte General, vol. 1. Introducción al Derecho Civil", Salamanca, 1977, o sus estudios agrupados en los volúmenes "Metodología y Ciencia en el derecho privado moderno", Madrid, 1977 y "Derecho Civil, (Método, Sistemas y Categorías Jurídicas)", Madrid, 1988.

traer de esa tradición los elementos que estime necesarios para construir la respuesta a los problemas actuales.

Existen además campos de cooperación común entre iushistoriadores y juristas. Uno de ellos es el estudio del Derecho argentino del siglo XX, también denominado como historia contemporánea del Derecho. En Europa no han faltando los intentos de hacer de ella una disciplina o subdisciplina especial, para distinguirla de la historia antigua, dado que incorpora a sus tareas unos materiales distintos —como, por ejemplo, testimonios orales, registros informáticos y gráficos, etc.— y tiene una pretensión interdisciplinaria más amplia —cooperación de juristas, sociólogos, antropólogos sociales, politólogos, etc.—. En esa dirección se destacan los empeños orientadores del profesor italiano Mario G. Losano (37). En la Argentina, la primera mitad de la última centuria ha sido ya hace tiempo incorporada a propuestas temáticas de nuestro Instituto y se han publicado obras de conjunto y monografías que abarcan ese período. Temas como la actividad legislativa, el pensamiento jurídico, la jurisprudencia de los tribunales, las revistas jurídicas como empresa intelectual, la vida de juristas y los movimientos generacionales, el constitucionalismo provincial y hasta la descodificación han preocupado y preocupan a nuestros investigadores. El mundo del Derecho y las Ciencias Sociales en la Argentina de esa primera mitad del siglo ofrece una rica cantera de materiales aún poco explorada, pero ya se vislumbra su calidad peculiar, que la diferencia, incluso, de lo que ocurre en el Viejo Mundo en países afectados por las guerras internacionales o por los graves conflictos internos. Este es uno de los proyectos que nuestro Instituto está desarrollando y es de su interés estimular.

En el otro extremo del pasado historiable para los iushistoriadores argentinos se encuentra el Derecho indiano, el orden jurídico creado en la época de la colonización española. Ha sido este un tema que siempre ocupó a nuestros predecesores, desde Juan A. García en adelante, con distinta fortuna y comprensión por parte de los juristas del derecho positivo. Su estudio resulta imprescindible para conocer los comienzos de la expansión jurídica europea, con notas muy creativas, la cual a su vez retorna sobre el propio derecho europeo. Se trata en suma de seguir la trayectoria de una cultura jurídica que, con sus continuidades y rupturas, sus flujos y reflujos, sigue aún hoy presente y une en un sistema común de derecho a Europa continental e Iberoamérica. Al ir mostrando los más

(37) Se destaca en este tema el volumen colectivo a su cargo, "Storia contemporánea del diritto e sociología giuridica", Milano, 1997.

recientes estudios una pronunciada diversidad entre las concepciones jurídicas de los siglos XIX y XX y las anteriores, el orden indiano se nos presenta en visión antropológica como "otro Derecho" —el cual a su vez es portador de "otro Derecho", que es el indígena americano—, enfrentado con las pujantes ideas liberales y sistemáticas que inundan el siglo XIX. El conocimiento y la comprensión de articulaciones y cesuras, de tradiciones e innovaciones, propias del trabajo de todo buen jurista, encuentra en el Derecho indiano ricos filones para la meditación creativa. No puede tampoco olvidarse que en una época, como la actual, de regreso a concepciones trasnacionales del Derecho, dicho ordenamiento responde a esas características —como el "Ius Commune" en el Viejo Continente— dentro del mundo hispanoamericano y además tiene una tradición iushistoriográfica bien sólida, asentada principalmente en el Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano y en una amplia producción monográfica (38).

IX. Epílogo

He pretendido en esta exposición insinuar el hilo conductor que, con logros y vacilaciones, ha configurado en la Argentina una disciplina que, como ha dicho el señor Presidente, vuelve a estar representada en esta Corporación después de tantos años de ausencia.

El Derecho es un elemento social difícil de aprehender. Las meditaciones que juristas e historiadores hacen en torno al mismo son siempre tanteos y aproximaciones, que los tiempos van consumiendo. Los enfoques y métodos cambian con los problemas y las épocas. Quedan siempre abiertas nuevas cuestiones. El progreso científico en las humanidades consiste en anudar lo más profundo de la tradición con la innovación de buena calidad. Así la lectura y relectura de "nuestros clásicos" se convierte en un ejercicio necesario para elaborar las nuevas ideas y planteos. El historiador, desde su observatorio en movimiento, ayuda modestamente en esa renovada labor de conocimiento a la cual nos sentimos impulsados quienes aspiramos a penetrar en el profundo entramado de la vida jurídica.

---

(38) Los trabajos de los once primeros Congresos del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano —hasta ahora se han celebrado trece— están reproducidos en CD Rom por Digibis. Publicaciones Digitales, bajo el auspicio de la Fundación Hernando de Larramendi, Madrid, 2000. A su vez, DAGROSSA, Norberto C., ha compuesto una "Bibliografía de historia del derecho indiano", reproducida también en CD-ROM, titulado "Colección Proyectos Históricos Tavera (I). Nuevas aportaciones a la Historia Jurídica de Ibero América", coordinada por ANDRES GALLEGO, José, Digibis, con el patrocinio de la Fundación Histórica Tavera, Madrid, 2000.

Palabras de apertura del acto

Por Horacio A. García Belsunce (*)

Al cumplirse los treinta años de vigencia de las leyes 19.550 de sociedades comerciales y 19.551 de concursos (Adla, XXXII-B, 1760; 1847), la Academia ha creído oportuno hacer un acto para oír reflexiones sobre las materias reguladas por dichas normas, que han representado las modificaciones más importantes de la legislación mercantil en las últimas décadas.

Tales reflexiones estarán a cargo de los académicos titulares doctores Julio César Otaegui y Julio César Rivera, destacados especialistas en los respectivos temas.

A simple título de introducción, me voy a permitir, como no especialista en esas materias, destacar algunos aspectos relevantes de esos respectivos textos legales.

En relación con la ley de sociedades comerciales solamente me voy a referir a la parte general de la ley, o sea a las normas comunes a los distintos tipos sociales. Destaco que la ley 19.550 adopta la "teoría contractualista de la sociedad", al aludir al contrato en los arts. 4º y 5º que se refieren a la forma de constitución e inscripción de las sociedades, repitiendo el concepto adoptado por el art. 1648 del Cód. Civil para las sociedades civiles, enlazada con la teoría del "contrato plurilateral de organización", que supone intereses superpuestos (no contrapuestos) y ligados a una finalidad común. Esta teoría contractualista es la que me ha permitido afirmar hace unos años que disiento con la llamada sociedad de un solo socio del

(*) Palabras de apertura del acto público, el 26 de setiembre de 2002.

proyecto de 1991, por entender que no es admisible como acto unilateral en su etapa constitutiva, sin perjuicio de aceptar "a posteriori" la vigencia de la sociedad de un solo socio.

Otro tema que merece subrayarse es que el art. 2º de la ley 19.550 señala con énfasis que la sociedad comercial es un sujeto de derecho, pero con el alcance fijado en la ley, lo que supone admitir limitaciones a su capacidad jurídica que no resultan del concepto amplio de personería del art. 33 del Cód. Civil. Tal es el caso del art. 30 que establece que las sociedades anónimas solamente pueden integrar otras sociedades por acciones.

La exigencia de la tipicidad de las figuras asociativas es un requisito "ad solemnitatem", siendo nula la sociedad de un tipo no autorizado por la ley.

Otro aspecto de gran importancia práctica pero de oscura expresión legislativa, es el de la constitución de las sociedades por acciones, que en virtud del art. 165 deben hacerse por instrumento público, modificándose el criterio de la Comisión Redactora que no hacía excepción a la regla general del art. 4º que prescribe como forma constitutiva de las sociedades el instrumento público y privado. Sin entrar al debate, creo que el concepto de instrumento público no tiene por qué entenderse limitado a la escritura pública, que la práctica ha consagrado como forma constitutiva.

Merece resaltarse el régimen de nulidades, cuya subsanación prevé el art. 17 para cubrir la omisión de un requisito no tipificante, como vía para lograr defender el principio de la conservación de la empresa, mientras no medie impugnación judicial. No menos importante es el régimen establecido para las sociedades irregulares cuando se les reconoce personalidad, aunque precaria y limitada, a las sociedades de hecho con objeto comercial y a las sociedades de tipos autorizados no constituidas regularmente. Ha sido importante la regulación de las participaciones en otras sociedades, la nulidad de las sociedades recíprocas y el régimen establecido para las sociedades controladas y vinculadas.

Un último tema en esta rápida visión, del que me ha tocado ocuparme varias veces, es el de la inoponibilidad de la personería jurídica prevista por el art. 54, conocida en la legislación comparada como la figura del "disregard of legal entity" o "corrimiento del velo de las sociedades" para actuar sobre la persona de los socios. Tenemos antecedentes jurisprudenciales que han desconocido la personería jurídica de las sociedades a

determinados efectos, como lo fueron los mentados casos "Parke Davis", "Cía. Swift" y "Mellor Goodwin", siguiendo la doctrina sentada por el jurista alemán Rudolf Serick en su obra de 1958 "Apariencia y realidad de las sociedades mercantiles".

Es esta la oportunidad de rendir homenaje a los redactores de esta valiosa ley, doctores Isaac Halperín, Gervasio Colombres, Horacio P. Fargosi, Carlos Odriozola y Enrique Zaldivar.

La ley de concursos 19.551, superando los límites más estrechos de la ley 11.719 de 1933, llamada ley de quiebras (Adla, 1920-1940, 325), amplía sus horizontes previendo el concurso preventivo, la quiebra, el concurso por liquidación administrativa y el concurso civil.

Son sus características la adopción de soluciones preventivas, la consideración del fallido de buena fe, la rigidez para con quienes han utilizado abusiva o dolosamente del crédito y la más activa participación judicial. Son sus principios orientadores, el relativo a la conservación de las empresas útiles y la protección del crédito y del comercio en general, mediante nuevas instituciones y normas que importan la mayor posibilidad de reparación de los efectos perjudiciales de la insolvencia y la responsabilidad e inhabilitación de sus causantes voluntarios. Con ellos se busca la seguridad de la actividad empresaria y la agilidad de los procesos falenciales. Por último, destaco que se procuró alcanzar la unificación de los concursos civiles y comerciales, aplicando a aquéllos normas de éstos en lo que fuese pertinente, en busca de la unidad legislativa concursal, pero sin lograr la unidad de régimen jurídico desde el punto de vista subjetivo, ya que mantiene la distinción entre concurso de los comerciantes y de los no comerciantes, lo que fue eliminado en 1983 por la ley 22.917 (Adla, XLIII-D, 3771).

Como en el caso anterior, rindo también homenaje a los redactores de la ley 19.551 doctores Francisco Quintana Ferreyra, Horacio P. Fargosi y Héctor Alegría.

Los treinta años de la ley de sociedades comerciales

Por Julio César Otaegui (*)

Al celebrar los 30 años de la ley de sociedades comerciales (Adla, XXXII-B, 1760) cuadra resaltar que es una ley justa y prudente.

Es una ley justa porque da a cada uno lo suyo tanto en lo referido a las relaciones de la sociedad con terceros pues para ello estatuye un adecuado régimen de responsabilidad como en lo atinente a los vínculos internos para los que prescribe un atinado equilibrio entre el interés de la sociedad, los derechos individuales del socio y los derechos de la minoría.

Es una ley prudente porque remozó el secular régimen del Código de Comercio de 1862 mantenido en lo sustancial por el Código reformado de 1890 y renovó este ordenamiento sin perturbar al mercado ni desconcertar al foro pues lo hizo con un criterio evolutivo y no revolutivo.

Es una ley prudente porque su estructura dúctil le permitió asimilar sin desvirtuarse nuevas realidades tales como el joint venture en el último cuarto del siglo pasado y los principios del buen gobierno corporativo a fines de dicho siglo e inicios del actual.

Es una ley general de sociedades comerciales que con buen criterio se mantuvo dentro del Código de Comercio con lo que se aprovechan soluciones de este Código y también del Código Civil dada la remisión que aquél efectúa.

Estas reglas dan una vía segura para resolver temas complejos tales como la responsabilidad resarcitoria de los administradores societarios,

---

(*) Disertación del Académico, en la sesión pública del 26 de setiembre de 2002.

la nulidad de los acuerdos asamblearios o la inoponibilidad de la personalidad jurídica.

La ley mantiene las características propias de la sociedad comercial en el derecho continental latino o sea la contractualidad, la personalidad y la lucratividad pero añade determinadas connotaciones.

Así reitera que el acto social constitutivo es un contrato lo que resultaba inequívoco en el Código de Comercio de 1862 respecto de las sociedades personalistas pero no tan claro respecto de la sociedad anónima a la que caracterizaba como una asociación de capitales.

La ley de sociedades subraya el carácter contractual y consecuentemente establece como causal de disolución de toda sociedad la pérdida de pluralidad de socios aunque admite su recomposición.

Sin perjuicio de ello mantiene la vieja regla de la licitud del socio aparente y por esta sagaz previsión que concuerda con la pauta de simulación lícita del Código Civil, nuestro medio ha podido albergar a filiales sustancialmente unimembres pero formalmente plurimembres.

La filial sustancialmente unimembre es una realidad del derecho comparado que será razonable aceptar explícitamente como se ha propuesto en los proyectos de unificación.

Además agrega la solución de la nulidad vincular propia de los contratos plurilaterales de organización.

Respecto al tema de la personalidad la ley de sociedades sigue la solución del Código Civil reformado de 1967 que dispone que todas las sociedades son personas jurídicas.

Esta solución era inequívoca en el Código de Comercio de 1862 para las sociedades anónimas pero no tan clara para las sociedades personalistas porque por ejemplo respecto de la sociedad colectiva prescribía que la firma social equivalía a la firma de todos los socios manifestación superflua de ser la sociedad una persona distinta de las personas de los socios.

La ley de sociedades mantiene la solución omnicomprensiva de la personalidad pero modifica al Código Civil según lo admite la regla I del Código de Comercio, estableciendo que las sociedades comerciales son sujetos de derecho.

Esta variante es relevante porque la persona jurídica según el Código Civil puede adquirir derechos y contraer obligaciones a los fines de su institución lo que es un resabio del origen corporativo de la persona jurídica que abona doctrinas restrictivas sobre la capacidad de la misma.

Esto está despejado en la ley de sociedades porque la sociedad comercial es un sujeto de derecho capaz de realizar actos extraños a su objeto, aunque no notoriamente extraños explicitándose en alguna norma sobre exposición contable la viabilidad de inversiones ajenas a la explotación de la sociedad.

Además la ley de sociedades sobre esta cuestión añade una nota importante advirtiendo que la sociedad es un sujeto de derecho con el alcance fijado en la ley.

Aquí está ínsita la doctrina de la desestimación de la sociedad según la que la distinción entre la persona de la sociedad y la persona de los socios propia de toda corporación, deja de tener efectos frente a terceros cuando dicha personalidad es usada torpemente. Esta solución del texto original de 1972 fue explayada en la reforma general de 1983.

En cuanto a la nota de lucratividad la ley de sociedades mantiene la nota clásica del lucro que conforme al derecho continental latino marca la diferencia entre la sociedad y la asociación.

Empero amplía el concepto de lucro porque no lo ciñe a una ganancia o a una utilidad sino que lo refiere a un beneficio.

Más aun mantiene una vieja solución del Código de Comercio según la cual las bolsas o mercados de comercio sólo podían fundarse bajo las formas de sociedades mercantiles aunque esencialmente son asociaciones.

La ley de sociedades no sólo mantiene esta solución sino que la amplía para todas las asociaciones. Es gracias a este previsor criterio que hoy tienen cabida en nuestra regulación jurídica asociaciones tales como los clubes de campo o las sociedades de componentes estructuradas bajo la forma de sociedades capitalistas.

Marcadas las notas características de contractualidad personalidad y lucratividad con las variantes antes apuntadas y dado que la ley de sociedades forma parte de un Código de Comercio coexistente con un

Código Civil que regula a la sociedad civil, aborda la ley de sociedades el tema de la diferenciación entre la sociedad comercial y la sociedad civil.

La respuesta del Código de Comercio era obvia y clásica pues definía como sociedad comercial a la que tenía por objeto practicar actos de comercio ello con una excepción; tal excepción era la anónima considerada acto de comercio cualquiera fuera su objeto.

La ley de sociedades toma este último criterio y prescribe que son comerciales las sociedades según su tipo o sea que hace prevalecer la organización sobre la actividad.

En esto la ley de sociedades sigue el cambio de rumbo del derecho comercial continental que originado como un derecho del acto de comercio y del comerciante ha pasado a ser un derecho de la empresa y del empresario dicho esto en términos generales.

Y la ley de sociedades subraya este enfoque porque asigna a la sociedad comercial la nota de la empresarialidad disponiendo su aplicación a la producción o intercambio de bienes o servicios, enfoque mejorado del derecho italiano.

No obstante dentro del equilibrado criterio de la ley admite la sociedad de inversión que no tiene por objeto producir o intercambiar bienes o servicios para el mercado.

Conforme a la nota empresaria la ley de sociedades regula institutos no previstos entre el Código de Comercio o enunciados pero no reglados.

Así regula la transformación que atiende a la evolución en la dimensión de la empresa; así regula la fusión destinada a la concentración empresaria vía unificación y también la escisión que implica la concentración societaria vía descentralización.

Además la ley de sociedades admite la licitud del grupo societario participacional, solución que luego amplía la reforma de 1983.

Definidas así las notas de la sociedad comercial o sea la contractualidad, la personalidad, la lucratividad y la empresarialidad pasa la ley de sociedades a regular el esquema de las sociedades comerciales en conjunto.

Aquí toma partido en un tema que se controvirtió bajo la vigencia del Código de Comercio consistente en definir si son válidos solamente los tipos societarios previstos por la ley o si los particulares pueden crear a voluntad tipos societarios diferentes.

La ley de sociedades define la cuestión prescribiendo que los únicos tipos admisibles son los previstos en ella y esto lo hace por razones de seguridad en el tráfico, razón de seguridad dada por la certeza en las reglas de los tipos que debe complementarse con su publicidad registral.

Conforme a esta pauta la ley de sociedades mantiene los tipos societarios clásicos inclusive algunos de escasa utilización como la sociedad de capital e industria anegada por el régimen laboral y añade un subtipo de sociedad anónima concordante con los criterios políticos económicos de la época que es la sociedad anónima de participación estatal mayoritario.

Dentro de este esquema mantiene la ley de sociedades los lineamientos del Código aunque con un sesgo evolutivo que se ve con toda claridad en el ordenamiento de la anónima.

La constitución de la anónima en el Código de Comercio de 1890 respondía al régimen de la autorización para ajustarse al Código Civil de 1871 que incluía dentro de las personas jurídicas a las anónimas y que requería para las personas jurídicas el procedimiento para la constitución antes indicado.

Esto respondía al principio de interés público ínsito en la anónima como corporación.

La ley de sociedades abandonó el sistema de la autorización y se plegó al régimen normativo difundido universalmente pero no prescindió del principio de interés público.

Por ello con un criterio evolutivo estableció una fiscalización estatal sobre las sociedades por acciones a cargo de una autoridad de contralor.

Esta fiscalización estatal cuando es permanente responde a orientaciones modernas como ser la fiscalización concerniente a las sociedades cotizantes u oferentes tema atinente a la oferta pública, las anónimas de determinada dimensión cuestión vinculada con el abuso de exposición dominante de las modernas leyes del derecho de la competencia y anóni-

mas concesionarias de servicios públicos propios o impropios lo que coincide con el régimen de contralor funcional de bancos y aseguradoras.

Conforme al criterio evolutivo los directores al actuar por cuenta de la sociedad dejan de ser mandatarios y pasan a ser funcionarios.

Ello es relevante porque las atribuciones del mandatario dependen de las facultades atribuidas por el mandante en cada caso mientras que las atribuciones del funcionario están fijadas por la ley; esto obviamente sin perjuicio de mantener los clásicos deberes de lealtad y obediencia propios de quienes administran intereses ajenos.

Dentro de la misma orientación la ley de sociedades adopta el sistema orgánico que asigna en la anónima la administración al directorio y el gobierno a la asamblea.

Al asignar la administración al directorio abre el campo de posibilidades.

Así mantiene el directorio indiviso que ejerce la gestión de los negocios ordinarios y extraordinarios.

Empero a esto suma la solución dual del comité ejecutivo propio del derecho norteamericano en la que la gestión de los negocios ordinarios está a cargo de dicho comité y no del directorio.

También incorpora la otra variante del directorio dual del derecho alemán consistente en que la gestión de ciertos negocios extraordinarios es compartida por un consejo que también vigila al directorio.

Huelga señalar que el comité ejecutivo y el consejo de vigilancia de la ley de sociedades no coinciden exactamente con el comité norteamericano ni el consejo alemán pero obviamente están inspirados en los mismos y dan una gran ductilidad para la organización de la anónima.

En lo referente a la asamblea le atribuye la competencia estructural en lo patrimonial y funcional a cargo de la asamblea ordinaria y en lo estatutario a la asamblea extraordinaria.

Dado que los acuerdos asamblearios hacen a la estructura de la anónima para dar estabilidad a los mismos la LS fija un plazo breve de impugnación.

Este ordenamiento del texto original de 1972 era en sí mismo prudentemente dúctil y por eso pudo asimilar sin desvirtuarse como antes se dijo nuevas realidades.

Una fue el joint venture norteamericano aplicado a grandes emprendimientos transitorios que comenzó a difundirse con motivo de la crisis o el auge petrolero de la década del 70.

Este joint venture norteamericano es sensiblemente semejante a nuestra sociedad accidental o en participación aunque no exactamente igual.

En dicha similitud se presentó el problema porque para preservar la fiscalización estatal sobre las sociedades por acciones y evitar su elusión la ley de sociedades dispone que las sociedades por acciones sólo pueden ser socias de sociedades por acciones ello bajo severas sanciones.

Tal cortapisa era un escollo para la utilización del joint venture que es una forma de concentración empresaria accidental.

En este enfoque y en la veta empresarial en la ley de sociedades se encontró la solución brindada por la feliz reforma de 1983.

Esta reforma introduce los contratos de colaboración empresaria lo que es natural dentro de la pauta de empresarialidad ya referida.

Uno de esos contratos es el de unión transitoria de empresas que guarda una gran semejanza con el consorcio brasileño también regulado para responder al fenómeno empresario de la concentración accidental aunque por otros motivos.

Otro contrato de colaboración es la agrupación de colaboración inspirado en el grupo de interés económico francés que lamentablemente no tuvo el apoyo fiscal requerido por los proyectistas y que es propio del modelo.

La reforma del 83 expandió el instrumento de concentración empresaria que es el grupo pues incluyó junto al grupo participacional ya previsto en el texto original, al grupo vincular.

Mientras por un lado amplía el campo de los regímenes para facilitar la concentración empresaria por otro lado la reforma del 83 legisla el instituto de la inoponibilidad de la personalidad jurídica.

En dicho instituto recibe la doctrina de la desestimación ya ínsita en el texto original del 72 y la explicita, solución única en el derecho comparado luego seguida por la ley uruguaya de 1989.

Es decir que por la flexibilidad de su ordenamiento la ley de sociedades pudo asimilar sin desvirtuarse a los fenómenos de concentración empresaria que hemos señalado.

Otro tanto ocurrió cuando se difundieron los principios del buen gobierno corporativo impulsados por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico.

Estos principios tienden a resolver inconvenientes que la estructura de la corporación norteamericana presenta para grandes inversores institucionales como fondos y aseguradoras.

Estos inversores institucionales quieren tener la seguridad de la buena administración de los patrimonios de las sociedades en que invierten sin asumir la responsabilidad de participar en tal administración.

Estos principios del buen gobierno corporativo introducidos por el decreto ley delegado 677/2001 (Adla, LXI-C, 2718) mediante un régimen especial para la anónima abierta, no contradijeron a la normativa prevista en la ley de sociedades lo que evidencia la ductibilidad de la misma.

Así se establece un comité de auditoría dentro del directorio con la finalidad de vigilar la gestión de los negocios ordinarios a cargo de un comité ejecutivo responsabilizando a los directores por la gestión de tal comité.

Esto resuelve un problema de la corporación norteamericana en la que los negocios ordinarios son decididos por agentes no elegidos por la asamblea de accionistas.

Tal problema no se presenta en nuestra ley de sociedades que admite la adopción de un comité ejecutivo para la gestión de negocios ordinarios pero que debe estar integrado por directores siendo todos ellos responsables solidariamente.

Otra regla de los referidos principios es la intervención de una auditoría externa sobre la gestión de los administradores.

Esto no es disonante con el sistema de la ley de sociedades que establece un sistema de fiscalización privada a cargo de la sindicatura o del consejo de vigilancia.

Se dirá que el régimen de sindicatura no ha brindado los resultados pretendidos pero por cierto tampoco los ha logrado el sistema de auditoría externa como resulta de recientes casos estrepitosos. Además el régimen de la LS admitió el sistema de auditoría externa por vía reglamentaria.

Otro principio es el del arbitraje tampoco incoherente con la ley de sociedades que admite la extinción de la responsabilidad de los directores mediante transacción siendo sabido que si bien la transacción y el arbitraje no pertenecen al mismo género integran por cierto la misma familia de composición privada de los diferendos.

Otras pautas introducidas por el decreto ley delegado como la cuantía del receso ante el retiro de la oferta pública no son extrañas a un ordenamiento que reconoce el receso.

Otro tanto cabe decir de la regulación de la compra del control ya prevista en la normativa de la Comisión Nacional de Valores y por cierto no discordante con la ley de sociedades.

Todo el ordenamiento de la ley de sociedades responde a una meta y a un método.

La meta es brindar seguridad al tráfico mediante sociedades porque el tráfico requiere crédito y sin estabilidad en las reglas no hay crédito.

Es por esto que la ley fija un régimen para las relaciones con los terceros y para las relaciones internas conforme a determinados tipos preestablecidos.

Además prescribe que quien pretenda actuar bajo un tipo societario —lo que implica determinadas reglas de responsabilidad— deberá publicitarlo mediante su inscripción registral.

En caso contrario para tutela del crédito estará sujeto al régimen severo de la sociedad informal.

Tal meta es adecuada sin perjuicio de que podría atenuarse la precariedad de la sociedad informal.

Por su parte el método consiste en ir adecuando la normativa legal a la realidad económica que es mutante.

Aquí el arte del legislador consiste en regular los cambios paulatinamente para no quebrar la estabilidad.

Desde este enfoque el problema consiste en que el legislador en materia empresarial debe brindar un camino seguro conforme a normas estables pero sobre las arenas movedizas del tráfico.

La solución está en el criterio evolutivo. En apresurarse a reconocer los cambios del mercado pero lentamente para no generar desorden.

Es el viejo consejo: Apresúrate lentamente, festina lentamente, "festina lente".

Esta meta y este método son a mi entender las razones por las que hoy puede celebrarse este aniversario de la ley de sociedades por ser justa y prudente.

Empero esta alabanza no sería a su vez justa y prudente si omitiera el debido elogio a los autores de la ley.

En primer lugar los jóvenes profesores que corredactaron el texto original de 1972.

Gervasio Colombres prematuramente desaparecido, Horacio Fargosi, Carlos Odriozola y Enrique Zaldivar todos maestros del derecho.

Tras ellos los profesores que diez años más tarde asumieron la ardua tarea de una reforma integral de la ley y lo hicieron con logrado éxito.

Nuevamente Horacio Fargosi y Enrique Zaldivar y además Jaime Anaya, Enrique Butty, Raúl Etcheverry y Juan Palmero todos por cierto consagrados maestros de derecho.

Para concluir el homenaje cimero al artífice mayor de esta espléndida ley, al maestro de maestros, al gran maestro Isaac Halperín.

A treinta años de la ley 19.551

Por Julio César Rivera (*)

SUMARIO: I. Introducción. — II. La evolución del derecho concursal argentino desde 1859. — III. La ley 19.551. La necesidad de la reforma. — IV. La preparación de la ley. — V. Los denominados principios orientadores. — VI. Sus principales logros. — VII. Los objetivos no alcanzados. — VIII. El balance.

I. Introducción

Debo comenzar estas palabras puntualizando que es para mí un señalado honor y una satisfacción personal ser el vehículo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires para este homenaje a la ley 19.551 y sus autores. Es que he sido alumno en la Facultad de Derecho de la Universidad del Salvador del doctor Héctor Alegría, aquí presente, uno de los autores de la ley 19.551 (Adla, XXXII-B, 1847); y después tuve la suerte y el privilegio de trabajar a su lado por muchos años. De modo que este homenaje tiene para mí un significado muy particular que no podía dejar de expresar.

II. La evolución del derecho concursal argentino desde 1859

A) *El Código de Comercio de 1959/62*

En materia de quiebras Vélez y Acevedo, autores del Código de 1859 para el Estado de Buenos Aires, nacionalizado en 1862, anunciaron su intención de mejorar la situación de los fallidos (así lo dijeron en el informe con que

(*) Disertación del Académico, en la sesión pública del 26 de setiembre de 2002.

remitieron el proyecto), pero en realidad si bien el Código fue una obra muy digna —y relevante entre las de la época—, la suerte de los quebrados no fue mucho mejor que bajo la legislación bilbaína, pues subsistió la presunción de fraude y el consiguiente arresto que se prolongaba en la mayoría de los casos durante largo tiempo, pues recién concluía con la finalización del juicio de calificación de la quiebra el cual tramitaba como juicio ordinario y se iniciaba luego de terminado el período informativo.

De todos modos, se señala por la doctrina (seguimos en esto a Castillo), que en otros aspectos el Código representó una mejoría sustancial: legisló la materia de fondo y de forma; estableció un sistema de reconocimiento de créditos muy simplificado, y se le reconoce un gran acierto en la legislación del período de sospecha, de la graduación de los créditos, la liquidación y la distribución y la organización de los funcionarios.

En cambio fracasó estrepitosamente la moratoria, beneficio que se concedía al deudor que probara que la imposibilidad de pagar provenía de accidentes extraordinarios, imprevistos o de fuerza mayor, y que por medio de un balance exacto y documentado justificara que tenía fondos bastantes para pagar a sus acreedores en cierto plazo o espera. El problema radicó en que la moratoria era aprobada con el voto favorable de una verdadera minoría de acreedores.

B) *La Reforma de 1889*

Una vez sancionado el Código Civil se sintió la necesidad de reformar el mercantil, pues éste contenía disposiciones que se superponían con las de aquél. Luego de diversos proyectos (el de los doctores Villegas y Quesada, y del quien con justicia es considerado como uno de los más grandes juristas argentinos, don Lisandro Segovia), el 5 de octubre de 1889 fue aprobado el elaborado por la Comisión de Códigos de la Cámara de Diputados, entrando a regir el 1º de mayo de 1890.

Mantuvo el arresto del fallido, pero sólo hasta la presentación del informe del síndico acerca de las causas de la quiebra, momento en el cual cesaba la detención si no había indicios de fraude. Suprimió el juicio de calificación de la quiebra pero mantuvo la moratoria, la que siguió siendo tan mal empleada como antes, lo que seguramente contribuyó al desprestigio del sistema concursal en general. Tampoco dio lugar a soluciones adecuadas la incorporación de la adjudicación de bienes que permitía a los acreedores la explotación o liquidar los bienes.

En síntesis, la Reforma de 1889 no mejoró las cosas y las quiebras siguieron constituyendo un campo propicio para el fraude y el abuso.

La vigencia de esta reforma en materia concursal fue breve, pues ya en 1902 se sancionó la ley 4156 (Adla, 1889-1919, 564) que la sustituyó íntegramente.

C) La ley 4156

A los apuntados defectos de técnica de la Reforma de 1889 se adicionó raudamente la crisis económica de 1890 que los hizo aún más patentes. De allí que prontamente el Congreso de la Nación fuera recipiendario de numerosos proyectos de reforma.

La Cámara de Diputados llegó a aprobar una ley de concordato preventivo fundada en la experiencia belga; pero al pasar al Senado éste introdujo varias modificaciones esenciales al régimen aprobado por la Cámara joven en ese punto y además consideró necesario redactar nuevamente el Título IV del Código de Comercio.

Ese proyecto, sancionado el 30 de diciembre de 1902, fue la ley 4156 y rigió hasta 1933.

La mencionada ley adoptó un sistema marcadamente voluntarista en virtud del cual los acreedores quedaban dueños de decisiones fundamentales y el juez era reducido a un mero fiscalizador de las formas.

La adjudicación de bienes, regulada ahora como mecanismo preventivo, dio lugar a tales abusos que hubo de ser suprimida en la ley 11.719 (Adla, 1920-1940, 325).

El concordato preventivo, incorporado por la ley 4156, era sin duda una solución deseada; pero normalmente dominada la tramitación por algunos acreedores condujo a verdaderas expoliaciones.

En síntesis, muy rápidamente se puso de relieve el fracaso de esta ley y comenzaron a circular los proyectos de reforma que sin embargo no fructificarían hasta 1933.

C) La ley 11.719

Ante la evidencia de la insuficiencia de la ley 4156, entre 1905 y 1932 se presentaron cerca de veinte proyectos en las Cámaras legislativas para reformarla íntegra o parcialmente.

En 1932 el Congreso aprobó constituir una comisión con cinco diputados y tres senadores para elaborar un proyecto; entre los miembros de la comisión se encontraba el senador Ramón Castillo, que ya había participado de trabajos anteriores en la materia, fue designado presidente de la misma, y en definitiva encargado de la redacción del anteproyecto.

Luego de ser sometido ese anteproyecto a la consideración de variadas instituciones, aprobado por la comisión con ligeras variantes y elevado con un informe, fue votado favorablemente en primer lugar por el Senado y luego por la Cámara de Diputados (el 22/9/33), y fue promulgado por el Poder Ejecutivo el 27 de setiembre de 1933.

La ley 11.719 fue un significativo avance y constituyó un sólido instrumento jurídico, aunque en muchas oportunidades fue mal aplicado.

Restringió el voluntarismo de los acreedores, dando importantes atribuciones al juez, entre ellas la de homologar o no concordatos aprobados por aquéllos. Por lo demás eliminó la adjudicación de bienes que tantas críticas había levantado, y su técnica fue en general buena. El mismo Castillo en su obra apunta que entre 1902 y la sanción de la ley 11.719 —en gran medida como consecuencia de la crisis generalizada que siguió a la Primera Guerra Mundial— numerosos países (prácticamente todos los que se encontraban a la cabeza en materia jurídica) habían cambiado total o parcialmente sus leyes, y ello fue un hontanar de novedades en que abrevó el legislador con indudable provecho y acierto.

III. La ley 19.551. La necesidad de la reforma

Pese a que el juicio crítico sobre la ley 11.719 es hoy en general bueno, alabándose muchas de sus decisiones de política legislativa y su técnica, lo cierto es que a finales de la década del 60, existía la convicción de que era conveniente su reforma en muchos aspectos significativos.

Así, entre las razones para tal reforma se señalaba:

A) Era necesario mejorar algunos mecanismos

Era obvio que uno de los defectos más importantes de la ley 11.719 radicaba en el procedimiento de verificación de los créditos, que se hacía en la junta de acreedores provocando que ésta fuese a veces interminables, y las decisiones que se adoptaban en ella eran tomadas muchas veces sin la necesaria reflexión.

Otro defecto nació de una errada aplicación judicial: los tribunales admitieron que el comerciante se presentara en sucesivas convocatorias paralizando de este modo los pedidos de quiebra; alguno llegó a presentarse diez veces, pues ninguna sanción había al desistimiento de la convocatoria; se vivía así en *estado de convocatoria*. Esto último no fue sino una muestra de una aplicación algo tímida de la ley de quiebras, como lo ponían de resalto los a veces furiosos dictámenes del Fiscal de la Cámara Comercial, doctor Britos, pocas veces seguidos por el tribunal. Cuando a partir de la segunda mitad de la década del '50 se incorporan a la justicia comercial de la Capital Federal nuevos jueces de gran jerarquía intelectual y comienzan a modificar las antiguas deformaciones, ya la ley se estaba poniendo vieja; las nuevas necesidades del comercio, la modificación de las estructuras de producción, servicios, cambio, etcétera, ponían de relieve la insuficiencia de la ley Castillo.

Todo este complejo de novedades había envejecido a la ley 11.719 y convencieron de la necesidad de su reforma en la que, por otra parte, ya se venía trabajando, como lo demuestran los proyectos de 1950 y 1953, y algunas leyes especiales que introdujeron algunas modificaciones con suerte varia, entre ellas la ley 18.832 (Adla, XXX-C, 3112).

B) *Había variado la realidad político-económica*

La economía moderna se ve notablemente influenciada por la idea de empresa; más bien, la economía capitalista está vinculada directamente a la empresa. Así, como es obvio, muchas empresas tienen una notable importancia para la economía nacional o regional, o cuando más no fuese para algunas ciudades o pueblos que nacen, se desarrollan y eventualmente mueren con las empresas que existen en ellos. Trascendencia que proviene de los insumos que producen, los servicios que cumplen, la cantidad de mano de obra que emplean, la alta tecnología que generan, etcétera.

Como señala Alegría, la ley 11.719 no se planteaba los problemas sociales de la empresa, la ubicación del trabajo como elemento fundamental, la concentración como fenómeno natural de esa selección, las distorsiones de la competencia imperfecta, las necesidades de conservación de las unidades económicas útiles, el interés público comprometido y la paz social, los planes económicos, la creciente intervención del Estado en la economía y la gestión empresarial, la diversificación de los medios técnicos del crédito, el llamado deterioro de los términos del intercambio que impulsaron a nuestro país a modificar su estructura agropastoril para dar nacimiento a la industria...

C) *La realidad científica también había variado con un notable progreso*

Nuevas corrientes doctrinarias y legislativas ponían de relieve que no era posible seguir pensando en la quiebra del comerciante individual sino en la crisis de las empresas. De allí que el principio de conservación de la empresa pasó a ser considerado el eje del Derecho concursal.

D) *El orden público y el interés general requieren nuevas tutelas específicas y amplias*

Finalmente resultaba ostensible en aquel momento que la legislación concursal no está dirigida exclusivamente a reglar un conflicto entre el deudor y sus acreedores. La relevancia de la empresa, generadora de producción de bienes y servicios y fuente de empleo, hacía que en su crisis se evidenciara un cierto interés general. Las cuestiones atinentes a estos intereses no tenían un adecuado reflejo en la ley 11.719.

IV. La preparación de la ley

Ya hemos visto las razones que justificaban abordar la reforma de una ley que había cumplido bastante satisfactoriamente su destino. En 1966 se integró una comisión por los doctores Isaac Halperín, Francisco Quintana Ferreyra, Horacio P. Fargosi y Héctor Alegría; el primero de los mencionados renunció siendo sustituido por el doctor Carlos Malagarriga. El anteproyecto se conoció en 1969 y fue sometido a la consideración pública, generándose un vasto movimiento doctrinario. La comisión tomó en cuenta todo ese material y elevó un proyecto definitivo el que se convirtió en ley 19.551, sancionada el 4 de abril de 1972, y en vigor desde el 1º de julio de ese año.

De modo que entró a regir contemporáneamente con la nueva ley de sociedades comerciales 19.550 (Adla, XXXII-B, 1760). Se culminaba con ello un proceso de reforma de la legislación mercantil iniciado varios años antes con la reforma al art. 216 del Código de la materia, los decretos sobre letra de cambio y pagaré, y cheque; y otras reformas relevantes.

El derecho comercial de los años 70 en Argentina estaba, más allá del proceso de descodificación acentuado, vigorosamente modernizado y adecuado a los tiempos que corrían.

V. Los denominados principios orientadores

Para efectuar un juicio de valor sobre la ley 19.551 es casi inexorable partir de la enumeración de cuales fueron sus principios orientadores, los cuales aparecen enunciados en la misma Exposición de Motivos que la acompaña.

Luego de señalar que fueron respetados los principios de universalidad, colectividad de acreedores e igualdad de los mismos, apuntaba que a ellos se agregaron:

(i) La protección adecuada del crédito, la conservación de la empresa en cuanto actividad útil para la comunidad y principio inspirador común en la reforma legislativa mercantil;

(ii) la mayor amplitud y diversificación de medios para la solución preventiva de las crisis patrimoniales;

(iii) la actuación de oficio de los órganos jurisdiccionales;

(iv) la recuperación patrimonial del concursado de buena fe, facilitándola; así como la mayor severidad para quien ha utilizado los modos legales para el abuso del crédito;

(v) la elaboración de normas que protegieran al comercio, en general, inhabilitando temporalmente a quienes actuaron con culpa o fraude en la conducción de sus negocios;

(vi) la extensión de la responsabilidad patrimonial a quienes actuaron por el deudor, y en tal cometido realizaron actos dolosos o infringieron normas legales imperativas, causando o agravando insolvencia. Y finalmente se expresaba en la Exposición de Motivos que se trató de conjugar la labor de la comisión con la necesidad —reconocida por la generalidad de la doctrina— de unificar los concursos civiles y comerciales. Amén de ello era notoria en la ley 19.551 la protección muy intensa de las relaciones y los créditos laborales.

Alegría decía que las funciones que cabía reconocer a esos principios eran:

— Identificar la ley con su tiempo y con las necesidades que cubre. De modo que la ley habría de sobrevivir en la medida en que esos principios

fueran compartidos por la comunidad, sin perjuicio de la actuación concreta de la ley a través de las interpretaciones de la jurisprudencia y las innovaciones de la doctrina;

— brindar sustento estructural a la ley. Es decir que las soluciones dadas en las regulaciones de cada instituto, deberían ser coherentes con esos principios, para lograr así un cuerpo legal armónico a todo lo largo de su articulado;

— servir de base a la interpretación de sus normas.

VI. Sus principales logros

Muchos de los aportes de la ley 19.551 han sido de extraordinaria valía y por ello subsisten a los 30 años de su vigencia.

Entre ellos podemos señalar:

— El trámite del reconocimiento de los créditos, que ha sido unánimemente destacado como un mecanismo ingenioso, suficientemente ágil, que posibilita un control recíproco y que con una actividad inteligente de la jurisprudencia ha funcionado de una manera sencilla y práctica. Justo es reconocer que la reforma que le introdujo la ley 24.522 (Adla, LV-D, 4381) no necesariamente lo ha mejorado.

— Las facultades judiciales fueron significativamente reforzadas en el régimen de la ley 19.551, tanto en el concurso preventivo cuanto en la quiebra. Pero sin duda la atribución más importante fue la de homologar o no el acuerdo preventivo votado favorablemente por los acreedores (art. 61). Cabe puntualizar que esa facultad fue ejercida por los jueces con gran prudencia, salvo contadísimas excepciones; y su eliminación por la ley 24.522 no importó privar a los magistrados de la atribución de impedir que a través del acuerdo se consagrara el fraude o el abuso, como finalmente ha venido a ser reconocido por la ley 25.589 (Adla, LXII-C, 2862) al reformar el art. 52 de la ley 24.522;

— En el ámbito de la quiebra la estructura dada al capítulo de la ineficacia importó un avance extraordinario sobre la legislación anterior. La definición del período de sospecha, de la retroacción de la quiebra, la caracterización de los actos perjudiciales como inoponibles, la enumeración de ciertos actos inoponibles de pleno derecho, la regulación de la denominada acción revocatoria concursal, el establecimiento de plazos para su ejercicio, estructuraron un sistema difícilmente mejorable.

— El régimen de responsabilidad de terceros y la extensión de la quiebra social a quien bajo la apariencia de la actuación de la sociedad hubieran efectuado actos en su interés personal y dispuesto de los bienes como si fueran propios en fraude a los acreedores, constituyeron la piedra basal sobre la cual la jurisprudencia posterior encontró cauces adecuados para resolver situaciones novedosas. Reflejaban también el conocimiento que los autores de la ley tenían de los avances del derecho comparado y de los nuevos vientos que soplaban en materia de utilización abusiva de la personalidad jurídica. Las reformas posteriores no hicieron sino seguir el camino que había abierto la ley 19.551.

— La regulación de los privilegios fue también un considerable acierto. Si bien no se consiguió la unificación absoluta, como la comisión misma lo deseaba, se estableció un sistema comprensible, claro, breve y preciso, que sustituyó en gran medida a la incomprensible normativa del Código Civil, complicada además por la superposición del Código de Comercio y de leyes especiales.

— La sindicatura atribuida como fue tradicionalmente a los contadores, fue adecuadamente normada y se estableció un régimen de sanciones que permitió, cuando fue necesario, erradicar a aquellos que no cumplían adecuadamente con sus deberes.

— La intensa protección de las relaciones laborales fue perseguida con una vasta normativa, tanto en el concurso preventivo como en la quiebra; y particularmente en la continuación de la gestión de la empresa quebrada en orden a su enajenación como unidad.

VII. Los objetivos no alcanzados

A) *La continuación de la actividad de la empresa quebrada*

Sin duda una de las metas de la ley 19.551 fue la conservación de la empresa. Ese principio se proyectó en varias soluciones concretas:

(i) La amplitud de la solución preventiva, señalada en el apart. c, del mismo Nº I-4º de la Exposición de Motivos;

(ii) Al incluir la conservación de la empresa entre las pautas de ponderación que el juez debía tener en cuenta al tiempo de homologar o no el acuerdo preventivo votado favorablemente por los acreedores (art. 61);

(iii) Al regular con detalle la continuación de la actividad de la empresa o de un establecimiento del fallido. Cabe puntualizar en este punto que la experiencia nacional había comenzado ya con la ley 18.832 que autorizaba al Poder Ejecutivo nacional a someter a su administración a empresas que fueran consideradas significativas.

Una de las instituciones de la ley 19.551 que más expectativas había creado, era la "continuación de la empresa o establecimiento del fallido" que tenía antecedentes en la ley 18.832, y aún en la ley 11.719.

Sin embargo, su aplicación, terminó en un fracaso rotundo. Se continuaron empresas carentes de toda significación y lo que es peor sin "viabilidad"; de modo que para mantenerlas en actividad se evitaba el pago de impuestos o de aportes previsionales y aún de otras obligaciones. Por otro lado se pretendía obtener una enajenación ventajosa, lo que llevaba a sucesivos fracasos de las licitaciones llamadas para su venta.

Esto generaba las siguientes consecuencias:

(i) Se difería en el tiempo la percepción de los créditos de los acreedores en la masa, a veces durante años;

(ii) Se generaban pasivos que tenían la preferencia asignada a los créditos contra la masa (art. 264, ley 19.551) y que, por ende, eran de satisfacción generalmente anticipada a los créditos en la masa;

(iii) En alguna oportunidad se llegó a la insolvencia de las empresas "continuadas", lo que fue calificado como *el impensado fenómeno de la quiebra de la quiebra*;

(iv) Las empresas continuadas constituían un factor de distorsión del mercado en el cual participaban, pues lo hacían sin pagar los impuestos, los aportes previsionales, y a veces subsidiadas de alguna manera por el Estado.

B) El desvaído rol de los acreedores

Ya se ha dicho que en el momento de la sanción de la ley 19.551, se tenían muy presentes los intereses generales que se ponían en juego ante la insolvencia de la empresa. Por lo que cabía privilegiar la continuación de la empresa, la estabilidad de las relaciones laborales y el principio de ajenidad del riesgo y las facultades oficiosas de los jueces por encima de la voluntad de los acreedores.

De todo ello derivaba un rol de los acreedores muy deslucido, ya que se limitaban a participar de la junta de acreedores pero su voto favorable al acuerdo estaba todavía sometido a la censura judicial. Ni hablar en la quiebra "continuada" en la cual sus expectativas de cobro de los créditos eran virtualmente nulas.

VIII. El balance

A pesar de las observaciones que hizo la doctrina, muchas de ellas absolutamente injustificadas, lo cierto es que la ley 19.551 constituyó un enorme avance en el derecho argentino. Como ha sido señalado muchas de las instituciones incorporadas o reguladas a nuevo por ella, han quedado incorporadas de manera duradera a nuestro régimen jurídico.

Y las reformas que se han producido tienen como causa la notablemente acelerada modificación de las condiciones sociales y económicas que todos conocemos. Así como la crisis de 1890 hizo envejecer rápidamente a la reforma de 1889, la de 1930 impuso la sanción de la ley 11.719, y nuevos vientos trajeron la 19.551, los importantes cambios que causó la convertibilidad impusieron modificaciones al régimen concursal. A ello se sumó el avance de la doctrina y nuevos aportes del derecho comparado, así como una corriente de pensamiento que puso nuevamente sobre la mesa el trascendental rol de los acreedores, y muchas veces la conveniencia de facilitar el desarrollo de negociaciones privadas, lleva fuera del ámbito del tribunal.

Pero las reformas de la ley 24.522 no afectaron la estructura general del sistema organizado por la ley 19.551. Es cierto que la nueva normativa trajo muchas novedades y quizás cambió algunas orientaciones, por ejemplo dando un rol más activo a los acreedores, pero la existencia de dos procesos básicos —el de concurso preventivo y el de quiebra—, la verificación de los créditos, la sindicatura, los privilegios, los actos revocables, la extensión de la quiebra, la responsabilidad de terceros, los efectos de la quiebra sobre las relaciones jurídicas preexistentes, provienen de la ley de 1972 y no se avizoran cambios relevantes en estos puntos.

Ello de por sí sólo pone de relieve como la ley 19.551 es un hito en el desarrollo del derecho argentino y por ello sus autores merecen el reconocimiento de la comunidad jurídica argentina que ahora se expresa a través de esta Academia.

II

COMUNICACIONES EN SESIONES PRIVADAS

La Constitución y los jueces (Génesis de un "dicho feliz")

Por Carlos María Bidegain (*)

Un apotegma —define el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española— es un "dicho breve y sentencioso, *dicho feliz*. Llámase así generalmente al que tiene celebridad". Es alrededor del origen histórico de un apotegma muy mentado en la literatura del derecho constitucional, que girará mi comunicación, pero ello me llevará como de la mano a divagar por algunos terrenos que lo circundan. Unas palabras más sobre el título: el nombre "apotegma", suena un tanto pedante. Por ello prefiero en este caso emplear su segunda acepción semántica, que además se ajusta como anillo al dedo al sentido del célebre "dicho feliz" del que les hablaré.

Aclarado medianamente el punto, es el momento de iniciar el relato de una "pequeña historia".

El 3 de mayo de 1907, un público distinguido de la población de Elmira, recibió, como correspondía, con bombos y platillos, la visita del nuevo Gobernador del Estado, todo un personaje ascendente en la política de su nación. Elmira, aclaramos, es una ciudad del Estado de Nueva York, que en esa época albergaba a unos 35.000 habitantes, se ufanaba por tener unos restos de fortificaciones del pasado indígena, un colegio para niñas y un reformatorio modelo.

El ilustre visitante, hijo de un ministro baptista, graduado en derecho con altas notas, luego de haber enseñado en prestigiosas universidades (Columbia, Cornell) y en medio de un ejercicio exitoso de su profesión,

---

(*) Comunicación efectuada por el Académico, en la sesión privada del 25 de abril de 2002.

empezó su carrera política en las filas del Partido Republicano. Era conservador —dice uno de sus biógrafos— "por su confianza en el engranaje de frenos y contrapesos entre los poderes, por su aceptación del sistema político vigente, y por su convencimiento de la necesidad de la acción eficiente de la administración pública". Pero en algunos aspectos sostenía convicciones más cercanas a la prédica del Partido Demócrata, por su actitud tolerante ante los cambios sociales, atribuyendo al Estado un rol alternativo y flexible en el arreglo de los problemas colectivos.

Había entrado tardíamente en la vida pública —tenía entonces 43 años— cuando encontró abiertas sus puertas por la buena fama que le dio su desempeño como asesor de dos comisiones legislativas que investigaron turbios enjuagues de corrupción política y administrativa. La primera investigación fue sobre las industrias del gas y de la electricidad de la ciudad de Nueva York: su informe final probó que la municipalidad pagaba tarifas tres veces más altas que las de los particulares. Ese éxito lo recomendó para un cargo semejante en otra comisión, encargada de investigar el negocio de los seguros, en el que se había desatado una gran batalla entre grupos de accionistas por el dominio de una de las principales compañías del ramo. En audiencias públicas surgió a la luz que grandes compañías de seguros habían contribuido a los gastos de las campañas electorales de los partidos políticos. Obligó a comparecer como testigos a varios magnates del mundo financiero y consiguió que admitieran la influencia poco menos que arbitraria que ejercían sobre la legislatura. Resistió presiones y su informe promovió importantes reformas en la legislación de ese negocio.

Frescos los laureles, su nombre quedó instalado para una participación política activa. El momento no pudo ser más oportuno. Próxima la elección de Gobernador, el Partido Demócrata levantó la candidatura de William Randolph Hearst. Las facetas intrincadas de su personalidad fueron trazadas magníficamente en el filme "El ciudadano" ("Citizen Kane", su título inglés), que figura con máximos honores en la historia de la cinematografía mundial.

El Presidente Teodoro Roosevelt —empeñado entonces en el ambicioso proyecto del "destino manifiesto" de su país— advirtió las dimensiones del peligro que implicaba la incursión por la política de ese personaje, con ambiciones proyectadas hacia horizontes más altos que la gobernación de un Estado. Roosevelt deseaba limar la decadente moralidad de los políticos profesionales y la reciente actuación pública del nuevo campeón

se le ofrecía como en bandeja para oponerlo a Hearst, su contrafigura. El Presidente debió emplear a fondo su influencia en la convención de su partido y de ella aquél salió candidato, superando la resistencia de veteranos caudillos. Los resultados de la elección popular fueron, en general, decepcionantes para los republicanos: perdieron todos los cargos disputados, pero el premio mayor, el de Gobernador, fue para el correligionario, por una mayoría de alrededor de 60.000 votos.

El nuevo mandatario asumió con energía las riendas de la administración del Estado, que otros antes que él habían manejado como un quehacer rutinario y flexible a presiones y recomendaciones. Pronto pudo convencerse un hombre de tan fuertes actitudes como ese Roosevelt, que el sentimiento de gratitud de su ahijado político tendría límites estrechos e infranqueables.

Quería una administración pública activa, sin otra mira que el bienestar general ni otras vallas que las de la Constitución. Emprendió una reforma de la legislación y pronto pudo comprobar que se le opondrían fuertes resistencias. Buscó entonces la alianza con la opinión pública y se lanzó personalmente a una campaña de convencimiento, para que apoyara algunas reformas legislativas que consideraba imprescindibles.

A esos efectos deseaba que las leyes impidieran la frustración de la gestión eficiente de la administración pública en defensa de los intereses generales, lo que ocurría cuando autorizaban la interposición de recursos judiciales que la demoraban o paralizaban. La argumentación no dejaba de ser curiosa: entendía que al impedir la interposición de esos recursos judiciales se protegería a los jueces de la crítica hostil y tal vez violenta del pueblo, como acontecía cuando los jueces trababan la acción de la administración, protectora de los intereses comunes y mucho más adecuada para dar solución rápida y eficiente a cuestiones de ese carácter, que la intervención de los jueces, abrumados, además, por un creciente número de causas.

No pudo escapar a la inteligencia del Gobernador el riesgo político que asumía. Tuvo cuidado en señalar que cuando estuviera impugnado de inconstitucional un acto administrativo, estaría expuesto a revisión judicial, pero esa reserva podía no ser suficiente para despejar la idea de que la reforma tenía por objeto o efecto reducir los poderes de los jueces, ello en un país que atribuye valor esencial a la protección judicial de los derechos y garantías de las personas.

Esa no era, por cierto, su intención. Debía aventar ese temor.

En un rapto de corte confesional, que hiciera las veces de escudo protector de su buen nombre, protestó el orador: "Mi vida entera la he gastado en el trabajo, condicionado por el respeto a los jueces. Considero que quien habla con ligereza de su dignidad es uno de los peores enemigos de la comunidad". Y fue entonces que el Gobernador, Mr. Charles Evans Hughes, remató su acto de contrición con su "dicho feliz": *"Estamos bajo una Constitución, pero la Constitución es lo que los jueces dicen que es"*.

El casual hallazgo del origen del apotegma en un libro biográfico sobre su autor (1) —que compré por el módico precio de un peso en una mesa de usados de una librería de la Avenida Corrientes— me pareció interesante. Me sorprendió encontrarlo como pan recién salido del horno, lanzado ante una audiencia, en una ocasión, con un propósito y con un contenido verbal poco congruentes con la dimensión que con el andar del tiempo adquirieron su autor y su ocurrencia.

Es que si alguna vez he situado ese momento en mi imaginación, ha sido en un rutilante acto académico, pronunciado su discurso o dictada su lección desde una cátedra de alto linaje (Harvard, Columbia, Yale,etc.),o dicho por Mr. Charles Evans Hughes cuando se sentaba en uno de los 9 sillones de la Corte Suprema (blancas las cejas, el bigote espeso y la barba corta hendida en el centro, calva la cabeza salvo a los costados con mezcla rubia y cana), con la deliberada intención de dejar formulada una tesis que recogería la teoría del derecho constitucional. No por Hughes, Gobernador del Estado de Nueva York, al comienzo de su carrera política, sino en alguno de sus instantes espléndidos de su posterior carrera judicial que le dieron fama de jurista, primero como "Associate Justice" de la Corte Suprema de los Estados Unidos, entre 1910 y 1916 y, tras su renuncia a regañadientes para aceptar la candidatura a Presidente de su país por el Partido Republicano —cargo que no obtuvo por pocos votos en el colegio electoral ante el Presidente Wilson que pretendía y logró su reelección— y luego de un interregno de 14 años, de vuelta en la Corte pero esa vez para presidirla hasta su muerte, entre 1930 y 1941, uno de los períodos más duros en la historia de ese tribunal. En ese intervalo entre sus dos servicios en la Corte, debió abandonar el ejercicio exitoso de la profesión de

(1) PERKINS, Dexter, "Charles Evans Hughes and American democratic statesmanship", ps.13-17, Little, Brown and Co., Boston, Toronto, 1956.

abogado, para desempeñar nada menos que el cargo de Secretario del Estado, desde 1921 a 1925.

Dejemos al personaje y prestemos atención a su "dicho feliz".

Desprendido de los labios de su creador, cobró vuelo, acaso por la virtud de expresar en pocas palabras un concepto de apariencia audaz para el parecer tradicional que enlaza a las palabras "Constitución" y "jueces" en una relación de supremacía y subordinación, respectivamente. Tal vez haya ayudado para su buena recepción, la música de la locución, que cae bien al oído. Sobre la poesía dijo Borges en una de sus conferencias de Harvard: "La belleza siempre está esperándonos. Puede presentársenos en el título de una película, puede presentársenos en la letra de una canción popular ..." (2). Irreverente, agrego por mi cuenta y riesgo: también en un apotegma bien armado. De tanto repetido en clases universitarias, libros, artículos de revistas, conferencias, mesas redondas y otros modos de intercambio de opiniones e ideas, con la velada intención de dejar a más de uno con la boca abierta, va perdiendo su efecto de asombro, y hasta a veces recoge muestras de desinterés o hastío.

Tal vez porque careció de ese vuelo poético pasó sin semejante alharaca un párrafo escrito por Marshall en "Marbury v. Madison", que anticipó en 100 años la afortunada frase de Hughes. En ese famoso fallo leemos: "Es, enfáticamente, facultad y deber de la administración judicial decir lo que la ley es" ("It is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is") (3).

La cuestión acerca del proceso institucional para hacer efectiva la supremacía de la Constitución, en los casos en que una ley o decreto presidencial contraviniera una disposición constitucional, no provocó un debate a fondo en la Convención de Filadelfia, sino sólo aisladas inquietudes. Mayor interés se manifestó a su respecto en el proceso de ratificación por los Estados. En la convención de Virginia, uno de sus miembros —un convencional, John Marshall, de quien tendremos algo más que decir— respondió al interrogante, afirmando que en tal caso los jueces declararían nulo el acto, por su deber de velar por el cumplimiento

(2) "La Nación", 27/5/01, secc. lit., p.12.

(3) 1 Cranch 137, 1803.

de la Constitución (4). Fue otra la principal cuestión que en la Convención de Filadelfia provocó fuertes debates y divisiones: la distribución de las facultades entre el gobierno federal y los gobiernos de los Estados, y en ellos tomaron posiciones opuestas James Madison y Alexander Hamilton, el primero porque se hiciera la menor delegación posible de las potestades de los gobiernos de los Estados en el gobierno federal, y el último en favor de un gobierno central eficiente, dotado con suficientes poderes. La otra cuestión, en cierto modo vinculada a la anterior, relativa al órgano competente para ejercer el control de la constitucionalidad, encontró también a Hamilton y Madison en veredas distintas, como pudo advertirse en los artículos de uno y otro reunidos en "El Federalista". En el N° 78, Hamilton se pronunció con toda claridad por dar a los jueces el control de constitucionalidad de las leyes. Madison por su parte, en el N° 51, dijo que en sus mutuas relaciones los poderes debían "mantenerse en sus propios lugares". En escritos posteriores, con mayor precisión, Madison dejó en claro su opinión sobre que los tres poderes estaban en igualdad de condiciones y que el Congreso y el Ejecutivo podían cuestionar la interpretación de la Constitución hecha por el Judicial. A su juicio, los conflictos de interpretación entre ellos deberían ser resueltos en procesos de deliberación y avenimiento, porque ninguna de las ramas del poder federal tenía la aptitud de imponer su voluntad sin la concurrencia de los demás.

El Congreso y el Presidente tienen la innegable facultad de interpretar la Constitución. Efectivamente la interpretan, cuando en ejercicio de sus respectivas atribuciones, sancionan leyes o dictan decretos sobre materias que involucran cuestiones constitucionales. Si la Corte, en un caso o en muchos en que se plantee la cuestión constitucional, la resuelve en contra de la validez de la ley o del decreto, se crea una situación política de conflicto, pero jurídicamente éste se deshace de inmediato si se reconoce la preeminencia de la interpretación judicial, como sostuvo Hamilton. En cambio, si se postula con Madison el principio de la "igualdad de los poderes", el conflicto reclamaría una solución consensuada entre ellos, mucho más trabajosa y probablemente de largo trámite (5).

---

(4) EVANS, Lawrence B., "Cases on American constitutional law", p. 22, Fourth edition by Charles G. Fenwick, Callaghan and Co, Chicago, 1938.

(5) La tesis madisoniana tiene en nuestros días elocuentes defensores en Alexander Bickel y BURT, Robert A. (de éste, "Constitución y conflicto", ps. 61/152, 173/187, 373/503, Eudeba, Buenos Aires, 2000). Cuestiona que la supremacía judicial en la interpretación constitucional haya sido un desarrollo inevitable y deseable, ni que esa relación jerárqui-

Con el ingreso de John Marshall a la Corte Suprema de los Estados Unidos, en 1801, en sus manos firmes las riendas del tribunal y la pluma con la que escribió el fallo del caso " Marbury v. Madison", el Poder Judicial, el más débil según la ingeniería trazada por los constituyentes, se erigió para ponerse a la altura de los otros, y en algunas circunstancias, un poco más arriba. Es incontable el número de libros y artículos en los que se han analizado, alabado, denostado, sus fundamentos y la persona de su redactor. Refresquemos esa historia.

La derrota del Partido Federalista en las elecciones presidenciales de 1800, significó el primer cambio de ideología política en la cima del poder. La estrategia de los líderes del Partido Republicano ante la "desgracia" de verse defenestrados de los puestos del gobierno que habían ocupado desde la inauguración de la primera presidencia de Washington, consistió en hacerse fuerte en el Poder Judicial, y por ello, en esas últimas jornadas, John Marshall, hasta entonces, Secretario de Estado, fue nombrado Presidente de la Corte Suprema y en la noche postrera, en la que estuvieron encendidas las lámparas del edificio presidencial hasta la hora 24, el Presidente firmó 42 nombramientos de jueces, por supuesto, para gente de su partido. Tanta fue la premura y corto el tiempo, que no alcanzó para que los despachos de nombramiento llegaran a manos de 4 de los beneficiarios: William Marbury y tres colegas en el infortunio. Estos reclamaron al nuevo Secretario de Estado, James Madison, la entrega de los despachos de nombramientos, pero éste entendió que no estaba obligado a perfeccionar esos actos incompletos del gobierno anterior. Los cuatro quejosos pidieron entonces a la Corte que ejerciera una atribución que le otorgaba una ley, de expedir mandamientos ("writs of mandamus") en instancia originaria, y ordenara al Secretario de Estado la entrega de los nombramientos. Marshall prefirió evitar un conflicto de poderes con un Presidente al comienzo de su mandato, el momento de su mayor poder y en el que la Corte habría tenido muy pocas probabilidades de ganar, aunque esto significara defraudar las esperanzas de quienes tenían motivos para lograr un fallo a su favor de un tribunal presidido por el eminente republicano. Pero John Marshall no era hombre de visiones pequeñas sino amplias y lejanas. Era un estadista, con toda la cuota necesaria de

---

ca entre la judicatura y otras instituciones del gobierno sea el mejor arreglo para promover los valores democráticos. Luego de su estudio de la jurisprudencia de la Corte, sobre todo en casos que involucran conflictos sociales, su visión de futuro incluye nuevas formas de intervenciones judiciales en esos conflictos que, como en su país los de carácter racial, provocan profundas divisiones (id. ps. 217/279).

crueldad o indiferencia por las expectativas de sus cuatro correligionarios, si lo que estaba en juego era elevar a la Corte al mismo nivel que el de los poderes políticos. Marshall evitó el conflicto de poderes y decidió el caso sin entrar a la cuestión de fondo sobre el derecho de los actores de forzar la entrega de los nombramientos. Ignoró esa controversia, y de oficio, planteó y resolvió como cuestión previa, en defensa de la jurisdicción de la Corte, que una ley del Congreso no podía ampliar los casos de su jurisdicción originaria, que están enumerados en la Constitución con un criterio restrictivo, sólo en cuestiones que afecten a embajadores, y otros ministros y cónsules públicos, o en las que sea parte un estado (art. III, sección 2, cláusula 2; v. art. 117, de nuestra Constitución). Marbury y Madison debieron seguir peleando la cuestión de fondo ante un tribunal inferior. La historia de "Marbury v. Madison", terminó sin ruido en el tribunal federal de distrito, porque la causa se hizo abstracta al vencer el término de duración de 5 años del cargo para el que habían sido designados el alicaído Marbury y sus frustrados compañeros (6).

La Corte de Marshall no lanzó el grito de victoria, ni se lanzó a consolidar su doctrina en otros casos en que su autoridad fuera menos indiscutible que la defensa de su propia jurisdicción Extendió su control de constitucionalidad a las leyes de legislaturas estatales (7), pero en los 34 años de su actuación (1801-1835) no volvió a negar validez a ninguna otra ley del Congreso. De lo que sí se ocupó fue de agrandar los poderes del Congreso en su pugna con las legislaturas estatales (8). Recién en 1857, la Corte encabezada por su reemplazante, Roger B. Taney, invalidó, por segunda vez, una ley del Congreso y no pudo ser más desafortunado el fallo pronunciado en el caso "Scott v. Sandford" (9), que figura al tope de los más vilipendiados en toda su historia. A esa altura del tiempo, la doctrina de "Marbury" estaba lejos de ser aceptada pacíficamente. Lincoln, en su

---

(6) BURT, Robert A., "Constitución y conflicto", ob. cit., ps 218-219, Eudeba, Buenos Aires, 2000.

(7) Fletcher v. Peck, 6 Cranch 87, 1810; en Martin v. Hunter's, 1 Wheaton 304, 1816, y Cohens v. Virginia, 6 Wheaton 262, 1821, la Corte fijó los alcances de su jurisdicción por apelación.

(8) En McCulloch v. Maryland, 4 Wheaton 316, 1819, estableció la doctrina de los poderes inherentes o implícitos del Congreso. La atribución del Congreso de reglar el comercio exterior e interestatal tuvo una interpretación amplia en Gibbons v. Ogden, 9 Wheaton 1, 1824, y en Brown v. Maryland, 12 Wheaton 419, 1827.

(9) 19 Howard 393, 1857.

discurso inaugural del período presidencial (1861), pronunciado en medio del clima incendiario creado por la cuestión de la discriminación racial, al que el caso "Scott" echó una carrada de leña, incluyó este párrafo: "Si la política del gobierno sobre cuestiones vitales que afectan a todo el pueblo, debe ser fijada irrevocablemente por decisiones de la Corte Suprema ... el pueblo dejará de ser su propio gobernante, habiendo renunciado prácticamente a ser gobierno, en favor de ese eminente tribunal" (10).

A la Corte de Marshall se le suele atribuir la fundamentación de sus fallos principalmente en la voluntad de los "padres fundadores", y efectivamente en muchos de los más importantes utilizó la llamada "interpretación original o auténtica", por lo general sin el apoyo de citas probatorias sino afirmada dogmáticamente. Pero por ahí nos sorprende leer en "McCulloch v. Maryland" —el famoso fallo de los llamados poderes implícitos o inherentes— unos párrafos que difícilmente pueden ser superados como fundamento de la moderna escuela de la interpretación "dinámica" de la Constitución: "Nunca debemos olvidar" —dijo allí Marshall, era el año 1819— "que es una Constitución lo que estamos interpretando"; en otro párrafo, más adelante, completa la advertencia; "una Constitución hecha para resistir a los años por venir y consecuentemente, para ser adaptada a las variadas crisis de los asuntos humanos" (11).

"Cuando Marshall recibió el juramento de su primo Thomas Jefferson en 1801" —dice Mary Ann Harrell— "la Corte Suprema era una fortaleza asediada. Cuando recibió el juramento de Andrew Jackson en 1829, se había convertido en un altar" (12). En 1835, cuando Marshall murió en medio de muestras generales de consternación, Jackson —ya lo hemos dicho— nombró en su reemplazo a Roger B. Taney, su Attorney General y correligionario. Con Jackson empezó una nueva era política, y también en la Corte, la presidencia de Taney significó la inauguración de un período de cambios importantes en su jurisprudencia. Si la Corte de Marshall había

(10) Citado por BURT, ob.cit., ps. 17-18.

(11) Citado en nota 5.

(12) "Equal justice under law. The Supreme Court in American law", p. 40, The Foundation of the Federal Bar Assn., con la cooperación de la National Geographic Society, Washington D.C., 1975.

engrandecido el poder del gobierno federal, la Corte de Taney realizó concesiones al poder de policía de los Estados (13), pero al mismo tiempo reafirmó la doctrina del control judicial de constitucionalidad, no sólo en el malhadado caso Scott v. Sandford, sino también en el tercer caso de declaración de inconstitucionalidad de una ley del Congreso (14). Taney murió en 1864, tras un tiempo de servicios de 29 años, algo menos que los 34 de Marshall, y tras él, la Corte cayó en un período de decadencia ante embestidas del Congreso, pero fue recuperando prestigio por el trabajo de algunos de sus integrantes, a medida que sus fallos fueron respondiendo a las exigencias del impetuoso crecimiento industrial y comercial del país que reclamaba una fuerte protección a los derechos de propiedad y de comerciar de las personas físicas y jurídicas. Ejemplos de esa actitud fueron su negativa a aceptar la constitucionalidad de un impuesto a las ganancias (15); entre 1892 y 1896, el fracaso en sus estrados de las sanciones de la ley Sherman de 1890, contra trusts y monopolios (16); su aprobación de la endeble fórmula "iguales pero separados" como "solución" del grave problema de la desigualdad racial (17); y el tratamiento como ilegítima obstrucción al comercio del "boycott" del sindicato de empleados de la empresa de vagones Pullman (18).

En 1902 el Presidente Teodoro Roosevelt nombró para llenar una vacante en la Corte, a Wendell Oliver Holmes, insuflándole un soplo de contradicción y renovada sabiduría, que brilló hasta su retiro en 1932, a la edad de 90 años. Pronto fue conocido como el "gran disidente", por sus

---

(13) The License Cases, 5 Howard 642, 1846; Cooley v. Board of Warden of the Port of Philadelphia, 12 Howard 299, 1851.

(14) Gordon v. U.S., 2 Wallace 561, 1865. Este fallo se mantuvo inédito hasta 1886 (117 US 697), porque Taney entregó su opinión al Secretario para ser tratada al reanudar sus sesiones en diciembre, pero murió antes de que ello ocurriera, y aunque los jueces de la Corte consideraron su escrito y se propuso que fuera la base para el fallo, permaneció inédito hasta la fecha indicada. A pesar de ese vicio formal, la Corte lo ha citado frecuentemente como autoridad (Evans-Fenwick, ob. cit. en N° 3, p. 842).

(15) Pollock v. Farmers, Loan and Trust Co.,158 US 601, 1895.

(16) En ese período, de 5 casos la Corte decidió en 4 que no caían bajo el garrote de la Ley Sherman (HUBERMAN, Leo, "We the people", p. 235, Harper and Brothers, 1932, rev. ed. 1947).

(17) Plessy v. Ferguson, 163 US 537, 1896.

(18) In re Debs, 158 US 564, 1895.

brillantes votos en minoría. Cuando en 1905 la mayoría de la Corte, en el caso Lochner v. New York (19), aprobó la constitucionalidad de una ley que fijaba en 10 horas el trabajo en las panaderías, Holmes dejó escrita en su disidencia una de sus más memorables advertencias, que tuvo notable resonancia en el mundo intelectual: "La Enmienda XIV no acuerda fuerza de ley a la 'estática social' de Mr. Herbert Spencer ... una Constitución no se sanciona para desarrollar una particular teoría económica, sea el fraternalismo y la relación orgánica del ciudadano con el Estado, o el 'laissez faire' ... Las proposiciones generales no deciden casos concretos. La decisión dependerá de un juicio o intuición mas sutil que cualquiera premisa mayor". El famoso voto disidente, fue piedra de toque para la formación en los años 1920 de una escuela fuertemente crítica del pensamiento clásico. Hacia 1937 adquirió las características de una rebelión generacional con su denuncia dirigida a sostener que el derecho había perdido contacto con la realidad. Esos polvos anticipan estas tempestades. Fueron tildados de "nihilistas" los corifeos de la llamada "teoría jurídica crítica" ("critical legal theory"), porque sostuvieron que nada legitimaba la interpretación por la Corte de las cuestiones constitucionales; que sus fallos eran pura palabrería que enmascaraba la realidad y en la que los más fuertes dominaban a los más débiles (20). La ola llegó a muchas playas y no dejó de mojar nuestras arenas (21).

Hughes presidía la Corte cuando Franklin Delano Roosevelt lanzaba el programa del "New Deal" para afrontar la terrible depresión económica de comienzos de la década de 1930. Cuando en 1935 y 1936 la Corte falló en contra de la constitucionalidad de varias leyes del "New Deal" (22), la

---

(19) 198 US 45, 1905.

(20) BURT, ob. cit., ps.28-29.

(21) SAMPAY , Arturo agrega a los métodos de interpretación estático y dinámico, un tercero, revolucionario, desprendido de la voluntad del constituyente, que del texto constitucional conserva sólo las palabras, pero huecas del sentido original. Considera que la interpretación debe fundarse en la idea de justicia e importar un cambio esencial de la Constitución escrita (v. "Constitución y pueblo", Cuenca ediciones, Buenos Aires, 1973). Sobre la expansión del "activismo judicial" en Estados Unidos y en Europa, ver ACOSTA SANCHEZ, José, "Transformaciones de la Constitución en el siglo XX", ps. 57 y sigtes., Revista de Estudios Políticos, N° 100, 2ª época, abril-junio 1999.

(22) En Panamá Refining Co.v Ryan, 293 US 388,1935 la Corte invalidó el código para la industria petrolera dictado según la Ley Nacional de Emergencia Industrial (Industrial Recovery National Act); también el plan de retiro obligatorio de ferroviarios, en Railroad Retirement Board v. Alton R.R.Co,295 US 330, 1935. Ese mismo año dio otro golpe a la NRA

reacción de Roosevelt contra "esos viejos locos" ("those crazy old men") "inspiró su auspicio al aumento de número de jueces de la Corte. Fracasó en el Congreso y en la opinión pública, y en ese difícil trance Hughes acreditó ser un buen piloto de tormentas. La fisonomía de la Corte fue cambiando gracias a unos oportunos y sugestivos retiros de varios jueces del tribunal. Entre 1937 y 1941 Roosevelt pudo designar a 7 nuevos jueces, que modificaron sustancialmente la actitud del tribunal, aprobando medidas regulatorias del Congreso y del Presidente sobre la actividad económica (23). En 1949, en un fallo suscrito por unanimidad, la Corte hizo expreso abandono de la doctrina del caso Lochner (24).

Si Holmes abandonó la Corte en 1932, la semilla de sus disidencias había fructificado, y muchas de ellas eran en 1949 la "opinión de la Corte".

En la historia más reciente del tribunal el "activismo" de las cortes de Warren (1953-1969) y Burger (1969-1986) avivó el fuego de los movimientos "progresistas" y, correlativamente, enfureció a los sectores tradicionales. A la "Corte de Warren" se la ha de recordar porque impuso el acceso igual de alumnos negros y blancos a las escuelas públicas (25); puso bajo la protección de la Enmienda I a autores de agravios a la bandera (26); y muy especialmente, el fallo que extrajo del derecho constitucional a una vida privada, el derecho de las mujeres de abortar (27). Por su parte, la Corte de Burger consagró la doctrina de la "real malice", que exige la prueba del dolo para que sea procedente la condena a pagar los daños

---

en el caso de los "pollos enfermos", (Schechter Poultry Corp.v U.S, 295 US 495); y el año siguiente, en U.S. v.Butler, 297 US 1, invalidó la regulación de la jornada de trabajo en las minas de carbón.

(23) En una nota al pie de página del fallo dictado en el caso U.S. v. Carolene Products, 304 US 144, 1938, el redactor del voto de la mayoría (el juez de la Corte, Harlan Fiske Stone) señaló que la presunción de constitucionalidad de las leyes podía atenuarse si el caso caía en una de estas tres categorías: legislación contra una prohibición expresa de la Constitución; o que restringiera el proceso político (p. ej. derecho de sufragio, derechos de reunión y asociación con fines políticos, etc.); o discriminatoria contra minorías religiosas, nacionales o raciales.

(24) Lincoln Federal Labor Union v. Northwestern Iron & Metal Co. 335 US 525, 1949.

(25) Sobre las vicisitudes de esta cuestión en la Corte, v. BURT, ob.cit., ps. 373-423.

(26) Street v. New York, 394 US 576, 1969; Texas v. Johnson, 491 US 397, 1989.

(27) Roe v. Wade, 410 US 113, 1973.

causados por publicaciones periodísticas (28), doctrina también acogida por nuestra Corte (29).

Cuando en 1986 Burger se retiró de la Corte, la vacante de "Chief Justice" fue cubierta por el Presidente Ronald Reagan con la designación de William Renhquist, que desde 1971 era Associate Justice. Durante su mandato el Presidente Reagan llenó 3 vacantes y su sucesor, también Republicano, George Bush (padre) otras dos (30), movimientos en la composición del tribunal que provocaron un sesgo hacia la derecha. En la "Corte de Rehnquist" reapareció la interpretación "originalista" de la Constitución. Según su fundamentación, el texto constitucional si no provee su sentido indiscutible, al menos sí para comenzar a razonar, evitando que los jueces apliquen sus preferencias morales, sociales o filosóficas y presten más atención a las preferencias de los "padres fundadores", lo que los compromete a no desviarse de la "intención original".

El "activismo" de las Cortes de Warren y Burger avivó el fuego de los movimientos "realistas" y con la Corte de Renhquist, y su enfoque "originalista", se han movido más las aguas en las que se topan posiciones políticas subyacentes de izquierda y derecha. En medio de ese entrevero, por las cañadas más arriesgadas andan las teorías que postulan la virtual existencia de "un derecho constitucional sin Constitución", y enarbolan como estandarte la consigna del gobernador Charles Evans Hughes: "la Constitución es lo que los jueces dicen que es". ¿Por qué esta propuesta levantó tanta polvareda en su país, tan adherido como está al sistema de derecho anglosajón, con su consigna "stare decisis et quieta non movere"? Allí rige el "common law", hecho por los jueces y al fin y al cabo, el apotegma de Hughes parece estar en línea con esa técnica de creación del derecho por los jueces y no la de los países herederos del derecho romano, con su técnica de creación de normas jurídicas de sanción formal por un órgano político legislador y consolidadas en códigos. Pero es que estamos en el campo del derecho constitucional y no en el del derecho privado, y en ese terreno los norteamericanos fueron los inventores del modelo de Constitución rígida, también de sanción formal por un órgano político

(28) New York v. Sullivan, 376 US 254, 1971.

(29) Vago, Jorge c. La Urraca, E314-1517, y otros (LA LEY, 1992-B, 367).

(30) El presidente Reagan nombró jueces de la Corte a Antonin Scalia (1986), Sandra Day O'Connor (1987) y Anthony McLeod Kennedy (1988); el presidente Bush (padre) designó a Steven Souter (1990) y Clarence Thomas (1992).

legislador, el llamado "poder constituyente". Después de su emancipación la nueva república se acomodó por medio de una Constitución rígida, de más difícil reforma que una ley ordinaria, a otra forma de actuar el modoso desarrollo del derecho público inglés que sustancialmente había sido el suyo y que, a despecho de las facilidades que parece allanar su constitución flexible, reformable teóricamente como cualquier ley del Parlamento (ese del que se dijo que puede hacer cualquier cosa, salvo convertir a un hombre en mujer y viceversa), tiene suficientes frenos contra reformas inmaduras, en esa sociedad fuertemente apegada a sus tradiciones y valores, sin necesidad de normas escritas impeditivas.

Hart apunta que en muchos juristas ejerce una atracción poderosa lo que llama "el escepticismo ante las reglas", o sea, afirmar que éstas son un mito que oculta la verdad de que el derecho consiste simplemente en las decisiones de los jueces. Por su parte considera "ambigua" y "falsa" la proposición "la Constitución (o el derecho) es lo que los jueces dicen que es", si se la interpreta como que niega la distinción entre las Constituciones flexibles, de tipo inglés, y las rígidas, del tipo de la de los Estados Unidos de América (31).

"La palabra —previene Ortega— es un sacramento de muy delicada administración" (32). Eso lo habrá aprendido Hughes cuando, en medio de la borrasca que levantaron los fallos de la Corte contra la constitucionalidad de varias leyes del "New Deal", críticos del tribunal recordaron las palabras de aquel Gobernador que él había sido pronunciadas unos 25 años atrás. Se enojó, aunque un año después dijo esto otro que muchos entendieron era una reafirmación de su apotegma: "El Congreso puede sancionar leyes, pero la Corte Suprema las interpreta y las explica, y determina su validez. La constitución, con sus garantías de libertad y sus concesiones al poder federal, es, finalmente, lo que la Corte determina qué significa" (33).

En esas palabras el jurista avezado corregía al bisoño gobernador. Los jueces no dicen "qué es la Constitución", sino "qué significa", lo que implica

---

(31) HART, H.L.A., "El concepto de derecho", ob. cit., ps.169/183, trad. de Genaro R. Carrió, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1963.

(32) ORTEGA Y GASSET, José, prólogo de "La rebelión de las masas".

(33) PERKINS, ob. cit. p.32.

que el punto de partida del razonamiento jurídico-constitucional se encuentra en el texto de la Constitución escrita. La aparente heterodoxia del apotegma deslizado por el gobernador ante su auditorio de Elmira, lo endereza el jurista hacia la posición ortodoxa de que su país tiene una Constitución rígida y no flexible, que no es función de los jueces hacerla sino interpretarla. Lo que no es moco de pavo, a la altura a que ha llegado la ciencia jurídica, muy alejada del tiempo en que se creía que la función de los jueces se reducía al rol de "exégetas". La "interpretación" incluye la enorme facultad y responsabilidad de los jueces de elegir entre los varios sentidos razonables que admite la lectura de los conceptos de la Constitución, en su mayoría de "textura abierta", y que permite la adecuación de una Constitución sancionada en el tiempo de las carretas, a las exigencias de todo orden de una sociedad proyectada al futuro. En ese sentido y con ese alcance, es indudable que los jueces son "creadores" de derecho, que la jurisprudencia es una de las más ricas fuentes del derecho constitucional. Pero "un derecho constitucional sin Constitución", afortunadamente es una pretensión no sustentable en nuestro país. La Corte Suprema incluye en su doctrina sobre arbitrariedad de las sentencias judiciales, la pretensión de arrogarse los jueces el papel de legisladores, sin sentirse limitados por el orden jurídico; o prescindir del texto legal directamente aplicable sin dar razón plausible para ello; o dar como fundamento único y básico de la sentencia, afirmaciones dogmáticas del juez, sin fundamento objetivo en los hechos de la causa o en el derecho aplicable (34).

La "rigidez" del procedimiento de reforma constitucional es una garantía fundamental para la seguridad jurídica, que en sociedades carentes de excepcionales resguardos recónditos, como los elaborados pacientemente en varios cientos de años en la isla británica, debe ser preservada, manteniendo la distinción entre el poder constituyente, el poder legislativo ordinario, y, por supuesto, la interpretación judicial de los preceptos constitucionales.

Propuesta esta que creo más cercana al pensamiento de Mr. Charles Evans Hughes cuando disparó su célebre "dicho feliz".

---

(34) CARRIO, Genaro R. y CARRIO, Alejandro, "El recurso extraordinario por sentencia arbitraria", t. I, ps. 27 y sigtes., 3ª ed., Ed. Abeledo Perrot.

Algunas consideraciones sobre la creación de tribunales internacionales especializados: el caso del Tribunal Internacional del Derecho del Mar

Por Hugo Caminos (*)

I. Introducción

En las últimas décadas la comunidad internacional ha asistido a la creación de una nueva generación de organismos judiciales o cuasi-judiciales internacionales. A estos pertenecen, entre otros, las Cortes regionales de derechos humanos; la Corte Europea; los tribunales penales para la ex Yugoslavia y Ruanda, establecidos con carácter "ad hoc" por el Consejo de Seguridad en el marco de sus funciones para el mantenimiento de la paz; la naciente Corte Penal Internacional; la Corte Centroamericana de Justicia; el mecanismo de solución de controversias de la Organización Mundial de Comercio con su Organo Permanente de Apelación, y el Tribunal Internacional del Derecho del Mar (1).

(*) Comunicación efectuada por el Académico, en la sesión privada del 13 de junio de 2002.

(1) La descripción de estos y otros organismos judiciales excedería los límites de esta comunicación. El "Project on International Courts and Tribunals" (PICT) del Center on

Algunas de estas instituciones y jurisdicciones se crearon sobre una base regional. Se partió de la idea de que un organismo regional gozaría de cierta preferencia en los pueblos de la región y estaría más familiarizado con los problemas locales. Jennings considera que la idea es en sí razonable y recuerda las críticas de los países sudamericanos a la Corte Internacional de Justicia en el *Caso del Asilo*, fundadas en que la tradición local del asilo en una embajada no fue realmente bien comprendida por una Corte que, en ese momento, era predominantemente europea. Sin embargo, no descarta que un tribunal universal pueda entender las modalidades locales y cita el caso de la sala de la Corte Internacional de Justicia en el *caso Honduras/El Salvador* respecto del "uti possidetis juris". En verdad, agrega, fue difícil no entenderlo "después de todas las explicaciones que escuchamos de los abogados de las partes en el curso de ese asunto" (2).

La creación de nuevos tribunales internacionales obedeció al notable crecimiento de la normativa del derecho internacional público, en particular en áreas como los derechos humanos, economía, derecho penal, derecho del mar y comercio internacional. Ese desarrollo condujo a la especialización en esas ramas del derecho internacional y al establecimiento por los Estados de nuevos organismos judiciales especializados.

Otro factor que gravitó en la creación de tribunales internacionales especializados, sobre todo en la última década, fue el fin de la Guerra Fría.

International Cooperation, New York University, que dirige el profesor Cesare P. R. Romano, ha publicado un cuadro que muestra las instituciones judiciales y cuasi-judiciales existentes, extintas, abortadas, nacientes y proyectadas. La primera versión apareció como suplemento del número especial de la New York University Journal Law and Politics, vol. 31, 4 (1998). El cuadro fue actualizado en agosto de 2001 y se puede consultar en el sitio de PICT: www.pict-pcti.org

(2) "The Proliferation of Adjudicatory Bodies: Dangers and Posible Answers", en "Implications of the Proliferation of International Adjudicatory Bodies for Dispute Resolution", ASIL Bulletin, Nº 9, november 1995, 3. El ex-Presidente de la Corte Internacional de Justicia contrasta la composición del tribunal arbitral en el asunto del Beagle con el "relativo a una parte de la 'larga frontera' entre Argentina y Chile (caso conocido como Laguna del Desierto) en el que deduzco que las partes acordaron que era mejor tener un tribunal latinoamericano, ya que eso parecía razonable en las circunstancias, pues se trataba de un asunto latinoamericano". Sin embargo, este autor califica el prejuicio regional como "caprichoso" y relata que en el asunto del Beagle, en el cual el propio Jennings estaba involucrado, cuando se llegó al tema de la composición del tribunal, en una reunión en Londres, los abogados de las partes habían acordado un principio básico: "ningún latinoamericano", porque tenían la sensación de que cualquier latinoamericano tendría su "parti pris" en la controversia. (En la presente comunicación las citas en idioma extranjero han sido traducidas por el autor).

Un autor señala, entre otros, los casos de los tribunales penales establecidos por el Consejo de Seguridad, el reestablecimiento de la Corte Centroamericana de Justicia en 1994, e incluso el Tribunal Internacional del Derecho del Mar, al facilitar la entrada en vigor de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982 (Adla, LV-E, 5742), doce años después de su adopción (3).

Esta evolución ha suscitado una polémica entre los internacionalistas. Algunos señalan que producirá una superposición de competencias que llevará a un mercado de foros ("forum shopping"), a decisiones contradictorias y a una fragmentación del derecho internacional. Esta posición es compartida, entre otros, por algunos miembros de la Corte Internacional de Justicia, como el juez Oda en su curso en la Academia de Derecho Internacional de La Haya en 1993 (4), por el ex-Presidente Schwebel y por el actual Presidente Guillaume, quienes describen el tema como "proliferación" de tribunales internacionales, término que importa una connotación negativa y trae a colación su empleo con relación a las armas nucleares.

A su vez, varios internacionalistas no sólo consideran la creación de los nuevos tribunales como un paso positivo en la evolución del derecho internacional y una consecuencia derivada de su expansión, que no afectará su unidad ni su carácter universal. En esta corriente figuran, entre otros, el profesor Jonathan I. Charney, con su curso en la Academia de Derecho Internacional de la Haya en 1998, (5) el juez de la Corte Internacional de Justicia, Carl-August Fleischhauer (6), Shabtai Rosenne (7) y John E. Noyes (8).

---

(3) Benedict Kinsbury, "Is the Proliferation of International Courts and Tribunals a Systemic Problem?", en New York University Journal of International Law and Politics 4 (1998), 729 y sigtes.

(4) Shigeru Oda, "The International Court of Justice from the Bench", 244 Recueil des Cours (1993, VII), 9, 13-55.

(5) CHARNEY, Jonathan I., "Is International Law Threatened by Multiple International Tribunals?", 271 Recueil des Cours de l'Academie de Droit International (1998), 101-382.

(6) FLEISCHHAUER, Carl-August, "The Relationship Between the International Court of Justice and the Newly Created International Tribunal for the Law of the Sea in Hamburg", 1 Max Planck Y.B.U.N. (1997), 327-333.

(7) SHABTAI, Rosenne, "Establishing the International Tribunal for the Law of the Sea" 89 American Journal of International Law (1996), 806-814.

(8) NOYES, John E., "The International Tribunal for the Law of the Sea", 32 Cornell International Law Journal (1998), 109-182.

II. La polémica

En su discurso ante la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 27 de octubre de 1999 (9), el entonces Presidente de la Corte Internacional de Justicia, Stephen M. Schwebel, explicaba que "el ingreso de actores que no son Estados al escenario internacional, que también influyen en el proceso de elaboración y administración de las normas internacionales, entre otros factores, ha promovido la creación de tribunales internacionales especializados. Este desarrollo ha de ser bien recibido. El mismo hace más efectivo el derecho internacional al dotar las obligaciones jurídicas, de los medios para su determinación y ejecución." Pero, a continuación agregaba: "La preocupación de que la proliferación de tribunales internacionales pudiera producir un conflicto substancial entre los mismos y el vaciamiento de la lista de asuntos que llegan a la Corte Internacional de Justicia, no se ha materializado, en todo caso, hasta ahora... Al mismo tiempo, a fin de minimizar esa posibilidad, que pudiese ocurrir, de conflictos significativos de interpretación del derecho internacional, podría tener mérito la idea de permitir a los otros tribunales internacionales solicitar opiniones consultivas a la Corte Internacional de Justicia sobre cuestiones de derecho internacional que se presenten en asuntos ante esos tribunales, que sean de importancia para la unidad del derecho internacional".

En el caso de tribunales especializados que no sean órganos de las Naciones Unidas, como es el caso del Tribunal Internacional del Derecho del Mar o la recién creada Corte Penal Internacional, la propuesta del ex-Presidente Schwebel es que esos tribunales independientes "podrían, si así lo deciden, solicitar a la Asamblea General, tal vez mediante un comité especial establecido con ese fin, opiniones consultivas a la Corte." Y concluye: "De todos modos, sería digno de consideración tener cierta prudencia en la creación de nuevos tribunales universales relativos a controversias entre Estados. La Corte Internacional de Justicia ha demostrado capacidad para tratar cuestiones especializadas y nuevas, así como problemas más amplios y más tradicionales" (10).

---

(9) El texto de los discursos de los Presidentes de la CIJ que se citan a continuación figura en los comunicados de prensa de la Corte que pueden consultarse en el sitio de la CIJ en Internet y en los Anuarios de la Corte.

(10) En su intervención del año anterior ante la Asamblea General, Schwebel había afirmado la posibilidad de que varias Cortes pudieran llegar a interpretaciones diferentes del derecho: "La proliferación corre el riesgo de conflictos." Sin embargo, agregaba que "el riesgo no debe ser exagerado".

En su discurso ante la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 26 de octubre de 2000, el actual Presidente de la Corte Internacional de Justicia, Gilbert Guillaume, volvió a ocuparse de "la proliferación de tribunales internacionales". Se refirió a los problemas que esto último genera (y que trataría con mayor detalle en su intervención ante la Sexta Comisión de la Asamblea): superposición de jurisdicciones, mercado de foros ("forum shopping"), "el serio peligro de la jurisprudencia conflictiva", y la fragmentación del derecho. Afirmó que "es crucial el diálogo entre los distintos organismos judiciales" y que "la Corte, como órgano judicial principal de las Naciones Unidas, está dispuesta a aplicarse a este fin si recibe los recursos necesarios". Sin embargo, dijo que no sería suficiente confiar en la sabiduría de los jueces y de ahí la necesidad de estructurar mejor las relaciones entre los tribunales internacionales. Al comentar la propuesta de que la Corte sirva como tribunal de apelación o de revisión de los fallos de los otros tribunales, sostuvo que ello requeriría de una fuerte voluntad política por parte de los Estados y "no estoy seguro que exista esa voluntad". Finalmente, hizo alusión a la propuesta de su predecesor, consistente en solicitar opiniones consultivas a la Corte a través de la Asamblea General o del Consejo de Seguridad, incluso para los tribunales fuera del sistema de las Naciones Unidas.

En su discurso del día siguiente, ante la Sexta Comisión de la Asamblea, el Presidente Guillaume hizo un extenso análisis del "fenómeno, actualmente de sustancial preocupación entre académicos y profesionales del derecho, a saber: la proliferación de los organismos judiciales internacionales y sus efectos sobre el derecho internacional. Refirmó sus críticas al "forum shopping" el cual, dijo, "mientras puede sin duda promover un cierto espíritu de competencia entre tribunales y estimular la imaginación", hace que la elección del tribunal pueda estar motivada por el hecho de que la jurisprudencia de una corte en particular sea más favorable a ciertas doctrinas, conceptos o intereses que otra. Todo organismo judicial —consciente o inconscientemente— tiende a calcular su valor por la frecuencia con la que se recurre al mismo. Algunos tribunales podrían, como resultado, ser llevados a ajustar sus decisiones de modo de alentar el crecimiento de sus asuntos, en detrimento de un enfoque más objetivo hacia la justicia".

Veamos ahora los principales argumentos de la corriente de opinión contraria a la anterior.

En su curso de la Academia de Derecho Internacional de la Haya, Charney hace un extenso examen comparativo de las distintas doctrinas de derecho internacional público, como el derecho de los tratados, las fuen-

tes del derecho internacional, la responsabilidad del Estado, la indemnización por daños a los extranjeros, el agotamiento de los recursos internos, la nacionalidad y la delimitación de las áreas marítimas.

Como parte de dicho examen, el autor analiza la jurisprudencia, entre otros, de la Corte Internacional de Justicia, la Corte Europea de Justicia, la Corte Europea de Derechos Humanos, la Corte Americana de Derechos Humanos, los foros de la Organización Mundial de Comercio y del GATT, el Tribunal Estados Unidos/Irán, tribunales "ad hoc" y hasta varios tribunales administrativos internacionales sobre cada una de aquellas doctrinas.

Al concluir este estudio, destinado a evaluar la posibilidad real de decisiones contradictorias por los distintos tribunales, Charney señala "... que en esas áreas esenciales del derecho internacional, los diferentes tribunales internacionales del siglo XX comparten puntos de vista relativamente coherentes sobre las mencionadas doctrinas de derecho internacional. Aunque existen diferencias, dichos tribunales están envueltos en la misma dialéctica. Los fundamentos de este derecho internacional general siguen siendo los mismos con prescindencia de cual sea el tribunal que decida el caso... En mi opinión, por supuesto, la multiplicidad de tribunales internacionales independientes es una realidad que no cambiará, por lo menos, en el futuro previsible. La cuestión importante es saber si esta multiplicidad resultará en el fin del cuerpo coherente de derecho internacional tal como lo conocemos. Este estudio sugiere que ese final no es probable. La razón de la relativa coherencia de las doctrinas expuestas por estos tribunales se basa en el hecho que este pequeño grupo de actores dominantes (los Estados), forman una comunidad con necesidades comunes y el deseo de contar con un sistema jurídico, pese a las muchas obvias diferencias entre ellos. Esta relativamente pequeña comunidad da fuerza al sistema jurídico internacional que compensa con creces la ausencia de instituciones centralizadas. Desde luego, como ocurre con todo derecho, el derecho internacional cambiará. Sin embargo, la coherencia de ese derecho probablemente ha de continuar. Estamos siendo testigos de saludables desarrollos en esa rama del derecho cuando los diversos tribunales internacionales exploran variaciones en el derecho internacional y aplican el derecho internacional a una variedad de circunstancias. Esto, a mi juicio, refleja un sistema jurídico internacional eficaz y variable, con un largo futuro por delante" (11).

---

(11) Op. cit., 347, 349, 350. Lo afirmado por Charney respecto a que la multiplicidad de tribunales internacionales no afectará la coherencia del derecho internacional se ve corroborada en la jurisprudencia del Tribunal Internacional del Derecho del Mar. Esta muestra más de 50 citas de fallos y opiniones consultivas de la Corte Internacional de Justicia.

Charney, congruente con su posición de que los nuevos tribunales internacionales especializados han de beneficiar el desarrollo del derecho internacional, se opone a la idea de centralizar el régimen judicial internacional. "La ausencia de un sistema estrictamente jerarquizado, afirma, permite a los tribunales internacionales tener la oportunidad de contribuir colectivamente al derecho internacional con ideas y facilitar al derecho internacional la evaluación de esas ideas por la comunidad internacional en su conjunto. Al final, puede esperarse que las mejores normas serían ampliamente adoptadas". Además, este autor menciona la imposibilidad de establecer una "Corte Suprema de Derecho Internacional" por obvias razones prácticas y políticas (12).

¿Son reales los riesgos atribuidos a la multiplicidad de tribunales internacionales?

Respecto a la posibilidad de *superposición de competencias*, tal hipótesis podría presentarse entre la Corte Internacional de Justicia y el Tribunal Internacional de Derecho del Mar en el ámbito del derecho del mar. Como sabemos, sobre todo en materia de delimitación marítima, la Corte ha desarrollado una importante labor judicial. Asimismo, varios tribunales arbitrales internacionales, en las últimas décadas, han dictado algunos laudos importantes en asuntos de delimitación marítima. En esta, como en otras áreas del derecho internacional, la Corte Internacional de Justicia, así como la Corte Permanente, nunca actuaron como órganos judiciales únicos para la solución de controversias conforme al derecho internacional.

Sin embargo, no en todos los asuntos del derecho del mar habrá superposición de competencia entre la Corte y el Tribunal: en las actividades en el área de los fondos marinos, la Sala de Controversias de los Fondos Marinos del Tribunal Internacional del Derecho del Mar, posee competencia "ratione materiae" obligatoria y casi exclusiva (art. 187, Convención). Además, la Sala es competente para emitir opiniones consultivas a solicitud de la Asamblea o el Consejo de la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos, "sobre las cuestiones jurídicas que se planteen dentro del ámbito de las actividades de esos órganos" (art. 191, Convención). Asimismo, el Tribunal Internacional del Derecho del Mar tiene competencia obligatoria residual, en determinadas circunstancias, para prescribir,

(12) Op. cit., 347.

modificar o revocar medidas precautorias en una controversia sometida por las partes a arbitraje, hasta que se constituya el tribunal arbitral (art. 290 Convención). Finalmente, el Tribunal de Hamburgo tiene jurisdicción cuasi obligatoria, en determinadas condiciones, en los asuntos relativos a la pronta liberación de buques y sus tripulaciones (artículo 292 (1)).

En cuanto a la competencia "ratione personae", no sólo los Estados tienen "locus standi" ante el Tribunal: también otras entidades que no son Estados pueden acceder al mismo. En efecto, al disponer la Convención que la misma está abierta a otras entidades, como los Estados asociados autónomos y los territorios que gocen plena autonomía interna (art. 305), estos podrán tener acceso a los procedimientos de solución de controversias (art. 291, Convención). Esto marca una diferencia esencial con la Corte Internacional de Justicia, cuyo Estatuto estipula que "sólo los Estados podrán ser partes en los casos ante la Corte" (art. 34).

Con referencia a las controversias relativas a las actividades en el área de los fondos marinos, el Estatuto del Tribunal Internacional del Derecho del Mar, establece que "las entidades distintas de los Estados Partes tendrán acceso al Tribunal en cualquiera de los supuestos expresamente previstos en la Parte XI (art. 20 (2)). Esto significa que en esas controversias, podrán ser partes las empresas estatales y las personas naturales y jurídicas que estén patrocinadas por un Estado Parte, o por cualquier agrupación de los anteriores (art. 153 (2) de la Convención).

Otro de los peligros de la multiplicidad de tribunales internacionales, invocado por sus detractores, es el de la creación de un *mercado de foros* ("forum shopping"). Es decir, que las potenciales partes en un juicio se empeñarán en buscar el tribunal que más se acomode a sus intereses, tomando en cuenta su composición, jurisprudencia y otras consideraciones análogas. Pero aquí debemos señalar que esa búsqueda no sólo es perfectamente legítima, sino que favorece la aceptación por los Estados de la solución de las controversias internacionales por la vía judicial o arbitral conforme al derecho internacional.

En este sentido, la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar crea un sistema de solución de controversias que permite a las partes, cuando una controversia no haya sido resuelta por procedimientos no jurisdiccionales, optar entre varios medios obligatorios conducentes a soluciones obligatorias (art. 287). Dichas opciones son: el Tribunal Internacional del Derecho del Mar, la Corte Internacional de Justicia, un

tribunal arbitral y un tribunal arbitral especial para ciertas categorías de controversias. Con esto se crea un régimen de libre competencia entre los medios indicados para la solución de controversias relativas a la interpretación o la aplicación de la Convención. Esta competitividad hará que cada uno de estos foros se empeñe en afianzar el derecho internacional y en alcanzar el mayor grado de excelencia en sus decisiones.

En general, puede afirmarse que los nuevos tribunales extenderán el ámbito de las controversias internacionales justiciables, que podrán o deberán ser sometidas a la decisión de organismos judiciales o cuasi judiciales de conformidad con el derecho internacional.

La pluralidad de tribunales en un régimen judicial descentralizado como el internacional, conlleva, según algunos, el peligro de una fragmentación del derecho internacional. ¿Es este un peligro efectivo? En realidad, la concurrencia de distintos foros internacionales para la solución de las controversias se remonta a los comienzos del arbitraje internacional. Numerosos tribunales arbitrales después coexistieron con la Corte Permanente de Justicia Internacional y coexisten hoy con la Corte Internacional de Justicia. El estudio de Charney señala que si bien estos diferentes foros interpretan a veces el derecho internacional de modo distinto, tales variantes no son tan grandes como para tener la posibilidad de socavar la legitimidad del derecho internacional o la importancia de la Corte Internacional de Justicia. En este sentido, la actividad concurrente de tribunales de arbitraje y la Corte Permanente o la Corte actual no ha afectado la unidad y el carácter universal del derecho internacional. Como lo expresó el ex-Presidente Schwebel en su discurso ante la Asamblea General de las Naciones Unidas, al cual ya hicimos referencia, "es posible que varias jurisdicciones arriben a diferentes interpretaciones del derecho. La proliferación crea un riesgo de conflicto... Pero no hay que exagerar ese riesgo. Si, en principio, existe un sistema de derecho internacional único, en la práctica, los puntos de vista sobre las cuestiones de derecho varían, no sólo entre los tribunales internacionales, sino entre otros autorizados intérpretes del derecho. Estas diferencias también existen en el seno de la Corte Internacional de Justicia... En la práctica, cabe esperar que los tribunales internacionales manifiesten el respeto debido a la opinión de las otras jurisdicciones internacionales. La Corte Internacional de Justicia aguarda con satisfacción la posibilidad de trabajar de manera armoniosa con los demás tribunales internacionales. Pero, el tejido del derecho y la vida internacionales, es, según se piensa, suficientemente elástico como para resistir las ocasionales diferencias que pudieran surgir".

III. El fundamento jurídico para la creación por los Estados de nuevos tribunales internacionales

Hace más de 80 años, al mismo tiempo que el Pacto de la Sociedad de las Naciones disponía la futura creación de una Corte permanente de justicia internacional, el mismo instrumento ginebrino afirmaba el derecho de los Estados a someter sus controversias a otros tribunales internacionales (art. 13 (3)). El Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional, entrado en vigor en 1921, el primer organismo judicial internacional, confirmó ese derecho al proveer el sometimiento de las controversias de carácter jurídico a la Corte o a "cualquier otro tribunal acordado por las partes o estipulado en cualquier convención existente entre las mismas".

Idéntico principio establece la Carta de las Naciones Unidas. Como dice un destacado internacionalista, los autores de la Carta, con gran clarividencia, al crear la Corte Internacional de Justicia, previeron la necesidad de los Estados de hacer uso de la pluralidad de opciones al elegir el medio apropiado para solución de sus controversias (13). Ese derecho a la libre elección de los medios fue incorporado al art. 95 de la Carta, que dispone:

"Ninguna de las disposiciones de esta Carta impedirá a los Miembros de las Naciones Unidas encomendar la solución de sus diferencias a otros tribunales en virtud de acuerdos ya existentes o que puedan concertarse en el futuro".

Al comentar esta disposición, Kelsen observa que "por lo tanto, los miembros podrían someter sus controversias de acuerdo con tratados preexistentes o recién celebrados, a tribunales de arbitraje "ad hoc" o establecer —por ejemplo mediante acuerdos regionales— otra Corte de justicia. Según el art. 33, párr. 1, y el art. 95 de la Carta, aquellos podrán establecer una Corte especial con jurisdicción compulsiva, excluyendo la jurisdicción de cualquier otro tribunal, incluso la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia establecida por la Carta" (14).

En su conocida obra sobre la Carta de las Naciones Unidas, Goodrich, Hambro y Simons, al considerar el alcance del art. 95, afirman: "Claramen-

---

(13) YANKOV, Alexander, "The International Tribunal for the Law of the Sea: It's Place within the Dispute Settlement System of the UN Law of the Sea Convention", Indian Journal of International Law 37 (1997), 365 y sigtes.

(14) KELSEN, Hans, "The Law of the United Nations", 1950, 477.

te, la designación de la Corte Internacional de Justicia como el órgano judicial principal de las Naciones Unidas (art. 92), no tuvo la intención de impedir el establecimiento de otros organismos judiciales bajo los auspicios de las Naciones Unidas o fuera del marco de la Organización" (15).

Es evidente que, ni la creación de la Corte Permanente de Justicia Internacional, ni la creación de la Corte Internacional de Justicia tuvieron como propósito establecer un sistema judicial internacional centralizado. Por el contrario, en ambos casos, de modo expreso, se afirmó el derecho de los Estados a recurrir a otros tribunales, ya existentes o a crearse, para la solución de sus controversias. Tal es el régimen actualmente vigente en la comunidad internacional. El mismo ha permitido la creación de tribunales internacionales especializados, acompañando el importante desarrollo del derecho internacional en las últimas décadas.

IV. Los orígenes del Tribunal Internacional del Derecho del Mar: las propuestas en el Comité de los Fondos Marinos

Las primeras propuestas para la creación de un tribunal para el arreglo de las controversias fueron presentadas en el "Comité sobre la Utilización con Fines Pacíficos de los Fondos Marinos y Oceánicos fuera de los Límites de la Jurisdicción Nacional." Estas propuestas se ocupaban básicamente de las controversias relativas a la minería marina en las que las partes podían ser no sólo Estados, sino también organismos internacionales y personas físicas o jurídicas. En ese momento, no existía ningún tribunal competente para decidir esta clase de controversias.

En 1970, los Estados Unidos presentaron al Comité de Fondos Marinos un documento de trabajo que contenía un Proyecto de Convención de las Naciones Unidas sobre la zona internacional de los fondos marinos (16), que disponía la creación de un tribunal especial como órgano de la Autoridad Internacional de los Recursos de los Fondos Marinos. El tribunal decidiría todas las controversias y prestaría asesoramiento en todas las cuestiones relativas a la aplicación del tratado sobre los fondos marinos, y asimismo aplicaría los principios de derecho internacional pertinentes. Sujeto a una autorización según el art. 96 de la Carta de las Naciones Uni-

(15) GOODRICH, L. M.; HAMBRO, E. and SIMONS, A. P., "Charter of the United Nations, Commentary and Documents", 3rd and rev. ed., 1969, 558-559.

(16) N.U.: Asamblea General, Doc. Oficiales, XXV, Supl. 21 (A/8421), A/AC. 138/25 (1970), 163-167.

das, podría solicitar opiniones consultivas a la Corte Internacional de Justicia sobre cualquier cuestión de derecho internacional.

En 1971, en el marco de un extenso Proyecto de Tratado sobre el Espacio Oceánico, relativo no sólo al establecimiento de un mecanismo internacional para el área de los fondos marinos, sino también de un amplio espectro de temas conexos, entre otros, la alta mar, la plataforma continental, estrechos, pesca y preservación del medio marino, Malta propuso la creación de un tribunal marítimo "como órgano judicial principal de las Instituciones del Espacio Oceánico Internacional (17). El tribunal sería competente para resolver todas las controversias originadas en el espacio oceánico internacional".

Otras propuestas también preveían la creación de un nuevo tribunal. Canadá, por ejemplo, propuso que un tribunal "compuesto de un pequeño grupo de juristas (y posiblemente técnicos)", debía ser parte de la estructura de un mecanismo internacional para hacer operativo el régimen de los fondos marinos (18). El tribunal debería estar facultado para requerir opiniones consultivas a la Corte Internacional de Justicia. También debería estudiarse la posibilidad que acudiese a la Corte Internacional de Justicia cuando necesitase asesoramiento en cuestiones de derecho internacional.

En su propuesta sobre "las disposiciones de una convención", el Reino Unido, luego de declarar que para la solución de controversias podrían ser útiles "las instituciones existentes, en particular, la Corte Internacional de Justicia", en el contexto del arreglo de controversias entre Estados Partes, o entre Estados Partes y la Autoridad, afirmaba que "también se podría acordar que la Convención prevea un tribunal al que podrían recurrir las Partes en una controversia cuando esta no se dirima por otros métodos". El tribunal tendría que ser "enteramente independiente" (19).

El Proyecto de Estatuto para la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos presentado por Tanzania (20) establecía que toda controversia "relacio-

---

(17) N.U.: Asamblea General, Doc. Oficiales, XXVI, Supl. 21 (A/8421), A/AC. 138/53 (1071), 170-171.

(18) Ibíd., A/AC. 138/59, 208.

(19) Ibíd., A/AC. 138/45 y Add. 1, 89-90.

(20) Ibíd., A/AC. 138/33, 65.

nada con el significado o el alcance de una licencia se resolverá por negociación, mediación o arbitraje", y "toda otra controversia respecto a la exploración o explotación de la zona y sus recursos... será sometida a la Corte Internacional de Justicia, si no queda resuelta por negociación, mediación o arbitraje".

Sin embargo, como observaba el profesor Sohn al comentar esta propuesta, "muchas controversias no surgirán entre Estados sino entre una persona privada y la autoridad", y la Corte Internacional de Justicia, con las actuales limitaciones en su Estatuto, no puede tener jurisdicción sobre esas controversias (21).

El profesor Sohn concluía que "sin cambios drásticos en su procedimiento, funciones y jurisdicción", la Corte Internacional de Justicia no podía conocer la mayor parte de las controversias sobre las operaciones del régimen de los fondos marinos, y que "un tribunal especial podría ser necesario para ese propósito" (22).

La idea de establecer un tribunal con jurisdicción obligatoria en un Anexo a la Convención, para conocer las controversias sobre derecho del mar en general, fue presentada por Estados Unidos el último día de la última sesión del Comité de Fondos Marinos, en agosto de 1973 (23). De esta manera, Estados Unidos expandió su propuesta anterior, que sólo comprendía las controversias relativas a los fondos marinos. La nueva propuesta consistía en nueve artículos reunidos en un documento titulado "Proyecto de artículos para un capítulo sobre solución de controversias". El mismo contiene las bases de algunas de las disposiciones que más tarde fueron incorporadas a la Parte XV y al Anexo VI de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar.

Así, por ejemplo, el Proyecto de Estados Unidos disponía que el "Tribunal del Mar" podía prescribir medidas provisionales obligatorias en aquellos asuntos que hayan sido sometidos a arbitraje; que el propietario, armador o

---

(21) SOHN, Louis B., "A Tribunal for the Sea-Bed or the Oceans", Zeitschrift für ausländischers Recht und Völkerecht, 32 (1972), 258.

(22) Ibíd, 263. Desde que el tribunal aplicaría principios de derecho internacional, Sohn también consideró deseable acordar, según el art. 96 de la Carta de las Naciones Unidas, una autorización que permitiese al tribunal solicitar opiniones consultivas a la Corte Internacional de Justicia sobre cualquier cuestión de derecho internacional.

(23) N.U.: Asamblea General, Doc. Oficiales, XXVIII, Supl. 21 (A/9021), Vol. II, A/AC 138/97 (1973), 25-26.

fletador de cualquier buque detenido por un Estado tendría derecho a llevar la cuestión de la detención del buque ante el tribunal para asegurar su pronta liberación, de acuerdo con las disposiciones de la Convención, sin que ello prejuzgue de la reclamación contra el buque en cuanto al fondo; que los miembros del tribunal serán jurisconsultos de reconocida competencia en las cuestiones de derecho del mar; que en las controversias en que se involucren cuestiones técnicas, el tribunal será asistido por asesores técnicos que asistirán a las sesiones del tribunal, pero sin voto; que las decisiones del tribunal serán obligatorias para las partes; que si las partes en una controversia han convenido en un tratado general, regional o especial, recurrir al arbitraje, cualesquiera de las partes en la controversia podrá someterla al arbitraje, conforme al tratado, en lugar de someterla al tribunal.

Como explica el profesor Sohn, quien tuvo activa participación en la elaboración del Proyecto, como asesor jurídico de la delegación de los Estados Unidos, "en la última etapa de la preparación de la Conferencia sobre el Derecho del Mar, en 1973, varias propuestas se presentaron, tratando de modo poco sistemático las controversias que podrían surgir en diversos campos, y los Estados Unidos se tornaron preocupados de que pudiera resultar un caos de la multiplicidad de propuestas" (24).

El Proyecto de los Estados Unidos de 1973 sirvió de base para las consultas oficiosas en las últimas etapas de la sesión de Caracas, al año siguiente. Allí comenzó un largo proceso de negociación sobre la solución de controversias en la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar que, culminó con la creación del Tribunal Internacional del Derecho del Mar.

En un panel titulado "El crecimiento 'horizontal' de tribunales internacionales: ¿Desafíos u oportunidades?", durante la última Reunión Anual de la American Society of International Law, el profesor Bernard H. Oxman se refirió al Proyecto de Estados Unidos de 1973 y a la creación del Tribunal de Hamburgo (25). Recordó que la propuesta norteamericana fue presentada bajo el liderazgo de John R. Stevenson, hoy fallecido, ex-Conseje-

---

(24) SOHN, Louis B., "Problems of Dispute Settlement in the Law of the Sea: Conference Outcomes and Problems of Implementation", Proceedings of the Law of the Sea Institute's Tenth Annual Conference, 22-25 June 1976, Kingston, Rhode Island, 224.

(25) 96th Annual Meeting of the American Society of International Law. Panel on the "Horizontal" Growth of International Law and Tribunals; Challenges or Opportunities?, Washington, March 16, 2002 (A ser publicado en los "Proceedings" de dicha Reunión Anual).

ro Legal del Departamento de Estado, considerado por su actuación en esas y otras funciones, como un amigo de la Corte Internacional de Justicia, interesado en aumentar el número de asuntos sometidos a la Corte y en asegurar el cumplimiento de sus decisiones. Por ello, Oxman se pregunta, ¿por qué propuso un nuevo tribunal?

Basándose en un artículo publicado por Stevenson y él mismo en 1974, en el American Journal of International Law, afirma que "las normas no eran suficientes para asegurar el imperio del derecho del mar. Era necesaria una 'estructura de conjunto' de la cual la jurisdicción obligatoria era 'un elemento esencial'... el foro era secundario... ¿Por qué, entonces, no utilizar la Corte Internacional de Justicia?". Repitiendo lo explicado en el mencionado artículo, Oxman expresa: "La elección de un nuevo tribunal especializado más bien que la Corte Internacional de Justicia se fundó en consideraciones de pericia, en las funciones especiales de derecho administrativo que el tribunal podría tener con respecto a los fondos marinos, y en la mayor flexibilidad al permitir que las personas privadas comparezcan ante dicho tribunal en instancias específicas".

Además, dado que para muchos países era de suma importancia que la futura convención fuese ampliamente ratificada y que, por otra parte, no era nada común la inclusión en el cuerpo de la Convención de un régimen obligatorio para la solución de controversias, "simplemente no había posibilidad alguna de alcanzar un acuerdo sobre jurisdicción compulsiva si ello implicaba el uso obligatorio de la Corte Internacional de Justicia". Finalmente, Oxman recuerda otras dificultades respecto a la Corte. Menciona el efecto negativo, especialmente en los países africanos, del rechazo por la Corte del asunto de Africa Sud-Occidental, y de otras decisiones de la Corte; la negativa de la ex-Unión Soviética, luego de revertir su tradicional oposición a la jurisdicción internacional obligatoria, de aceptar la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia y el caso de Francia, tal vez como reacción al asunto de los Ensayos Nucleares, que expresó claramente su preferencia por el arbitraje y logró que la Convención incorporase la regla residual del arbitraje obligatorio, a menos que el actor y el demandado estén de acuerdo ya sea con la Corte o con el Tribunal Internacional del Derecho del Mar.

V. El crecimiento de los tribunales internacionales especializados

En su conocida obra "The Prospects of International Adjudication", publicada hace más de 40 años, Wilfred Jenks preveía el futuro desarrollo de la justicia internacional. El jurista británico decía: "Habrá... variaciones en las

formas de justicia que correspondan más estrechamente a las necesidades de las sucesivas fases del desarrollo. A medida que la vida internacional se torne más compleja, puede esperarse que habrá de crecer la importancia relativa de los tribunales y procedimientos especializados..." (26).

¿Cómo deberían ver los internacionalistas la expansión de los organismos judiciales internacionales: Como un retroceso o como un desarrollo del derecho internacional?

En una conferencia pronunciada en Londres el 7 de marzo de 1944 bajo el título "International Law: Its Actual Part in World Affairs", el gran jurista inglés James Brierly, al referirse al derecho consuetudinario internacional, señalaba que el mismo consistía en principios generales bastante vagos, y que la aplicación de esas generalidades a los hechos no había sido tan elaborada como la aplicación del "common law" inglés que había sido trabajado por muchas generaciones de jueces. Y agregaba: "Ese es un defecto que será, como puede esperarse, gradualmente reducido en importancia por el crecimiento de la justicia internacional, el cual, todo aquel que desee el bien del derecho internacional debe anhelar". Más adelante, afirmaba que los métodos de producción en masa no podían aplicarse al crecimiento del derecho y observaba: "Su crecimiento puede estimularse. En verdad, si es que va a desarrollarse más allá de una etapa rudimentaria, debe ser estimulado mediante la deliberada creación de instituciones especializadas, tales como tribunales, a través de las cuales pueda realizar sus funciones..." (27).

La predicción de ambos internacionalistas se cumplió. Varios tribunales internacionales especializados vieron la luz en las últimas décadas, en consonancia con los cambios impuestos por la expansión del derecho internacional, con sus nuevos actores. No puede negarse que este es un hecho auspicioso para "todo aquel que desee el bien del derecho internacional".

La jueza Rosalyn Higgins, de la Corte Internacional de Justicia, al referirse al tema de la multiplicación de instituciones jurídicas internacionales, señala, entre las características del actual estado de cosas, que el mismo se refleja en la justicia internacional: El vasto "corpus" de normas de derecho internacional, la expansión inacabable de sus temas y los efectos de la

---

(26) JENKS, C. Wilfred, "The Prospects of International Adjudication", (1964), 775.

(27) "The basis of Obligation in International Law and Other Papers by the late James Leslie Brierly", selected and edited by Sir H. Lauterpacht and C.H.M. Waldock, Oxford University Press, (1958), 309 sigtes.

globalización que "han alentado la comprensión de que al menos en algunas... áreas del derecho internacional, otros actores que no son Estados, tengan acceso a los procedimientos legales" (28). En consecuencia, dice, "hoy tenemos una cierta descentralización de algunos de los tópicos que la Corte Internacional de Justicia puede, en principio, conocer, hacia organismos altamente especializados, cuyos miembros son expertos en un tema que se vuelve aún más complicado, que está abierto a actores que no son Estados, y que pueden responder rápidamente. Pienso que esto es una consecuencia inevitable del mundo ocupado y complejo en que vivimos, y no es un motivo para lamentarse" (29).

Como hemos visto, el ex-Presidente Schwebel y el actual Presidente Guillaume de la Corte Internacional de Justicia señalaron ante la Asamblea General de las Naciones Unidas la posibilidad, con el fin de prevenir eventuales contradicciones en las decisiones de los nuevos tribunales internacionales, de solicitar opiniones consultivas a la Corte Internacional de Justicia. A este respecto, la jueza Higgins afirma categóricamente: "Yo no estoy de acuerdo con el llamado de sucesivos Presidentes, ante la Asamblea General de las Naciones Unidas, para que la Corte Internacional de Justicia emita opiniones consultivas para los otros tribunales sobre puntos de derecho internacional. Esto trata de restablecer el viejo orden de cosas e ignora las mismas razones que han provocado la nueva descentralización".

VI. Palabras finales

Existe opinión generalizada entre los autores, en el sentido que la creación de tribunales internacionales especializados es consecuencia, entre otras causas, del importante crecimiento del corpus del derecho internacional, que hoy abarca casi todos los campos de la actividad humana, de su grado de especialización, así como la presencia de nuevos sujetos y actores en el ámbito jurídico internacional.

Además, la mayoría considera que ese fenómeno es un hecho auspicioso, cuando, como en el caso de las cortes regionales de derechos humanos o del Tribunal Internacional del Derecho del Mar, la creación de esos organismos judiciales está plenamente justificada por razones de fondo y de procedimiento.

---

(28) HIGGINS, Rosalyn, "Respecting Sovereign States and URNG a Tight Courtroom", 50 International and Comparative Law Quarterly, 2001, 121.

(29) Id., 122.

Esto último hizo decir a Rosenne que "no existe prueba para apoyar la opinión que la multiplicidad de instituciones judiciales para la solución de controversias afecta seriamente la unidad de la jurisprudencia (una proposición difícil en el mejor de los casos). La Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar exige al Tribunal Internacional del Derecho del Mar el ejercicio de tareas que van más allá de la competencia de la Corte Internacional de Justicia según su actual Estatuto. Si sólo fuese por esa razón, el observador cuidadoso dudará antes de soltar el grito de redundante".

La cuestión que divide a los internacionalistas, gira más bien en torno a las consecuencias que pudieren derivarse de la actividad de los nuevos tribunales. Como se ha visto, algunos anticipan problemas de superposición de competencias, la introducción de un mercado de foros ("forum shopping"), de decisiones contradictorias y de fragmentación del derecho internacional. Otros, como Charney, autor del estudio más completo sobre este tema, termina afirmando que "la coherencia del derecho internacional no parece estar significativamente amenazada por el número creciente de tribunales internacionales. No obstante, todos los participantes en el sistema deben ser sensibles a los riesgos inherentes en el sistema descentralizado y tener cuidado en evitar acciones que puedan destruir el sistema" (30).

Este último grupo de autores no considera viable la creación de una instancia judicial internacional superior o de un mecanismo que permita solicitar opiniones consultivas a la Corte Internacional de Justicia sobre puntos de derecho internacional que pudiesen plantearse ante los nuevos tribunales. Algunas de estas posibilidades exigirían la reforma del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Esas propuestas de centralización podrían afectar el derecho de los Estados a la libre elección de los medios para solucionar sus controversias, consagrado en el art. 95 de la Carta de las Naciones Unidas.

Una pregunta que cabe formularse es la siguiente: ¿Por qué quienes señalan los riesgos que para la unidad del derecho internacional comportan los nuevos tribunales especializados, no expresan la misma preocu-

---

(30) Op. cit., 707-708. En un simposio reunido en la Escuela de Derecho de la Universidad de Nueva York en octubre de 1988 para considerar las consecuencias de la "proliferación" de tribunales internacionales, la opinión preponderante, expresadas por internacionalistas del prestigio de Abi-Saab, Pierre-Marie Dupuy, Charney y varios otros, fue que "cualesquiera fuesen los riesgos de una proliferación sin un sistema judicial jerarquizado, esta ha sido el único camino, y tal vez, un muy buen camino, para acrecentar la solución por terceros de las controversias internacionales a través de foros basados en el derecho." (Benedict Kingsbury, op. cit. 686.)

pación con respecto a los tribunales arbitrales que han coexistido con la Corte Permanente de Justicia Internacional, y coexisten actualmente con la Corte Internacional de Justicia? Esa coexistencia, sumados los períodos de ambas Cortes, lleva un total de 80 años. En ese período se han pronunciado más de 50 laudos arbitrales en controversias internacionales. Como observa Charney, "importantes arbitrajes entre Estados continúan hasta el día de hoy" (31). Sin embargo, quienes aluden a los riesgos que significan los nuevos tribunales especializados para la unidad del derecho internacional, ignoran al arbitraje internacional.

A este respecto, como bien señala Oxman, en el arbitraje internacional pueden presentarse problemas de cosa juzgada, litis pendencia y elección del foro. Particularmente, en el campo del derecho del mar se han dictado laudos arbitrales de importancia, en especial en materia de delimitación marítima, que es la parte del derecho del mar en la que la Corte Internacional de Justicia ha tenido más asuntos, y no se han planteado cuestiones que permitan augurar una fragmentación del derecho internacional.

En una conferencia sobre "The Shortcomings of International Law", pronunciada en la Universidad de Oxford en 1924, Brierly nos recordaba que "después de todo, el derecho es sólo un medio hacia un fin, y ese fin es el de ayudar a solucionar los problemas de la sociedad en la cual y para la cual existe" (32).

Los fines y la razón de ser del derecho internacional son el de contribuir a resolver los problemas de la comunidad internacional mediante la cooperación internacional, fortalecer el imperio del derecho en las relaciones internacionales y promover la solución pacífica de las controversias internacionales. La creación de los nuevos tribunales especializados es un importante paso hacia la realización de estos objetivos fundamentales.

Una reflexión final: ¿Qué pasa si el logro de estos fines crea algún riesgo a la unidad teórica del derecho internacional? En este caso, podemos coincidir con Oxman cuando sostiene: "Yo, por lo pronto, creo que vale la pena correr el riesgo. Probablemente sea manejable y si no lo es, puede encararse cuando sepamos más de la naturaleza del problema y la viabilidad de soluciones alternativas" (33).

---

(31) Op. cit., 119.

(32) Op. cit., 72.

(33) Op. cit., (ver nota 25).

The project on International Courts and Tribunals

The International Judiciary in Context: A Synoptic Chart

The purpose of this chart is to provide international legal scholars and practitioners with a compendium of all international judicial bodies. Yet, this apparently straightforward task is riddled with traps and dilemmas. Perhaps the greatest challenge is to portray what can be called oxymoronically "an anarchic system" without exaggerating its level of order. The grouping and sub-grouping of all these bodies and mechanisms into a taxonomy does not imply the existence of an "international judicial system", if by system it is meant "a regularly interacting or interdependent group of items forming a unified whole" or "a functionally related group of elements" (Webster's Collegiate Dictionary, 10th ed.). Whether they ought to exist as a system is open to debate.

The second challenge is that in order to capture the dynamism and fluidity of the international judicial domain, any chart of the international judiciary needs to have a temporal dimension. Thus, alongside existing institutions, such as the International Court of Justice, the chart portrays bodies that have been closed down (labeled "extinct"), such as the Permanent Court of International Justice. There are also bodies provided for in treaties that never entered into force (aborted), such as the International Prize Court; idle ones like the Organization for Security and Cooperation in Europe's European Nuclear Energy Tribunal (dormant); and nascent bodies, like the International Criminal Court. Moreover, the synoptic chart also includes bodies that have been debated and remain confined to the realm of ideas, such as a possible International Court for the Environment (proposed). In sum, the chart depicts the past, present and potential make-up of the international judiciary.

The main focus of the chart is on international judicial bodies. On the top portion of the chart, there are 43 different institutions (of which only 16 are currently functioning) grouped by subject-matter jurisdiction in seven clusters. All the entities listed in this group meet certain fundamental criteria, which set them apart from all other entities listed in the bottom part of the chart. Namely, these entities:

a) are permanent institutions

b) are composed of independent judges;

c) adjudicate disputes between two or more entities, at least one of which is either a State or an International Organization;

d) work on the basis of predetermined rules of procedure; and

e) render decisions that are binding.

Altogether, these entities form the so-called "international judiciary". However, in order to fully understand the reasons for the rapid quantitative increase in the number of international judicial bodies, the extensive transformation of their competencies, and the success of certain subject-matter jurisdictions over others, it is necessary to include also those bodies and mechanisms which, while not meeting several or all of the above mentioned standards, also play a role in the enforcement, interpretation and implementation of international law. When these international judicial bodies are placed in a much larger historical and analytical context, 82 other entities and mechanism, referred to as "Quasi-Judicial, Implementation Control and other Dispute Settlement Bodies", and gathered in seven autonomous clusters, need to be accounted for (excluding extinct International Claims and Compensation Bodies).

P/CT

The Project on International Courts and Tribunals

The International Judiciary in Context

www.pict-pcti.org

Log on to our website for news About all international courts and tribunals (judgments, press releases, articles, and more) This chart can also be downloade from the PICT site.

International Judicial Bodies

General Jurisdiction

❒ **EXISTING**
- International Court of Justice (1946 à)

EXTINCT
- Permanent Court of International Justice (1919-1945)

Law of the Sea

❒ **EXISTING**
- International Tribunal for the Law of the Sea (1996 à)

Environment

■ **PROPOSED**
- International Court for the Environment

International Criminal Law/ Humanitarian Law

❒ **EXISTING**
- International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (1993 →)
- International Criminal Tribunal for Rwanda (1995 →)

EXTINCT
- African Slave Trade Mixed Tribunals (1819-1866 circa)
- International Military Tribunal at Nuremberg (1945-1946)
- International Military Tribunal for the Far East (1946-1948)

ABORTED
- International Prize Court (1907)

■ **NASCENT**
- International Criminal Court (1998)

Human Rights

❒ **EXISTING**
- European Court of Human Rights (1959-1998/1998 →)
- Inter-American Court of Human Rights (1979 →)

■ **NASCENT**
- African Court of Human and Peoples' Rights (1998)

■ **PROPOSED**
- International Human Rights Court

Trade, Commerce and Investments

❒ **EXISTING**
- World Trade Organization Dispute Settlement Understanding (1995 →) The DSU created a dispute settlement system based on a standing political organ (the Dispute Settlement Body), comprising all members of the WTO a set of ad hoc expert panels, and the Appellate Body. The reports of the Panels and the Appellate Body can be rejected by the DSB only by consensus. Strictly speaking, only the Appellate Body belongs in this column, while the DSB and the panels should be listed in the section, "Permanent Arbitral Tribunals/Conciliation Commissions".

■ **PROPOSED**
- International Loans Tribunal

Quasi-Judicial, Implementation Control and other Dispute Settlement Bodies

Human Rights Bodies

❒ **EXISTING**
- ILO Commission of Inquiry (1919 →)
- ILO Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations (1926 →)
- ILO Conference Committee on the Application of Conventions (1926 →)
- United Nations Commission on Human Rights (1946 →)
- ILO Governing Body Committee on Freedom of Association (1950 →)
- Committee of Independent Experts under the European Social Charter (1965 →)
- Committee on the Elimination of Racial Discrimination (1969 →)
- International Civil and Political Rights Committee (1976 →)
- Inter-American Commission on Human Rights (1979 →)
- Committee on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women (1981 →)
- Committee on Economic Social and Cultural Rights (1987 →)
- Committee Against Torture (1987 →)
- African Commission on Human and Peoples Rights (1987 →)
- European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (1989 →)
- Committee on the Rights of the Child (1990 →)
- European Commission Against Racism and Intolerance (1993 →)
- Human Rights Commission for Bosnia Herzegovina (1995 →)

❒ **EXISTING**
- Commission for Displaced Persons and Refugees (Bosnia Herzegovina) (1995 →)
- Commission to Preserve National Monuments (Bosnia Herzegovina) (1995 →)

EXTINCT
- European Commission on Human Rights (1959-1998)

International Administrative Tribunals

❒ **EXISTING**
- International Labour Organization Administrative Tribunal (1946 →)
- United Nations Administrative Tribunal (1949 →)
- Appeal Board of the Organization for Economic Cooperation and Development (1950 →)
- Appeals Board of the Western European Union (1956)
- Council of Europe Appeals Board (1965 →)
- Appeals Board of NATO (1965 →)
- Appeals Board of the Intergovernmental Committee for Migration (1972 →)
- Appeals Board of the European Space Agency (1975 →)
- Administrative Tribunal of the Organization of American States (1976 →)
- World Bank Administrative Tribunal (1980 →)

❒ **EXISTING**
- Inter-American Development Bank Administrative Tribunal (1981 →)
- International Monetary Fund Administrative Tribunal (1994 →)
- Asian Development Bank Administrative Tribunal
- African Development Bank Administrative Tribunal
- Latin American Integration Association Administrative Tribunal

EXTINCT
- League of Nations Administrative Tribunal (1927-1945)
- Appeals Board of the European Space Research Organization (1966-1974)
- Appeals Board of the European Space Vehicle Launcher Development Organization (1966-1974)

Non-Compliance/Implementation Monitoring Bodies

❒ **EXISTING**
- Implementation Committee under the Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer (1990 →)
- IMO Sub-committee on Flag State Implementation (1992 →)
- Implementation Committee of the Protocols to the 1979 ECE Convention on Long-Range Transboundary Air Pollution (1997 →)

■ **NASCENT**
- Desertification Conventions (1994)
- Basel Convention on Control of Transboundary Movements of Hazardous Wastes and their Disposal
- Kyoto Protocol (1997)
- Aarhus Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-making and Access to Justice in Environmental Matters (1998)

❒ **EXISTING**
The date in parenthesis indicates the year in which the body started operating.
Note: this is not the date on which the agreement establishing the body was signed, not necessarily the date of the agreements entry into force.

EXTINCT
The dates in parenthesis indicate the period during which the body was in operation.

ABORTED
Certain bodies, after having had their constitutive instruments adopted, never started functioning. The date in parenthesis indicates the year in which the constitutive instrument was adopted.

DORMANT
Certain bodies, while formally still operating, have not received any submission for several years.

■ **NASCENT**
The date in parenthesis indicates the year in which the constitutive instrument was adopted.

■ **PROPOSED**
These are bodies whose establishment has been considered in the past by academics and law-makers, but which have not yet become reality.

Concept: Cesare P. R. Romano.
Center on International Cooperation.
New York University
Design: Lorenzo Ottavians Design/NY

Regional Economic Integration Agreements

Europe

❒ EXISTING

- Court of Justice of the European Communities (1952 →)
- Benelux Economic Union Court of Justice (1974 →)
- The Benelux College of Arbitrators has been listed in the section "Permanent Arbitral Tribunals/ Conciliation Commissions"
- Court of First Instance of the European Communities (1988 →)
- The European Court of Auditors (1977 →) is not quite an international judicial body (see back). It is an internal control body of the European Union. It examines whether EU budgetary revenue has been received, and the corresponding expenditure incurred. In a legal and regular manner. The Court does not formally adjudicate disputes (although it can render advisory opinions). When auditors discover cases of irregularities, including suspected fraud, the information is communicated to the Community bodies responsible in order that they make take appropriate action.
- EFTA Court (1994 →)

▩ DORMANT

- European Nuclear Energy Tribunal (OECD) (1957)
- Western European Union Tribunal (1957)
- European Tribunal on State Immunity (Council of Europe) (1972)

Europe/Central Asia

❒ EXISTING

- Economic Court of the Commonwealth of Independent States (1993 →)

Africa/Middle East

❒ EXISTING

- Common Court of Justice and Arbitration of the Organization for the Harmonization of Corporate Law in Africa (1997 →)
- Court of Justice of the Common Market for Eastern and Southern Africa (1998 →)

▒ EXTINCT

- East African Community Court of Appeal (1967-1977)
- East African Community Common Market Tribunal (1967-1977)

▩ DORMANT

- Economic Community of West African States Tribunal (1975)
- Judicial Board of the Organization of Arab Petroleum Exporting Countries (1980)
- Court of Justice of the Economic Community of Central African States (1983)
- Court of Justice of the Arab Maghreb Union (1989)
- Court of Justice of the African Economic Community (1991)
- Southern Africa Development Community (1992)

■ PROPOSED

- International Islamic Court of Justice
- Arab Court of Justice

Latin America/Caribbean

❒ EXISTING

- Court of Justice of the Andean Community (1984 →)
- Central American Court of Justice "Corte Centroamericana de Justicia" (1994 →)

▒ EXTINCT

- Central American Court of Justice "Corte de Justicia Centroamericana" (1908-1918)

▩ NASCENT

- Caribbean Court of Justice (2001)

■ PROPOSED

- MERCOSUR Court of Justice
- Inter-American Court of International Justice

Inspection Panels

❒ EXISTING

- World Bank Inspection Panel (1994 →)
- Inter-American Development Bank Independent Investigation Mechanism (1995 →)
- Asian Development Bank Inspection Policy (1995 →)

▩ NASCENT

- Rotterdam Convention on the Prior Informed Consent Procedure for Certain Hazardous Chemicals and Pesticides in International Trade (1998)
- Multilateral Consultative Process for the United Nations Climate Change Convention (1998)
- Cartagena Protocol on Biosafety (2000)
- Stockholm Convention on Persistent Organic Pollutants (2001)

International Claims and Compensation Bodies – Multilateral /Bilateral

❒ EXISTING

- Iran-United States Claims Tribunal (1980 →)
- Marshall Islands Nuclear Claims Tribunal (1983 →)
- United Nations Compensation Commission (1991 →)
- Commission for Real Property Claims of Displaced Persons and Refugees (Bosnia and Herzegovina) (1995 →)
- Claims Resolution Tribunal for Dormant Accounts in Switzerland (1997 →)

❒ EXISTING

- German Forced Labour Compensation Programme (2000 →)
- Eritrea-Ethiopia Claims Commission (2000 →)

▒ EXTINCT

- American- Mexican Claims Commissions (1868, 1923 and 1924)
- Conciliation Commissions under the 1947 Peace Treaty with Italy (1947-1965 *)
- UN Tribunal for Eritrea (1951-1954)
- UN Tribunal for Libya (1951-1955)

▒ EXTINCT

- Property Commissions under the Peace Treaty with Japan (1951-1961)
- Arbitral Tribunal and Mixed Commission under the 1953 London Agreement on German External Debts (1953-1980)
- Arbitral Commission on Property, Rights, and Interests in Germany (1956-1969)
- Austro-German Property Arbitral Tribunal (1961-1973)

This list is not exhaustive, but only illustrative. There are more than 80 mixed arbitral tribunals and claims commissions that were created in the nineteenth and twentieth centuries in the wake of armed conflicts and revolutions. Most of them were created in the aftermath of World Wars I and II.

- This is the date in which the last award was made.

Permanent Arbitral Tribunals/ Conciliation Commissions

❒ EXISTING

- Permanent Court of Arbitration (1899 →)
- International Joint Commission (1909 →)
- Bank for International Settlements Arbitral Tribunal (1930 →)
- International Civil Aviation Organization Council (under the 1944 Chicago Convention the ICAO Council has certain dispute settlement competences) (1944 →)
- OAU Commission of Mediation, Conciliation and Arbitration (1964 →)
- International Centre for the Settlement of Investment Disputes (1966 →)
- Gulf Cooperation Council Commission for the Settlement of Disputes (1981 →)
- Court of Arbitration for Sport (1984 →)
- North American Commission on Environmental Cooperation (1993 →)

❒ EXISTING

- OSCE Court of Conciliation and Arbitration (1994 →)
- NAFTA Dispute Settlement Panels (1994 →)
- Arbitration and Mediation Center of the World Intellectual Property Organization (1994 →)

▒ EXTINCT

- Upper Silesia Arbitral Tribunal (1922-1937)

▩ DORMANT

- Arbitral Tribunal of the Inter-governmental Organization for International Carriage by Rail (OTIF) (1890)
- Arbitral College of the Benelux Economic Union (1958)
- Court of Arbitration of the French Community (1959)
- Arbitration Tribunal of the Central American Common Market (1960)

Internationalized Criminal Courts and Tribunals

❒ EXISTING

- Kosovo War and Ethnic Crimes Court (2000 →)
- United Nations Transitional Administration in East Timor - Prosecutor General (2000 →)

■ NASCENT

- Special Court for Sierra Leone (2001)
- Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia (2001)

■ PROPOSED

- Special Court for Liberia

The so-called Lockerbie Trial Court was not an international body nor an internationalized one. It was a Scottish court applying Scottish criminal law. Unlike the bodies listed in this column, it did not carry out its functions under international supervision.

Truth and reconciliation commissions (like the ones created for South Africa, Guatemala, Argentina, etc.) are not listed in this chart because, although of international interest, they are essentially domestic endeavours.

The institutions and mechanisms listed in this chart have very few legal or functional links among one another, either within or across each major grouping or cluster. Admittedly, until 1995 the International Court of Justice could review judgements of the United Nations Administrative Tribunal, but the link was then severed by the UN General Assembly. Certain institutions listed in the group "human right bodies" (e.g., the Inter-American Commission of Human Rights) act as a mandatory filter for certain international courts and tribunals (in this case, the Inter-American Court of Human Rights). Again, there are several cases of potentially competing "jurisdictions", both among bodies within the same group (e.g., the International Court of Justice and the International Tribunal of the Law of the Sea) and bodies in different groups (e.g., the non-compliance procedures, the International Court of Justice, or the World Trade Organization Dispute Settlement Body, to cite but a few). However, beyond such links, each institution is formally unrelated to any other.

Nonetheless, in the staggering diversity these 125 international bodies and mechanisms have certain commonalties that justify their presence on the same layout. First, all of these entities make legal determinations, and this sets them apart from other bodies, such as the UN General Assembly of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe, which share the same aspiration towards a "just world" but are of a quintessentially political nature. To be precise, these 125 bodies determine whether certain acts are congruous with certain norms. And this leads to a second commonality, which is the fact that in order to make their determinations they all resort to the same body of law: international law. Third, all of these international bodies have been established directly or indirectly (i.e., through a decision taken by a body established by treaty) by international agreements. It follows that they are subject to a legal order that is different from that of national systems, but, at the same time, that they are subject to (and materially dependent on) State support. Finally, and perhaps more importantly, collectively they are the expression of a widely shared need to abandon a world where only States courts and the mighty rule, in favor of an order where certain fundamental common values are shared, protected and enforced by all members of a wide society, composed of States, International Organizations and individuals in all their legal incarnations (NGO's, peoples, corporations, natural persons, etc.)

Like any chart, this one is most likely incomplete. It is the result of an ongoing research effort carried out within PICT, and should be considered at best a partial representation of what exists, or has existed. Certain groupings have a mere illustrative function, for the enormous member of bodies that have been created in the past could not properly fit in the scheme. Other entries might change status in the near future, and new institutions and mechanisms might be created. Therefore, this chart will be updated regularly. To this end, any comments and suggestions will be greatly appreciated and can be sent to cr28@acf2.nyu.edu.

Cesare P.R. Romano

Note to Version 2.0

This is an updated version of the Synoptic Chart that was prepared in 1998 as a supplement to the special issue of the NYU Journal of International Law and Politics, Vol. 31, 4. That version listed 41 bodies in the top group and 55 in the bottom one. Some of the additions are new bodies that have been created since 1998, while others are simply past omissions that have been kindly pointed out by readers.

New features of this chart include a special category for "dormant bodies" and a new sub-grouping in the bottom part called "Internationalized Criminal Courts and Tribunals" (i.e., domestic criminal tribunals with international supervision created in the aftermath of regional and domestic armed conflicts, such as those for Sierra Leone, Kosovo, East Timor, and Cambodia). These are the latest additions to the multitude of bodies populating the international legal scene.

Obras no protegidas en los derechos de autor

Por Santos Cifuentes (*)

I. Introducción

Los derechos intelectuales no tienen una proyección histórica muy antigua (aparecen a finales del siglo XVIII) y será por eso que al influjo de la necesidad de reconocerlos plenamente, casi siempre se desarrollan los conceptos de su vigencia, las condiciones y caracteres de su ser y de la tutela que jurídicamente se les consagra. Con mayor razón si se tiene en cuenta que nuestro régimen jurídico es sabiamente abierto y hace posible abarcar todas las expresiones autorales y aun incorporar las que con la evolución van apareciendo, como aconteció con los programas de computación reconocidos por la jurisprudencia, hasta que fueron especialmente legislados (ley 25.036 —Adla, LVIII-E, 5040—) (1). El art. 1° de la

---

(*) Comunicación efectuada por el Académico, en la sesión privada del 27 de junio de 2002.

(1) VILLALBA, Carlos A. y LIPSZYC, Delia, "El derecho de autor en la Argentina", La Ley 2001, p. 14.

ley 11.723 (Adla, 1920-1940, 443), da un marco general flexible y despejado, se refiere a "toda producción científica, literaria, artística o didáctica", enunciando a la vez 20 ejemplos que no cierran ni clausuran la lista.

Me ha parecido útil, a esta altura de los tiempos en que ya no es posible discutir ni poner la menor sombra, sobre el derecho subjetivo originado en la creación del autor y su impronta personal no avasallable, recorrer precisamente las manifestaciones autorales o seudo autorales que el orden normativo no tutela. Es claro que este punto de vista negativo muestra su cara positiva, ya que si a los derechos de autor, para considerarlos tales, se les exige unos elementos y caracteres hoy día universales y constitutivos, bastará dar el concepto de esas esencias estructurales y poner a la vista las pretendidas obras que carecen de ellas, para descartar la tutela del orden jurídico, colocándolas en el área de la pertenencia o acervo común, por ende no protegidas, o bien porque quedan fuera del foco de los tipos legales admisibles.

Hay, sin embargo, otras exclusiones. Son las que, frente a verdaderas obras intelectuales, se les imponen limitaciones cualitativas o cuantitativas en pro del bien común, a las que se agregan las que directamente son marginadas por necesidades de carácter social y cultural.

Seré en esta ocasión parco en el primer aspecto. Me detendré un poco más en el segundo.

II. Las ideas y las obras

Las ideas no expresadas formalmente en obras, por brillantes y profundas, así como novedosas que sean, quedan fuera de la tutela legal. Y ello aun cuando se las inscriba como propias en el registro respectivo. Hay quizá dos motivos centrales para que así ocurra. Primeramente porque en aras del progreso y desarrollo cultural humano, no es posible darle a nadie en particular la exclusividad de una o varias ideas, de modo tal que podría impedir que otros las desarrollaran o crearan con ellas obras de toda clase o tipo. El segundo, porque en verdad, las ideas "in mente" y aún exteriorizadas pero no formalizadas o desarrolladas, no son verdaderamente obras de autor aunque hayan nacido de la imaginación y del intelecto de una persona.

El art. 1° de la ley 11.723, dice: "La protección del derecho de autor abarcará la expresión de las ideas, procedimientos, métodos de operación y conceptos matemáticos pero no esas ideas, procedimientos, métodos y conceptos en sí".

Y uno se podría preguntar: ¿Es que ante la paternidad de un procedimiento, de un método, de un arquetipo, un pensamiento o concepto, un diseño o bosquejo, el derecho justamente se desentiende y otro u otros podrían apropiarse de ellos y reproducirlos para plasmarlos en obras concretas? La respuesta es afirmativa, porque en verdad no hay paternidad sin obra, como no hay obra sin paternidad. Podría darse el ejemplo del poeta que hizo los primeros sonetos, o el del escritor que escribió la primera novela romántica, o el compositor que compuso primigeniamente los tres o cuatro movimientos de una sonata. Ellos que los inventaron, no podrían pretender que esas expresiones originales, que se convirtieron en arquetipos, por cierto tan apreciables y para su tiempo un verdadero descubrimiento, fueran aprovechadas por otros poetas, escritores y compositores que crearan sus obras sobre tales prototipos, los de los sonetos, novelas y sonatas.

Entro aquí para demostrarlo, brevemente en la filosofía de los derechos de autor. Muchos juristas han considero que estos derechos se componen de dos derechos: El que Kant llamaba "opus mechanicum" y el discurso, razonamiento, arenga o "corpus misticum", o sea lo que hoy llamamos la obra material y la paternidad moral. Está muy extendida esa concepción dual que para mí es pleonástica e incorrecta. Recuerdo que el maestro Orgaz tenía aprensión por el manejo de los conceptos no depurados y tautológicos, pues solía decir que los abogados, con mayor razón los legos incultos en la materia, tienen la propensión de llamar "derecho" —se refería al derecho subjetivo— a todo lo que debía ser considerado en el área de lo protegido y lícito (2), sin atender a la circunstancia de que hay facultades que no lo son, prerrogativas que les corresponden internamente a los derechos, elementos estructurales inseparables de la unidad del concepto, a lo que se une la tutela judicial posible, parcialidades estas que no podrían ser por si mismas también derechos, sin producir el efecto de desnaturalizar el concepto técnico y puro del derecho subjetivo, navegando en las aguas de la ambigüedad y de la dispersión. Por esa vía no científica, confundiendo la parte con el todo, se podría llegar a hablar del derecho de accionar ante la justicia, para tener el derecho a una sentencia que proteja el derecho de propiedad, que es un derecho que confiere el derecho de impedir su violación por terceros. Y, Orgaz recordaba el ejemplo de Bonelli: "Si yo tengo el usufructo de un crédito, yo tengo un derecho sobre el derecho; si este derecho se me discute, yo afirmo tener un derecho al derecho sobre el

(2) ORGAZ, Alfredo, "Personas Individuales", p. 107.

derecho; si se me niega el ingreso al juicio para defenderlo, yo diré tener un derecho a hacer valer el derecho sobre el derecho". Así, sucesivamente.

Pues bien, los de la concepción dualista sostienen que hay un derecho patrimonial o a la obra en cuanto expresión perceptible de las ideas, tenga o no un continente o soporte material, y un derecho moral de autor en cuanto pertenencia o paternidad de la idea explayada en aquella obra. Pero resulta que una cosa no puede ir desunida de la otra, pues sólo en la unión de ambas se conforma y estructura el derecho de autor, que requiere de las dos para ser tal, único y protegido. Bien se ha dicho que hay tres elementos: 1. La idea; 2. la realización de la idea; 3. el objeto material —que puede no haberlo según nuestro régimen (obra verbal)—, que contiene la idea realizada. La idea o chispa de creatividad no puede ser objeto del derecho de autor mientras se mantenga oculta en el pensamiento del hombre, sin concretarse ni exteriorizarse, o aun simplemente enunciada sin desarrollarse, sin conformar obra. Esa idea es susceptible de protección cuando se produce una forma de expresión de naturaleza artística, científica o literaria, que se exterioriza con originalidad, pero a la vez el objeto material que la contiene no es por si solo derecho de autor, sino hay en él una calidad propia que se le incorpore (3).

Es por ello que juntamente con Picard, Piola Caselli, Mouchet y Radaelli, Satanowsky, sigo la teoría unitaria, también llamada monista, y considero que la distinción entre el llamado "derecho moral" y "derecho pecuniario", podrá ser didáctica pues muchas veces descomponemos una institución analíticamente para conocerla mejor, pero el derecho intelectual es uno e indivisible (4): Sin paternidad de una idea o chispa creativa que se desarrolla no lo hay; sin manifestación exterior en un marco continente de obra apreciable en lo patrimonial, tampoco.

De donde, queda claro que además de la necesidad social de que las ideas sean parte del acervo común, para que todo el que pueda las aproveche y den sus frutos concretos, ellas no son más que una parte de la estructura unitaria de los derechos de autor, la íntima, la personalísima. Por sí mismas, no son derechos intelectuales y quedan fuera del cuadro de la protección legal.

---

(3) ANTEQUERA PARILLI, Ricardo, "La ejecución pública de obras grabadas", en "V Congreso Internacional sobre la Protección de los Derechos Intelectuales", p. 177.

(4) Mis "Derechos personalísimos", p. 215; CNCiv., sala C, 19/9/78, ED, 81-174; íd. sala M, 4/12/2001, LA LEY, 2002-C, 826, fallo N° 103.817.

III. La originalidad

Aquellas obras que son copias, que reproducen o imitan otras, que carecen de alguna proyección distinta o nueva, quedan también fuera de la ley. Pero, entonces, se vuelve a entrar en un aspecto que hace a la esencia de los derechos de autor.

Este elemento que algunos juristas para darle un ancho marco lo llaman "individualidad", es amplio en lo que hace a la obras literarias o artísticas, pues basta para considerarlo con que haya un mínimo de signos y aspectos propios no ajenos. La invención científica en cambio requiere completa novedad. La originalidad así entendida como un algo que tiene por sí ciertas facetas propias, con el sobreentendido además de que nada se puede hacer en esta vida completamente a nuevo, por lo que el autor siempre aprovecha elementos ya existentes, es una exigencia para que la obra tenga protección. Es este un aspecto neurálgico, que depende de la apreciación judicial cuando se discute, y que hasta puede llevar a las figuras penales del fraude y del plagio cuando falta.

Bien se ha dicho que la idea, la composición de la idea y su expresión son tres momentos de la obra, pero como la idea no está protegida pues con una sola varios autores pueden componer y expresar obras distintas, la originalidad asienta pues en la composición o desarrollo expresivo, y si se trata de la música, es la melodía —no la armonía y el ritmo— la que debe tener propia individualidad (5).

He aquí pues que, sin originalidad entendida con esa mirada amplia, no hay obra protegible, porque en realidad, pienso, no hay obra propia.

IV. Obras anónimas

No se debe confundir la obra anónima porque el autor se ha mantenido en el anonimato y la divulga sin dar su nombre o sin ponerle un seudónimo, con la que nace anónima como creación de una comunidad o grupo racial, o que es tradición cultural de una población sin autor identificado.

En el primer caso, la ley 11.723 da una solución, en el art. 3°: "Al editor de una obra anónima o seudónima corresponderán, con relación a ella, los

(5) VILLALBA y LIPSZYC, op. cit., p. 31.

derechos y las obligaciones del autor, quien podrá recabarlos para sí justificando su personalidad". El editor se convierte, pues, en mandatario legal y esa obra anónima está protegida.

Pero, en cambio, si se trata como dije de una emanación popular de la cual no resulta posible identificar al o a los creadores, tales obras no son protegibles, pues quedan en el dominio público y toda persona puede reproducirlas y aprovecharlas. Ello ha ocurrido con los cantares populares, con la música folclórica y con las coplas a veces de antaño.

Es claro que si, con tales obras del acervo común, se realiza un compendio, álbum o recopilación, estas últimas obras en cuanto originales y no copias de otras, tienen protección porque pertenecen al recopilador que las ha descubierto u ordenado de un modo particular.

V. Obras en colaboración

En general estas obras están protegidas y cada uno de los intervinientes tiene su parte como coautor (art. 17, ley 11.723). Pero hay algún caso en que no es así. Me refiero en particular a la obra cinematográfica, en la que se puede incorporar el baile, la música, los sonidos. De los distintos sistemas que han tratado esta particular obra intelectual, algunos completamente volcados hacia la utilidad, le dan protección al productor (Estados Unidos; "film copyright" del productor); otros pluralistas, inspirados axiológicamente (caso de Francia), protegen a los aportantes como autores del argumento de la obra común e indivisible, dándoles en todo momento participación y control. Nuestra ley ha inclinado la balanza en el término medio y, en tal sentido, reconoce los derechos de la propiedad intelectual en el autor literario —libretista— y en el productor —deja afuera al director— y también acoge al compositor de la música introducida, si la obra es de carácter musical.

Cuando esa incorporación es por sustancia propia de la película de que se trata, porque se piensa como dije que es una proyección musical, se considera que el compositor está protegido como los autores y el productor, pero, de lo contrario, ello no es así, y al no ser musical la película el compositor de una obra incorporada carece de derechos, incluido el cobro de los cánones de explotación. No es, por ende, una obra protegida. Y esta diferenciación alcanza toda su importancia actual, si se tiene en cuenta la difusión cinematográfica por medio de los videos cassettes, entre otros medios audiovisuales. Tal es la orientación de la jurisprudencia que ha interpretado el art. 20

de la ley 11.723 (6). Pero hay un interrogante que da para pensar y se trata de la distinción posible de una película musical de otra que no lo es, pues depende de un juzgamiento particular no siempre fácil. Se ha dicho que es musical la que tiene por principal motivo la música, pero las especies no suelen ser tan claras como esa frase pretende mostrar (7).

VI. Las normas, las sentencias y resoluciones

Estos textos oficiales de los poderes de gobierno no tienen protección, por originales y creativos que fueren. Hay una razón político-social para que así ocurra. No sólo porque las normas generales son obligatorias y deben difundirse y reproducirse por todos los medios posibles, oficiales y particulares, ya que las personas no pueden argumentar sobre su ignorancia, sino porque pasan al acervo común, son de todos y para todos.

Las sentencias de los jueces una vez dictadas, asimismo se convierten en piezas de la comunidad y sólo podría establecerse su reserva en ciertos casos, si el contenido lo exige en protección de derechos de carácter privado —aunque esto se concreta en la práctica eludiendo difundir el nombre de las partes y sujetos que intervinieron en el proceso—, pero no porque se conviertan en derechos exclusivos del juzgador, protegidos como obras de autor. E inclusive, lo dicho se expande a los considerandos y, en particular, a los debates parlamentarios o a los fundamentos de los decretos y resoluciones, a menos, lo dice la ley acerca de los debates, que se pretenda lucrar con ellos, caso en el cual se requiere autorización de su autor (art. 27, ley 11.723).

Ninguno de los funcionarios que han dictado esas normas generales o individuales lo ha hecho llevado por un impulso personal ni ha argumentado en ellas con un fin de creación propia, sino cumpliendo la misión que le ha ordenado el pueblo y que es obra por tanto de la colectividad. Sin embargo, el Convenio de Berna, probablemente porque en algunos países de la Unión tienen protección legal los textos oficiales, ha dejado en manos de aquellos determinar la protección que les pudiere corresponder (8).

---

(6) CNCiv., sala E, 23/11/95, LA LEY, 1996-D, 171; SC Mendoza, sala I, 15/11/2000, voto de la doctora Aída Kemelmajer de Carlucci, LA LEY, 2002-C, 82, fallo 103.593, con nota de Federico Pablo Vibes, "La indivisibilidad de la obra cinematográfica y el derecho de autor"; en contra: CNCiv., sala G, 22/9/2000, LA LEY, 2002-B, 680, fallo N° 101.855.

(7) Ver la objeción en VILLALBA y LIPSZYC, op. cit. p. 76, y nota 134.

(8) VILLALBA y LIPSZYC, op. cit., p. 36.

VII. El llamado derecho de citas

Con el objeto de propender al conocimiento general y con un verdadero fin didáctico, las legislaciones admiten el llamado derecho de citas. Esto significa que los terceros pueden reproducir dentro de ese marco partes de las obras de otros, las que quedan por tanto fuera de la disponibilidad exclusiva.

El art. 10 de nuestra ley, acumula estos requisitos para admitir que sin responsabilidad, una persona reproduzca parte de una obra ajena: a) Que las citas, que pueden ser también comentarios, críticas y notas referentes a obras intelectuales, tengan una finalidad didáctica y científica; b) que la cita no se exceda de mil palabras en las obras literarias y científicas y ocho compases en las musicales; c) que la parte de los textos que se han citado sean indispensables para la obra que las reproduce; sin expresa mención en la norma pero si en el Convenio de Berna, d) que se indique la obra, el autor y la fuente o publicación de la que fue tomada, y e) debe tratarse, además, de obras protegidas, puesto que si no lo fueran sería libre la reproducción total (9).

Es claro que si la obra completa es de menor extensión a la cantidad de palabras y compases facultativos y ella quedara agotada en la cita, no se podría reproducir íntegramente, siempre que forme una unidad y que se haya aprovechado lo sustancial de ella (10). Pienso que, en ese caso, la cita para no sobrepasar el permiso legal, debe limitarse a lo indispensable al efecto pretendido, dejando de lado la facultad del aprovechamiento de la cantidad de palabras y compases permitidos en obras de mayor extensión.

Podría quizá señalarse que la ley de citas en el Convenio de Berna tiene una caracterización, hoy muy difundida, y que es más exacta: "... 'que se hagan' —las citas, dice el art. 10.1— 'conforme a los usos honrados y en la medida justificada por el fin que se persiga, comprendiéndose en las citas de artículos periodísticos y colecciones periódicas bajo forma de revistas de prensa'" (11). El concepto de "usos honrados" comprende, entre otros,

---

(9) Para el estudio de esta disposición, ver EMERY, Miguel Angel, en "Código Civil y leyes complementarias", Belluscio-Zannoni, Ed. Astrea 1999, t. 8, p. 334.

(10) CNCiv., sala A, voto del doctor Borda, 30/6/60, LA LEY, 99-307.

(11) Ver: "Legislación de Derechos de autor", Ed. Zavalía, 1990, p. 93.

a mi juicio, la información analítica para poner en conocimiento aspectos determinados que interesan con fines de investigación. Pero, como dice el Convenio de Berna en el art. 10.3: "Las citas y utilizaciones a que se refieren los párrafos precedentes —conforme a los usos honrados y en la medida justificada— deberán mencionar la fuente y el nombre del autor, si este nombre figura en la fuente".

No creo que se trate sólo de una limitación a los derechos del autor, como algunos juristas han propuesto, sino que en su trasfondo hay aquí un levantamiento de la protección en favor de otros, claro que rodeado de requisitos para que, si bien se puedan utilizar sólo partes de obras ajenas, no se llegue al abuso. Y no es limitación pues el derecho del autor sigue intacto en la totalidad de la obra, aunque la ley libere en beneficio de terceros parcialidades, para permitir las citas con un sentido de progreso y difusión social.

VIII. Las noticias de prensa de interés general

Se trata de las llamadas "noticias de actualidad". No incluye a los artículos de fondo firmados, las editoriales, los comentarios del redactor o cronista, las entrevistas de prensa, que a la vez contienen la impronta de la originalidad por alguna de sus facetas (12). Aquellas noticias de actualidad desde antiguo se han considerado que no están protegidas, pues no son del dominio privado sino del dominio público, luego no podría pretenderse la exclusividad. No sólo ello es así por la naturaleza intrínseca de esas publicaciones, con su fuerza de propagación de las novedades y su destino informativo, sino porque en general no se han elaborado con un especial esfuerzo, análisis, síntesis y meditación. Calidad distinta a la generalidad —no todas— de las editoriales de fondo, en las que además se da la opinión propia de la empresa o del autor. En casi todos los casos, como ya he dicho, se presentan al público con el afán de adelantarse a otros medios y sin preocuparse grandemente por el estudio, análisis y calificación del contenido de los hechos, circunstancias y cuestiones publicadas (13).

Nuestra ley, expresamente establece en el art. 28, en su parte final: "Las noticias de interés general podrán ser utilizadas, transmitidas o retransmitidas, pero cuando se publiquen en su versión original será necesario

(12) LIPSZYC, Delia, op. cit., p. 72.

(13) SATANOWSKY, Isidro, "Derecho intelectual", t. 1, p. 198 y sigtes., TEA, 1954.

expresar la fuente de ellas" (14). No resulta del todo inútil recordar los antecedentes de la norma. Prevaleció la opinión del senador Matías G. Sánchez Sorondo y se impuso en la Comisión Bicameral que preparó el proyecto de la ley 11.723, el que finalmente se sancionó, contra la opinión del Círculo de Prensa, que reclamaba una exclusividad de 24 horas para las noticias publicadas, término en el cual no podrían ser reproducidas. La Comisión protegió los materiales periodísticos con excepción de las noticias, y dejando a salvo el tema de la competencia desleal, se entendió que quedaban fuera de los derechos de autor sin plazo de ninguna índole, porque el senador Sánchez Sorondo sostuvo que de lo contrario el lapso iba a herir de muerte a la pequeña prensa del país (15).

En lo que hace a la cita de las fuentes a que se refiere el precepto, ello significa que se debe poner en conocimiento del público acerca de cuál fue la fuente original, de la que se ha valido el transmisor de la noticia, para compensar, de algún modo, el esfuerzo que hizo el investigador de esa primigenia fuente para obtenerla.

La jurisprudencia se ha hecho cargo de este tema de las noticias con disímil solución. En un antecedente se admitió la protección autoral, porque se trataba de una serie de notas periodísticas de la Editorial "Mondadori", sobre un tema determinado y con firma del creador de las notas, las cuales tenían todas menos una, que era la cuestionada que publicó la revista "Epoca", el signo de "Copyright". Se consideró que la situación era distinta a las meras noticias de dominio público (16). En cambio, en otro caso se sostuvo que si no se trata de noticias exclusivas, su reproducción no es prohibida y la recolección, selección y diagramación de esas informaciones, tampoco están protegidas como propiedad intelectual (17).

El régimen expuesto de la ley 11.723 fue extendido como ya he dicho, a los trabajos electrónicos de la informática por la ley 25.036. Sin embargo,

---

(14) Sobre el art. 28 transcripto, ver EMERY, op. cit., t. 8, p. 382.

(15) SANCHEZ SORONDO, Matías G., "Régimen legal de la propiedad intelectual", Buenos Aires, 1938. VILLALBA, Carlos A., "Las compilaciones", JA, 1991-III-513.

(16) CNCiv., sala E, 30/6/78, JA, 1978-IV-438, con nota de Ignacio Juan Singer "Los derechos de autor, la prensa y los medios masivos de comunicación", quien puso a la vista la diferencia del caso con las publicaciones de las meras noticias.

(17) CNCiv., sala D, 29/10/90, JA, 1991-III-511, con el comentario citado "ut supra" en nota 15.

ese art. 28 no se ha modificado y se mantiene también para estas expresiones. La reproducción, por tanto, de las bases de datos por Internet o por E.Mails, no se admiten sin autorización, salvo respecto de las noticias periodísticas que no la requieren.

Esta desprotección, por decir así, de las noticias nos viene establecida por dos órdenes legales. Por la norma expuesta de nuestra ley interna y por convenciones internacionales, en particular el Convenio de Berna y La Convención Interamericana de Washington de 1946, art. 6º, & 3, que establece: "La protección de la presente Convención no se aplicará al contenido informativo de las noticias del día publicadas en la prensa".

Es bueno recordar que, en general, nuestros países sudamericanos y la mayoría de los del mundo pertenecen a la Unión de Berna de 1886. La Convención que la formó fue completada en París en 1896, revisada en Berlín en 1908, completada en Berna en 1914, revisada en Roma en 1928, en Bruselas en 1948, en Estocolmo en 1967 y, nuevamente en París en 1971, modificada allí en 1979. Los países que se adhirieron y forman parte de la Unión, están ligados por las disposiciones allí incorporadas, y que tienen diferente fuerza obligatoria según la materia de que se trate. El nuestro se adhirió al Convenio, hoy versión París 1971, por ley 17.251 (Adla, XXVII-A, 241), de 1967.

Es por ello que corresponde distinguir entre las disposiciones que rigen "iuris conventionis", es decir que deben ser respetadas por el derecho de la Convención en si misma y los países de la Unión quedan obligados sin más a la norma allí establecida, y las otras disposiciones de la Convención que fijan un principio o regla genérica para el caso, pero que su vigencia depende de la ley interna de cada uno de los Estados de la Unión, como fuente decisiva reglamentaria de su obligatoriedad.

Pues bien, el art. 2º, & 8, del Convenio de Berna dispone que la protección que dispensa "no se aplicará a las noticias del día ni a los sucesos que tengan el carácter de simples informaciones de prensa". Esta última frase amplía la norma de Washington, que solo se refirió a las noticias del día y ya se verá que, a mi parecer, comprende a las informaciones de la historia las que no son del día. Luego las noticias, los sucesos y los relatos que sobre ellos se hagan, con el carácter de simples informaciones, se considera que carecen de originalidad y iuris conventionis se excluyen, por lo que no podría dictarse una ley interna, que dispusiera lo contrario dándoles a esas obras protección, sin denunciar la Convención. Ello quiere decir

también que las reseñas del material desprotegido, así como los resúmenes y la propagación de las noticias a través de la informática, sobre temas del día, o simples informaciones, económicas, políticas, religiosas, de sucesos actuales o históricos, acontecimientos varios, circunstancias y accidentes, son de publicación libre y su retransmisión no viola los presuntos derechos del primer cronista informante, o de la empresa periodística que los dio a conocer.

Pero puede también darse el caso de obras literarias protegidas, que se han propalado dentro de una reseña libre de acontecimiento público. En este caso el Convenio de Berna faculta a las naciones a establecer las condiciones en que, con ocasión de la información del acontecimiento, esas obras puedan ser reproducidas, siempre que se trate de reproducción, no prevista inicialmente con autonomía, pero inevitable en el curso de la información (art. 10 bis, & 3).

IX. Las recreaciones históricas

Cuando la elaboración de prensa contiene datos históricos o bien secciones dedicadas a la historia, se equipara a las informaciones y a las obras que pertenecen al acervo común. Nadie podría impedir que se volvieran a proporcionar por otros medios. No son noticias de hechos de actualidad ni son noticias del día, pero se equiparan, porque no sólo carecen por sí mismo de originalidad, sino que pertenecen a todos como las ideas.

No hace mucho el tribunal civil debió resolver un interesante caso que me tocó comentar. Con el título "Esto pasó" en el diario "La Prensa" durante 1964 se publicaron anécdotas históricas por varios años. En el diario "Clarín" con igual título aunque agregándole "un" se publicó similar anecdotario histórico, según el actor, con igual contenido y desarrollo. Se trataba, para la parte que se dijo perjudicada por el plagio, de la difusión de hechos de la historia no conocidos vulgarmente, los que si bien no podían estimarse por ello mismo originales, respondían a un plan de trabajo propio que aprovechó la demandada. Acogió el reclamo la sentencia de primera instancia, lo desconoció la de Cámara. Dije al comentar esta última: "De lo que se trata es de estudiar en cada caso si la recreación noticiosa del pasado, por el modo de selección y el sello propio de la redacción de su contenido, constituyen realmente creaciones de carácter intelectual; si se ha puesto en ellos un *opus* nuevo. En ese caso, no sólo era de rigor señalar por quien los reproduce el nombre de su creador original, para el supuesto de que se

hubiera exteriorizado en origen, sino que la obra podría estar protegida y si se la exteriorizaba como propia, esto podría configurar el plagio".

Es claro que la originalidad es en los derechos de autor un concepto muy amplio, como ya se ha visto, y que inclusive se ha admitido que existe aunque sólo se hayan combinado elementos ya publicados y conocidos que, en su comienzo, no eran originales. En particular esto se observa en las recopilaciones, crestomatías y antologías, etc. Si la combinación presenta caracteres propios en si misma como tal combinación, basta para considerarla obra protegida, dado que contiene una innovación creativa frente a lo ya existente (18). Aunque también se ha dicho que no hay originalidad por trabajos de traducción de un diálogo en una obra cinematográfica, o sea, cuando se trata sólo de un "subtitulaje" (19). Puede existir originalidad en la composición o "contenido", bien en la "expresión" o forma, pero de algún modo se requiere que se manifieste la personalidad del creador, pues asienta también en la selección y ordenamiento (20).

Luego, si se trata de simples informaciones de hechos históricos y pasados, en donde no se denota el esfuerzo propio argumental del redactor, falta su opinión analítica, ni es un artículo de fondo con ideas nuevas o por lo menos renovadas en su forma expositiva, carece de originalidad y, aunque esté firmado, pierde protección. Frente a la controversia, es el juez el que valora esa calidad sustancial de la obra tutelada.

Y lo mismo debe decirse de las reseñas, anecdotarios y resúmenes de hechos históricos, siempre que sean simples informaciones de prensa, cuidando de mencionar la fuente de donde provienen. Es lo que resolvió en el caso relatado, la sala F de la Cámara Civil capitalina (21).

X. Los títulos

Es el modo de dar a conocer la obra y su difusión tiene la importancia de individualizarla. Como han dicho Villalba y Lipszyc, alude al contenido, lo sugiere, permitiendo su identificación, relacionando la obra con su autor

(18) CNCiv., sala A, 18/11/60, LA LEY, 101-414, voto del doctor Llambías.

(19) CNCiv., sala F, 6/10/60, JA, 1961-I-650.

(20) SATANOWSKY, op. cit. t. 1, p. 169.

(21) CNCiv., sala F, 12/3/2001, LA LEY, 2001-F, 823.

y con el éxito que ha alcanzado, y evitando así las confusiones. Aunque nuestra ley nada diga sobre los títulos, la jurisprudencia los ha colocado en el área de la propiedad intelectual protegida. Pero esto es lo importante, el título protegido es el que designa una obra, porque si no hay obra protegible carece por sí mismo de entidad (22).

En el caso relatado sobre las tiras históricas de los diarios "La Prensa" y "Clarín", también se debatió este aspecto. Además de que señaló el tribunal que se había agregado el artículo indeterminado "un" en la reproducción del nombre, estimó que el título del caso no era original pues cuando sólo individualizan una obra no puede estar amparado. Recuerda el caso en que tampoco se admitió la acción cuando al título "Dígalo cantando" se lo transformó en "Dígalo dibujando", como forma usual del idioma (23). Y consideró que "Esto pasó un" (fecha del día del ejemplar) sólo implica el deseo de indicar que se trata de hechos reales que se produjeron el mismo día, de años anteriores, y no la apropiación del título del actor, que, además, hacía largos años que había dejado de editarse.

XI. Los datos informáticos

Como una reciente expresión internacional, debo recordar el "Acuerdo de los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio" (ADPIC, que en inglés es TRIPS), del cual forma parte nuestro país, según la ley 24.425 del 23/12/95 (Adla, LV-A, 29). Se lee en el art. 2º: "Las compilaciones de datos o de otros materiales, en forma legible por máquina o en otra forma, que por razones de la selección o disposición de sus contenidos constituyan creaciones de carácter intelectual, serán protegidos como tales. Esta protección no abarcará los datos o materiales en sí mismos, se entenderá sin perjuicio de cualquier derecho de autor que subsista respecto de los datos materiales en sí mismos".

Como bien se ha dicho los datos informáticos son una expresión que puede contener desde una novela completa, hasta una cifra o una noticia. Protegida queda la base de datos de compilaciones, pero no lo está la de las noticias periodísticas en ellas volcadas, dado que se mantiene el concepto que las iguala con las "ideas", o bien en cuanto no son textos a la vez

(22) VILLALBA y LIPSZYC, op. cit. p. 32; SATANOWSKY, op. cit., t. 1, ps. 570 y 591.

(23) Sobre esto, EMERY, Miguel Angel, "Propiedad intelectual", p. 59, Astrea, 1999.

protegidos y pueden también, por ello mismo, ser incluidos libremente en otra base de datos (art. 5º de ADPIC) (24).

XII. Las noticias y opiniones firmadas

La falta de originalidad suele marginar toda clase de noticias. Luego, si se trata de una crónica periodística en donde no se denota bien el esfuerzo argumental, o una opinión analítica, bien un artículo de fondo con ideas nuevas o por lo menos renovadas en la forma expositiva, al no haber originalidad, y a pesar de que ese artículo esté firmado, no tiene protección. Para las noticias, como se ha visto, el informante no se preocupa de esos detalles de forma; sólo hay el deseo, la ansiedad de ser el primero y por tanto, el trabajo de captarlas y transmitirlas son neutros, es un hecho real como el de un testigo (25). Se ha dicho que el "reporter" tiene una misión distinta a la del "redactor"; no da su apreciación de los acontecimientos, no hace explicaciones propias, no reflexiona sobre ellos, sino que se limita a proporcionar la noticia, y aunque el "reporter", pues, firme la transmisión, y aunque se trate de un artículo de fondo o editorial o comentario de actualidad, si carece de originalidad está en el dominio público. Ahora eso sí, cuando el trabajo aparece con firma debe indicarse por quien lo reproduce "ad libitum", la fuente y el autor, y siempre que no haya reserva especial que constara expresamente en su origen (26).

El Convenio de Berna regla los que llama artículos de actualidad. Se trata de los artículos de fondo, de opinión, editoriales firmadas o no, comentarios de autor conocido, no de noticias sobre acontecimientos o de crónicas sin opinión propia. En principio aquellos están protegidos, pero el Convenio reserva a las leyes internas de las naciones "la facultad de permitir la reproducción" por la prensa escrita, oral o televisiva, según específicas condiciones, que son: a) Que la legislación nacional la autorice expresamente; b) que se trate de artículos de actualidad; c) se refieran a temas de discusión económica, religiosa o política; d) que hayan sido previamente publicados por la prensa o radiodifusión, único caso en que hay reproducción; e) que la utilización no haya sido expresamente prohibida por el titular del derecho (art. 10 bis, & 1).

---

(24) VILLALBA, Carlos A., "Reforma parcial de la ley de propiedad intelectual 11.723", LA LEY, 1999-A, 855 y "La ley 11.723 de propiedad intelectual se actualiza incluyendo los programas de computación", JA, 1999-II, 947.

(25) SATANOWSKY, op. cit., p. 201.

(26) LIPSZYC, Delia, op. cit., ps. 72 y 233.

XIII. Los discursos y conferencias

Tienen un régimen legal particular. Se trate de manifestaciones dadas al público por los diarios y otros medios de comunicación, sea en asambleas políticas, administrativas, académicas, la intervención oral en congresos y paneles, seminarios públicos, mesas redondas, alocuciones espontáneas, etc., asumen la particularidad, a diferencia de las meras noticias de prensa, de que siempre están individualizados los autores. Por otra parte, en términos comunes y generales gozan de razonable originalidad, no son sólo ideas sino obras realizadas. Con ellos es posible hacer reseñas, transcripciones, crestomatías y reproducirlas con el carácter de informe de actualidad periodística. Así lo contempla el art. 27 de la ley 11.723, que dispone: "Los discursos políticos y literarios y en general las conferencias sobre temas intelectuales, no podrán ser publicados si el autor no lo hubiera expresamente autorizado. Exceptúase la información periodística".

Ahora claro, si se trata de una serie de discursos de un autor determinado, debe contarse aun para el periodismo, con su autorización (27).

En el caso de reseñas de prensa de estas piezas autorales originales y propias, incluidas también las de otro tipo pero firmadas, la reproducción debe ser fiel y no modificar las ideas y conceptos del autor. No deben ser desnaturalizadas ni transformadas en la exposición de noticias resumidas. Es obligación del que las traslada al público, preservar el contenido real de la obra, pues siempre el autor tiene derecho a que se mantenga la fidelidad, lo que importa el aspecto precipuo de su paternidad espiritual.

En la Unión de Berna se han contemplado limitaciones cuya reglamentación se reserva a las naciones en el orden interno. En este caso están, como ya expuse, los textos oficiales. También determinados discursos, pues los países pueden excluir total o parcialmente la protección de los discursos políticos y de los debates judiciales, pero siempre guardan los autores la facultad de recopilarlos y esas recopilaciones quedan protegidas (art. 2º, & 1, del Convenio). Dice también el Convenio, que los países dispondrán la reproducción de conferencias y alocuciones por la prensa, pero siempre que la utilización esté justificada por el fin informativo que se persigue (art. 2º bis, & 3).

---

(27) LIPSZYC, op. cit. p. 233, ap. D), b).

XIV. Los plazos de protección

Hay un plazo general de protección de las obras, pasado el cual quedan en el llamado dominio público, y pueden ser reproducidas libremente, respetando siempre la paternidad. Es hoy de 70 años a partir del 1° de enero del año siguiente al fallecimiento del autor, lo mismo si se trata de una obra póstuma (art. 5º, ley 11.723, reformado por la ley 24.870 —Adla, LVII-D, 4257—). Esa norma dice que si se trata de obras en colaboración ese término se contará a partir del 1° de enero del año siguiente a la muerte del último colaborador. Pero si el autor no dejare herederos y la sucesión fuere vacante, durante el plazo señalado las obras pasan al Estado sin perjuicio del derecho de terceros.

Las obras anónimas pertenecientes a instituciones, corporaciones o personas jurídicas tienen un plazo de 50 años desde la publicación (art. 8º). Se preguntan los estudiosos, atendiendo a la circunstancia de que el legislador ha sido en la reforma desprolijo sin coordinar ambas normas, la situación de obras anónimas que pertenecen a personas físicas o naturales. En ese sentido se recomienda atender al sentido del art. 7º, & 3, del Convenio de Berna, que iguala a las obras de autor anónimo o escondidos tras un seudónimo, a las de autor identificado, cuyo plazo se calcula a partir del 1° de enero del año siguiente de su muerte (28).

El art. 11 de nuestra ley se refiere a las obras en varios tomos de distinta fecha de publicación o de las que aparecen por entregas parciales y periódicas, disponiendo que ese plazo corre a partir de cada año de publicación o en el segundo caso de la última entrega. Pero se refiere a los autores anónimos, pues de lo contrario se aplica el art. 5°.

En cuanto a las obras fotográficas, el plazo es de 20 años a partir de la primera publicación, mientras que para las cinematográficas de 50 años desde el fallecimiento del último colaborador, es decir, del autor del argumento, el productor y el compositor si la película es musical (art. 34). En cuanto a las cartas, se reduce a 20 años desde la muerte del autor (art. 35).

Hay como puede verse varias incoherencias en estas reglas legales, pero salvo algún aspecto como el que aquí he expuesto sobre el comienzo del plazo, la interpretación no puede ser otra que la palabra de la ley, pues los

---

(28) VILLALBA y LIPSZYC, op. cit., p. 125.

plazos tienen que considerarse literalmente, sin que el intérprete pueda llegar a distinto resultado.

Debe, además, señalarse que cuando el legislador estatuye un nuevo plazo, como ocurrió con las reformas de la ley 24.870 (en términos generales se pasó de los 50 años a los 70), obras que ya estaban en el dominio público pasaron nuevamente al privado. La norma reformadora se aplica con retroactividad, aunque dejando a salvo los derechos de terceros, sobre reproducciones hechas durante el lapso en que estuvieron en el dominio público (art. 84). Esto ocurrió con las obras de Gardel, Razzano y Roberto Arlt en que los herederos recuperaron automáticamente sus derechos (29).

A partir del momento en que la obra se hace común, puede ser reproducida, traducida, adaptada, comunicada al público, por los particulares, porque son susceptibles de apropiación privada en lo que hace a las facultades patrimoniales. Ello lleva a pensar que no se trata realmente de una entrada en el dominio publico, ya que el Estado no interviene, salvo sólo para cobrar un gravamen o tributo por la utilización, destinado al Fondo Nacional de las Artes (dec.-ley 1224/58 —Adla, XVIII-A, 925—).

XV. Limitaciones a la libre reproducción

Sin embargo, no por lo dicho hasta aquí en todos estos casos, se admite cuando se trata de comunicaciones al público a la manera del periodismo, que ese material quede excluido de tal modo que se encuentren a merced de la rapiña o la piratería, ya que se pueden emplear otros medios de defensa contra actividades parasitarias, como es principalmente la competencia desleal (30).

Un autor ha definido a la competencia desleal, como "el acto realizado directa o indirectamente por un operador de mercado, objetivamente contrario a los correctos usos y costumbres y a la buena fe, el cual afecte o pueda afectar el normal desarrollo concurrencial de otros operadores" (31). En el caso ello quedaría a la vista si alguien se apropiara, por medios

(29) VILLALBA y LIPSZYC, op. cit., p. 136.

(30) MASOUYE, Claude, "Guía de la Convención de Berna y del Convenio de Fonogramas", p. 25; LIPSZYC, Delia, "Derecho de autor y derechos conexos", UNESCO, 1993, p. 691.

(31) GARCIA MENENDEZ, Sebastián Alfredo, "Competencia desleal: Diferenciación de la defensa de la competencia y concepto de acto de competencia desleal", ED, 192-883.

honestos o deshonestos, de noticias del día conseguidas en realidad por otro y se apresurara a ser el primero en darlas a conocer como propias, en cuyo caso no habría violación de derechos de autor por la naturaleza de la obra, pero sí concurrencia desleal, perjudicial y cuestionable.

Esta preocupación que se refiere a la captación de noticias aprovechándose del trabajo ajeno, pretendiendo una primacía en realidad inexistente, se refiere desde luego a la noticia no publicada, o sea, que no había sido puesta ya antes en el dominio público en un plazo razonable, y que fuera adelantada por otra fuente de noticias que se apresura de mala fe sabiendo que no la había obtenido con su propio y personal esfuerzo. Las empresas periodísticas son lucrativas y están enmarcadas dentro de las normas éticas de su actuación.

LOS PRECEDENTES: EL CASO DEL COMMON LAW

POR JULIO CÉSAR CUETO RÚA (*)

SUMARIO: I. Introducción. — II. La relevancia e irrelevancia de los hechos. — III. De la sentencia, norma jurídica individual a la norma general extraída de los precedentes jurisprudenciales.

I. Introducción

El Common Law es un Derecho jurisprudencial, Derecho creado por los jueces. Cuando llega un conflicto al despacho de un juez para su resolución debe decidirlo como otros jueces de la misma jurisdicción y de la misma o superior jerarquía lo han resuelto en casos similares ocurridos en el pasado. El juez *debe seguir* el precedente. Este deber se expresa mediante la siguiente enunciación: "stare decisis et quieta non movere", o, más brevemente: "stare decisis". Este principio hace posible el establecimiento de un sistema como el del Common Law.

No se han puesto de acuerdo ni los juristas norteamericanos ni los ingleses acerca del significado de esa expresión: "stare decisis et quieta non movere". Este principio opera con distinto alcance según las características de las cuestiones resueltas por las sentencias precedentes (constitucional, penal, comercial, civil, etc.).

Se encuentra muy difundida la teoría según la cual "stare decisis" es una decisión deliberada y solemne de un juez sobre un punto de derecho planteado correctamente y necesario para su decisión. Constituye un precedente obligatorio en el mismo juzgado o en otros juzgados de igual

---

(*) Comunicación efectuada por el Académico, en la sesión privada del 11 de julio de 2002.

o inferior rango, en casos subsiguientes cuando el mismo punto de derecho se vuelve a litigar. Sin embargo, el alcance del precedente sentado depende de su acuerdo con el espíritu de los tiempos y con los fallos subsiguientes sobre la misma materia. Según el criterio del juez Hutcheson la compulsión o exigencia de la doctrina judicial es, en último análisis, de orden moral o intelectual, más que arbitrario o inflexible ("The Status of the Rule of Judicial Precedent", Informe de la Conferencia celebrada en Cincinatti, Ohio, 1940, University of Cincinatti Law Review, t. 14, p. 262).

Tanto en los Estados Unidos como en Inglaterra, los jueces siguen el precedente. Se atienen al principio básico del Common Law: "stare decisis et quieta non movere". Es en virtud de este principio que tanto los jueces como los abogados consideran que el precedente los obliga, que deben aplicarlo cuando el mismo punto de derecho vuelve a plantearse.

El principio del "stare decisis" genera severas dificultades a los jueces en el estudio y la aplicación de los precedentes jurisprudenciales a los casos pendientes de su resolución. Similares dificultades interpretativas experimentan los abogados, igualmente obligados a seguir los precedentes sentados en el pasado en casos similares, por jueces de la misma o superior jerarquía.

Decidir cuando un caso es similar a otros casos es una tarea compleja. Requiere flexibilidad y una cierta precisión mínima por parte de quienes intervienen en el proceso de estudio y aplicación de los precedentes judiciales para resolver el caso pendiente de resolución. Como bien se sabe, no existen casos y precedentes iguales. Sólo se los encuentra parecidos, más o menos parecidos. El principio del "stare decisis" exige decidir el caso sujeto a su estudio y decisión, siguiendo casos similares decididos en el pasado. Pero tanto el juez como los abogados de las partes siempre se encuentran con casos que exhiben diversos grados de similitud. Algunos son muy parecidos y otros lo son en menor grado. Pero el principio del "stare decisis" debe ser seguido por los jueces y los abogados aunque los precedentes sentados en el pasado exhiban diversos grados de similitud. Sin embargo, el "stare decisis" no necesariamente implica el deber de seguir el más parecido de los precedentes. Cumple con su deber el juez si sigue un precedente parecido aunque no sea el más parecido. Esta flexibilidad introduce un cierto grado de incertidumbre y puede abrir expectativas inesperadas en los litigantes. Ello ha llevado a algunos jueces y abogados a incorporar un nuevo factor en el proceso de decisión del caso. Así, el precedente sentado en el pasado sólo se debería aplicar si está de acuerdo

con el "espíritu de los tiempos" y ha sido seguido en sentencias posteriores como la expresión del Derecho vigente. El juez del Common Law está dotado de la facultad de omitir la aplicación de la sentencia precedente en punto (la más parecida) y recurrir a la analogía para aplicar otras sentencias precedentes dictadas en casos aunque ofrezcan menor similitud. Sin embargo, dicha flexibilidad interpretativa no significa que el juez del Common Law goza de una irrestricta facultad para decidir el caso según su criterio subjetivo. El significado del "stare decisis" es más modesto: el juez puede prescindir de analogías más cercanas y aun apelar al empleo de ficciones para escapar del precedente en punto y ocurrir en su lugar a otros casos cuya similitud resulta de pensar el caso pendiente de resolución "como si" fuera parecido a otras analogías más cercanas.

En el Common Law, como bien dice Karl Llewelyn, los jueces se sienten controlados en su actividad judicial, por las sentencias precedentes. El agente de control se encuentra constituido por una combinación de conciencia judicial, juicio judicial, y lo que el propio Llewelyn llama "líneas netas de fuerza del campo especial del Derecho" que demandan una sentencia en cierta dirección (ver informe citado "ut supra").

Un significativo número de juristas norteamericanos e ingleses se siente inclinado a ver en el "stare decisis" una norma o principio legal que obliga a los jueces a recurrir a las sentencias precedentes en punto o que ofrecen mayor analogía para extraer de ellas la norma jurídica general aplicable al caso. Ya Blackstone decía: "Porque es una norma establecida el cumplir con los precedentes anteriores, cuando los mismos puntos vuelven a ser controvertidos" ("Commentaries on the Laws of England", t. 1, p. 69 de la numeración estrellada). Algunos de los más distinguidos juristas ingleses y norteamericanos rechazan esa tesis (Véase Salmond, "Jurisprudence", London 1937; Stone, "The Province and Function of Law", Massachusetts, 1950; Lord Wright, "Legal Essays and Addresses", Cambridge, 1939; Judge Mac Cardie, "in re" Pryaer v. Batspield Ltd. I KingBench 570, año 1924). Para Llewelyn, la normatividad de las sentencias precedentes se funda en la facticidad de las prácticas sociales y en la realidad de ciertas valoraciones sociales. Para Roscoe Pound el "stare decisis" es un arte tradicional en el modo de dictar sentencias. Puede decirse, sin embargo, que en el Common Law, especialmente en su versión norteamericana, prevalece una concepción doctrinaria según la cual el "stare decisis" es considerado como una norma jurídica cuyo sentido axiológico se encuentra en los valores orden, seguridad, paz y justicia, conforme a la cual los jueces de una jurisdicción determinada se encuentran obligados a resolver los casos pendientes de

sentencia, mediante la aplicación de las normas generales que pueden ser extraídas de las sentencias dictadas en el pasado por jueces de la misma jurisdicción, de la misma o superior jerarquía en casos análogos. Este es el principio general, presente en la gran mayoría de los casos que llegan a los tribunales norteamericanos e ingleses para su resolución. Sin embargo, ciertos factores pueden limitar el alcance de la doctrina del "stare decisis". Así, por ejemplo, no deben seguirse los precedentes que traducen una grosera injusticia o son irracionales, ni cuando se ha producido una alteración sustancial en la situación social de tal naturaleza que, a su luz, las sentencias precedentes hayan perdido sentido como expresión de justicia, transformándose en un factor de iniquidad y atentatorio contra el bienestar social.

II. La relevancia e irrelevancia de los hechos

Cada caso contencioso que llega al despacho del juez para ser resuelto, exhibe una serie de hechos mediante los cuales el caso es individualizado y clasificado.

Cada una de las partes intervinientes en el caso describe los hechos en los que apoyan sus respectivas pretensiones y, en su momento, el juez seleccionará aquellos hechos probados durante el curso del litigio que considere relevantes a los fines de la resolución del litigio.

Es ontológicamente imposible la aprehensión de la totalidad del flujo de acontecimientos temporales en el cual se encuentran inmersas las partes y los funcionarios judiciales competentes. Por lo tanto, se hace indispensable una reconstrucción parcial de los hechos pasados del caso y la selección de aquellos actos y hechos del presente relevantes a los fines de la sentencia a dictar para poner fin a la disputa. Todas las partes y los funcionarios y jueces intervinientes participarán del proceso por virtud del cual de una sentencia del pasado se extrae una norma general, seleccionando los hechos relevantes del caso y generalizándolos.

La relevancia de ciertos hechos puede resultar de su mención expresa como tal en una determinada norma jurídica. También puede resultar de su mención implícita en otras normas jurídicas.

Cuando en el estudio de un caso se llega a la conclusión que determinados hechos del caso son relevantes por el sentido que ellos atribuyen al conflicto bajo consideración, el juez podrá considerarlos relevantes, aunque no se encuentre clasificado como tal en el precedente sentado.

Si en el caso pendiente de resolución el juez llega a la conclusión de que un determinado hecho del caso es un hecho relevante buscará precedentes en los que se encuentra presente un hecho relevante similar. Por otro lado, puede ocurrir que un hecho considerado relevante en otros precedentes jurisprudenciales, deje de serlo por cambios en las características fácticas que definían e individualizaban el caso. O un hecho o un acto considerado relevante inicialmente puede ser reclasificado por el juez, negándole relevancia. Puede también acaecer que se altere la clasificación de hechos acerca de cuya relevancia o irrelevancia habían surgido dudas en la opinión de las partes o en la opinión del juez. Se registra un proceso dinámico y mutante de interpretación de los hechos del caso. Ello gira acerca de la noción de relevancia o irrelevancia de los hechos constitutivos del caso.

La clasificación de un hecho como relevante por el juez lleva a que así se lo considere. Pero no necesariamente. Acaece que cambios en la realidad de los hechos y en sus respectivos sentidos pueden llevar a reclasificar los hechos considerándolos relevantes o irrelevantes.

La actividad del juez en el proceso de interpretación y clasificación de los hechos se traduce en alteraciones en el sentido del caso y en el contenido de la acción del juez a cargo de la decisión del caso. Surge, naturalmente, la cuestión central: cuáles hechos son relevantes y cuáles no lo son?

Nos recuerda Arthur Goodhart ("Determining the ratio decidendi of a case", Yale Law Journal, t. 40, p. 165) que no existen normas ni procedimientos que permitan definir la relevancia o irrelevancia de los hechos de un caso contencioso. Reconoce que el primer paso, y el más importante por cierto, en la explicitación del "principio" o la norma general involucrados en un caso, lo constituye la determinación de los hechos relevantes del caso, en base a los cuales el juez funda su sentencia. Ahora bien: ¿existen reglas que ayuden a tal determinación? La respuesta de Goodhart fue negativa. No existen reglas que suministren invariablemente el mismo resultado, pero existen algunas guías que pueden resultar de valor. Tales guías, sintéticamente expuestas, son las siguientes:

Primero: Si no existe voto o si el voto no hace un detalle de los hechos del caso, entonces debe presumirse que todos los hechos que constan en el expediente son relevantes, excepto aquellos que en sí mismos no lo son. Así, los hechos de persona, tiempo, lugar, clase y monto son presumiblemente irrelevantes, a menos que se los declare relevantes por el juez.

Segundo: Si existe un voto que se refiere a los hechos del caso, lo primero que se debe notar es que no se puede ir más allá del voto para probar que los hechos del caso aparecen de manera distinta en el expediente. La manifestación del juez sobre los hechos obliga, aún en el supuesto de que sea patente que se ha equivocado, desde que él ha basado su sentencia en los hechos tal cual él los ha visto, quizá erradamente. Es frecuente comprobar que hechos cuya existencia resulta del expediente, no aparecen mencionados en el voto. De esta omisión hay dos explicaciones posibles: a) el hecho fue considerado irrelevante por el juez; b) el hecho no fue considerado por el juez, ya sea porque no fue especialmente sometido a su consideración por las partes o alguna de ellas, ya sea por otro motivo cualquiera. Tanto en una como en otra hipótesis, el hecho no puede ser considerado relevante.

Tercero: Una vez que se han determinado los hechos del caso, tal cual vistos o declarados por el juez, corresponde determinar cuáles son relevantes y cuáles irrelevantes. Esta es la parte más dificultosa, desde que el juez pudo haber omitido tal calificación. Es muy común que los jueces incluyan en su voto hechos que no son relevantes con respecto a la sentencia dictada, dejando así que generaciones futuras determinen si esos hechos integran o no la norma o principio involucrados en la sentencia precedente. Para llevar a cabo la calificación de hechos en relevantes e irrelevantes, las siguientes guías pueden tenerse en cuenta: a) los hechos de persona, tiempo, lugar, clase y monto presumiblemente carecen de relevancia. Esto es aún más cierto en el caso en que la sentencia fue dictada sin voto o considerandos porque cuando se escriben considerandos debe esperarse que el juez califique expresamente de relevante un hecho relativo a las personas, los lugares, el tiempo etcétera, si tal ha sido su convicción; b) todos los hechos que el juez califica expresamente de irrelevantes deben ser considerados tales; c) todos los hechos que el tribunal considera implícitamente como irrelevantes deben ser considerados tales. La dificultad en estos casos consiste en determinar si el juez ha considerado o no el hecho como irrelevante. La prueba de esta implicación se encuentra cuando el juez, luego de haber descripto los hechos del caso en general, procede a elegir un número menor de ellos para fundar sobre ellos su sentencia. Los hechos omitidos fueron presumiblemente considerados irrelevantes. La extensión lógica de la norma general a explicitarse de la sentencia precedente dependerá tanto de la inclusión de hechos como relevantes, cuanto de la exclusión de hechos por considerárselos irrelevantes. En esta tarea de calificación, *las palabras de los jueces en sus votos adquieren valor*, pues ellas suministrarán una guía adecuada para determinar cuáles hechos son

relevantes y cuáles no. El razonamiento del juez puede ser incorrecto o la norma general expuesta demasiado general, pero sin embargo, conservan valor en tanto permiten inferir el criterio del juez sobre la relevancia o irrelevancia de ciertos hechos.

Cuarto: Todos los hechos específicamente calificados como relevantes por el juez, deben ser considerados relevantes.

Quinto: Si el voto no distingue entre hechos relevantes y hechos irrelevantes, entonces todos los hechos mencionados en el voto deben ser considerados relevantes, excepto aquellos que en sí son irrelevantes. Existe una presunción contra los "principios" amplios del Derecho, y cuanto menor sea el número de hechos relevantes más amplio será el principio o más amplia la extensión lógica de la norma que se explicita del precedente.

Sexto: Si existen varios votos, concurrentes en cuanto al resultado, pero discordantes en cuanto a la calificación de los hechos del caso todos los hechos considerados relevantes en forma independiente por cada juez, deben ser considerados relevantes.

En el concepto de Goodhart, pues, la imputación de la prestación debida se efectúa con relación a los hechos relevantes del caso, para cuya determinación él propone las guías que se acaban de mencionar. De allí que cualquier afirmación del juez, aun expresando en términos definitivos una norma jurídica general, no sea "holding" sino mero "dictum", si dicha norma requiere como relevante la presencia de un hecho que no se encuentra presente en el caso o, mejor, cuya presencia no ha sido determinada por el juez en su voto.

Supongamos ahora que el "principio" o la norma general han sido ya explicitados y formulados. La cuestión que surge ahora es la de establecer cuál es su fuerza obligatoria con referencia a casos futuros que presenten, "prima facie", cierta similitud. Corresponde, en primer término, determinar cuáles son los hechos relevantes del caso que está aguardando la decisión. Si ellos son los mismos que los hechos calificados como relevantes en la sentencia precedente que se ha invocado como fuente para la decisión del caso pendiente de sentencia, entonces esta sentencia precedente involucra una norma general o "principio" que "controla" dicha decisión. Por el contrario, si la sentencia precedente no presenta como hecho relevante un hecho considerado relevante por el juez, en el caso que aguarda decisión o, a la inversa, si la sentencia precedente presenta ciertos hechos conside-

rados relevantes que no se dan en el caso que aguarda decisión, entonces dicha sentencia precedente no puede considerarse un precedente directo o "en punto" que controle la decisión del caso que está aguardando decisión.

III. De la sentencia, norma jurídica individual a la norma general extraída de los precedentes jurisprudenciales

El juez tiene en su despacho un caso contencioso a resolver de acuerdo a los precedentes establecidos en la misma materia por jueces de similar o superior jerarquía. El juez debe seguir el precedente ("stare decisis").

Se trata, pues, de generalizar las sentencias dictadas en el pasado en casos similares. Tal generalización se logra mediante un proceso de eliminación de una serie de hechos presentes en los precedentes sentados en el pasado, en la misma materia por considerárselos irrelevantes. A dicho proceso de eliminación de los aspectos irrelevantes del caso, se suma la generalización de los hechos estimados como relevantes. Este proceso provoca complejas cuestiones, crea problemas interpretativos dificultosos y requiere un conocimiento elaborado de las tendencias jurisprudenciales vigentes en la respectiva jurisdicción. Surgen interrogantes acerca de las características de la función judicial en el Common Law. ¿Es ella meramente declaratoria de normas preexistentes? ¿Es ella creadora de fuentes normativas con alcance general? Si lo es ¿en qué medida? ¿con qué alcance? ¿mediante qué proceso? La respuesta a estos interrogantes gravita directamente sobre la interpretación de las sentencias precedentes y, en consecuencia sobre la explicitación y formulación de la norma general involucrada en ellas. Edwin Patterson ha señalado ciertos aspectos relativos a la naturaleza de la función judicial que permiten llegar a diversas conclusiones. En primer término, si la sentencia precedente es estudiada o interpretada, cabe preguntarse si el tribunal que la dictó intentó aplicar, sin modificarlas, anteriores sentencias precedentes, en punto, o si, por el contrario, intentó crear una nueva norma jurídica o, lo que es lo mismo, crear una nueva excepción a la vieja norma. Por ejemplo, en "De Cicco v. Schweizer", el juez Cardozo aceptó expresamente la aplicabilidad de una norma establecida en sentencias anteriores dictadas en el mismo Estado, en el sentido de que "una promesa por A a favor de B, para inducir a B que no violara su contrato con C, es nula", pero Cardozo interpretó ingeniosamente los hechos presentes en "De Cicco v. Schweizer", en el sentido de que la promesa hecha por A lo fue conjuntamente a B y C para inducirlos a que no rescindieran o abandonaran el contrato que tenían celebrado. Tal interpretación de los hechos tornó inaplicable la norma

establecida por el mismo tribunal en sus sentencias precedentes, y que el propio Cardozo se había adelantado a reconocer. El problema interpretativo que crea "De Cicco v. Schweizer" es éste: la sentencia dictada en este caso, ¿ha modificado los precedentes del mismo tribunal, al reconocer una excepción que los hace inaplicables en cierto tipo de situación de hecho? La teoría que ve en la función judicial una pura tarea de aplicación contestará que "De Cicco v. Schweizer" no alteró en lo más mínimo los precedentes del mismo tribunal, cuya validez y aplicabilidad permanecen inalterables. La teoría que ve en la función judicial una actividad creadora lo menos que puede sostener es que los precedentes anteriores se hacen de aplicación dudosa.

La teoría tradicional enfrenta enormes dificultades teóricas en casos como el descripto, sumamente comunes, por otro lado, y que surgen literalmente a diario en la actividad judicial norteamericana. Veamos la situación un poco más detalladamente. Simbolicemos los hechos relevantes que se dan en "Arend v. Smith", "Vanderbilt v. Schreyer", etc., es decir, los casos en que se dictaron las sentencias precedentes que, aparentemente, controlaban la decisión del caso "De Cicco v. Schweizer". Llamemos *a)* al contrato celebrado entre B y C; *b)* al contrato celebrado posteriormente entre A y B, para asegurar el cumplimiento de la obligación contractual de B hacia C; *c)* a la negativa de A a cumplir con su obligación; *d)* a la interposición de una demanda por B contra A, requiriendo el cumplimiento de la obligación contraída por A hacia B, y a la reconvención de A solicitando la nulidad del contrato que él celebrare con B. Hay, además, una infinidad de hechos carentes de relevancia jurídica *en esos casos* (vg., nacionalidad y religión de las partes, sitio de celebración de los contratos, forma en que fueron instrumentados, día y hora en que fueron firmados, etc.), a los que denominaremos de un modo más bien genérico, *x*), *y*) y *z*). Teniendo en cuenta la forma en que los tribunales neoyorquinos resolvieron "Arend v. Smith", y los otros tres casos citados, podemos decir que la situación de hecho presentada a la consideración del tribunal en "Arend v. Smith" y en los otros tres casos caracterizados por la presencia de los hechos *a*, *b*, *c*, *d*, *x*, *y*, *z*, pero desde que *x*, *y*, *z*, carecen de relevancia jurídica la norma involucrada en esos cuatro casos puede ser presentada esquemáticamente así: Dado *a*, *b*, *c*, *d*, debe ser la nulidad del contrato celebrado por A con B. Corresponde así el rechazo de la demanda de B contra A.

Ahora bien; en "De Cicco v. Schweizer" el tribunal se encontró frente a una situación de hecho similar a la presentada en "Arend v. Smith", etc., *pero no igual*. Los hechos *a*, *b*, *c*, *d*, vuelven a estar presentes, y asimismo se dan

hechos irrelevantes, a los que también llamaremos *x*, *y*, *z*. Pero en "De Cicco v. Schweizer" los jueces declararon probado un hecho al que asignaron relevancia, y que no se había presentado en "Arend v. Smith" ni en los otros tres precedentes citados más arriba, a saber, que la promesa efectuada por A lo había sido a B y C *conjuntamente, para inducir a ambas partes contratantes a que no violaran las obligaciones que habían contraído mutuamente.* Llamemos a este nuevo hecho relevante e). La norma jurídica general involucrada en "De Cicco v. Schweizer" podría ser ahora formalizada así: Dado *a, b, c, d, e,* debe ser el cumplimiento de la obligación contractual contraída por A hacia B. Corresponde así la admisión de la demanda promovida por B contra A. Como se ve, el nuevo hecho relevante e provoca una sentencia en sentido contrario al de las cuatro sentencias precedentes.

La cuestión ahora es saber si "De Cicco v. Schweizer" ha creado nuevo Derecho. La teoría tradicional lo niega. Las nuevas tendencias norteamericanas lo afirman sin vacilación.

La respuesta a esta discusión la suministra la experiencia y la operación del common law. En efecto; supongamos que en el Estado de New York, John García se obliga frente a John Pérez y John Martínez a abonar mil dólares, si ambas partes (Pérez y Martínez) cumplen con las obligaciones de un contrato que Pérez y Martínez han celebrado entre ellos. Pérez y Martínez cumplen con todas las obligaciones del contrato que habían celebrado entre ellos dos, y entonces John Pérez demanda de John García el pago de los mil dólares. El abogado del demandado John García contesta la acción pidiendo el rechazo de la demanda y reconviniendo a John Pérez, sosteniendo la nulidad del contrato mediante el cual se obligó a pagarle mil dólares. A este efecto el abogado de John García invoca la norma general sentada en "Arend v. Smith", y en "Vanderbilt v. Schreyer", etc., es decir que "una promesa por A a favor de B para inducir a B que no violara su contrato con C es nula". Pero al contestar la reconvención los abogados de John Pérez sostienen que el demandado carece de razón desde que, teniendo en cuenta los hechos del caso en litigio, el precedente que corresponde aplicar es "De Cicco v. Schweizer", y no "Arend v. Smith", "Vanderbilt v. Schreyer", etc., y por lo tanto lo que procede es la admisión de la demanda, la condena de García a abonar los mil dólares prometidos, y el rechazo de la reconvención. ¿Cuál sería la actitud del tribunal neoyorquino al que correspondiera resolver la demanda de Pérez contra García? Lo más probable sería que declarara una similitud esencial entre el caso pendiente de sentencia Pérez contra García, y "De Cicco v. Schweizer", pues en ambos se da el hecho relevante e), que en cambio no estaba presente en "Arend v. Smith", ni en "Vanderbilt v.

Schreyer", ni en los demás precedentes más arriba mencionados. La sentencia, por lo tanto, se dictaría a favor de Pérez en contra de García, y se apoyaría normativamente en "De Cicco v. Schweizer", y no en "Arend v. Smith", etc., caso este último, en cambio, cuya aplicación habría llevado a una solución contraria.

Preguntarse ahora si "De Cicco v. Schweizer" creó Derecho, parece ser superfluo. Los hechos ponen de manifiesto que sí, porque "De Cicco v. Schweizer" creó, por interpretación judicial, una excepción a la aplicación de la norma del Derecho sentada en "Arend v. Smith", etc., y justificó una sentencia en sentido contrario a la que habría correspondido si se hubiera aplicado "Arend v. Smith". "De Cicco v. Schweizer" deviene un precedente, como devendrá "Pérez v. García" una vez que haya pasado en autoridad de cosa juzgada.

La segunda de las circunstancias apuntadas por Patterson en conexión con la influencia de las dos teorías prevalecientes sobre la naturaleza de la función judicial (aplicación o creación) respecto de la interpretación de las sentencias precedentes es la siguiente: que conforme con la primera teoría se tenderá a explicitar de la sentencia precedente sometida a interpretación, una norma que se encuentre lógicamente contenida en las normas extraídas de sentencias anteriores. Los partidarios de esta teoría rechazarán toda interpretación de la sentencia precedente que no mantenga consistencia lógica con precedentes anteriores. Sin embargo, la absoluta concordancia y consistencia lógica de las soluciones normativas dadas a través de los años a los innumerables problemas que presenta la vida social, aparece desmentida por los múltiples cambios operados en el common law y por las bruscas alteraciones jurisprudenciales que suelen producirse.

Y, por último, en tercer término, los partidarios de la teoría de la pura aplicación del Derecho niegan, consistentemente, que los tribunales superiores puedan modificar sus propias sentencias. Sin embargo ya se ha visto que tal alteración jurisprudencial se produce en el common law bajo determinadas circunstancias.

El juez del "Common Law", por lo tanto, se encuentra en esta posición: a) una situación de hecho concreta (un conflicto de intereses) que aguarda su decisión; b) una, o varias, o muchas sentencias dictadas en casos anteriores que ofrecen cierta similitud o analogía con el caso que aguarda sentencia. El juez, preocupado por la justa solución del caso pendiente, debe localizar la sentencia precedente "en punto" o analógica, que le permita explicitar una

norma general conforme con la cual el caso pendiente pueda ser resuelto con justicia. Tenemos, pues, en primer término, los hechos del caso pendiente de sentencia, y cuya adecuada comprensión guiará la selección del caso similar o analógico y en segundo término, un proceso de generalización y categorización de los hechos relevantes que llevan a la explicitación de la norma general involucrada en las sentencias precedentes.

Dirijamos nuestra atención a ese proceso de generalización, categorización y explicitación.

La sentencia precedente es una especia de trampolín, mediante el cual se salta de la norma individual a la norma general en ella involucrada. No todo lo que hay en la sentencia precedente ha de conservarse en la explicitación de la norma general. Tal conservación implicaría la destrucción de la generalidad de la norma y conservaría la individualidad de la sentencia con solo su significado de "res judicata".

La opinión tradicional acostumbra decir que las sentencias precedentes se utilizan para determinar los "principios" en que se fundó la decisión de dicho caso, y que deben ser seguidos por el juez que tiene ante sí un caso similar aguardando sentencia.

El problema, desde luego, consiste en localizar ese "principio" o la norma (rule) aplicada en la solución del caso precedente. ¿A qué elementos o guías se debe acudir para explicitar ese principio o norma? ¿Qué partes de la sentencia deben ser consideradas en esta empresa? ¿Sólo la concreta decisión del conflicto en función de los hechos que se declaran probados? ¿O en función de solo algunos de esos hechos? ¿O se debe prestar atención preferente a las razones que el juez suministra para fundar su sentencia? Si es así, ¿son todas sus palabras las que obligan? Si no son todas, ¿cuáles son las que obligan y cuáles no?

Existe acuerdo en teoría, prácticamente unánime, en que el "principio" o la norma general, no aparecen definidos o expresados por todo aquello que *dijo* el juez al dictar la sentencia, exponiendo los fundamentos de su decisión. Una primera división, de importancia fundamental en el "Common Law", es la que se hace entre *holding* y *dictum*. Aquél es una expresión del juez sentenciante, necesaria para resolver el caso. Este, representa lenguaje superabundante y que carece de autoridad, ya sea por referirse a hechos hipotéticos, o a una situación de hecho distinta de la que se presenta en el caso, o a argumentos jurídicos que, aunque pertinentes, resultan

"superfluos". Distinguir qué es, "superfluo" y qué no, qué es "necesario" y qué no, es algo difícil y complicado. La línea que separa el *holding* del *dictum* no es clara ni definida.

Ya Austin decía que la guía primaria para determinar cuál era la norma creada por una sentencia judicial, era no atenerse al sentido gramatical de los términos o palabras con que se pronunció la sentencia judicial por el juez legislante (*legislating judge*). Aún menos debía el juez o el jurista atenerse al sentido gramatical de las palabras mediante las cuales el juez sentenciante enunciaba sus proposiciones generales. Tomados en su significado, o tomados en su sentido literal, los términos de la sentencia y, "a fortiori", los términos de sus proposiciones generales, apenas si son una pista que lleva a la norma general implícita en la sentencia dictada por el juez sentenciante.

Las palabras, tanto aquéllas mediante las cuales se dicta la parte dispositiva de la sentencia, resolviéndose así el conflicto de intereses, como aquellas mediante las cuales se enuncian proposiciones generales en los considerandos de la sentencia, no sirven sino como una guía para inferir el "principio" o a la norma general involucrada en el caso, ¿A qué otros elementos se debe acudir? La respuesta tradicional ha sido vaga e imprecisa, y no ha habido una formulación definida de la técnica de operación y de los fundamentos sobre los que debe proceder el juez en su tarea interpretativa.

Nada más gráfico para poner de manifiesto esa imprecisión y vaguedad, que acudir a uno de los más grandes juristas ingleses, a John Austin un hombre preocupado por sistematizar, organizar y dar coherencia lógica al "Common Law". La expresión más precisa de su pensamiento sobre el punto quizá se halla en su Lección XXXIX. Allí nos dice: "Para arribar a la 'ratio decidendi' de cualquier sentencia, debemos considerar el caso sometido a decisión del juez, como un todo, y la totalidad del razonamiento mediante el cual expresó su sentencia, y en su mérito, encontrar la 'ratio decidenci' por un proceso de inferencia o inducción, y de abstracción. Los considerandos de la sentencia son comparados con los hechos del caso: de ellos, una 'ratio' es inferida, y el proceso es completado mediante la abstracción del principio o 'ratio decidendi', de las peculiaridades y detalles del caso en que estaba implicado, utilizando todas las sentencias, si es que hay más de una, para eliminar las peculiaridades de hecho y extraer el principio general. El proceso es a menudo delicado y dificultoso, y su dificultad es proporcional al número y complejidad de los casos de los cuales la norma debe ser tomada".

Como se ve, Austin no suministra una guía clara y definida, y además proyecta al lector, sin esperanzas, en graves dificultades al requerirle que compare el razonamiento judicial con los hechos del caso. En cierto modo, recién con esto comienzan las dificultades realmente serias. Pues, ¿cuáles son los hechos del caso? Si el principio o la norma general han de ser definidos y delimitados por referencia a todos los hechos del caso, sólo nos quedaría la sentencia en su individualidad, con el valor de "res judicata". Hay que abstraer y generalizar, pero tal tarea se opera mediante la eliminación de aquellos hechos que se consideran irrelevantes, para conservar aquellos que se consideran relevantes u operativos.

Austin vio el problema: "Sin este proceso de abstracción, no hay sentencia judicial alguna que pueda servir como guía a la conducta. Como cada caso presenta rasgos propios y cada sentencia judicial es una sentencia en un caso específico, una sentencia judicial considerada en su totalidad, o considerada en concreto, no puede ser aplicada a otro caso, es decir, a un caso diferente".

La teoría tradicional se vio envuelta en muchas dificultades, en este punto, y las soluciones presentadas han sido, en cierta medida, soluciones verbales, a raíz de la dificultad existente en la determinación de los que deben ser los hechos relevantes del caso, y de los que deben ser considerados irrelevantes y, por tanto, eliminables.

La introducción del Euro y el principio de la continuación del contrato

Por Aída Kemelmajer de Carlucci (*)

SUMARIO: I. Introducción. — II. Un dato lingüístico que muestra las relaciones entre el dinero y la persona. — III. Otro dato lingüístico que muestra las relaciones entre religión y moneda. — IV. Significación histórica de la introducción del Euro. — V. El Euro y la soberanía nacional. — VI. El Euro y las decisiones de la macroeconomía interna. — VII. Algunos pasos del largo y bien trazado camino. — VIII. El Euro y los agoreros de siempre. — IX. La realidad. — X. El Euro y la modificación progresiva de las pautas de conducta. — XI. Base normativa de la sustitución del sistema monetario. — XII. El Euro y el valor seguridad jurídica. — XIII. Dos nociones importantes para comprender los principios jurídicos contenidos en la normativa. — XIV. Textos de los Reglamentos 1103/97 y 974/98 del 3/5/1998. — XV. Las leyes nacionales que introdujeron el Euro en cada país. — XVI. Reglas jurídicas que emergen de estos cuerpos normativos. — XVII. La paridad Ecu-Euro. — XVIII. La redenominación automática de los instrumentos jurídicos. — XIX. La continuidad de los contratos y demás instrumentos jurídicos (artículo 3º, Reglamento 1103/1997). — XX. La teoría de la imprevisión. — XXI. El juego de algunas cláusulas indexatorias. — XXII. Los contratos con consumidores, el Euro y la regla de la continuación del contrato. — XXIII. La cuestión de las tasas de interés en todo tipo de contratación. — XXIV. El Euro y la globalización. El necesario control de las leyes del mercado. — XXV. Conclusiones provisorias.

(*) Comunicación efectuada por la Académica, en la sesión privada del 25 de julio de 2002.

I. Introducción

La Historia de la humanidad ha sido un proceso continuado de transformación de las comunidades inicialmente independientes en comunidades interdependientes (1).

En una hora y cuarenta minutos los mercados financieros internacionales mueven tantas divisas como todas las exportaciones argentinas en un año; en un día transan el equivalente a todo el producto bruto (2).

El franco, el deutschmarkt, el florín, la lira, la peseta, encontrarán sus lugares en las secciones numismáticas de los museos históricos junto con los viejos símbolos del dinero como el taler, la guinea, el Louis'd' or y el talento (3).

El orden y la moneda. Lo demás, son collonadas (4).

---

(1) DIEZ, Nicolás, "El euro como símbolo de integración europea, en obra colectiva. El Euro. Consecuencias no económicas", p. 18, Ed. Caja Madrid, Madrid, 1999. En opinión del autor, la innovación tecnológica de los transportes y las comunicaciones ha sido el motor del cambio social con mucho mayor frecuencia que el cambio en cualquiera de los otros tres elementos del ecosistema (población, medio ambiente y organización social). Afirma que los pequeños poblados de la prehistoria, incluso la polis griega y la ciudad medieval, constituyen ejemplos de comunidades relativamente independientes, en la medida que eran bastante autárquicas y autosuficientes; pero la expansión provocada generalmente por la acumulación tecnológica llevó poco a poco a la emergencia del Estado moderno. Y concluye: "El poder militar o político pueden imponer un cierto tipo de aparente comunidad, pero si la tecnología predominante en los transportes y comunicaciones no posibilita una interdependencia en materia de sustento fluida, intensa y frecuente entre sus diferentes partes, es decir, una interdependencia económica real, existen grandes probabilidades de que dicha comunidad acabe quebrándose". Más adelante explica que "cuando las relaciones de intercambio económico entre Estados nacionales han crecido mucho en volumen, frecuencia e intensidad, la interdependencia en otras áreas diferentes a la economía han aumentado también significativamente" (p. 21).

(2) ANTONUCCI, Carlos, "La cuestión de la moneda única en el proceso de consolidación del Mercosur", en Rev. de Derecho del Mercosur, año 4, N° 4, agosto del año 2000, p. 197, Ed. La Ley.

(3) REIFNER, Udo, "Desarrollos del derecho bancario en un mercado desregulado. El desafío de un mercado europeo de dinero unificado", en Derecho bancario y financiero moderno, p. 286, Ad Hoc, Buenos Aires, 1999. "La existencia de una moneda común para el Mercosur ha sido propiciada por la doctrina" (Ver, entre otros, CAMPAGNALE (h.), Humberto, "Creación de la moneda a circular en el Mercosur. Integración e incorporación al sistema de los países latinoamericanos", en Rev. de Derecho del Mercosur, año 5, N° 4, agosto del año 2001, p. 139 y sigtes., Ed. La Ley).

(4) PLA, Josep, según cita de Fernández Castaño, "El orden, la moneda y lo demás", en "A favor y en contra de la moneda única", obra colectiva, Fundación Argentaria y Estudios de Política Exterior SA, Madrid, 1997, p. 13. Según el diccionario de la real academia espa-

Yo diría que este proyecto —que autoriza al Banco Central a emitir moneda— tan caro al ministro de Hacienda, coloca al país encima de un barril de pólvora. Todo andará regularmente mientras no se encienda la mecha. Pero la mecha está ahí a la vista y al alcance de cualquier gobierno inconsciente que quiera encenderla (Lisandro de la Torre) (5).

II. Un dato lingüístico que muestra las relaciones entre el dinero y la persona

La palabra "talento", expresión idiomática que designa la aptitud natural de una persona, deriva de la voz griega *talentos*, que denominaba la moneda metálica. Más aún, la parábola evangélica conocida como "de los talentos" utiliza el dinero que el maestro da a los servidores como figura de aquello que sería importante para el hombre. Partiendo de esta circunstancia, se ha dicho: "El dinero ha ocupado una posición central en la condición misma de la persona, materialmente, moralmente o psicológicamente, por su presencia y por su ausencia. El derecho parece consagrar una estrecha relación entre el dinero y la persona, especialmente cuando al conjunto de todos los bienes, el patrimonio, lo configura como una emanación de la personalidad jurídica; piénsese en el criterio de la patrimonialidad como 'evaluación en dinero', todo lo cual significa una gran correlación o imbricación entre el dinero y la persona". No debe extrañar, entonces, que en nuestros días, la Corte de Casación francesa haya dicho que la situación patrimonial es un elemento de la intimidad de la vida privada y, consecuentemente, está protegida como tal (6).

III. Otro dato lingüístico que muestra las relaciones entre religión y moneda

La palabra *moneda* proviene del latín *moneta*. Antes de la aparición de la moneda, muchas transacciones se hacían con animales, por lo que los romanos llamaron al dinero *pecunia*, de donde proviene la palabra espa-

---

ñola, "collonada" es acción propia de collón; collón es un adjetivo para indicar familiarmente a lo cobarde, pusilánime, sin valor ni espíritu. La etimología de la palabra indica que proviene del latín vulgar "coleone", que significa testículo.

(5) La historia argentina y la actual situación muestran la razón de la premonición del Fiscal de la República.

(6) REVET, Thierry, "L'argent et la personne", en L'argent et le droit, Archives de Philosophie du droit, p. 43, t. 42, 1998.

ñola *pecuniario*, desde que "pecus" significa ganado. Posteriormente, en Roma, se empezaron a utilizar piezas de bronce que se acuñaban en el templo de la diosa Juno, situado en la parte más alta del Capitolio. Uno de los sobrenombres de esta diosa era "Moneta", que significa "la que aconseja, avisa o advierte", y que viene del verbo moneo, aconsejar, advertir, avisar, palabra de la que derivan, en castellano, las expresiones amonestar o admonitorio. Al parecer, este origen obedece a dos leyendas vinculadas a la diosa Juno. Una de ellas narra que cuando en el año 390 a.C. los galos invadieron Roma, las ocas sagradas que vivían junto al templo comenzaron a gritar, con lo que advirtieron a los romanos el peligro. La otra, cuenta que durante las guerras con Pirro (319-273 a.C.), los romanos, temiendo no tener dinero para afrontarlas, pidieron consejo a Juno, quien les recomendó no entrar en guerras inútiles. En agradecimiento por el sabio consejo, decidieron acuñar el dinero bajo su patrocinio y advocación. De allí el término moneta, del que se deriva la palabra moneda en castellano, *monnaie*, en francés, *money*, en inglés (7).

Entre los datos que vinculan el dinero y la religión, los autores suelen transcribir a Voltaire quien afirmaba en su Sexta Carta Inglesa: "Entre a la Bolsa de Londres, ese lugar más respetado que muchos tribunales; allí verá reunidos a los diputados de todas las naciones para ser útiles a los hombres. Allí, el judío, el mahometano y el cristiano se tratarán como si perteneciesen a la misma religión y darán el nombre de *infiel* sólo al quebrado; allí, el presbiteriano se fía del baptista y el anglicano recibe la promesa de un cuáquero". No en vano, en París hay un gran parecido entre la iglesia de la *Madeleine* y el edificio de la Bolsa, razón por la cual a este último se le llama el "templo del dinero" (8).

IV. Significación histórica de la introducción del Euro

La moneda está unida a la historia de los pueblos europeos. Alemania podría ser el paradigma de este aserto: frente a la terrible depreciación

---

(7) Compulsar BUITRAGO y otro, "Diccionario del origen de las palabras", p. 331, Madrid, Espasa, 1999; PERROT, Etienne, "L'argent sous les feux de la religion", en L'argent et le droit, Archives de Philosophie du droit, p. 61, t. 42, 1998. En la página webb sobre Mitología griega, en la parte dedicada a la diosa Juno, también se encuentran datos sobre el origen común de la palabra "money", con "monetera", cuyo origen está en admonición, advertencia, etcétera.

(8) PERROT, Étienne, "L'argent sous les feux de la religion", en L'argent et le droit, Archives de Philosophie du droit, p. 61, t. 42, 1998.

sufrida en las primeras décadas del siglo XX, Hitler supo despertar los sentimientos del pueblo; cuando los aliados entraron en Alemania reglamentaron los más mínimos detalles relativos a la nueva moneda; la primera institución de la República Federal de Alemania fue la emisión monetaria, creada merced a la clara visión de Ludwig Erhard, que supo convencer a los alemanes empobrecidos sobre las ventajas de la aparición de esta moneda; lo cierto es que la puesta en circulación del nuevo marco en las tres zonas de ocupación occidental preparó su fusión y dio nacimiento a la nueva Alemania democrática; cuarenta años más tarde, la reunificación alemana se hizo también por vía de su moneda, en particular por el cambio a una paridad absolutamente artificial entre un marco del este por un marco occidental. Por todo esto se ha dicho que el nuevo marco es para Alemania lo que la Constitución de 1958 es para los franceses (9). No obstante ese amor por el marco, los alemanes aceptaron el Euro. Dijo Wolfgang Roth, el vicepresidente de *European Investments Bank*: "Los alemanes aman el marco más que a sus propios esposos y esposas, pero al mismo tiempo, ellos han comprendido que esta historia de amor con el marco ha sido posible porque floreció en el jardín de una Europa económica y políticamente integrada" (10).

Ahora bien, frente a la aparición del Euro "confluyeron dos tensiones contrapuestas: Una que puede calificarse de 'apocalíptica', y otra que se podría llamar 'ataráxica' o indiferente, basada en la idea que no traerá cambios sustanciales" (11).

De cualquier modo, y aunque como regla, los autores "sintieron la necesidad de mostrarse como poseedores de ideas equilibradas, ni como euro-escépticos ni como euro-fanáticos" (12), lo cierto es que en la Europa con-

---

(9) CAYE, Pierre, "Pouvoir et monnai. Du marché à la souveraineté", en L'argent et le droit, Archives de Philosophie du droit, p. 176, t. 42, 1998.

(10) Los detalles de esta historia están magistralmente expuestos en INZITARI, Bruno, "The Legal Doctrine Concerning the Introduction of the Euro as the Single European Currency", en European Review of Private Law, ps. 176/179, 1999.

(11) BONZANINI, Luca, "Introduzione dell'euro e contratti finanziari, en I Contratti", 1998, p. 187. El autor usa en italiano el calificativo "atarassica". La palabra ataráxica no figura en el diccionario de la Real Academia española, pero sí "ataraxia", que significa imperturbabilidad.

(12) Compulsar, SCHWARTZ, Pedro, "Vade retro: llamamiento a los ciudadanos europeos sobre la UEM", en "A favor y en contra de la moneda única", obra colectiva, Fundación Argentaria y Estudios de Política Exterior SA, Madrid, 1997, p. 115.

temporánea, pocos temas han generaron tantas disputas; tantas corrientes de opinión; tantos sentimientos diversos; tantos debates en los que participaran no sólo los técnicos, sino la prácticamente totalidad de los componentes sociales (13).

Nadie quedó afuera, y para la mayoría, la introducción del Euro es un acontecimiento de inusual importancia histórica. Basta reproducir algunos párrafos de los incontables artículos escritos sobre esta cuestión. Así se ha dicho: "Del mismo modo que al comenzar el siglo XIX los juristas fueron testigos del inicio de la era de la codificación, el año 2000 fue el año de la unificación de los instrumentos monetarios en el continente, la contribución más significativa desde lo histórico y lo económico para el desarrollo de la cultura de occidente" (14). "La decisión de entrar en la tercera fase de la unión monetaria es la decisión más importante para la integración de todas las que hasta ahora se tomaron" (15). "La unión monetaria se ha convertido en el pivote de las uniones políticas. Es que la moneda y el tipo de cambio que ella favorece entre los hombres —lo que se llama mercado— aparecen como los operadores fundamentales de la cooperación social y del progreso de la civilización" (16). "En la historia de Europa se encuentran pocas circunstancias de importancia equivalente a la creación del Euro. Los otros grandes cambios en los últimos dos o tres siglos fueron la revolución francesa, un cierto número de guerras, la colonización y la descolonización, algunas innovaciones científicas e industriales. La introducción de la moneda única, aunque parece menos traumática, trae una novación en la historia de la sociedad

---

(13) Ver, por ej., la obra colectiva publicada en coedición por Fundación Argentaria y Estudios de Política Exterior SA, Madrid, 1997, inmediatamente después de Amsterdam, titulada "A favor y en contra de la moneda única". Para el tema de la opinión pública, ver el artículo de AYUSO, Javier, "El euro y la opinión pública", ps. 254/262.

(14) INZITARI, Bruno, "The Legal Doctrine Concerning the Introduction of the Euro as the Single European Currency", en European Review of Private Law, 1999, p. 173; la versión italiana del artículo, bajo el título de "La disciplina giuridica dell'introduzione dell'Euro quale moneta unica europea", se encuentra en Banca, Borsa e Titoli di credito, 1998, ps. 113/146.

(15) DI BUCCI, Vittorio, "La Corte di Giustizia, l' unione economica e monetaria ed il passaggio alla moneta unica", en Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini, Milano, Ed. Giuffrè, 1998, vol. II, p. 308 (El autor hace un análisis exhaustivo de todas las materias vinculadas al Euro que pueden llegar a ser objeto de pronunciamientos de la Corte Europea).

(16) CAYE, Pierre, "Pouvoir et monnaie. Du marché à la souveraineté", en L'argent et le droit, Archives de Philosophie du droit, t. 42, p. 175, 1998.

europea. La creación del Banco Central Europeo (BCE) co-locado en el centro del sistema que incluye los otros Bancos Centrales nacionales para formar el Sistema Europeo de Bancos Centrales (SEBC) puede ser considerada legítimamente como la primera institución compatible con una organización *federal*" (17). "La creación del Euro es el acontecimiento de política financiera y quizás de política exterior más importante después de Bretton Woods (18);

---

(17) RAYMOND, Robert, "L'euro et l'unité de l'Europe", Paris, Ed. Económica, 2001, p. 1. El rol que cumple este Banco Central Europeo fue objeto de muy serios debates, llegándose a una solución de compromiso entre los diferentes países (Ver VELLA, Francesco, "Banca Centrale Europea, Banche Centrali nazionali e vigilanza bancaria; verso un nuevo assetto dei controlli nell'area dell euro?", en Banca, Borsa, titoli di credito, p. 150 y sigtes., vol. LXV, marzo-abril 2002).

(18) El acuerdo de Bretton Woods, suscripto el 22/7/1944 dio nacimiento al Banco Mundial, al Fondo Monetario Internacional y, poco después, al GATT. En cuanto al FMI, recuérdese que su objetivo originario era estabilizar las tasas nominales de cambio sobre una paridad oficialmente declarada; cuando una moneda se depreciaba en el mercado, el país emisor podía pedir un préstamo al FMI para sostenerla; ahora bien, este recurso estaba sometido a condiciones, cual era el establecimiento de un programa económico tendiente a reducir la inflación, declarada en una carta intención suscripta por el prestatario (Ver RAYMOND, Robert, "L'euro et l'unité de l'Europe", Paris, Ed. Económica, 2001, p. 9). Más allá de este origen, lo cierto es que estas tres instituciones conforman hoy la estructura de dominación mundial. Recomiendo la lectura del trabajo de BORON, Atilio, "La estructura de la dominación mundial: de Bretton Woods al Acuerdo Multilateral de Inversiones" que se encuentra en http://www.rebelion.org/economia/aboron280202.htm e incorporado al libro de SEOANE, José y TADDEI, Emilio, compiladores, "Resistencias Mundiales. De Seattle a Porto Alegre" (Buenos Aires: CLACSO, 2001). Explica el autor que todo un conjunto de funciones que antes se encontraban en manos de UNCTAD, OIT, UNESCO y otras instituciones igualmente sospechosas de simpatías "tercermundistas" fueron expropiadas por los organismos de Bretton-Woods. La política laboral la fijan ellos en lugar de la OIT; los temas educativos son también objeto de preferente atención y de eficaz monitoreo por el BM y ya no más por la UNESCO; la problemática de la salud fue también en gran medida extraída de la OMS y puesta al cuidado del BM y el FMI, al igual que las políticas sociales y previsionales en donde ambas instituciones cooperan con la OCM en fijar los parámetros de lo que debe hacerse en esas materias. Por su parte, el otrora poderoso Consejo Económico y Social de la ONU fue despojado de sus prerrogativas y jerarquías, siendo reducido al desempeño de funciones prácticamente decorativas. La "magia del mercado" se ha hecho cargo de todo.

(Por el contrario, FELDSTEIN, profesor de Harvard, afirmó que el éxito del euro significaría una Europa unida, fuerte pujante, en la esfera internacional, pero también proteccionista y egoísta. Recuérdese que la Unión Europea combina el 31 % de la producción mundial y el 20% del comercio mundial; EEUU, por su parte, combina el 27% de la producción y el 18% del comercio mundial (Citado por PEREZ DIAZ, V., y TORREBLANCA, J., "Implicaciones políticas del euro", en obra colectiva, "El Euro. Consecuencias no económicas", p. 57, Madrid, Ed. Caja Madrid, 1999). Con base en estos datos, un autor sostiene que la UE es la primera potencia comercial del mundo (Ver MARIN, Manuel, "Unión monetaria y política exterior europea", en "A favor y en contra de la moneda única", en obra colectiva, Fundación Argentaria y Estudios de Política Exterior SA, p. 87, Madrid, 1997,). Sin embargo, el dólar controla entre el 50 y el 60% de las finanzas mundiales.

probablemente se trate de un hecho sin precedente en la historia europea y en la historia del mundo, con la excepción del caso del Imperio Romano, que tenía una moneda que abarcaba toda la Europa que cubría el imperio" (19). "Por primera vez en la historia, Estados soberanos renuncian espontáneamente a la soberanía monetaria, y realizan una unión monetaria antes que una unión política definitiva" (20). Por otro lado, "el Euro no es emitido por un Estado soberano, sino por un sujeto autónomo internacional a quien los Estados miembros le han transferido la soberanía monetaria" (21). "La constitución de la moneda única supone consolidar un mercado común con mayúsculas" (22). "El principio de la continuidad de los contratos es un recurso retórico utilizado para sostener jurídicamente una innovación que no tiene parangón en la historia de los países de la Unión Europea ni en la historia humana reciente, en cuanto la nueva moneda está disociada del ejercicio de la soberanía política" (23).

V. El Euro y la soberanía nacional

"Todo Estado tiene el derecho de determinar por sí mismo su moneda" dice un principio general reconocido por los tribunales internacionales (24).

Por eso, de alguna manera, la cesión de esa facultad supone cesión de soberanía. No debe extrañar, entonces, que Margaret Thatcher sostenga

---

(19) Palabras del cónsul argentino en New York, VIGNAUD, Juan Carlos, en obra colectiva "El Euro y el dólar", obra colectiva coordinada por SCHMIDT, F. Lucero y MARIETTI, P., p. 29, Buenos Aires, Ed. Ciudad Argentina, 1999.

(20) PADOA-SCHIOPPA, Tommaso, "Europa, forza gentile", Bologna, p. 28, Ed. Il Mulino, 2001.

(21) VILLANI, Ugo, "Gli effetti dell'euro sui contratti", en Il Diritto dell'Unione Europea, 2000/3/525.

(22) MOSLARES, Carlos, "El impacto socio-económico del euro en la UEM", en "El Euro y el dólar", obra colectiva coordinada por SCHMIDT, F. Lucero y MARIETTI, P., p. 63, Buenos Aires, Ed. Ciudad Argentina, 1999.

(23) ALPA, Guido, "Introduzione dell'Euro e disciplina del contrato. Note minime", en Contratto e impresa/Europa, 1998-2-654.

(24) CONTALDI, Gianluca, "L'introduzione dell'Euro e la continuità dei contratti", en Il Diritto privato dell'Unione Europea, a cura di Antonio Tizzano, Torino, p. 717, Ed. Giappichelli, 2000.

con pesar en sus memorias que "la moneda única supone un paso irreversible, y es el fin de la soberanía del Reino Unido" (25).

En esta línea, muchos autores afirman que el Euro ha hecho menos soberanos a los Estados de la Unión. Pero el debilitamiento de la soberanía es mucho más profundo: "La moda de la unificación política a través de la moneda no es inocente. En realidad, es el síntoma de una crisis de soberanía. Se instituye de poder a la comunidad con la moneda mientras la soberanía y la autoridad, pacientemente adquiridas por las viejas naciones en el curso de los siglos se derrumban de un solo golpe. La moneda unifica en el vacío del poder. La unificación de la moneda alemana se realizó a falta de instituciones, de hombres, de instancias legítimas después de la catástrofe nazi. La unificación monetaria de Europa también se hace sobre las ruinas de las viejas soberanías". "Sin embargo, la unión monetaria europea aparece como la solución menos gravosa; se trata de un sacrificio mínimo, un justo medio entre la Europa de las naciones y la Europa supranacional. Además de la crisis de soberanía, está el conjunto de los esquemas del pensamiento político que se encuentra en crisis por el modo monetario de institucionalización. La cristalización de los poderes, la aceptación de que los pueblos vivan y actúen conjuntamente ya no se determina a partir de la idea de nación, territorio, lengua, o de modo más general a través de la voluntad general de los hombres. Las figuras poderosas de ser y de actuar conjuntamente han sido reemplazados por la moneda y por el tipo de cambio específico que ella favorece, o sea por figuras abstractas, insignificantes. Esas figuras que no comportan ningún principio de identidad, de permanencia, de reconocimiento, ni de representación, son las que hoy determinan el destino. Es el misterio y la fuerza más singular de la moneda, que de tener éxito en la constitución del poder, dejan en suspenso no sólo las condiciones de la soberanía, sino de manera más radical, las de la política" (26).

Como contrapartida, y para tranquilizar los ánimos, recuérdese que la historia está plagada de guerras que no fueron financiadas mediante im-

---

(25) Cit. por SARTORIUS, Nicolás, "Moneda y economía en la construcción de una Europa unida", en "A favor y en contra de la moneda única", en obra colectiva, Fundación Argentaria y Estudios de Política Exterior SA, p. 74, Madrid, 1997.

(26) CAYE, Pierre, "Pouvoir et monnaie. Du marché à la souveraineté", en L'argent et le droit, Archives de Philosophie du droit, p. 176, t. 42, 1998.

puestos sino a través de la expansión monetaria y la inflación; el compartir la misma moneda y encomendar la política monetaria a un sistema de bancos centrales autónomos del poder político implica segar la vía clásica de financiación de las guerras. De igual modo, dificulta la eventual introducción de medidas nacionales de control de cambios y de restricciones comerciales típicamente asociadas a los conflictos bélicos. Pero no hay que ser demasiados optimistas; compartir una única moneda no asegura la paz: Los pueblos de la Unión Soviética compartían la misma moneda (el rublo), lo que no impidió la existencia de cruentos enfrentamientos entre esos países (27).

Tampoco puede dejarse de valorar el rol de la informatización (28); el nivel de desarrollo tecnológico, especialmente en el mundo de las comunicaciones, permite que los flujos de capitales internacionales ingresen o escapen de un mercado a altísima velocidad y con gran independencia de todo voluntarismo político local (29). "No es necesaria una red de sucursales bancarias para otorgar créditos y tomar depósitos. La banca por teléfono e Internet, las máquinas de efectivo y las tarjetas inteligentes darán acceso a los bancos para el consumidor en cualquier lugar que se encuentre en el mundo y para cualquier cosa que quiera. La evolución de los sistemas financieros de los países industriales se ha producido en un contexto caracterizado por dos factores relevantes: el cambio tecnológico súbito y la desregulación permanente. Estos dos factores conjuntamente han determinado una serie de efectos intermedios, como es la intensificación de las presiones de la competencia, las alteraciones de las relaciones entre riesgo y rendimiento que han tenido como efecto final la reestructuración del sistema financiero, a veces, claro está en el medio de una gran crisis bancaria" (30).

---

(27) CONTHE, Manuel, "La UEM y la unión política", en "A favor y en contra de la moneda única", obra colectiva, Fundación Argentaria y Estudios de Política Exterior SA, p. 185, Madrid, 1997.

(28) SANTAOLALLA LOPEZ, M. Cristina, "El Euro y la seguridad jurídica", en p. 155, Rev. General de Legislación y jurisprudencia, año 2001, enero-marzo, N° 1.

(29) ANTONUCCI, Carlos, "La cuestión de la moneda única en el proceso de consolidación del Mercosur", en Rev. de Derecho del Mercosur, La Ley, año 4, N° 4, p. 197, agosto del año 2000.

(30) ROSSIGNOLI, Bruno, "Banche e mercati finanziari", en "Dalla comunità economica europea verso l'unione europea: problemi e prospettive per il futuro", obra colectiva bajo la dirección de Giorgio Savio, Padova, Cedam, 2000, vol. 5, p. 183.

VI. El Euro y las decisiones de la macroeconomía interna

En primer lugar, debe recordarse que la modificación del tipo de cambio fue utilizada en Europa, y sigue siendo utilizada en la mayor parte de los países, como un mecanismo estabilizador frente a los *shocks* o perturbaciones derivadas de un ciclo económico. Aunque esta alternativa no es la más apropiada para dar solución a los problemas económicos de fondo, en algunos casos puede llegar a ser de alguna utilidad para amortiguar los impactos negativos que se derivan de un ciclo y que pueden afectar de diferente forma e intensidad a las diversas economías. La aparición del Euro priva a los Estados nacionales europeos de ese instrumento; descartado dicho mecanismo de ajuste para estabilizar las economías, sólo quedan las políticas fiscales (31).

Por otro lado, acceder a la moneda única supuso en el orden interno o nacional cumplir con exigencias muy severas, impuestas por los organismos comunitarios. Mencionaré sólo algunas:

a) *Estabilidad de precios*: La tasa de inflación no podía superar el 1.5% de la media de los tres países de la Unión que habían reportado la tasa más baja en el curso del año anterior.

La moneda nacional no debía devaluarse y debía respetar los márgenes normales de fluctuación previstos en los mecanismos de cambio del sistema monetario europeo durante los dos años precedentes a la decisión de admisión en la Unión Europea Monetaria (UEM) (32).

b) *Estabilidad de las finanzas públicas*: Los países debían reducir el gasto público de modo que el *déficit público* no fuese superior al tres por ciento del producto bruto interno (33).

Por otro lado, la deuda pública (gastos e intereses) no podía superar el 60% del PIB (34).

---

(31) MOSLARES, Carlos, "El impacto socio-económico del euro en la UEM", en "El Euro y el dólar", obra colectiva coordinada por SCHMIDT, F. Lucero y MARIETTI, P., p. 65, Buenos Aires, Ed. Ciudad Argentina, 1999.

(32) RONFINI, Francesco, "Gli effetti giuridici dell' euro", Padova, p. 9, Cedam, 1998.

(33) Dato proporcionado por VIGNAUD, Juan Carlos, en sus palabras de presentación en "El Euro y el dólar", obra colectiva coordinada por SCHMIDT, F. Lucero y MARIETTI, P., p. 31, Buenos Aires, Ed. Ciudad Argentina, 1999.

(34) MOSLARES, Carlos, "El impacto socio-económico del euro en la UEM", en "El Euro y el dólar", obra colectiva coordinada por SCHMIDT, F. Lucero y MARIETTI, P., p. 68, Buenos Aires, Ed. Ciudad Argentina, 1999.

c) *Tasa de interés a largo plazo*: No podía superar en dos puntos la media de los tres países europeos que tenían la tasa más baja de inflación. Por esta exigencia, por ej., España debió bajar la tasa de interés (35) (entre mayo de 1996 y septiembre de 1997 los intereses cayeron del 7.75 al 5.25%).

Las imposiciones no eran caprichos; así, por ej., respecto del gasto público, se argumentó (en mi criterio con razón) que el endeudamiento excesivo de parte de una nación puede conducir a una crisis financiera y fiscal que constriña a los otros miembros comunitarios a intervenir mediante transferencias de recursos; en otros términos, puede darse una crisis de solvencia que obligue a la Banca Central a inyectar liquidez a fin de que el sistema de pagos pueda funcionar. De allí que el límite al endeudamiento público fue presentado como la "plataforma ineludible de referencia para armonizar y coordinar las políticas económicas en el ámbito comunitario; una economía que no puede financiar su propio gasto público puede maniobrar las tasas de interés con el fin de atraer capitales del resto de los países absorbiendo el ahorro comunitario para financiar el gasto público doméstico" (36).

En suma, dado que la Unión Europea tiene entre sus misiones promover el desarrollo armonioso y equilibrado de las actividades económicas en el conjunto de la comunidad, incentivar el crecimiento sostenible y no inflacionista, y alcanzar un alto grado de convergencia entre los resultados económicos y la cohesión social, se torna ineludible un rígido control presupuestario y del déficit público.

Por estas razones, las exigencias no fueron meras declaraciones de principios sino verdaderas efectividades conducentes:

Por un lado, la economía de los países que entraron a la zona euro está sujeta al monitoreo continuo del Banco Central Europeo y al deber de presentar programas plurianuales de estabilidad. Por el otro, se previó un programa de sanciones al Estado con un déficit excesivo de balanza. Conforme el Pacto de Estabilidad suscripto en Dublín en 1996, el Estado

---

(35) RUIZ RUIZ, Florentino, "L'introduction de l'euro et la continuité des contrats sur des obligations pécuniaires", en p. 709, Rev. Trim. de Droit Eur. 2000- N° 4.

(36) NARDI SPILLER, Cristina, "Debito pubblico, tassi d'interesse e dinamica inflativa nell'unione europea nel dopo Maastricht", en "Dalla comunità economica europea verso l'unione europea: problemi e prospettive per il futuro", obra colectiva bajo la dirección de Giorgio Savio, Padova, Cedam, p. 13, 2000, vol. 5.

con déficit superior al 3% del PIB debía depositar, sin interés, una suma de dinero compuesta de una cantidad fija (tasada en el 0.2 % de su PIB) y otra variable; este depósito se convertía en multa si a los dos años el Estado no había corregido su situación (37). Por eso, un conocido político español dijo: "nos hemos tenido que ir acercando desde dos frentes distintos pero claramente complementarios: la voluntad política y el rigor económico" (38); y un autor italiano manifestó que "en los últimos cinco años del fin del siglo XX toda la política y la economía interna se dirigieron a hacer todo lo necesario para respetar los parámetros monetarios fijados como 'conditio sine qua non' para participar en la llamada tercera fase" (39).

La Argentina debiera aprender esta lección. Bien se ha dicho que en los mercados emergentes "la inversión internacional puede mostrarse inicialmente muy generosa con aquellos países que cumplen con las expectativas de los analistas, pero también puede tomarse apenas algunos días para sumergirlos en las crisis más profundas si verifica situaciones de atraso en reformas estructurales, de déficit fiscal creciente o de deterioro del sector externo. La velocidad con que los capitales internacionales pueden erguir o tumbar una economía nacional o regional es prácticamente la misma con la que, a través del denominado efecto dominó o mariposa, se pueden trasladar esas mismas bonanzas o perturbaciones a otras latitudes más o menos relacionadas con el foco inicial del auge o la crisis originaria" (40).

---

(37) Cit. por FERNANDEZ CASTAÑO, "El orden, la moneda y lo demás", en "A favor y en contra de la moneda única", obra colectiva, Fundación Argentaria y Estudios de Política Exterior SA, Madrid, 1997, p. 14. El autor aclara que este pacto no significa enterrar a Keynes. Una cosa es que un Estado miembro no pueda aplicar individualmente políticas fiscales expansivas sin gran quebranto de su credibilidad monetaria y otra distinta es si la Europa de la moneda única podrá en el futuro dejar confiado al mercado la gestión de su coyuntura económica o si, por el contrario, necesitará de una política económica capaz de estimular el empleo y gestionar el impacto de los "shocks" asimétricos.

(38) PUJOL, JORDI, "El euro y el futuro de Europa", en "A favor y en contra de la moneda única", obra colectiva, p. 13, Fundación Argentaria y Estudios de Política Exterior SA, Madrid, 1997.

(39) CHIRICHIELLO, Giuseppe, "L'Italia nell'area dell Euro: ed ora?", en obra colectiva bajo la dirección de BIANCA, C. M. y NUZZO, M., "Euro. Contratti. Obbligazioni", p. 17 y sigtes. Società, Padova, Cedam, 2001.

(40) ANTONUCCI, Carlos, "La cuestión de la moneda única en el proceso de consolidación del Mercosur", en Rev. de Derecho del Mercosur, p. 17 y sigtes, La Ley, año 4, N° 4, agosto del año 2000, p. 197.

VII. Algunos pasos del largo y bien trazado camino

Al Euro se llegó después de recorrer un largo y bien trazado camino. Conviene recordar —brevemente— algunos de sus hitos:

El Tratado de Maastricht previó el establecimiento de una Unión Económica y monetaria, que se desarrolló en estas etapas:

En la primera, que terminó el 31/12/1993, los Estados miembros debieron actuar sobre su política monetaria bajo una dirección básica: Llegar a la máxima estabilidad; en todo este tiempo se manejaron con *Recomendaciones* del Consejo que no tenían efecto vinculante, pero que tenían en miras que se trataba de una cuestión de interés común.

La segunda etapa se inició el 1/1/1994 y concluyó el 31/12/1998. En esta segunda etapa, los países se comprometieron a evitar gastos públicos excesivos y se estableció la prohibición de asumir obligaciones en condiciones privilegiadas.

La tercera fase, comenzada el 1/1/1999, supuso la pérdida para los Estados de emitir su propia moneda y una política económica autónoma, creándose el Banco Central europeo. En esta tercera etapa no entraron todos los países europeos sino sólo aquellos que respetaron el llamado "criterio de convergencia" (41).

Otros Consejos europeos precisaron las modalidades de acercamiento a la moneda única, en particular las conclusiones del Consejo Europeo de Madrid. Allí también se habló de tres etapas:

La 1ª etapa dio comienzo en 1995 y concluyó el 30/12/1998; la segunda, iniciada el 1/9/1999, concluyó el 31/12/2001 y se caracterizó por la adopción facultativa de la moneda única; o sea, en las relaciones interindividuales, rigió el llamado principio "no prohibición, no compulsión u obligación" (*nè obbligo, nè divieto*), que suponía que no había prohibición de contratar en Euro ni tampoco obligación de hacerlo; o sea, existía libertad del uso de una u otra moneda (42). Esta tercera comenzó el 1/1/2002 y comportó la definitiva sustitución de la moneda única.

---

(41) Compulsar CONTALDI, Gianluca, "Unione economica e monetaria e principio della continuità dei contratti", en Il Diritto dell'Unione, ps. 421/423, Europea, 1997/3.

(42) Para un análisis de la situación jurídica en ese período, ver OPPO, Giorgio, "Lira e Euro nel periodo transitorio", en Riv. di Diritto Civile, 1999, Parte I, p. 279, en "Principi e problemi del diritto privato". Scritti giuridici, Padova, Cedam, 2000, t. VI, p. 245 y sigtes., y

Han entrado en esta tercera fase de la Unión Económica y Monetaria once países: Bélgica, Alemania, España, Francia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Holanda, Austria, Portugal y Finlandia. Son los llamados "Estados miembros participantes" (*participating member States*). O sea, hoy debe distinguirse entre *Estados miembros* (todos los que conforman la Unión Europea) y *Estados miembros participantes*, que son lo que conforman la Unión Monetaria Europea.

Pero es necesario recalcar que durante todas las etapas rigió el principio general del derecho comunitario denominado "de la confianza legítima", que incluye el de la buena fe, y que supone el deber de los firmantes de un acuerdo internacional, mientras se espera su entrada en vigencia, de no adoptar medidas que puedan privar de objeto a ese tratado, o vulnerar sus fines (43).

VIII. El Euro y los agoreros de siempre

Durante este largo camino, una y mil voces se levantaron contra el Euro. Se habló de un "fantasma que recorre Europa"; de un "peligro político cierto, pues se culpará a la Unión Europa de indispensables recortes presupuestarios que producirán un enfrentamiento entre ciudadano y comunidad" (44). "Se impide hacer uso del tipo de cambio como arma; si a los países no se les permite devaluar, la alternativa probable será el estancamiento, el desempleo e incluso la depresión" (45). Se llegó a decir que "la moneda única es la decisión que cargará más pesadamente sobre el futuro europeo" (46).

---

en obra colectiva bajo la dirección de BIANCA, C. M. y NUZZO, M.," Euro. Contratti. Obbligazioni". Società, Padova, p. 5 y sigtes., Cedam, 2001; Compulsar, igualmente, el Capítulo VII, "Il principio ne' divieto-ne obbligo", de la obra de RONFINI, Francesco, "Gli effetti giuridici dell' euro", Padova, ps. 91/95, Cedam, 1998.

(43) CONTALDI, Gianluca, "Unione economica e monetaria e principio della continuità dei contratti", en Il Diritto dell'Unione Europea, ps. 91/95, 1997/3, p. 427.

(44) SCHWARTZ, Pedro, "Entre dos siglos y otros escritos inconvenientes", p. 134, Madrid, Ed. Unión Editorial SA, 2000.

(45) Compulsar BRITTAN, Samuel, "Una perspectiva de la UEM", en "A favor y en contra de la moneda única", obra colectiva, Fundación Argentaria y Estudios de Política Exterior SA, p. 48, Madrid, 1997. El autor dice que la respuesta a este argumento, utilizado por quienes se oponen al euro, depende si uno cree o no en la existencia de una relación a largo plazo entre desempleo e inflación.

(46) AFTALION, Florin, "La monnaie unique: plus d'inconvénients que d'avantages", en" L'Europe déraisonnable", obra colectiva dirigida por Philippe de Saint Robert, Paris, p. 99, Ed. EX. de Guibert, 1992. En la misma obra, y en la misma tendencia crítica hacia el euro, puede leerse PINTON, Michel, "La monnaie européenne unique est-elle utile à la France" (p. 91 y sigtes.).

Quizás estas opiniones fueron influenciadas por Martín Feldstein, profesor de Economía de Harvard, presidente del *National Bureau of Economic Research*, quien afirmó que el Euro podría llegar a desencadenar conflictos dentro del continente o, alternativamente, entre Europa y EE.UU., pues podría fracasar debido a la *imposibilidad* de poner de acuerdo ciclos y culturas macroeconómicas tan dispares como la francesa y la alemana (47) (Se refería a que mientras la cultura monetaria de liderazgo germánico y de composición centroeuropea tiende a hacer primar a toda costa la contención de la inflación —dada la terrible experiencia alemana de la época del nazismo— la cultura francesa tolera la inflación como medio para combatir el desempleo a corto plazo).

IX. La realidad

Afortunadamente, la realidad no respondió a estos vaticinios.

Es cierto que la Europa comunitaria, como todos los países del mundo, tiene altas tasas de desempleo, y por eso se ha llegado a decir que "los fuertes recortes en el gasto social, las políticas fiscales regresivas, los planes de empleo que producen precariedad laboral y el desmantelamiento del sector público no coinciden con las normas constitucionales". Se trata, por ello, de una "construcción europea no democrática" (48). También es verdad que al comienzo, en algunos países, no se produjo exactamente el resultado esperado; así por ej., en España, la inflación registró un pequeño repunte y se mantuvo en una tasa anual del 2.2% en el año 2000, frente al 1.4 con el que terminó en el 1999. En el 2000 la inflación terminó cuatro décimas por encima de la previsión del gobierno, dos décimas por encima del umbral de estabilidad identificado por el Banco Central Europeo, más del doble que la medida de la zona euro, y cuatro veces más que en Francia y Alemania (49). En los primeros meses del 2002, el redondeo al alza produjo algunas subidas de precios,

---

(47) El controvertido artículo de FELDSTEIN, titulado "Ecu and international conflict", se publicó en Foreing Affairs, vol. 76, 1997, ps. 60-73, cit. por PEREZ DIAZ, V., y TORREBLANCA, J., "Implicaciones políticas del euro", en obra colectiva, "El Euro. Consecuencias no económicas", p. 35, Madrid, Ed. Caja Madrid, 1999.

(48) ANGUITA, Julio, conferencia pronunciada en diciembre de 1998, cit. por HERRERA del REY, Joaquín J., "Moneda única y ficción nominalista", t. LXXXIV, p. 11, en Rev. de D. Privado de Madrid, 2000.

(49) HERRERA del REY, Joaquín J., "Moneda única y ficción nominalista", en Rev. de D. Privado de Madrid, t. LXXXIV, 2000, p. 3.

especialmente en restaurantes y mercados de la alimentación (50). En opinión de algunos, Europa convivirá con una inflación inusualmente baja, pero latente y mutante, favorecida por la caída de los precios de las materias primas y de las expectativas de crecimiento económico moderado (51).

Pero no puede negarse que, en definitiva, los vínculos impuestos desde Maastricht enderezaron la economía en la senda de la lucha contra el proceso inflacionario, "lo que no quiere decir alcanzar inflación cero sino conseguir un régimen de inflación mínima, como estímulo a la actividad económica en una tentativa de superar la ambigüedad de los índices oficiales no adecuados a la realidad" (52). Además, hubo conciencia que "es absurdo empecinarse en tipos de interés altos cuando está claro que, en ocasiones, la falta de liquidez puede estrangular las posibilidades de crecimiento" (53).

El avance tecnológico también ha jugado su rol. Aún los autores que no están convencidos del Euro dicen: "Las naciones europeas no tienen otra alternativa mejor y, para España, sería un disparate quedarse fuera del Euro y de Europa. Es como pretender quedarse fuera de la electrónica o la globalización de la economía. Hay quien lo pretende, sin duda, pero no logrará nada fructífero con ello. Los avances científicos y tecnológicos han roto las fronteras, han abierto los procesos y las integraciones económicas y políticas son fenómenos imparables que se pueden retrasar u obstaculizar, e incluso sufrir retrocesos, pero al final se abrirán camino y sería una locura marginarse de los mismos" (54).

---

(50) Compulsar informe de "Analistas financieros internacionales" en Rev. Unión Europea, Aranzadi, p. 51, año XXIX, N° 3, marzo 2002.

(51) HERRERA del REY, Joaquín J., "Moneda única y ficción nominalista", en Rev. de D. Privado de Madrid, t. LXXXIV, p. 6, 2000.

(52) NARDI SPILLER, Cristina, "È la fine dell'inflazione nell'Unione Europea?" en "Dalla comunità economica europea verso l'unione europea: Problemi e prospettive per il futuro", obra colectiva bajo la dirección de Giorgio Savio, Padova, p. 158, vol. 5, Cedam, 2000.

(53) PEREZ DIAZ, V., y TORREBLANCA, J., "Implicaciones políticas del euro", en obra colectiva, "El Euro. Consecuencias no económicas", p. 40, Madrid, Ed. Caja Madrid, 1999.

(54) Cit. por SARTORIUS, Nicolás, "Moneda y economía en la construcción de una Europa unida", en "A favor y en contra de la moneda única", en obra colectiva, Fundación Argentaria y Estudios de Política Exterior SA, p. 77, Madrid, 1997.

La integración europea es una realidad, y la coordinación de políticas cambiarias monetarias y presupuestarias conlleva a una mayor estabilidad. Por supuesto que todavía hay mucho por hacer, especialmente en el ámbito de los mercados financieros (55).

Para algunos, el éxito del Euro obedece a que durante su gestación se vivió un momento económico de crecimiento con una inflación y tipos de interés bajo, por lo que la carga de la deuda pública se pudo recortar casi automáticamente. Al mismo tiempo, los gobiernos transmitieron a los mercados la suficiente sensación de seriedad y estabilidad como para que éstos no les penalizaran con tipos altos para sus deudas públicas (56).

Más allá del acierto o error de esa aseveración, es importante señalar que el éxito obedece a que el Euro no nació por casualidad, ni por un mero acuerdo político. "Su llegada ha coronado un lento esfuerzo de acercamiento con una base política y realizaciones económicas por etapas. La vocación política de los Estados fue muy fuerte y venció obstáculos importantes puestos por científicos que creían que no era deseable ni probable que el Euro llegara a materializarse en el plazo previsto; así, por ejemplo, los catedráticos alemanes pedían a Helmut Kohl que "parara el calendario" (57), no obstante lo cual él no lo detuvo. Fue precedido de una preparación técnica precisa y compleja, que no habría llegado a buen puerto sin la decisión política fuerte de los gobiernos implicados, renovada en presencia de cada obstáculo. En parte escéptica, cuando no hostil, la opinión pública no se sumó masivamente al proyecto, pero tan pronto como el Euro apareció en los mercados, se aceptó sin la menor sombra de la duda" (58).

---

(55) COURET, A. et Tran Thiet, J. P., "L'euro-investisseur et l' information financière, en Droit bancaire et financier", p. 89, Mélanges AEDBF France, Paris, Banque éditeur, 2001.

(56) PEREZ DIAZ, V., y TORREBLANCA, J., "Implicaciones políticas del euro", en obra colectiva, "El Euro. Consecuencias no económicas", p. 37, Madrid, Ed. Caja Madrid, 1999.

(57) Así lo relata PEREZ DIAZ, V., y TORREBLANCA, J., "Implicaciones políticas del euro", en obra colectiva, "El Euro. Consecuencias no económicas", Madrid, Ed. Caja Madrid, 1999, p. 42. En la misma posición, sosteniendo que los plazos eran excesivamente breves y acuciantes, RECARTE, Alberto, "La UEM: Un proyecto peligroso, incompleto y precipitado", en "A favor y en contra de la moneda única, en obra colectiva", p. 99, Fundación Argentaria y Estudios de Política Exterior SA, Madrid, 1997.

(58) RAYMOND, Robert, "L' Euro et l'unité de l'Europe", p. 3, Paris, Ed. Economica, 2001.

X. El Euro y la modificación progresiva de las pautas de conducta

La introducción del Euro afecta a diversos aspectos de la vida de los ciudadanos de la Unión Europea: deben pensar y calcular en Euros; modificar las contabilidades, los sistemas informáticos, el mercado de valores, las transacciones comerciales, etc. Se terminan las comisiones de cambio, etc. (59), lo que supone, especialmente al nivel de la microeconomía, eliminación o al menos reducción de los costos de transacción entre las monedas europeas; se simplifican los medios de pago; se tiende a estandarizar la tasa de interés, y a nivel macroeconómico se espera su baja; se simplifican las posibilidades de hacer comparaciones directas entre el costo de los servicios financieros; se elimina el riesgo como factor que ponía barreras a la utilización de diferentes monedas, etcétera.

Las industrias tendrán la posibilidad de ofrecer sus productos en toda Europa al mismo precio en la misma moneda, por lo que es lógico pensar que los precios tenderán a ser los mismos en toda Europa. Lo que diferenciará los negocios serán los objetos reales de la contratación, no el precio que se pague por ellos; los productores tendrán que preocuparse de mostrar realmente la diferencia en calidad, estilo, servicios posteriores a la venta, etcétera (60).

Pequeñas instituciones están en condiciones de realizar transferencias bancarias en todos los rincones de la Unión Europea sin tener que recurrir a un conocimiento sofisticado de moneda extranjera y de los departamentos de comercio exterior. Se podrán ignorar disposiciones respecto de exportación de capital, intercambio de moneda y de tipos de cambio flotantes (61), etcétera.

Para llegar a esta realidad, el gran público tuvo tiempo de acostumbrarse. Por eso, por mucho tiempo, los consumidores vieron los precios en su

---

(59) REIFNER, Udo, "Desarrollos del derecho bancario en un mercado desregulado. El desafío de un mercado europeo de dinero unificado", p. 287, en Derecho bancario y financiero moderno, Buenos Aires, Ad Hoc, 1999.

(60) INZITARI, Bruno, "The Legal Doctrine Concerning the Introduction of the Euro as the Single European Currency", en European Review of Private Law, p. 173, 1999.

(61) REIFNER, Udo, "Desarrollos del derecho bancario en un mercado desregulado. El desafío de un mercado europeo de dinero unificado", en "Derecho bancario y financiero moderno", p. 287, Buenos Aires, Ad Hoc, 1999. Para el mercado del seguro ver ALMACA, José A., "El camino hacia el euro. Evolución legislativa y su adaptación en la región ibérica", en Rev. de Derecho Privado y Comunitario, 2002-1-827 y sigtes.

moneda local y en Euro y los jueces hicieron aplicar estrictamente las normas respectivas. Así, durante el período intermedio, en el que los precios debían exhibirse en ambas monedas, un tribunal francés condenó por publicidad engañosa a una compañía que vendía teléfonos celulares, y para señalar el costo de los pulsos, en muy pequeños caracteres y sin asterisco alguno, en forma horizontal mencionaba el precio sólo en Euros y no en francos. La decisión pudo llamar la atención, desde que faltaba algo más de sesenta días para pasar al tercer período en el que sólo rige el Euro, y podría pensarse que era necesario incentivar la publicidad en Euro. En tal sentido, se recuerda que durante ese mismo período, el Ministerio de Economía había autorizado a que en las estaciones de servicios, el precio figurara sólo en Euro. No obstante, los jueces acompañaron la política del paso lento pero firme. La moral de la sentencia, dice su comentador, se remonta a La Fontaine y su fábula de la liebre y la tortuga: "De nada vale correr; es necesario partir a tiempo". En el caso, la empresa telefónica se había adelantado al publicitar sólo en Euro (62).

En otro orden de cosas, es menester reconocer que la libertad de la circulación de la moneda puede llegar a favorecer la falsificación del billete y el lavado del dinero. Sin embargo, Europa también se ha preparado para estos dos inconvenientes. Nadie puede asegurar que los falsificadores no existirán, pero es necesario saber que los nuevos billetes cuentan con extraordinarias medidas de seguridad que los hace prácticamente infalsificables; estas medidas han sido informadas profusamente a la población. Por otro lado, las autoridades comunitarias están convencidas de que el flujo importante de los productos del crimen desestabiliza las economías nacionales y el conjunto del sistema financiero internacional; que el lavado de dinero puede traer fluctuaciones inexplicables de demanda de moneda, contaminación de las operaciones financieras legales, gran volatilidad de los flujos de capitales internacionales y de las tasas de cambio, etc., todo lo cual mina también la solidez del sector bancario (63); por eso, desde hace años, se dictan Directivas cuyo objetivo es dar dura batalla al tráfico ilícito de dinero.

---

(62) Tribunal de Grande Instance de Rennes, ord. réf., 24/10/2001, en Le Dalloz. Cahier Droit des affaires, 6/12/2001, N° 43, p. 3532, con comentario sin título de RONDEY, Céline.

(63) BAYNAST, Olivier de, "La lutte contre le blanchiment et la contrafaçon de l'euro", en BRAYER, Gérard, "Le droit européen des moyens de paiement", en L'europe des moyens de paiement à l'heure de l'euro et de l' Internet, Paris, Société de Législation comparée, p. 89, 2000.

XI. Base normativa de la sustitución del sistema monetario

La introducción del Euro significó la sustitución del sistema monetario de cada país. Se afirma que ha habido "creación por destrucción", pues la Unión Monetaria supone la eliminación del anterior sistema monetario y la creación de uno nuevo (64).

Esta creación por destrucción no nació de la nada jurídica. Por el contrario, vino precedido de importantes instrumentos. Entre los más significativos, pueden mencionarse (65):

a) Maastricht, 1992 (66).

b) Consejo Europeo de Madrid, 1995 (67).

c) Consejo Europeo de Dublín, 1996 (68).

---

(64) MOSLARES, Carlos, "El impacto socio-económico del euro en la UEM", en "El Euro y el dólar", obra colectiva coordinada por SCHMIDT, E. Lucero y MARIETTI, P., Buenos Aires, Ed. Ciudad Argentina, 1999, p. 61. El autor atribuye la frase al economista Schumpeter.

(65) Compulsar ALPA, Guido, "Introduzione dell'Euro e disciplina del contrato". Note minime, en "Contratto e impresa/Europa", 1998-2-651.

(66) Nace aquí la decisión de adoptar una moneda única.

Un político español dice: "Si no hubiésemos tenido el aliciente de la Unión monetaria, es muy posible que se hubiera hecho un esfuerzo mucho menor. O quizás no se hubiera hecho nada. Y también es verdad que aunque el equilibrio financiero y monetario no sea una condición suficiente para la competitividad, es un requisito que siempre antecede a ésta. Por lo tanto, sumando los pro y los contra de los planteamientos económicos de la Unión Monetaria Europea, creo poder afirmar que el saldo es positivo, altamente positivo" (PUJOL, Jordi, "El euro y el futuro de Europa", en "A favor y en contra de la moneda única", obra colectiva, p. 39, Fundación Argentaria y Estudios de Política Exterior SA, Madrid, 1997).

(67) En diciembre de 1995 se aprobó el llamado "Escenario para la introducción de la moneda única", y se rebautizó o sustituyó el Ecu por el Euro (Ver CONTHE, Manuel, "La UEM y la unión política", en "A favor y en contra de la moneda única", obra colectiva, Fundación Argentaria y Estudios de Política Exterior SA, p. 179, Madrid, 1997).

(68) En Dublín, en diciembre de 1996, se acordó el llamado Pacto para el crecimiento y la estabilidad, que asegurara la vocación de estabilidad de la nueva moneda (cit. por FERNANDEZ CASTAÑO, "El orden, la moneda y lo demás", en "A favor y en contra de la moneda única", p. 14, obra colectiva, Fundación Argentaria y Estudios de Política Exterior SA, Madrid, 1997).

d) Consejo de Amsterdam, 1997 (69).

e) Consejo de Bruselas, 1998 (70).

e) Reglamento del Consejo 1103/1997 del 17/6/1997.

f) Reglamento del Consejo 974/1998 del 3/5/1998 (71).

g) Reglamento del Consejo 2866/1998 (72).

Además de estas normas de carácter obligatorio, se encuentran las importantes Recomendaciones de la Comisión del 23/4/1998, concernientes, especialmente a las operaciones bancarias, a la obligación de colocar los precios en las dos monedas, a dialogar, a informar, todo ello para facilitar la transición hacia el Euro. La Comisión recomienda a los bancos ir "más allá de lo que le piden las leyes" y que informen gratuitamente.

XII. El Euro y el valor seguridad jurídica

Desde lo psicológico, se ha dicho: "lo que los españoles buscan en el Euro es la seguridad que proporciona el ser *uno de los nuestros*. Ya no estaremos aislados; nuestra suerte estará vinculada a la de los países de nuestro entorno; si algo sale mal, no nos equivocaremos solos sino acompañados por los demás" (73).

Por eso, todos los instrumentos normativos antes reseñados están presididos por una premisa básica: la adaptación y adopción del Euro debía

---

(69) Los Estados miembros se comprometieron oficialmente a introducir el Euro el 1/1/1999.

(70) Aquí se individualizaron los Estados miembros que estaban en condiciones de participar en la unión monetaria.

(71) La versión francesa de los dos reglamentos se encuentra en RAYMOND, Robert, "L'euro et l'unité de l'Europe", ps. 141/154, París, Ed. Economica, 2001. Los textos oficiales en español pueden ser solicitados a los organismos comunitarios a través de Internet, desde la página webb de la Unión Europea.

(72) Concerniente a las tasas de conversión entre el Euro y las monedas de los Estados miembros que adoptaron el Euro.

(73) DIEZ, Nicolás, "El Euro como símbolo de integración europea", en obra colectiva, "El Euro. Consecuencias no económicas", p. 33, Madrid, Ed. Caja Madrid, 1999.

preservar la seguridad jurídica. Así, por ej., el Reglamento 1103/1997 del Consejo del 17/6/1997 dice: "Es necesario ofrecer seguridad jurídica a los ciudadanos y a las empresas".

Las leyes nacionales que han traspuesto los Reglamentos siguen igual línea. Por ej., la ley española 46/1998 declara como objetivo "que la transición de la peseta al Euro sea lo más imperceptible y sosegada posible".

La doctrina, por su parte, concluye: "La estabilidad económica y la seguridad jurídica son los fundamentos últimos de la implantación de la moneda única" (74).

XIII. Dos nociones importantes para comprender los principios jurídicos contenidos en la normativa

Los internacionalistas suelen distinguir dos nociones perfectamente diferenciadas:

a) La ley reguladora de la moneda (*lex monetae*)

b) La ley reguladora de la obligación (*lex obligationis*)

La *lex monetae* es la ley que regula la moneda y sus vicisitudes. Está relacionada con el principio de soberanía y debe ser respetada en todos los Estados, en cuanto expresión del poder soberano del Estado que la emite.

La *lex obligationis*, en cambio, rige la obligación singular o el contrato en su integridad. Se la individualiza aplicando los criterios clásicos del derecho internacional privado en materia de autonomía de la voluntad y de individualización de la *proper law* del contrato según lo determine las normas de conflicto del juez actuante (75).

---

(74) HERRERA del REY, Joaquín J., "Moneda única y ficción nominalista", en p. 9, Rev. de D. Privado de Madrid, t. LXXXIV, 2000.

(75) GIARDINA, Andrea, "El euro: aspectos de derecho internacional privado", trad. de Guillermo Tempesta, en Rev. Derecho del Mercosur y de la integración, 2002-1-151 y sigtes. El trabajo original en italiano, bajo el título "L'euro: aspetti internazional privatistici", se publica en obra colectiva bajo la dirección de BIANCA, C. M. y NUZZO, M., "Euro. Contratti. Obbligazioni". Società, ps. 43/60, Padova, Cedam, 2001.

Las normas comunitarias, en cuanto *lex monetae*, establecen las reglas de la sustitución, o tasa de conversión, mientras que las consecuencias de la introducción de la moneda única dependen de la ley reguladora de la obligación, que es la de cada uno de los países; sin embargo, la ausencia de disposiciones uniformes podría general diversidad de soluciones en el derecho interno, con las consecuencias nefastas que pueden imaginarse para la libre circulación, todo lo cual justificó el dictado de los Reglamentos antes mencionados (76).

Estas dos nociones movilizan dos tendencias doctrinales:

Los que analizan el fenómeno sólo desde la *lex monetae*, para quienes la conversión en Euro es una simple redenominación; por eso, las cuestiones a analizar hacen a la normativa del *pago*; sólo interesa, entonces, la *lex solutionis* (77). Se señala, incluso, que la introducción del Euro supone el establecimiento de una *quinta libertad* que complementa las cuatro clásicas (libertad de circulación de mercaderías, de servicios, de personas y de capitales), que es la libre circulación de los pagos, y que como las anteriores, no es absoluta. Obviamente, nadie puede ignorar la importancia de este aspecto, que ha dado lugar a importantes estudios; así, por ej., el 26/11/1999, la *Société de Législation Comparée* organizó con la Cámara de Comercio y la industria de París, un coloquio al que tituló "L' Europe des moyens de paiement. À L'heure de l'Euro et de l'Internet" (78). Es que la entrada en escena del Eurosistema, la creación del Banco Central (79), la moneda única, colocan en el primer plano de las preocupaciones comunitarias "el buen funcionamiento del sistema de pagos". Efectivamente, el

---

(76) CONTALDI, Gianluca, "L'introduzione dell'Euro e la continuità dei contratti", en Il Diritto privato dell'Unione Europea, a cura di Antonio Tizzano, Torino, p. 716, Ed. Giappichelli, 2000.

(77) El Euro provocaría la necesidad de uniformar las disposiciones de los respectivos Códigos Civiles sobre las obligaciones de dinero (BIANCA, C. M., "Introduzione della moneta unica europea e unificazione del diritto delle obbligazioni pecuniarie", en obra colectiva bajo la dirección de BIANCA, C. M. y NUZZO, M., "Euro. Contratti. Obbligazioni". Società, p. 127, Padova, Cedam, 2001.

(78) Los trabajos se publicaron bajo ese mismo título, por la mencionada Asociación en el año 2000.

(79) La creación de ese Banco Central se ha constituido sobre el modelo del Federal Reserve System de los EE.UU. (BRAYER, Gérard, "Le droit européen des moyens de paiement", en L' Europe des moyens de paiement à l'heure de l'euro et de l' Internet, Paris, Société de Législation comparée, p. 34, 2000).

objetivo último de la estrategia común del Eurosistem es la existencia de un sistema en el cual los pagos transfronteras no se distingan de los pagos domésticos (80). De allí la necesidad de uniformar la legislación sobre medios de pago; por ej., disposiciones sobre la llamada moneda electrónica, forma de pagar a través de Internet, etcétera.

Sin negar la importancia de este aspecto, otros entienden que la introducción del Euro configura una intervención de la Unión Europea en el derecho de los Estados miembros, en las relaciones entre privados y en las relaciones entre privados y Administración pública, desde que esta conversión tiene influencia sobre la vida misma de la obligación y las relaciones contractuales; está en juego, entonces, la *lex obligationis* o *contractus* (81) y a su estudio destinan sus esfuerzos.

XIV. Textos de los Reglamentos 1103/97 y 974/98 del 3/5/1998

El Reglamento 1103/97 se denomina "De algunas disposiciones para la introducción del Euro" (82) y contiene disposiciones concernientes tanto a la *lex obligationis* como a la *lex monetae*.

Transcribiré una parte de los considerandos y algunos artículos; luego analizaré su contenido.

Considerandos.

"(4) Considerando que en el contexto del funcionamiento del Mercado Común y de cara a la transición a la moneda única es necesario ofrecer seguridad jurídica a los ciudadanos y a las empresas en todos los Estados miembros en relación con algunas disposiciones relativas a la introducción del Euro con bastante antelación al inicio de la tercera fase; que el

---

(80) BRAYER, Gérard, "Le droit européen des moyens de paiement", en L'europe des moyens de paiement à l'heure de l'euro et de l' Internet, Paris, Société de Législation comparée, p. 29, 2000.

(81) Para esta distinción ver ALPA, Guido, "Introduzione dell'Euro e disciplina del contrato". Note minime, en "Contratto e impresa/Europa", 1998-2-649 y sigtes. y en obra colectiva bajo la dirección de BIANCA, C. M. y NUZZO, M., "Euro. Contratti. Obbligazioni". Società, Padova, Cedam, 2001, ps. 63/79; VILLANI, Ugo, "Gli effetti dell'euro sui contratti", en "Il Diritto dell'Unione Europea", 2000/3/515.

(82) Un estudio detallado se encuentra en RONFINI, Francesco, "Gli effetti giuridici dell'euro", p. 28 y sigtes., Padova, Cedam, 1998.

contar con esta temprana seguridad jurídica permitirá que los preparativos que hayan de realizar los ciudadanos y las empresas se desarrollen en buenas condiciones".

"(5) Considerando que la tercera frase del apart. 4° del art. 109L del Tratado, que permite la adopción por parte del Consejo, por unanimidad de los Estados miembros participantes, de las restantes medidas necesarias para la rápida introducción de la moneda única sólo puede utilizarse como fundamento jurídico cuando se haya confirmado, qué Estados miembros reúnen las condiciones necesarias para la adopción de una moneda única; que por consiguiente, es necesario recurrir al art. 235 como fundamento jurídico para las disposiciones en las que exista una necesidad urgente de seguridad jurídica; que, por lo tanto, el presente Reglamento sobre la introducción del Euro constituirá el marco jurídico del Euro, cuyos principios fueron acordados por el Consejo Europeo de Madrid; que la introducción del Euro afecta a las operaciones corrientes de toda la población de los Estados miembros participantes; que, aparte de las contenidas en el presente Reglamento y en el que se adoptará en virtud de la tercera frase del apart. 4° del art. 109L del Tratado, deberían estudiarse otras medidas para conseguir una transición equilibrada, especialmente para los consumidores".

"(7) Considerando que es un principio jurídico generalmente aceptado que la introducción de una nueva moneda no afecta a la continuidad de los contratos y de otros instrumentos jurídicos; que se ha de respetar el principio de la libertad contractual; que el principio de continuidad debe ser compatible con cualquier pacto que las partes hubiesen podido acordar en relación con la introducción del Euro; que con objeto de reforzar la seguridad y lograr una mayor claridad, conviene confirmar explícitamente que se deberá aplicar el principio de continuidad de los contratos y de los otros instrumentos jurídicos entre las monedas nacionales ya existente y el Euro y entre el Ecu, tal como se contempla en el art. 109G del Tratado y se define en el Reglamento 3320/94 y el Euro; que, entre otras cosas, ello implica que, en el caso de instrumentos con tipos de interés fijo, la introducción del Euro no altera el tipo de interés nominal que ha de abonar el deudor; que las disposiciones referentes a la continuidad sólo podrán cumplir el objetivo de ofrecer seguridad jurídica y transparencia a los agentes económicos, especialmente a los consumidores, si entran en vigor lo antes posible".

"(8) Considerando que la introducción del Euro constituye una modificación de la legislación monetaria de cada Estado miembro participante; que el reconocimiento de la legislación monetaria de un Estado es un

principio universalmente reconocido; que la confirmación explícita del principio de continuidad debe conllevar el reconocimiento de la continuidad de los contratos y otros instrumentos jurídicos en la jurisdicción de países terceros".

"(9) Considerando que se parte de la base de que el término 'contrato' utilizado para la definición de los instrumentos jurídicos abarca todos los tipos de contratos, independientemente de la forma en que se hayan celebrado".

"(10) Considerando que el Consejo, cuando actúe de conformidad con lo dispuesto en la primera frase del apart. 4° del art. 109 L del Tratado, definirá los tipos de conversión del Euro en relación con cada una de las monedas nacionales de los Estados miembros participantes; que estos tipos de conversión deberán emplearse para toda conversión que se realice entre el Euro y las unidades monetarias nacionales o entre las unidades monetarias nacionales; que para cualquier conversión entre unidades monetarias nacionales el resultado debe venir determinado por un algoritmo fijo; que la utilización de tipos de conversión inversos supondría el redondeo de tipos y podría llevar a imprecisiones significativas, sobre todo cuando se trate de cuantías elevadas".

"(11) Considerando que la introducción del Euro exige el redondeo de los importes monetarios; que una indicación previa de las normas de redondeo resulta esencial para el buen funcionamiento del Mercado Común, para permitir una preparación puntual y una transición armoniosa a la unión económica y monetaria; que estas normas no excluyen otras prácticas, convenciones ni disposiciones nacionales de redondeo que ofrezcan una precisión mayor para los cálculos intermedios".

Artículos.

Artículo 1º: A los efectos del presente Reglamento se entenderá por:

"Instrumentos jurídicos": las disposiciones legales y reglamentarias, los actos administrativos, las resoluciones judiciales, los contratos, los actos jurídicos unilaterales, los instrumentos de pago distintos de los billetes y monedas y los demás instrumentos con efectos jurídicos.

"Estados miembros participantes": Estados miembros que adopten la moneda única según lo dispuesto en el Tratado.

"Tipos de conversión": Los tipos de conversión fijados irrevocablemente que el Consejo adopte con arreglo a lo dispuesto en la primera frase del apart. 4° del art. 109L.

"Unidad Euro": La unidad de la moneda única tal como se defina en el Reglamento del Consejo sobre la introducción del Euro, que entrará en vigor en la fecha de inicio de la tercera fase de la unión económica y monetaria.

Artículo 2º: Toda referencia al Ecu, tal como se menciona en el art. 109G del Tratado y se define en el Reglamento 3320/94 que figure en un instrumento jurídico se entenderá hecha al Euro a un tipo de un Euro por un Ecu. Se presumirá, siendo esta presunción destruible mediante prueba en contrario teniendo en cuenta la intención de las partes, que las referencias al Ecu sin dicha definición en un instrumento jurídico lo son al Ecu tal como se lo menciona en las referidas normas (83).

Artículo 3º: La introducción del Euro no producirá alteración alguna de los términos de los instrumentos jurídicos ni eximirá o excusará el cumplimiento de lo establecido en aquellos, ni tampoco otorgará a las partes la facultad de alterarlo o darlos por terminados unilateralmente. Esta disposición se entiende sin perjuicio de todo aquello que las partes hayan podido acordar.

Por su parte, el Reglamento (CE) *974/98 del 3/5/1998* concerniente a la introducción del Euro establece que a contar del 1/1/1999 la moneda de los Estados miembros participantes es el Euro y el Euro se divide en cien centavos (art. 2º). El Euro reemplaza la moneda de cada Estado miembro participante a la tasa de conversión (art. 3º); el Euro es la unidad de cuenta del Banco Central Europeo (BCE) y de los bancos centrales de los Estados miembros participantes.

Omito referirme a la tercera parte pues estaba destinada, exclusivamente, al período transitorio.

El art. 10 estableció que a partir del 1/1/2002 el Banco Central Europeo y los bancos centrales de los Estados miembros participantes ponen en cir-

(83) Este artículo fue atacado por un diputado del Parlamento Europeo, Georges Berthu mediante un recurso de anulación que dedujo contra el Consejo y que fue rechazado por el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas (sala 2°) el 12/3/1998.

culación los euros y esos euros son los únicos que tienen curso legal en los Estados miembros. Las monedas, en cambio, son acuñadas por los bancos centrales de los Estados miembros (art. 11). Estos Estados se comprometen a prever sanciones adecuadas contra la falsificación de billetes y monedas (art. 12).

XV. Las leyes nacionales que introdujeron el Euro en cada país (84)

Frente a las normas referenciadas, de aplicación obligatoria y directa, la doctrina se pregunta si era necesario el dictado de leyes nacionales. Los países asumieron diferentes posiciones.

Alemania hizo una lista de todas las normas internas que serían afectadas por el Euro y se dispuso su modificación.

Otros, como Italia y España, dictaron una ley general (en Italia se sancionó el dec. legislativo 213 del 24/6/1998 (85); en España, la ley 46/1998, del 17 de diciembre), etcétera.

XVI. Reglas jurídicas que emergen de estos cuerpos normativos

a) *Enumeración.*

Los autores no coinciden cuando deben enumerar las reglas que emanan de los Reglamentos antes reseñados.

Para algunos los principios informadores son tres: A) La adopción de una tasa de conversión unitaria del Ecu en la nueva moneda; B) El princi-

---

(84) Para un análisis de esta cuestión ver Capítulo III, "La normativa nazionale introduttiva dell'euro", en RONFINI, Francesco, "Gli effetti giuridici dell' euro", p. 41 y sigtes., Padova, Cedam, 1998.

(85) El texto se encuentra en "I Contratti 1998", p. N-503/515, con comentarios de Giorgio Sacerdoti (ps. N 515/518) y de Giorgio Di Nova (p. N-518/519). Adviértase la premura con la que se dictó, desde que la decisión sobre quiénes eran los Estados miembros que se incorporarían al Euro se tomó en Bruselas el 3/5/1998. Con posterioridad, los países han seguido dictando normas. Así por ej., el 15/6/2000, Francia sancionó su ley 2000-517 que autoriza al gobierno a tomar, mediante ordenanza, las medidas necesarias para adaptar al euro todos los textos legislativos que mencionan al franco. Interesa señalar lo dispuesto por los arts. 2º (La aplicación de lo dispuesto en el art. 1º no debe producir el agravamiento de ninguna sanción pecuniaria legislativa ni de ninguna sanción penal) y 3º (La ordenanza que se dicte por aplicación del artículo primero no deberá tener incidencia significativa en los recursos y gastos públicos) (El texto puede compulsarse en Le Dalloz t. 2000, p. 276-Legislation).

pio de la continuidad del contrato (art. 3º); C) La prioridad de la autonomía privada, que puede derogar el principio de la continuidad (86).

Para otros, las dos premisas básicas son: A) La redenominación automática de los instrumentos y B) el principio de continuidad del contrato.

No faltan quienes sostienen que estas dos reglas básicas se resumen en el principio de *neutralidad*: nada se altera sustancialmente en el mundo jurídico, aunque se modifique la unidad monetaria; todo queda transformado mágicamente sin necesidad de hacer nada (87); pero para que el principio de neutralidad y de seguridad jurídica se consoliden, es necesario salvar las reglas de la autonomía de la voluntad y del equilibrio contractual frente al cambio de circunstancias.

Algunos incorporan como sub-reglas:

— La inalterabilidad del tipo de interés nominal.

— El redondeo de los importes monetarios por exceso o por defecto al céntimo más próximo, y si la última cifra es la mitad, hay que redondear al alza. Por ej., si el diario costaba en Italia 1500 liras, y la conversión da 0.77871 Euro, se sacan los 871 y pasa a ser 0.78 Euro. Sólo cabe el redondeo en el importe final; no se pueden realizar redondeos en operaciones intermedias; con gracia se ha dicho: "Cuando se vaya a tomar varias cervezas con tapas, no podrán redondearle por cada una de las consumiciones (redondeo por boquerones, redondeo por calamares, redondeo por la cola de camarones, etc.) (88).

— Cualquier pacto de las partes referido a la introducción del Euro debe interpretarse a la luz del principio de continuidad del contrato

---

(86) CONTALDI, Gianluca, "Unione economica e monetaria e principio della continuità dei contratti", en "Il Diritto dell'Unione Europea", 1997/3, p. 429; BONZANINI, Luca, "Introduzione dell'euro e contratti finanziari", p. 190, en I Contratti, 1998.

(87) SANTAOLALLA LOPEZ, M. Cristina, "El Euro y la seguridad jurídica", en Rev. General de Legislación y Jurisprudencia, año 2001, enero-marzo, Nº 1, p. 159; también menciona la regla de la neutralidad RUIZ RUIZ, Florentino, "L'introduction de l'euro et la continuité des contrats sur des obligations pécuniaires", en p. 706, Rev. Trim. de Droit Eur. 2000-Nº 4.

(88) HERRERA del REY, Joaquín J., "Moneda única y ficción nominalista", en, t. LXXXIV, p. 11, Rev. de D. Privado de Madrid, 2000.

Otros hacen mención a los principios de:

—*fungibilidad*: las referencias contenidas en cualquier instrumento jurídico a importes monetarios expresados en moneda local tienen la misma validez y eficacia que si se tratara de importes expresados en Euro, con arreglo al tipo de conversión y debidamente redondeados.

— *equivalencia nominal*: el importe monetario resultante de la aplicación del tipo de conversión y redondeo es equivalente al importe monetario expresado en moneda local que fue objeto de conversión. La pérdida que puede suponer el redondeo a la baja en ciertos casos se compensará con los redondeos al alza en otros (89). Aclaran que el principio de equivalencia nominal no es el principio nominalista. El principio nominalista dice que peseta, franco o marco de ahora, en el momento de la contratación, es igual a peseta, franco o marco en el momento del pago; o que Euro en el momento de la contratación es igual a Euro en el momento del pago. El principio de equivalencia nominal, en cambio, dice que el importe monetario expresado en Euros antes de la conversión y del redondeo es equivalente al importe monetario expresado en pesetas, franco, marco, etc. que fue objeto de la conversión y viceversa (90).

—*gratuidad*: Se impone la gratuidad de todas las operaciones que sean necesarias para la efectividad de la sustitución; se prohíbe el cobro de todo tipo de gasto y se declara la nulidad de cualquier cláusula que permita el cobro de cualquier suplemento.

b) *Antecedentes normativos.*

Las reglas jurídicas que emanan de los Reglamentos de 1997 y 1998, se encontraban expresamente mencionadas en la Declaración de Madrid de 1995:

"La sustitución de las monedas nacionales por el Euro no debería afectar de por sí a la continuidad de los contratos; los importes expresados en moneda nacional se convertirán al Euro al tipo de conversión establecido

---

(89) HERRERA del REY, Joaquín J., "Moneda única y ficción nominalista", en Rev. de D. Privado de Madrid, t. LXXXIV, p. 8, 2000.

(90) HERRERA del REY, Joaquín J., "Moneda única y ficción nominalista", en t. LXXXIV, p. 10, Rev. de D. Privado de Madrid, 2000.

por el Consejo. En el caso de los valores y créditos con tipo de interés fijo, la sustitución en sí misma no alterará el tipo de interés nominal adeudado por el prestatario, a menos que así lo estipule el contrato. En el caso de contratos cuya denominación se refiera al ecu-cesta, la sustitución por el Euro se hará al tipo de cambio 1 por 1, salvo cláusula en contrario del contrato".

XVII. La paridad Ecu-Euro

El art. 2º del Reglamento 1103/97 precisa que a partir del 1/1/1999 toda referencia al *Ecu* que figure en un instrumento jurídico se reemplaza por la referencia al *Euro* a la equivalencia un Ecu, un Euro. A su vez, toda mención al Ecu que figure en un instrumento jurídico sin otra definición, se presume que se remite al Ecu oficial; esta presunción puede ser descartada teniendo en consideración la voluntad de las partes.

Ecu es la abreviatura de *European Currency Unit* (Unidad de cuenta europea o Unidad monetaria europea). Estaba compuesto por una canasta de moneda de los Estados miembros, en la que cada una de ellas representaba una proporción determinada en función de la fuerza económica de cada país. Por tanto, su propio valor en cada moneda variaba en función de las continuas oscilaciones de la misma. Fue un preludio para la introducción al Euro. En suma, el Ecu ha dejado de existir y todos los contratos vigentes que estén denominados en Ecus se liquidarán en Euros (91).

Los contratos en *Ecu* conocieron diversos tipos de cláusulas: aquellas en las que las partes se sometían al *Ecu oficial*, y otras en las que las partes establecían una diversa composición cuantitativa o cualitativa de la definición oficial de la canasta. Además, existían las *close-Ecu* o *fixed basket*, y la llamada *open ecu*; en las primeras, las partes se sometían a la canasta existente al momento de la concertación, cerrándose a futuras variaciones en la composición de esa canasta; en las segundas, aceptaban las variaciones futuras (92).

---

(91) HERRERA del REY, Joaquín J., "Moneda única y ficción nominalista", en Rev. de D. Privado de Madrid, t. LXXXIV, p. 8, 2000.

(92) BONZANINI, Luca, "Introduzione dell'euro e contratti finanziari", en I Contratti, p. 191, 1998.

XVIII. La redenominación automática de los instrumentos jurídicos

Conforme las normas transcriptas, la expresión "instrumentos jurídicos" comprende a las disposiciones legales y reglamentarias, actos administrativos, resoluciones judiciales, contratos, actos jurídicos unilaterales, instrumentos de pago distinto de billetes y monedas y los demás instrumentos con efectos jurídicos. Un autor señala que no se mencionan ni los documentos notariales ni los asientos registrales (93); sin embargo, no hay dudas que quedan comprendidos en la expresión "demás instrumentos con efectos jurídicos".

La regla de la denominación supone que en todos los instrumentos jurídicos, al finalizar el período transitorio, donde dice "pesetas", o "liras", o "francos" o "marcos" etc. se entenderá su contravalor en euros, al tipo de conversión.

Esta re-denominación tendría su equivalente en reglas expresas o implícitamente aceptadas por la mayoría de los Códigos. Así, por ej., el art. 1277 del Código italiano establece que si la suma debida está determinada en una cantidad que no tiene más curso legal al tiempo del pago, éste debe hacerse en la moneda legal correspondiente al valor de la primera (94). O sea, si una moneda nacional queda fuera del curso legal, la obligación no se extingue sino que es exigible en la nueva moneda que tiene curso legal. La única diferencia residiría que, en este caso, la moneda es sustituida por otra que emana de una autoridad diferente a la que emitió la primera.

La ley española 46/1998 define la redenominación como "cambio *irreversible* de la unidad de cuenta peseta a la unidad de cuenta Euro". La irreversibilidad, que niega toda posibilidad de vuelta atrás una vez que se redenominó, no aparece en el Reglamento 1103, pero surge de la llamada Declaración de Madrid, o Anexo I de las conclusiones del Consejo Europeo del 16 de diciembre de 1995, que al aprobar la introducción de la moneda única europea estableció: "La tercera fase de la Unión Económica

---

(93) SANTAOLALLA LOPEZ, M. Cristina, "El Euro y la seguridad jurídica", en Rev. General de Legislación y Jurisprudencia, año 2001, enero-marzo, N° 1, p. 163. Para la autora, está claro que los documentos notariales son "otros instrumentos"; le parece menos claro el tema de los asientos registrales; por mi parte, no veo la diferencia.

(94) Un estudio exhaustivo de la norma se encuentra en ASCARELLI, Tullio, "Obbligazioni pecuniarie", Bologna, p. 2 y sigtes., Ed. Zanichelli, 1959.

y Monetaria comenzará el 1/1/1999 con la fijación *irrevocable* de los tipos de cambio de las monedas de los países participantes entre sí y con respecto al Euro".

Durante el período de la transición, el carácter irrevocable permitió a un tribunal francés, en un caso en que la sentencia había condenado a pagar una suma de escudos convertibles en francos al día del pago cometiéndose un error de conversión, decir que la suma en escudos debía pasarse a Euro y esa suma en Euro, a francos (95).

La regla de la redenominación tiene por objetivo que no se pierda dinero con el cambio; como dicen los españoles, "que no se pierda ni siquiera una peseta" (96).

En opinión de algunos autores, la redenominación también encuentra fundamento en la regla del valor nominal de la moneda, que en definitiva comporta la insensibilidad de las obligaciones a los hechos potencialmente capaces de incidir en el valor intrínseco de la moneda.

Alguien ha dicho que hay una "metamorfosis", una "alquimia" por la cual la moneda local se ha convertido en Euro (97); el Euro sería nada más que una redenominación de la moneda nacional. Alpa afirma que se trata de una ficción: aunque se verifique la conversión de la moneda nacional al Euro, esa conversión se mira como si fuese meramente tipográfica, porque legalmente *no* puede ser considerada una modificación de los términos del contrato; para la ley no hay modificación, sino re-denominación, aunque se hayan hecho los ajustes por decimales, los redondeos, etc., desde que la ley los priva de significado jurídico; se produce una "normalización disfrazada", efecto explícito de la técnica legislativa de las ficciones, connatural a toda técnica legislativa, incluso comunitaria (98).

---

(95) Cour d'appel de Paris, 2 e. ch. 1/7/1999, con nota sin título de X.D., en Le Dalloz, Cahier Droit des affaires, N° 37, p. AJ-3, 21/10/1999.

(96) HERRERA del REY, Joaquín J., "Moneda única y ficción nominalista", en Rev. de D. Privado de Madrid, t. LXXXIV, p. 10, 2000.

(97) BRAYER, Gérard, "Le droit européen des moyens de paiement", en L'europe des moyens de paiement à l'heure de l'euro et de l' Internet, París, p. 30, Société de Législation comparée, 2000.

(98) ALPA, Guido, "Introduzione dell'Euro e disciplina del contrato". Note minime, en "Contratto e impresa/Europa", 1998-2-654.

En virtud de esta regla quedan automáticamente re-denominados, además de todas las obligaciones, emergentes o no de contratos, el capital social; o sea, no existirán sociedades sin el capital re-denominado y aparecerán re-denominadas también las acciones o participaciones; en el Registro se tomará nota marginal en la última inscripción relativa a la cifra de capital social. Pero como se trata de operaciones de simple carácter aritmético, no devengan derechos arancelarios, notariales ni registrales, aún si el acuerdo se eleva a escritura pública.

XIX. La continuidad de los contratos y demás instrumentos jurídicos (artículo 30, Reglamento 1103/1997)

a) *La regla.*

Como consecuencia del principio antes analizado, la introducción del Euro no debería modificar ninguno de los elementos del contrato. Se trata de una norma directamente relacionada con la *lex obligationis* conforme la cual no cambia ni el contenido, *ni la denominación* del contrato.

Las normas comunitarias son terminantes; transcribo nuevamente el art. 3º del Reglamento 1103/1997: "La introducción del Euro no tendrá como consecuencia que se altere ninguna condición de un instrumento jurídico o que se exima o excuse del cumplimiento de lo establecido en él, *ni otorgará a parte alguna el derecho de alterarlo o rescindirlo unilateralmente. Esta disposición se entiende sin perjuicio de todo aquello que las partes hayan podido acordar* (99)".

Recuérdese, además, los consids. 7 y 8 reproducido más arriba.

En razón de lo dispuesto por estas normas, alguien dijo que más que hablar de *continuidad*, hay que hacer referencia a la *inalterabilidad* de los contratos (100).

---

(99) El texto en inglés dice: "The introduction of the euro shall not have the effect of altering any term of a legal instrument or of discharging or excusing performance under any legal instrument, nor give a party the right unilaterally to alter or terminate such an instrument. This provision is subject to anything which parties may have agreed".

(100) PIÑEL LOPEZ, Enrique, "Los contratos bancarios y la moneda única", en "Contratos bancarios y parabancarios", Valladolid, p. 155, Ed. Lex Nova, 1998.

b) *Ambito de aplicación. Terminología.*

El término contrato abarca todo tipo de pacto, independientemente de la forma en que se ha celebrado.

Por otro lado, el art. 3º del Reglamento es aplicable aún en los países comunitarios que no entraron en la tercera fase (Reino Unido, Dinamarca, Suecia (101) y Grecia); la cuestión es importante porque un gran número de contratos comunitarios están sometidos a la ley inglesa (102). En cambio, no es aplicable a contratos de países no comunitarios, o a contratos sometidos a leyes de países ajenos a la comunidad. De cualquier modo, cabe señalar que algunos Estados (por ej., en norteamérica el de New York y el de Illinois) han aprobado algunas disposiciones legislativas directamente encaminadas a reconocer el principio de continuidad de los contratos, especialmente aquellos contratados en Ecus y en monedas nacionales europeas pertenecientes a la Unión Europea (103). Por eso, la cláusula de continuidad del contrato es inútil en un contrato celebrado entre personas comunitarias y útil si interviene un no comunitario.

c) *Fundamento.*

Para algunos autores, la continuidad del contrato parece derivar de la circunstancia de que como las piezas monetarias constituyen un *instrumento* de cambio, lo que le interesa al acreedor es la prestación (en medida cuantitativamente determinada de una unidad de medida de valor) y a esa prestación está obligado el deudor; por eso, la imposibilidad de dar esas piezas monetarias en la calidad pactada no puede dar lugar a la extin-

---

(101) Una autora afirma que, en principio, "Suecia no forma parte de la tercera fase debido a su incumplimiento de los criterios de convergencia. Sin embargo, hay motivos para pensar que en realidad, Suecia tomó una decisión unilateral y sin cobertura jurídica de no participación en esa fase, lo que constituiría una violación del tratado; sorprendentemente, esta decisión ha sido asumida y respetada no sólo por el resto de los Estados miembros sino también por las instituciones comunitarias que no han tomado ningún tipo de medidas al respecto" (CORTES HERRERA, Raquel, Suecia y la UEM: ¿Hecha la ley, hecha la trampa? En Rev. de Derecho comunitario europeo, p. 210, año 6 Nº 11, enero/abril 2002.

(102) RONFINI, Francesco, "Gli effetti giuridici dell' euro", Padova, p. 99, Cedam, 1998; CONTALDI, Gianluca, "Unione economica e monetaria e principio della continuità dei contratti", en Il Diritto dell'Unione Europea, p. 445, 1997/3.

(103) DE NOVA, Giorgio, "Il principio di continuità dei contratti dopo l'introduzione dell'euro", en p. 6, I Contratti 1998; RONFINI, Francesco, "Gli effetti giuridici dell' euro", p. 110, Padova, Cedam, 1998.

ción de la obligación sino que, por el contrario, comporta la sustitución con una prestación equivalente en moneda corriente al momento del pago. La continuidad de las obligaciones no obstante el cambio de la especie monetaria constituiría, pues, una consecuencia estrechamente conectada al carácter estructural de la moneda. En otros términos, dado el carácter meramente instrumental del medio monetario, no puede afirmarse que, como regla, la obligación se extingue por la extinción del objeto o por imposibilidad sobrevenida (104).

d) *La excepción legal. Carácter dispositivo. El juego de la autonomía de la voluntad.*

La regla de la continuación del contrato tiene carácter *dispositivo*, no es *imperativa*, desde que se deja a salvo lo que las partes hayan podido pactar. O sea, el principio de la autonomía de la voluntad prevalece sobre el de la continuidad de los contratos (105). Es válida, entonces, la cláusula por la cual las partes previeron que la introducción del Euro las autorizaba a resolver el contrato.

No obstante, se ha dicho que estas cláusulas presentan problemas de difícil solución (106).

La primera pregunta es si para que ese efecto se produzca es suficiente la convención por la que las partes someten el contrato a una ley (de la Europa comunitaria o cualquier otra) que admite la resolución existiendo excesiva e imprevisible onerosidad (107).

e) *La cláusula convencional que declara expresamente la continuación del contrato.*

Como he dicho, la continuación del contrato opera siempre que no haya cláusula en contrario. ¿Qué efectos tiene una cláusula contractual

---

(104) CONTALDI, Gianluca, "Unione economica e monetaria e principio della continuità dei contratti", p. 433, en Il Diritto dell'Unione Europea, 1997/3.

(105) RUIZ RUIZ, Florentino, "L'introduction de l'euro et la continuité des contrats sur des obligations pécuniaires", en N° 4, p. 720, Rev. Trim. de Droit Eur. 2000.

(106) RONFINI, Francesco, "Gli effetti giuridici dell' euro", p. 116, Padova, Cedam, 1998.

(107) Contesta afirmativamente GIARDINA, Andrea, "El euro: aspectos de derecho internacional privado", trad. de Guillermo Tempesta, en Rev. Derecho del Mercosur y de la integración, 2002-1-158.

que dispone que el contrato continúa, es decir, que expresa lo mismo que el Reglamento? La respuesta es que la voluntad negocial coincide con la legal.

No obstante, en general, las entidades bancarias no introdujeron en sus contratos las llamadas "cláusulas de continuidad", por dos razones (108):

— evitar que se interprete que quien crea la continuidad es la cláusula contractual, por lo que si esa cláusula no se hubiese insertado las partes podrían alegar la discontinuidad;

— como la mayoría de los contratos bancarios son de adhesión, cuando la continuidad interesase al cliente, la cláusula contractual le protegería; en cambio, cuando no le interesase, podría alegar el carácter abusivo de la cláusula.

f) *Primeras discrepancias interpretativas.*

El art. 3º del Reglamento 1103 planteó un debate importante que se desarrolló con dos órdenes de argumentos: unos, de carácter estrictamente jurídicos; otros, de naturaleza económica.

Desde lo económico, se recurrió "al buen sentido", al "sentido común", y se dijo que:

- nadie puede garantizar que la realización de la Unión Económica y Monetaria (UEM) no constituirá una alteración fundamental de los factores económicos (109).

- no puede dejar de tenerse en cuenta como factor relevante la eliminación de las tasas de cambios *fluctuantes* entre varias divisas y la sustitución por una tasa de cambio *fijo*. En este orden de ideas, alguien ha dicho que la cuestión de la Unión Económica y Monetaria Europea es un ejemplo de la perenne discusión entre los tipos de cambio flotantes

(108) PIÑEL LOPEZ, Enrique, "Los contratos bancarios y la moneda única", en "Contratos bancarios y parabancarios", Valladolid, p. 159, Ed. Lex Nova, 1998.

(109) DUTOUR, Benoît, "L'Euro et la continuité des contrats", en La Semaine Juridique, 1997, Doctrine 4048.

y fijos (110); discusión que no tiene por qué ser negativa, pues como decía Whitehead, "un desencuentro entre doctrinas diversas no es un desastre: es una buena ocasión" (111). Este elemento, podría tener incidencia en aquellos contratos que tienen por objeto propio el riesgo de cambio, como el seguro por el riesgo de cambio, o en aquellos contratos en los cuales la existencia de un riesgo de cambio actual constituye la causa o el motivo fundamental, como la opción de cambio o el *swap*.

- tampoco puede dejar de valorarse la incidencia de la introducción de algunos instrumentos prácticos, como un sistema de pago interbancario, el llamado *target*, que podría llevar a una disminución de las tasas de interés (112).

---

(110) BRITTAN, Samuel, "Una perspectiva de la UEM", en "A favor y en contra de la moneda única", obra colectiva, Fundación Argentaria y Estudios de Política Exterior S.A., Madrid, 1997, p. 46. El autor, economista inglés, confiesa haber tenido opinión a favor y en contra de ambas alternativas. "Durante los años sesenta, fui un claro defensor de la devaluación, con preferencias hacia el tipo flotante de la libra esterlina. En los años ochenta, me convertí en un tenaz defensor de que Gran Bretaña aceptara un tipo de cambio vinculado a través del sistema monetario europeo". Un autor español dijo en 1997: "La situación de la economía española es comparable —y que me perdonen los euro-optimistas y los que desprecian a las economías en desarrollo— a la economía argentina, en su intento de controlar permanentemente la inflación, con el apoyo, que se considera imprescindible de una moneda externa y la renuncia a la moneda nacional. Al igual que en la Argentina, el experimento sólo puede tener éxito si se elimina el déficit público y se hacen las reformas estructurales" (RECARTE, Alberto, "La UEM: un proyecto peligroso, incompleto y precipitado", en "A favor y en contra de la moneda única, en obra colectiva", Fundación Argentaria y Estudios de Política Exterior SA, Madrid, 1997, p. 111). Otro autor también ha comparado la situación europea a la Argentina anterior a diciembre del año 2001, pero para fundar su idea de que si los políticos europeos hubiesen querido de verdad una moneda estable, en lugar del Euro, debieron atar la moneda europea al marco alemán, convirtiendo a los bancos centrales nacionales en cajas de emisión o currency boards, y concluye: "Este es el sistema que existe en Guatemala, Panamá, Chile y Argentina: sus quetzales, colones y pesos respectivamente están unidos al dólar americano a un tipo de cambio fijo y han abandonado toda soberanía monetaria (SCHWARTZ, Pedro, "Vade retro: llamamiento a los ciudadanos europeos sobre la UEM", en "A favor y en contra de la moneda única", obra colectiva, Fundación Argentaria y Estudios de Política Exterior SA, Madrid, 1997, p. 127). Entiendo que en 1997 el sistema que describe no se correspondía al modelo chileno, que tiene cambio flotante. Los autores recuerdan que en Bretton Woods, se estableció un cambio fijo enganchado al oro, que favoreció el renacimiento económico posbélico de Europa y del Japón, pero que no sobrevivió a su propio éxito (PADOA-SCHIOPPA, Tommaso, "Europa, forza gentile", p. 28, Bologna, Ed. Il Mulino, 2001).

(111) Citado por BELLINO, Francesco, "La storia della bioetica e la svolta biopedagogica", Bari, p. 10, Ed. Cacucci, 2001.

(112) CONTALDI, Gianluca, "Unione economica e monetaria e principio della continuità dei contratti", en "Il Diritto dell'Unione Europea", p. 435, 1997/3.

Los argumentos jurídicos están estrictamente vinculados a la aplicación de la teoría de la imprevisión; a ellos me refiero en los puntos sucesivos.

XX. La teoría de la imprevisión

La cuestión a resolver es si producida efectivamente una gran desproporción en las prestaciones por efecto del cambio de moneda, aún sin cláusula contractual que lo autorice, un contratante puede recurrir a la ley local que admite la resolución o el reajuste. Es decir, si puede invocar en juicio el principio de la *frustration* o de la *wegfall der gescheftsgrunlage*, de *la théorie de l'imprevision, l'eccessiva onerosità sopravvenuta*, o principios con similares efectos.

a) *La respuesta mayoritaria (tesis negatoria).*

La mayoría de la doctrina responde negativamente: a los contratos celebrados después del tratado de Maastricht no le es aplicable la cláusula *rebus sic stantibus* (113).

Argumenta del siguiente modo:

— El art. 3º del Reglamento no constituye la mera recepción de un principio que surge del ordenamiento nacional; por el contrario, de algún modo representa una extensión sustancial. La sustitución del Euro es un acaecimiento relevante desde múltiples aspectos, y especialmente porque representa la base conclusiva de la instauración de la Unión Económica y monetaria. No puede creerse, entonces, que el art. 3º del Reglamento 1103 se limite a consagrar un principio general de orden jurídico interno. Por el contrario, la continuidad de los contratos aparece como elemento fundamental para garantizar a los operadores jurídicos la intangibilidad de las obligaciones, regla que debe ser precisada en el ámbito comunitario para evitar la creación de distorsiones en la actuación del Mercado común.

— Dada la importancia comunitaria, la regla se incorporó en un Reglamento, que tiene carácter obligatorio, y no en una mera Recomendación.

---

(113) CONTALDI, Gianluca, "Unione economica e monetaria e principio della continuità dei contratti", en "Il Diritto dell'Unione Europea", 1997/3, p. 439; DE NOVA, Giorgio, "Il principio di continuità dei contratti dopo l'introduzione dell'euro", en I Contratti 1998.

— Por la misma razón, la Comisión aclaró que la Unión Monetaria no puede ser calificada como hecho imprevisible (*unforeseeable*) ni como una grave ruptura de las circunstancias (114) y el *memorandum* explicativo que acompaña los Reglamentos comunitarios emanados de la Comisión deja aclarado que no puede pedirse la resolución por la sola aparición del Euro (115).

— Mucho antes, el 12/5/1994, la Comisión de las Comunidades Europeas publicó en el Boletín Oficial una nota explicando una serie de modificaciones introducidas en las condiciones que rigen las emisiones efectuadas por la propia Comunidad. Allí se dice que "Las emisiones de obligaciones y los empréstitos nominados en monedas de los Estados Miembros incluyen una nueva cláusula bajo el título "Unión Monetaria". Esta cláusula precisa que las partes contratantes conocen que la moneda del contrato podría ser en algún momento sustituida. En consecuencia, el reembolso del principal y el pago de intereses podrán igualmente ser efectuados en Ecus (ahora Euros). Esta cláusula implica que la sustitución de la moneda contractual no podrá ser considerada como una violación del contrato o como un acontecimiento imprevisto que implica una modificación de las condiciones del referido contrato".

— En suma, el Euro no fue un hecho imprevisible. La doctrina de la imprevisión o de la excesiva onerosidad requiere, en cambio, que la situación haya sido imprevisible. El Euro no es el hijo de un "fallimento del mercato" (de una falla o defecto del mercado); por el contrario, es el hijo de un período de estabilidad y de integración económica a la que se llegó exitosamente; sería entonces un completo contrasentido que fuese fuente

---

(114) Cit. por DE NOVA, Giorgio, "Il principio di continuità dei contratti dopo l'introduzione dell'euro", en I Contratti 1998, p. 5. El autor individualiza el acto de la Comisión que contiene este párrafo con las siglas COM-96-final.

(115) The legal framework for the use of euro, Comisión Europea, 13/11/1997, citada por RONFINI, Francesco, "Gli effetti giuridici dell' euro", Padova, Cedam, 1998, p. 99. nota 3; conf. con la regla de que, en principio, se excluyen las figuras nacionales que permiten la resolución, VILLANI, Ugo, "Gli effetti dell'euro sui contratti", en Il Diritto dell'Unione Europea, 2000/3/537; PROSPERI, Francesco, "L'introduzione dell'euro nella disciplina comunitaria: profili applicativi e spunti sistematici in materia contrattuale", en obra colectiva bajo la dirección de BIANCA, C. M. y NUZZO, M., "Euro. Contratti. Obbligazioni. Società", Padova, Cedam, 2001, p. 92; en la misma obra, en p. 115, BELLELLI, Alessandra, "Principio di continuità dei contratti e rinegoziazione contrattuale"; DI BLASSI, María Cristina, "Il principio di continuità dei contratti e ipotesi di eccessiva onerosità o impossibilità sopravvenuta della prestacione", p. 228.

de inestabilidad y discontinuidad (116). "No cabe alegar que la imprevisibilidad existe porque, aunque se supiese que habría moneda única existían incógnitas en cuanto a fechas y países; el argumento es inaudible porque equivaldría a confundir *imprevisiblidad* con *incertidumbre* (117).

— No son aplicables ni la teoría de la *impracticability*, ni de la *frustration* del derecho anglosajón porque la introducción del Euro no hace imposible el cumplimiento, ni elimina el objeto ni la finalidad última del contrato.

— La carencia de imprevisibilidad opera, incluso, en los contratos cuyo objeto es la propia divisa extranjera y cuya causa se encuentra en tratar de protegerse de las oscilaciones de la divisa en cuestión. Son los *swaps*, las opciones sobre divisas, etc. en los que al centro del vínculo hay siempre una moneda, objeto de cambio, con una cantidad de moneda distinta, de importe variable, en función del cambio del mercado entre los dos valores. Aquí, la moneda no es un medio de pago sino un elemento del mecanismo determinante de la prestación debida, que no sólo es objeto sino causa del negocio. Para algunos autores, estos contratos tienen carácter aleatorio. La teoría de la imprevisión es inaplicable pues el contrato consiste, justamente, en la asunción de ese riesgo (118).

b) *La respuesta minoritaria (tesis positiva).*

Para algunos autores, ni el art. 3º del Reglamento 1103 ni ninguna de las argumentaciones anteriores impiden el juego del real equilibrio contractual a través de la cláusula *rebus sic stantibus*, la buena fe, etcétera. Argumentan del siguiente modo:

— La continuidad contractual, como lo expresan los considerandos del Reglamento 1103/97, es un principio general, simplemente reconocido

---

(116) BONZANINI, Luca, "Introduzione dell'euro e contratti finanziari", p. 187, en I Contratti, 1998.

(117) PIÑEL LOPEZ, Enrique, "Los contratos bancarios y la moneda única", en "Contratos bancarios y parabancarios", p. 153, Valladolid, Ed. Lex Nova, 1998. Conf. MALATESTA, Alberto, "L'euro e le clausole abusive", en "Consumatori, contratti conflittualità", obra colectiva bajo la dirección de Cesare Vaccà, Milano, p. 134, Ed. Egea, 2000.

(118) PIÑEL LOPEZ, Enrique, "Los contratos bancarios y la moneda única", en "Contratos bancarios y parabancarios", Valladolid, Ed. Lex Nova, 1998, p. 164. Por la inaplicabilidad de la teoría de la imprevisión al swap se pronuncian también BONZANINI, Luca, "Introduzione dell'euro e contratti finanziari", en I Contratti 1998, p. 194; RONFINI, Francesco, "Gli effetti giuridici dell' euro", p. 117, Padova, Cedam, 1998.

por el legislador comunitario; en otros términos, el art. 3º tiene carácter meramente declarativo de lo que el derecho interno regula. Ahora bien, la buena fe, la imprevisión, también son principios generales a los que la Corte de Justicia de Luxemburgo ha reconocido el carácter de fuente del derecho. Por lo tanto, si el equilibrio contractual está dañado, estos remedios tienen cabida, desde que el propio derecho comunitario preserva ese equilibrio contractual.

— En efecto, la cláusula *rebus sic stantibus* es reconocida no sólo en el derecho interno de la mayoría de los países europeos, sino también en art. 6.2.1 los Principios generales de los contratos de Unidroit (bajo el título *hardship*) (119) y en el art. 6111 de los Principios de Derecho Europeo de los contratos, redactados por una comisión presidida por el Ole Lando (120).

Sobre este argumento, permítaseme la siguiente aclaración: he explicado en otro trabajo (121) que los problemas relativos a las dificultades en la ejecución de los contratos (especialmente los de larga duración) se encuentran tratados en todos los sistemas jurídicos y dan lugar a un abanico de soluciones, ricas y variadas objeto de una abundante literatura. Las notas en los principios de Unidroit explican que la regla es que los términos del contrato deben ser respetados, aunque una parte sufra graves pérdidas en lugar de las ganancias que esperaba o aún en el supuesto de que el cumplimiento del contrato ya no tenga sentido para dicha parte. Sin embargo, el carácter obligatorio del contrato no es abso-

---

(119) DRAETTA, "L'Euro e la continuità dei contratti", cit. por CONTALDI, Gianluca, "Unione economica e monetaria e principio della continuità dei contratti", en Il Diritto dell'Unione Europea, 1997/3, p. 438 nota 37 y en "L'introduzione dell'Euro e la continuità dei contratti", en "Il Diritto privato dell'Unione Europea", a cura di Antonio Tizzano, Torino, Ed. Giappichelli, 2000, p. 727; GATT, Lucilla, "Il problema della continuità dei contratti e i nuovi contratti nella fase transitoria", en obra colectiva bajo la dirección de BIANCA, C. M. y NUZZO, M., "Euro. Contratti. Obbligazioni. Società", p. 207 y sigtes., especialmente 219, Padova, Cedam, 2001.

(120) Compulsar versión italiana, bajo el cuidado de CASTRONOVO, Carlo, "Principi Di diritto Europeo dei contratti", Milano, Ed. Giuffrè, 2001, ps. 361/368 vta. En p. 368 hay una magnífica síntesis del derecho comparado europeo en torno a la modificación de las circunstancias como base para la modificación del contrato. Se ubica al derecho francés, belga y de Luxemburgo entre los países que no dan al cambio de circunstancias como elemento para la modificación del contrato, salvo en el derecho administrativo.

(121) Adecuación de los Principios de los contratos de UNIDROIT para la armonización del régimen interno de los contratos en un Código Latinoamericano tipo, en "Roma e América. Diritto romano comune", p. 231 y sigtes., Mucchi Editore, Roma, Italia, N° 7, 1999.

luto. Cuando las circunstancias sobrevinientes son de tal importancia que llegan a alterar en forma fundamental el equilibrio de las prestaciones, se produce una situación *excepcional* que en estos Principios se conoce como *excesiva onerosidad* o *cláusula hardship* (122); no obstante, no se trata de una norma imperativa; las partes podrían pactar que el contrato se cumpla como estaba pactado aunque acaezca un hecho imprevisible e inevitable. Al parecer, los redactores quisieron mantenerse cautelosos en un terreno todavía poco frecuentado en el ámbito europeo (123).

Resulta útil, entonces, hacer un rápido muestreo del derecho comparado: la modificación del contrato por el cambio de circunstancias está prevista en los Códigos italiano (arts. 1467); griego (art. 388); portugués (art. 437); austríaco (art. 1170); en Francia, está autorizada por la teoría de la imprevisión, con base pretoriana, para los contratos con la administración; en Alemania, con igual origen, se funda en el principio de buena fe; idéntica solución en el derecho español. Los países escandinavos, en general, no prevén el cambio de circunstancias como motivo para la revisión del contrato, pero recientemente se la ha introducido a través de las leyes sobre cláusulas inequitativas (*unconscionable clauses*).

— En suma, para la doctrina minoritaria, el art. 3º del Reglamento 1103 dice que, *ex se*, la redenominación, el cambio en la nueva moneda, no constituye una causa de extinción del contrato en curso de ejecución, pero nada impide que probados los extremos de la teoría de la imprevisión, pueda acudirse a ella.

---

(122) Para un estudio completo del tema ver el extenso trabajo de CIRIELLI, Stefano Enrico, "Clausola di hardship e addattamento nel contratto commerciale internazionale", en Contratto e impresa/Europa, 1998-2-733 y sigtes.

(123) BERAUDO, Jean Paul, "Les principes d'Unidroit relatifs au droit du commerce international", La Semaine Juridique (JCP), 1995, N° 3842. Para esta figura ver, específicamente, FONTAINE, Michel, "Les dispositions relatives au hardship et à la force majeure", y BERNARDINI, Piero, "Hardship e force majeure", ambas en obra colectiva a cura di BONELL, Michael e BONELLI, Franco, "Contratti Commerciali Internazionali e principi Unidroit", Milano, Ed. Giuffrè, 1997, p. 185 y sigtes. y 195 y sigtes., respectivamente; también FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte, "Les contrats du commerce international. Une approche nou-velle: Les principes d'Unidroit rélatifs aux contrats du commerce international", en Rev. Internationale de Droit Comparé, N° 2, p. 473 y sigtes., 1998. En el derecho argentino, en cambio, la cuestión de la renuncia anticipada a la teoría de la imprevisión ha sido ampliamente discutida. Me he pronunciado por la nulidad de la cláusula de renuncia anticipada.

— De cualquier modo, se admite que la aplicación de la *rebus sic stantibus* presenta sus dificultades prácticas porque es de interpretación restrictiva; efectivamente, su aplicación generalizada genera demasiada inseguridad jurídica.

c) *La experiencia jurisprudencial italiana anterior a la sanción del Reglamento 1103.*

Para entender los casos resueltos, es menester relatar brevemente algunos hechos. Entre 1988 y 1992, una cantidad importante de personas concertaron con diversos bancos italianos contratos de mutuo que tenían por objeto un préstamo en *Ecu*. Esta elección no era casual; estaba íntimamente unida al hecho de que por entonces, la lira formaba parte del Sistema Monetario Europeo (SME). Por tal circunstancia, la estabilidad de la relación entre lira y Ecu hacía este financiamiento particularmente ventajoso pues el préstamo se pagaba a una tasa de interés inferior respecto a los mutuos en lira. Sin embargo, las previsiones de los mutuarios fueron excesivamente optimistas porque no tuvieron en cuenta que en cualquier momento, los órganos competentes podían modificar la situación de estabilidad entre las monedas, como de hecho acaeció. Así, en septiembre de 1992, la lira italiana fue excluida del Sistema Monetario Europeo y dejada a la libre fluctuación del mercado; esto significó que se depreció notablemente respecto del Ecu. Por eso, pagar en Ecu empezó a significar para el deudor un sacrificio económico que en algún momento fue, incluso, superior al 45 % respecto de la cuota originariamente esperada. Los mutuarios solicitaron la resolución del contrato invocando el art. 1467 del CC italiano; algunos, por vía subsidiaria, solicitaron el reajuste de las prestaciones conforme el art. 1468; no faltaron, incluso, quienes iniciaron juicio por responsabilidad civil contra el Estado italiano, por haber llevado a esta devaluación que significó salir del sistema monetario por ese período. Los jueces rechazaron estas demandas con distintos fundamentos (124): la devaluación no era imprevisible y esta-

(124) Compulsar sentencias de los Tribunales de Roma, 1/4/1997; Nápoles, 10/2/1997 y Torino, 15/10/1996, en "Banca, Borsa e Titoli di credito", anno LX, 1997, Parte Seconda, p. 446 y sigtes., con nota de MANGANO, Renato, "Prestiti in Ecu e risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta", en ps. 476/485. En igual sentido se pronunció el tribunal de Roma el 22/5/1998, Banca, Borsa e Titoli di credito, 2000 Parte Seconda, p. 193, con nota de MINNECI, Ugo, "Sopravvenienza del mutuo in Ecu e doveri de buona fede". Este último autor se inclina por la aplicación del art. 1468 que autoriza una disminución equitativa. En todos los casos reseñados las costas no se impusieron a los actores sino que se dispuso que fueran soportadas en el orden causado. Aprueba esta jurisprudencia, y analiza todos los argumentos esgrimidos por los litigantes, DEL BENE, Francesco, "Mutuo in Ecu e risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta", en Riv. di Diritto Privato, p. 266, 1996.

ba autorizada; el pacto en ecus implicaba que las partes habían ampliado el alea normal de la contratación; el mutuo no es un contrato de prestaciones recíprocas, único tipo que autoriza la aplicación de la teoría de la imprevisión en Italia; no había razón para negar validez a las cláusulas que ponían a cargo del mutuario el riesgo del cambio de moneda. Un sector de la doctrina justificó la solución en que los bancos también se habían obligado con otras entidades bancarias en Ecus, por lo que hacer lugar a la demanda significaba hacer recaer sobre el sistema bancario estas diferencias. Más allá del acierto o error de la argumentación, hay que decir que estas sentencias ultrapasaron los límites tribunalicios y llamaron la atención de la opinión pública y de las fuerzas políticas.

XXI. El juego de algunas cláusulas indexatorias

El art. 4º de la ley italiana 433 del 17/12/1997 (que delegó en el gobierno la reglamentación del Euro y conforme a la cual se dictó el dec. legislativo 213 del 24/6/1998 que regula la introducción del Euro), dispone: "Los parámetros de indexación suprimidos después de la introducción del Euro que no puedan ser automáticamente sustituidos serán redefinidos respetando la continuidad entre viejos y nuevos parámetros y asegurando la equivalencia económico-financiera respecto a los parámetros que dejan de regir con el fin de garantizar la ordenada prosecución de las relaciones en curso".

Los autores coinciden en que estas normas están inspiradas en un sano pragmatismo (125).

XXII. Los contratos con consumidores, el Euro y la regla de la continuación del contrato

a) *Primeras Recomendaciones.*

La protección de los consumidores es objeto de constante preocupación en el Derecho comunitario europeo. Consecuentemente, los consumidores no podían ser ignorados en un paso tan decisivo como la introducción del Euro.

En 1997 se crearon los "eurobservatorios", órganos consultivos de seguimiento, control y participación en el proceso de transición e implantación del euro que cuentan con la participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de representantes del comercio, la industria y los servicios.

---

(125) DE NOVA, Giorgio, "Principio di continuità e parametri di indicizzazione", p. 519, en Il Contratto 1998.

El 23/4/1998, la Comisión adoptó tres Recomendaciones (126) vinculadas a la introducción del Euro y los consumidores:

— La relativa a los *gastos bancarios* estableció que no debían cargarse gastos por la simple conversión de monedas.

— Otra previó la obligación, durante la transición, de exhibir los precios en las dos monedas.

— La tercera importa la imposición de un diálogo, un monitoreo, un campo de información para facilitar el traslado al Euro.

b) *El juego de la autonomía de la voluntad y la cláusula que autoriza al profesional a resolver.*

Como he dicho, el art. 3º del Reglamento 1103 deja a salvo la autonomía de la voluntad.

¿Es aplicable la excepción tratándose de contratos con consumidores? O sea, en un contrato con consumidores ¿es posible pactar la discontinuidad del contrato?

En su Recomendación del 28/11/1996 el Parlamento europeo expresó: "Toda cláusula que permita a una de las partes sustraerse de sus obligaciones en caso de sustitución por el Euro de una moneda nacional de un Estado miembro participante es considerada nula cuando ella figure en un contrato tipo concluido entre consumidores y profesionales. Esta disposición se aplica también a los contratos tipos y a los contratos preimpresos que no hayan sido objeto de negociación individual entre las partes" (art. 3º bis).

La doctrina europea enseña que aunque este artículo no se mantuvo en la redacción final del Reglamento, los redactores de los contratos tipos deben tener conciencia de que esta clase de cláusulas podría ser dejada sin efecto por un tribunal (127).

---

(126) Compulsar MALATESTA, Alberto, "L'euro e le clausole abusive", en "Consumatori, contratti conflittualità", obra colectiva bajo la dirección de Cesare Vaccà, Milano, p. 130, Ed. Egea, 2000.

(127) DUTOUR, Benoît, "L'Euro et la continuité des contrats", en La Semaine Juridique, 1997, Doctrine 4048.

La cuestión no siempre es de fácil solución. Sabido es que el derecho comunitario tiene muchas normas en favor de los consumidores que ponen serios límites a la autonomía de la voluntad. Por ej., es nula la cláusula de prórroga de la jurisdicción; hay toda una serie de cláusulas que se presumen abusivas, etcétera.

Sin embargo, las directivas relativas a los servicios bancarios validan la cláusula por la cual el banco puede modificar la tasa de interés siempre que se dé al consumidor el derecho de rescindir el contrato. La solución coincide con otra de mayor extensión que declara no abusiva la cláusula que autoriza al profesional a modificar el precio de determinados bienes cuando éste depende de parámetros obje-tivos sobre los cuales el predisponente no tiene posibilidad de influir, como son, por ej., las tasas de cambio, o las listas oficiales de precio.

El problema radica en saber si el art. 3º del Reglamento 1103 permite al predisponente introducir una cláusula conforme la cual la introducción de la moneda única puede constituir un motivo justificado para la adopción de excepciones al sistema de la directiva de cláusulas abusivas.

La doctrina europea mayoritaria entiende que, en principio, también en los contratos con consumidores, la adopción de la moneda única no es causa *per se* para pedir la rescisión unilateral del contrato. De este modo, es abusiva una cláusula que autoriza al banco a rescindir el mutuo por el solo hecho de que cambió la moneda.

Coincido con quienes entienden que el derecho a disolver o a modificar unilateralmente sólo puede ser invocado dentro del marco de la directiva y de las leyes nacionales sobre cláusulas abusivas; por eso, como regla, el banco no puede invocar la introducción del Euro como justo motivo para resolver o modificar a su favor (128). En suma, cuando el Reglamento dice "salvo voluntad contraria de las partes", no se refiere a los contratos con los consumidores, que se rigen por la normativa de las cláusulas abusivas.

---

(128) MALATESTA, Alberto, "L'euro e le clausole abusive", en "Consumatori, contratti conflittualità", obra colectiva bajo la dirección de Cesare Vaccà, Milano, Ed. Egea, 2000, p. 138; PROSPERI, Francesco, "L'introduzione dell'euro nella disciplina comunitaria: profili applicativi e spunti sistematici in materia contrattuale", en obra colectiva bajo la dirección de BIANCA, C. M. y NUZZO, M., "Euro. Contratti. Obbligazioni. Società", p. 98, Padova, Cedam, 2001.

XXIII. La cuestión de las tasas de interés en todo tipo de contratación (129)

a) *La pregunta a responder. Una primera respuesta para los contratos con consumidores.*

La introducción de la moneda única, ¿es motivo justificable para cambiar la tasa de interés?

Responder a esta pregunta exige recordar algunos antecedentes.

b) *Las tasas de interés en la Europa comunitaria.*

En los países de la Unión Europea existían hasta ahora diversas tasas de interés. Además del Euribor (*European Interbanking Offered Rate*), existe la Libor, precio en el mercado de Londres (*Londres Interbank Offered Rate*); el Ribor (*Rome Interbank Offered Rate*); el Mibor (*Madrid Interbank Offered Rate*); la Eonia (*Euro overnight indez average*), que es el tipo calculado por el B.C.E. sobre la base de las operaciones que se cruzan entre las 6.45 p.m. y las 7 p.m), etcétera.

El *Euribor* se establece sobre la media simple de los tipos de interés diarios a los que se han cruzado operaciones a un año de plazo en el mercado de depósitos interbancario durante los días hábiles del mes correspondiente. Para el cálculo del tipo de interés se excluyen las operaciones cruzadas realizadas a tipos claramente alejados de la tónica general del mercado (130).

c) *Los factores de variación y la situación existente a fines del 2001.*

Los indicadores de las tasas de interés varían con relación a cada Estado. No obstante, durante el largo camino hasta llegar al Euro, ya a fines del 1998, la tasa obtenible por el cliente en un banco nacional evidenciaba una gran convergencia con la del mercado europeo; así por ej., en un banco italiano, sobre Ecu era el 2.80 %, sobre lira el 2.91, sobre marcos y

---

(129) Compulsar, entre otros, MOSCARINI, Lucio, "Unificazione monetaria e tassi di interessse", en obra colectiva bajo la dirección de BIANCA, C. M. y NUZZO, M., "Euro. Contratti. Obbligazioni. Società", p. 139, Padova, Cedam, 2001.

(130) Noticia aparecida bajo el título "Analistas financieros internacionales", en p. 31, año XXVII, N° 3, Comunidad Europea, Aranzadi, marzo 2000.

francos franceses el 2.80, sobre dinero belga el 2.88, sobre pesetas el 2.91. Por otro lado, la tasa de descuento variaba en torno al 3 % (131).

Pero de ahora en más, el precio del dinero tendrá en cuenta no sólo lo que pasa en un país determinado sino en los otros Estados de la Unión. Entre otros factores, la tasa de interés depende de criterios de política monetaria; ahora, esa política ya no depende de la autoridad del país (que era por ej., la que se tuvo en cuenta al celebrar el contrato), sino de la autoridad comunitaria.

d) *La normativa.*

Al comienzo del proceso se intentó que las normas comunitarias regularan con mayor detalle esta cuestión (132); sin embargo, la regulación específica fue dejada a la normativa de cada país.

De cualquier modo, el Reglamento 1103/97 afirma el principio de continuidad y dispone que "en los contratos con tasa de interés fija, la introducción del Euro no altera la tasa de interés nominal que debe pagar el deudor".

En otros términos, la tasa fija permanece invariable en el paso de la moneda nacional al Euro, aunque los economistas aseguren que la imposición de una moneda única tiene efectos sobre la tasa de interés. La solución del Reglamento puede comportar un desequilibrio con daño para el deudor si la tasa oficial del Euro fuese inferior (seguiría pagando una tasa más alta que la que debería pagar).

Ahora bien, si no se ha previsto una tasa fija, se aplicará la tasa de interés del Euro, que puede ser diversa al de la moneda nacional. En tal sentido se ha ejemplificado: el hecho de que un mutuo decenal en liras a una tasa del 16% (tasa muy equitativa en 1996) se transforme en un mutuo en Euro a la

---

(131) Datos suministrados por VALCAVI, Giovanni, "Il problema dei crediti di valuta dei crediti di valore e degli interessi monetari, all'avvento dell'euro", en Riv. di diritto civile, anno XLV, 1999, p. 475 y en "L'avvento dell'euro e il prossimo requiem del c.d.crediti di valore", en p. 2062, Il Foro italiano, 1999.

(132) Compulsar PROSPERI, Francesco, "L'introduzione dell'euro nella disciplina comunitaria: profili applicativi e spunti sistematici in materia contrattuale", en obra colectiva bajo la dirección de BIANCA, C. M. y NUZZO, M., Euro. "Contratti. Obbligazioni. Società", p. 104, Padova, Cedam, 2001.

misma tasa cuando se prevé que esa tasa será la mitad, no puede afirmarse que sea un suceso que no influenciará la relación contractual, pues genera en el deudor la impresión inmediata de un gran desequilibrio productor de daños (133).

Para un autor, en estos casos las partes pueden prever una cláusula de renegociación de las tasas de intereses o, en defecto de acuerdo, resolver el contrato (134), pero la solución no parece muy satisfactoria.

En España, se calculó que la introducción del Euro (operada a través de la ley 46/1998, del 17 de diciembre, conocida como ley paraguas), afectaba —en razón de la tasa de interés— a la mayor parte de los casi cuarenta billones de pesetas de préstamos hipotecarios vigentes al momento de su entrada en vigencia, sometidos a la tasa de interés del mercado interbancario (*Mibor*). Por eso, esa ley distinguió entre los préstamos hipotecarios (normalmente a consumidores) y los otros créditos. Para los segundos que se refiriesen al Mibor, mandó aplicar primero la cláusula que en sustitución hubiesen previsto las partes; si no existía esa cláusula, el juez debe aplicar la que tenga mayor analogía; otro tanto ocurriría si las partes previeron que la Mibor no desapareciera pero perdiese representatividad.

Para los hipotecarios vigentes al 1/1/1999, en cambio, estableció que la tasa Mibor se seguiría publicando mientras concurriesen los requisitos técnicos necesarios (fundamentalmente, que el número de operaciones cruzadas entre entidades financieras sea lo suficientemente amplio); en caso de no ser posible su elaboración, el Ministro de Economía determinará una nueva fórmula de cálculo que sustituirá al Mibor.

La ley ha querido beneficiar a los pequeños deudores (135); pero la cuestión es difícil. El problema radica —según los autores españoles— en que la tasa Mibor se obtiene de un promedio del interés al que prestan financiación las entidades de crédito en la plaza madrileña a un año. Como el número de operaciones que se cruzan con vencimiento a un año en el mercado interbancario doméstico es muy escaso, se debió buscar una

(133) RONFINI, Francesco, "Gli effetti giuridici dell' euro", p. 103, Padova, Cedam, 1998.

(134) DE NOVA, Giorgio, "Il principio di continuità dei contratti dopo l'introduzione dell'euro", en p. 5, I Contratti, 1998.

(135) RUIZ RUIZ, Florentino, "L'introduction de l'euro et la continuité des contrats sur des obligations pécuniaires", en Rev. Trim. de Droit Eur. N° 4, p. 716, 2000.

nueva fórmula que redujera la incertidumbre de los deudores. El 1/12/1999 se estableció una nueva fórmula, que tomó en cuenta el Euribor (media que publica diariamente la Federación bancaria Europea, integrada por aproximadamente sesenta entidades financieras) y eliminó el Mibor como tasa oficial para los créditos posteriores a enero de 2000.

En Italia, el art. 2º del dec. legislativo 213 del 24/6/1998 dispone: "A partir del 1/1/1999 y por un período máximo de cinco años, la Banca de Italia establece periódicamente una tasa cuya medida sustituye a la normal de descuento (tasa oficial de descuento) con el fin de aplicarla a los instrumentos jurídicos que remiten a esa tasa. Esta tasa se determinará inicialmente tomando como medida la última tasa de descuento y será periódicamente modificada por el gobernador de la Banca de Italia, debiendo publicarse en la Gaceta Oficial de la República Italiana, teniendo en cuanta las variaciones de los instrumentos monetarios adoptados por la Banca Central Europea que la Banca de Italia considere los más comparables a la tasa oficial de descuento en términos de función, de frecuencia, de variaciones y de tipo de efecto.

e) *Una conclusión provisoria para los contratos con consumidores.*

Un número importante de autores afirma que la respuesta a la pregunta de si un consumidor puede resolver el contrato frente a la variación perjudicial de las tasas no puede ser dada en abstracto; que debe analizarse qué incidencia ha tenido la moneda única sobre la tasa pactada, dado que la tasa de interés no será fijada por el banco acreedor sino desde el sistema central europeo; consecuentemente, y de conformidad a los principios antes expuestos, para los contratos con consumidores, la respuesta debiera ser que el eventual desequilibrio debe ser compensado con la facultad de receso del consumidor (136).

XXIV. El Euro y la globalización. El necesario control de las leyes del mercado

Me he referido, antes de ahora, a la necesidad de que el hombre ejerza algún control —por mínimo que sea— sobre las leyes del mercado (137).

---

(136) CONTALDI, Gianluca, "Unione economica e monetaria e principio della continuità dei contratti", en "Il Diritto dell'Unione Europea", p. 449, 1997/3.

(137) "Derecho de los consumidores y derecho de la libre competencia", en Anales de la Academia Nacional de Derechos de Buenos Aires, p. 261, Nº 38, 2000.

He encontrado escrito un párrafo con el cual coincido plenamente, por lo que me limito a transcribirlo.

"El mundo globalizado se presenta bajo perfiles maniqueos. Para algunos es el reino del caos, del desorden, la jungla donde sólo los predadores triunfan; para otros, es el cambio abierto de la libertad; un estado natural de la sociedad humana, al final de la historia. Pero la globalización no es sino un estadio más en el largo proceso del progreso humano en la tierra. Y gestionar este momento de la evolución requiere mucha reflexión y no poca claridad de ideas. En momentos de cambios vertiginosos, le es muy propio al ser humano renunciar a su responsabilidad de incidir en el proceso, y dejarse llevar por la riada, aceptando como ineluctables, e incluso como benéficas, las fuerzas naturales que le arrastran. Los cambios tienen su propia inercia, y si nos dejamos llevar por ella, acabaremos por encontrarnos allí donde el acontecer venga determinado sólo por los imperativos físicos y biológicos, lo que puede llamarse, en sentido impropio, leyes de la naturaleza. A esa condición pertenecen las llamadas leyes del mercado, que no lo son sino en tanto que leyes físicas. Dejar al humano y a la complejidad de sus múltiples dimensiones no sólo económicas sino afectivas, creadoras, relacionales y morales, a los meros pulsos del mercado sin establecer algunas cautelas o protecciones, es como someterlo, indefenso, a las fuerzas desatadas de la naturaleza... . El hombre, desde el principio de los tiempos, ha forjado su progreso mediante procedimientos que le han permitido canalizar las fuerzas y las leyes de la naturaleza, para ponerla a su servicio. En eso consiste la civilización" (138).

En mi opinión, el derecho europeo en general, y el proceso de formación del Euro, muestra la necesidad de ese control mínimo sobre la libertad para que ella siga existiendo.

XXV. Conclusiones provisorias

Se ha dicho que "la fortaleza o debilidad del Euro debe medirse en términos de las tasas de crecimiento de la economía europea y de inflación, y no en función del tipo de cambio con el dólar" (139). Esperemos pues,

---

(138) OREJA, Marcelino, "La cultura, de aquí al 2010", en obra colectiva, "El Euro. Consecuencias no económicas", p. 73, Madrid, Ed. Caja Madrid, 1999.

(139) PEREZ DIAZ, V., y TORREBLANCA, J., "Implicaciones políticas del euro", en obra colectiva, "El Euro. Consecuencias no económicas", p. 44, Madrid, Ed. Caja Madrid, 1999.

un tiempo, para poder decir si el Euro es fuerte o débil. Mientras tanto, hay que aprender la lección: el valor de la moneda depende, entre otros factores, de la reducción del déficit público.

En esa espera, también permítaseme soñar y desear para nuestro alicaído Mercosur lo que Rodrigo Rato dijo para la Unión Europea: El Mercosur es, sin duda, "un proyecto que permitirá a nuestro país afrontar los retos futuros con mayor capacidad y vigor. La pertenencia a un bloque económico estable, desarrollado y competitivo, la aplicación de políticas económicas dirigidas a la estabilidad y el proceso de flexibilidad de nuestros mercados dotarán a nuestra economía de la capacidad de reacción necesaria para poder crecer y generar empleo" (140).

Ortega decía: "España es el problema, Europa la solución" (141). Parafraseo y decir: "Argentina es el problema; la integración latinoamericana la solución".

---

(140) RATO, Rodrigo, "España en la moneda única", en "A favor y en contra de la moneda única", obra colectiva, Fundación Argentaria y Estudios de Política Exterior SA, Madrid, 1997, p. 170. Rodrigo Rato ha sido vicepresidente segundo del gobierno de José María Aznar.

(141) Cit. por GAMIR, Luis, "Euro, áreas óptimas y democracia", en obra colectiva, "A favor y en contra de la moneda única", Fundación Argentaria y Estudios de Política Exterior SA, p. 205, Madrid, 1997.

La senectud, de cara al derecho (*)

Por Augusto M. Morello

SUMARIO: I. La elección del tema. — II. Las nuevas fronteras legales de la senectud. — III. Lectura civil. — IV. ¿Cuándo se es viejo?. — V. Las virtudes de la juventud y los atributos de la vejez. — VI. El mensaje.

I. La elección del tema

Aunque advierta Bobbio que el tema de la vejez no es académico (1), dos razones primordiales me llevaron a su elección.

La primera, recordar a través de él al inolvidable ex Presidente de nuestra Corporación, el doctor Marco Aurelio Risolía que había disertado acerca de los "Aspectos Jurídicos de la Vejez", en noviembre de 1990, invitado a participar de las "Primeras Jornadas de Gerontología y Geriatría", cuyo

---

(*) Comunicación efectuada por el Académico, en la sesión privada del 8 de agosto del 2002.

(1) Esa afirmación encabeza el capítulo primero de la obra de BOBBIO, Norberto, "De senectute", traducción de Esther Benítez, p. 23, Taurus, Madrid, 1997. En esas páginas el ilustre profesor de Turín formula muy reflexivas observaciones 'de un viejo profesor', sin dejar de reconocer que hay edades tardías, como también un momento que marca el final de la posibilidad de llegar más allá de uno mismo en sentido cultural, como igualmente que a cierta edad 'es menester irse' (ps. 30 y 104).

Desde luego, además, como en casi todo, cara y contracara; alrededor de un millón de personas de 65 y más años viven solas o abandonadas en España (Ver ALCAIDE, Soledad, "¿Quién cuida de los abuelos?", El País, Madrid, 4/8/2002, p. 20).

Es cierto también que los efectos del envejecimiento de la población serán más evidentes y extensos en las décadas venideras, lo que importará un desafío para las economías (SAYAN, Serdán, "La globalización de la vejez", La Nación, 26/08/2002, p. 15).

texto recogieron nuestros Anales (2) y, en donde con galanura y profundidad señaló rasgos muy relevantes, básicamente desde la óptica del Derecho Civil, que acaso revista interés volver a considerar a la luz de la acontecido en la década desde entonces transcurrida.

Amplié esa motivación a raíz del fallecimiento del enorme civilista que fuera Guillermo A. Borda, cuyas enseñanzas no dejaron de centrarse en la persona humana —en todas sus dimensiones— como lo expusiera, desde el moderno horizonte del Derecho de Familia, en su conferencia de ingreso a nuestra Academia, el 13 de mayo de 1993 ("Anales", n° 31, p. 23).

La segunda, y derivación de la reflexión anterior, muestra un hecho angular, el corrimiento y las nuevas fronteras de la vejez con todo lo que ella impacta en la Vida, en el Derecho y en la Sociología general.

Comencemos por este dato.

II. Las nuevas fronteras legales de la senectud

Quien accedía al tema de la vejez o senectud en los años setenta de la centuria anterior y abría las páginas que en el *Diccionario de la Real Academia* se referían a ellos, advertía, y así también lo asumió el doctor Risolía en su ensayo, que el pensar del asunto hacía referencia y se centraba en la calidad de viejo que es equivalente a senectud; que ello concernía a 'la edad senil, período de la vida que comúnmente empieza a los sesenta años'.

Pues bien, la primera acotación en el impacto del tiempo en la vida es que ese mojón se ha corrido *una generación*, es decir no menos de tres lustros en la caracterización de Ortega. Ahora la línea divisoria pasa por los setenta y cinco años, como lo corroboran algunos elocuentes mojones en cuestiones que no han sido ajenas al tratamiento específico de nuestra Academia.

Comencemos por la valla del art. 99 inc. 4° de la Constitución Nacional como consecuencia de la Reforma de 1994, al incorporar la novedad de que los ministros de la Corte Suprema y los jueces de los tribunales federales inferiores, una vez que cumplan la edad de setenta y cinco años,

(2) Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 'Anales', núm. 28, p. 233.

necesitan de un nuevo nombramiento, y de que obtenerse el acuerdo del Senado lo será por cinco años, que podrá repetirse indefinidamente por el mismo trámite.

Se ocupó de ello nuestra Corporación en el caso del doctor Carlos S. Fayt y la bifurcación interpretativa respecto de la nulidad o la inconstitucionalidad de esa norma en el caso individualizado.

El segundo antecedente lo brinda la ley 25.587 (Adla, LXII-A, 2860) (*), llamada "tapón del goteo" producido por los amparos anticorralito, a que forzara la legislación de emergencia económica social crónica y la degradación de la seguridad jurídica. El art. 1° de ese ordenamiento, establece una nítida excepción respecto de la persona que ha llegado a los setenta y cinco años, a la que se reconoce una legitimación específica y un tratamiento preferencial con relación a sus depósitos. De pleno derecho, acreditada esa circunstancia, se abre un régimen tuitivo excepcional.

En tercer lugar, si nos desplazamos al derecho canónico, vemos también que cardenales y obispos cesan en su ministerio al llegar a los setenta y cinco años. Su Santidad, al cabo también obispo de la Iglesia de Roma, por razones de 'alta política' y pese a sus 82 años, viene sorteando la operatividad de esa exigencia, que parece no comprenderlo.

Otra concreta manifestación la expresa lo que denominamos el amparo *salutífero* que, por caso, ha expandido notablemente el Juez de Garantías de Mar del Plata, doctor Pedro Hooft, respecto a intervenciones quirúrgicas y provisión de medicamentos por parte del Estado a personas menores y de más de setenta y cinco años de edad. No hace sino actuar la doctrina de la Corte Suprema de tutela como obligación activa, que debe garantizar la efectividad y no interrupción del suministro de prestaciones a la salud en materia de solidaridad y asistencia a las personas (Cftar. CS, "Orlando, Susana B. c. Provincia de Buenos Aires", 04/04/2002, DJ, 2002-2-598; "C. de B.A. c. Secretaría de Programas de Salud y otro", 24/10/2000, consids. 15-30, entre otras).

No es diferente la doctrina legal de la Casación Provincial de Buenos Aires: ante la afectación general de la salud de la población provincial,

(*) El texto de la ley y los antecedentes parlamentarios que le dieron origen han sido objeto de publicación en nuestra revista "Antecedentes Parlamentarios", núm. 4, mayo de 2002, p. 877.

cualquier juez resulta competente para conocer y resolver la acción de amparo intentada (SC Buenos Aires, causa B.62.934, "Prieto, Juan Manuel. Colegio de Médicos", 08/08/2001, entre otros).

Desde otro ángulo, también en esa edad cesan las celebridades, como el director de la orquesta filarmónica de Nueva York que queda en reserva para tareas parciales o en actuaciones extraordinarias.

No es distinta la situación del presidente de China, Jiang Zemin, que cumplidos los 75 años reglamentarios se resiste a dejar el poder ("El País", Madrid, 29/7/2002, p. 7).

Los ejemplos pueden multiplicarse pero los anteriores son bastantes y de entidad para resaltar las movidas que la incidencia de la edad produce en la lectura de hombres e instituciones. Además, genera contradicciones o derivaciones asimétricas; por caso, el supuesto jubilatorio de los profesores universitarios cuyo *status* cesa al cumplir sesenta y cinco en una apreciación de la edad más congruente con el emplazamiento anterior de la vejez (sesenta años), que del nuevo registro, lo que seguramente llevará a la revisión del criterio actual (3).

La edad de las personas es un elemento o factor que siempre ha gravitado en el Derecho. Recuerdo que recién incorporado a nuestra Corporación (¡y han transcurrido más de quince años!), en un pequeño paréntesis de nuestras sesiones, el docto jurista que fuera Miguel S. Marienhoff, disparó esta aguda observación: "el descubrimiento de la penicilina, dio vuelta a todos los cálculos actuariales en los que descansaba el funcionamiento y capacidad de prestación de las 'Cajas Jubilatorias', organizados con arreglo a una ecuación vital que sobrevolaba los sesenta y cinco años y no la realidad presente en que los aportes se detienen en años distantes del espacio ganado para la pasividad por las expectativas de la vida".

---

(3) Las líneas de política responden a causas e idiosincrasias peculiares. El Gran Lama, en el Tibet, no tiene edad de cese y otras religiones tampoco la acotan en años determinados.

Se recogen en Europa apreciaciones similares: "el aumento de la longevidad por un lado, y la disminución de la natalidad por el otro, han desequilibrado el sistema: el exceso de gastos que produce el aumento de las clases pasivas no puede sufragarse con una disminución creciente de la población activa" (ABELLAN, José Luis, "Declinar del principio de excelencia", El País, Madrid, 6/7/2002, p. 1).

Las proyecciones se amplían sin cesar al correrse la amplitud vital por la longevidad. Así el aumento del límite máximo de la edad para la adopción que la nueva legislación italiana [mayo de 1983, Novela 184 y marzo 2001, Novela 149] que de 40 se elevó a 45 años (ver Filippo Danovi, *Aspetti processuali della nuova legge sull adozione*, Riv. di Diritto Processuale, Cedam, 2002, núm. 1, p. 158 y sigtes., la cita en p. 159, nota 4).

Habrá que tener presente, también, un pensamiento de Pascal: "si se es demasiado joven, no se juzga demasiado bien; si se es demasiado viejo, tampoco" (ver Cristóbal Serra, *Efigies*, Tusquets, Barcelona, 2002, p. 73). En todo caso no olvidar la lección de Homero y que la vejez cobra otra dimensión. "Nada está a salvo del destino. Nunca admires al poder, ni odies al enemigo, ni desprecies al que sufre" (Carlos FUENTES, "En esto creo", Seix Barral, 2002, cit., p. 196).

Tener deseos y saber mantenerlos, corregirlos, desecharlos (p. 76).

III. Lectura civil

a) En su recordada exposición el doctor Risolía enfocó la cuestión desde el costado del Derecho Civil y, en síntesis, puso de resalto múltiples características: a) La línea fundante elegida por Vélez Sarsfield fue la de optar por una de las corrientes seguidas por los jurisconsultos romanos; sólo apuntó a la edad de cada persona para referirse al nivel de su capacidad —en especial su discernimiento y voluntad— y desde el cuadrante del primer tramo de la existencia. Siguiendo a la ley Pletoria, y habida cuenta del desarrollo físico e intelectual, puso orden y seguridad en las relaciones de derecho y en vista a la responsabilidad civil según lo obrado, o la omisión.

Esa conceptuación y su filosofía —y así ha continuado hasta nuestros días— destacó el acento en la protección del menor antes que la del anciano y también le preocupó más la enfermedad y la incapacidad que la vejez.

b) La demencia, la sordomudez declarada por juez competente (y desde 1968) también los inhabilitados, art. 152 bis del Cód. Civil, son atrapados tuitivamente por el Derecho y por una Jurisdicción de Protección o acompañamiento de la que nos hemos ocupado en distintas obras (4).

---

(4) Ver ahora el volumen colectivo, dirigido por el recordado académico BORDA, Guillermo A., "La Persona Humana", en especial p. 105 y sigtes., La Ley, 2001.

c) Claro es que la ancianidad —la vieja y con mayor razón la 'nueva'— no es motivo de incapacidad, aunque de ocurrir su declinación y —esta vez desde la vertiente de los Códigos alemán y suizo— afloran ciertas grietas de la personalidad que dibujan la 'debilidad de espíritu' de que habla el Código venezolano de 1942, con imprescindible elasticidad. Y en miras de evitar daños para sí o para otros el Derecho le hace sitio a técnicas, algunas urgentes, de tutela efectiva.

Queda dicho que la vejez navega con el pabellón de la persona imputable y responsable; que la regla es la capacidad y la excepción la incapacidad.

d) También Risolía, con agudeza, ponía de resalto dos senderos más acusados: el primero, que sin reparar en el sexo, el hombre y la mujer pueden contraer matrimonio legal (y obviamente 'emparejarse' en uno de los matices de las relaciones de hoy) sin contar para ello con límites legales (5); el segundo, que el tema de la vejez ha dado mayor trabajo a los jueces a la hora de testar y no son pocas las dificultades del derecho positivo a fin de dilucidar tan trascendental acto, generador de ariscas nulidades que ponen en vilo la paz de la familia, a la hora de determinar el grado de razón del testador. No dejó de advertir Risolía que 'la vejez suele ser avariciosa, maneja la disposición de su patrimonio 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, concluye, que mueren asidas al derecho de propiedad, pensando y repensando los capítulos de la evolución sucesoria, del seguro o del contrato de renta vitalicia' (6). Las sociedades comerciales y de familia en vida y el traspaso a ellas de los bienes ha amortiguado, en el presente, el plafón del testamento.

Y Borda, en su citada conferencia de ingreso, destacaba la nueva edad de la mujer para ser madre adoptiva, aspecto que nuestro querido amigo en consideración con la legislación vernácula lo extendía a los cuarenta años, frontera que ahora se ha corrido en el derecho comparado.

e) Cabe apuntar que el Proyecto de Reforma de 1998 que unifica el derecho civil con el comercial, sigue esas aguas y no contiene previsiones que inno-

(5) Se verifica que el matrimonio se concreta a edad mayor y que la maternidad también ha corrido sus límites normales. Se es progenitora con más años de los que era corriente en décadas anteriores (ver sobre esta problemática MORELLO, Augusto M. y MORELLO de RAMIREZ, María S., "El moderno derecho de familia", caps. I y II, Ed. Platense, 2002).

(6) Opus cit., p. 19, de la separata.

ven en el diseño. La mayoría se adquiere a los 18 años (art. 20) y en el tratamiento de las *personas humanas*, que es la terminología que adopta el Proyecto, su política es a favor de la titularidad y ejercicio de los derechos hasta la muerte, de manera que salvo las causales legales para interdictar por razones psíquicas, la capacidad es la regla y persiste a lo largo de los años.

f) Las hipótesis en las que el Derecho se ocupa de las diversas parcelas de la vejez —el derecho al retiro del trabajo, a la jubilación y al seguro a la asistencia médica, el derecho a la salud, a la disposición de órganos para materializar el derecho al trasplante—, y a las correspondientes distinciones entre otros son aspectos vastos y que se enriquecen de continuo.

g) Es mi deseo, sin embargo, ceñirme a otras novedades que en correspondencia con las reflexiones iniciales muestran la nueva hoja de ruta que va recorriendo el tema.

Comencemos por reparar —y ello ha sido notable en el Derecho y la literatura de los EE.UU. en los años ochenta— en el papel del abuelo, del hombre mayor en el seno de la familia. El aumento de los divorcios y la reincidencia en uno o más siguientes resquebraja la posición de los hijos al cobijo de parejas sucesivas. En ese entorno el abuelo constituye la pieza clave y mención forzosa de la identidad familiar (7).

Es todavía más notable, desde la perspectiva solidaria, la dilatación de las obligaciones del abuelo en relación a los nietos. Si nos detenemos en la prestación alimentaria, pese a que nuestro Código Civil prescribe en la norma del art. 367 inc. 1° que ellos —los abuelos— tienen aparentemente, una obligación *subsidiaria*, que juega *después* de la exigibilidad de esa prestación a los padres, nosotros disentimos y en función de una interpretación sistémica y realista que privilegia la Convención de los Derechos del Niño (Adla, L-D, 3693) y su *interés superior*, entendemos que el beneficiario está legitimado, *per saltum*, para reclamárselos a los abuelos, que estando en mejor situación económica que los progenitores deben, personalmente y de modo principal y primero, actuar la solidaridad familiar en ese sentido.

h) Y esta situación marca también una subida de nivel en la virtualidad y extensión de los *deberes del hombre senecto*, al cual se le asig-

(7) Véase en el libro que individualizamos en la nota 5 supra, p. 137 y sigtes. y 153 y siguientes.

na una extensión útil y activa, por una parte protagónica de respeto, autoridad y ejemplaridad, *status* al cual, al mismo tiempo, se le anexan nuevos deberes, como el que nos ha concitado en punto a alimentos.

i) En tal sentido, un nuevo rescate de la instalación del anciano, por demás delicada y sensible, es la que le ocupa en razón de la mudanza cultural que nos envuelve y que porta nuevos valores y estimaciones comunitarias (8). En su ponderación, el hombre mayor gana plaza, necesariamente, por caso, en las Comisiones o Comités de Bioética en funcionamiento en Facultades, establecimientos sanitarios; en Comités de Crisis, de Solidaridad y en las más variadas Fundaciones. La creatividad y el poder de iniciativa, son infinitos.

Temas por demás ríspidos y de acuciosa presión actual —el parto inducido, el reconocimiento o no de la eutanasia como ya han aceptado en Holanda y Suecia, entre otras cuestiones de hondas repercusiones religiosas, filosóficas, jurídicas—, indican que figuras tan relevantes como el profesor José María Mainetti (93 años) en el Instituto Oncológico de La Plata, participe y sea escuchado con particular atención sobre el tema. Lo mismo podemos decir del escritor Ernesto Sábato, que en estos días cumplió 91 años, y del Senador en el Reino de España Julián Marías, como hasta su cercano fallecimiento, Pedro Lain Entralgo, de tan prolíferas y enriquecedoras influencias.

j) Un tercer flanco inexcusable de ser abordado es la presencia del hombre mayor en los momentos más angustiantes de una Nación, como ocurre en estas duras y desorientadas horas de nuestro país. La Historia muestra que fueron 'los senectistas', los que cambiaron el destino de las naciones. De Gásperi, Adenauer Schuman, Roosevelt, Monnet, son prueba por demás ilevantable en el azaroso siglo XX (con inevitables y dolorosos eclipses, como el del Mariscal Pétain).

---

(8) Lo que venimos señalando es que ahora la vejez no dura poco, de manera que no tiene confirmación aquella anécdota que recuerda el propio Bobbio cuando un médico se había encontrado un día entre enfermos que hablaban de la vejez y, naturalmente, se quejaban. Y uno de ellos terció: "No es que la vejez sea mala. Lo malo es que dura poco" (BOBBIO, op. cit., p. 34).

Parece prudente tener una vejez melancólica, entendiendo la melancolía como la consecuencia de lo no alcanzado y de lo que ya no es alcanzable (Ibídem, ps. 42 y 43).

También somos conscientes de que todo tiene un límite (9).

k) Medir, por ende, el tiempo de las personas y atribuir a la vejez siempre el gris con tendencia al negro no parece ni exacto ni justo, porque para muchos —y de ello para el bien de tantísimos más— ese período, *ahora más amplio, con más opciones, y provechoso*, muestra días de serena gloria y fecunda acción.

Siempre habrá razones de la ley y del corazón que nos harán comprender esa nueva y trascendente realidad de la vejez contenida en toda vida, en sus infinitos vaivenes y complicaciones, sus elecciones trágicas y sus dilemas (10).

Los ejemplos de luminosos largos ochenta años, de *continua laboriosidad*, apaga el pesimismo de Bobbio y resaltan las verdaderas y estimulantes posibilidades de la vejez de 'hoy' (11).

Y así llegamos al aspecto medular.

IV. ¿Cuándo se es viejo?

A) Seguir pensando que una persona se vuelve vieja al recontar un determinado número de años, decía Hans Thomae (12) supondría vivir al margen de una serie de mutaciones sociales e ignorar un progreso científ-

---

(9) En otra obra, Autobiografía, traducción de BENITEZ, Esther, Taurus, Madrid, 1998, el cap. VIII (Despedida) termina Bobbio sus recuerdos expresando, con pesimismo, que 'soy viejo' y entonces, concluye, "cuando uno se hace viejo, importan más los afectos que los conceptos" (p. 271).

(10) MAGRIS, Claudio, "Razones de la ley, razones del corazón", "La Nación", 15/6/2002, p. 17.

(11) Claro es que imparables éxitos de la biotecnología anuncian prodigiosos adelantos. De su lado los implantes permitirán que el cuerpo humano se acerque a la robótica, según lo afirma Rodney Brooks, autoridad mundial en el campo de la inteligencia artificial. El prestigioso investigador australiano del Instituto de Tecnología de Massachusetts en los EE.UU., vaticinó un futuro en el que el desgaste y el envejecimiento se solucionarán con prótesis conectadas a Internet ("La Nación", 18/6/2002, p. 10).

(12) En un ensayo que lleva ese título —(Cuándo se es viejo)— y se publicó en la Revista de Occidente, Madrid, núm. 75 (1969), ps. 319-332. El autor, nacido en 1915 en Winke/Oberbagern, Alemania, era profesor de Psicología de la Universidad de Bonn.

fico que, a este respecto, nos ha proporcionado nuevas expectativas y conocimientos fundamentales.

La evolución de la sociedad en los últimos decenios ha producido un desplazamiento de la significación en ciertas realidades sociales, alterando las estructuras en su conjunto. De ahí, agregaba, resulta que el concepto de vejez, se relativiza y haya de sufrir un desdoblamiento pluralístico, de acuerdo con la conformación de la sociedad en que va inserto. La urgencia de esta revisión ha dado lugar a una serie de consideraciones, tendientes a un replanteamiento de la cuestión que, por caso, pone en tela de juicio las normas establecidas, según las cuales un hombre ha de jubilarse a determinada edad y la mujer en otra. Se trataría de averiguar si el criterio seguido hasta hora representa una solución adecuada a las condiciones de producción de la economía actual y a la propia duración de la vida.

El profesor de la Universidad de Bonn señalaba, asimismo, que esas edades (que rondan los 65 y los 70 años) a la luz de los nuevos hechos y la entrada en las clases pasivas, aparece más bien como un convencionalismo, cuyo mantenimiento —¡lo expresaba en 1969!— irá produciendo crecientes problemas sociológicos, psicológicos y jurídicos.

Ensordinando otras visiones y cualesquiera que sea el límite temporal —que por sí solo es manifiestamente insuficiente para caracterizar, con rigor, los conceptos cabales de 'viejo', y de 'no viejo'—, nuestra sociedad más o menos abiertamente, emite señales y juicios de valor que traducen la orientación de las ideas en las que hay consenso. Son más representativos a la conciencia comunitaria esos juicios valorativos que aquellos que, estadísticas mediante, aportan comprobaciones objetivas.

Es más, si se siguen las ideas de Max Bürgen, el fundador de la gerontología médica en Alemania (13) y a fin de obviar las dificultades que aquí se presentan, propició sustituir el concepto de 'vejez' por el de *biomorfosis*, entendiéndola como *transformación de la vida*, dando a entender que 'vida' y 'mutaciones irreversibles' son dos cosas idénticas y que la vejez, que termina con la muerte, es una de las estaciones de la vida, con sus específicas formas humanas de conducta, condicionada por múltiples factores entre ellos los ambientales que determinan mutaciones irreversibles pautadas por la autorrealización y por la costumbre. Va de suyo, por consi-

(13) THOMAE, op. cit., p. 325.

guiente, que el principio de la biomorfosis se aplica a la psicología del desarrollo humano, que va desde la concepción hasta la muerte.

En todo caso, desde el ángulo negativo que ronda al tema no todo es un paradigma de mejor tiempo futuro y más largo que dibujamos como el de la vejez, porque en él se aloja, también, lamentablemente, una brújula de 'desmoronamiento' (Roschach) que indica no pocos supuestos en los que se pierde la orientación social.

B) Es preciso señalar, sin embargo, que el tema de la vejez demanda movilizar la imaginación y que su tratamiento se verá favorecido si lo capturamos desde otras coordenadas que hacen rotar el punto de mira *hacia las vivencias y el caudal del interés de una persona.* Del modo con que *esa persona se instala frente a la vida, en la meseta, planicie o estación última.* Desde luego que ese nivel estará influido por el estado general de salud, de agentes del contexto y de la propia e intransferible ecuación personal, familiar y económica, que siempre están estrechamente enlazados y actúan de modo interrelacionado, formando una trama inescindible. En cuyo marco acaecen aquellos cambios de cada trayectoria y que, generalmente, se identifican con el concepto de envejecimiento para recortar el perfil conceptual de 'anciano' en su sentido corriente.

En base de todo ello, concluía Thomae, contestándose la pregunta de ¿cuándo se es senecto?: 'Una persona se ha hecho vieja cuando varios de los procesos arriba mencionados influyen, de manera conjunta, para dar lugar a una desviación pasajera o definitiva de los módulos de comportamiento, respecto a las normas sociales y biológicamente definidas sobre lo que es el obrar y los que implican los postulados de la adaptación'. Cabe reputar, entonces, a la vejez, como una contingencia de signo social y su comienzo como dependiente, en gran medida, del destino al que el individuo en cuestión se halla sometido. Y remata sus observaciones en el sentido de que no deberá extrañar que "las investigaciones modernas en rededor del envejecimiento se ocupen cada vez menos del problema de la llegada de la vejez en general, y cada vez más de las distintas formas y casos de envejecimiento" (14).

De nuestra parte intentaremos abordar el tema desde otro hontanar no ya médico, estrictamente jurídico o sociológico, sino desde un vértice más humano y global de la *persona* anciana.

---

(14) Ibídem, ps. 331-332.

V. Las virtudes de la juventud y los atributos de la vejez

En una luminosa sobremesa de la primavera de 1925, en la Residencia de Estudiantes de Madrid, José Ortega y Gasset, habló a los alumnos y residentes de ella sobre las virtudes de la mocedad.

Con su seductora prosa y la hondura de pensamiento que le distinguían, Ortega desgrana finas y sagaces reflexiones sobre lo que se atesora en los años mozos y que él enhebra en cuatro —la risa, la amistad, el amor y el entusiasmo— describiendo sus géneros, importancia vital y la integración en un plexo que las coordina y, que se colorean, básicamente, en el amor y en el entusiasmo, que no es sino el amor a todas las cosas y quehaceres que atrapan el vivir. En una lúcida síntesis, el ilustre pensador español destacaba, de esas cuatro virtudes, que la risa abre el corazón de la mocedad, la amistad lo fija, el amor lo llena y el entusiasmo lo multiplica (15).

Pienso yo, dicho con la mayor humildad, que también han de predicarse los atributos de la senectud, porque la Vida —como el Derecho— se ajustan a sus especiales órbitas, con logros, congruentes y equilibrados, durante todas sus edades, por lo que debemos respetarlas a fin de mantener la armonía y que ello debe acontecer en cada una de las estaciones de manera que igualmente perduren a la hora del crepúsculo, y podamos recogerlos en nuestras almas impregnadas del universo y del más allá.

Son cuatro (obviamente que deben ser más) esas virtudes axiales de la vejez, según yo las veo a la luz de tantas ejemplares colinas, fundamentalmente jurídicas, desde Ulpiano a Kelsen y desde Bobbio a nuestros propios académicos 'mayores' de los cuales no he cesado de aprehender. También tuve la ventura de recibirlas en la madurez plena, de las lecciones en La Plata, de Mercader, Quijano y Arturo Acuña Anzorena, talentosos, con pasta de estadistas, presencias de su época que irradiaban un alto grado de responsabilidad, con el tono de entusiasmo y sensibilidad de las personas de principios. Esos atributos son: la *experiencia*, la *serenidad*, la *prudencia*, y la *ternura* que acaso permitan asirlos en la síntesis de la tem-

---

(15) "Elogio de las virtudes de la mocedad", Revista de Occidente, Madrid, 1982, núms. 15-16, ps. 65071. Como el verbo de menos letras y más difícil de conjugar es 'dar'.

planza y la sabiduría (16). La palabra ternura es para mí de las más bellas, cálidas y expresivas de nuestro idioma y resume los sentimientos del hombre y la mujer, porque en la cima de la aventura humana acoge las más variadas vibraciones —compañerismo, noviazgo, simpatía, amistad, amor— en tanto se conoce mejor la fragilidad de que estamos constituidos. Ventana abierta a la solidaridad.

Esa riqueza espiritual, la serenidad del alma, de que hablaba Mallea y que desnuda el fondo veraz, sensible y más íntimo e insobornable que cada cual lleva en el rincón mejor de sí mismo (Ortega), emerge en la vejez, como el árbol frondoso, que estaba ya diseñado en la semilla.

De allí que si persiste un hilo de la risa, o del entusiasmo, que abundaban en la mocedad, estimulándonos para emprender algo nuevo y valioso para los otros, estaremos lejos de sentirnos 'viejos' (17).

En esa visión instalo mi respuesta y creo que la comparten quienes están resueltos a no ser 'viejos'. Siempre que tengamos proyectos en marcha, planes, esperanza del mañana, seremos jóvenes. Dispuestos a rescatar la alegría y a no poner distancia con ella.

Como ya lo he expresado, he tenido la fortuna de tropezar con hombres buenos, puros y altruistas, quienes en los años mayores estuvieron siempre a la altura de las circunstancias y a los que recuerdo con cariño y gratitud (*eran lo que hay que ser cuando se trae al hombro la piedra del deber* [Rubén Darío]; *Que han vivido de verdad y no para ellos solos* [Unamuno]) (18).

---

(16) En los momentos de más hondo voltaje vital buscamos la felicidad a través de lo cotidiano, de lo pequeño, y es innegable que no pocos momentos invitan a ir al encuentro de la memoria. En torno de la muerte retornan los recuerdos de la infancia y la juventud, porque acaso en ese trance cobren espesores mayores hurgar sobre la vida; lo esencial de ella y de su sentido; también fomenta en nosotros, en cada persona, acaso más en la vejez, el arte de morir (ver CEBRIAN, Juan Luis, "El arte de morir", ps. 11 y 12, El País, Madrid, 20/2/2002). Tampoco es necesario acotar que, en esa estación, el Derecho no estará ausente.

(17) Y aunque muchos no expresen goces con los recuerdos de la infancia o de la mocedad; las consideran vidas olvidadas, como lo son también aquellas que como el pájaro equivocado vuela en lo profundo y nada en la altura, esa es la paradoja que han vivido (Francisco PINO). Sabiendo además que el crepúsculo de la vida cubre todo con la magia de la nostalgia (Jorge A. AJA ESPIL).

(18) El escritor uruguayo Mario BENEDETTI, luego de señalar que hay que saber sacar partido del insomnio, que es muy creativo y que en los años mayores se hace habitual compañía, no deja de advertir que 'la infancia es un privilegio de la vejez' (El País, Madrid, 14/6/2002, p. 21). Las experiencias de la infancia marcan el tono de toda la vida; siempre nos hace guiños. De aquéllas vivencias, pervive el entusiasmo. En todo caso debe-

VI. El mensaje

A) Ovillo en el cierre estos comentarios. Hay una relectura en el tema de la senectud. Su dilatación en el espacio temporal, su giro hacia un futuro al que no se lo ve sólo como la antesala del final de la existencia y en cambio sí con presencia y roles activos, protagónicos, convoca a mirarla de otro modo y con otros ojos, a escuchar fundados y sugerentes elogios acerca de la vejez.

B) El Derecho lo ha advertido y, con alabable inflexión, va comprendiendo a esa significativa conquista vital, a las implicancias que de ella se derivan y a la que tanto vienen contribuyendo los avances bioéticos. Nadie podrá negar los nuevos emplazamientos de las explicaciones, normas y límites que se han producido en el campo y fronteras clásicas de la vejez y de su encofrado jurídico.

Ese sistema es tuitivo, obviamente, aunque no se reduce a consagrar derechos y técnicas procesales de protección más urgentes y efectivas. Se proyecta, igualmente, *a los deberes y a una legitimación abierta y realista*, de acuerdo al panorama descripto.

C) La vida —que es el argumento central del Derecho, así como el argumento principal de la vida es el amor— recoge la enseñanza de Ortega: la vida es todo, la hora de la delicia y la hora del naufragio (19). Con respecto a la senectud, en el complicado tablero de la realidad, el Derecho sabe hacer los enroques adecuados e inteligentes que ponen de manifiesto que si bien nuestro tiempo es la imagen móvil de la eternidad, como lo dijo Platón y lo recordó Risolía, la generosa prolongación de nuestra existencia, al no estar agotado el manantial del que en la mocedad fluían la risa y el entusiasmo sino que, por el contrario, sin el vigor de aquella estación irrepetible, en el camino del postrer tramo, también nos acompañan con secretas resonancias y, con diferentes espacios, hacen digna y valiosa la existencia. Quiero decir, que nos dispensa cosas que generan el mismo entusiasmo (20).

---

mos tener fe y tenacidad para creer en él o fantasía para imaginarlo. No será el torrente que en su tiempo lo fue, pero insuflará bríos para que el ánimo no falte.

(19) Y el amor y el entusiasmo, el tener ideas e ilusiones, impiden la vejez del espíritu. El hombre sabe también que el tiempo apremia.

(20) No tengo dudas que en la Argentina actual en que hay que hacer una Sociedad y un Estado nuevos, una Nación creativa, noble y fermentadora, los sabios y prudentes 'ancianos' participarán con grandes honores y no menores responsabilidades. Remitimos a "El final de una época", Ed. Platense, 2001 y "El Derecho en la Vida", Ed. Platense, 2002.

La prolongación nos debe situar en ese período sin angustias y con esperanzas.

D) Y el Derecho, que se ufana de la coherencia, estará convocado a reconsiderar, por caso, al 'joven' ex profesor a quien deberá dársele nuevas tareas si se tienen ideas claras acerca de la función que puede desempeñar en esa nueva etapa y de la importancia de la colaboración a prestar a la Universidad. Por cierto que esto requiere también una nueva actitud por parte del docente retirado en su relación con la Cátedra, y la propia Casa de estudios' (21).

Asimismo, ocurre que ese joven-mayor no se verá liberado (después de los setenta años), de continuar ejerciendo sus derechos electorales, participando, activamente, de la vida política y democrática de la Nación.

E) Con la cuota suficiente que nos anima e impulsa a brindarnos y como acontece en la fragua de nuestra Corporación a no cejar, para todas las personas, en que el Estado de Derecho se convierta en Estado de Justicia, lo que en la sofocante Argentina de estos días constituye el desafío prioritario para el jurista es tarea que debemos asumir con alegría y amor también en la vejez (22). Lo que estoy seguro hubieran impulsado quienes nos sugirieron esta meditación.

---

(21) CUSMINSKY, Marcos, "Universidad en la mira", "El Día", La Plata, 18/6/2002, p. 4. El prestigioso profesor, médico, agrega: "Esa cancelación, a los 65 años, decidida por razones exclusivamente cronológicas que determina el fin de la actividad, no sólo docente, sino de participación en la vida universitaria es, en los tiempos actuales, poco coherente con el aumento de la longevidad, condiciones y bienestar de vida en muchos casos envidiables, sino que además supone la pérdida de la experiencia de treinta o cuarenta años de permanencia en la institución, de tener contacto con alumnos, graduados y otros docentes así como relaciones con otras cátedras del país y del extranjero que súbitamente quedan cortadas, todo lo cual parece un despilfarro de reservas de trabajo acumulado, sin tener en cuenta los aportes que puede prestar en esta nueva gestión.

(22) Yo miro con simpatía mi propia senectud y la de mi prójimo decía RISOLIA, e igualmente ocurre en la síntesis última; y, agrego, cada uno es, hasta el final, una persona resuelta a no dejar de serlo.

La revisión de los abusos de derecho en el derecho público y la justiciabilidad de las desviaciones de poder (*)

Por Jorge Reinaldo Vanossi

SUMARIO: I. Introducción. — II. Abusos del poder político. — III. Abusos del poder judicial. — IV. Abusos de los poderes de hecho. — V. Abusos de los particulares. — VI. Abusos de los partidos políticos. — VII. Abusos en el plano de la comunidad internacional. — VIII. La doctrina. — IX. Tres momentos en la jurisprudencia. — X. Repercusión de los abusos.

I. Introducción

En una de sus últimas preocupaciones, Alberto A. Spota planteó a sus amigos el tema de *los abusos del derecho en el Derecho Constitucional*, para ser encarado por los constitucionalistas argentinos. Con su entusiasmo característico *Spota*, de alguna manera, nos endosó la tarea liminar de hacer el introito de esto al doctor Germán Bidart Campos y a quien habla. El doctor *Spota* falleció hace ya casi un año y, obviamente, con el doctor *Bidart Campos* acordamos seguir a manera de legado la tarea encomendada.

Como van a ser dos exposiciones distintas, cada una va a llevar un subtítulo respecto de los puntos que abarca. De todos modos quiero anticipar que, para sorpresa de quien habla, al abordar el estudio del tema, saltó a la vista que esto era una cantera con una exploración de resultados imprede-

---

(*) Comunicación efectuada por el Académico, en la sesión privada del 22 de agosto de 2002.

cibles. Es decir, un yacimiento de temas y subtemas, cuestiones y aspectos, que podrían dar lugar —no ya a una comunicación— si no, en el futuro, a una elaboración más detenida y por supuesto más abarcativa.

Yo voy a adelantar, al revés de lo que se hace en las películas en las que no se anuncia el final, la conclusión.

La conclusión es que *la doctrina del abuso del derecho es el género y la doctrina de la desviación del poder es la especie.*

Cabe aplicar la primera, que ha tenido mayor desarrollo en el ámbito del derecho privado, al derecho público —donde casi nunca se ha hablado del abuso del derecho— y siempre se han utilizado otras denominaciones.

Muchos de esos abusos del derecho, en el ámbito del derecho público, han quedado fuera de toda posibilidad de control por distintas construcciones doctrinarias jurisprudenciales, y hasta constituyentes, que se han elaborado con distintas denominaciones según las culturas jurídicas y las distintas ramas del derecho. Por ejemplo, la doctrina de la no justiciabilidad de las cuestiones políticas. Las famosas "political questions", doctrina nacida en la Corte Suprema de los Estados Unidos y que también ha tenido aplicación en nuestro supremo tribunal.

Para los kelsenianos, las hipótesis de la llamada "norma de habilitación" que vendría a convalidar, por falta de órgano de control o por insuficiencia del control, la producción de actos o de normas viciados desde el punto de vista de su legalidad o de su constitucionalidad; pero que, en definitiva, quedan incorporados al ordenamiento jurídico porque no hay forma de invalidarlos.

Se ha hablado también, con respecto al Poder Ejecutivo y hasta con respecto a la cabeza del Poder Judicial, de una "zona de reserva". Una expresión que creo que ahora está un poco en desuso, pero que durante cierto tiempo se la ha invocado.

En el derecho administrativo hay, dentro de la cantera, un riquísimo yacimiento en torno al poder discrecional administrativo y, quien fuera mi antecesor —y me honra muchísimo ocupar su sitial— *Juan Francisco Linares*, dejó una obra memorable en esa materia, publicada en 1958 y que desgraciadamente no se ha reeditado. Hay algún fallo de hace diez años de la Corte Suprema (en lo posible no me voy a referir ahora ni en el

trabajo escrito a fallos contemporáneos); pero ese sí hay que mencionarlo porque es un fallo con un larguísimo "obiter dictum" —es del año 1992— donde se da por superada la doctrina del poder discrecional administrativo y se sostiene que en los aún así considerados poderes discrecionales —salvo los juicios vinculados con la oportunidad, la conveniencia o el mérito— también debe recaer el control a fin de evitar abusos en el desvío de la *finalidad* que se ha tenido en cuenta para el acto en cuestión; pero que no se ha cumplido porque la autoridad que lo ha dictado se ha apartado, ha sido infiel a ese *fin* perseguido.

Y también muchos casos han quedado al margen de toda observación por impotencia del órgano de control que se ha declarado incompetente para tomarlo en cuenta; según los distintos sistemas y los distintos países, una cosa es el derecho continental europeo, otra cosa es el derecho británico, otra cosa es el derecho norteamericano y otra cosa es el derecho nuestro.

Es bien conocida la elaboración doctrinaria, legislativa y jurisprudencial de la citada fórmula, en el ámbito del derecho privado y, más particularmente, en el espacio del derecho civil.

El Artículo 1071 del Código de *Vélez Sarsfield*, se ceñía a preceptuar lo siguiente:

"El ejercicio de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto"

Por su parte, la reforma introducida en 1968, a través de la ley 17.711 (Adla, XXVIII-B, 1810), aludió al ejercicio "regular" de un derecho y, además, agregó a dicho artículo el párrafo que dispone:

"La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal, al que al que contraríe *los fines* que aquélla tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres".

Así aparece contemplada la hipótesis de la "desviación" de los fines o desviación finalista.

El tema a desarrollar es la aplicación "mutatis mutandi" de la doctrina del abuso del derecho al ámbito del derecho público (iuspublicismo), sobre la premisa de que el ejercicio de la libertad y el ejercicio del poder se

relacionan entre sí, no sólo en términos dialécticos, sino también como las dos caras de una misma medalla: Esa medalla es la vida humana, con todas sus facetas y con toda su variedad.

Si se admite en el derecho privado la posible comisión de un abuso de derecho por la desviación finalista del acto cuestionado, no habría motivo para rechazar hipótesis semejantes que puedan acontecer en el ámbito del derecho público. El objeto de las reflexiones que siguen, es confirmar esta tesis, sobre la base de experiencias que ofrece el derecho constitucional y de doctrinas que tienen frecuente aplicación en la órbita del derecho administrativo.

El abuso de derecho en el derecho constitucional y los "abusos" en el derecho público

No es fácil hacer el catálogo y si se tratara de sacar una fotografía —que no es lo mismo que hacer una sistematización— se podría señalar que uno ve en esa fotografía: Primero, abusos provenientes

a. De los *gobernantes*

b. De los *grupos intermedios* sectoriales

c. De los *partidos políticos*

En segundo lugar uno encontraría, en la misma foto, abusos:

a. Que se producen *por acciones*, por actos positivos

b. Que se producen *por omisiones*, es decir, por silencios, evasiones, lagunas.

Acaso esta última sea la categoría, la de las omisiones, la más perversa en cuanto sus efectos.

En tercer lugar encontraríamos, también en la foto, abusos que se consuman:

a. *A través de normas y actos*

b. Que son el *resultado de hechos puntuales.*

c. Que se producen o se van "in fieri" desarrollando, sucesivamente, a *través de prácticas y costumbres* que toman arraigo y que quedan finalmente convalidadas.

En cuarto lugar, podríamos encontrar abusos de los ciudadanos y habitantes, ya sea:

a. *En el ejercicio de sus derechos,*

b. *o en el incumplimiento de sus deberes* de raíz constitucional, o de base legal; ya que la propia Constitución establece varios deberes, como carga pública o término equivalente, a cargo de los habitantes y de los ciudadanos en particular.

En quinto lugar encontraríamos también abusos:

a. *Provenientes de los poderes constituidos legalmente*

b. *del Poder Constituyente,* que también puede cometer abusos y los ha cometido, y

c. *de los poderes "de facto"* y de los usurpadores, cuando no se aplica la doctrina de facto.

En sexto lugar, y esto es enunciativo y no taxativo, también descubriríamos abusos que emanan del:

a. *Poder central,*

b. provenientes *de los poderes locales,*

c. abusos originados en *entes autónomos.*

Todo esto produce un cuadro muy negativo respecto no del consenso, pero sí del asentimiento que generan muchos de estos abusos. En Argentina no se ha declarado aún el estado de sitio; pero acontece algo peor: se ha declarado el *estado de anomia.* Por la vía de una sucesión de "decretazos" y de delegaciones elefantiásicas en el Poder Ejecutivo, de vetos parciales, etc., etc., que ya nadie puede contener y que la propia Constitución nacional reformada viene a estimular al compás de una crisis general (política, institucional, económico-social y cultural) que todo lo devora a su paso, resultando insuficientes los muros de contención preexistentes.

El doctor *Alberto Dalla Vía*, actual vicepresidente de la Cámara Nacional Electoral, se ha ocupado de este tema es la única publicación específica sobre los abusos en el derecho público de reciente data y formula la siguiente clasificación (1), en cuatro grupos, para él hay:

a. *Abusos terminológicos*, y señala dentro de este grupo las ambigüedades semánticas y las lagunas.

b. Detecta *abusos en la práctica constitucional* y como dos ejemplos arcónticos, señala el estado de sitio y las intervenciones federales en las provincias;

c. Detecta *abusos institucionales*, menciona en particular la doctrina de facto y la doctrina de las emergencias y

d. *Abusos prohibidos específicamente por la Constitución* y se remonta al art. 29, en cuanto a las facultades extraordinarias; al art. 22, con respecto a la sedición y al art. 36, con respecto a las consecuencias de la discontinuidad constitucional, que es un artículo de la Constitución reformada.

Respeto esta clasificación, no intento hacer otra; pero prefiero encarar el tema, según las siguientes variables:

1. Abusos del poder político.

2. Abusos del poder judicial.

3. Abusos de los poderes de hecho.

4. Abusos de los particulares.

5. Abusos de los partidos políticos.

6. Abusos en el plano de la comunidad internacional, que es un aspecto más delicado aún; pero que repercuten internamente en distintos estados.

II. Abusos del poder político

1. El estado de sitio (art. 23) Efectivamente han habido abusos y cabe señalar que aquél nunca fue reglamentado por el Congreso no obstante la frondosidad de proyectos presentados desde 1860 en adelante.

(1) Los abusos en el derecho público; "JA", 26/XII/01, p. 3 y sigtes.

2. *La intervención federal* (art. 6°) Tampoco tiene reglamentación legal, no obstante todos los proyectos —numerosos y muy valiosos— que se registran.

3. *Los decretos de necesidad y urgencia.* Aquí hay que distinguir antes de la reforma de 1994 y después de la reforma de 1994 (art. 99 inc. 3), y señalar que después de ella, el Congreso no ha cumplido con el deber de dictar la ley reglamentaria, ni con el de formar la comisión bicameral. De modo que cabe responsabilizar, no sólo al chancho, sino a quien le da de comer. Es decir, a quien favorece este tipo de abusos.

La queja en torno a los decretos de necesidad y urgencia la conocen todos Uds., de modo que me voy a limitar a señalar la diferencia, entre el estado de opinión que existe en España y el que existe en nuestro país.

En España, según datos publicados por un periódico en un artículo de un catedrático de Derecho Constitucional en la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona, Profesor *Carrillo*, el promedio ha sido el siguiente:

* *15* decretos de necesidad y urgencia en *1983*;

* *22*, en *1993*, gobierno de un determinado partido político;

* *29*, en *1997*, gobierno de otro partido político;

* *20* decretos en *1998*;

* *22*, en *1999*;

* *9*, en el año *2000* y

* *14*, en el año *2001*.

El autor se queja, pone el grito en el cielo y se escandaliza respecto de lo que considera un abuso.

En Argentina, no hay un dato al día de hoy. Hay sí, un trabajo muy reciente que, a mi modo de ver, no da cifras precisas. Su autor es el doctor *Vítolo* y aparece en La Nación del día 9 de agosto del año 2002; pero, el que investigó esto, hasta hace un año y medio o dos años, el investigador Mateo *Goreti*, registraba entre la presidencia de *Urquiza* en *1853* y julio de

1989, 24 decretos de necesidad y urgencia. Incluyendo la gran crisis de 1890, e incluyendo todo. Y desde julio de *1989*, hasta el momento en que Goreti termina la investigación —que si mal no recuerdo fue hace dos años—, ya estaban en *450*. Sin contar los *24* iniciales. Es decir la desproporción es un cuadro surrealista.

4. La legislación delegada (art. 76). También impresiona el tema. Tampoco el Congreso ha hecho lo que debía hacer. Recientemente la situación, en los últimos días, ha sido considerablemente grave. Ayer ha habido una definición parlamentaria, porque la Constitución del 94' fijó un plazo perentorio de cinco años para que toda esa legislación que está en un cúmulo de leyes que van desde Urquiza hasta ahora —y si son miles las leyes, dentro de las leyes puede haber más de una delegación, podemos tener miles de delegaciones—, fuera desbrozado ese contenido tan diverso y tan variado en el plazo estipulado. Eso no se hizo. De modo que cuando faltaban 24 horas para cumplirse los cinco años el Congreso, en dos renglones, prorrogó la resolución, como lo habilitaba una de las cláusulas provisorias. Esta vez, hizo algo para lo cual tenía competencia. Lo que se discutía era si esa prórroga podía renovarse. Ahora, la han renovado nuevamente. Y aquí también la pregunta que debemos hacernos es ¿quién tiene la culpa? Si el chancho o el que le da de comer. Porque la única forma de poder determinar qué es lo válido, qué es lo vigente y qué es lo necesario de ese enorme stock de legislación delegada, sólo se puede hacer a través del Digesto Jurídico. El Digesto Jurídico que, a través de todos los medios técnicos actuales es realizable, fue licitado hace algún tiempo y ganó esa licitación la Facultad de Derecho de la UBA. Pero como el Estado no ha cumplido con los pagos de ese contrato, la Facultad de Derecho no avanza en la ejecución. De modo que estamos como en el cuento de la "buena pipa" o como "burro de noria". Esta prórroga, por dos o tres años que ha dictado el Congreso, va a llevar nuevamente —si no avanza el Digesto Jurídico— a una situación en la cual hay que elegir entre el incumplimiento de la Constitución y el no inferir una herida más grave —otra más— a la seguridad jurídica, creando una situación lagunosa y de incertidumbre en la cual no se sabe si todo ese enorme conjunto de normas se aplica o no se aplica. Y algunas son importantísimas.

Alberdi ya había previsto el tema —quiero señalarlo, ya que estamos en un año alberdiano— y en su proyecto de Constitución, al mencionar las facultades del Congreso, se anticipó a la concesión de delegaciones legislativas que —cada vez en mayor grado— se intentan trasladar de su órbita al Ejecutivo, con la finalidad de poner en sus manos la decisión de mate-

rias que requieren de una eficaz actuación operativa de los cuerpos deliberativos, que va decreciendo día a día. Más allá de la interminable polémica que separa a los juristas argentinos en torno a una delegación más o menos limitada; hay que tener presente la previsión de *Alberdi* quien, ya en su época, proyectaba asignar competencia al Congreso en el ramo de lo Interior (art. 67) a fin de darle..."facultades especiales al poder ejecutivo para expedir reglamentos con fuerza de ley"... (inc. 7).

Es decir, él ya contempló en aquella oportunidad esta situación que luego —como sabemos— ha sido resuelta antes de la reforma del 94' por vía de jurisprudencia de la Corte Suprema.

5. *Los abusos que se originan* directa o indirectamente en el manejo discrecional de los gastos reservados, del régimen prebendario que existe en diversos ámbitos, de *prácticas clientelísticas* y de los "*chupópteros*", que es el nombre que el diccionario de la Real Academia le da a los "ñoquis". Este tema ahora sí está motivando causas judiciales. Un tema que hasta ahora ha estado en la órbita del bill de indemnidad; en este momento hay una causa judicial muy importante, que involucra a un ex presidente de la nación y hay más de una causa abierta, en torno a este tema, ligada al ex Concejo Deliberante de la Ciudad de Buenos Aires.

6. *El abandono del usuario y del consumidor* en una desprotección, muchas veces de hecho, y otras de hecho y de derecho. Porque las normas que existen no se aplican, o se aplican desviadamente.

7. *El ahogo fiscal* sumado a la *confiscatoriedad* que se produce por la vía sumatoria de las cargas fiscales. El *desprecio olímpico por el "efecto liberatorio del pago"*, que es desconocido en numerosas situaciones. Por ejemplo, en el revalúo retroactivo de los bienes inmuebles de la Ciudad de Buenos Aires, donde no obstante la jurisprudencia de la Corte —terminante en el sentido de la inconstitucionalidad— se sigue reclamando el pago de esas sumas.

8. Esto es eminentemente político más que jurídico; pero, en mi percepción, forma parte de los abusos del poder político y es *la búsqueda reiterada* en nuestra historia *del reeleccionismo presidencial.* Que es la causa eficiente de todos los males que padecemos y que debe ser derogada, como la mayor parte de la reforma de 1994.

9. Este sería el capítulo más jugoso y es el de *los abusos que se originan en los actos de los funcionarios y gobernantes en general* por "desviación de

poder" (lo que el Consejo de Estado francés, aproximadamente en 1864, comenzó a llamar: "Detournement de poivoir", avanzando más allá de la "doctrina del exceso de poder" que venía aplicando para los casos manifiestos). Y esta desviación se da cuando el órgano o el funcionario tienen incumbencia, pero en el ejercicio de sus competencias apuntan a alcanzar *fines* que están en contradicción con el sentido que se infiere de la norma dada por el constituyente o por el legislador. Sobre esto hay notables aportes del derecho Administrativo, tanto de los autores ya desaparecidos como de los vivos, incluso un trabajo ya olvidado, pero muy bueno, de quien fuera presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el doctor *Horacio Heredia* que formula algunas conclusiones y consideraciones muy interesantes sobre la faz de la dificultad probatoria que ofrece la doctrina de la "desviación de poder". Tema éste que ha sido recogido muy recientemente —el 30 de julio de 2002 (2)— en La Ley, por una prestigiosa jueza de cámara, la doctora *María Jeanneret de Pérez Cortés*, en un artículo realmente muy sustancioso, donde trae a colación el artículo 106 de la Constitución de España, que ha tenido la sabiduría de estampar su texto constitucional la prohibición de la desviación de poder en los actos de los funcionarios y que dice así:

Artículo 106 de la Constitución Española: "Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los *fines* que la justifican".

III. Abusos del poder judicial

Enumero:

1. El manejo discrecional de lo que nos permitimos llamar la *"energía jurisdiccional"*. Es visible que, no hay un mismo nivel de esa energía en todos los tribunales y es lógico que así sea, porque están integrados por seres humanos. Pero hay disparidades muy grandes: hay jueces amparistas y jueces antiamparistas. Hay jueces que practican la tutela efectiva de los derechos con mayor efectividad y otros que se conforman con declaraciones que luego, si tienen o no cumplimiento efectivo, hay que verlo. Y

(2) JEANNERET de PEREZ CORTES, María: "Si no existe ese sometimiento al fin, si se desvía un poder legal del fin para el que fue instituido y se lo hace servir a fines para los cuales no estaba determinado, habrá una desviación de poder, que viciará al acto; una ilegitimidad por violación del fin querido por la norma (arts. 7° y 14, ley 19.594) En, LLBA, 30 de julio de 2002.

hay además, muchas veces, abusos de declaraciones de incompetencia manifiestamente incorrectas; pero hechas deliberadamente con el propósito de eludir el control y no sancionar los abusos.

2. *Bajo nivel técnico.* Lo que el doctor *Imaz*, en un lenguaje impecable, llamaría "sentencias con error inexcusable". Que es la mejor definición de sentencia arbitraria. O sea, como dijo la Corte Suprema de Estados Unidos, que no ha utilizado esta expresión (arbitrariedad) se trata de "algo inconcebible en un orden normal de la administración de justicia". Y cuando vemos que la Corte Suprema dedica más del 80% de su energía a la solución de problemas que le llegan por vía de arbitrariedad podemos muchas veces criticarla por ser excesivamente generosa en la apertura de ese recurso y tenemos también que reconocer que, si hay tantas declaraciones de arbitrariedad, es porque hay demasiadas sentencias inexcusablemente incorrectas por la baja calidad de ese producto. Que es consecuencia de la baja calidad del producto que sale de la Facultad de Derecho, porque los jueces —en definitiva— salen de las facultades de Derecho, de modo que el tema conduce irremediablemente al gran debate de la formación del abogado.

3. También hay *abusos que se cometen desde el Poder Judicial por una desviación de poder* hacia:

a. La tentación por adoptar actitudes políticas, ya sea con un fin convalidante, con un fin de gratitud o con un fin preventivo —para escalar políticamente—. Es decir al revés de cómo hacían hombres de la talla de *Bermejo, Figueroa Alcorta* o *Sagarna* que cuando llegaron —como culminación de su vida pública— a la función judicial, se ciñeron estrictamente al espíritu de la Constitución y de las leyes y no pensaron en otro peldaño o en otra carrera política.

b. La tentación del show off, es decir, el "cholulismo" que abarca a toda la clase dirigente y del que no está exento algún sector de la justicia, que desgraciadamente hace cundir el descrédito en el resto de los magistrados que no incurren en esa tentación.

4. La *dispersión de tareas*, que va unida a la *acumulación de funciones incompatibles*. Es insuficiente el viejo decreto ley 1285/58 (Adla, XVIII-A, 587) y es menester establecer normas más estrictas. Nos hemos ocupado del tema; pero, naturalmente, como todo lo que se envía al Congreso, no es tratado y queda muerto en las comisiones.

5. El *desprecio a la investidura por falta de decoro.* Me refiero a casos obvios que han tenido mucha resonancia en los últimos años y

6. Los pocos, pero que existen, casos de *corrupción ostensible* o disimulada donde el culpable se autoincrimina por "cholulismo" o exhibición jactanciosa de lo mal habido. En la corrupción, como en el tango, tiene que haber dos para bailarlo. De modo que, obviamente, hay corrupción porque hay corruptores y corruptos, y los hay en todos los poderes del estado.

IV. Abusos de los poderes de hecho

1. *Convertirse en factores de "tensión".* Dejar de ser la representación de un interés al cual se defiende por medios legítimos para pasar a hacer un uso abusivo de medios, con la finalidad de generar tensión y obtener más allá de lo debido. Es el caso de los festivales de huelgas o las ocupaciones ilegales de fábricas, propiedades, domicilios, etc.

2. *Erigirse en contra-poderes.* Es decir, cuando los poderes intermedios optan por enfrentar abiertamente a los poderes de derecho, a los poderes públicos.

3. *Pretender ocupar el rol del Estado.* El Estado se ocupa del bien común y del interés general. Los sectores intermedios y los poderes de hecho defienden un interés que por su propia esencia es sectorial, es parcial; pero no es un interés general.

4. *Corromper a funcionarios y otros sujetos de decisiones.*

5. *Hacer uso de la fuerza, pretender justicia por mano propia, fomentar los "golpes de estado".*

6. *Manipular la anti-cultura mediática con fines de dominación.* Estamos ampliamente informados de esto, pues basta prender el televisor o escuchar la radio.

7. *El desprecio al consumidor y a la sociedad en general.*

8. El que resume todo: *Desentenderse del bien común en aras del interés sectorial.* Un ¡sálvese quién pueda! La facción por encima de la Nación. Esto quiere decir, la quiebra de la solidaridad social que anula las fuerzas individuales que, bien inspiradas, intenten sofrenar los abusos de los po-

deres de hecho. Aunque no simpatizo con su filosofía, debo darle la razón a *Hegel* cuando destaca: "El individuo es hijo de su pueblo, de su mundo, y se limita a manifestar en su forma la sustancia contenida en él; por mucho que quiera estirarse, jamás podrá salirse verdaderamente de su tiempo, como no puede salirse de su piel" (3).

V. Abusos de los particulares

1. Infinita variedad de acciones mezquinas. Una sociedad egoísta e individualista en la cual se observan falta de actitudes solidarias y altruistas. Por ejemplo, la ausencia de manifestaciones filantrópicas o la evasión en el cumplimiento de ciertos deberes.

2. Específicamente en materia de evasión. *La evasión impositiva.* Verdadero campeonato o torneo nacional, se juega a "quién evade más" y que gane el más vivo.

3. El "ventajismo" en todos los órdenes. Esto está expresado en una frase muy común. Cuando uno pregunta: ¿se puede o no se puede? No se puede..., pero "hay que buscarle la vuelta". Hasta un presidente de la república se hizo famoso con esta frase, desviando el poder para poder alcanzar un objeto que no está en la finalidad de las normas constitucionales o legales.

4. *El escaso compromiso político y la escasa participación en el sistema conforme a las reglas del juego.* La llamada "mayoría silenciosa" que va a correr el riesgo de dejar de ser mayoría si sigue siendo silenciosa; pero también corre el riesgo de irse al extremo opuesto, por dejar de ser silenciosa y limitarse a la protesta sin formular la propuesta, que sería la actitud positiva.

5. Todo esto está resumido en una muy sucinta expresión de *Juan Agustín García* en "La ciudad indiana" en el 1900, cuando ya señalaba cuál era el rasgo característico de nuestra sociedad: *"culto al coraje y desprecio a la ley"*.

6. La "coima" como parte natural del precio a pagar por un producto.

De los señalados, el más dañoso es el desinterés por el reinado del derecho y la vigencia efectiva de la justicia. Es el caldo de cultivo para la

(3) HEGEL, G. W. F., "Lecciones sobre la historia de la filosofía", t. I, p. 48, México, FCE, 1979.

permisión de todos los demás abusos, pues carcome el tejido social y neutraliza cualquier reacción saludable. Esto mismo lo advertía *Ortega y Gasset* con su lucidez habitual: "No hay salud política cuando el gobierno no gobierna con la *adhesión activa* de las mayorías sociales". No es una expresión meramente numérica, sino cualitativa.

En la pasividad social se encuentra el acta de nacimiento de numerosos vicios que devienen en abusos y desviaciones. La indolencia colectiva es generadora de una cultura del desgano. Revertir esta tendencia demandará el esfuerzo de varias generaciones, habida cuenta que el mal está demasiado generalizado y se ha erigido en una especie de anti-paradigma.

VI. Abusos de los partidos políticos

1. El *autismo*, que se traduce en el "internismo" desaforado.

2. La *soberbia de los dirigentes*, sus "boutades", desplantes, atropellos, agresiones.

3. Las *prácticas fraudulentas* y no competitivas.

4. Las *pretensiones hegemónicas sobre otros poderes.*

5. La *distracción de fondos.*

6. El *descuido en la formación y capacitación de los elencos.* No se cumple con el mandato constitucional de derivar fondos a la preparación y capacitación de dirigentes, con lo cual incurren en malversación de fondos (Punto 5º).

7. Defensa cerrada de un régimen electoral perverso y agotado que todos condenan, pero que nadie cambia.

8. Caudillismo, personalismo e incondicionalismo servil.

9. Muy grave: el *doble discurso*, que confunde y defrauda a la opinión pública.

Han conseguido, pues, que la expresión "partidocracia" tenga una connotación peyorativa en vez de encomiástica, totalmente alejada de su significado técnico.

Estos abusos explican el bajísimo índice de credibilidad y de confiabilidad con que se mueven las expectativas ciudadanas; y también, es causa del vuelco de las inquietudes participativas hacia otros canales más transparentes y dinámicos.

Asistimos pues a una lucha sin fin que agota energías y declina entusiasmos, pero que parece una fatalidad ineluctable de la historia, ya prevista en su tiempo por *John Stuart Mill* (4) cuando decía "el amor del poder y el amor de la libertad están en eterno antagonismo".

VII. Abusos en el plano de la comunidad internacional

Entre los abusos que se dan en este plano encontramos:

1. Abusos propiamente dichos

2. Guerras de agresión

3. Intervencionismo

4. Represalias indebidas

5. Condicionamientos y extorsión de los más fuertes

En el marco actual de globalización se mantienen y refuerzan las asimetrías estructurales de los países del globo en el que un puñado de naciones controla y decide por el resto, se erige en jurado para determinar quiénes están bien encaminados y a quiénes hay que "encarrilar" con medidas que desde los centros de poder afectan las vidas de miles de millones de personas. Esta pérdida de identidad nacional que la mundialización impone, desdibujando fronteras en países con una economía imposible de controlar desde estados deformados y sin poder, deja sin protección a los más débiles; provocando una serie de abusos, intervenciones, represalias y presiones que llegan incluso a la guerra abierta o encubierta, en aquellos casos que no cumplen las reglas globales.

Hay una obra de *John Rawls, "El derecho de gentes" y "Una revisión de la idea de razón pública"* (5) que ilustra perfectamente este punto y ha sido comen-

(4) The subjection of women.

(5) DE SALAS, Jaime, comentario sobre el libro El derecho de gentes y "Una revisión de la idea de razón pública", Trad. Hernando Valencia Vila, Paidós, Barcelona, 2001.

tado por *Jaime de Salas*. Quiero rescatar algunos de sus conceptos: De Salas dice que "*La teoría de la Justicia* del profesor de Harvard, John Rawls es uno de los libros más influyentes en el campo de la ética en los últimos veinte años y *El derecho de gentes* es una continuación tardía que busca encontrar la dimensión ética de las relaciones internacionales". Los considera de gran interés porque "en una edad de globalización las relaciones internacionales se vuelven cada vez más importantes". Rescata el planteo por su rotundidad. "El derecho de gentes del que habla Rawls —continúa su comentario— tiene un contenido racional (...) sigue a *Kant* al propugnar una razón superior por la que *el respeto mutuo entre sociedades —y no entre gobiernos— permita la colaboración internacional*. Destierra las guerras como posibles entre sociedades democráticas". Destaca "que son las sociedades y no los gobiernos los que se entienden entre sí, (...) porque en la época de las ONG las relaciones internacionales adquieren una complejidad que escapa al Estado".

Aprecia "el orden racional, la exigencia de reciprocidad y el reconocimiento de las diferencias entre sociedades". *De Salas* cree que lo más importante es que *las sociedades democráticas no entran en guerra entre sí*. Este principio de *respeto recíproco* que preconiza Rawls es, según de Salas, fundamental para la supervivencia del sistema capitalista.

Rawls cree que hay un orden internacional aunque no descarta *la regresión al caos*, pues considera que nada está garantizado.

En este sentido, debemos considerar que el profesor de Harvard escribe su libro antes del atentado ocurrido el 11 de septiembre de 2001 a las Torres gemelas de Nueva York, a partir del cual, el escenario de la política internacional ha cambiado sustancialmente. La agenda global, hoy, nos permite ver con crudeza los *abusos en el plano de la comunidad internacional*, en negro sobre blanco. Podemos ejemplificar lo planteado en hechos recientes, como la evasión de aportes económicos que los países desarrollados se comprometieran ante la ONU a realizar en la lucha contra el SIDA, su negativa al control de la emisión de gases tóxicos demostrada en la *Cumbre de la Tierra* realizada en estos días en Sudáfrica, la utilización de armas químicas en el marco del Plan Colombia. Piénsese en el pedido de exceptuar a ciudadanos de ciertas potencias de la jurisdicción del Tribunal Internacional nacido del Tratado de Roma, para causas penales de alta gravedad.

Ya sin tapujos, el poder hace sentir todo su peso, su *hegemonía por imposición* sobre la aldea global y son los países periféricos, y nosotros podemos dar una triste cuenta de ello, quienes más lo sienten.

VIII. La doctrina

Hemos sostenido: El "abuso del derecho" es el género.

La "desviación del poder" es la especie.

Ahora quiero compartir aquello que dijeran los maestros, para ello he seleccionado sólo a algunos de ellos; y comenzaremos por Heredia:

A) Desviación de poder: "Se produce ésta *cuando la autoridad administrativa emplea sus poderes para un fin o por motivos distintos de aquellos para los cuales le han sido conferidos (Hauriou).*

"Hemos ya dicho precedentemente que, aún a falta de toda norma reguladora, la acción administrativa está dominada por un principio básico: *La causa o fin legal.*

"Todo órgano del Estado recibe sus atribuciones para ciertos fines, que son siempre *fines públicos*. No tiene, pues, su libre disposición, aún cuando se trate de facultades discrecionales, sino que está condicionada por el referido principio, que convierte en antijurídico todo empleo que de las mismas, haga para una distinta finalidad.

"La discrecionalidad, a su vez, no se otorga a la Administración para que pueda actuar a capricho, sino para hacer posible o más eficaz su acción en ciertas materias no susceptibles de reglamentarse o respecto de las cuales la regulación podría restar eficiencia a la actividad.

"Toda atribución de autoridad constituye un *deber* para el órgano que la recibe, puesto que lo obliga a emplearla siempre que sea procedente y a abstenerse de hacerlo, en cambio, en los demás supuestos. Los poderes no son para uso personal del agente, como no pocos creen, sino simples medios para el cumplimiento de sus deberes".

Y advierte con razón que: "No obstante estos fundamentales principios, en la práctica administrativa, son mucho más comunes de lo que fuera de desear el comportamiento desviado y hasta arbitrario de la autoridad dentro del campo de lo discrecional. Es, en efecto, frecuente el ejercicio de estas facultades con impecable apariencia de legalidad, pero persiguiendo un fin inconfesable.

"Actos semejantes están, sin duda, viciados de *ilegitimidad*, pero el problema finca en su comprobación. El Consejo de Estado francés ha realizado, en este sentido, una obra maravillosa y admirable; como que a él se debe la creación de la doctrina del "détournement de pouvoir". No obstante, se muestra siempre parco en su aplicación, porque para determinarlo es menester examinar los motivos de la decisión, cosa que considera sumamente delicada, sobre todo cuando se trata de actos que carecen de motivación.

Todas estas dificultades se aumentan y agravan cuando es un órgano judicial —como en nuestro caso— quien debe realizar la investigación. En no pocos supuestos puede verse resentido el principio de la separación de los poderes.

Esta consideración, ha decidido a la mayoría de sus redactores a excluir de los requisitos que tratamos, éste de la desviación de poder. Prudente ha sido, sin duda, su actitud que tiende a alejar toda dubitación sobre la posibilidad constitucional del recurso".

La Corte se hace cargo de esta dificultad (3ª etapa) llegando a referirse a la *"prueba diabólica"* (Fallos 315:1361); y *Jeanneret de Pérez Cortés* admite que la prueba de una finalidad distinta, o de la traición al fin legal, o de la falsa finalidad, o del móvil desviado, es difícil; pero no es imposible, toda vez que no siempre es fácil identificar el interés público: a veces por "rastros", y otras veces por "indicios vehementes".

La misma autora, en la publicación citada "ut supra" ("La finalidad como elemento esencial del acto administrativo y la desviación de poder") observa que el vicio apuntado puede configurarse en supuestos de *inactividad* del órgano, ya sea por *silencio* (cuando tenga el deber de expedirse) o por *inacción* (cuando deba obrar). El silencio sería inactividad *formal* y la omisión sería inactividad *material*; en ambos casos, una deliberada pasividad producida intencionadamente por el órgano que deja de actuar una potestad para que no alcance el fin de interés público tutelado por la norma.

Veamos ahora otra opinión autorizada:

B) Quiero referirme en dos palabras a *Juan Francisco Linares* que en este libro que ya he mencionado "Poder discrecional administrativo" dedica numerosas páginas a la cuestión. Sostiene al respecto:

"Y así se observa que es regla universal la de que los entes privados, a diferencia de las personas reales que tienen capacidad (competencia) para

hacer todo lo no prohibido, sólo tienen competencia para hacer todo lo no prohibido `dentro de los *fines*´ de la institución. Es la llamada `regla de la especialidad´.

"Esta regla de la especialidad ha tenido muy interesante sesgo en la creación pretoriana hecha por el Consejo de Estado de Francia, de un tipo de recurso contencioso administrativo de anulación denominado por `desviación de poder´.

"Se trata de la teoría o regla de especialidad aplicada a una persona pública, como es el Estado o alguna de sus ramas administrativas. Se ha puesto así coto a la arbitrariedad administrativa en el ejercicio de poderes discrecionales con el razonamiento siguiente: La competencia de un órgano ha sido concedida con ciertos *fines*, que, cuando son expresos, deben determinarse por interpretación. Si el funcionario dicta un acto administrativo con *otros fines* que los supuestos por la norma general, por levantados y serios que sean esos fines, el acto adolece del vicio de 'desviación de poder' y debe, a petición de parte interesada, anularse jurisdiccionalmente. Así por ejemplo en el caso de favoritismo, persecución o amenaza.

"La importancia del elemento finalista en el acto administrativo está especialmente caracterizada por el hecho de que si la administración debe tener, en principio, la elección de los *medios* de acción, no le suele pertenecer la libertad de elegir libremente los *fines* que ella debe perseguir. Y es por eso que el valor jurídico del acto administrativo se medirá muy frecuentemente, según la finalidad procurada por el autor del acto". (No parece posible llevar más allá del año 1864 el origen razonado y temático del recurso por 'detournement de pouvoir'; WELTER: 'Le Cônrtole, etc.', 136. Muchas veces la autoridad no confiesa que persigue un fin dado, señala alguno falso y el Tribunal, sobre la base de los antecedentes del caso, averigua el verdadero).

"La mención expresa de fines puede ser hecha con mayor o menor precisión, que ha de fincar, antes que en la corrección gramatical de su enunciado, en el tipo de conducta o circunstancia que se erija en *finalidad*. Baste señalar la diferencia que existe entre la norma que autorice a efectuar descuentos en los sueldos de los empleados "para formar un fondo destinado a otorgar préstamos en caso de enfermedad a dichos empleados" y la que autorice a efectuar descuentos en los sueldos de los empleados "para formar un fondo destinado a hacer a los empleados préstamos con *fines útiles*". El uso de fórmulas elásticas, como en este segundo ejemplo, para la mención de fines, ha de concederles la máxima latitud.

"Estando determinada la finalidad, así sea con una fórmula elástica como en esos ejemplos, el fin 'desviado' o distinto al que fija la ley, implica lisa y llanamente una infracción o entuerto jurídico. Una violación de la ley bajo una especie de abuso de poder o 'desviación de poder'".

"De esta manera, si cierta finalidad concreta con que actúa el órgano administrativo se declara ilegal por 'desviación', no se lo declara por una virtud inmanente al fin y propia de él, sino por lo que como sentido jurídico significa, según las circunstancias del caso, esa finalidad. Llegamos así al tema de la razonabilidad del obrar administrativo".

"Se verá cómo la desviación de fines con que esa actividad se despliegue constituye una especie de 'irrazonabilidad' vedada en nuestro derecho".

"En tales casos la especialidad será la pauta de solución *cuando ellos no están previstos en las leyes*. Y a este respecto debe recordarse que los que más interesan son precisamente los casos no resueltos o no contemplados expresamente por las normas generales, o los estatutos, con la mención de los *fines* para los que se acuerda la competencia o atribución. Pues cuando la ley misma o estatutos determina tales fines, expresamente, ya dijimos que es lo mismo que si determinara cualquier otra modalidad del acto. Es del silencio de las normas a este respecto, de donde surge la oportunidad del planteo del problema que venimos estudiando, porque se halla en juego un posible caso de arbitrio extraordinario y quizás de poder discrecional administrativo".

"Se desprende de los innumerables casos que ofrece la jurisprudencia del Consejo de Estado francés, el razonamiento utilizado por el Tribunal para anular actos administrativos cuya finalidad contradecía la de la ley de competencia: Unos con finalidad expresa, consistente en valoraciones y otros con finalidad expresa, pero construidos por el juez".

"Desde luego, cuando el fin está mentado o construido con una fórmula *elástica* habrá mayor arbitrio para el órgano, arbitrio que, como se verá, llega a su máximo, porque en el antecedente jurídico de la norma el 'motivo' está dado también con fórmulas elásticas. Ocurre que en tales casos, los hechos del antecedente, y la conducta prescrita en el consecuente, se describen con la ayuda de meros 'sentidos' mentados por fórmulas elásticas".

Pero lo interesante de *Linares* es que él considera que en la Argentina ha habido base constitucional para condenar las desviaciones de poder y

este tipo de abusos antes de que se edificara, por el Consejo de Estado francés, la doctrina del "détournement de pouvoir", porque esa doctrina nace en 1864. Pero ya en 1853, nuestra Constitución incluyó el artículo 28 que prohíbe alterar los derechos en su sustancia por la vía reglamentaria, y sobre esa base, la Corte Suprema comenzó a edificar —tiempo después— la doctrina de la *razonabilidad*. Doctrina en virtud de la cual, cuando no hay una proporcionalidad entre el medio elegido y el *fin* perseguido, el acto es irrazonable y por lo tanto es inconstitucional, por falta de razonabilidad. Esta conclusión de *Juan Francisco Linares* nos lleva, entonces, a lo que es tema de su otra obra —a la cual recordamos en el homenaje que se le tributó este año, merecidamente— el libro "La razonabilidad de las leyes". Porque él considera que, en definitiva, en nuestro país basta y sobra con la doctrina de la razonabilidad que ha ido edificando, pacientemente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Formulo cuatro conclusiones respecto de la posición de este autor y estimo que es acertada su postura de dar apoyo a todo esto, no en una mera construcción doctrinaria y jurisprudencial, sino en el artículo 28 de la Constitución nacional.

Y ¡Oh casualidad! Hay un fallo, del tiempo en que *Bermejo* presidió la Corte, planteado en la provincia de Mendoza. El caso *Canale*, el famoso caso de los sanatorios, donde expresamente se anula el acto legislativo por *desviación de poder* —sin utilizar esta expresión—, pero sí invocando el artículo 28. Es un fallo muy claro, muy transparente y realmente valiosísimo.

Más adelante, en esta magnífica obra, Juan F. Linares aborda el tema, en las ps. 194 y siguientes, a la luz de la doctrina de la razonabilidad; y podemos resumir sus reflexiones de la siguiente forma:

Irrazonabilidad por desviación de fines

1. Aparece cuando la finalidad confesada —o probada pese a no mediar declaración del autor en los considerandos del acto— que el agente quiere lograr con la prestación debida por él, es otra que la establecida por la ley.

2. Se afirma que el fin del acto entra en el género de la finalidad de la norma, o no entra. De ello depende la regularidad del acto individual en cuanto a su finalidad. Para *Jeanneret de Pérez Cortés*, el fin de la potestad

debe ser visto no sólo como un marco limitante de la actividad del órgano, sino como su propia condición de existencia.

3. Resulta de lo expuesto que la desviación de fines involucra un tipo de irrazonabilidad, por lo que cabría preguntar si no existe una inútil duplicación de la fórmula de "finalidad" con la de "razonabilidad".

4. El fin es desviado porque es irrazonable jurídicamente y no es desviado porque es, por el contrario, razonable.

5. Cuando el Consejo de Estado francés anula un acto por "desviación de poder" afirmando que, en verdad se ejerció la competencia con otra finalidad de "la que tiene en vista la ley" al otorgar esa competencia, construye una finalidad para la norma general, que se impondrá al acto, aunque distinta que la tenida en cuenta o construida, más o menos deliberadamente, por el funcionario administrativo. Es decir, hace expresa una finalidad supuesta como tácita en la ley. Complementa con un contenido dogmático construido, la ley.

En conclusión, el pensamiento de *Linares* es que para dar fundamento de legalidad y razonabilidad al ejercicio del poder administrativo llamado discrecional en el Derecho argentino, o para hacer efectivo el control jurisdiccional, incluso el judicial de esa facultad, no era necesario que "de jure condendo" o "de jure condito" se implantara la teoría de la "desviación de poder", creada por el Consejo de Estado francés e incorporada al régimen italiano y otros. En el sistema italiano constituye un aspecto del recurso por "ecceso di potere" en una de sus especies. También estima que en nuestro país no ha sido necesario un espaldarazo legislativo, toda vez que el ejercicio del arbitrio de cualquier tipo estaba dirigido por la exigencia de *razonabilidad* impuesta para todo acto estatal, por la Constitución argentina, desde mucho antes que el Consejo de Estado francés levantara en forma temática, su magistral construcción pretoriana del "détournement de pouvoir".

Como corolario, decimos:

Linares rescata la precedencia del art. 28 de la Constitución Nacional.

Cabe señalar que, por caminos distintos (apoyo en la doctrina española), *Jeanneret de Pérez Cortés* llega a conclusiones afines, ya que después de afirmar que considerada en un sentido amplio la desviación de poder

podría configurarse en el ámbito de cada uno de los poderes del estado y respecto de materias de índole administrativo, legislativo o jurisdiccional; sostiene más adelante que "no puede sin más aplicarse la noción al ámbito del Poder Legislativo, bastando con la posibilidad de recurrir a los principios de razonabilidad, interdicción de la arbitrariedad e inconstitucionalidad".

C) El académico doctor *Juan Carlos Cassagne* dedica reflexiones certeras y fecundas al tema que nos ocupa. En su concepto el elemento *finalidad* "configura otro requisito esencial del acto administrativo que se relaciona con el aspecto funcional del acto representado en el fin concreto de interés público o bien común que por él se persigue" (6). Estima con razón nuestro colega que estamos ante un requisito de legalidad del acto "tanto en la actividad reglada como en la discrecional" y, lo que no es menos importante, que la conformidad con el interés público "debe juzgarse en el momento en que el acto cobra vigencia para el derecho". Es rotunda la afirmación de *Cassagne* —que compartimos— en el sentido de que es "... en el ejercicio de la actividad discrecional donde se demuestra la importancia que corresponde asignar al elemento *finalidad* como requisito esencial y autónomo de validez del acto administrativo, ya que cuando la actividad fuera reglada, bastará con confrontar la finalidad del acto con el derecho objetivo para determinar o no su adecuación al interés público".

En resumidas cuentas, la postura del autor es omnicomprensiva, toda vez que incluye en el concepto de "fin violatorio" tanto el fin encubierto, cuanto el que directa o indirectamente "no responda al interés público concreto exigido para el caso en cuestión, cualquiera sea la índole de la actividad (reglada o discrecional)".

Estimamos que esta tesis es la que más encuadra en el pleno desenvolvimiento y amplio desarrollo de la noción constitucional del Estado de derecho como forma avanzada de los regímenes democráticos que respetan la separación de poderes y el debido control de revisión suficiente ante las violaciones o desviaciones que se produzcan.

D) Mi impresión sobre los efectos dañinos de la práctica frecuente de la desviación de poder conduce a la equiparación con la penetración perniciosa de un cuerpo extraño que afecta la salud del cuerpo social.

---

(6) CASSAGNE, Juan Carlos, "Derecho Administrativo", t. II, ps. 120 a 122 y 185 a 188, 7ª ed., Ed. Abeledo - Perrot, Bs. As. 2002.

Si tuviera que buscar un símil en el pensamiento literario o artístico acudiría a las durísimas palabras del compositor francés *Claude Debussy*: "la gente no tiene suficiente respeto por el mar" —¡miren qué ironía!— "no debería estarle permitido sumergir esos cuerpos deformados por la vida cotidiana en el seno del mar" (7). Nosotros no tenemos suficiente respeto por el Estado de Derecho, estamos permanentemente incrustándole el equivalente a esos "cuerpos deformados" a los que aludía el delicado músico francés. Así, apartarse de los fines y desviarse de las metas fijadas por el legislador o el constituyente es tanto como deformar el sistema jurídico con total menosprecio por la vigencia finalista del bien común y del interés general, que nuestro sabio preámbulo constitucional incluye extensivamente entre los fines superiores de la Organización Nacional bajo el rótulo de: "Promover el bienestar general". Y como bien señaló *Bielsa*, lo *justo* y lo *razonable* deben adornar a todos y cada uno de esos actos, habida cuenta que del mismo Preámbulo se desprende la protección divina, "como fuente de toda razón y justicia". De allí arranca la expresión de la ley y de la Corte cuando hablan, por ejemplo en materia de tarifas, de que deben ser justas y razonables. Está en el Preámbulo.

IX. Tres momentos en la jurisprudencia

Este retrato doctrinario de la "desviación de poder" no sería completo si no incluyéramos en su contenido la aplicación expresa o implícita que de ella ha efectuado nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación. Al respecto, notamos tres momentos indicativos de la aceptación del control judicial en esta materia, con la particularidad de que en los dos primeros no se la menciona por su nombre, aunque se alude en forma concreta a la cuestión "finalista", especialmente al fulminar actos inspirados manifiestamente en fines u objetivos retorcidos y reñidos con los propósitos de bien público e interés general abrigados por el constituyente o por el legislador. Cabe destacar que siempre ha estado presente en los fundamentos de la Corte Suprema el art. 28 de la Constitución Nacional, como fuente nutricia del parámetro de la "inalterabilidad" de los derechos: esto coincide pues con la tesis sostenida por *Juan Francisco Linares*, en el sentido de que la doctrina de la "razonabilidad" es abarcativa y comprensiva de los supuestos de desviación de poder.

El primer caso elegido para esta reseña data del fallo dictado el 13 de diciembre de 1913, en los autos "Zacarías Canale s/inconstitucionalidad

(7) DEBUSSY, Claude, "Lettera all'editore Durand", 1904.

de la ley orgánica de municipalidades" (Fallos 118:278), con la firma de los jueces *Bermejo, Daract, Palacio* y *López Cabanillas*. En dicha oportunidad la Corte declaró que era contraria a la constitución nacional la disposición del inciso 29 del art. 23 de la ley orgánica de municipalidades de la provincia de Mendoza en cuanto *ordena la remoción de los hospitales y sanatorios del centro del municipio de la capital, sin distinción alguna acerca del destino de estos últimos o la clase de enfermos que reciban*, quedando así, comprendidos en ella los que sólo reciben personas que sufren de enfermedades comunes no contagiosas y cuya permanencia en el centro del municipio no puede poner en peligro su buen estado sanitario.

En los considerandos, este notable fallo de Bermejo afirma que "si bien los tribunales no están llamados a examinar la oportunidad y conveniencia de las medidas legislativas o administrativas tendientes a proteger la salud pública, es incuestionable que de acuerdo con los arts. 14,17,19, 20 y 28 de la Constitución Nacional, la doctrina y la jurisprudencia, pueden resolver en circunstancias extraordinarias de manifiesto e insalvable conflicto entre aquéllas y la ley fundamental, que las mismas no tienen relación con sus *fines* aparentes y que se han desconocido con ellas, innecesaria e injustificadamente, derechos primordiales que el poder judicial debe amparar, como es el goce normal y honesto de la propiedad, sin perjuicio de tercero, y el ejercicio de profesiones e industrias lícitas, porque de otra suerte la facultad de reglamentación de las legislaturas y de las municipalidades sería ilimitada, y las leyes y ordenanzas locales o nacionales sobre la materia podrían hacer ilusorias todas las garantías acordadas al habitante del país (art. 31 Constitución Nacional. Fallos, t. 98, p. 52; t. 116, p. 116; t. 117, p. 432; 123 U.S. 661; 195, U.S. 223 y otros; Cooley, obra cit. p. 292)".

Con mucha prudencia y elegancia, la Corte subraya que en el sanatorio de los actores "no se han asistido ni asisten enfermos de enfermedades infecciosas", como "que tampoco resulta comprobado que dicho sanatorio fuese una molestia para los vecinos, o no estuviera en las condiciones de higiene y comodidad debidas" (p. 287). La clave de bóveda del caso radicaba en una evidente persecución política: el único sanatorio afectado por la norma dictada, pertenecía a una figura destacada de la oposición al gobierno partidario de turno(sic).

El segundo pronunciamiento judicial que tomamos en cuenta, data del 10 de noviembre de 1961, en los autos "Fisco Nacional c. Ferrario, Jorge s/ expropiación automóvil" (Fallos 251:246). El caso se originó también en causas políticas, de favoritismo y neta discriminación. Según se despren-

de de los antecedentes, el demandado formó parte del *grupo de corredores que intervino en la Cuarta carrera Panamericana, disputada en México durante el año 1953 y*, con tal motivo, introdujo un automóvil —marca Ford Custom, modelo 1950— por el Destacamento de Las Cuevas, valiéndose al efecto tan sólo de una *Libreta de Pasos* de Aduana, emitida por el Automóvil Club Argentino. Ello supone que careció de *"permiso de cambio"*, lo que le impidió nacionalizar el vehículo. *En las mismas condiciones se encontraban otros participantes de la aludida carrera, 56 de los cuales obtuvieron del Banco Central el otorgamiento de los respectivos permisos, que les permitieron introducir sus automóviles a plaza, en tanto que contra Ferrario y otros 14 corredores se resolvió promover juicio de expropiación* con arreglo al régimen de los decretos 9459/50 y 19.514/50 y al de la ley 12.830 de represión del agio y especulación (Adla, X-A, 428; 601; VI, I), que preveía en sus disposiciones una declaración de expropiación genérica (la que se hizo valer en el caso).

No escapó a la percepción de los jueces el dato político arcóntico que, realmente, fundaba el acto cuestionado: *"La única explicación de que el coche se adjudicara a Núñez —dice el fallo— estriba en la recomendación del Presidente de la Nación"* (fs.224 vta.).

A partir de allí, la Corte Suprema efectúa una construcción argumental impecable, basada en el siguiente razonamiento que, como claramente emana de sus palabras, se apoya en la desviación de los *"fines"* del acto en cuestión frente al *"fin"* protegido por la Constitución Nacional.

Veamos sus pasos:

a) Es indiscutible la facultad de los jueces para examinar si en la acción expropiatoria concurre la causa de utilidad pública, determinada por el art. 17 de la Constitución Nacional, *en supuestos de gravedad o arbitrariedad extrema.*

b) Existe arbitrariedad, sujeta a revisión por los jueces, cuando el Estado en ejercicio del poder expropiatorio, priva a alguien de la cosa de que es propietario para dársela a otro, en su exclusivo provecho patrimonial, como dádiva, y sin beneficio público alguno.

c) Es improcedente la acción expropiatoria, tanto cuando el fin de exclusivo lucro privado surge, palmariamente, de la ley que dispone la expropiación, como cuando el desafuero resulta del acto posterior de la administración pública que dio destino concreto a la cosa expropiada.

d) Es deber inexcusable de los jueces rechazar la acción expropiatoria cuando, *bajo la apariencia de un uso público, la cosa expropiada se "destina" o consagra a un mero uso privado, ya sea que ello ocurra antes de iniciado el juicio expropiatorio, o durante su tramitación.*

e) La entrega, como dádiva, a un particular, de la cosa expropiada, vicia e invalida la acción expropiatoria y obliga a descalificarla judicialmente.

f) La expropiación, instituida por el poder constituyente con carácter de procedimiento extraordinario, tiende a posibilitar el logro de los *fines* de utilidad pública o de mejoramiento social.

g) Admitir que se expropie de alguien lo que otro recibirá, sin más razón que la de gozar del favor oficial, implica tanto como atribuir al Estado potestades despóticas, inconciliables con el ordenamiento jurídico argentino.

El acto tortuoso era palmario. Al señor Núñez le habían adjudicado el vehículo en menos de la quinta parte de su precio de mercado (p. 256). Así, en esas condiciones (entrega del bien de particular a otro particular y no con destino al bien público o interés general), los jueces *Villegas Basavilbaso, Aráoz de Lamadrid, Boffi Boggero* y *Oyhanarte* decidieron por unanimidad fulminar el despropósito. Y es bueno transcribir la parte final del considerando 9º, que señala:

"Por último, nadie duda que la expropiación fue establecida por el legislador constituyente con el carácter de un procedimiento extraordinario *destinado a posibilitar el logro de fines de utilidad pública o mejoramiento social. Sólo cuando estos grandes fines están en juego es admisible que la propiedad privada ceda o se extinga*; y no, ciertamente, cuando lo único que concurre es el don o la gracia que los poderes políticos quieren practicar en provecho de quienes les son adictos. Admitir lo contrario, es decir, aceptar que se quite a alguien lo que otro recibirá sin más razón que la de gozar del favor oficial, significaría tanto como atribuir al Estado *potestades despóticas*, inconciliables con nuestro ordenamiento jurídico: la inviolabilidad de que habla el art. 17 dejaría de existir y la propiedad privada resultaría ser, nada más, que una institución desmedrada e indefensa, fácilmente allanable por la *voluntad arbitraria*, el *designio persecutorio* o el *favoritismo de los gobernantes*".

El último caso judicial que hemos seleccionado corresponde a una nueva etapa del Tribunal y de su jurisprudencia. Es una sentencia del 23 de

junio de 1992 dictada como consecuencia de una acción de amparo promovida por la Delegación de Bahía Blanca de la "Asamblea Permanente por los Derechos Humanos", que firman los jueces *Levene, Barra, Belluscio, Nazareno, Moliné O'Connor* y *Boggiano* (con disidencias de *Cavagna Martínez, Fayt* y *Petracchi*). Llama la atención la frondosidad de argumentaciones y referencias doctrinarias que se insertan en los fundamentos de la sentencia, a manera de "obiter dictum"; de las que se deducen, por un lado, la mención concreta de la doctrina de la "desviación de poder" y, por otra parte, la relativización de la distinción tradicional entre "facultades regladas" y "poderes discrecionales".

La síntesis del fallo se reduce a:

1. Si bien en algunos supuestos, el ordenamiento jurídico regula la actividad administrativa en todos sus aspectos, en otros el legislador autoriza a quien debe aplicar la norma en el caso concreto, para que realice *una estimación subjetiva* que complete el cuadro legal y condicione el ejercicio para ese supuesto de la potestad atribuida previamente o de su contenido particular al no imponerle por anticipado, la conducta que necesariamente debe seguir.

2. Superada la antigua identificación entre discrecionalidad y falta de norma determinante o laguna legal —por considerarse que la libertad colisionaría con el principio de legalidad— se ha admitido que *la estimación subjetiva o discrecional* por parte de los entes administrativos sólo puede resultar consecuencia de *haber sido llamada expresamente por la ley* que ha configurado una potestad y la ha atribuido a la administración con ese carácter, presentándola como libertad de apreciación legal, jamás extralegal o autónoma.

3. La esfera de discrecionalidad susceptible de perdurar en los entes administrativos, no implica en absoluto que estos tengan un ámbito de actuación desvinculado del orden jurídico o que aquélla no resulte fiscalizable.

4. El control judicial de los actos denominados tradicionalmente discrecionales o de pura administración encuentra su ámbito de actuación en los elementos reglados de la decisión, entre los que cabe encuadrar, esencialmente, a la competencia, la forma, la causa y *la finalidad* del acto, se traduce así en un típico control de legitimidad ajeno a los motivos de oportunidad, mérito o conveniencia.

(Fallos 315: 1361, volumen 2).

Dado que esta sentencia incluye aspectos tales como la dificultad probatoria ("prueba diabólica") de la subjetividad de la desviación de poder, amén de la consabida apelación a la cuestión "finalista", así como también al reconocimiento de la existencia de los elementos "reglados" en *todo* acto administrativo; estimamos que es de valor ilustrativo para este trabajo, reproducir los considerandos 6º al 13º del fallo de la mayoría:

"6) Que se ha de recordar, en primer lugar, que mientras en algunos supuestos el ordenamiento jurídico regula la actividad administrativa en todos sus aspectos —reemplazado así el criterio del órgano estatal al predeterminar qué es lo más conveniente para el interés público y reducir su actividad a la constatación de presupuesto fáctico definido por la norma en forma completa y la aplicación de la solución que la ley agotadoramente ha establecido *(poderes reglados o de aplicación legal automática)*—, en otras ocasiones el legislador autoriza a quien debe aplicar la norma en el caso concreto, para que realice una estimación *subjetiva* que completará el cuadro legal y condicionará el ejercicio para ese supuesto de la potestad atribuida previamente o de su contenido particular al no imponerle, por anticipado, la conducta que debe necesariamente seguir *(facultades o potestades de ejercicio discrecional)*.

"7) Que, *superada en la actualidad la antigua identificación entre discrecionalidad y falta de norma determinante o laguna legal*—por considerarse que la libertad frente a la norma colisionaría con el principio de legalidad—, se ha admitido hace ya largo tiempo que la *estimación subjetiva o discrecional* por parte de dos entes administrativos sólo puede resultar consecuencia *de haber sido llamada expresamente por la ley* que ha configurado una potestad y la ha atribuido a la Administración con ese carácter, presentándose así en toda ocasión como *libertad de apreciación legal, jamás extralegal o autónoma* (confr. doctrina que emana del capítulo IV, apartado 3º, párrafo 6º de la exposición de motivos de la ley reguladora de la jurisdicción contencioso administrativa del 27 de diciembre de 1956).

"8) Que la aceptación de esta idea —fundada esencialmente en el principio de legalidad anteriormente mencionado— ha llevado, entre otras consecuencias, a que la tradicional distinción formulada por prestigiosos autores como *Vivien* y *Serrigny*, entre potestades regladas y discrecionales pierda en importante medida su interés original ante el reconocimiento de *la existencia de elementos reglados aún en aquellos supuestos considera-*

dos tradicionalmente como actos no vinculados. A ello ha contribuido significativamente la comprensión de que la esfera de discrecionalidad susceptible de perdurar en los entes administrativos no implica en absoluto que éstos tengan un ámbito de actuación desvinculado del orden jurídico o que aquélla no resulte fiscalizable. En otras palabras, que aún en aquellos actos en los que se admite un núcleo de libertad, no puede desconocerse *una periferia de derecho* toda vez que "la discrecionalidad otorgada a los entes administrativos no implica el conferirles el poder para girar *los pulgares para abajo o para arriba*".(D.M.K. Realty Copr. V. Gabel, 242 N.Y.S., 2d., 517, 519 (Sup. Ct. 1963), en tanto ello llevaría a consagrar —como bien se ha señalado— "*una verdadera patente de corso*" a favor de los despachos administrativos" (García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón, "Curso de derecho administrativo", I. Civitas, Madrid, 4ª ed., 1984, p. 433).

"9) Que en ese sentido, se admitió —siguiendo las enseñanzas vertidas en Francia por Edouard et Laferrière (Traité de la jurisdiction administrative et des recours contentieux, 2ème edition, Berger-Levrauet et Cie., Paris, 1888/1896, vol II, p. 424) y recogidas por el Consejo de Estado galo a partir de la decisión emitida en el caso "Grazieti" el 31 de enero de 1902— el abandono de la idea del acto administrativo reglado o discrecional en bloque, el consecuente *reconocimiento de la existencia de elementos reglados en todo acto administrativo*, y la fiscalización de aquellos considerados anteriormente como discrecionales mediante el examen de sus elementos reglados (confr. voto del juez Belluscio en la causa L. 268 XXII "Leiva, Amelia Sesto de c. Poder Ejecutivo de la Provincia de Catamarca", sentencia del 19 de septiembre de 1989).

"10) Que, en esas condiciones, y frente al conocimiento de que no existen actos reglados ni discrecionales cualitativamente diferenciables, sino únicamente *actos en los que la discrecionalidad se encuentra cuantitativamente más acentuada que la regulación y a la inversa* (Tribunal Supremo español, sentencia 24 de octubre de 1962) al no poder hablarse hoy en día de dos categorías contradictorias y absolutas como si se tratara de dos sectores autónomos y opuestos, sino *más bien de una cuestión de grados*, no cabe duda de que el control judicial de los actos denominados tradicionalmente discrecionales o de pura administración encuentra su ámbito de actuación en los elementos reglados de la decisión, entre los que cabe encuadrar, esencialmente, a la competencia, a la forma, la causa y *la finalidad*. La revisión judicial de aquellos aspectos normativamente reglados se traduce así en un típico control de legitimidad —imperativo para los órganos judiciales en sistemas judicialistas como el argentino—,

ajeno a los motivos de oportunidad, mérito o conveniencia tenidos en mira a fin de dictar el acto (Rivero, Jean, Droit administratif, 12ª ed., Dalloz, Paris, 1987, p. 98).

"11) que, admitido el control de los elementos reglados en actos donde se ejercitan potestades discrecionales, tal como ocurre con aquel frente al que se persigue la protección judicial en el "sub examine", cabe examinar si —como señala el a quo— se ha acreditado debidamente la existencia de los vicios de causa y *"desviación de poder" (defecto en la finalidad del acto administrativo)* denunciados por los actores.

"12) que un examen exhaustivo de las constancias de la causa no permite concluir que los extremos mencionados hayan sido debidamente constatados en el "sub examine". Ello es así pues no se ha acreditado en el expediente que el levantamiento del programa radial titulado "Por la vida y la libertad" se haya debido a razones distintas a las de programación invocadas o que semejante medida haya respondido a una *finalidad* —pública o privada— diferente de la proclamada, vicios estos cuya presencia resultaba imprescindible demostrar a fin de desvirtuar la presunción de legitimidad que reconoce el acto impugnado el art. 12 de la ley de procedimiento administrativo federal.

"13) Que en este aspecto, resulta imprescindible recordar que la naturaleza eminentemente *"subjetiva"* del vicio de *desviación de poder* exige un *esfuerzo para su acreditación*, admisible, sin embargo, aun por vía de presunciones en tanto condicionamientos mayores se traducirían, dada la naturaleza del defecto referido, en una verdadera *"prueba diabólica"*, ausente en el "sub examine". Ello es así, pues la gravedad del vicio invocado —cuya acreditación se ve dificultada en procedimientos tales como la acción de amparo ante el limitado debate y prueba permitido en él— impide considerarlo configurado únicamente sobre la base de la declaración de un testigo ligado profesionalmente a la actora, como ocurre en el caso del escribano González Rouco (fs.55 vta./56)."

X. Repercusión de los abusos

** Primera repercusión*:

Respecto de la viabilidad y andamiento del Estado-Nación, como estado de derecho. Los abusos provocan serias patologías que desnaturalizan el normal funcionamiento de las instituciones. Como diría sarcásticamente

Saramago (Premio Nobel portugués de Literatura), cuando protesta por razones equivalentes diciendo: "Esto no es un país, es un lugar". Es decir, es la sensación que produce la noria.

** Segunda repercusión*:

Respecto del ordenamiento constitucional: Se observa un péndulo deambulatorio entre la anomia y el *menjunje*. ¿Por qué utilizo la palabra menjunje? El diccionario de la Real Academia dice: "cosmético o medicamento formado por la mezcla o mescolanza de varios ingredientes". ¿Por qué utilizo la palabra *mescolanza*? Porque el diccionario de la Real Academia dice: "Mezcla extraña y confusa, y algunas veces ridícula". Es decir tenemos esto, una mezcla extraña y confusa y, algunas veces, ridícula; producto de esta combinación de anomia y anemia.

** Tercera repercusión*:

Respecto de la cultura: El olvido del constitucionalismo como sentimiento y conciencia, es notorio. Es imperioso el cultivo de una conciencia constitucional a partir de la enseñanza de la instrucción cívica. Los autores españoles hablan de *conciencia constitucional* y los autores alemanes hablan de un *sentimiento constitucional*, un ingrediente imprescindible en el seno de la cultura para que pueda tener viabilidad y andamiento en forma plenaria un sistema constitucional propiamente dicho.

En definitiva triunfan las tendencias opuestas a la conciencia y a la cultura constitucional entre nosotros. Acaso será por aquello que decía el ya recordado *Karl Popper*: "No es posible persuadir con el razonamiento a quien no se ha formado una opinión a través del razonamiento". El mismo autor afirma que *"racional es una persona a quien importa más aprender que tener razón* y que es racional el gesto, la actitud o la postura de quien está dispuesto a admitir que: —Yo no puedo tener la razón y tú puedes tener la razón; pero por medio de un esfuerzo común podemos acercarnos a la verdad"—. Es decir, descubrir que la verdad no la tenían ninguno de los dos.

** Cuarta repercusión*:

Respecto de las perspectivas futuras: Mi panorama y mi impresión es gris. Creo que, los que defendemos la cultura constitucional no somos la mayoría, *somos la minoría*. El ya recordado Spota, en una polémica en la Acade-

mia de Ciencias Morales y Políticas, se preguntó una vez si éramos representativos del país real y llegó a la conclusión de que no éramos representativos. Que el país real es el otro, el que vive la otra cultura y la vive como si fuera la auténtica. Es la que los medios se encargan de propagar. Acaso tengamos que coincidir con Rigoni cuando exclama con resignado pesimismo: "Precariedad es la musa de América"(sic). Es decir, todo es precario en ésta.

¿Cuál es la solución?

La solución es volver a la regla de oro, a la ecuación de oro: "A todo acrecentamiento del poder debe corresponder un acrecentamiento de los controles, un vigorizamiento de las garantías y una acentuación de las responsabilidades". Hay que profundizar la relación estrecha entre *control* y *responsabilidad*. El control es nada más que la antesala de la responsabilidad. Más aún, así como *Sánchez Viamonte* predicó que los primeros artículos del Código Civil deberían tener, por su sublime sustancia, categoría constitucional (establecer que las leyes rigen para el futuro, que no tienen efecto retroactivo, etc.). Yo reclamaría lo mismo para el artículo 902, que a mi modo de ver, establece una regla de preciosa aplicación. En general, para todos los gobernantes, puede sostenerse en materia de responsabilidad el criterio resultante de esa norma del Código Civil argentino, según la cual: "Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos" (art. 902).

Ese criterio, "mutatis mutandi", vale para las diversas facetas de la responsabilidad, toda vez que tiene sustancia constitucional y que la situación del gobernante —como la del funcionario público en general— constituye un status de agravamiento o dilatación de las responsabilidades, en razón de la transferencia de confianza que la sociedad opera en favor de los representantes y demás agentes del Estado con miras a la atención de los intereses generales de la comunidad. La situación de los gobernantes es también peculiar —y agravada— desde la perspectiva del derecho de crítica que los gobernados pueden dirigirles, por cuanto en esos casos la libertad de expresión y opinión que la sociedad ejerce está reconocidamente ampliada y amparada por la protección que se justifica, habida cuenta del celo que los gobernados deben poner en la exigencia de que los gobernantes sean eficaces en su gestión y responsables de cada uno de sus actos públicos. La concepción republicana y democrática de la función pública no puede eximir a ningún gobernante del cumplimiento de las reglas que rigen la materia, ya que si se admitieran excepciones o se sus-

pendieran los principios generales, todo el régimen representativo quedaría desvirtuado por el estímulo de la impunidad o de la indemnidad. Responsabilidad equivale —institucionalmente hablando— a la prohibición de cualquier bill de indemnidad.

Sin embargo, aunque no esté formalmente en la Constitución puede decirse que sí, en función de su artículo 33 en virtud del cual se puede inferir que tienen categoría de constitucional todas aquellas sustancias que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno. Y esto es un principio republicano, por lo que dice el artículo 902, en definitiva, alcanza el valor de un principio.

¿Qué dice?

Que a mayor jerarquía, corresponde mayor responsabilidad, y si esto se aplica en el ámbito del derecho privado, con más razón aún, tiene que aplicarse en el ámbito del derecho público y por cierto en el ámbito del derecho constitucional.

La realidad es que sobran organismos de control, pero reina la impunidad. Esta situación se da, para peor, en el marco de una ruptura y rotura del contrato social, ya que el cuidado de la seguridad individual ha sido abandonada por el Estado, cuando es en realidad lo principal que los ciudadanos le han delegado. Lo demás lo retienen, que son los derechos y las libertades.

Vivimos entonces bajo la ley de la jungla, la sociedad se desentiende del individuo y el Estado se desentiende de la sociedad. De resultas, la comunidad y la persona están libradas a su propia suerte. ¡Todos vivimos una especie de Darwinismo salvaje!

Sin embargo, y aquí viene la nota optimista, la historia registra regresiones peores y no obstante ello, en períodos posteriores a las caídas, surgieron recreaciones de alto signo positivo sobre la base del potenciamiento de los valores. Es por ello que no cabe la desesperación, ni debe aceptarse la deserción. Recordando a Blas Pascal, podemos hoy repetir su consejo: "hay que ser optimista, pero sin ilusiones".

Estimados amigos, mi conclusión es la siguiente:

Queda bien en claro que los abusos se consuman tanto por acción, como por omisión. Ya sean provenientes de las facultades o poderes públicos, o

bien sean de los poderes de hecho o de los particulares. En ese largo trajín, de abuso en abuso, y así sucesivamente, hemos plantado bandera en *el reino de la anomia. Anomia* que nos corrompe y nos corroe, que trae anemia al organismo social. *Anomia* y *anemia* que son, en última instancia, causa eficiente del tan mentado "costo argentino" y del cruel dato estadístico del "riesgo país". Generamos la desconfianza y la incredulidad hacia adentro y hacia afuera. Competimos con la pobre Nigeria en el torneo de las perversiones que se toman en cuenta para la dura lectura de la imagen, que a diario, practican los centros de poder dominantes, en un mundo irremediable e irreversiblemente globalizado.

Sigamos mirando hacia otro lado, distraídos, que así nos va a ir. La contemporaneidad anarco-mercadista no olvida ni perdona: es implacable. Salgamos de este sueño, de esta siesta, superemos el sopor y emprendamos de una vez por todas este difícil; pero no imposible, camino de la construcción de una cultura —sin sangre—, pero con "sudor, esfuerzo y lágrimas" (parafraseando a Churchill), que después llegará el tiempo de la alegría. El único camino posible es el del emprendimiento tenaz: "Aquello que no sucede es la única cosa que no envejece más" (Friedrich Schiller).

El abuso "de" derecho en el derecho público

Por Germán J. Bidart Campos (*)

1. Debemos explicar la razón por la cual, más que hablar de *abuso* "del" *derecho*, hemos elegido titular nuestro comentario como abuso "de" derecho en el derecho público.

Lo habitual es referirse al abuso del derecho cuando se incurre en tal abuso en ocasión de ejercerse un derecho personal o subjetivo. Esto es verdad, como es verdad que la figura del abuso del derecho presupone acoger el principio constitucional de que los derechos, por ser relativos y no absolutos, se han de ejercer de conformidad con la función social que tienen. O sea, funcionalmente. Por ende, lo contrario es ejercer un derecho antifuncionalmente, abusivamente. Tal el abuso "del" derecho, que no por provenir cronológicamente del derecho privado y por situar su normativa en el Código Civil, deja de ser al día de hoy un principio de rango constitucional.

2. Con cierta diferencia respecto del referido abuso del derecho, nuestra propuesta a favor de un enfoque sobre el *abuso* "de" *derecho en el derecho público* tiende a introducir una añadidura. Por supuesto que mantenemos en el área del derecho constitucional la clásica doctrina del abuso del derecho cuando un derecho personal o subjetivo es ejercido antifuncionalmente, según la brevísima explicación introductoria lo ha dejado a salvo. Pero el agregado deriva de pensar —con suficiente convicción personal— que se abusa también en numerosísimas situaciones que no vienen ligadas al ejercicio de un derecho, y en las que se configura abuso "de"

(*) Comunicación efectuada por el Académico, en la sesión privada del 10 de octubre de 2002.

derecho en el marco del derecho constitucional por razón de un indebido ejercicio de competencias, o por desviación o exceso de poder, o por inconstitucionalidades consumadas desde el poder o desde la actividad de los particulares, etc. En todos estos casos concurre objetivamente un *abuso en el ámbito constitucional*. De ahí que hablemos de abuso "de" derecho "en" el derecho público.

3. Quede claro, entonces, que tal abuso tiene dos caras: a) En una, seguimos viendo el abuso "del" derecho por causa de un ejercicio antifuncional en un derecho subjetivo; b) por otra, se acumulan los abusos que, sin nexo con el ejercicio de un derecho, acontecen dentro, o "en" el derecho constitucional.

Vamos a proponer un listado de casos o ejemplos, porque nos parece que de ese modo se ilustra mejor nuestro punto de vista, difícil —por otro lado— de describirse teóricamente en una tipificación englobante de toda la variada serie de situaciones en que registramos el abuso.

La enumeración tiene carácter ejemplificativo, y dista mucho de pretender agotar la pluralidad de abusos posibles.

4. a) Hay abuso de derecho cada vez que una competencia es ejercida por el órgano de poder que la toma a su cargo incurriendo en lo que tradicionalmente se llama exceso de poder o desviación de poder.

b) Hay abuso de derecho cuando, casi sin discontinuidad, se echa mano de la doctrina de la emergencia, sea para reforzar al poder más allá de lo aceptado en épocas de normalidad, sea para restringir derechos apelando a una situación de crisis o de anormalidad.

c) Hay abuso de derecho cuando, de modo semejante, se dispone el estado de sitio sin que realmente concurran las causas y condiciones que la constitución exige para hacerlo viable y válido.

d) Hay abuso de derecho cuando, con fuerte similitud a los casos de los anteriores incisos b) y c), se disponen intervenciones federales a las provincias, en ausencia también de los requisitos claramente previstos en la constitución.

e) Hay abuso de derecho cuando la excepcionalidad de los decretos de necesidad y urgencia, y su perfil riguroso, deja paso al dictado frecuente

de tal normativa sin que, por supuesto, se den los recaudos que la constitución impone.

f) Hay abuso cuando se rechaza el principio del "favor debilis", o el principio "pro homine", o el principio "pro actione", cada vez que razonablemente es procedente su uso y aplicación en un caso concreto.

g) Hay abuso cuando sin la excepcionalidad exigida por el art. 76 se efectúan delegaciones legislativas, y mucho más todavía cuando las ya efectuadas son objeto de renovación o prórroga en bloque, sin analizar una por una.

h) Hay abuso cuando, con interpretaciones de desviada laxitud, se autorizan candidaturas de personas que se encuentran sometidas a proceso penal, apelando erróneamente a la presunción de su inocencia por no existir todavía una sentencia condenatoria.

i) Hay abuso cada vez que, con habitualidad cuasi consuetudinaria, se designa como ministro a un legislador que no renuncia al cargo en la cámara a la cual pertenece, y solamente pide licencia, para retornar luego a su banca cuando cesa en su función ministerial.

j) Hay abuso cada vez que, también consuetudinariamente, se acepta la renuncia de un juez mientras se halla pendiente su enjuiciamiento.

k) Hay abuso cuando, a varios años de la reforma de 1994, no se ha creado la Comisión Bicameral Permanente, no obstante lo cual se hace ejercicio de competencias que tienen prevista su intervención imprescindible en la constitución.

l) Hay abuso cuando se emplea el veto parcial y la promulgación parcial sin que esté configurada la situación excepcional que constitucionalmente habilita al poder ejecutivo a disponer de tal facultad.

ll) Hay abuso cuando, en violación al derecho de acceder a la justicia (actualmente reforzado en tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional) se declina el juzgamiento de una cuestión so pretexto de que tipifica una cuestión política no judiciable.

m) Hay abuso cuando se consuman también con habitualidad violaciones y daños a derechos y bienes jurídicos de naturaleza colectiva, como el

ambiente, el mercado de consumo y uso de bienes y servicios, la comunicación social, etc.

n) Hay abuso cuando con análoga habitualidad se llevan a cabo reducciones en asignaciones que, como los beneficios de la seguridad social y los salarios, tienen —entre otros resguardos— naturaleza alimentaria.

ñ) Hay abuso cuando, por aplicación de políticas inconstitucionales de neoliberalismo capitalista —apodado de salvaje por el Papa Juan Pablo II— se desconocen y vulneran los derechos sociales, económicos y culturales de la segunda y tercera generación de derechos, así como los contenidos nuevos en muchos derechos de la primera generación (por ej., la vida y la salud).

o) Hay abuso cuando se niega en el espacio de la libertad de expresión y de la comunicación e información sociales, el derecho de rectificación y respuesta (llamado derecho de réplica), que está incorporado a nuestro ordenamiento por el Pacto de San José de Costa Rica, con jerarquía constitucional.

p) Hay abuso por parte de los particulares cuando una persona se niega a reconocer como hijo suyo al que lo es biológicamente, y cuando se retrae a las probanzas conducentes.

q) Hay abuso también por parte de los particulares cuando los progenitores de menores que han alcanzado la edad de discernimiento propio, les imponen a sus hijos deberes o les impiden ejercer derechos que implican desconocer o transgredir la normativa de la Convención sobre Derechos del Niño, que reviste jerarquía constitucional.

r) Y, como punto final de los ejemplos fácilmente identificables que acabamos de citar, y que un seguimiento objetivo es incapaz de desconocer u olvidar, baste aludir a toda la serie de lesiones que en los años 2001, 2002 y el corriente 2003 se han venido sucediendo a causa de "corralitos", "corralones", pesificaciones, ignominiosa suspensión de la ley de inalterabilidad de los depósitos en entidades bancarias y financieras, etc.

5. Es fácil, desde nuestra mirada, sin necesidad de demasiada perspicacia, acusar de *inconstitucionabilidad* a abusos como los de la lista precedente. De tal forma, hablar de abuso "de" derecho en el derecho público implica tildar de violación a la constitución a cada uno de tales abu-

sos, aunque algunos se consumen una vez sola, y otros se enquisten con reiteración habitual en una praxis viciosa apañada o encubierta desde el poder.

La reacción que hemos de estimular e impeler en las valoraciones sociales y en las conductas de gobernantes y gobernados tiene que reivindicar la necesidad imperiosa de un cumplimiento fiel de la constitución.

No es ético acomodar su interpretación y su aplicación a lo que mejor convenga en cada ocasión o circunstancia. Abusar de la constitución equivale a una prostitución política, reñida con la moral pública desde siempre mencionada en el art. 19, y contra la ética que ahora exige el art. 36 para la función pública. ◆

El Acuerdo de San Nicolás de los Arroyos y su sentido actual

Por Juan Carlos Cassagne (*)

SUMARIO: I. La Confederación a la caída de Rosas. — II. Prolegómenos del Acuerdo: La influencia de Pujol. — III. El lugar del Acuerdo: Razones que determinaron la elección de San Nicolás. — IV. Las ideas del Acuerdo. Los proyectos debatidos y el consenso final. — V. Sentido actual del Acuerdo de San Nicolás. — VI. El problema argentino y los fines del Acuerdo.

Al cumplirse ciento cincuenta años de la celebración del Acuerdo de San Nicolás de los Arroyos la oportunidad resulta propicia para enfocar el análisis de su proyección actual, a través de una visión histórica objetiva sobre uno de los acontecimientos fundamentales que constituyó el punto de partida del proceso de la organización nacional que provocó la sanción de la Constitución Nacional de 1853 y su posterior reforma en 1860.

Borges, que por los Acevedo tenía estirpe nicoleña o arroyera (como antiguamente se decía) al desarrollar en un ensayo el concepto del tiempo, destacó que éste es siempre sucesivo (1). En esa idea, el sentido de un suceso histórico no se detiene porque, en definitiva, el tiempo que abarca refleja una imagen móvil que se proyecta al futuro.

Algo así es lo que se propone este trabajo, mediante una suerte de destilación de la línea histórica esencial que procurará desechar lo accesorio y

---

(*) Comunicación efectuada por el Académico, en la sesión privada del 24 de octubre de 2002.

(1) BORGES, Jorge Luis, "El tiempo", en Borges, oral, p. 83 y sigtes., Ed. Emecé, Buenos Aires, 1979.

las triviales adscripciones políticas al uso para ir directamente hacia el eje de un acontecimiento que sentó las bases que hicieron posible cambiar el destino de un país anárquico y desmembrado, como era la Argentina a mediados del siglo XIX.

Esa destilación, para tener algún valor en el plano histórico, necesita prescindir de un estilo que suele oscilar entre el lenguaje peyorativo para calificar tanto a determinados movimientos políticos como a los personajes que los encarnaron (cuando se discrepa con sus actos y concepciones) y el ensalzamiento de los que sostienen ideas afines, defecto que se agudiza cuando va acompañado por un alarde de erudición, por cierto ajeno al ritmo que marca el tiempo que vivimos.

Ello no implica un obstáculo para la crítica constructiva ni para el elogio de los sucesos y de los protagonistas del Acuerdo. De algún modo, sin caer en las descripciones que suelen fascinar a cierto público, constituye una oportunidad para volver a reflexionar acerca de una serie de acontecimientos que influyeron en la organización constitucional del país, y poder interpretarlos tal como realmente fueron. Porque, aún tras el prisma de una anécdota o documento, resulta necesario descomponer los hechos y las ideas a fin de tener una visión lo más objetiva que sea posible sobre el acuerdo de San Nicolás, sin desdeñar el papel de las que fueron geniales intuiciones de los hombres públicos que participaron en su gestación.

Como señaló Jorge M. Mayer, en el prólogo de su magnífico libro sobre Alberdi, "el análisis histórico es semejante al análisis químico. Sin embargo, el historiador debe actuar todavía con mayor rigor científico y hundir sus instrumentos con ahincada precisión ante la naturaleza humana enredadamente compleja y mudable (2)".

I. La Confederación a la caída de Rosas

Veamos primero cuál era la situación en que se encontraba el país transcurridos cuarenta años de la Revolución de Mayo de 1810.

El régimen de Rosas se había impuesto, aparentemente, en todo el territorio nacional, luego de cruentas y encarnizadas guerras civiles, en las que perdieron la vida muchas personas de distinto rango social e ilustración y

(2) MAYER, JORGE M., "Alberdi y su tiempo", t. I, p. 7, Buenos Aires, 1973.

donde afloraron sentimientos de venganza y una crueldad desconocida en la época en que pertenecíamos a España.

No obstante el triunfo de nuestros ejércitos en la guerra de la independencia, la falta de un poder nacional que vinculara a las Provincias a través de un centro político, bajo los principios de un gobierno representativo y del imperio de la ley, produjo como resultado la entronización de la anarquía en lo interno y la desmembración de gran parte de las regiones que integraban el Virreinato del Río de la Plata. Esa ausencia unida a la abolición de los únicos gobiernos representativos que ejercían los antiguos Cabildos coloniales creó un vacío político descomunal que abrió un amplio margen para la aparición de los caudillos locales y la sustitución del gobierno de la ley por la voluntad de estos últimos.

Los sucesivos intentos tendientes a establecer una organización constitucional definitiva para nuestra República fueron vanos. Por una razón u otra, que no es del caso analizar aquí, todos ellos fracasaron, el Virreinato se desmembró y una profunda división se produjo en el seno de la sociedad, afectada por un espíritu de facción y odio pocas veces visto en épocas anteriores.

Las paradojas que muestra este período de nuestra historia provocan asombro y desconciertan a más de un intérprete de buena fe. La restauración del orden, iniciada en Buenos Aires durante el gobierno de Martín Rodríguez y extremada más tarde con el advenimiento de Rosas al gobierno de la Provincia de Buenos Aires, sirvió para justificar —durante el gobierno de éste último— los más grandes atropellos a los ciudadanos que militaban en las corrientes políticas opuestas a quienes se las privó de sus libertades, además de confiscarles sus bienes. Se disponía de la vida de los vencidos y aun de los enemigos políticos con la misma naturalidad con que una persona escribía una carta. Así, hasta los objetivos perseguidos en primera instancia pronto se desnaturalizaron transformándose a través de la institución de la llamada suma del poder público, en una injusta dictadura que permitió al Gobernador Rosas prescindir de la justicia común y sustituirla por facultades extraordinarias que ejercía sin otro límite que su voluntad omnímoda (3).

Cierto revisionismo histórico ha pretendido reivindicar esos procederes atribuyéndolos al espíritu de la época y a la violencia característica de

(3) Véase: BUSTAMANTE, José Luis, "Bosquejo de la Historia Civil y Política de Buenos Ayres, desde la Batalla de Monte Caseros", p. III y sigtes., Buenos Aires, 1856.

nuestras guerras civiles. Esta pretendida justificación constituye una verdad a medias, ya que si bien es cierto que hubo victimarios en ambos bandos de nuestras luchas intestinas también lo es que muchos de los que condujeron las riendas de los ejércitos y del gobierno lo hicieron respetando la vida y hacienda de las personas. Como ejemplos pueden citarse, entre otros, a San Martín, Belgrano, Pueyrredón, Dorrego, Las Heras, Paz y al propio Rivadavia, cuando ejerció la presidencia de la República.

El resultado de este proceso no fue otro que un régimen inorgánico y dictatorial que se negaba sistemáticamente a constituir definitivamente la Nación, con el pretexto de que el país no estaba preparado aun para ello. Se sostenía que las guerras civiles impedían forjar el clima de paz indispensable para fundar nuestras instituciones de una manera orgánica dentro de los principios de las modernas repúblicas o monarquías civilizadas.

Ese estado de cosas no podía durar mucho tiempo porque obedecía a un marcado predominio de Buenos Aires sobre el resto de las Provincias apoyado en una alianza circunstancial que ni siquiera configuraba una Confederación orgánicamente constituida. En realidad, era un régimen personalista que, ejerciendo su poder sin reglas comunes, combinaba la atribución del manejo de las relaciones exteriores al Gobernador de la Provincia de Buenos Aires con el mantenimiento de los derechos de tránsito y de las Aduanas provinciales.

Pero, de hecho, el poder económico estaba fuertemente centralizado en la Provincia de Buenos Aires. La mayor parte de los recursos eran percibidos por su Aduana local próxima al Puerto por el que entraban y salían la casi totalidad de las mercancías. Al propio tiempo, no estaba permitida la libre navegación por nuestros principales ríos interiores y se mantenía, con esos recursos, un ejército móvil encargado de sofocar las alianzas opuestas o movimientos políticos provinciales que se alzaban contra el poder de Rosas o el de sus partidarios.

No obstante, subsistía algo así como un movimiento generalizado a favor de la organización constitucional definitiva de la República bajo el sistema federal que venía siendo propiciado incluso antes de la Convención Constituyente de 1828, el Pacto Federal y otras iniciativas concordantes. La prédica de gran parte de los exiliados, principalmente de aquellos que pertenecieron al círculo de la llamada generación de 1837, que no comulgaban enteramente con la ideología del partido unitario, contribu-

yó a inclinar la balanza hacia la forma federal de gobierno (4), si bien combinada con elementos propios de una concepción centralista que al par que atribuye un conjunto de poderes al gobierno nacional los matiza con el reconocimiento de la autonomía de las Provincias y sus consecuentes poderes residuales.

De cara al desarrollo de ese movimiento, al que finalmente Urquiza terminó incorporándose asumiendo su liderazgo, Rosas quedó como paralizado y sólo atinó a difundir la antigua carta de la hacienda Figueroa en la que le manifestaba quince años antes a Quiroga que el país no estaba preparado aún para darse su carta constitucional.

Lo cierto es que, al culminar los cuarenta años del movimiento de mayo de 1810, de los dos objetivos de la Revolución sólo se había alcanzado el relativo a la proclamación de la independencia de España, reemplazando, como ha apuntado con agudeza Alberdi, el gobierno virreinal por el de Buenos Aires. El otro objetivo, que era la instauración de un gobierno representativo, libre y democrático, recién se alcanzó a partir de la Constitución de 1853 y las posteriores reformas constitucionales.

Así, mientras en los Estados Unidos sólo hubo que declarar la independencia, pues ya estaba arraigada la semilla de un gobierno libre y democrático en sus instituciones políticas, nosotros nos sumimos en la anarquía y en las guerras civiles por un período de casi medio siglo. En ese proceso llegamos al extremo de eliminar los Cabildos que encarnaban una suerte de representación comunal a través de los vecinos más caracterizados de las principales ciudades del Virreinato.

Y si bien no tuvimos un timón que nos permitiera dirigir el barco nacional, con las Provincias unidas e integradas hasta recién en 1862, no se puede desconocer que el verdadero punto de partida de nuestra organización constitucional fue el Acuerdo de San Nicolás y que él constituyó el primer reconocimiento orgánico por parte de todas las Provincias de una autoridad común después de 1820 (pues la presidencia de Rivadavia del año 1826 no contó con la aceptación de las Provincias). Esta autoridad

(4) La concepción federalista en Alberdi, que junto a Echeverría fueron las grandes figuras de la generación de 1837, ha sido recientemente analizada por GARCIA BELSUNCE, Horacio ("El derecho constitucional en las Bases", trabajo publicado en Separata de Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, N° 40, p. 7 y sigtes., Buenos Aires, 2002) puntualizando las diferencias que hay entre Federación y Confederación.

nacional, si bien restringida, albergaba el embrión de la unidad nacional, puesto que constituía algo más que el mero encargo de las relaciones exteriores de una Confederación de hecho, que las legislaturas provinciales venían delegando a partir del gobierno de Dorrego.

La característica fundamental del Acuerdo, en comparación con cualquiera de los pactos preexistentes, incluso el Pacto Federal, radica en que éstos no dieron nacimiento a una autoridad nacional ejecutiva, como en cambio lo hizo el Acuerdo de San Nicolás al instituir la figura del Director Provisorio de la Confederación en la persona del Gral. Urquiza, dotándolo de determinadas facultades mínimas para ejercer su cometido y disponiendo paralelamente la creación de un tesoro nacional limitado, administrado por aquél, junto a la unificación de las Fuerzas Armadas.

II. Prolegómenos del Acuerdo: La influencia de Pujol

Tras la caída del gobierno de Rosas, tanto Urquiza como los más destacados hombres públicos de Buenos Aires y de las Provincias, algunos de las cuales volvían del exilio impuesto por las persecuciones políticas desatadas durante la dictadura rosista, comprendieron que el primer paso consistía en realizar un pacto previo a la sanción de una Constitución definitiva en el orden nacional que estableciera, entre otras cosas, la forma de gobierno junto a la organización de los poderes del Estado, la regulación de las relaciones entre la Nación y las Provincias, los mecanismos representativos que aseguraran el imperio de la soberanía del pueblo y de la ley, así como el reconocimiento de los derechos individuales de los ciudadanos.

La necesidad de dictar una Constitución aparecía fundada también en diversos antecedentes preconstitucionales. Así aparece desde la convocatoria que impulsó Dorrego para la Convención Constituyente de 1828 que alcanzó a reunirse en Santa Fe, aunque sin la representación de todas las Provincias (5) hasta el Pacto Federal de 1831, son numerosos los antecedentes que demuestran que el propósito de sancionar la Constitución estaba profundamente enraizado en la dirigencia política argentina.

---

(5) Cuyo Secretario fue José Francisco Benítez, uno de los prohombres nicoleños (ver DE LA TORRE, José E., "Historia de San Nicolás de los Arroyos", t. I, ps. 39-41, Rosario, 1955, publicación que llegó a mis manos gracias a la gentileza de mi entrañable amigo Monseñor Martín de Elizalde).

A su vez, la tesis del pacto previo como procedimiento indispensable para lograr que nuestro país se encauzara por la senda de la unión nacional, ya había sido antes adoptada por unitarios y federales, al aprobar en el Congreso la llamada ley fundamental de 1825, sobre la base del proyecto presentado por el diputado José Francisco de Acosta (6).

Pero la concreción de la idea de convocar a una reunión de Gobernadores para celebrar el Acuerdo de San Nicolás fue obra de Juan Gregorio Pujol (7), Ministro de la provincia de Corrientes, quien se había acercado a Urquiza con posterioridad a la firma del Tratado de Alcaraz, pasando a constituirse, en los momentos que sucedieron a Caseros, en uno de los principales consejeros del Director Provisorio de la Confederación.

Fue así que después de suscribir el Protocolo de Palermo, en los primeros días de abril de 1852, las provincias de Buenos Aires, Corrientes y Santa Fe encargaron al Gral. Urquiza la dirección de las relaciones exteriores de la Confederación y al propio tiempo, convocaron a los Gobernadores de todas las Provincias a una reunión en San Nicolás a llevarse a cabo el 20 de mayo de ese año. Para ese tiempo, Urquiza había encomendado a Bernardo de Irigoyen la misión de convencer a los gobernadores de Provincia de unir sus voluntades en un Acuerdo que sirviera para la organización interina del gobierno nacional (8) y fijara las bases de la convocatoria a un Congreso General Constituyente encargado de dictar la Constitución del país.

El pensamiento de Pujol era eminentemente práctico porque si se hubiera prescindido de la voluntad de las Provincias, como dijo Alberdi en las Bases, en lugar de la paz y el orden, hubiéramos tenido catorce guerras civiles en vez de una, con las consiguientes demoras en el proceso de la organización constitucional.

---

(6) Cfr. AGUIRRE LANARI, Juan Ramón, "La política de Corrientes y la acción del doctor Pujol como antecedentes del Acuerdo de San Nicolás", en Boletín del Museo y Biblioteca de la Casa del Acuerdo de San Nicolás de los Arroyos, ps. 16-19, Serie X, N° 3, San Nicolás de los Arroyos, 1960.

(7) Así lo reconoció, más tarde, el propio Urquiza en carta que le escribió el 3 de agosto de 1853 a Pujol, citada por Aguirre Lanari, en el trabajo mencionado en nota anterior, p. 28.

(8) Véase: GONZALEZ CALDERON, Juan Antonio, "El General Urquiza y la organización nacional", p. 164, Buenos Aires, 1940.

Es bien sabido que no se trataba de un pensamiento uniforme. La sola idea de pactar con los que habían sido gobernadores rosistas chocaba con el espíritu de los antiguos unitarios que volvían del exilio, a los que luego se sumaron muchos hombres públicos de Buenos Aires que habían colaborado con el régimen de Rosas, uniéndose todos para rechazar el Acuerdo de San Nicolás y provocar, finalmente, la separación de la provincia de Buenos Aires de la Confederación.

Es cierto que la disconformidad porteña posterior fue obra de un proceso de amalgama política que se fue perfilando en el tiempo, dejando traslucir, tras la máscara de los debates, las verdaderas razones por las que Buenos Aires no quiso integrarse a la Confederación, que no eran otras que los intereses del puerto y del comercio, la disposición de las rentas de la Aduana y el predominio político que siempre quiso imponer a las Provincias a partir de la Revolución de Mayo.

No está de más recordar que otras cuestiones dividían el pensamiento de los principales protagonistas del nuevo proceso. Las divisiones quedaron reflejadas en San Benito de Palermo la noche del 5 de mayo de 1852 durante la reunión que, por invitación del Gral. Urquiza, celebraron Vicente Fidel López, Valentín Alsina, Francisco Pico, Dalmacio Vélez Sarsfield, el Gral Tomás Guido, José Benjamín Gorostiaga y Juan Pujol, para considerar el proyecto de este último sobre cómo debía ser el contenido del pacto preliminar a la convocatoria a un Congreso General Constituyente.

Como es sabido, la principal objeción al proyecto de Pujol consistió en la declaración de Buenos Aires como Capital de la República y en la consecuente división del territorio sobrante en dos Provincias. Cabe preguntarse por qué razón algunos seguidores de las ideas rivadavianas como Valentín Alsina y otros se resistían a que se declarase a Buenos Aires capital del país pero no hay que olvidar que una cosa era proyectar la Capital bajo un régimen unitario, donde el predominio político nacional quedaba en la cabeza de Buenos Aires y otra muy diferente, era federalizar la capital como lo propuso Pujol y terminó ocurriendo, en definitiva, recién en 1880, bajo el gobierno de Avellaneda, tras otra cruenta guerra civil tan ilógica como innecesaria.

En el contexto del proyecto de Pujol, declarar capital del país a la ciudad de Buenos Aires era federalizarla, lo cual implicaba transferir a la Nación su territorio, propiedades públicas, su Aduana, establecimientos y empleados y dividir en dos la Provincia de Buenos Aires, una de las cuales

tendría como capital a San Nicolás. Su adopción hubiera contribuido a forjar la unión nacional ahorrando al país treinta años de incertidumbre y mucha sangre argentina vertida inútilmente en las guerras y movimientos revolucionarios posteriores. Hay que admitir, sin embargo, que no era, quizás, el momento históricamente oportuno.

Lamentablemente las cosas no ocurrieron de ese modo y el proyecto de Pujol no fue aceptado encomendándose la redacción de otro a Pico, el cual fue objeto de los debates que hubo en las sesiones que precedieron al Acuerdo de San Nicolás.

No obstante, el Acuerdo de San Nicolás recogió dos aspectos fundamentales del proyecto de Pujol. El primero fue la consagración del principio de la representación igualitaria de las Provincias en el Congreso Constituyente (9) mientras que el segundo implicó el establecimiento, con diferente terminología y atribuciones, de una autoridad federal provisoria, a cargo del gobierno de la Confederación, en cabeza del Gral. Urquiza (10).

Este fue precisamente el punto que suscitó las mayores críticas por parte de los círculos políticos que dominaban la legislatura porteña la cual, fuertemente influenciada por la prédica de Alsina, Mitre y Vélez Sarsfield, rechazó el Acuerdo provocando la separación de Buenos Aires de la Confederación durante casi diez años. Sin embargo, la causa principal que se escondía tras ese argumento político se vinculaba con el mantenimiento

---

(9) AGUIRRE LANARI, Juan Ramón, op. cit., ps. 27-28.

(10) La propuesta de crear una autoridad nacional provisoria en cabeza del Gral. Urquiza parece haber contado con apoyo inicial de ciertos sectores de la legislatura porteña, que luego probablemente variaron su postura al compás de las desavenencias políticas entre Alsina y Urquiza. Me baso para ello en un documento existente en el Archivo del doctor Rufino de Elizalde. Se trata de un "borrador" de "Bases para la organización nacional, propuesta por la Provincia de Buenos Aires a las demás de la Confederación", que habría sido confeccionado entre marzo y abril de 1852, es decir, con anterioridad incluso a la reunión de Palermo, previa al Acuerdo de San Nicolás. En el art. 6° de dicho documento se propone: "Investir al Gral. Urquiza como el jefe más caracterizado y de más prestigio en la República con la autoridad suprema provisoria". Resulta de interés apuntar también que en el art. 1° de dicho Proyecto de Bases se propone la creación de una autoridad provisoria "para regir los negocios generales de la República que no admiten demora" y que en el art. 2° se proyecta "limitar y determinar las atribuciones de este poder" función que ejercería la comisión representativa creada por el Tratado del 4 de enero de 1831 (Pacto del Litoral) según se desprende del art. 5° de dicho proyecto (Cfr. El doctor Rufino de Elizalde y su época vista a través de su archivo, III, p. 41, publicación de la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Buenos Aires, de 1973.

de la titularidad de las rentas de la Aduana de Buenos Aires de las que continuó disponiendo aún después de producirse la primera acefalía nacional (11).

III. El lugar del Acuerdo: Razones que determinaron la elección de San Nicolás

A mediados del siglo XIX, San Nicolás de los Arroyos era un centro social de relativa importancia en población y comercio, que contaba incluso con escuelas, sobretodo si se la compara con la realidad que exhibían otras ciudades del país (aproximadamente la mitad de Córdoba y el doble de Rosario, según el testimonio del viajero inglés William Mac Cann de 1847). La opinión que le mereció en esa época a Lucio V. Mansilla, que vivió en la ciudad justamente poco tiempo antes de la caída de Rosas, refleja la imagen de lo que realmente era San Nicolás en los albores de la organización nacional (12).

La evolución que tuvo la ciudad, declarada como tal en 1819 por el Congreso Constituyente, es otra historia, sobre todo a partir de las postrimerías del siglo XIX, en que parece eclipsada por el desarrollo de Rosario, lo cual coincide con la acentuación de la tendencia emigratoria, que se advierte por el hecho que muchas de las principales familias pasaron a radicarse definitivamente en Buenos Aires (13).

---

(11) Véase: RUIZ MORENO, Isidoro J., "La primera acefalía nacional", p. 35, en Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, t. XXIII-1994, Buenos Aires, 1996. Al respecto, un distinguido autor ha destacado que ésta fue una de las causales que decidieron el rechazo del Acuerdo "que debió pesar en el ánimo de los porteños" (Cfr. MARTIRE, Eduardo, "La política porteña en 1860 (El triunfo tras la derrota)", en Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, t. XXII-1993, p. 172, Buenos Aires, 1995. Anota Martiré que "Mediante el Acuerdo de San Nicolás se organizaba el país colocando a Buenos Aires en paridad con las demás provincias, sin preeminencia alguna, pero en cambio se acordaba que "para sufragar los gastos que demande la administración de los negocios nacionales y declarados en este Acuerdo, las provincias concurrirán proporcionalmente con el producto de sus aduanas exteriores hasta la instalación de las autoridades constitucionales, a quienes exclusivamente competirá el establecimiento permanente de los impuestos nacionales" (cláusula 28). Es decir que sería precisamente la provincia de Buenos Aires, quien soportaría en forma casi exclusiva la nueva administración, puesta en manos del caudillo entrerriano, ya que era su aduana la que recaudaba casi todas las rentas del comercio exterior de la Confederación" (conf. op. cit., ps. 172-173).

(12) MANSILLA, Lucio V., "Mis memorias", p. 192 y sigtes., Eudeba, Buenos Aires, 1966.

(13) Así, los Acevedo, los Bengolea, los Botet, los Carranza, los Echagüe, los Llobet, los Obligado, los O'Farrel, los Piñero, los Ramallo López, entre otros, muchos de los cuales se entroncaron con las principales familias de la sociedad porteña; véase: ELIZALDE, Martín de, "Los Caneto" (1767-1867), Instituto Argentino de Ciencias Genealógicas, Separata de "Genealogía", N° 22, Buenos Aires, 1987.

Algunas figuras destacadas de nuestra historia habían nacido allí, antes de celebrarse el Acuerdo. Para citar dos ejemplos alcanza la mención de José Francisco Benítez (Secretario de la Convención Constituyente de 1828, Ministro de Estanislao López y Diputado de la Convención Nacional Constituyente de 1860), gracias a cuya iniciativa vinieron los salesianos a San Nicolás en 1875, sin olvidar a José Luis Bustamante, verdadero pionero de nuestros estudios histórico-políticos ni al Coronel Facundo Borda, fusilado en 1842 por orden de Oribe. A ellos se suman otros personajes nativos y también aquellos que habitaron la ciudad provenientes principalmente de Tucumán y de Córdoba, que podrían, asimismo, servir para demostrar que San Nicolás de los Arroyos era, en esa época, al contrario de lo que se ha dicho (14), algo más que un pueblito.

Esta imagen de la ciudad aparece reflejada en un reciente trabajo publicado en La Nación por María Sáenz Quesada, en el que se dice que "San Nicolás, donde se firmó el Acuerdo, una población de 7000 almas, con tiendas de todo género, artesanos, médicos y hasta profesores de piano, además de extranjeros ocupados en la navegación fluvial, estaba en condiciones de adaptarse a los nuevos tiempos (15)." Esto último no ocurrió a raíz de la prolongada secesión que mantuvo a la Provincia de Buenos Aires separada de la Confederación, circunstancia que inclinó, a favor de la entonces Villa del Rosario, el eje del desarrollo de la región.

Pero el motivo real que llevó a Urquiza y sus consejeros a elegir a San Nicolás como lugar de la reunión de Gobernadores fue una razón de equilibrio histórico político. En efecto, si por una parte, dadas las resistencias internas y provinciales, era inviable una convocatoria de los gobernadores en Buenos Aires, tampoco hubiera sido oportuno hacerlo fuera de su radio de influencia. El momento político era delicado y los pasos había que darlos en forma firme pero progresiva y aunque finalmente la estrategia adoptada no impidió la ausencia de Buenos Aires en Santa Fe, para sancionar la Constitución de 1853, ello fue porque triunfó por algún tiempo la tendencia separatista provincial, temerosa de perder sus ventajas económicas y el poder político.

---

(14) Véase: LUNA, Félix, "La construcción democrática de la Argentina", diario La Nación, 31/05/2002, p. 21 y nuestra carta de lectores publicada en el mismo medio el 18/06/2002.

(15) SAENZ QUESADA, María, "Gobernadores, entre Santa Rosa y San Nicolás", diario La Nación, 05/06/2002, sección Opinión.

Sin caer en el elogio que implícitamente hizo Borges a San Nicolás cuando dijo que sus ancestros habían nacido en el lado bueno del Arroyo del Medio, lo cierto es que no obstante su adhesión a Buenos Aires durante las guerras civiles, San Nicolás fue, en la visión de Alfonso de Laferrère algo así "como un sitio de coincidencia de corrientes opuestas en la vida argentina y ésta es una de las causas que han contribuido a mantener la tradicional cultura de su sociedad, de la que salieron hombres descollantes en todas las actividades del país (16)". Agrega Laferrère que "su fidelidad a la causa de Buenos Aires no le impidió comprender el espíritu de las otras Provincias y dar eco a sus intereses y aspiraciones" (17).

IV. Las ideas del Acuerdo. Los proyectos debatidos y el consenso final

Al promediar mayo de 1852, después de viajes tan azarosos como eran los de aquella época, arribaron a San Nicolás los gobernadores de las Provincias del interior. Urquiza y la comitiva que lo acompañaba, que llegaron por barco, lo hicieron unos días más tarde de los calculados debido a la serie de dificultades que tuvieron que enfrentar al navegar por el Río Paraná. Vicente Fidel López, quien inicialmente no tenía pensando viajar, salió de Buenos Aires por vía terrestre más tarde que Urquiza pero pudo llegar más temprano, lo cual proporciona una idea de la incertidumbre que reinaba en nuestras incipientes vías de comunicación.

Del elenco de gobernadores concurrieron a San Nicolás los mandatarios de diez Provincias pues los gobernadores de Salta, Jujuy y Córdoba no pudieron arribar a tiempo y se adhirieron al Acuerdo con posterioridad. Tampoco asistió el Gobernador de Catamarca, Pedro José Segura, quien delegó su representación en el propio Gral. Urquiza.

El vencedor de Caseros estaba convencido de la proyección que podía alcanzar el Acuerdo en los Estados Unidos. Aunque sea casi un hecho poco conocido, mediante un gesto que traduce una señal de política internacional casi propia de los tiempos actuales, invitó a San Nicolás al Encargado de Negocios de los Estados Unidos de Norteamérica, Sr. John S. Pendleton, el cual siguió con vivo interés el desenlace de las delibera-

(16) LAFERRERE, Alfonso de, "Historia, Política y Letras", p. 22, Buenos Aires, 1990, explica que esa situación obedecía al hecho de que entonces (antes del desarrollo del puerto de Rosario) San Nicolás era la frontera Norte de Buenos Aires, el puerto obligado para las comunicaciones con el Litoral y plaza de intercambio con el interior.

(17) Op. cit., p. 22.

ciones apresurándose a enviar a su Presidente una copia del Acuerdo con el primer "paquete" que salía de Buenos Aires (18). Como lo han revelado Zavalía (19) y Vanossi, fue este mismo diplomático norteamericano quien envió a su gobierno el ejemplar de la Constitución Argentina de 1853 que se encuentra en Washington en el archivo de la Secretaría de Estado (20).

Como no había hoteles ni lugares públicos adecuados para alojarlos fueron invitados a las residencias de las principales familias de la ciudad. Así, el Gobernador de Buenos Aires se hospedó en la casa de Francisco Javier de Acevedo, lo cual tiene trascendencia histórica ya que en ella, a estar al testimonio de Leiva (21), se reunieron Pico, López (h.), Pujol y el citado Leiva, para acordar el proyecto que finalmente fue aprobado por los gobernadores.

Ese conjunto de hombres disímiles, en los que se mezclaban personalidades relevantes con caudillos sin grandeza, unos plagados de defectos y acusados de crímenes políticos durante la época de Rosas junto con otros más nobles y mansos que habían podido mantener una paz relativa en sus feudos, era, sin embargo, la representación más genuina de lo que configuraba la realidad provincial de esa época. Hay que tener en cuenta que tendremos que aguardar hasta el advenimiento de la Presidencia de Avellaneda para proscribir los periódicos mecanismos de ex-

---

(18) Cfr. CASTRO, Antonio, P. "Entretelones desconocidos del Acuerdo de San Nicolás", en Boletín del Museo y Biblioteca de la Casa del Acuerdo de San Nicolás de los Arroyos, Serie X, N° 1, p. 15 y sigtes., Buenos Aires, 1958. En la correspondencia mantenida entre Pendleton y el Secretario de Estado Welster, el primero expresa: "Vine con el General Urquiza a invitación suya. Soy en ésta el único extranjero y creo que el único invitado. La excepción se debe, presumo, a que el General Urquiza está ansioso por cultivar las relaciones más amistosas con los Estados Unidos y asimilar, en todo lo posible, las instituciones de los Estados Unidos para su gobierno" (op. cit. p. 15).

(19) ZAVALIA, Clodomiro, "Casi un siglo de vida constitucional", diario La Prensa del 01/05/1943, cit. por VANOSSI en obra citada en la nota siguiente (p. 28 y nota 37).

(20) VANOSSI, Jorge Reynaldo, "La influencia de José Benjamín Gorostiaga en la Constitución Argentina y en su jurisprudencia", p. 28, Buenos Aires, 1970. La copia que Pendleton había solicitado a Gorostiaga sería una emanada de la Comisión de Negocios Constitucionales del Congreso con algunas correcciones manuscritas, tal como surge de la carta que el diplomático norteamericano envió al Secretario de Estado, que aparece publicada en el libro de Vanossi (op. cit., ps. 210-213).

(21) Carta de Manuel Leiva, publicada en el libro De Caseros al 11 de septiembre, de Ramón J. CARCANO, p. 324, Buenos Aires, 1918.

terminio de los opositores políticos que nuestro país tuvo que soportar hasta en nombre de la civilización (22).

En San Nicolás volvieron a debatirse los proyectos de Pujol y de Pico. La circunstancia de discutirse este último tenía gran importancia debido a que contaba con la aprobación de Vélez Sarsfield, que representaba la facción porteña que empezaba a manifestar su oposición a Urquiza, en la que militaban desde liberales como Valentín Alsina y Mitre hasta antiguos rosistas como Lorenzo Torres, Angel Pacheco, Nicolás Anchorena y otros (23).

Mientras Pujol prosiguió, con su característica tenacidad, bregando por que se declarase a Buenos Aires capital de la Confederación, contando con el apoyo de la mayoría de los gobernadores de las Provincias, los hombres de Buenos Aires, a los que se había sumado Bernardo de Irigoyen, rechazaban, a través de Pico y de Vicente Fidel López, la idea de la capitalización que impulsaba fervientemente el ministro correntino.

En ese contexto, y luego de varias reuniones con la Comisión redactora (Pico, López y Pujol) en cuyo seno pugnaban dos proyectos distintos (el de Pujol y el de Pico) Urquiza propuso que se suspendiera la conferencia y se nombrase una persona para que se asociara a dicha Comisión redactora con el objeto de redactar el proyecto final que recogiese las ideas vertidas, nombrándose para tal efecto, por unanimidad, a Manuel Leiva, quien ejercía el Ministerio de Gobierno de Santa Fe (24).

---

(22) En Argentina, la pacificación comenzó con Urquiza pero esta política fue obra principal de Avellaneda y Pellegrini, apoyados por Roca. No es una casualidad que entre 1880 y 1910 Argentina fue el país que tuvo el mayor crecimiento del mundo una vez consolidado el poder nacional y superadas las luchas civiles por la cuestión capital.

(23) Aunque Vélez ha negado tal aprobación, el testimonio de López y del propio Pico invalidan su versión, máxime cuando este último publicó, años más tarde, la nota que dirigió Vélez a Pico en la cual expresa que éste "ha sido inspirado para redactar lo que podemos llamar organización interina. La encuentro muy buena y no tengo adición alguna que hacerle". Si el proyecto de Pico hubiera contenido sólo lo atinente a la Convocatoria al Congreso, no habría regulado lo que Vélez denomina organización interina; véase: Carta de Pico en CARCANO, Ramón J., op. cit. p. 294; ésta es también la opinión de MAYER, Jorge M., en "Alberdi y su tiempo", t. I, p. 524, ed. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 1973.

(24) Véase la carta de Leiva, en CARCANO, Ramón J., op. cit., p. 324. Algunos han sostenido que el acuerdo se basó en el proyecto de Leiva, lo que aparte de contradecir lo que el propio Ministro santafecino aclaró en su carta publicada con motivo de la polémica mantenida entre López y Pico con Vélez y Alsina, tampoco surge del documento hallado años más tarde entre los papeles de Leiva se referían a proposiciones a presentar ante los

Esa Comisión fue la que redactó la versión final del Acuerdo que recogió las bases del proyecto que había redactado Pico, el cual, aunque contenía algunas de las ideas de Pujol que antes se indicaron, nada prescribía acerca de la capitalización ni de la división de Buenos Aires en dos provincias distintas.

Con todo, la labor de Leiva fue de gran utilidad para el resultado final pues no sólo logró armonizar el pensamiento de los miembros de la Comisión sino que agregó modificaciones sobre el régimen de comercio y de los ríos que, finalmente, fueron incorporadas al Acuerdo.

En resumidas cuentas, el resultado fue la obra de un proceso sucesivo en el cual todos los protagonistas tuvieron que ceder parte de sus pretensiones, especialmente las Provincias, que no sólo vieron postergada la esperanza de que se declarase capital a Buenos Aires sino que acordaron derogar los llamados derechos de tránsito. A cambio de ello, obtuvieron la representación igualitaria en la Convención Constituyente.

Fuera de lo que concierne a la inmediata convocatoria a un Congreso Constituyente en la ciudad de Santa Fe para sancionar nuestra histórica Constitución de 1853, lo más destacable del Acuerdo de San Nicolás consistió en la creación de una autoridad federal que, aun cuando de carácter provisorio, fue el cauce para concretar la idea de la unión nacional. Interesa subrayar que fue la primera vez que se declara orgánicamente que todas las fuerzas armadas de las Provincias pasan a integrar un ejército nacional, subordinado al Director Provisorio de la Confederación (25).

Gobernadores en San Nicolás. Dicho documento contiene una fórmula ambigua en torno de la institución de una autoridad nacional pues se limitaba a encomendar al Encargado de las Relaciones Exteriores de la Confederación, es decir, al General Urquiza, la cooperación para llevar a cabo el proceso de Organización Nacional (art. 8°). Pero ese listado de proposiciones nada decía acerca de la creación de la figura de Director Provisorio de la Confederación, del mando nacional sobre los ejércitos provinciales ni sobre las rentas de la Aduana. Por lo demás, la cláusula sobre los derechos de tránsito contenía, en las proposiciones que llevó Leiva a San Nicolás, una propuesta que oscilaba entre fijarlos o abolirlos. (véase: ARCE, Facundo A., "La formación del Acuerdo de San Nicolás a la luz de un nuevo documento", en Boletín del Museo y Biblioteca de la Casa del Acuerdo de San Nicolás de los Arroyos, Serie X, N° 1, ps. 37-38, Buenos Aires, 1958).

(25) Aunque una integración nacional se había producido en la guerra contra el Brasil en el año 1827. Pero fue una integración para ese solo efecto, parcial e inorgánica que se disolvió al culminar la guerra con la desastrosa consecuencia de la pérdida del Uruguay para las Provincias Unidas del Río de la Plata.

Como ha acontecido muchas veces en la historia los argumentos formales que se esgrimen en las luchas políticas son algo así como la máscara que encubre las verdaderas razones que se procura mantener recónditas. Así ocurrió, como no pudo más tarde dejar de captar Alberdi, con el Acuerdo de San Nicolás, ya que el rechazo a que se instituyera una autoridad federal —que ya existía de hecho— encubría la verdadera causa que era la defensa de las rentas de la Aduana, que el Proyecto de Pujol declaraba de titularidad de la Nación.

En efecto, aunque el Acuerdo de San Nicolás sólo anunciaba la nacionalización de la "Aduana" en el art. 19 (26) era a todas luces evidente que: 1°) Habiéndose prescrito en el artículo 3°, siguiendo la línea trazada por el Tratado de 1831, que entre los principales objetivos del Congreso General Federativo, estaba el de organizar la administración federal del país bajo el sistema federal, su comercio interior y exterior... el cobro y distribución de las rentas generales..." y 2) que estando consagrada la representación igualitaria de todas las Provincias en dicho Congreso, la conclusión de dicho Congreso no iba a ser otra que la nacionalización de las rentas de la Aduana, como efectivamente aconteció más tarde.

Pero la separación de Buenos Aires no sólo obedeció a una razón económica ya que, en forma paralela, surgió la preocupación por la pérdida del predominio político que anhelaban restablecer tanto aquellos exiliados de tendencia unitaria como los antiguos corifeos de Rosas.

Para superar ese estado de cosas se necesitaba que desapareciera la dicotomía entre unitarios y federales y que se lograra la conciliación entre los argentinos. Transitar por el camino de las instituciones civilizadas del mundo fue la principal obra de la llamada generación de 1837 (27) que con Echeverría, Alberdi, Gutiérrez, Vicente Fidel López, Frías y tantos otros, procuró la superación de esa falsa antinomia, la cual recién pudo concretarse durante el gobierno de Avellaneda y los que le sucedieron.

V. Sentido actual del Acuerdo de San Nicolás

Los sucesos históricos, cuando son fundacionales, marcan el destino de un país a condición que el orden instituido responda a las exigencias rea-

(26) Cfr. MAYER, José M., "Alberdi y su tiempo", p. 525 y nota 63.

(27) Cfr. MAYER, José M., "Alberdi y su tiempo", t. I, p. 453.

les que demanda la sociedad en un momento determinado de su vida política. Un buen ejemplo de ello fue el Acuerdo de San Nicolás de los Arroyos y no se puede desconocer que constituyó el punto de partida que permitió sancionar, al año siguiente, la Constitución Nacional bajo el sistema federal de gobierno.

En esa oportunidad, con diferencias de matices, teniendo en cuenta incluso importantes rectificaciones políticas posteriores, los argentinos estuvieron de acuerdo en crear un poder nacional único con autonomías provinciales relativas, es decir, sometidas a la supremacía federal de un nuevo gobierno que representaba la soberanía de la república. Nadie quería volver a la anarquía ni tampoco a la época inorgánica de Rosas.

Era necesario, igual que ahora, que el gobierno nacional fuera ejercido por una sola cabeza, aunque con tres órganos distintos, que tradujeran la aplicación del principio de separación de poderes para garantizar las libertades y demás derechos fundamentales de los ciudadanos, así como la administración del tesoro nacional (28).

Lo que siguió es historia conocida y Argentina ingresó, especialmente a partir de la obra de la generación del ochenta, en el cuadro de las naciones más prósperas del mundo atrayendo la inmigración y los capitales necesarios para impulsar, en pocos años, un crecimiento realmente extraordinario que mejoró la economía del país y el nivel de educación de sus habitantes.

---

(28) Tal como lo señala VANOSSI (op. cit., p. 41 y sigtes.) la fórmula empleada en el art. 4° de la Constitución de 1853 fue obra de Gorostiaga. En cambio, en la Constitución de los Estados Unidos (Sección VIII del art. 1°) se prescriben poderes fiscales más amplios en cabeza del Congreso Federal. (Cfr. STORY, J., "Comentario sobre la Constitución Federal de los Estados Unidos", trad. por Nicolás A. Calvo, Imprenta "La Universidad", t. II, p. 3 y sigtes., Buenos Aires, 1888). Las ideas de Alberdi sobre este punto no eran acertadas pues el Proyecto de Constitución, si bien reconocía que la Aduana era nacional y que las Provincias no podían establecer derechos de importación (art. 9°), establecía que el tesoro nacional se creaba "con impuestos soportados por todas las provincias", lo cual hubiera implicado establecer algo así como el sistema inverso a la coparticipación federal. Con todo, esas ideas eran provisorias aparte de no reflejar el pensamiento pleno de Alberdi en punto a la formación del tesoro nacional. Muchos de los problemas que se han generado con las Provincias podrían haberse evitado si se hubieran separado las fuentes, limitando el poder de contribución federal a satisfacer los requerimientos de la defensa nacional y del bienestar general, facultando al Congreso a imponer cualquier tipo de impuesto o contribución, como en la Constitución de los Estados Unidos, fórmula que no obstante coincidir con el pensamiento general de Alberdi no fue seguida por éste en su conocido Proyecto.

A partir del año 1930 seguimos un camino constitucional equivocado (quizás estimulados por la crisis internacional) e inauguramos, de paso, un nuevo concepto de federalismo que en su posterior evolución y tras sucesivos pactos federales con las Provincias, sobre todo en materia fiscal, terminó degradando los objetivos básicos del Acuerdo de San Nicolás y el sistema federal consagrado por la Constitución Nacional de 1853-1860.

Muchos no se han percatado del cambio fenomenal operado tras la reforma de 1994 y de la necesidad de corregir la situación creada rediseñando el federalismo sobre nuevas bases. La corrección de ese estado de cosas debe operarse en varias direcciones. Implica, por de pronto, el abandono de la idea que los problemas argentinos deben o pueden arreglarse mediante acuerdos con los gobernadores de Provincia, tal como ocurría en la época anterior al Acuerdo de San Nicolás. Esta práctica, a la que apelaron los últimos gobiernos, alteró profundamente el sentido originario de nuestro federalismo constitucional, donde el poder encargado de la distribución de las rentas que fijaba y recaudaba la Nación era el Congreso Nacional, en el que están representados tanto los intereses de los habitantes en general como los intereses provinciales, esto último a través de la intervención que le cabe al Senado en la sanción de las leyes. ¿Qué sentido tiene instituir en la Constitución un complejo mecanismo para la aprobación de las llamadas "leyes convenio" en el que participan el Congreso, el Presidente, las legislaturas provinciales y los gobernadores de Provincia? La experiencia ha demostrado que ninguno pues en los ocho años que lleva de vigencia la norma constitucional (art. 75 inc. 2°) no se dictó ley alguna ni parece probable que fuera a dictarse, a más de las dificultades que habría para modificar una ley semejante, que debería actualizarse en forma periódica. Al revés de lo que se ha hecho, sería conveniente establecer, al menos parcialmente, un sistema de correspondencia fiscal entre la Nación y Provincias que les devuelva o asigne gradualmente a estas últimas las facultades y el deber de recaudar impuestos. En cualquier caso, de adoptarse el sistema de las "leyes convenio" habría que volver a los mecanismos anteriores existentes antes de la reforma constitucional de 1994, que se limitaban a establecer la adhesión posterior de las Provincias pero sin imponer condicionamientos previos al Congreso Federal, como prescribe la cláusula constitucional indicada precedentemente.

De otra parte, cabe preguntarse si el país puede gobernarse por una suerte de cuarto poder, resultante de las conferencias entre gobernadores y el Poder Ejecutivo Nacional, los cuales instrumentan pactos y compro-

misos que después nadie cumple (29) sin que exista tampoco la voluntad política de hacerlos cumplir.

Si el principal objetivo del Acuerdo de San Nicolás, incorporado en forma expresa al Preámbulo constitucional, fue el de constituir la unión nacional, consolidando "un régimen nacional, regular y justo, que estimase la calidad de ciudadanos argentinos antes que la de provincianos" habida cuenta que "el bien del pueblo no ha de conseguirse por exigencias encontradas y parciales" resulta evidente que el camino de ese llamado federalismo de concertación (que en rigor sería propio de una confederación o régimen provincialista) nos ha llevado a la desmembración del poder federal, base de la unidad nacional.

Esta desmembración del poder del gobierno federal ha sido una de las consecuencias, probablemente no querida por todas las partes que suscribieron el Pacto de Olivos. Al par que se modificó la Constitución para permitir la reelección del Presidente, se atenuó el poder de este último introduciendo la extraña figura del Jefe de Gabinete y la disminución de la duración del mandato presidencial, además de otras reformas carentes de sentido (vgr. el tercer senador), como si la arquitectura constitucional fuese algo similar a un tablero de ajedrez político circunstancial.

La partida salió mal y los que perdimos fuimos todos los argentinos. Nos dimos el lujo de crear costosas instituciones que han terminado por hundirnos en la anarquía y en el desgobierno, pretendiendo importar la semilla de un sistema parlamentario que entre nosotros difícilmente pueda funcionar con eficacia, menos aún con eficiencia.

VI. El problema argentino y los fines del Acuerdo

A pesar de la gravedad que traduce, el problema argentino no es únicamente económico ni ético como tampoco sólo concierne a la reforma electoral. Es fundamentalmente el de recrear un poder nacional eficaz y probo como lo quiso el Acuerdo de San Nicolás y lo organizó la Constitución de 1853-1860, sobre la base de la supremacía federal, remozando el sistema con la introducción de la correspondencia fiscal de las Provincias en la recaudación de los impuestos y reduciendo al máximo la coparticipación federal de tributos, cuya asignación y control ha de quedar en manos del Congreso de la Nación y no de órganos constituidos por las Provincias.

(29) Como el ampuloso "Compromiso Federal" suscripto por la Nación y las Provincias el 06/12/1999 y ratificado por la ley 25.235 (Adla, LX-A, 88).

El sistema que ha funcionado hasta ahora basado en la centralización tributaria en el gobierno nacional y en la descentralización del gasto público en el plano de las autonomías provinciales, ha demostrado que genera una gran irresponsabilidad y descontrol en el manejo de los recursos fiscales.

La regla que se imponga debe tratar que coincida la responsabilidad de recaudar con la administración del gasto. En esa línea, el mecanismo de coparticipación, si se pretende mantener las actuales estructuras provinciales, puede jugar para compensar los déficits de las Provincias que no cuentan con recursos suficientes, a través de un fondo en el cual aporten mancomunadamente la Nación y las Provincias que tengan superávit (30). El sentido de este fondo que debería aprobarse por ley del Congreso sería algo así como una ayuda del conjunto del Estado Federal fundada en el principio de la solidaridad, que ahora tiene base constitucional (art. 75 inc. 2°, Constitución Nacional). En resumidas cuentas, el cambio pasa por modificar el eje del modelo inorgánico que nos rige inclinándolo hacia la llamada correspondencia fiscal, con un fondo compensador de desigualdades interprovinciales como complemento, ordenando también el llamado sistema integrado de jubilaciones y pensiones, permitiendo, por ejemplo, que las contribuciones patronales sean tomadas como pago a cuenta del IVA.

A su vez, el ámbito para concertar el federalismo tiene que generarse, conforme a nuestro sistema constitucional, en el propio gobierno federal, a través de sus órganos políticos representativos, lo cual no excluye la coordinación con los gobernadores de Provincia como agentes naturales que son de dicho gobierno (31).

---

(30) En la integración del fondo de coparticipación habría que prever una mayor participación de las Provincias que cuentan con regalías petroleras y mineras, habida cuenta que estos recursos pertenecieron, en su momento, a la Nación y que mantenerlos "in totum" en cabeza de las Provincias donde están radicados los yacimientos acentúa la desigualdad entre las Provincias ricas y las pobres. A su vez, sin premiar la ineficiencia en la administración del gasto ni castigar a las Provincias bien administradas, habría que crear un fondo compensador de desigualdades provinciales.

(31) Fuera de las razones que son inherentes al sistema de la Constitución lo cierto es que si la norma constitucional que instituye las llamadas "leyes convenio" de coparticipación federal (art. 75 inc. 2, Constitución Nacional) no hubiera caído en desuetudo ha generado, al menos, un vacío constitucional que sólo puede suplirse con el precepto de los poderes implícitos del Congreso (art. 75 inc. 32 Constitución Nacional). De otra parte, en la actualidad vienen aplicándose los criterios establecidos por la última ley de coparticipación (ley n° 23.548) anterior a la reforma constitucional de 1994, lo cual significa que si la laguna constitucional se ha cubierto con una ley del Congreso, nada impide que éste resuelva dictarla sin sujeción a los requisitos del acuerdo previo entre

Actualmente la anarquía fiscal impera en todos los niveles del Estado. El centralismo tributario que, sobre las ideas del Ministro Pinedo, se plasmó en la ley de unificación de impuestos internos de 1935 ha cumplido su ciclo y está agotado.

Lo curioso es que haya evolucionado en sentido contrario a los objetivos que perseguía y a los problemas que proponía resolver ya que, al unificar tributos que eran concurrentes y asignar a la Nación los respectivos poderes de creación y recaudación (comenzando por los llamados impuestos internos y siguiendo más tarde con otros tributos, incluso directos, como el impuesto a las ganancias), provocó el descontrol del gasto público y la inequidad fiscal entre las Provincias, junto a un acentuado desinterés por la recaudación (y hasta en casos extremos protección de los evasores) así como una serie de reacciones que terminaron por deformar el centralismo fiscal y el sistema de coparticipación instituido.

En tal sentido, mientras las Provincias continuaban percibiendo (o al menos tenían derecho) sus cuotas de coparticipación de impuestos nacionales y fondos denominados Aportes del Tesoro Nacional (ATN), no vacilaron, para hacer frente al crecimiento de sus gastos, en crear una serie de tributos distorsivos (como los impuestos de sellos y a los ingresos brutos) que Pactos Fiscales de carácter interprovincial acordaron derogar, sin haberlo hecho efectivo hasta ahora (32).

La inequidad fiscal y la falta de solidaridad entre las Provincias aparece también distorsionada si se repara en el hecho que algunas de ellas pasaron a recibir directamente los ingresos por regalías petroleras y mineras, lo cual de ser una cuestión discutible antes de la reforma constitucional de 1994 (33),

---

Nación y Provincias ni de las mayorías especiales requeridas. Ello no impide que la ley prescriba el mecanismo de adhesión para que las Provincias puedan acceder a los fondos coparticipables pero pensamos que no obliga al Congreso a mantener el organismo fiscal federal (previsto en el último párrafo del art. 75 inc. 2 Constitución Nacional) que, en realidad, constituye un ente inter-provincial-nacional, cuyo sentido está vinculado al control del sistema de las leyes convenio, como lo proclama el propio precepto constitucional.

(32) Muy por el contrario, han vuelto a renacer incluso en jurisdicciones que las habían derogado (vgr. el impuesto de sellos en la Ciudad de Buenos Aires).

(33) Vid: CASSAGNE, Juan Carlos, "La propiedad de los yacimientos de hidrocarburos", Separata de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Anticipo de Anales, año XXXVI, Segunda época, nº 29, 1991.

en cuyo sistema podía interpretarse que eran recursos nacionales, se resolvió definitivamente a favor del reconocimiento de la titularidad regalística provincial.

Una distorsión más grave aún es la que refleja el reconocimiento constitucional de la llamada autonomía municipal, cuya extensión desmedida en materia tributaria ha contribuido a que se deduzca de ello una suerte de poderes tributarios originarios, lo que a nuestro juicio resulta inconstitucional, por violar el diseño y sentido de los poderes tributarios del Estado Federal y de las Provincias en la Constitución Nacional (34).

El resultado de este fenomenal desorden se traduce en que buena parte de las Provincias y municipios gastan sin control y en forma ineficiente, con el agravante de que contraen préstamos que después, de un modo u otro, deberá cancelar el Estado Federal, sin perjuicio de las emisiones de cuasi-monedas, que aún cuando la Corte declaró en su momento inconstitucionales, continúan emitiendo, pasando por alto las cláusulas constitucionales (inc. 6 y 11 del art. 75, Constitución Nacional) (35).

Un tema no menor, que hace a nuestra cultura política, es la necesidad de vigorizar el poder del Ejecutivo porque, a la inversa de la línea ideológica que intentó imponer la reforma constitucional de 1994, muchos de los problemas derivan de la atenuación de ese poder y de la creación de organismos de control como organismos autónomos que pueden impedir su actividad trastocando la división de poderes.

Después de trazar un círculo hemos terminado degradando el sentido del federalismo constitucional primigenio y tenemos ahora que enfrentar un problema similar al que existía en el año 1852. También como entonces resulta necesario regularizar la situación política, aunque ahora para retornar al sentido originario de nuestras instituciones republicanas. El camino es arduo pero hay que empezar a reflexionar acerca de la necesidad

---

(34) Es cierto que la jurisprudencia había comenzado a introducir un gran desorden en materia de los poderes de los municipios para crear tasas al desplazar el criterio que las legitimaba sobre la base de que ellas representan el costo efectivo de los servicios prestados y reemplazarlo por el de la capacidad contributiva, lo cual, en la práctica, contribuyó a diluir la distinción entre la tasa y el impuesto.

(35) Véase: VITOLO, Alfredo M., "Las facultades financieras de las Provincias", La Ley, 2002-D, 1395.

y conveniencia de recorrerlo y derogar determinadas reformas introducidas a la Constitución que han servido, a pesar de la falsa ilusión que trajeron las recetas importadas, para aumentar el costo de la política, debilitar el poder federal y fomentar su degeneración más palpable que es el provincialismo inorgánico (36). Porque una cosa es encarar la organización o reforma constitucional de fondo a través de un Acuerdo con los Gobernadores de Provincia como aconteció en San Nicolás, y otra muy diferente es pretender que los principales problemas del país como el de la coparticipación, el gasto público, los ingresos tributarios y la deuda pública, se arreglen a través de pactos inter-provinciales celebrados periódicamente al compás de las crisis y apetencias políticas de turno. Esto último implica la destrucción del propio sistema federal, de los principios del Acuerdo y de los que adoptó la Constitución de 1853.

Puede decirse que el Acuerdo de San Nicolás fue algo así como el preludio de las Bases de Alberdi muchas de cuyas profecías después de haberse realizado por un tiempo han terminado lamentablemente sin cumplirse por las malas decisiones adoptadas y la indiferencia de nuestros dirigentes para participar en la acción política, imponiendo transparencia y responsabilidad. Como subrayó hace poco Aja Espil "los argentinos seguimos siendo dueños de nuestro suelo pero no de nosotros mismos. Un pueblo es el ser histórico que crece o mengua con la valía o mediocridad de sus hijos (37)".

Esa frase genial puede conectarse con expresiones anteriores de Pellegrini, cuando apuntó que "para saber qué camino se ha de seguir, es necesario saber dónde se quiere llegar" y que, para ello, todos los medios "son buenos cuando son eficientes y pueden ser honradamente empleados, cuando pueden ser públicamente confesados, pues sólo la deslealtad, la

(36) Alberdi llegó a calificar al gobierno de Rosas de provincialista explicando la evolución operada en Argentina con términos que no dejan lugar a dudas en lo que concierne a su pensamiento político. Señaló Alberdi que "El provincialismo, en fin, llamado más tarde federalismo por Rosas y sus sucesores, fue una obra natural de descomposición del gobierno general, producida por las fuerzas de las cosas y sancionada por el saber incompleto y empírico de Rivadavia. Los hechos que consagró Rivadavia fueron más fuertes que sus ideas y su deseo de restablecer la unidad histórica del país. Esa unidad tuvo su triunfo en 1852, en la caída que con Rosas hizo el provincialismo, y de ahí la gran prosperidad y ascendiente de todo el país en los años posteriores a Rosas". (ALBERDI, Juan Bautista, Estudios Económicos, p. 228, Buenos Aires, 1916).

(37) AJA ESPIL, Jorge A., En torno a un libro trascendental (A 150 años de las Bases de Alberdi), Separata de Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, cit. 40, p. 23, Buenos Aires, 2002.

cobardía o el delito necesitan esconderse. Los obstáculos hay que vencerlos o desviarlos; sólo los ciegos se estrellan contra ellos (38)".

Y si se observa con cuidado, el camino correcto que hay que seguir es el que parte de los grandes fines que persiguió aquel Acuerdo, cuyo sentido cobra hoy día una notable actualidad, llevándonos a pensar si acaso —para hacer realidad la profecía alberdiana— no sería mejor —con las adaptaciones del caso— retornar a las fuentes y a los principios que contribuyeron a consolidar nuestras instituciones. Así, en un marco en el que imperen la justicia y la moral pública, tenemos que reconstruir el Estado para cumplir con el destino que predijo la histórica generación del 37 y alcanzar el bien común en las mejores condiciones económicas y sociales posibles, con el esfuerzo solidario de todos.

---

(38) PELLEGRINI, Carlos, "Discursos y escritos", p. 65, Buenos Aires, 1910.

Luis A. Podestá Costa: Evocación de su vida y su obra de gran internacionalista

Por Hugo Caminos (*)

I

Luis A. Podestá Costa hombre de una impresionante personalidad, de un interés intelectual casi universal, maestro de juristas argentinos y uno de los internacionalistas más sobresalientes de América Latina.

Estas palabras no son mías. Pertenecen al libro de Manfred Lachs —ex Presidente de la Corte Internacional de Justicia— publicado en 1982, titulado "The Teacher in International Law (Teachings and teaching)". Ellas sintetizan la vida y la obra del gran jurista argentino, a quien hoy, a cuarenta años de su muerte, rinde homenaje la Academia Nacional de Derecho de Buenos Aires.

Podestá Costa nació en Buenos Aires en 1885 y murió en su ciudad natal en 1962. En 1916 obtuvo su título de abogado, con diploma de honor, en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, donde al año siguiente se doctoró en Jurisprudencia. Su tesis *Las luchas civiles y el derecho internacional* fue laureada con medalla de oro.

La actividad de Podestá Costa al servicio del derecho y de las relaciones internacionales, fue extremadamente proficua y se proyectó en la cátedra, en el libro, en la diplomacia y en el servicio civil internacional. En todos

---

(*) Comunicación efectuada por el Académico, en la sesión privada del 28 de noviembre de 2002.

estos ámbitos alcanzó los mayores logros a que podía aspirar un internacionalista de su excepcional estatura.

Fue catedrático de derecho internacional público en la Facultad de Derecho, y de derecho internacional comercial, en la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad de Buenos Aires.

Fue autor de una de las obras generales de derecho internacional, mejor escritas en América: una auténtica joya de la literatura jurídica, cuya primera edición vio la luz en 1943.

Este libro fue el producto de muchos años de paciente investigación. Durante las conferencias internacionales a las que asistía, Podestá Costa aprovechaba sus momentos libres para consultar material documental o bibliográfico y tomar notas taquigráficas. Podestá Costa era taquígrafo profesional y en su juventud integró el equipo de taquígrafos del Congreso Nacional, al que ingresó por concurso, junto a otro gran argentino: Antonio de Tomaso.

Así, con admirable autodisciplina, fue construyendo un trabajo que cumple las condiciones que él mismo señalaba como requisito de toda labor jurídica: Esta debe ser —decía— esencialmente clara, equilibrada y veraz. Esta opus magnum, como la califica Lachs, ha sido actualizada por José María Ruda.

Pero, la actuación de Podestá Costa no se circunscribió a la esfera académica. Su labor de internacionalista se vio enriquecida con su vasta experiencia en la diplomacia, particularmente, por su participación en numerosas conferencias internacionales y su desempeño en Ginebra como alto funcionario de la Sociedad de las Naciones.

En 1927, Podestá Costa forma parte de la delegación Argentina a la primera reunión de la Comisión Internacional de Jurisconsultos Americanos en Río de Janeiro.

Al año siguiente, tiene una activa participación como asesor jurídico de la delegación argentina a la Sexta Conferencia Internacional Americana en La Habana, tan importante por sus aportes al desarrollo y la codificación del derecho internacional en el ámbito interamericano.

En 1931, Podestá Costa asume la jefatura de la División Política del Ministerio de Relaciones Exteriores. Poco después, actúa como delegado en

la Conferencia Mundial para la Reducción y Limitación de los Armamentos reunida en Ginebra, en 1932, bajo los auspicios de la Sociedad de las Naciones.

En 1935, Podestá Costa realiza una encomiable labor en la Conferencia de Paz del Chaco, de la cual fue Secretario General, y en la que colaboraron Argentina, Brasil, Chile, Estados Unidos, Perú y Paraguay. Por su contribución al éxito de la Conferencia, la Pan-American Society de Nueva York le otorgó una medalla de oro.

En 1936, es llamado a ocupar un cargo internacional de la más alta jerarquía como Consejero Jurídico de la Sociedad de las Naciones, cargo que luego desempeña con el rango de Subsecretario General de la Organización ginebrina hasta setiembre de 1939, al estallar la guerra en Europa.

De regreso al país, Podestá Costa emprende una intensa actividad en nuestro hemisferio, sacudido por la conflagración en Europa, que después de Pearl Harbor, de la declaración de guerra de Alemania a los Estados Unidos y de la invasión de los ejércitos de Hitler a la Unión Soviética, desata la Segunda Guerra Mundial.

En ese período crítico de las relaciones internacionales, Podestá Costa integra las delegaciones argentinas a las Reuniones de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores en Panamá, La Habana y Río de Janeiro, celebradas en 1939, 1940 y 1942, respectivamente.

En la Reunión de Panamá se creó el Comité Interamericano de Neutralidad integrado por siete internacionalistas con sede en Río de Janeiro, del cual fue miembro Podestá Costa.

En 1942, ante la evolución del conflicto bélico, en la Reunión de Río, se decidió que el Comité de Neutralidad continuase funcionando con el nombre de Comité Jurídico Interamericano, con un amplio mandato relativo al desarrollo y la codificación del derecho internacional. El jurista argentino, pasó a formar parte del nuevo Comité.

Uno de los últimos dictámenes suscritos por Podestá Costa, junto con sus colegas del Comité Jurídico, Francisco Campos, Charles Fenwick, Antonio Gómez Robledo y Félix Nieto del Río, fueron los *Comentarios y Recomendaciones Preliminares sobre las Proposiciones de Dumbarton Oaks* el 8 de diciembre de 1944. Este documento, relegado sin razón al olvido, fue

una significativa contribución de un selecto grupo de juristas de la región a la gestación de la Organización de las Naciones Unidas, creada el año siguiente en San Francisco.

No pocas de las sabias sugerencias del Comité, en el sentido de incluir algunas normas que no figuraban en el proyecto de Dumbarton Oaks, en el instrumento constitutivo de la nueva organización, se incorporaron a la Carta de la ONU. Así, cabe recordar la mención de la justicia, entre los principios de las Naciones Unidas, el arreglo pacífico de las controversias, de tal manera que no pongan en peligro ni la paz ni la seguridad internacionales; el principio de la buena fe en el cumplimiento de las obligaciones de la Carta y la prevalencia de las obligaciones impuestas por la Carta sobre las contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional.

En julio de 1945, Podestá Costa deja el Comité Jurídico Interamericano. Poco después, al igual que cientos de científicos y estudiosos argentinos, se ve obligado a alejarse de la función pública y de la enseñanza universitaria, a raíz de la dictadura de partido instaurada en el país. Fue en esa época, en una mañana del invierno porteño, en 1946, que le conocí en su casona, cercana a la Facultad de Derecho. Yo acababa de regresar a la Argentina después de realizar estudios de posgrado en los Estados Unidos y era portador del saludo de viejos amigos de Podestá Costa que sentían por él admiración y respeto profesional, entre ellos, Hans Kelsen, Philip Jessup, Charles Fenwick y Manley Hudson.

Recuerdo muy bien el interés con que Podestá Costa escuchaba mis comentarios sobre la enseñanza y la investigación del derecho internacional en las universidades de los Estados Unidos y sobre la Conferencia de San Francisco. Recuerdo también la impresión que me causó su gran biblioteca a la que Manfred Lachs le dedica estas palabras: *El (Podestá Costa) tenía un hobby interesante: la historia, sobresalía en el conocimiento del mundo clásico y su herencia incluye estudios sobre el Antiguo Oriente y Grecia (esta dualidad de intereses se reflejaba en su biblioteca: una pared de estantes la llenaban los libros de historia, la otra; más allá de su capacidad, libros de derecho).*

Esa primera visita al doctor Podestá Costa marcó el comienzo de una amistad que se prolongó hasta su muerte.

Al crearse la Corte Internacional de Justicia, en 1945, el Grupo Argentino de la Corte Permanente de Justicia Internacional, lo propuso como candi-

dato a la Corte de La Haya. Lamentablemente, no resultó electo. No sólo hubiese sido un gran juez internacional, sino, ello le hubiese evitado los sinsabores de muchos años de alejamiento de la actividad universitaria y diplomática, que supo sobrellevar con gran entereza.

En 1947, en su sesión de Bruselas, el Institut de Droit International, la Institución científica de mayor prestigió en la materia, le eligió Miembro Asociado. En 1959, otra institución prestigiosa, la American Society of International Law lo designó Miembro Honorario.

En noviembre de 1955 fue llamado a ocupar las funciones de Ministro de Relaciones Exteriores. Desempeñó su cargo poco más de un año. Como lo explicó Roberto Guyer, en una conferencia pronunciada en el Consejo Argentino para Relaciones Internacionales en 1993, en homenaje al doctor Podestá Costa, era un momento difícil de la vida política argentina.

Con su clara concepción jurídica, dice, Podestá Costa trató de estructurar y encauzar la política exterior mediante una serie de tratados y acuerdos, —no menos de 53— procurando dar un marco jurídico a las relaciones con distintos países. Durante su gestión, Argentina adhirió a algunas convenciones multilaterales importantes como la de Prevención y Represión del Genocidio y la de Privilegios e Inmunidades de las Naciones Unidas.

En 1956 se incorpora como miembro de número a nuestra Corporación, disertando sobre "La figura de Luis María Drago". El discurso de presentación estuvo a cargo del doctor Carlos Saavedra Lamas.

II

La obra escrita de Podestá Costa refleja su fundamental preocupación por los problemas que su país y, en general, los países de esta parte del mundo, venían arrastrando desde el siglo pasado a raíz de la aplicación abusiva de la protección diplomática por parte de las grandes potencias y por otras cuestiones internacionales de gran interés para la región.

Su primer estudio acerca de estos temas, fue un libro publicado en 1913, siendo aún estudiante de derecho: *El extranjero, en la guerra civil.* Ya dijimos que en 1917 da a luz su tesis doctoral sobre *Las luchas civiles y el*

derecho internacional. En 1920, publica su trabajo inicial sobre *Los gobiernos de facto. Principios Generales*, que es seguido por otro, titulado *Reglas para el reconocimiento de un gobierno de facto por un Estado extranjero* que se publica en la "Révue Générale de Droit International Public". El mismo año aparecen en Buenos Aires, sus libros: *La responsabilidad del Estado por daños irrogados a la persona o a los bienes de los extranjeros en luchas civiles, y Ensayo de nueva doctrina jurídica,* y su artículo: *El derecho de insurrección*, en la Revista de la Facultad de Derecho. Agotada la edición del primero, que también se publicó en México en 1923, vuelve a imprimirse en dos números de la Revista de Derecho Internacional de La Habana, en 1938, a iniciativa de su Director, el eminente maestro Antonio Sánchez de Bustamante, que lo encabeza con el título *La Doctrina Podestá Costa.*

En 1926, publica un *Ensayo sobre las luchas civiles y el derecho internacional,* a pedido de los alumnos de la Facultad de Derecho.

En 1927, publica su opúsculo *El extranjero, y la imposición del servicio militar o de prestaciones pecuniarias, con carácter extraordinario o forzoso,* donde se refiere a dos propuestas sobre este tema presentadas ante la Comisión Internacional de Jurisconsultos Americanos, reunida en Río de Janeiro en ese mismo año, y que se incorporaron al proyecto de código de derecho internacional público que preparaba la Comisión.

Nuevamente colabora en la "Révue Générale" en 1938, con un excelente estudio sobre *Las reservas en los tratados internacionales.* En 1943 publica la primera edición de su clásico Manual de Derecho Internacional Público, en 1947 la segunda, y en 1954 y 1960 la tercera y cuarta ediciones, en las que suprime el calificativo de Manual. En 1948, en la Reunión de la Academia Interamericana de Derecho Comparado e Internacional de La Habana dicta un curso sobre *La responsabilidad Internacional del Estado* que aparece en los Cursos Monográficos de esa Academia en 1952.

En 1949 publica un trabajo sobre *La Revisión de la Convención Interamericana sobre derechos y deberes de los Estados en caso de luchas civiles* que él mismo proyectó y sostuvo como ponente en la Conferencia de La Habana de 1928. En el mismo Anuario correspondiente a los años 1950/1951 publicó un artículo acerca de *La jurisprudencia de los tribunales de arbitraje como fuente del derecho* donde muestra su profundo conocimiento de esta institución internacional.

III

Para comprender mejor la obra de Podestá Costa, debemos recordar que su vida transcurre en un período de profundos cambios en el derecho y en la comunidad internacionales, marcado por dos guerras mundiales. Así, antes de la Primera Guerra Mundial, el derecho internacional no consideraba el recurso a la guerra como un acto ilegítimo.

Dentro de ciertos límites, el uso de la fuerza en las relaciones entre Estados constituía un atributo de la soberanía reglado en las llamadas leyes y usos de la guerra —lo que conocemos hoy como derecho internacional humanitario—. Tratábase de aplacar la crueldad y los excesos en los conflictos bélicos. Fue recién al terminar la Guerra de 1914-1918, con la adopción del Pacto de la Sociedad de las Naciones y diez años después, del Pacto Briand-Kellog, que comienza a diseñarse el régimen jurídico que coloca a la guerra en el campo de lo ilícito, que culminaría con la Carta de las Naciones Unidas.

También en este último periodo, el derecho internacional vio ampliado su ámbito de validez personal que estaba limitado a los sujetos tradicionales: los Estados. Basta recordar la tantas veces citada sentencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional en el Caso Lotus, en 1927, donde ésta afirmaba que:

El derecho internacional rige las relaciones entre Estados independientes.

En consecuencia, las normas de derecho que obligan a los Estados emanan de su propia libre voluntad manifestada en convenciones o en usos generalmente aceptados como expresión de principios de derecho... Por tanto, las restricciones a la independencia de los Estados no pueden presumirse.

El carácter de las organizaciones internacionales, como sujetos de derecho internacional, recién fue reconocido por la Corte Internacional de Justicia en 1949 en su Opinión Consultiva sobre la Reparación de daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas.

Además, el individuo, que ya tenía la condición de sujeto de obligaciones internacionales, como en los delitos de piratería o de trata de blancas o los crímenes de guerra, fue adquiriendo después de la última Guerra Mundial, ciertos derechos internacionales, en especial en materia de de-

rechos humanos. Toda esta evolución está tratada en la tercera edición del libro clásico de Podestá Costa, aparecida en 1954.

Los cambios radicales en la comunidad internacional resultantes del proceso de descolonización, impulsado desde las Naciones Unidas, que provocó una verdadera explosión demográfica de Estados independientes en el Tercer Mundo, fueron los últimos acontecimientos internacionales a los que Podestá Costa pudo asistir hacia el final de su vida.

El derecho internacional dejó de ser cada vez más un derecho de los países desarrollados, de las llamadas "naciones civilizadas", para irse convirtiendo en un ordenamiento jurídico que refleja el sentir de todos los pueblos.

Como lo señalaba Guyer en su mencionada disertación, desde su atalaya ginebrino, Podestá visualizó y conceptualizó el futuro de un mundo en transición. La Sociedad de las Naciones, en efecto, constituía el primer ensayo para organizar la humanidad entera en una comunidad de derecho. Aquel se refiere a una diferencia de opiniones entre Podestá Costa y el renombrado jurista suizo Max Huber, que revela la fina percepción jurídica del primero y, sobre todo, su profundo conocimiento de las transformaciones que se operaban en el ordenamiento jurídico internacional.

Durante la Guerra Italo-Etíope, un cuerpo denominado Comité de los Trece, establecido por la Sociedad de las Naciones y presidido por Salvador de Madariaga, requirió al Comité Internacional de la Cruz Roja algunos informes sobre presuntas violaciones a las leyes y usos de la guerra. El Comité de la Cruz Roja, presidido por Max Huber, se negó a entregar esos informes aduciendo que el Comité debía mantener el secreto de esa información para asegurar su neutralidad. Como lo destaca Guyer, Max Huber no percibió la personalidad internacional de la Sociedad de las Naciones, distinta a la de sus Estados miembros, así como el papel que según su Pacto constitutivo aquella podía desempeñar en un conflicto armado.

La cuestión planteada se refería a la aplicación de las Convenciones de Ginebra sobre leyes y usos de la guerra que, como afirmaba Podestá Costa, tienen el carácter de tratados-leyes, cuyas disposiciones son normas de derecho internacional objetivo, cuya violación no solo interesa a la parte afectada sino también a las demás partes.

A su vez, la Sociedad de las Naciones no era un Estado sino una organización internacional creada por los Estados para resolver conflictos y, por tanto, no era una parte en el diferendo. Por ello, no podían aplicársele las disposiciones sobre neutralidad invocadas por la Cruz Roja Internacional. Como observa Guyer, *este concepto no fue visualizado por Huber, que seguía adherido a la concepción clásica del derecho internacional decimonónico.*

Como internacionalista proveniente de esta parte del mundo, Podestá Costa entendía que el derecho internacional no tiene como finalidad esencial la de mantener el status quo. Por el contrario, concebía a esta disciplina jurídica como un ordenamiento dinámico, con la aptitud necesaria para que sus normas acompañen la evolución de las relaciones internacionales. Esa posición le permitía proyectarse hacia el futuro en su labor codificadora, dejando abierta la posibilidad de que las reglas propuestas no impidiesen el desarrollo del derecho internacional.

Un ejemplo de esta actitud lo dio Podestá Costa en 1927 cuando actuaba como miembro de la Comisión Internacional de Jurisconsultos Americanos. Al elaborarse un proyecto de convención sobre derechos y deberes de los Estados, y considerarse el principio de no-intervención, Podestá Costa proponía una redacción que dejase *el camino abierto a una posible ingerencia —no diré intervención— de la comunidad internacional en la forma que se ha iniciado con el Pacto de la Sociedad de Naciones.* El jurista argentino se anticipaba así a la norma que hoy figura en la Carta de la OEA que excluye del concepto de intervención las medidas adoptadas según los tratados vigentes, para el mantenimiento de la paz y la seguridad.

En otros pasajes de este debate, Podestá Costa muestra dos de sus características como internacionalista: Precisión y concisión en la expresión de los conceptos jurídicos y un modo categórico de reaccionar ante cualquier afirmación científicamente incorrecta.

Al oponerse a una moción tendiente a incorporar al texto una definición de la intervención, decía: *Al redactar estos proyectos se ha seguido, sin duda, coma regla de método, la brevedad y la concisión, requisitos elementales en materia legislativa. En este sentido, cuando decimos que un Estado no puede intervenir, entendemos referirnos al concepto que esta palabra tiene en Derecho Internacional es decir, a la imposición de determinada solución, mediante la coerción diplomática o militar, en los asuntos interiores o exteriores de otro Estado. Si quiere definirse lo que se ha de entender por intervención,*

podemos ensayarlo, pero toda definición, según el antiguo adagio romano es siempre un poco peligrosa....

Fue en esa ocasión que el jurista argentino propuso agregar a la prohibición a los Estados de intervenir en los asuntos internos de otro, la de prohibirles también intervenir en sus asuntos externos. Decía Podestá Costa al presentar su propuesta: *La ausencia de la palabra 'externos' parecería hacer creer que puede darse intervención en los asuntos de carácter internacional, y entiendo que esa no ha sido la intención de la Subcomisión, sino lo contrario. Además, es preferible emplear el vocablo 'asuntos' a 'negocios', dado que el primero es más general.* Ese debate fue histórico, pues allí se estaba gestando un principio que se constituyó en uno de los pilares del sistema regional americano. Luego de escuchar la proposición de Podestá Costa, el Presidente de la Comisión, Epitacio Pessoa observó que la Subcomisión había excluido intencionalmente los asuntos externos "por cuanto es posible reconocer a un Estado el derecho de intervenir en los asuntos de otro, por intermedio de buenos oficios y mediación. En el caso de asuntos internos no será posible la intervención; dada, sin embargo, la hipótesis de asuntos externos, será admisible por el Derecho Internacional la intervención de un Estado extraño, sólo cuando se trate de buenos oficios y mediación. Tal ha sido el pensamiento de la Subcomisión".

La respuesta del doctor Podestá Costa no se hizo esperar: *Mucho respeto —dijo— la opinión del señor Presidente, y la de los demás colegas que integran la Subcomisión; pero..., en mi opinión, la ingerencia mediante buenos oficios o mediación, no significa propiamente intervención. Llamamos intervención a la ingerencia de carácter coercitivo que se opera siempre mediante una presión diplomática o militar, sin el consentimiento del Estado que es objeto de la medida aún contra su voluntad. El artículo 3° consigna solamente la ingerencia, mediante presión, en los asuntos internos de un Estado y yo solicito que se declare que también es ilícita esa acción en los asuntos externos.*

El Presidente expresó que comprendía perfectamente el pensamiento del delegado argentino y que se había limitado a explicar lo acontecido en la Subcomisión. La enmienda de Podestá Costa fue adoptada y, posteriormente, incorporada a la Convención de 1933 sobre Derechos y Deberes de los Estados y a la Carta de la OEA.

Más adelante en el debate, al contestar una pregunta del delegado de Costa Rica sobre qué diría sobre la intervención no de un Estado sino de

una coalición, Podestá Costa explicaba: *Se entiende que no es lícita una coalición. Ella caería dentro de lo prescrito por el artículo, pues se trata de prohibir toda acción coercitiva sea ella de un Estado o de un grupo de Estados.* Con esta explicación, Podestá Costa se adelantaba a la Carta de la OEA que niega el derecho de intervención tanto a un Estado como a un grupo de Estados.

De su modo categórico de reaccionar ante las ideas que no juzgaba acertadas, fui frecuente testigo al acompañar al doctor Podestá Costa durante varios años en las mesas examinadoras de derecho internacional público en Universidad de Buenos Aires. Debo aclarar que en todas sus reacciones mostraba su gran sentido del humor.

Para atenerme a lo que está documentado, daré un ejemplo tomado del debate de 1927 al que nos referimos. Un delegado sostuvo que no toda intervención debía entenderse como un acto de prepotencia o de imposición de un Estado sobre otro. Y agregó: *Cuando el ABC (Argentina, Brasil y Chile) intervino en los conflictos de Estados Unidos y México esa intervención fue recibida con generales aprobaciones.* La réplica de Podestá Costa fue inmediata: *Eso no es una intervención*; a lo cual el delegado en cuestión respondió: *En castellano, sí.* La contestación del representante argentino fue terminante: *En Derecho Internacional, no.*

IV

Podestá Costa fue un creador. De su labor doctrinaria debe destacarse su doctrina de la *comunidad de fortuna* expuesta por primera vez en 1922. Sus ideas se ubican en la corriente de dos grandes juristas argentinos: Carlos Calvo y Luis María Drago.

El problema que sufrían los países latinoamericanos, como países de inmigración, lo sintetiza admirablemente Pradier-Fodéré, jurista francés que enseñó durante muchos anos en la Universidad de San Marcos, citado por Podestá Costa: *Las reclamaciones de los países europeos han sido una espada de Damocles sobre la cabeza de todos los gobiernos de América Hispana y una verdadera llaga. La Europa entera, dispuesta a abusar de su fuerza con respecto a esas repúblicas que consideraba cosa desdeñable y no apreciable en el mapa político se muestra inexorable e injusta al arrancarle reparaciones a menudo indebidas y siempre exageradas; a causa de daños imaginarios e insignificantes alegados por alguno de sus hijos que no siempre son los más meritorios. Presentarse como víctima, sea lo que fuere, de un Estado his-*

panoamericano es para el europeo fuente de fortuna. Es natural que los gobiernos de esas repúblicas se preocupen de ese flagelo paro tratar de conjurar sus efectos.

Esa política intervencionista de las grandes potencias basada en que toda lesión al extranjero, origina necesariamente la responsabilidad del Estado, entre otras razones porque juzga equitativo que unas personas sean protegidas por el hecho de llamarse extranjeros y otras no lo sean por el hecho de ser nacionales, lleva a Podestá Costa a elaborar su doctrina de la comunidad de fortuna. Al sostener que la situación del extranjero no está librada al azar, se adelanta a la concepción actual de los derechos humanos internacionalmente protegidos.

Decía el autor de la doctrina al exponerla en 1922: *Hoy todos los Estados reconocen a todos los individuos el goce y ejercicio de determinados derechos. El derecho a la vida, que se ejerce mediante la libertad individual, la cual supone a su vez la inviolabilidad de la persona, de la conciencia, del domicilio y la correspondencia y el derecho o los bienes, o sea la posibilidad de adquirir y de disponer del producto del trabajo personal, constituyen derechos esenciales pues sin ellos no se concibe la vida humana en sociedad. Mediante las leyes locales, o bien por la vía contractual toda comunidad civilizada ha asegurado estos derechos a toda persona en su carácter de tal, con abstracción de su calidad de nacional o de extranjero. Aún más: La viabilidad de estos derechos esenciales es condición necesaria para la admisión de un Estado en la comunidad internacional.* Al referirse al carácter de estos derechos esenciales —que Podestá Costa resume en el derecho a la justicia— afirma que no son derechos naturales, pues aunque hoy aparecen como inherentes a la personalidad humana, no han existido siempre y son el resultado de una larga evolución histórica.

Las leyes locales, los tratados y la doctrina y la jurisprudencia de los tribunales internos e internacionales, en cuanto definen y regulan los derechos esenciales, constituyen el derecho de extranjería. Asegurado ese status —explica Podestá Costa— al entrar el extranjero en un país se configura un pacto tácito entre aquel y el Estado que lo recibe: Este confiere a aquel los derechos esenciales, a condición que el extranjero cumpla las leyes del país.

El extranjero ingresa así a una sociedad en virtud de una resolución consciente y deliberada, conociendo de antemano las ventajas y desventajas de la empresa. En el seno de esa sociedad el extranjero espera hallar

bienestar y la sociedad ve en él un elemento de progreso. Aquel pacto crea y consolida un vinculo de recíproca solidaridad, una verdadera comunidad de fortuna.

Podestá Costa buscaba una doctrina jurídica que no dependiese de que el papel de reclamante haya tocado en suerte a un Estado poderoso y el de inculpado a un país débil o viceversa.

Recién cuando la garantía del Estado local falla, y los derechos esenciales han sido violados, estos tienen un último amparo: La protección internacional. Pero la acción del Estado extranjero no se funda en un derecho de intervención. Ni tampoco es un privilegio al extranjero. Se trata de encauzar las reclamaciones extranjeras por la vía del derecho para impedir el abuso de la fuerza, pero sólo cuando hay un hecho imputable al Estado que ha roto la comunidad de fortuna que lo une al extranjero.

Las ideas de Podestá Costa expuestas con el método y el análisis de un maestro del derecho constituían una solución de alto valor jurídico que no sólo excluía la violencia sino que rebatía doctrinas que pretendían justificar una verdadera discriminación contraria al principio de la igualdad jurídica de los Estados.

Su crítica se asienta en un cabal conocimiento de las dos escuelas o dos modos de ver que prevalecen en el derecho internacional. *Los anglosajones, sostiene Podestá Costa, espigan en el derecho positivo: exponen los hechos, los antecedentes y la jurisprudencia de los altos tribunales, y en algunos admirables digestos ofrecen todo ello compilado y clasificado por materias y por orden cronológico. No ignoran los entendidos, sin embargo, que ese magnífico material debe ser utilizado con cuidadoso discernimiento, con hondo sentido crítico. Invocar sin más tal o cual hecho, recurrir a tal o cual antecedente sin aquilatar su valor frente a otros contrarios y sobre todo con respecto a su tiempo y a su medio, importa encerrarse en un engañoso y estéril empirismo. Los latinos siguen por lo general otro método: parten de una idea básica y analizan los fenómenos a la luz de esa idea. Este método tiene dos peligros: obra por vía deductiva y puede llevar entonces a conclusiones falsas.*

Para Podestá Costa ambas escuelas no son inconciliables. Uno y otro procedimientos pueden y deben utilizarse de modo conjunto y sucesivo. De ahí, que sus investigaciones comiencen por una incursión en la historia, para seguir con el examen de los hechos más salientes y el estudio de

la doctrina con sus fundamentos y conclusiones, culminando con un análisis y la elaboración de sus propias teorías y soluciones.

Hasta aquí hemos intentado describir a grandes rasgos la personalidad de un gran internacionalista cuyo prestigio trascendió las fronteras de América. Si mis palabras fuesen inspiración para la juventud estudiosa de nuestro país, se habría cumplido una de las finalidades más importantes de este justo homenaje.

Entrega del premio estímulo Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires

Por Santos Cifuentes (*)

La obra que por unanimidad del jurado, compuesto por los Dres. Eduardo Aguirre Obarrio, Felix A. Trigo Represas, Jorge R. Vanossi, Jorge H. Alterini y quien les habla, se ha elegido para adjudicar el Premio Estímulo de la Academia, relativa al no sencillo y actual tema de la "Intimidad y privacidad en el derecho", ostenta significativas cualidades. Destaco la prolija investigación de doctrina y jurisprudencia sin desmesura agobiante, su correcta redacción y el desarrollo argumental razonable y convincente que postula. Los aspectos característicos de ese medular derecho subjetivo personalísimo de la intimidad, derecho que se conecta con la entraña espiritual de la persona, con sus fibras más enraizadas y sensibles, puesto que importa uno de los sustentos primarios de la dignidad humana, se han expuesto con sobria factura.

Se preocupa el autor, en primer lugar, por enfrentar los dos términos del objeto de su estudio: "intimidad" y "privacidad". No es desacertado señalar aquí que la segunda palabra carece de indiosincracia castellana y de arraigo latino, pues se ha trasladado del invasor anglosajón, aunque deformando, quizá por veces innecesaria y espuriamente, como todo traslado idiomático que pretende sustitur lo que naturalmente abunda en nuestro vasto idioma, el original *the right of privacy* que iluminaron Warren y Brandeis, propulsores primigenios de la materia. Por ello, estimo correcta la equiparación conceptual, que para mi no es más que revelar, con elegancia pero en forma definida, el neologismo gratuito y deformante que aquí, como en muchas otras expresiones jurídicas, viene devastando nuestra condición y sentimientos autóctonos.

(*) Palabras pronunciadas por el Académico, en la sesión privada del 28 de noviembre de 2002, en oportunidad de entregar el Premio al doctor Manuel Ernesto Larrondo.

Los posteriores estudios sobre la evolución y naturaleza jurídica del derecho en estudio, sus caracterología singular y asentamiento en nuestra orden jurídico, están bien fundados. El desarrollo no escaso del contenido, o sea, lo que abarca y a la vez da contornos ciertos a la intimidad, lo lleva al autor a tratar la información y su control, la centenaria tutela de la correspondencia con sus actuales derivaciones electrónicas y la comparación con el derecho a la imagen, sosteniendo con decisión la autonomía de ambos. Hace en pasos continuos un recorrido del derecho a la información en su amplia gama de contenidos y de situaciones que comprende, incluida la empresa informativa, para afrontar el encuentro no siempre pacífico con la tutela de la vida íntima. Este análisis no ha echado a saco roto la enseñanza de la jurisprudencia, deteniéndose en dos antecedentes argentinos muy controvertidos por la condición pública de los personajes afectados (un presidente y un exitoso y encumbrado deportista), otro español de un simple particular y, con toque de originalidad, el actual programa televisivo de los llamados "reality shows". Da término al estudio aproximándose a las intromisiones en lo privado por parte del Estado, realizadas generalmente invocando la seguridad, pero que también tienen sus propios limites y exigencias, para no herir a los ciudadanos con aplicaciones abusivas apoyadas en aquellas prescindibles razones. Y aquí, una reflexión mía: en la antesala de todo totalitarismo se arguyen las indefinidas e inasequibles razones de estado y de seguridad, pero es cuando el gobierno de turno implícitamente reconoce la impotencia por sus propias debilidades de frenar los desmanes, los ataques y los libertinajes, levantando así el muro de la fuerza sin control para perpetrarse cuando, en verdad, debiera irse por no saber cómo gobernar con justicia y en derecho.

En el llamado "corolario" final, el firmante Mario Lamondo, tal el seudónimo del premiado, recordando saludables inquietudes de nuestra Sra. académica Dra. Kemelmajer de Carlucci, propone la elevación de los montos indemnizatorios (a mi juicio es certera la preocupación, pues desde el área de nuestra Justicia, especialmente capitalina, están sustancialmente deprimidos), para lograr un efecto disuasivo de los ataques a la intimidad de las personas.

Tras este simple y escueto recorrido de la obra, me beneficio de la oportunidad de felicitar al autor, en nombre propio y de los demás miembros del jurado y de la academia que la seleccionaron, no sin antes señalar los esfuerzos y aportes de las otras obras presentadas.

III

OTRAS DISERTACIONES Y TRABAJOS

Homenaje a Estanislao Severo Zeballos

Por Julio C. Otaegui (*)

En nombre de la Academia de Derecho evoco a don Estanislao Severo Zeballos.

Nació cuando la Confederación daba paso a la República que empezaba a organizarse bajo la Constitución histórica de 1853.

Zeballos se incorporó tempranamente a la vida cultural y política del pais, participó y descolló en la generación del 80 esa generación que supo superar 70 años de luchas fratricidas y encarrilar a la República en una senda floreciente solo obstruída por la catástrofe universal de la Gran Depresión ocurrida pocos años después de la muerte de Zeballos.

Zeballos tuvo como lema *Scribere et agere* y por cierto que escribió y actúo.

Fué hombre , de letras, de leyes y de gobierno.

Como hombre de leyes enseñó Derecho Internacional Privado en la Universidad de Buenos Aires.

Como hombre de leyes invocó el Derecho Internacional Público desde la cancillería, la banca legislativa y el escritorio del publicista.

Como hombre de leyes fue uno de los autores del Código de Comercio de 1890.

(*) Disertación del Académico, en la Academia Nacional de la Historia, en la sesión pública de homenaje al académico fallecido Estanislao Zeballos, el 13 de mayo de 2002.

Como hombre de leyes fue miembro permanente del Tribunal Internacional de Arbitraje de La Haya, distinción reservada a juristas de prestigio mundial.

Como hombre de leyes fue miembro de la antigua Academia de Derecho la que al reorganizarse en 1955 lo honró y se honró nombrándolo patrono de un sitial, el que hoy ocupo.

Como hombre de leyes fue un varón justo, fuerte y prudente.

Fue un varón justo desde su cátedra universitaria en la que postuló un nuevo enfoque del Derecho Internacional Privado avanzando allende la concepción clásica de la materia.

No ya el Derecho Internacional Privado dirigido a escoger la ley aplicable a un negocio privado sobre el que por ser internacional confluyen los regímenes de distintos paises.

Zeballos propició un Derecho Internacional Privado resultante de la fusión de los derechos de todos los Estados para brindar a todos los hombres todos los derechos.

Por eso lo llamó Derecho Privado Humano en unas célebres conferencias pronunciadas en la Facultad de Derecho entre 1911 y 1915.

De dichas conferencias extraigo el siguiente párrafo en una traducción libre de su versión francesa:

"*Este derecho* (el Derecho Privado Humano) *pertenece por eso mismo a la humanidad y se encuentra colocado sobre las legislaciones nacionales se lo llama también supernacional porque desde que es pronunciado la voz del derecho local debe cesar de hacerse oír. No está en contradicción con el principio de la soberanía porque son precisamente las soberanías* (o sea los estados soberanos) *quienes interesados en no perturbar su desarrollo solidario y recíproco convienen en crear este derecho y reconocerlo tácita o expresamente. Es en consecuencia la emanación de cada una de las soberanías locales cuyo efecto es producir una suerte de fusión de las mismas para codificar todos los derechos para todos los hombres*".

Hoy la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros Pactos y Convenciones de similar

naturaleza incorporados a nuestra Constitución, tienen un indiscutible precursor en Estanislao Zeballos propulsor del Derecho Privado Humano.

Zeballos fue también un varón fuerte en la invocación del Derecho Internacional Público para defender los intereses y la dignidad de la República.

Defendió con fortaleza a la luz del Derecho Internacional Público los intereses de la República al sostener la doctrina del jus soli asignativa de nacionalidad por el lugar de nacimiento, frente a la doctrina del jus sanguinis atributiva de nacionalidad por la paterna propulsada por los países europeos. Huelga abundar en las consecuencias de una y otra doctrina para la Argentina inmigratoria de fines del siglo XIX y principios del XX en la que al decir de Zeballos sobre 9 millones de habitantes 1 millon 200.000 eran hijos de extranjeros, entre ellos mis padres hijos de españoles.

Zeballos como canciller defendió con fortaleza a la luz del Derecho Internacional Público los intereses de la República en el conflicto de límites con Chile ante la interpretación del Tratado de 1881, sosteniendo el predominio absoluto y exclusivo a Chile en el Pacífico y a la Argentina en las tierras patagónicas y en el Atlántico.

Por cierto que si este criterio se hubiera defendido se habrían evitado a la República horas de zozobra no muy distantes.

Zeballos defendió con fortaleza la la luz del Derecho Internacional Pública los intereses de la República en la secular confrontación por la cuenca del Plata proveniente del siglo XVII.

Zeballos para superarla abogó por una adecuada gestión diplomática asentada sobre bases realistas.

Así lo postuló en apasionantes y apasionados artículos publicados en la Revista de Derecho, Historia y Letras que fundó y dirigió hasta su muerte y que reunidos bajo el nombre de "La diplomacia desarmada" conforman un libro que al decir de Jorge Mayer mi predecesor en el sitial es una obra que hace a la Argentina.

De este libro entresaco una frase luminosa:

"*Todos estamos de acuerdo unánimemente en que conviene mantener una amistad sincera con aquel país* (Brasil) *arreglando nuestras cuestiones eco-*

nómicas por la compensación recíproca de intereses que se necesitan y complementan".

Por cierto que Zeballos predijo el Mercosur.

Zeballos defendió con fortaleza a la luz del Derecho Internacional Público la dignidad de la República cuando requirió un reclamo enérgico ante Gran Brtaña por la captura del buque argentino Presidente Mitre durante la Gran Guerra.

Zeballos defendió con fortaleza a la luz del Derecho Internacional Público la dignidad de la República cuando con motivo de la visita al país del primer Roosevelt señaló los alcances de la Doctrina Monroe a la que calificó como actitud Monroe y de la que dijo:

"... la actitud Monroe a medida que desciende del norte hacia el sud, dejenera y pierde su objeto. Lo que ella vale en el golfo de México carece de valor en el Plata".

Clara visión de las consecuencias explícitas e implícitas de dicha doctrina, visión que si se hubiera entendido habría ahorrado a la República horas de dolor no muy lejanas.

Zeballos fué no sólo un varón justo y fuerte sino también prudente.

Le tocó actuar como legislador en una época en la que se hizo necesario reformar el Código de Comercio de 1862.Este Código era el primero de la República y por lo tanto incluía normas civiles regidas hasta ese entonces por las leyes de Indias. En 1871 entró en vigencia el Código Civil y lo que hizo necesario modificar el Código de Comercio para suprimir las reglas civiles a lo que se sumó que se había triplicado la población, aumentado en proporción mayor la producción y el consumo y consecuentemte intensificado el tráfico.

En la reforma del Código de Comercio confrontaron dos criterios uno evolucionista plasmado en un Proyecto de 1873 preparado por los Dres. Sixto Villegas y Vicente Quesada y otro innovador instrumentado en un Proyecto de 1887 redactado por un destacado jurista el Dr. Lisandro Segovia hoy patrono de un sitial en la Academia. Zeballos integraba con los Dres.Wenceslao Escalante, Benjamín Basualdo y Ernesto Colombres la Comisión General de Legislación de la Cámara de Diputados encargada de estudiar la reforma.

La Comisión optó por el temperamento evolucionista y lo fundó entre otras en las siguientes razones:

"*La práctica de sus disposiciones* (las del Código de 1862) *no ha ofrecido inconvenientes graves de aplicación, y la jurisprudencia de nuestros tribunales lo confirma ampliamente.Estos antecedentes nos imponían un criterio conservador para nuestros estudios, semejante al que adoptó la Comisión reformadora de 1873. Por otra parte, un Código de Comercio, cuya bondad ha confirmado la experiencia, no puede cambiarse radicalmente sin gravísimos inconvenientes. El conocimiento generalizado de sus prescipciones, las constumbres desarrolladas a su amparo, el juego regular y normal de los negocios acomodados a una legislación justa, y su aclaración y desarrollo, así por comentarios científicos como por una jurisprudencia ilustrada, son ventajas inmensas que se perderían por un cambio radical de la legislación y que no podrían improvisarse con un Código totalmente nuevo, porque son la obra exclusiva y lenta de un dilatado tiempo.Resolvimos, pues, conservar con su propia redacción todas las disposiciones vigentes, cuya reforma no fuese imperiosamente exigida por necesidades experimentadas o por una interpretación más correcta de la justicia respecto a la actualidad concreta de las relaciones legisladas.....Debemos ahora manifestar cuáles son las principales fuentes que nos han servido de guía.El proyecto de reformas de 1873 nos ha servido principalmente para eliminar del Código de Comercio las numerosas disposiciones del derecho civil contenidas en sus preceptos.*

Pero varias de las reformas allí proyectadas, no nos han parecido en general suficientemente acertadas, y sólo hemos aceptado algunas agregaciones, particularmente las relativas a cuentas corrientes. El erudito y copioso proyecto del doctor Segovia, nos ofrecía los inconvenientes de ser totalmente nuevo e introducir un cambio radical en la legislación comercial, que sería muy peligroso y produciría sin duda los perjuicios inevitables en todo cambio, sin que estuviera él motivado por defectos graves del Código vigente.Sin embargo, hemos tenido en cuenta ese proyecto como un valioso elemento de ilustración, tomando varias de sus disposiciones y hasta títulos íntegros que luego indicaremos".

Con tal criterio propuso la adopción del Proyecto de Reformas de 1889 devenido en el Código de Comercio de 1890.

La doctrina no fue favorable con el Código del 90. En primer lugar sobrevino la obvia disconformidad de Segovia a la que se sumaron Siburu calificando a la Reforma del 89 como "tímida y mezquina" y juristas posteriores como Rivarola, Garo y Malagarriga aunque más atenuadamente.

Empero la aplicación del Código del 90 demostró lo contrario porque se introdujeron reformas en el mismo pero las fundamentales tras la crisis de 1929 que dió vuelta al mundo, ello con una salvedad: la concerniente al régimen de la quiebra.

El Código del 62 concebía a la quiebra como un fenómeno de interés público porque afectaba al crédito en general y al fallido como un presunto estafador con las consecuencias del caso.

El Código del 90 siguió estas pautas aunque moderando la situación del fallido.

Empero el Código del 90 coincidió con la crisis del 90 que tumbó al Presidente y en medio del desastre se consideró harto riguroso el régimen de la quiebra.

Por ello se lo sustituyó en 1902 por una ley de quiebras que consideraba al fenómeno como de exclusivo interés del deudor y sus acreedores pero no de la colectividad.

Lo cierto es que la ley de 1902 no motivó inconvenientes mientras la República pasaba sus décadas de esplendor, pero llegada la crisis del 30 tuvo que ser reemplazada por la ley Castillo de 1933 que enfocó a la falencia como un supuesto de interés público criterio que mantuvo nuestra legislación hasta 1995, oportunidad en la que ante una nueva crisis se volvió al criterio privatístico de 1902. Ciertamente el tema de la legislación falencial no es sencillo y actualmente hay nuevas reformas y contrareformas del sistema.

Es decir que con exclusión del complejo y aún hoy insoluto, tema de la quiebra, la prudencia evolucionista compartida por Zeballos para la reforma de 1889 sirvió al país.

En suma Zeballos dió una lección de justicia cuando postuló el Derecho Privado Humano.

Hoy el tema de los Derechos Humanos en el país es apremiante porque no se satisfacen con la sola libertad de expresión o manifestación.

No hay Derechos Humanos donde hay hambre y sed, se atropella la propiedad y se destruye el trabajo. Zeballos dió una lección de fortaleza

cuando abogó por relaciones internacionales conforme a las reglas del Derecho Internacional Público consistentes en la igualdad de todos los Estados o sea relaciones internacionales dignas. Hoy el tema de las relaciones internacionales es acuciante, son indispensables, pero también es indispensable que sean dignas.

A esto se suma el tema de la Cuenca del Plata en el que Zeballos propició la integración regional cuestión hoy también en debate.

Zeballos dio también una lección de prudencia cuando brindó al país el Código de Comercio de 1890 conforme a un criterio evolutivo.

Hoy también es un tema presente. Se hace necesario reformar nuestro derecho privado dada la realidad de la globalización y del comercio electrónico.

Hoy como hace 100 años vuelven a confrontar dos criterios ambos respetables y tanto que pueden encargarse en dos patronos de sitiales de la Academia, Estanislao Zeballos y Lisandro Segovia.

Zeballos no sólo dio lecciones de justicia, fortaleza y prudencia, sino que adunó el ejemplo de una vida ejemplar en la que nunca antepuso sus ambiciones a sus convicciones. Que la alta enseñanza de Zeballos y el edificante ejemplo de su vida nutran a una nueva generación del 80 que tal como la anterior supere 70 años de yerro y reencauce a la República en la senda floreciente que Zeballos soñó y logró. Y que Dios así lo quiera.

IV

HOMENAJES

Palabras de apertura del acto

Por Horacio A. García Belsunce (*)

Recordar a los académicos fallecidos ha sido una tradición en esta Corporación. Hoy iniciamos los actos públicos del año 2002 con los homenajes a los ex académicos titulares doctor Carlos A. Adrogué con motivo del centenario de su nacimiento y los doctores Manuel M. Diez y Juan Francisco Linares al cumplirse 10 años de sus respectivos fallecimientos.

Los discursos de homenaje a cada uno de ellos estarán a cargo de los académicos titulares Alberto Rodríguez Varela, Juan Carlos Cassagne y Jorge R. Vanossi. No obstante, deseo agregar unas palabras introductorias a título de recordación personal.

Dos aspectos de sus respectivas personalidades configuran una comunidad científica, docente y ciudadana entre los tres académicos contemporáneos que recordamos. Los tres ejercieron la docencia, en distintos niveles de dedicación, en el área del derecho administrativo. Los tres en aras de convicciones docentes y ciudadanas resignaron sus respectivas cátedras en 1946, ante el avasallamiento que en ese entonces sufrieron las universidades nacionales, lo que resulta innecesario describir, pero sí necesario recordar.

Carlos A. Adrogué, después de haber retirado su presentación a concurso en 1946 en la cátedra de Derecho Constitucional y Administrativo en la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad de Buenos Aires, volvió a ella en 1959 como profesor titular por concurso en la cátedra de Instituciones de Derecho Público.

(*) Palabras de apertura del acto público de homenaje a los académicos doctores Carlos A. Adrogué, Manuel M. Diez y Juan Francisco Linares, el 11 de abril de 2002.

Tuvo una destacada actuación en la función pública como ministro de Educación y Justicia en el gobierno de la Revolución Libertadora y posteriormente en 1962 como ministro del Interior en la presidencia del Dr. José María Guido.

De sus libros y publicaciones rescato el titulado "Poderes Impositivos Federal y Provincial sobre los instrumentos de gobierno", que me sirvió de guía y fuente en mi publicación sobre "Distribución de los poderes impositivos".

Manuel M. Diez que además de abogado y doctor en jurisprudencia era ingeniero civil, se dedicó exclusivamente a la investigación científica y a la docencia universitaria. Fue profesor en la Facultad de Ciencias Exactas, Físicas y Naturales de la Universidad de Buenos Aires, en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de La Plata y en las Facultades de Ciencias Económicas y de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

Después de haber renunciado a sus cátedras en el año 1946, se reincorporó como profesor titular de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

Consagrado al estudio del derecho administrativo, culmina su producción científica con el "Tratado de Derecho Administrativo", publicado en seis tomos entre 1963 y 1972, obra que le valió un lugar de preeminencia entre los cultores de esa especialidad.

Fue decano de la Facultad de Ciencias Políticas, Jurídicas y Económicas de la Universidad del Museo Social Argentino y miembro titular de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas.

Juan Francisco Linares fue el jurista por excelencia. La docencia en las Facultades de Derecho de La Plata y de Buenos Aires, así como su paso por la función pública como subsecretario de Justicia y del Interior durante el gobierno de la Revolución Libertadora, fueron actividades subsidiarias frente a su objetivo científico central: la teoría general del derecho, la filosofía jurídica y el trasplante o la aplicación de esos conceptos y valoraciones axiológicas en el derecho constitucional y administrativo.

Estos antecedentes le hicieron acreedor al premio Bunge y Born en Derecho.

Su principal libro, chico en formato pero grande en contenido, es "El debido proceso como garantía innominada", conocido en su segunda edición de 1970 bajo el título "Razonabilidad de las leyes". En él sienta conceptos fundamentales que han sido felizmente recogidos por la jurisprudencia de nuestros tribunales. Me limito a recordar tres de esos conceptos, que sin duda serán prolijamente examinados por el Dr. Vanossi: la razonabilidad es el parámetro de justicia de las leyes, de las sentencias y de los actos administrativos. La razonabilidad se entiende como la relación adecuada de los fines perseguidos por la ley con los medios elegidos para alcanzarlos. Lo irrazonable es inconstitucional, concepto que debemos tener muy presente, en momentos en que la falta de razonabilidad caracteriza a buena parte de la legislación que nos rige.

Evocación de Carlos Adrogué

Por Alberto Rodríguez Varela (*)

El 30 de mayo de 1968, Carlos Alfredo Adrogué se incorporó a esta Academia.

Dejaba atrás un largo e intenso caminar.

Tenía entonces 66 años. Se había graduado de Bachiller a los quince e ingresado en 1918 a la Universidad de Buenos Aires, finalizando sus estudios de abogacía en 1924, a los veintidós años. Presentó después su tesis doctoral que tituló: "Poderes Impositivos sobre Instrumentos de Gobierno" y que publicó en 1942 con un prólogo en el que nuestro recordado presidente, Alberto G. Padilla, señaló que el denso volumen de setecientas páginas, más que una tesis era un tratado de Derecho Público. No resulta sorprendente, en consecuencia, que la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales le otorgara el Premio Manuel Augusto Montes de Oca, reservado para la mejor tesis de derecho constitucional, y que nuestra Academia le adjudicara el Premio "Benito Nazar Anchorena".

La lectura de esta obra, transcurridos sesenta años desde su publicación, revela la amplitud de conocimientos que exhibe el autor, su independencia de criterio, la claridad diáfana de su prosa, el carácter exhaustivo de la bibliografía utilizada, y la actualidad de muchas de sus conclusiones.

El volumen tiene una primera parte dedicada al examen de la Constitución Nacional, seguida de un estudio de lo que denomina "Poder de Imposición" en el que examina las diversas cuestiones que plantea su

---

(*) Disertación del Académico, en la sesión pública de homenaje, el 11 de abril de 2002.

proyección sobre el Estado Nacional, las Provincias y los Municipios. Asigna en sus páginas especial significación a los precedentes jurisprudenciales de las Cortes Americana y Argentina porque, a su juicio, en ambos países, el Alto Tribunal es la piedra angular de sus estructuras políticas en razón de que "la verdadera Constitución" en las dos repúblicas es la que surge de la interpretación que dicho Tribunal le ha dado en sus fallos.

Adrogué desarrolla en esta obra el tema del contralor judicial de la constitucionalidad y cuestiones puntuales como la imposición sobre magistrados federales —asunto en el que adhiere al enfoque del justice Frankfurter y a la doctrina fijada el 22 de mayo de 1939 en "O'Malley vs. Woodruogh"—; la capacidad tributaria local frente a funcionarios federales; y la situación impositiva de la Iglesia Católica, los Bancos, las reparticiones autárquicas y los servicios públicos interprovinciales.

Con un criterio exegético que mantendrá a lo largo de toda su vida, Adrogué enaltece en su tesis doctoral el rol institucional de nuestra Constitución histórica, sosteniendo, con el célebre Joseph Story, que los argentinos debíamos tener conciencia que ese cuerpo normativo constituye una "noble herencia, adquirida con los afanes, sufrimientos y sangre de sus antecesores", y que ha "sido levantada para la inmortalidad", pudiendo, empero, perecer en una hora por locura, corrupción o negligencia. No siempre los argentinos hemos escuchado esta advertencia premonitoria que Adrogué formuló en 1942. Los frutos de esa sordera han sido, por cierto, muy amargos.

El pensamiento político y jurídico de nuestro homenajeado puede ser también rastreado en otros volúmenes como "Opiniones en Derecho Público y Privado" y "La propiedad enemiga y la Constitución Nacional", en numerosos artículos, y en la obra que compila sus dictámenes como Asesor Legal de la Municipalidad de Buenos Aires.

Especial significación tuvo en su vida la enseñanza universitaria. En 1944 ingresó como docente en el Instituto de Enseñanza Práctica. A principios de 1946 se presentó al concurso convocado para cubrir una vacante en la Cátedra de Derecho Constitucional y Administrativo de la Facultad de Ciencias Económicas, pero sus convicciones cívicas le impulsaron a retirarse del mismo como protesta ante la política universitaria iniciada ese año. En 1955 retornó a la enseñanza como Profesor de Derecho Administrativo en la Universidad de La Plata. Al ser nombrado Ministro de

Educación en noviembre de 1955, se retiró del concurso abierto para cubrir la titularidad de esa cátedra en la Universidad de Buenos Aires por considerar que mediaba una incompatibilidad moral.

Fiel a su vocación universitaria, en 1959 se presentó al concurso convocado en la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad de Buenos Aires para cubrir la titularidad de la cátedra de Derecho Público. Fue designado el 29 de abril de 1961 por el voto unánime del Consejo Directivo de la Facultad y del Consejo Superior de la Universidad. En 1968, al alcanzar el límite de edad, y por no estar constituidos los órganos deliberativos de esa alta casa de estudios, declinó el nombramiento de Profesor Consulto que le extendió el Rectorado y se retiró de la docencia universitaria.

Tuvo siempre gestos de extrema delicadeza y de respeto a la autonomía de las altas casas de estudio. En 1962 cuando alguno pretendió cuestionar su permanencia en la cátedra invocando una inexistente incompatibilidad con su condición de Ministro del Interior, Adrogué reaccionó de inmediato y dirigió al Consejo una nota en la que expresó:

"Jamás desempeñaré mi cátedra sin la conformidad de mis pares respecto a la rectitud cívica de mi acción y a mi respeto por el Estatuto Universitario", agregando a continuación: "No me aferro a la cátedra con un fin egoísta. La defiendo para defender la Universidad; porque siempre he luchado y lo haré hasta el fin. Soy soldado de la democracia y la cátedra es arma de combate insustituible para difundir las ideas que sustento. Estén tranquilos los equivocados que suponen incompatibilidad entre realizar esfuerzos para sacar al país del caos y la enseñanza que yo imparto. Habrá profesores más sabios, pero no cedo el paso a nadie en amor a la Patria y a sus instituciones fundamentales"

Desempeñó funciones ministeriales en dos oportunidades. La primera en 1956, cuando fue nombrado Ministro de Educación y Justicia. Durante su gestión completó mediante el Decreto 10.775/56 el régimen universitario estatuido por el decreto 6403/56, reinstaló el Consejo Nacional de Educación, sancionó el Estatuto del Docente y puso en vigor los programas de Educación Democrática en cuya redacción participó de modo personal.

Algunos años después, entre el 26 de junio y el 21 de septiembre de 1962, fue Ministro del Interior. En ese breve período redactó el Estatuto de los Partidos Políticos, fue el promotor de la Justicia Nacional Electoral, y tuvo

parte esencial en los trabajos que culminaron en la convocatoria a elecciones en julio de 1963 y en la reglamentación del derecho de huelga.

Electo Diputado Nacional, participó en el período de sesiones de 1961 en importantes debates sobre la Corporación Argentina de Carnes, los Fondos de Inversión, la Reforma Universitaria, el Estatuto del Docente, las Escuelas Diferenciales, el Consejo Federal de la Vivienda, los arrendamientos agrícolas, el saneamiento urbano del Gran Buenos, el presupuesto nacional y leyes impositivas.

Tuvo también una relevante actuación en el Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, cuyo directorio integró en 1944/1945 y entre 1952 y 1955. Con los demás integrantes del órgano de gobierno de dicho Colegio conformó ese brillante conjunto de abogados valientes que no se inclinaron ante las extralimitaciones del régimen entonces imperante ni se sumaron a la epidemia de obsecuencia que se extendió por todos los ámbitos del país, pudiendo —como lo expresó su presidente Adolfo Bioy— contemplar en septiembre de 1955 la aurora de la libertad sin colgar ni descolgar ningún cuadro.

Con posterioridad, entre 1956 y 1957, fue Vicepresidente del Colegio de Abogados y Delegado ante la Federación Argentina de Colegios de Abogados.

Los Anales de nuestra Academia registran importantes contribuciones de Adrogué a la labor del cuerpo. La primera fue su discurso de incorporación, en el que estudió diversos aspectos de la "Libertad de Expresión". En la oportunidad reseñó los antecedentes de las libertades consagradas en la Constitución Nacional y enfatizó la defensa de la libertad de prensa. Señaló, asimismo, que sus límites estaban marcados por el art. 19 de dicho ordenamiento.

Adrogué, hombre que militó siempre en el Partido Radical, fue un ferviente defensor de la democracia constitucional y con igual vehemencia, a lo largo de toda su vida, repudió las diversas modalidades del totalitarismo de Estado. En el discurso inaugural que estamos comentando, anatematizó al régimen comunista entonces en plena expansión, sosteniendo que no se trataba de una idea más susceptible de ser estudiada y controvertida en el diálogo democrático, sino de una corriente que pretendía imponerse por la fuerza y la violencia, que despreciaba a la libertad como mero prejuicio y que no trepidaba en proyectarse internacionalmente a través

de la subversión o la invasión. Destaquemos que estas palabras realistas y proféticas fueron dichas en 1968, cuando todavía la Argentina no había entrado en su etapa más dura de confrontación interior.

En ese mismo discurso Adrogué sostuvo que, a su juicio, la democracia no debía agotarse en observar los resultados de periódicas jornadas electorales. "Los demócratas —cito textualmente sus palabras—, amantes de la libertad, no pueden entregarse inermes en manos de los que pretenden utilizar la democracia sólo como un medio más de intentar el acceso al poder para, una vez obtenido, destruirla".

Concluyó su disertación con un encendido elogio de la Constitución, afirmando que es la "síntesis de principios sabios, básico baluarte, instrumento valioso para procurar el bien común, y el bienestar general.

Sirve, bajo la protección de Dios, de faro luminoso para que en los azares de la tormenta que pone en peligro el futuro de la nave de la República indique el camino y fije la posición para el retorno venturoso".

No necesito decir que en los 34 años transcurridos desde el discurso de Adrogué muchas veces prescindimos de ese faro o nos empeñamos en su controvertida reforma, olvidando que el académico que hoy recordamos siempre sostuvo que de nada servían las normas, por muy perfectas que fueran, si no se encontraban proyectadas en conductas públicas que reflejaran su incuestionable vigencia.

En los Anales de la Academia pueden consultarse otras contribuciones de Adrogué a la labor del cuerpo. El 23 de junio de 1969 pronunció una conferencia sobre los "perfiles de la violencia contemporánea".

Fustigó al nazismo y al fascismo afirmando que habían sido los "promovedores máximos de la violencia como medio de resolver los problemas humanos".

Con relación a la realidad contemporánea, y a lo que vislumbraba para la Argentina, sostuvo que "no cabe duda de la existencia de una tenaz y organizada determinación del comunismo internacional, en sus expresiones leninistas y maoístas, de promover la destrucción de todo sistema social y político que no se asiente en la llamada dictadura del proletariado, que al fin no es más que la tiranía de unos pocos". En una clara alusión al régimen de Cuba, alertó, seguidamente, ante la existencia

de "un centro de poder y de difusión, público y notorio, que alardea de su intento de exportar la subversión". Está, pues, muy claro, que Adrogué tenía los pies sobre la tierra y preveía con horror los avances de esos intentos sobre nuestro suelo.

Como alternativa frente a la violencia totalitaria, hizo suyo el programa de paz, justicia y libertad propuesto por Paulo VI en su Encíclica Populorum Progressio. Y con relación a la Argentina, recomendó el retorno a la vigencia efectiva de la Constitución de 1853.

Quiero referirme, finalmente, a un discurso que constituye en cierto modo su testamento político y jurídico. Lo pronunció el 24 de agosto de 1972 cuando la sombra de su enfermedad se proyectaba ya sobre su existencia. Es el último aporte a la actividad de nuestro cuerpo en el que quedó trunca una labor de reflexión que tampoco pudo ya cumplir en la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, en la que fue nombrado Miembro Titular aunque no llegó a incorporarse.

Esta última y muy extensa conferencia se titula "Reforma de la Constitución, Elecciones y Partidos".

En primer lugar, y siguiendo el magisterio de Segundo V. Linares Quintana, dijo que procuraría ubicarse en el plano de la nueva Ciencia Política y Constitucional que atiende no sólo a las normas sino también a las realidades políticas y, por supuesto, a la dimensión axiológica. Sostuvo con énfasis que la Constitución histórica continuaba siendo la mejor respuesta a las exigencias de la realidad argentina.

"Nuestra Constitución —dijo— es una muestra impar de una ideología transaccional, que se nutre de vivencias liberales pero acentuadamente condicionadas a reclamos sociales, a exigencias comunes, como el orden y la moral pública". Citando a Ambrosio Romero Carranza, agregó que "no es, como pretenden algunos, expresión de un individualismo egoísta, ni sus preceptos obligan a permitir y legalizar en forma suicida la actuación de los movimientos de inspiración totalitaria. Su vigencia, dinámica, y ajustada a través de la legislación ordinaria a las exigencias de cada época, puede ser la piedra angular de un sistema que concilie la justicia con la libertad".

Tras el elogio a la Ley Fundamental, formuló un comentario que nos permite llegar al fondo de las frustraciones argentinas. Me refiero a la

"anomia" que se traduce en la decisión de anteponer el gobierno del capricho, de la ambición o del oportunismo, al imperio efectivo de las leyes. En tal sentido advirtió, de modo descarnado, que "no hay normas que resistan el deseo de no cumplirlas de los hombres encargados, precisamente, de hacerlo" En otras palabras, para Adrogué era posible que se configurara una observancia formal y aparente, de la ley fundamental, con violaciones objetivas y groseras en el ámbito de las conductas públicas, por acción u omisión.

A continuación hizo una reseña de las posibles reformas que entonces se pretendía incorporar a la Constitución Nacional. Las rechazó a todas con razones que juzgamos valederas y que sería muy extenso exponer en esta breve disertación. Lo notable es que varias figuran entre las que finalmente fueron incorporadas al texto en 1994. No dudamos que nuestro académico habría exteriorizado su disidencia con su habitual energía y habría calificado a la reforma, como en aquella oportunidad, de "acto irreflexivo".

Al referirse a nuestra cercana historia constitucional, elogió la proclama que el 1° de mayo de 1956 restableció la vigencia de la Constitución histórica y aunque estuvo en desacuerdo con la convocatoria de la convención de 1957, dispuesta cuando ya no integraba el Gabinete Nacional, reconoció que al menos había servido para que ratificara la mencionada proclama.

En la segunda parte de su disertación efectuó un prolijo estudio de todos los sistemas electorales que estuvieron vigentes en nuestro país, ponderando sus ventajas y desventajas: lista completa, uninominal, lista incompleta y proporcional. Puntualizó, sin embargo, que "la cuestión, como siempre, está en la calidad de los hombres y no en la aparente calidad de las normas". Señaló que, por ejemplo, el régimen de circunscripciones uninominales fue bien experimentado entre 1902 y 1904. En cambio, su aplicación desde 1952 hasta 1955, con circuitos distorsionados de modo adrede, reveló que en su trasfondo, más que la opción por un sistema, mediaba una conducta moralmente censurable. A su criterio, era conveniente implantar un sistema que evitara la atomización y dispersión del sistema proporcional pero que diera razonable participación a las minorías. Propuso, entonces, que en cada distrito se otorgara el 60% de las bancas a la mayoría y el 30% y el 10% a quienes se ubicaran en segundo y tercer término.

La tercera parte del estudio que estamos reseñando estuvo referido a los partidos políticos. Había estudiado el tema en forma exhaustiva porque fue firmante del Estatuto de 1956 promulgado por el Gobierno de la Revolución Libertadora, y del Decreto 7162/62 que refrendó como Ministro del Interior durante la Presidencia de José María Guido.

En su exposición rechazó la posibilidad de que se otorgara personería a los partidos antisistema o totalitarios y sostuvo que la organización de las fuerzas políticas debía ser genuinamente y no sólo aparentemente democráticas. Elogió, por ello, el art. 25 de la ley 18.975 que exigía adhesión a los fines de la Constitución histórica y el rechazo de la violencia que, en 1972, cuando pronunció la conferencia que estamos comentando, ya había provocado víctimas ilustres, entre ellas el Teniente General Aramburu, inmolado el 29 de mayo de 1970, y en cuya presidencia Adrogué se había desempeñado como Ministro.

A nuestro homenajeado le preocupaba también —y lo expresa en su disertación— que los sindicatos salieran de su órbita para incursionar en la política partidaria, aportando fondos que quedaban así sustraídos a quienes estaban compulsivamente afiliados, corrompiéndose de esta forma la vida cívica argentina.

Exhortó, finalmente, a sus compatriotas a que actuaran en política e hizo el elogio de la vocación que le había llevado a su larga militancia partidaria.

Cerró esta conferencia ejemplar con un mensaje que tiene todavía hoy validez. "Seamos optimistas —dijo—. Obremos con imaginación, tengamos fe que a pesar de las crisis por las que el mundo ha pasado y tiene que afrontar, los valores humanos y la libertad han de afianzarse y sobrevivir y que el régimen democrático republicano que los asegura ha de continuar siendo el menos malo de los sistemas de organización de los gobiernos. Completemos —agregaba— la tarea del sistema en la escuela y la universidad para superar la crisis de la participación de la sociedad civil en las actividades políticas: afirmemos la libertad política que es el medio necesario para que exista la libertad civil, la de todos los días, la que hace digna a la vida de ser vivida ... Actuemos con coraje moral, enseñemos con el ejemplo a hacer lo correcto, por más fuertes que sean las tentaciones y las presiones para proceder de otra manera; decidamos no por la mal llamada razón política, sino por lo justo; mantengamos el propio respeto, demos satisfacción a la conciencia antes que a la popularidad demagógica o al deseo de éxito político. En suma, prediquemos y actuemos con virtud cívica".

En las palabras que he reproducido textualmente está reflejada la personalidad del propio Carlos Adrogué. Porque el catecismo cívico que él proponía a sus conciudadanos es el que observó rigurosamente a lo largo de su noble vida.

En los trabajos de Derecho Público que hemos glosado queda nítida la posición del Académico a quien hoy rendimos homenaje.

Como lo expresó Ambrosio Romero Carranza al evocarlo en 1975, en nombre de esta Academia, "con el testimonio de su vida Adrogué procuró demostrar que el jurista no debe permanecer encerrado dentro de la fortaleza de la ley, construida en lo alto de una montaña para que hasta allí no llegue la contaminación de las antijurídicas realidades. El jurista —agregó mi Profesor de Derecho Político y entrañable amigo de Adrogué— debe bajar al llano con el objeto de influir sobre esas realidades, a fin de transformarlas para que en su país reine la verdadera libertad basada en la ley. Es fácil y cómodo encerrarse dentro de un bufete de abogado para evacuar consultas y señalar cuáles son los errores legislativos y judiciales que se cometen. Lo difícil y lo incómodo, pero lo patriótico y valiente —concluía Romero Carranza— es realizar lo efectuado por el doctor Adrogué: salir de su bufete de abogado para mezclarse, con valor y patriotismo, en contiendas políticas y lides electorales".

Señoras y señores:

Tuve el privilegio de tratar con frecuencia a Carlos Adrogué en el último tramo de su vida, cuando se incorporó a la tertulia semanal de nuestro muy querido académico Manuel V. Ordóñez en los altos del Chiquín. Y me fue acordado el inmerecido honor de sucederle en el sillón que lleva el nombre de Luis María Drago.

Lo recuerdo con un semblante serio y al mismo tiempo afable, que traslucía la firmeza y rectitud de su carácter. Partió hacia el encuentro con el Señor el 12 de septiembre de 1974, quedando así privada la República de una de sus figuras consulares.

Conservo en mi memoria las palabras que pronunció en la Recoleta mi inolvidable amigo el Padre Esteban Uriburu —sacerdote y abogado— que asistió a Don Carlos en la última etapa de su vida, y que —según me lo ha manifestado Carlos Adrogué (hijo)— forjó en ese breve tiempo un estrecho vínculo de afecto con su padre. Al despedir sus restos, con expresiones

que conmovieron a quienes asistíamos al sepelio, dio testimonio de la Fe con que nuestro homenajeado aguardó el momento de la partida.

Al conmemorar el centenario de su nacimiento no podemos omitir el inevitable contraste entre las generaciones que se sucedieron a lo largo de los últimos cien años, ni dejar de preguntarnos: ¿cuántos Carlos Adrogué hay hoy en la República? Quiera Dios que muchos, para que no perdamos la esperanza en la recuperación de nuestra atribulada Patria.

Homenaje a Manuel María Diez

Por Juan Carlos Cassagne (*)

Manuel María Diez fue uno de mis dilectos maestros en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

Con un dejo porteño en el hablar, que lamentablemente se va perdiendo, y con una sencillez acentuada por la cadencia de su voz, el entonces Profesor Titular de Derecho Administrativo solía contar a sus discípulos, a través de una anécdota no exenta de gracia, como fue que antes de graduarse de Ingeniero comenzó a cursar la carrera de Abogacía.

Diez atribuía el inicio de su vocación jurídica al padre de un compañero y amigo en la Facultad de Ingeniería, quien les decía que si no estudiaban derecho corrían el peligro de caer en manos de abogados que podían hacerles perder la poca fortuna que hubieran ganado con el ejercicio honrado de la profesión de ingenieros.

Como muchas de las cosas que Diez decía en esa anécdota había algo así como la construcción de una parábola encubierta cuya enseñanza moral traducía el amor por la honradez que practicó en todos los actos de su vida.

Lo cierto es que, en 1926, antes de culminar su carrera en la Facultad de Ciencias Exactas, Físicas y Naturales de Buenos Aires, de la que egresó con el título de Ingeniero Civil con Diploma de Honor, inició sus estudios en la Facultad de Derecho de Buenos Aires, recibiéndose de Abogado en 1931, y obteniendo, dos años más tarde, el título de Doctor en Jurisprudencia, con

---

(*) Disertación del Académico, en la sesión pública de homenaje, el 11 de abril de 2002.

una tesis sobre el Régimen Jurídico de los Ferrocarriles que mereció la calificación de sobresaliente.

En realidad, más que la abogacía, que prácticamente no ejerció, Diez fue un estudioso ordenado y metódico del derecho administrativo que, en muchos aspectos, contribuyó a la modernización de la disciplina en nuestro país a través de la difusión y desarrollo de la doctrina europea de mayor envergadura científica.

Sus aportes a la construcción del derecho administrativo argentino fueron notables. Como dijo Juan Francisco Linares, desde su primera gran obra sobre el "Régimen Jurídicos de las Comunicaciones", vemos en él al jurista de fuste. Este libro constituye un verdadero tratado de derecho y economía de los servicios públicos en el que se analiza y estudia, por primera vez entre nosotros, el tema de las tarifas con los distintos elementos que integran la base tarifaria. Este trabajo puede leerse hoy día con gran provecho intelectual y hasta profesional, porque muchas de las recetas que habrá que aplicar en Argentina para solucionar los problemas que plantean las concesiones de servicios públicos, encuentran su punto de partida en la experiencia histórica y económica de nuestro pasado.

En todas las obras que siguieron, Diez demostró que era una suerte de ingeniero del derecho, uniendo de manera admirable, dos vocaciones aparentemente disímiles. Así, prefiere siempre construir antes que destruir. Respeta la obra de sus predecesores sin perder la independencia de juicio y la defensa de las ideas y sistemas que considera más justos y apropiados a la realidad vernácula del momento histórico que le toca vivir.

En un mundo tan cambiante y movedizo como es el que transita el derecho administrativo, Diez nos ha legado tanto principios y construcciones jurídicas novedosas como descripciones detalladas de las teorías y los sistemas vigentes en el derecho comparado, mediante un estilo claro y profundo a la vez.

En ese sentido, la publicación en el año 1965 de su obra sobre "El Acto Administrativo" contribuyó, como pocas, al desarrollo técnico de esta categoría jurídica, una de las instituciones fundamentales de nuestro derecho público, codificado años más tarde, en 1972, en la ley nacional de procedimientos administrativos. Entre los numerosos libros y trabajos que publicó se encuentra su excelente y sistemática obra sobre "Derecho Procesal Administrativo" escrita en colaboración con el Profesor Tomás Hutchinson.

Pero su obra cumbre es, sin lugar a dudas, su Derecho Administrativo, en cuyos seis tomos aborda, en forma metódica y global, la rica temática del derecho administrativo. Allí enfrenta con rigor científico las doctrinas autoritarias que exhibía nuestro derecho administrativo al par que pone el acento en la protección de los derechos individuales, planteando siempre la necesidad de alcanzar un justo equilibrio entre prerrogativas y garantías, como ecuación básica del derecho administrativo adjetivo y de fondo.

En el orden que he elegido para describir la personalidad del maestro, al tratadista e investigador de la disciplina le sucede el docente que organiza la enseñanza del derecho, promoviendo la formación de un núcleo importante de administrativistas en la Universidad de Buenos Aires, la mayoría de los cuales hoy descuellan con brillo propio.

Su capacidad para el trabajo, pese a la cruel enfermedad que padeció durante gran parte de su vida, era realmente inagotable y nos contagiaba a todos.

Tenía la gran virtud de concretar proyectos que llevaba a cabo con firmeza y férrea voluntad. Uno de esos proyectos cristalizó la idea de fundar la primera Revista Argentina de Derecho Administrativo en cuyo Consejo de Redacción tuve el privilegio de acompañarlo junto con otros distinguidos colegas de su cátedra.

Durante más de quince años orientó la enseñanza del derecho administrativo en nuestra querida Facultad sobre la base de la excelencia y la más plena libertad de pensamiento. Uno de los objetivos que guió su acción universitaria fue el de promover la especialización y la división de la materia al menos en dos asignaturas ya que entonces el Derecho Administrativo abarcaba el equivalente a cuatro cursos de Derecho Civil (teoría general, organización administrativa, actos y contratos de la Administración, el dominio público, la policía y el servicio público, además del procedimiento administrativo y el llamado contenciosoadministrativo).

Así, mientras se ocupó simultáneamente de organizar y dirigir los cursos del Doctorado en la especialización de Derecho Administrativo y Ciencias de la Administración, fue capaz de fundar, por primera vez en Argentina, la carrera de Derecho Administrativo Especializado que durante mucho tiempo, hasta el nacimiento y el desarrollo de las modernas maestrías y carreras de postgrado en las universidades privadas, fue la única escuela

de especialización abierta para aquellos abogados que precisaban contar con una gama mayor de conocimientos para el ejercicio de la profesión, la judicatura o la función pública.

En cierto modo, Diez fue un visionario de los problemas que tuvo que enfrentar la enseñanza de la disciplina en épocas posteriores a su actuación. En el año 1969 fue nombrado Profesor Titular y luego Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas, Económicas y Políticas de la UMSA, cargo para el que fue reelegido en el año 1972. Lo primero que hizo fue dividir la enseñanza de la materia en dos cursos, en uno de los cuales designó a la Dra. María Graciela Reiriz como Profesora Titular.

Allí tuve el privilegio de acompañarlo como Profesor Adjunto durante varios años y pude valorar de cerca sus excepcionales virtudes humanas y las valiosas iniciativas que constantemente promovía con una generosidad que muy pocos han podido igualar, porque lo hacía de una manera natural y sin afectación, en base a una amalgama en la que unía el respeto a la libertad del prójimo y el amor por la investigación que otros desarrollaban, sin reclamar nada a cambio.

Manuel María Diez se incorporó a nuestra Academia en el año 1972 ocupando el sitial n°14 que perteneció al Dr. Federico Pinedo, cuyo patrono es nada menos que José Figueroa Alcorta.

En la correspondiente sesión pública que formalizó su incorporación fue presentado por el Académico Juan Francisco Linares, su amigo de muchos años y también uno de los grandes cultores del derecho administrativo a quien hoy le rendimos también nuestro justiciero homenaje.

El tema de su disertación versó sobre la "Protección de los particulares frente a la Administración". Su análisis revela su profundo conocimiento de toda la problemática que hace a la defensa de los derechos de los ciudadanos y empresas privadas frecuentemente conculcados también entonces, por actos arbitrarios de los poderes públicos. En esa pieza jurídica puso de relieve la trascendencia de mantener la regla de la estabilidad del acto administrativo que crea derechos a favor de la Administración, en línea con la doctrina de la Corte y el pensamiento de distinguidos juristas como Marienhoff, Bosch y el propio Linares. Esa fue la tesis que prevaleció al fin, incorporándose al derecho positivo a través de la formulación normativa que prescriben los arts. 17 y 18 de la ley nacional de procedimientos administrativos.

Diez sostuvo que la inmutabilidad era una garantía para el particular "ya que representa una restricción a la libertad de acción de la administración, que no puede eliminar actos de los que han surgido derechos subjetivos a favor de los particulares. Si la administración pudiera eliminar estos actos actuaría como juez en una contienda donde ella es una de las partes. El mantenimiento de la inmutabilidad del acto, aun cuando tenga vicios graves, contribuye al mantenimiento de la seguridad jurídica y resuelve un problema de política jurídica que plantea la inestabilidad o inseguridad de las situaciones individuales derivadas de actos administrativos, ante el riesgo de los cambios de opinión del burocratismo y de los gobernantes sobre el sentido del derecho de fondo y sobre la realidad de los hechos a que se aplica. El principio de la inmutabilidad juega entonces a favor del particular, pero también juega a favor de la administración contra el administrado. En tal virtud, la administración puede invocar la inmutabilidad de sus actos al negarse a revocarlos o modificarlos frente a un particular que reclama su revisión. Pero este principio tiene límites. La administración está obligada a revisar el acto, siempre que de esa revisión resulte una mejora para el derecho del particular, eliminando un error en que se hubiera incurrido. Así lo resolvió la Corte en el caso Redrado (1)".

Parecía escapar Diez a esa suerte de ley natural que suele influenciar a muchos juristas que, con el paso de los años, van perdiendo interés por las innovaciones que produce el desarrollo de la ciencia jurídica.

Así fue uno de los primeros, sino el primero, en introducir en el derecho argentino, la categoría de los conceptos jurídicos indeterminados, elaborada por la doctrina alemana con el objeto de reducir el ámbito de lo discrecional y ampliar la fiscalización de los actos administrativos por parte de los jueces (2).

He intentado definir a Diez como un ingeniero del derecho administrativo y, esencialmente, como un hombre de acción en el campo universitario.

---

(1) Manuel María Diez, *Protección de los particulares frente a la administración*, trabajo expuesto en la sesión pública de su incorporación a la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, págs. 124 y 125, Buenos Aires, 1972.

(2) Cfr. Manuel María Diez, *Control de la actividad discrecional de la Administración*, conferencia que pronunció en la sesión pública de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, el día 5 de diciembre de 1974, publicada en "Anales-Segunda Epoca". Años XVIII y XIX – Número 4, p. 224, Buenos Aires, 1977.

Pero si como dijo Borges "sabemos que lo definitivo es lo que una persona es, no lo que hace", el perfil de Diez en el campo de los valores humanos cobra una dimensión tan grande que se acrecienta gracias a la austeridad de su vida y a las adversidades que padeció con resignación y nobleza, sin guardar rencores por el éxito de los otros.

Quizás, la faceta más destacable que exhibió en su paso por este mundo y así lo señalé al despedirlo en su final partida, consistió en la entrega metódica y plena a la formación de una pléyade de juristas especializados a los que supo guiar en aquellos momentos iniciales en que tienen que decidir el rumbo del destino de las personas.

De su personalidad fluía una actitud de respeto hacia la libertad de cada uno por sostener sus ideas y nunca lo vi contrariarse cuando alguien no compartía las concepciones que sostenía, lo cual, lejos de empequeñecerlo, hacía más grande su perfil humano. No era proclive al afecto desmesurado ni fácil, pero fue un espíritu noble y generoso que instituyó premios y patrocinó concursos en el Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, como el que llevaba su nombre.

Al concluir este homenaje quiero hacer mías unas palabras que le dedicó una de sus discípulas, la Profesora Graciela Güidi en un trabajo publicado en la REDA dedicado a su memoria, que todos los que recibieron sus enseñanzas probablemente compartan y es nada más que recordar que "su actitud amplia y desinteresada generó en todos los que alguna vez estuvimos cerca de él, la obligación de devolver a las jóvenes generaciones de estudiantes lo que recibimos y es esto lo que de aquella época hasta hoy intento hacer (3)".

Creo que ello configura la esencia del legado moral que nos dejó Manuel María Diez.

---

(3) En REDA n°14, año 5, Septiembre-Diciembre 1993, pág. 439, Buenos Aires, 1993.

Recordacion del academico Juan Francisco Linares

Por Jorge Reinaldo Vanossi (*)

I. Juan Francisco Linares fue mi predecesor en el sitial de esta Academia que hoy tengo el honor y el orgullo de ocupar. Noble como un señor a cabalidad; sencillo como un sabio con sabiduría plena; que lo era en ambos casos. Estábamos ante un jurista con severa formación filosófica. Sabía que para tener una técnica hay que poseer una ciencia. Y entendía que no es dable edificar una política jurídica si no se cuenta previamente con una filosofía constitucional amplia y abarcativa. Munido de esas claves metodológicas había labrado pacientemente los temas más fundamentales del derecho y de la ciencia política, a partir de una formación selecta y decantada donde predominaban la meditación y la reflexión analítica, antes que los impulsos o los antojos a que se prestan las riquezas del lenguaje. No se dejó tentar por la improvisación: sus obras son todas ellas aportes creativos, basados en investigaciones jusfilosóficas que no levantan sospechas de audacia tropical ni de temeridades semánticas. Cada uno de sus títulos figura con propiedad en el estricto repertorio de los temas más imprescindibles para el esclarecimiento del Derecho como objeto del conocimiento científico: basta con mencionar, a manera de ejemplo, su estudio sobre el debido proceso y la garantía de la razonabilidad, que marca un hito en la evolución de la materia y que inficiona al Derecho todo, más allá de la separación entre las ramas del público y del privado. Linares superó ab initio los contornos de un especialista, pues siéndolo, abrazaba el territorio inconmensurable que sólo dominan quienes piensan y sólo conocen quienes aceptan las limitaciones del saber humano. Humilde en el trato y en los juicios; ajeno

(*) Disertación del Académico, en la sesión pública de homenaje, el 11 de abril de 2002.

a las jactancias y a la soberbia, supo brindar lo mejor de su bagaje y despertar la curiosidad por llegar al más allá de lo explorado.

Abogado en 1934 y doctor en jurisprudencia diez años después, perteneció a una generación caracterizada por la seriedad de sus actos, la creencia en la libertad creadora y la rectitud insoslayable en los procedimientos. Inició su carrera docente en 1944 y, como se desprende de las propias fechas, recién pudo continuarla después de 1955, en las Facultades de Derecho de Buenos Aires y de La Plata. Al promediar la década siguiente decidió alejarse del ejercicio catedrático para volcarse más intensamente a la labor escrita, para la cual estaba dotado de condiciones difícilmente superables. Sus libros, que se suman a la ya citada obra sobre la Garantía innominada del Debido Proceso, abarcan desde la Cosa Juzgada Administrativa y el Poder Discrecional Administrativo, hasta "Política y Comunidad, Fundamentos del Derecho Administrativo" (1975) y "Derecho Administrativo" (1975), más una constelación de ensayos y artículos, entre los que no puedo omitir la mención del sugestivo y sugerente tema elegido para su incorporación a esta Academia, el 21 de julio de 1967, sobre "El pueblo como constituyente originario". Podríamos hacer catálogo del genuino repertorio de esas publicaciones, como así también de su actuación en las más prestigiosas instituciones profesionales y científicas del país; sin olvidar por cierto su paso por la función pública —más como sacrificio que como tentación— en las Subsecretarías de Interior y de Justicia, en horas difíciles de desafío para la reconstrucción ética de la República. Y qué no decir de su vocacional y desinteresada colaboración en la redacción de importantes cuerpos legales para la arquitectura de nuestro sistema, como el régimen de partidos políticos y la necesaria y siempre postergada reglamentación de lo Contenciosoadministrativo. Pero debo y prefiero dar prioridad al acento sobre el hombre, el ser humano excepcional que fue Juan Francisco Linares. Se podría afirmar de él lo que con dos palabras sintetizaba un biógrafo del jurista de Indias, Solórzano y Pereira: que fue un caballero ante todo. Lo conocí después de 1955, cuando brotaban en los jóvenes universitarios grandes ilusiones que desdichadamente pronto se nos esfumaron. Representante —también él— de una Argentina que se fue, nos dejó el legado de vigorosas herramientas conceptuales, muy útiles para la administración de nuestro trabajo intelectual (como, v.gr., su fecunda clasificación de las garantías); y quienes tuvimos la ventura enriquecedora de su diálogo, siempre ponderaremos su riqueza temática, sin vendas ni anteojeras, que le permitía trasladar la palabra, de los terrenos de la especialidad que dominaba, a los refrescantes ámbitos de la historia y del arte. Su afición por la pintura no sólo agrandaba la dimensión cultural, sino que

demostraba una vez más que la estética forma parte de la ética o, por lo menos, es el mejor antídoto para las poluciones a que nos somete una civilización cuyo criterio mentor parece ser la regla: "consuma y cállese".

II. Control de constitucionalidad y razonabilidad

A casi un cuarto de siglo de la publicación de su tesis doctoral, Juan Francisco Linares nos ofreció en 1970 la segunda edición de la obra, que sigue siendo hasta hoy, sin duda, uno de los textos clásicos y más consagrados del derecho constitucional argentino contemporáneo (1). Como es sabido, su trabajo apunta a la demostración de la existencia en nuestro régimen de una garantía de la libertad jurídica de las personas, cuya denominación es la que da título a la obra que comentamos: la "garantía de razonabilidad ponderativa" o del *"debido proceso legal sustantivo"*, que se destaca por su constante aplicación al control de constitucionalidad de las leyes. Como advertencia liminar, Linares señala la necesaria vinculación de toda investigación jurídica —y, por ende, la que él emprende en este trabajo— con una teoría general del derecho, subrayando a ese respecto que la ciencia constitucional tiene que partir imprescindiblemente de una concepción general. En ese sentido, su compromiso teórico es con la egología, a la que reconoce estructurada sobre las bases de la teoría pura kelseniana; añadiendo la importancia para el método que él emplea del factor valorativo o estimativo, del que el jurista no puede alejarse. Es por esa razón que confiesa abiertamente que la garantía estudiada es (al mismo tiempo que el principio de la igualdad ante la ley) expresión "de un ideal racional axiológico-jurídíco, de origen jusnaturalista, muy vinculado a la teoría del Estado de derecho", coincidiendo con Carl Schmitt que la falta de interés por esa protección en muchos países occidentales debe imputarse al síntoma de la pérdida de fe en el derecho natural.

En el capítulo de Introducción el autor expresa que el derecho constitucional argentino recoge esta garantía que en los Estados Unidos recibe el nombre de *"debido proceso legal"*, con las características de una garantía *innominada* y *genérica* de la libertad jurídica individual, cuya esfera de acción está frente al arbitrio del órgano legislativo (sin perjuicio de su valimiento por los actos administrativos, tema del cual Linares se

(1) "Razonabilidad de las leyes (el 'debido proceso' como garantía innominada en la Constitución Argentina)", 2ª ed., Ed. Astrea, Buenos Aires, 1970.

ha ocupado en particular en su obra "Poder discrecional administrativo"). *El debido proceso legal* es un patrón o *standard* axiológico de razonabilidad, que aparece en la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina como *un dato constante*. "Ese dato consiste en la utilización expresa o implícita de un cierto criterio de *racionalidad* para estimar si una ley implica *alterar* la libertad del individuo, como dice el art. 28 de la Constitución argentina de 1853, o simplemente reglamentarla, como expresa el art. 17". El *substratum* político del cual surge el referido dato está dado por la concepción del Estado de derecho en cuanto ésta consagra ciertas valoraciones típicas del liberalismo, partiendo del principio de que el individuo tiene asegurado un cierto grado de libertad que es opinable a los mismos órganos del Estado, o sea, una concepción *personalista* que se alimenta en el ideario de la Revolución Francesa y sus vertientes filosóficas, y que emplea una técnica específica para que el derecho garantice la libertad del individuo poniendo límites al poder del gobierno (la locución "Estado de derecho" es empleada por Linares con sentido político-axiológico, y no en sentido lógico-formal). La expresión *debido proceso legal* se encuentra en las enmiendas V y XIV de la Constitución norteamericana (*due process of law*) y ha tenido diversas traducciones al español, cuya variedad no empece a la correcta inteligencia de su sentido, que Linares precisa así: "Con la fórmula debido proceso legal (*lato sensu*) nos referimos a ese conjunto no sólo de procedimientos legislativos, judiciales y administrativos que deben jurídicamente cumplirse para que una ley, sentencia o resolución administrativa que se refiera a la libertad individual sea formalmente válida (aspecto adjetivo del debido proceso), sino también para que se consagre una debida *justicia* en cuanto no lesione indebidamente cierta dosis de libertad jurídica presupuesta como intangible para el individuo en el Estado de que se trate (aspecto sustantivo del debido proceso)". Con lo que quedan anunciadas las dos manifestaciones o especies del debido proceso: el *adjetivo y el sustantivo*; el primero como expresión de ciertas formas procesales y el segundo como garantía de ciertos contenidos o materia de fondo justos.

En el capítulo 2º el autor narra la evolución histórica de esta garantía (siempre utilizando la palabra "garantía" en un sentido amplio), desde su aparición embrionaria en la Carta Magna inglesa, bajo la significación equivalente de *law of the land* (ley de la tierra), hasta su trasplante al Nuevo Mundo, vigorizada por los aportes del jusnaturalismo, que operaron su transformación de una mera garantía procesal contra la arbitrariedad del monarca y de los jueces (*procedural limitation*), en una garantía de fondo

(*general limitation*), que también actúa contra la arbitrariedad de los órganos legislativos. Esta protección cobra una creciente dimensión en los Estados Unidos, al quedar incorporada en la enmienda V (pues no figuraba en la Constitución de Filadelfia) y ser extendida por la enmienda XIV como limitación al poder de los Estados; pero es en 1855 cuando la Corte Suprema la invoca por vez primera (*caso Murray v. Hoboken Land and Improvement Co.*, en 18 Howard 272), y es a partir de 1868 que el mismo tribunal le asigna el rol merced al cual adquiere tanta trascendencia en el derecho constitucional. Son numerosas las disidencias, los votos separados y, finalmente, las decisiones por mayoría de la Corte, que jalonan el progreso de esta garantía, hasta que a partir de 1880 el porcentaje de casos en que se aplica es enormemente superior al de cualquier otra garantía constitucional. Es con el caso *Chicago Milwaukee v. Saint Paul Minnesota* (134 US 418) que el debido proceso legal ingresa a la categoría de un contenido estimativo y de un recurso técnico axiológico "que limita también al órgano legislativo" (p. 22). No fueron ajenas a esa evolución las influencias sobre el criterio judicial de ciertas valoraciones ambientales dominantes luego de la guerra de secesión: "Comienza la conquista del oeste y aparece con perfiles netos una clase capitalista, numerosa y dinámica, que reclama garantías para sus inversiones y para sus ganancias. Y es esa clase la que, mediante la acción judicial directa y la prédica y acción políticas, golpea las puertas de las cortes pidiendo una más comprensiva interpretación de las garantías constitucionales frente al derecho de propiedad..." (p.19)

El capítulo 3º está destinado al debido proceso sustantivo en la actualidad. Para determinar su acepción y extensión, Linares procura desbrozar las significaciones pretéritas o insuficientes; y, así, en forma negativa, afirma que: 1) "no debe darse al término el sentido de formas procesales establecidas por ley del órgano legislativo"; 2) ni la acepción de que únicamente protege la libertad corporal o física; y 3) ni que tengan cabida solamente las reglas y juicios de valor vigentes en la época colonial de los Estados Unidos. La definición precisa de la garantía se ha visto dificultada en aquel país por el hecho de que los jueces se han rehusado a ello por el temor a cerrar el camino a posibles variaciones del concepto, prefiriendo en vez seguir un trámite de "inclusiones" y "exclusiones", a tenor de la idea desarrollada por el famoso *dean* de Harvard, Roscoe Pound, de que se está en presencia de un *standard* para guiar al tribunal, que debe aplicarse "según las circunstancias especiales de tiempo, de lugar y de *opinión pública* donde el acto tiene efecto" (p. 28). Así y todo, puede convenirse en que dicho *standard* tiene un inconfundible parentesco con

el *comnon law* que en cuanto constituye un verdadero ideal de justicia es parte "de un derecho natural constitucional", y que también cabe considerarlo como "un arbitrio técnico para mantener una democracia liberal temperada" (p. 29). En acertada síntesis, Linares piensa que el debido proceso sustantivo consiste en la exigencia de que las leyes deben ser *razonables*, o sea, "que deben contener una equivalencia entre el hecho antecedente de la norma jurídica creada y el hecho consecuente de la prestación o sanción teniendo en cuenta las circunstancias sociales que motivaron el acto, los fines perseguidos con él y el medio que como prestación o sanción establece dicho acto" (p. 31). Para determinar esa *razonabilidad*, la Corte Suprema norteamericana ha transitado por una vía que partiendo de la idea del equilibrio entre las ventajas y las cargas que la ley le reporta a la comunidad, condujo en una primera faz de aplicación al concepto de "adecuación entre el medio empleado por el acto y la finalidad que él persigue" (es decir, una proporción entre medios y fines), para arribar por último al criterio de "la conformidad del acto con una serie de principios filosóficos, políticos, sociales, religiosos, a los cuales se considera ligada la existencia de la sociedad y de la civilización de los Estados Unidos" (ps. 29/30). En tal evolución la Corte norteamericana ha cambiado de criterios para aplicar la garantía, pasando de una lejana etapa inicial en que el debido proceso era tan sólo una garantía procesal, a un segundo momento de interpretación "mecánica" o "legalista", dominada por una concepción individualista y adversa a toda ley que implicara mejoras sociales o regulación económica (la carga de la prueba de la constitucionalidad de la ley recaía sobre el defensor de la norma impugnada) ; pero luego se abrió paso la que Pound denomina "jurisprudencia sociológica", en virtud de la cual se dejan de lado las razones lógicas o los viejos juicios de valor, para fundar la razonabilidad de la ley en los hechos sociales y las exigencias que motivaron su sanción (ya no se invierte la carga de la prueba); y, finalmente, se impone el criterio de la irrevisibilidad de los fundamentos del arbitrio legislativo sobre la base del respeto a la opinión política del legislador, la que sólo debe ceder cuando resulte evidente para un hombre razonable que la ley no reclamada por los hechos. Después de anotar la influencia del eminente Holmes en el cambio operado, Linares deja constancia que "desde 1937 ninguna ley del Congreso sobre materia de regulación económica ha sido desautorizada por contraria al debido proceso sustantivo" (p.34). El criterio de racionalidad del cual se ocupa Linares, alimenta a las dos modalidades del debido proceso (el sustantivo y el adjetivo) y, en su opinión, cabe sostener que el adjetivo no es más que un aspecto de la aplicación del sustantivo, que es el más comprensivo. De ahí en más, se manejará con las

siguientes acepciones del debido proceso legal, a saber: a) el procesal, que "constituye un conjunto de reglas y procedimientos tradicionales que el legislador y el ejecutor de la ley deben observar cuando un cumplimiento de las normas que condicionan la actividad de esos órganos (constitución, leyes, reglamentos), regulan jurídicamente la conducta de los individuos y restringen la libertad civil de los mismos (libertad física, de palabra, de locomoción, propiedad, etc.)"; y b) el *sustantivo*, que consiste en "un *standard* o patrón o módulo de justicia para determinar dentro del arbitrio que deja la Constitución al legislador y la ley al organismo ejecutivo (administrativo y judicial), lo axiológicamente válido del actuar de esos órganos; es decir, hasta dónde pueden restringir en el ejercicio de su arbitrio la libertad del individuo" (ps, 25 y 26). En cuanto a las relaciones entre la garantía del debido proceso y la igualdad (ésta rige únicamente para los Estados locales, en virtud de la enmienda XIV), dice Linares que la vinculación surge de la circunstancia de que ambas protecciones representan el objeto *racionalidad*, a tal punto que a la relación histórica y conceptual que las une se suma hoy en día la convicción de que la violación de una implica el desconocimiento de la otra. Si bien la cláusula de la igualdad tiene una minuciosa aplicación (tendiente a impedir la legislación de clase), es dable reconocer —para Linares— que la inspiración general proviene del debido proceso.

Entrando a la segunda parte de la obra (derecho constitucional, derecho natural y valoración jurídica), el cap. 4º trata del "gobierno de los jueces" y la interpretación constitucional, con páginas muy concisas, que no por ello pierden en gravitación y densidad dentro del conjunto del libro. Debemos enfatizar el acierto de Linares al partir de la afirmación de que el control de constitucionalidad de las leyes no es sino un problema de hermenéutica jurídica. Como tal, creemos nosotros que el tema capital del derecho constitucional es el de la *interpretación*, lo que corrobora la creencia —también expresada por Linares al comienzo de la obra— de que es menester partir de una teoría general a fin de construir sólidamente la ciencia constitucional. Lamentamos que Linares no se haya extendido más en este punto, por las ricas implicancias que tiene en nuestra materia; pero la escuela a la que él está adscrito ya ha dado testimonio de su seria preocupación y aporte al tema (2). Linares comparte el pensamiento de Charmont en el sentido de que la escuela del derecho natural ha sido la fundadora del

(2) Ver "El sustrato filosófico de los métodos interpretativos", por Cossio, Carlos en JA, 71-25/42, Secc. doctrina; también publicado enseguida por la Universidad Nacional del Litoral.

derecho constitucional, girando por mucho en torno del tema de los *derechos fundamentales del hombre* y sirviendo de base de sustentación al control de constitucionalidad de las leyes. El derecho natural pasó a ser en los Estados Unidos algo así como una "superconstitución no escrita", en virtud de la cual se han decidido la mayoría de los casos judiciales "por más que se haya pretendido darles el carácter de una mera cuestión de aplicación o interpretación de fórmulas gramaticales" (p. 48). De las dos vertientes de la concepción del derecho natural, ha sido la racionalista o profana (por diferenciación con la teísta) la que informa el sistema anglosajón y el derecho constitucional norteamericario, registrando una evolución del mercantilismo económico y absolutismo ilustrado en lo político, hacia el liberalismo en política y filosofía, para concluir en una tónica de firme creencia en la soberanía popular y en la democracia. Como conclusión, dice Linares lo siguiente: "El derecho natural en todas sus especies es un intento de comprender, mediante una serie de axiomas, principios y reglas, el necesario factor de valoración jurídica que hay en todo derecho positivo y en todo acto de su creación. Sólo que en vez de considerar ese factor como inmanente al derecho mismo, el jusnaturalismo lo considera fuera y por sobre él. El jusnaturalismo es la primera forma que se presenta en la historia de hacerse cargo de que el derecho es justo o injusto. Nunca neutro al valor jurídico" (p. 52).

En el capítulo siguiente (el 5º), el autor explica cómo desde mediados del siglo XVI el *common law* o derecho inglés consuetudinario fue considerado el derecho natural mismo, es decir, como "un conjunto de principios y reglas que la recta razón concebía como inmanentes a la naturaleza humana", entendiéndose por recta razón la *recta razón judicial.* En esa evolución, el derecho natural pasó a ser considerado como superior al rey mismo y obligatorio para él y para los súbditos, pero el problema pendiente fue por mucho tiempo el de determinar el medio técnico para hacer efectiva esa supremacía sobre el poder del monarca. Fue el juez Coke —bajo la dinastía de los Estuardo— quien abrigó la idea de un derecho natural superior, no sólo al rey sino también al Parlamento, afirmando en el célebre y precursor *caso Bonham* la potestad de los *jueces* para resistir la aplicación de las leyes del Parlamento que fueran contra el derecho común y la razón (3). Sabemos que la técnica predicada por Coke

(3) Ver "En los orígenes de la tratadística constitucional", por AJA ESPIL, Jorge A., Ed. Abeledo-Perrot, 1968, que narra las vicisitudes de este famoso juez inglés que se rebela contra la omnipotencia del Parlamento y reconoce competencia a los jueces para examinar la validez de los actos legislativos cuando son contrarios al derecho común y a la razón.

no cuajó en Inglaterra, pero sí en las colonias americanas, en las que su precedente judicial tuvo enorme influencia, junto con la gravitación de las ideas de Locke relativas a los derechos del hombre y a las limitaciones del poder legislativo. En tales términos, dice Linares con acierto que Locke y Coke han sido los verdaderos precursores del debido proceso sustantivo en su faz más extrema: como limitación del poder legislativo (p. 58); y que la lectura de Locke por los jóvenes abogados formados en las colonias ("Después de la Biblia, Locke era la autoridad más citada"), hace comprender que en el clima espiritual de esos territorios prendiera arraigo la idea de que los actos de los órganos legislativos "podían anularse judicialmente cuando violaran ese derecho natural" (p. 60). Triunfó de esa manera el criterio del llamado "gobierno de los jueces" por sobre los postulados del otro gran jurista inglés que conformaba el pensamiento jurídico de la época: Blackstone, para quien no era posible la revisión judicial de los actos del legislador que afectaran el derecho natural.

El cap. 6º trata de la *teoría de los derechos adquiridos*, que fue para la Corte norteamericana la primera forma de tomar en cuenta el derecho natural y los derechos del hombre. Dicha teoría fue elaborada por los jueces y juristas clásicos del derecho norteamericano, acudiendo a los derechos naturales y al contrato social como limitaciones del poder legislativo; y, así, los derechos de propiedad, de igualdad y de protección contra las leyes retroactivas aparecieron como una limitación a los poderes del Estado en materia de policía, dominio eminente y poder impositivo. Y luego de enfatizar el rol de la teoría de los derechos adquiridos como basamento para el desarrollo paulatino del control de constitucionalidad, expresa Linares que "el otro soporte es la técnica para determinar cuando frente a cláusulas muy amplias existe 'el más o el menos' que permite afirmar o negar la violación de tales derechos. Uno de los aspectos de esa técnica es la garantía del debido proceso sustantivo" (p. 67).

Entre los años 1890 y 1910 tiene lugar en los Estados Unidos lo que Corwin —citado por Linares en el cap.7º— llamó el "carnaval de la inconstitucionalidad", consistente en el rechazo de la mayor parte de la legislación social por la Corte Suprema, en la que las cabezas visibles de los *justices* Brewer, Harlan y Field hacían valer derechos considerados como "anteriores al gobierno humano" que los jueces debían proteger según la tónica de una libertad natural vertida o vaciada en la libertad del *common law* al punto que cualquier limitación a esa libertad no conocida por el derecho común era estimada como "... yendo en contra de la legítima interpretación de la Constitución, cuando no de su letra" (p. 71). Pero ese

exceso —del arbitrio judicial— recubierto por formas legalistas y principios abstractos del *common law*, fue perdiendo terreno a partir de 1910, con la reacción capitaneada por los grandes jueces disidentes Holmes, Brandeis, Cardozo y Stone, quienes abren paso a la interpretación sociológica, sin por ello prescindir de toda valoración jurídica. A partir de entonces "son las circunstancias del caso, probadas por medios convincentes, o sea, los hechos sociales que motivaron la ley y los fines sociales que ellas persiguen, los datos esenciales para determinar la razonabilidad de dicho acto legislativo; no la simple invocación 'de principios del *common law* o del derecho natural'" (p. 74). Señala Linares que esta nueva modalidad ya había sido instrumentada por Brandeis en su actuación como abogado, cuando implantó "un nuevo tipo de argumento en estos pleitos: las cifras, las estadísticas, la encuesta, los índices económicos, abandonando así la argumentación tradicional limitada a razones filosóficas y cita de antecedentes" (p. 72, nota 9). Lo que sigue en pie —y no cambiará— es el hecho que pone de relieve el autor cuando expresa que la absoluta mayoría de los pleitos de inconstitucionalidad giran en torno de cláusulas ambiguas o de sentido muy amplio, entrando a jugar el arbitrio judicial en todos los casos. Esta circunstancia debe, pues, ser connotada con la gravitación que tiene asignada la interpretación en el ámbito del control de constitucionalidad.

El cap. 8º está destinado a ahondar el tema de la interpretación, para el que Linares acude insistentemente a las aportaciones de Kelsen y de Cossio. Toma del primero la determinación heterónoma y la determinación autónoma que rigen la aplicación y la creación del derecho, para subrayar que "la dinámica jurídica no consiste, según la señala la doctrina tradicional en un único grado de *creación* de derecho (la legislación) y otro de mera subsunción de hechos en el derecho creado (administración y jurisdicción), sino que, por el contrario, todos los otros grados de la pirámide jurídica entrañan también siempre creación del derecho. La aplicación de las normas a casos más concretos no es, pues, una mera subsunci6n lógica, sino una 'creación dentro de la subsunción'. Un voluntarismo estructurado" (p. 77). Sobre esa base teórica, Linares extrae algunas conclusiones o características válidas para la creación legislativa, tales como: a) que los géneros dados por la Constitución son amplísimos; b) que las estructuras constitucionales tienen una vigencia muy larga, a diferencia de las estructuras legales o reglamentarias ("la Constitución viva y real de hoy en día, difiere grandemente de la Constitución viva de comienzos de siglo, pasado aunque el lenguaje de ella sea siempre el mismo"). También de Kelsen toma Linares la idea de que la interpretación desemboca en la

elección de una entre varias posibilidades que encierra la norma en cuestión y que el criterio por el que se prefiere una de esas posibilidades es político. No obstante ello, Linares aclara —y aquí entra en terreno de la egología— que "el criterio para elegir la *especie* del género constitucional a fin de determinar hasta dónde llega el *poder del Estado* y dónde comienza la libertad del individuo, más que político es jurídico-estimativo, es un problema de justicia y valores parcelarios" (p. 80). Acto seguido añade que la conducta tiene como dato ontológico inmanente la valoración y que la conducta humana, que es libertad, obliga a elegir según valores: "Comportarse es siempre libertad y siempre es algún *sentido*, algún *elegir* ciertos valores y rechazar otros de la misma categoría o de otra, en cumplimiento de los programas vitales que la libertad se traza. Una conducta sin valor no puede ser" (ps. 80 y 81). Linares toma de Cossio la teoría de la pluralidad de los valores (justicia, solidaridad, cooperación, paz, poder, orden y seguridad), en la que la justicia aparece como un valor totalizador y coordinador de los demás. Y dice que es de capital importancia advertir que para su teoría (la que adopta y comparte) la interpretación es interpretación de la *conducta* compartida en sus circunstancias del caso y no interpretación de la ley (así lo ha sostenido siempre la egología, que prefiere hablar de interpretación del derecho antes que de interpretación de la ley). Entonces, los conceptos imputados en la norma jurídica significan sólo calidades o géneros; y el juez, conforme, a las circunstancias del caso que él valora, *elige la cantidad de esa calidad* dada por la ley, "pero la cantidad que sea y consagre la justicia como solidaridad o como paz o como orden, etc., en la especie" (p. 83). Los pasos de esta operación están dados por una valoración jurídica preliminar de la norma y de las circunstancias del caso a fin de establecer sí es o no aplicable (p. 83). De todo esto se desprende que las normas, para ser válidas, requieren dos fundamentos: el *normativo-formal* y el *axiológico-jurídico* de la justicia, Culminando esta explicación, señala Linares que también el constituyente valora jurídicamente, ya que las normas de la Constitución representan ciertas valoraciones jurídicas y el constituyente necesariamente estima las circunstancias del caso. Son los *preámbulos* los que resumen brevemente esas "circunstancias del caso", existentes en el momento de dictarse la Constitución y que tienen aspiración para el futuro por un período indeterminado de años.

El cap. 9º trata de la creación interpretativa dentro de la subsunción, retomando las ideas expuestas en capítulos anteriores, en torno del reconocimiento de una *política jurídica* que el órgano estatal realiza con motivo de la interpretación constitucional, lo que ha sido francamente

reconocido en los Estados Unidos a partir de los escritos del ya recordado Roscoe Pound. La función de la Corte reside, pues, en conciliar la voluntad popular expresada en la ley, con ciertos fundamentos de orden social a los que se encuentra vinculada la civilización norteamericana; y para ello la Corte se vale de un *sentido común* semejante al de cualquier burgués (sic), que recoge las ideas que viven en el ambiente. Todo esto presenta una excesiva amplitud o generalidad, de modo tal que no hay que asombrarse si se descubre que la Corte siempre tiene por lo menos dos posibilidades para su decisión, y que, utilizando los mismos standards, los jueces discrepen en la solución aún valiéndose del mismo tipo de argumentos. La flexibilidad de las fórmulas empleadas para la solución de los casos, como asimismo la flexibilidad de la distinción misma entre *lo razonable y lo arbitrario*, militan para que el sistema funcione así, o sea, con una cierta dosis de poder discrecional, que convierte en una ficción la idea inicial del constitucionalismo según la cual "el gobierno democrático adoptado por los Estados Unidos es el gobierno de la ley y no de los hombres" (p. 91). Las únicas limitaciones que la Corte debe admitir a su enorme poder, provienen de la regla de los precedentes (*stare decisis*), de la posibilidad de un juicio político, del eventual aumento del número de los jueces del tribunal, o de la imposibilidad de poder cumplir ciertos fallos. Pasando luego al régimen constitucional argentino, demuestra Linares que las cláusulas de nuestra Constitución han operado en forma semejante con respecto a los órganos aplicadores, de tal modo que éstos se han visto sometidos en su actuar tanto a una *limitación lógico-dogmática* emergente de los géneros constitucionales, cuanto a una *limitación estimativa* receptora de las valoraciones jurídicas vigentes en nuestra comunidad. Así, con base en el art. 28, C.N., los legisladores han estado notificados de que "al reglamentarse los derechos del individuo debe hacérselo respetando los juicios estimativos de justicia, solidaridad, orden, etc., vigentes como integrantes de la cultura y cosmovisión argentinas en el momento de esa reglamentación, según los cuales un cierto mínimo de libertad jurídica debe dejársele intacta al individuo" (p. 97). En el ejemplo del Código Civil —que pone Linares—, resultaría que mientras ese ordenamiento no hubiese establecido instituciones expresamente prohibidas por la Constitución, cualquiera de sus lineamientos hubiera podido ser trazado en otra forma, "pero siempre que esas formas no hubieran ido en contra de valoraciones jurídicas vigentes en nuestra comunidad" (p. 95), las cuales fueron tenidas en cuenta por el legislador como *circunstancias del caso*. Al examinar la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema, el autor observa con agudeza que tanto en nuestro país como en los Estados Unidos existe una dualidad de criterio: "Ciertas libertades se

consideran como con un contenido estimativo-liberal fuertemente definido que el legislador no puede ultrapasar; tal el goce de la propiedad...";
mientras que "otras libertades, como el secreto de la correspondencia y papeles privados, en cambio, no han tenido un volumen estimativo-liberal lo suficientemente considerable o definido como para limitar la acción legislativa..." (conf., p. 101). Podemos acotar a esto, que se trata del mayor peso valorativo que algunos derechos han tenido para el legislador e intérprete, según su criterio axiológico acerca del hombre, la sociedad y el Estado; ofreciendo así diversos matices de liberalismo político-jurídico, que confirman la existencia de las muchas versiones de esa ideología.

El cap. 10 del libro trata sobre la razonabilidad jurídica como valoración de justicia. Es el más denso y más extenso de la obra y el que le da consistencia a los ulteriores desenvolvimientos del tema en estudio. Comienza con las acepciones del vocablo "razonabilidad", en la técnica, en la axiología y en la ciencia, ubicando en esta última los tres factores de razón suficiente: existencia, esencia y verdad; y concluyendo que por razonabilidad en sentido estricto se entiende el fundamento de verdad o justicia ("En sentido estricto, pues, razonabilidad equivale a justicia"). La justicia —que se puede dar por medio de cualquiera de los otros valores— "es el mejor entendimiento colectivo en una situación dada, así como la injusticia es el desentendimiento colectivo" y sirve para correlacionar el juego equilibrado de los otros valores y decidir los conflictos que puedan suscitarse entre dos de ellos. Luego señala el autor las dos especies de razonabilidad jurídica: razonabilidad de la *ponderación* y razonabilidad de la *selección*, siendo la primera de ellas una razonabilidad en la imputación que los norteamericanos llaman *balance of convenience rule*, que surge de una comparación entre el hecho antecedente y la prestación, o entre el entuerto y la sanción, todo lo cual puede fluir de una sola norma; mientras que la segunda (razonabilidad de la selección) consiste en la garantía de la *igualdad ante la ley*, o sea, una razonabilidad en lo *imputado*, para cuya determinación se necesita comparar por lo menos dos normas distintas. Nos aclara Linares que como en los hechos no hay dos hombres o dos situaciones iguales, entonces "siempre la afirmación de una igualdad implica una elección de cuál es la calidad esencial que determina la igualdad y cuáles son las calidades no esenciales que no la determinan y pueden descartarse" (p. 118), lo que puede variar según las ideologías predominantes. Los criterios para la selección están condicionados por los contenidos dogmáticos, aparte de que la valoración debe ser objetiva (debe ser compartida por la comunidad a través de la opinión pública) para que tenga fuerza de convicción y, por último, debe tener en cuenta otros contenidos (además de la justicia) como, por ejemplo,

el de la *valoración de la persona humana como fin en sí.* Para los juristas norteamericanos, el criterio continúa reposando en la incidencia posible sobre el "orden social" del país, así como también en la oportunidad y en la conformidad con la opinión general (lo que piensa el norteamericano medio); siendo la regla enunciada por Kales sumamente ilustrativa: "En cuanto al debido proceso, la única limitación sobre las legislaturas es que un acto que prive a una persona de su libertad o propiedad es nulo *cuando en el balance de todos los intereses, el efecto predominante de este acto es tal que* cualquier generalización resultante de sostenerlo abriría un camino libre de *ataque, por las legislaturas, contra una fundamental condición de existencia del orden social*" (p. 124). Al tratar la jurisprudencia nacional, observa Linares que en varios casos (v.gr., Cine Callao, "Fallos", 247-121, o JA, 1960-V-405) la mayoría de la Corte declara que no puede controlar la razonabilidad de los fines perseguidos por la ley, pero sí puede juzgar de la razonabilidad del medio empleado para alcanzar esos fines, considerándolo un error del tribunal, desde el momento que se pretende formar juicio acerca de la proporcionalidad de los medios (prestaciones o sanciones) con los fines, sin juzgar acerca de la conveniencia o eficacia económica y social de esos medios ("No se ve qué razonabilidad o proporcionalidad entre medios y fines podría determinarse si no lo es en primer término desde el ángulo técnico-social"). Con varios ejemplos prácticos Linares demuestra que cuando el intérprete se propone determinar si una ley es razonable, "tiene que empezar por averiguar cuáles fueron los motivos determinantes de índole técnico-social que llevaron al legislador a sancionarla y cuáles fueron los fines que el legislador procuraba alcanzar mediante la ley" (p. 149). De ese modo el intérprete busca las *circunstancias del caso legislativo* y elige como circunstancia principal el razonamiento técnico-social que hizo o debió hacer el legislador, para revalorizar su racionalidad técnica. También puede darse el caso —según Linares— de que una acertada técnica social resulte disvaliosa para la justicia y, por ello, la ley sea jurídicamente irrazonable ("Supóngase el caso de que fuera indiscutible que los aumentos de salarios sin un aumento de producto bruto nacional es factor necesario de inflación y una ley prohibiera todo aumento de salarios por 5 años a fin de evitarla. Esta ley podría considerarse técnicamente *razonable* pero jurídicamente irrazonable por ser injusta"). En cuanto a la razonabilidad de selección —que es la igualdad ante la ley—, la jurisprudencia ha establecido que cuando el legislador forma "categorías" distintas para dar tratos desiguales, la distinción debe ser razonable y la razonabilidad o irrazonabilidad se encontrará —si no surgen a la vista— de la investigación de cuáles pueden haber sido los motivos y fines perseguidos por la ley, o tratando de precisar las relaciones jurídicas o económicas entre quienes cargan con el tributo y

quienes se benefician directamente con él, o en el fin persecutorio o indebido privilegio a personas o grupos.

La tercera y última parte del libro tiene como objeto el estudio del debido proceso sustantivo en la Argentina. El cap. 11 se ocupa de las disposiciones constitucionales en que se basa en nuestro país la construcción de esa garantía, a saber: los arts. 16 (igualdad), 17 (inviolabilidad de la propiedad), 28 (inalterabilidad de los derechos) y 33 (derechos y garantías no enumerados). Centra el estudio en el art. 28, que es original del Proyecto de Alberdi, aunque cuenta con antecedentes en la Constitución francesa de 1791. La preocupación del jurista tucumano fincaba en que las declaraciones y derechos de la Constitución no pudieran ser desconocidos por las leyes dictadas en su aplicación, como había ocurrido en Bolivia y en otros países americanos; por lo que proyectó ese artículo (el 28 en nuestra Constitución), que "recoge en toda su pureza y fuerza el supuesto ideológico del liberalismo: la libertad individual es oponible al mismo poder público, incluso al legislador" (p. 162). Fue así como dicho artículo sirvió a nuestra Corte para el mismo fin que la cláusula del debido proceso en los Estados Unidos, con la particularidad de que nuestro art. 28 es 10 años anterior a la enmienda XIV; de tal forma que cuando la Corte argentina acudió por primera vez al criterio de la *racionalidad* (propio de la Corte norteamericana), reforzó o vigorizó el principio del art. 28, aunque hubiera podido llegar a iguales resultados sin esa ayuda del derecho comparado. Compartimos enteramente esta opinión de Linares, sobre la base de que la prohibición de *alterar* los derechos reglamentados —que consagra el art. 28— ha nutrido a la jurisprudencia de la Corte con tan ricos criterios como los derivados de la pura fórmula de la razonabilidad, tan útil para precisar cuándo se hiere o no en su sustancia a los derechos reglamentados.

En el cap. 12 se comentan numerosos casos de jurisprudencia relacionados con los poderes contributivos y la igualdad ante la ley, que giran en torno del famoso concepto enunciado por la Corte sobre qué debe entenderse por igualdad (el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias), del cual se desprende —para Linares— que la verdadera igualdad consiste en aplicar la ley en los casos ocurrentes según las diferencias constitutivas de los mismos. El autor remata sus acertadas observaciones con esta afirmación muy realista: "La verdad es que el éxito de un pleito suscitado por vicio de *desigualdad* depende no solamente del buen sentido jurídico de los abogados sino también de la

mentalidad fiscalista o no de la mayoría de turno de los ministros de la Corte, siempre cambiantes desde 1943 en adelante, con las frecuentes renovaciones causadas por el carnaval de golpes de estado que sufre el país desde 1943" (p. 175).

El cap. 13 versa sobre la igualdad en materia no impositiva; y el cap. 14 sobre el debido proceso sustantivo en las contribuciones confiscatorias, en el que después de comentar varios fallos y, entre ellos, el conocido *caso Ocampo* ("Fallos", 234-129, o J.A., 1956-II-12) del 33%, el autor concluye que sólo es inconstitucional la contribución que además de ser inequitativa o injusta es también *confiscatoria* ("Es decir, dentro del género de lo inequitativo o injusto (la Corte) connota una especie: *lo confiscatorio*, caracterizado por su irrazonabilidad superlativa" —p. 188—).

En el cap. 15 se estudia el debido proceso y los poderes de legislación general y de policía, analizando numerosos fallos de la Corte Suprema argentina, sobre las más diversas materias. Así, por ejemplo, en lo que se refiere a las *multas administrativas*, el autor llega a la conclusión dé que la Corte ha dejado sin efecto aquellas que por su monto han llegado a ser confiscatorias y violatorias del derecho de defensa en juicio, no siendo ajena al criterio de determinación la garantía del debido proceso legal : "Porque las multas administrativas, cuya finalidad es promover el más ajustado cumplimiento de las leyes y la más estricta sujeción a la disciplina que dentro de los límites de sus atribuciones establezcan las autoridades ejecutivas, importarán o no exacción no sólo según sea su monto sino también según la racionalidad de la relación que dicho monto tenga con la naturaleza y las circunstancias de la infracción penada" (p. 198). En otro tema de gran trascendencia, como es el de las situaciones de emergencia, señala Linares que el concepto que subyace en los poderes necesarios para afrontarla no es otro que el del "reconocimiento de una situación económica y espiritual anormal y especial que hace que sean axiológicamente válidas, vale decir *razonables*, ciertas restricciones temporarias a la libertad individual que en otra situación serían inadmisibles" (p. 199). Por último, al referirse a la proporción de las leyes declaradas inconstitucionales por aplicación de la garantía en estudio, deja constancia de que en el período 1947-1955 no se registró ninguna invalidación en esa materia por parte de la Corte Suprema, llegándose incluso a decir por dicho tribunal que "no hay referencia alguna en la Constitución nacional a la garantía innominada del debido proceso legal" ("Fallos", 210-300, o JA, 1948-II-145, 220-264), no obstante que en algunos casos la misma Corte utilizó la fórmula de razonabilidad para declarar válidas las leyes impugnadas.

El cap. 16 aborda la aplicación de esta garantía a los poderes de expropiación, estudiando en detalle los dos casos jurisprudenciales en que se admitió cierto control o revisión sobre la utilidad pública invocada para expropiar (casos Municip. de la Cap. v. Viuda de Elortondo, "Fallos", 33-162, y Gobierno Nacional v. Ferrario, "Fallos", 251-246, o JA, 1962-IV-546). El capítulo siguiente sirve para tratar la prueba de irracionalidad, a cuyo respecto el autor aclara que nuestra Corte —a diferencia de la norteamericana— siempre ha seguido la presunción de constitucionalidad de los actos estatales (comenzando por las leyes), lo que supone la presunción de su racionalidad. De ese modo, nuestra Corte siempre exigió al que alegaba la irracionalidad de una norma que probase su impugnación, es decir, que le impuso el deber de producir la prueba más amplia.

El capítulo final de la obra versa sobre la inserción del debido proceso sustantivo en el sistema de garantías constitucionales, a cuyo fin el autor comienza por precisar el concepto de "garantías", que es multívoco y encierra varias acepciones. Linares piensa que las garantías pueden ser: A) políticas generales, y B) políticas especiales; distinguiendo entre éstas las procesales y las no procesales. Estas últimas serían *los standards axiológico-pesonalistas*, entre los que se contaría el debido proceso sustantivo. En cuanto a las acepciones de la voz "garantía", es bien conocida y consagrada la distinción de Linares: *a)* acepción *estrictísima*: procedimientos judiciales sumarios; *b)* acepción *estricta*: otros procedimientos judiciales ordinarios, la defensa en juicio, la igualdad y el debido proceso; *c)* acepción *amplia*: las garantías políticas; *d)* acepción *amplísima*: todas las instituciones liberales (ver, en detalle, p. 221). Como se puede ver, el debido proceso queda incluido entre las garantías en sentido estricto (segunda acepción de Linares) y al quedar a disposición del individuo mediante acciones y excepciones judiciales, constituiría a su vez —en opinión del autor— un derecho subjetivo, que vendría así a confirmar el acierto de Alberdi, Estrada y Montes de Oca cuando mentaban un "derecho a la igualdad". Como juicio final, Linares declara enfáticamente que la institución estudiada en su obra sobrevivirá al liberalismo republicano que estaba en apogeo al tiempo de su gestación, para irradiarse en una etapa neoliberal o, aún, social: "Lo que variaría sería el criterio de *prudencia política* con que ha de juzgarse lo que es razonable según la época histórica y su visión del mundo y de la vida" (p. 226).

Con esto termina la magnífica obra de Juan Francisco Linares, cuya reedición llenó un vacío en la literatura constitucional más imprescindible para la formación de los nuevos abogados, la ilustración de nuestros

profesores de derecho y el perfeccionamiento de quienes aspiran a ser juristas. Este libro marca una época en los estudios filosóficos del derecho argentino —con particular orientación hacia el derecho público—, que no por pasada ha perdido la influencia que justamente ganó en varias generaciones de estudiosos; son pocos los libros que, como éste, han tenido tanta gravitación en el esclarecimiento de temas realmente fundamentales para la ciencia del derecho; y que, en menos de doscientas treinta páginas, vuelcan una enseñanza sólida y perenne, con la autenticidad de una voz - en el contraste con los meros *ecos*, a que aludía Goethe-, que sirven para descubrir el verdadero talento de los autores y desglosar de la literatura jurídica esas voluminosas guías telefónicas con que para impresionar a los lectores ingenuos pretenden lucirse los "nuevos ricos" de la cultura.

Palabras de apertura del acto

Por Horacio A. García Belsunce (*)

La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales celebra hoy en sesión pública ordinaria el centenario de la doctrina Drago y rinde homenaje a su ex-académico titular el doctor Luis María Drago.

Los académicos titulares doctores Jorge R. Vanossi y Carlos M. Muñiz disertarán acerca de la personalidad del homenajeado y de la significación de la doctrina que lleva su nombre.

Sin perjuicio de ello, quiero agregar mi homenaje personal a quien, como dijera hace años nuestro académico doctor Juan Silva Riestra, por su vida, su obra y la proyección mundial de la doctrina que lleva su nombre, tiene un lugar definitivo en la gratitud y la admiración del continente americano, destino memorable que le ha hecho alcanzar en América Latina, en Estados Unidos y en Europa consagración excepcional y eminente otorgada por los juristas y los diplomáticos más ilustres del siglo XX.

Luis María Drago nació en 1859 y murió en 1921. En sus 62 años de vida fue juez, camarista, fiscal de estado de la Provincia de Buenos Aires, tres veces diputado nacional y ministro de relaciones exteriores.

Isidoro Ruiz Moreno, nuestro ex–presidente, recuerda en el discurso que pronunciara en ocasión de los 50 años del fallecimiento del doctor Luis María Drago, un episodio ocurrido en su gestión como canciller que revela la firmeza de sus convicciones y la prevalencia de su dignidad por sobre cualquier otra clase de intereses. En el gobierno del general Roca se le presentó un proyecto de decreto a suscribir en acuerdo de ministros sobre

---

(*) Palabras de apertura del acto público, el 14 de noviembre de 2002.

un asunto que él había combatido anteriormente cuando era diputado. Devolvió el proyecto al presidente con su renuncia, considerando que si bien no se trataba de materia de la competencia del ministro de relaciones exteriores, la responsabilidad ministerial es solidaria en los actos de gobierno y no podía, en consecuencia, permanecer en el gabinete sin menoscabo de las ideas que había sostenido en el Congreso. La consecuencia de tan firme posición fue que el general Roca desistió del proyecto.

Luis María Drago aceptó en agosto de 1902 la cartera de relaciones exteriores que le ofreció el presidente Roca, sucediendo al doctor Amancio Alcorta. En ese año se produjo un conflicto internacional cuando tres grandes potencias europeas, Alemania, Inglaterra e Italia, después de reclamar insistentemente de Venezuela cuantiosas indemnizaciones a causa de los daños que habían sufrido sus nacionales en las contiendas civiles y por la supresión del servicio de la deuda pública, le dirigieron un ultimátum el 7 de diciembre de 1902 y enseguida establecieron un riguroso bloqueo, apresaron y hundieron buques de bandera venezolana y bombardearon sus puertos. Ante esa situación, que por cierto no comprometía a la Argentina, el ministro Drago estimó oportuno asumir una posición frente a tal acontecimiento. Preparó una nota al respecto que puso en duda al presidente Roca sobre la conveniencia de enviarla o no, quien consultó al general Bartolomé Mitre, quien la respaldó diciéndole al primer mandatario que "Esa nota es un grande honor para Vd. y para el gobierno argentino".

La nota de Drago con fecha 29 de diciembre de 1902, fue enviada al ministro argentino en Washington, doctor Martín García Merou, y tuvo inmediata repercusión en el mundo europeo y americano, siendo tema de los comentarios de prensa, de las deliberaciones en los parlamentos, de los estudios en los centros más calificados.

La esencia de la doctrina expuesta en dicha nota, era el principio que debería ser respetado por todos los estados, de que la deuda pública no puede dar lugar a la intervención armada, ni menos a la ocupación material del suelo de las naciones americanas por una potencia europea.

En 1907, al reunirse en La Haya una nueva Conferencia de la Paz, el gobierno de Washington propuso que en la magna asamblea se considerara el principio enunciado por el ministro Drago. Este concurrió a La Haya como miembro de la delegación argentina, presidida por el doctor Roque Saenz Peña y allí defendió brillantemente su tesis.

La doctrina Drago no es una doctrina jurídica propiamente dicha, aunque invoque en su apoyo muy sólidas razones de derecho; es, ante todo y sobre todo, una doctrina de política internacional americana, como lo reafirma su confirmación en el derecho internacional de las décadas siguientes.

Años después, fuera del ejercicio de la función pública, la personalidad de Drago se acrecentó con el reconocimiento que a ella significó que los gobiernos de Estados Unidos y Gran Bretaña lo designaran para integrar el tribunal que organizaron para dar solución a una antigua y seria divergencia que tenían pendiente con respecto a las pesquerías de Terranova. Drago fue elegido dentro de la lista del Tribunal Permanente de Arbitraje, que comprendía más de ciento cincuenta personalidades. En su decisión arbitral Drago invocó la doctrina de las "bahías históricas", considerando que ellas, con lo que incluía también al Río de la Plata, deben considerarse territoriales, cualesquiera que sean la anchura de su entrada y su penetración en tierra firme, cuando el estado costero ha afirmado sobre ellas su soberanía.

Isidoro Ruiz Moreno, en el discurso que antes he mencionado, señala que por primera vez en los Anales de nuestra Academia se han colocado dos placas que conmemoran al padre y al hijo, Luis María Drago y Mariano J. Drago, lo que es suficiente para acreditar que la estirpe intelectual del progenitor se perpetuó en la envoltura humana de su descendiente.

La doctrina Drago

Por Carlos Manuel Muñiz (*)

Al celebrar el centenario de la doctrina Drago, sin perjuicio de hacer una síntesis ineludible de su contenido y de las circunstancias que la determinaron, considero oportuno formular algunas reflexiones sobre la vigencia de su aporte en la doctrina jurídica internacional.

Es casi innecesario señalar la abundante bibliografía que existe sobre este tema, incluido el detenido estudio del Doctor Alberto A. Conil Paz publicado por esta Academia (1), lo que me exime de reiterar en detalle hechos y opiniones expuestas con anterioridad.

Me limitaré, en consecuencia, a recordar diversos enfoques con que se encararon durante el siglo transcurrido las ideas centrales a las que se refería la Doctrina Drago. En primer lugar, el concepto de soberanía. En segundo lugar, el uso de la fuerza para lograr el cumplimiento de las obligaciones de un Estado, ya sea con referencia a ciudadanos de otro Estado o, como se verá más adelante, de su propio Estado. Las causales determinantes no son siempre de la misma naturaleza, ni tampoco las bases institucionales en que se apoyan o pretenden apoyarse.

¿Cómo surgió la Doctrina Drago? ¿Cuáles fueron los hechos que la motivaron? ¿Cuáles sus consecuencias inmediatas, si las tuvo, y cuáles las transformaciones que sufrió al confrontarse sus ideas en el escenario internacional?

(*) Disertación del Académico, en la sesión pública del 14 de noviembre de 2002.

(1) Alberto A. CONIL PAZ, "Historia de la Doctrina Drago", Biblioteca de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Serie II, Obras, Número 15, Buenos Aires, 1975.

A fines del siglo XIX y principios del XX, Venezuela atravesó uno de sus períodos más difíciles de inestabilidad política, lo que provocó repercusiones en el campo económico, dejando de cumplir sus obligaciones con diversos países, especialmente el pago de los bonos de empréstitos públicos.

Los gobiernos de Alemania, Inglaterra e Italia, que habían presentado numerosas reclamaciones previas, hicieron conocer sus intenciones de adoptar medidas de fuerza para lograr el cobro de esas deudas en un informe enviado al gobierno de los Estados Unidos, previniéndose sobre la reacción que este último podría tener en virtud de lo establecido por la Doctrina Monroe.

El gobierno de los Estados Unidos, presidido entonces por Teodoro Roosevelt, que alentaba asimismo la posibilidad de mantener libertad de acción para intervenir en los países del hemisferio, dió una respuesta tímida a los reclamos de esos tres países, lo que les permitió llevar adelante las medidas de fuerza anticipadas, bloqueando los puertos venezolanos, hundiendo barcos de ese país y ocupando parte de su territorio después de un bombardeo a los fuertes cercanos a la costa.

Estas actitudes extremas provocaron conmoción en el resto del continente latinoamericano y llenaron de protestas las páginas de los diarios argentinos, reflejando la reacción popular por el ataque que afrontaba Venezuela.

Ello impulsó al Ministro de Relaciones Exteriores, doctor Luis María Drago, a proyectar una nota dirigida al gobierno de los Estados Unidos por intermedio de nuestro representante en ese país, el ministro Martín García Merou, expresando que no podía hacerse uso de la fuerza contra un Estado soberano para exigir el cumplimiento de su deuda pública. El contenido de esa nota es lo que se conoce en la historia internacional como la Doctrina Drago (2).

---

(2) A título puramente anecdótico, recuerdo una referencia que hace la destacada investigadora y escritora Courtney Letts de Espil, esposa del Embajador Felipe Espil, ex miembro de esta Academia Nacional ("La segunda presidencia Roca vista por los diplomáticos norteamericanos", Biblioteca de Historia Paidós, versión castellana de Andrés O. Bottaro, Buenos Aires, 1972). Se pregunta la señora de Espil, ¿por qué no denominarla la Doctrina Roca? Inversamente —dice— la sustancia de la Doctrina Monroe había sido la bien conocida política de John Quincy Adams, Secretario de Estado, que el presidente Monroe adoptó y proclamó en su mensaje al Congreso.

A comienzos del siglo XX, el principio de soberanía irrestricta de los Estados en sus asuntos internos era considerado uno de los conceptos inconmovibles del derecho internacional, sin que por entonces pudiera vislumbrarse la evolución que ese principio tendría con el transcurso del tiempo.

Pero antes de referirme a ese proceso, es conveniente reseñar los puntos principales de la tesis sostenida por el Ministro Drago.

Primero. Se trata de algunas consideraciones relativas al cobro compulsivo de la deuda pública, a diferencia de la tesis sostenida por Carlos Calvo en su famoso Tratado de Derecho Internacional quien, después de relatar la intervención de Inglaterra y Francia en el Río de la Plata y la intervención francesa en Méjico, expresa que el cobro de créditos y la gestión de reclamaciones privadas no justifican de plano la intervención armada de los gobiernos. Como vemos, Calvo habla de créditos y reclamaciones privadas mientras que Drago se refiere solamente a la deuda pública.

Segundo. Advierte Drago que el capitalista que suministra su dinero a un Estado extranjero tiene siempre en cuenta cuáles son los recursos del país en que va a actuar y la mayor o menor probabilidad de que los compromisos contraídos se cumplan sin tropiezos.

Tercero. El acreedor sabe que contrata con una entidad soberana y es condición de toda soberanía que no puedan iniciarse ni cumplirse procedimientos ejecutivos contra ella, ya que ese modo de cobro comprometería su existencia misma, haciendo desaparecer la independencia y la acción del respectivo gobierno.

En nuestro caso, el presidente Roca no creía conveniente el envío de la nota preparada por el Ministro Drago, pues estaba en contra de la invocación de principios que consideraba teóricos, y sostenía que nuestro país carecía del poder efectivo para que se tuviera en cuenta seriamente su opinión. Sólo la insistencia del doctor Drago llevó al presidente Roca a sugerirle que consultara con el General Mitre, entonces su aliado político, quien, además, había propuesto en su momento la designación de Drago como Ministro de Relaciones Exteriores.

El entusiasta apoyo de Mitre al documento proyectado decidió finalmente al presidente Roca a aceptar que el doctor Drago pudiera cumplir su propósito. Bien está, pues, en su caso, la denominación de la doctrina con su nombre.

El doctor Alfredo N. Vivot, que ha hecho un estudio profundo de la doctrina Drago (3), se pregunta: "¿Por qué al hablar de deudas públicas se invoca la soberanía?" Porque, según dice Drago, esos títulos "son emitidos en virtud del poder soberano del Estado, como la moneda, surgen en virtud de autorizaciones legislativas, y no ofrecen los caracteres generales de los contratos de derecho privado."

Cuarto. Considera que el cobro de los empréstitos por la fuerza militar supone la ocupación territorial para hacerlo efectivo, contrariando de este modo la Doctrina Monroe cuando declara que "los continentes americanos no podrán en adelante servir de campo para la colonización futura de las naciones europeas".

Quinto. Trata también esta nota la preocupación de que las condiciones propias de Sudamérica puedan alentar futuras expansiones territoriales. El doctor Drago tuvo seguramente en cuenta las amenazas que se habían hecho a la Argentina en varias ocasiones para el cobro de sus deudas públicas por la fuerza. Uno de los casos que suponemos influyó más en su pensamiento fue la presión ejercida por el gobierno inglés a raíz del incumplimiento de empréstitos contraídos por las Municipalidades de Córdoba y de Santa Fe. En pleno conflicto de Venezuela, en diciembre de 1902, el "Financial Times" reclamaba que se procediera con la Argentina con la misma energía que se hacía con Venezuela (4). Esta noticia, que se publicó en los diarios de Buenos Aires, provocó tal reacción pública que el gobierno inglés se vio obligado a declarar que no tenía propósitos intervencionistas en nuestro país. Quizás ello determinó que en la nota del doctor Drago se recordara que la Argentina había cumplido espontáneamente con sus obligaciones después de haber suspendido en dos ocasiones el pago de la deuda externa. Puede agregarse, afirmaba con entera certidumbre, que tan halagador resultado no se habría obtenido si los acreedores hubieran creído conveniente intervenir de un modo violento en el período de crisis de las finanzas, que así se han repuesto por su sola virtud.

Sexto. Al dejar sentado que el informe se refiere sólo al continente americano y no pretende convertirse en una doctrina de aplicación universal,

---

(3) VIVOT, Alfredo N., "La Doctrina Drago", Imprenta y Casa Editora de Coné Hermanos, Buenos Aires, 1911.

(4) V. CONIL PAZ, op. cit., p. 32-33.

como opinaba Roque Sáenz Peña, expresa que lo único que la República Argentina sostiene es que "no puede haber extensión territorial europea en América, ni opresión de los pueblos de este continente, porque una desgraciada situación financiera pudiese llevar a alguno de ellos a diferir el cumplimiento de sus compromisos".

Dejo de lado los entretelones de la entrega de la nota al gobierno de los Estados Unidos, las insinuaciones positivas previas del Subsecretario Hill al Ministro García Merou —que no coincidían con la posición del Secretario de Estado Hay— el intercambio de correspondencia entre García Merou y el Ministro Drago, y la controversia entre ambos por la errónea traducción del documento al inglés.

La respuesta del Gobierno de los Estados Unidos, expresada en un lenguaje ambiguo de presunta cortesía, equivalía a un rechazo de las proposiciones de Drago. Sucintamente, expresaba: "Sin asentimiento o disentimiento con las doctrinas hábilmente expuestas en la nota del Ministerio de Relaciones Exteriores, la posición general de los Estados Unidos en este asunto está indicada en los recientes mensajes presidenciales." Y agregaba que Estados Unidos no garantizaba a ningún Estado "contra la represión que pueda acarrearle su inconducta, con tal que esa represión no asuma la forma de adquisición de territorio por ninguna potencia no americana".

A pesar de esta contrariedad inicial, la reacción por medio de la prensa norteamericana fue entusiasta en su apoyo, dándole a la doctrina argentina una amplia notoriedad.

Resulta también de interés recordar algunos conceptos del presidente Roca que, de su oposición inicial, se convirtió luego en uno de sus panegiristas. Dijo, entonces, en su mensaje al Congreso Nacional de 1903:

"La nota argentina se concreta, en realidad, a enunciar principios elementales que comprenden el derecho indiscutible de estas nacionalidades por crecer y desenvolverse al amparo de la ley internacional. No excluye su doctrina ninguna de las obligaciones que el derecho de gentes impone a los pueblos civilizados, no reconoce primicias, ni atenúa responsabilidades por ello".

La doctrina Drago no muere con la respuesta del gobierno de los Estados Unidos. En la Tercera Conferencia Internacional Americana de Río de

Janeiro en 1906 el tema vuelve a tratarse, pero se produce una división de opiniones y Estados Unidos propone que en la Segunda Conferencia de la Paz —que debía reunirse en La Haya en 1907— se examinara el caso del cobro compulsivo de las deudas públicas y en general se procuraran establecer los medios tendientes a resolver los conflictos pecuniarios entre los Estados.

En La Haya prevaleció en definitiva la opinión sustentada por el delegado de los Estados Unidos, General Horacio Porter, que daría su nombre a la Convención. El texto de la proposición sostenía que ninguna medida coercitiva que importe el empleo de medidas militares o navales podrá ser utilizada para el cobro de las deudas contractuales reclamadas a un país por el gobierno de otro país como debidas a sus súbditos o ciudadanos, salvo que haya sido hecho un ofrecimiento de arbitraje y el Estado deudor rehusara el arbitraje o no se ajustara a la sentencia arbitral dictada.

La Convención Porter no era la doctrina Drago, se ha dicho, pero implicaba un adelanto al disponer el arbitraje como paso previo.

De alguna manera, agregamos, aunque no excluía finalmente el uso de la fuerza, es necesario advertir que en el momento en que Drago expone su doctrina, los Estados actuaban directamente usando el poder militar sin limitaciones para imponer sus reclamos.

Si bien, como vimos, en Estados Unidos no se reconoció de inmediato el valioso aporte que había hecho la Doctrina Drago, salvo la reacción positiva que recibió en la prensa de ese país, apenas diez años después la Universidad de Columbia le otorgó al doctor Drago —en 1912— el título de doctor Honoris Causa y el Carnegie Endowment for International Peace lo condecoró distinguiéndolo como "el más alto exponente de la cultura intelectual de América del Sur".

Hasta aquí el resumen escueto prometido de la doctrina Drago y de sus inmediatas repercusiones.

A continuación, de acuerdo a lo anticipado, me referiré a diversos enfoques sobre el concepto de soberanía que han surgido durante el siglo transcurrido desde la aparición de la Doctrina Drago, y a las distintas variantes sobre el uso de la fuerza contra los Estados por incumplimiento de las responsabilidades propias.

Las etapas más significativas de este proceso tienen lugar a partir de la finalización de la Segunda Guerra Mundial.

La Carta de las Naciones Unidas declara expresamente que la Organización está basada en el principio de igualdad soberana de todos los Estados. Y sólo admite el uso de la fuerza con intervención del Consejo de Seguridad en los casos de amenazas a la paz, quebrantamiento de la paz o actos de agresión, una vez agotadas las instancias previas para la solución por medios pacíficos.

Muchos documentos y convenios sucesivos, en especial en el ámbito de los derechos humanos, han ido estableciendo paulatinamente límites a la soberanía del Estado cuando se han producido flagrantes violaciones a esos derechos.

Sin extendernos demasiado en esta enumeración, no se puede omitir la creación de tribunales internacionales para juzgar crímenes de guerra y, particularmente, el reciente establecimiento de la Corte Penal Internacional que deberá superar, todavía, tremendos inconvenientes para llegar a tener vigencia universal.

En este proceso azaroso de un mundo complejo interdependiente, creo necesario mencionar a continuación las conclusiones del informe presentado por un comité especial presidido por el ex Ministro de Relaciones Exteriores de Australia, Gareth Evans, e integrado por otras once eminentes personalidades internacionales, sobre la intervención de terceros Estados y la posible adopción de medidas coercitivas —en particular militares— para proteger a personas que corren peligro en otros Estados, y los casos en que pueden hacerlo.

Este importante documento fue preparado con el auspicio del gobierno de Canadá a raíz del pedido formulado por el Secretario General Kofi Annan en la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1999 y de nuevo en 2000, requiriendo a la comunidad internacional que procurara lograr un consenso sobre estos temas.

La idea central de este informe (5) es que los Estados soberanos tienen la responsabilidad de proteger a sus propios ciudadanos de las catástro-

---

(5) "The Responsibility to Protect, Report of the International Commission on Intervention and State Sovereignty", Published by the International Development Centre, PO Box 8500, Ottawa, ON, Canada KIG3119, 2 Vol., December 2001.

fes que puedan evitarse —de los asesinatos masivos, las violaciones sistemáticas y la inanición— pero que si no pueden o no quieren hacerlo, esa responsabilidad debe ser asumida por la comunidad de Estados, aún con la oposición del Estado en que se cometen las violaciones. Sobre este tema, Ramesh Thakur (6), Vicerector de la Universidad de las Naciones Unidas con sede en Tokio, Japón (quien formó parte de la Comisión Evans y tuvo, como Evans, participaciones académicas en el Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales, CARI) usa la expresión "responsabilidad residual" de la comunidad de Estados.

En el informe se examinan la índole y el alcance de esa responsabilidad, además de otras cuestiones como quién debe ejercerla, con qué autoridad, y cuándo, cómo y dónde ha de hacerlo. La responsabilidad de proteger, evitando el uso de la palabra intervención, abarca tres responsabilidades: la de prevenir, de reaccionar, y de reconstruir, destacando que la prevención es la dimensión más importante de la responsabilidad para proteger.

En primer lugar reconoce que la soberanía conlleva una doble responsabilidad: primero, el deber externo de respetar la soberanía de otros Estados y, segundo, el deber interno de respetar la dignidad y los derechos básicos de toda la población del Estado.

Resulta novedoso el énfasis con que se considera que la seguridad humana abarca no solamente la seguridad física sino también el bienestar económico y social. Entre las violaciones a los derechos humanos se incluyen la inseguridad crónica generada por el hambre, las viviendas inadecuadas, la delincuencia, el desempleo, los conflictos sociales y los peligros ambientales. De esta manera, este concepto expresa que un trato justo a los ciudadanos requiere la promoción del desarrollo social y económico, y la distribución equitativa de los recursos que se considera, junto con la pobreza y la represión política, como causas profundas de los conflictos.

Los Estados podrían intervenir para proteger los derechos de los habitantes mediante iniciativas económicas de prevención directa que pue-

---

(6) RAMESH THAKUR, "Intervention, Sovereignty and the Responsibility to Protect: Experiences from ICISS". Security Dialogue (c) 2002 PRIO, Sage Publications, Vol. 33 (3), ps. 323-340.

den ser, entre otras, la amenaza de sanciones económicas y financieras, la retirada de las inversiones, la amenaza del Fondo Monetario Internacional o el Banco Mundial de retirar su apoyo, y el recorte de la ayuda y la asistencia de otro tipo.

Es quizás la primera vez en que se alude en un documento de esta importancia a la participación de organismos financieros internacionales para presionar a los gobiernos en los casos que se consideran violatorios de los derechos económicos de sus ciudadanos.

Se recuerda también que hay quienes opinan que toda presión ejercida sobre un Estado constituye una intervención, lo que incluiría los programas de apoyo ejercidos por las grandes instituciones financieras internacionales bajo condiciones que generalmente los beneficiarios se vieran obligados a aceptar.

La acción militar se admite como posibilidad extrema, procurando que cualquier medida de esta naturaleza se lleve a cabo de acuerdo a los principios fijados en la Carta de las Naciones Unidas, es decir, mediante la intervención de los órganos internacionales competentes.

Como podemos apreciar, este informe revela la extensión que se le ha dado actualmente al concepto de violación de los derechos humanos y las limitaciones que se han ido acentuando, con el correr del tiempo, sobre el concepto de soberanía.

Teniendo en cuenta estos antecedentes, es más fácil comprender las sugerencias concretas formuladas en febrero de 2002 por los economistas Ricardo Caballero y Rudi Dornbusch (7), proponiendo que la Argentina renuncie a su soberanía económica y financiera para que un Comité de Expertos extranjeros se haga cargo del control y la supervisión fiscal, la impresión de moneda y la administración tributaria por un período de varios años, como único medio para normalizar la situación del país.

Un cambio de enfoque sobre el concepto de soberanía fue expuesto por el Primer Ministro británico en abril de 1999 en una conferencia pronun-

---

(7) CABALLERO, Ricardo and DORNBUSCH, Rudi, "Argentina: A Rescue Plan that Works", Massachusetts Institute of Technology, 27/2/2002, website http://web.mit.edu/rudi/www. V. asim. Federico Polak, p. 18, Clarín, Buenos Aires, 4/3/2002.

ciada en el "Chicago Economic Club", de los Estados Unidos, donde expuso los principios de la que se ha llamado "La Doctrina Blair" (8). Dijo entonces: "Todos somos ahora internacionalistas, nos agrade o no. No podemos rehusar participar en el mercado global si deseamos prosperar. No podemos ignorar nuevas ideas políticas en otros Estados si deseamos innovar. No podemos volver nuestras espaldas sobre conflictos y la violación de derechos humanos dentro de otros Estados si todavía deseamos estar seguros".

Coincidiendo con la posición expuesta posteriormente por el presidente Bush, agregó: "Hemos aprendido dos veces en este siglo que el apaciguamiento no funciona. Si dejamos a un dictador diabólico avanzar sin desafíos, tendremos que derramar infinitamente más sangre y dinero para detenerlo más tarde".

En otro párrafo aclaró: "Deseamos un mundo regido por el derecho y por la cooperación internacional; en consecuencia, tenemos que apoyar a las Naciones Unidas como su pilar central".

Uno de los más importantes aportes sobre el concepto actual de la soberanía, corresponde al Secretario General de las Naciones Unidas, Kofi Annan (9), expuesto en su declaración a la Asamblea General en setiembre de 1999.

"La soberanía del Estado, en su sentido más básico, está siendo redefinida", afirmó, "no solamente por las fuerzas de la globalización y de la cooperación internacional. Los Estados son ampliamente considerados hoy como instrumentos al servicio de sus pueblos y no a la inversa. Cuando leemos la Carta hoy, estamos conscientes más que nunca que su objetivo principal es proteger a los seres humanos individuales y no proteger a quienes se abusan de ellos".

El despliegue preventivo, en casos de crisis entre Estados o de crisis internas, fue sostenido por el anterior Secretario de las Naciones Uni-

---

(8) BLAIR, Tony, "Doctrine of the International Community", Economic Club of Chicago, Hilton Hotel, Chicago, USA, 22 April 1999. Published by The Foreign & Commonwealth Office of the United Kingdom, website: http://www.fco.gov.uk

(9) KOFI A. ANNAN, "Two Concepts of Sovereignty" (UN General Assembly, Sept. 1999). From "The Economist" 18 September 1999.

das Boutros Boutros-Ghali, en su informe "Un programa de paz" (10), pero sólo a petición del gobierno o de todas las partes interesadas o con su consentimiento, dejando en claro que debe respetarse la soberanía del Estado, pues actuar de otro modo no se ajustaría al entendimiento con que los Estados Miembros aceptaron los principios de la Carta.

Se trata, por supuesto, de casos distintos a los que considera el nuevo enfoque de las relaciones internacionales, o la doctrina Bush si así quiere llamarse, disponiendo la intervención preventiva basada en el concepto de seguridad, que ha surgido con motivo de la realización de actos terroristas en diversos lugares del mundo, particularmente el ocurrido en los Estados Unidos el 11 de setiembre de 2001.

El presidente George W. Bush (11), en el informe denominado "La Estrategia de Seguridad Nacional de los Estados Unidos" del 20 de setiembre de 2002, dice en uno de sus párrafos principales: "Nosotros desbarataremos y destruiremos organizaciones terroristas... defendiendo a los Estados Unidos, el pueblo americano y nuestro interés en el interior y en el exterior, identificando y destruyendo la amenaza antes de que ella alcance nuestras fronteras. Mientras los Estados Unidos se esforzarán siempre por lograr el apoyo de la comunidad internacional, no dudaremos en actuar solos, si es necesario, para ejercer nuestro derecho de autodefensa, actuando preventivamente contra tales terroristas para prevenir que ellos hagan daño contra nuestra gente y nuestro país".

La posición adoptada por el gobierno del presidente Bush establece, 1) el derecho a intervenir preventivamente por la fuerza en otros Estados por razones de seguridad de los Estados Unidos, 2) esta intervención puede hacerse solamente por los Estados Unidos si no logra el apoyo de la Comunidad Internacional, 3) se considera que la intervención preventiva constituye un derecho de autodefensa.

---

(10) BOUTROS BOUTROS-GHALI, "Un programa de paz. Diplomacia preventiva, establecimiento de la paz y mantenimiento de la paz." Informe del Secretario General presentado de conformidad con la declaración aprobada el 31 de enero de 1992 en la Reunión del Consejo de Seguridad, Naciones Unidas, Nueva York, 1992.

(11) BUSH, George W., "The National Security Strategy of the United States", V. The New York Times, "Full Text: Bush's National Security Strategy", September 20, 2002.

Llevados al extremo, según John Ikenberry (12), "Es una perspectiva en que la soberanía se vuelve más absoluta para Estados Unidos, y se vuelve más condicionada para los países que desafíen los criterios de conducta externa e interna establecidos por Washington".

Señores: ¿Dónde ha quedado la doctrina Drago después de este cambio tremendo en el orden internacional? ¿Dónde el concepto de soberanía? ¿Dónde la disposición del uso de la fuerza? ¿En Naciones Unidas, o en la decisión de un Estado o grupo de Estados? ¿Cuándo puede decidirse y por qué causas? Muchas de estas preguntas quedarán sin respuesta. Sin embargo, tratando de lograr algunas conclusiones podemos decir:

1) El concepto de soberanía de los Estados mencionado en la Carta de las Naciones Unidas no ha sido alterado en su esencia. Solamente actos violatorios del derecho le han impuesto las limitaciones a que se refiere, entre otros, el propio Secretario General o el Informe Evans.

2) La opinión del gobierno de los Estados Unidos expuesta por el presidente George W. Bush, responde a una posición de los Estados Unidos, y no se ha adoptado como norma de carácter universal.

3) El uso de la fuerza para reprimir las violaciones cometidas por otros Estados sigue regulado por normas del derecho internacional, aceptadas como legítimas por toda la comunidad de Naciones.

La violación del derecho y el uso de la fuerza seguirán teniendo distintas acepciones según quién las imponga. Aún en los casos más extremos, los Estados procuran siempre apoyar sus actos en principios morales y jurídicos. Las Naciones Unidas no han terminado su misión y tienen todavía que recorrer un largo camino para defender y afianzar el derecho. Es, podemos decir con fe, una luz que no se ha apagado.

La doctrina sustentada hace un siglo por nuestro país, dentro de nuestras limitadas posibilidades, sentó principios que aún persisten. No pretendamos darle un sentido que no tuvo ni un alcance universal que nunca buscó. Con los principios expuestos en la doctrina Drago pasa como en la

---

(12) IKENBERRY, John, "La Ambición Imperial de Estados Unidos", Foreign Affairs en español, Vol. II, Nº 3, otoño-invierno 2002.

vida. Cuanto más vivimos, más nos enriquecemos, incorporando nuevos valores y experiencias. La fe inicial sigue siendo la misma. Quizás más fuerte. Por otra parte, siempre habrá quienes violen las normas de convivencia. Quienes se aparten de la ley.

En esta casa sólo puedo hablar del derecho.

Luis María Drago: A un siglo de su imperecedera doctrina

Por Jorge Reinaldo Vanossi (*)

I. "Los principios que se ajustan al ideal inmanente de justicia valen por sí y poco importa la fuerza de que se disponga cuando son proclamados. Tarde o temprano se imponen": éste fue el pensamiento rector de Luis María Drago; esta fue la máxima que guió todo su comportamiento en la política internacional, en la política interna y en el pensamiento jurídico.

Drago fue un hombre de dos siglos: su formación lleva la impronta de la segunda mitad del siglo XIX, aunque su ciclo arcóntico transcurrió entre las dos últimas décadas de aquél; pero las realizaciones más visionarias pertenecen a las dos primeras del siguiente siglo. Como diría Churchill, *su hora más gloriosa* tuvo lugar en realidad en los primeros años del siglo XX, hasta que problemas de salud fueron apagando su vida, llegando a los 62 años de edad, al fallecer el 9 de junio de 1921.

Porteño de origen, había nacido el 16 de mayo de 1859; y este hecho marcó también toda su vida: hijo de un prestigioso médico que había sido dos veces diputado en la Legislatura, catedrático de la Facultad de medicina y médico de cabecera del General Bartolomé Mitre; su hijo recibió de la cuna universitaria un signo indeleble y del padre un fino sentido del humor.

Fue Drago un genuino representante del señorío porteño; y tuvo la inapreciable ventaja de formarse en un hogar donde sobraban los buenos ejemplos y no faltaban los más refinados cuidados. Por la familia de la

---

(*) Disertación del Académico, en la sesión pública del 14 de noviembre de 2002.

madre —emigrados bajo el régimen rosista— había recibido el sentido elevado de la libertad personal; de su padre, seguramente heredó la fina ironía que al decir de Podestá Costa trasuntaba un escepticismo mundano, consecuencia de su refinamiento europeo. Todo esto fue, como dije, un sello indeleble que se mantuvo pese a quedar huérfano de padre ya a los 16 años de edad.

Siguió la carrera de leyes en la Universidad de Buenos Aires, en la vieja casona de la calle Moreno, recibiéndose de abogado en 1882, en una promoción famosa que fuera despedida con el discurso del gran maestro Pedro Goyena. Su tesis fue sobre un tema del derecho privado: "El poder marital", no obstante que sus temas favoritos en el desempeño cívico serían los del derecho público y, en particular, los del derecho constitucional; habiéndose formado al respecto en las aulas de José Manuel Estrada, lo que fortificó su convicción centrada en la fuerza de la libertad.

Quiso el destino que reemplazara luego en el Ministerio de Relaciones Exteriores —a su fallecimiento en 1902— a quien fuera su profesor de derecho internacional, Amancio Alcorta; y también quiso el destino agraciarlo con quienes fueron sus condiscípulos, todos hombres famosos e ilustres en su generación, como el sociólogo Juan Agustín García, el gran jurista José Nicolás Matienzo, el historiador Norberto Piñero, Ernesto Quesada, el polifacético Rodolfo Rivarola y muchos otros. Como luego veremos, en ese mismo año de su graduación, ganó la primera diputación legislativa.

Drago desempeñó funciones en los tres poderes del estado, caso poco común en la historia política argentina, forjando su veteranía en las competencias, tanto del estado provincial cuanto del gobierno central. Así fue juez, ocupando todos los peldaños de la carrera judicial; legislador, tanto provincial como nacional, en cuatro oportunidades; ministro muy brevemente, pero dejando una estela imborrable por su famosa doctrina y también se desempeñó como profesor universitario. Toda su vida fue escritor, y en gran parte periodista, diplomático al fin, sobre todo con rara y equilibrada conjunción de pensamiento y acción; y, en las palabras de Ortega y Gasset, podía reunir en su propia mente la tarea del político, es decir, estar *ocupado*, junto con la tarea del intelectual, es decir, estar *preocupado*.

II. Dotado de una pluma privilegiada, escribió con un lenguaje al que Podestá Costa ha calificado como nítido, terso y transparente; y era amante de esa otra divina armonía que es la música. Siendo legislador propuso

en una oportunidad una beca para facilitar —en Europa— los estudios de quien luego sería uno de los más grandes músicos argentinos, el maestro Alberto Williams. Cultivaba la lectura de los clásicos sin desmedro de sus preocupaciones críticas sobre Mark Twain, o sobre los poemas de Osián y otros escritores.

Veamos en un breve vistazo sus principales obras publicadas, que abarcan temas muy variados: en el año de su graduación publica *"La Literatura del Slang"*; al año siguiente, *"La idea del Derecho"*, en colaboración con su condiscípulo José Nicolás Matienzo; en 1886, la *"Colección de Fallos en materia Civil y Comercial concordados con la doctrina de la Corte Suprema"* que merecieran los elogios del gran civilista Lisandro Segovia; en el año que sigue el *"Procedimiento Criminal en la Provincia de Buenos Aires"*, con serias críticas al proyecto de Obarrio, Malaver y Montes de Oca; y en 1888 una obra singular, *"Los hombres de presa"*, en la cual adhiere a la escuela positivista del derecho penal. Y aparece publicada con el patrocinio de la Sociedad de Antropología Jurídica de Buenos Aires, que había sido fundada un año antes por el famoso Francisco Ramos Mejía.

Esta obra consagratoria, como he dicho, tuvo una segunda edición con prólogo del propio Ramos Mejía y fue reimpresa también en 1921; pero lo más destacado es su traducción al italiano en Milán en 1890, con introducción del gran Cezare Lombroso, con el título "I criminali nati", que recibiera elogios de Tarde y de Lacasagne.

Publica también *"Antecedentes Institucionales"*, en 1896, en torno al libro de Juan Agustín García *"Introducción al estudio del derecho argentino"*, donde si bien reitera su gran admiración por los antecedentes liberales de tradición anglosajona, rescata y ahonda la fuerza de los antecedentes españoles del medioevo en la defensa de las garantías y de las libertades individuales.

Luego aparece *"Debentures ingleses ante la Ley argentina"*, en1899, en la afamada Revista de Derecho, Historia y Letras; y ya cuando trasciende a los temas del derecho internacional, publica al año de formulada su famosa doctrina, en 1903, la *"República Argentina y el caso de Venezuela"*; *"Cobro coercitivo de Deudas Públicas"*, en 1906; *"El arbitraje de las pesquerías del Atlántico Norte entre la Gran Bretaña y los Estados Unidos de América"*, en 1911; y en ese mismo año su última obra, *"Un triunfo del Arbitraje"*.

También llevó a cabo varias publicaciones de importancia en el exterior que contribuyeron a darle su fama mundial: en 1907 apareció en París un

trabajo titulado *"Los empréstitos de los Estados y su influencia política internacional"* que publicó en coincidencia con la reunión de la Segunda Conferencia de la Paz celebrada en La Haya, donde se abordó concretamente este punto de la cuestión. Este trabajo fue publicado en español en *La Nación* de Buenos Aires, en Francia en la *"Revue General du Droit International Public"* y en inglés en la Revista *"The American Journal of International Law"*, famosa sociedad esta última y mundialmente conocida aquélla publicación.

El conocimiento de su obra en el exterior fue probablemente lo que lo hizo acreedor de numerosas distinciones académicas, entre las que cabe mencionar su pertenencia a la Sociedad de Ciencias Políticas y Morales de Filadelfia, su parte de la membrecía de la Real Academia de Jurisprudencia de Madrid y, finalmente en 1912, el título consagratorio de doctor *"Honoris Causa"* de la Universidad de Columbia.

Al propio tiempo llevaba adelante una extensa e intensa actuación periodística desde los primeros años de su vida. Huérfano, como dije, a los 16 años de edad se vio precisado a buscar trabajo para poder continuar sus estudios y, entonces, Bartolomé Mitre —figura señera de la política argentina— le abrió sus puertas en el famoso diario *La Nación*, donde se incorporó como corrector de pruebas en 1875; luego desempeñó funciones periodísticas en la *Tribuna Nacional* de Olegario Víctor Andrade y en *El Censor* —que dirigiera el gran Sarmiento—, para culminar en *El Diario* de Manuel Láinez, donde fue redactor en jefe desde 1881, a los 22 años de edad. En fin: recorrió todos los peldaños de la prensa en una época en que el diario constituía —junto con la tribuna— el principal o único medio de debate y de esclarecimiento de las ideas.

Pero no sólo escribió sobre derecho o temas de política nacional e internacional: a la soltura de su pluma se unía el acopio de lectura y el conocimiento de los grandes autores. Llevó a cabo dos importantes traducciones del inglés, lengua que dominaba y que le permitió su gran desempeño posterior en la II Conferencia de La Haya: hizo una traducción de la *Historia de Inglaterra* de Macaulay; y de la biografía del *Doctor Francia*, de Thomas Carlyle, en 1905, a pedido de una revista del Paraguay que lo publicara en Buenos Aires; biografía ésta del famoso dictador paraguayo que constituye, según Carlos Saavedra Lamas, un modelo de traducción en el más cabal sentido literario de la palabra. También y del mismo modo, fueron muy calificados los autores europeos que aludieron y comentaron sus aportes doctrinarios. Mereció así el reconocimiento de Enrico Ferri en la

Sociología Criminal, Turín 1900; las menciones de Moulin en La doctrina de Drago, París 1908; y, más importante, en la obra de Restelli, *"Exposición de la Doctrina Drago"*, publicada en Londres en 1902.

III. Pero veamos su vida pública: en 1882 accede —a los 23 años de edad— a su primera diputación por la Provincia de Buenos Aires en la legislatura local. Transcurrían los años de la gobernación de Dardo Rocha, el fundador de la Ciudad de La Plata, enseguida de la Federalización de la Ciudad de Buenos Aires, que había pasado a ser la capital de nuestra República.

Durante este primer desempeño parlamentario, establece algunas tesis constitucionales de importancia. Por ejemplo: la de que los diputados provinciales gozaban también de sus inmunidades en el territorio federalizado de Buenos Aires, asiento de la Capital; o que las incompatibilidades para el desempeño del cargo de convencional constituyente —o sea, miembro de una Convención Reformadora de la Constitución— tenían menor alcance que el caso de una legislatura o Cámara de Diputados; es decir, la tesis —a mi modo de ver correcta— inspirada en la noble finalidad de favorecer el acceso de los mejores a las Convenciones Constituyentes.

Pero al año abandona la función legislativa para volcarse a la tarea judicial; y se inicia muy modestamente —en 1883— como Secretario de una Cámara de Apelaciones en la Provincia de Buenos Aires, en la Ciudad de Mercedes, ascendiendo luego a Juez en lo Civil en ese mismo Departamento Judicial.

Más tarde, en enero de 1886, se traslada a la capital de la provincia, la ciudad de La Plata, donde es nominado juez del crimen y pocos meses después Fiscal de Cámara, para culminar su carrera como Vocal de la Cámara de Apelaciones. En esas circunstancias, en un gesto de corrección y de rectitud que lo caracterizó toda su vida, pidió permiso formalmente para residir en forma transitoria en la Ciudad de Buenos Aires a raíz de un problema de enfermedad de su familia. La Legislatura le concede el permiso, pero el Poder Ejecutivo veta esa norma; entonces, Drago renuncia de inmediato, abandonando la función judicial a la cual no volvería más, y se dedica al ejercicio de la profesión.

Por poco tiempo, porque en mayo de 1890, al entrar en vigencia una nueva Constitución donde está contemplado el cargo de Fiscal de Estado, suerte de representante de los intereses del Estado en la provincia, es

designado para ocupar su titularidad por el Gobernador Julio A. Costa, y es allí (por eso menciono este antecedente) donde encuentra su origen la —luego famosa— doctrina que lo haría célebre en 1902.

Según Matienzo, es a raíz de la contestación de una demanda por cobro de dinero contra la provincia, que Drago plantea las cosas como un *conflicto entre el derecho del acreedor y la condición de soberano del deudor*, más o menos como si en la Argentina tuviera vigencia en ese entonces la Enmienda XI de la Constitución de los Estados Unidos de Norte América. Claro que en la Argentina las provincias no son soberanas, mientras que sí lo es el Estado Nacional, pues a los Estados locales se les reconoce tan sólo la autonomía. Acorde con la tesis de Drago, algunas constituciones provinciales consagraron luego un privilegio semejante al de la Enmienda XI en el orden de las normas locales; pero el hecho cierto, más allá del anecdótico, es que en esa famosa defensa del interés provincial llevada a cabo por Drago desde la Fiscalía de Estado de la provincia de Buenos Aires, está sin ninguna duda el germen de la doctrina que consagraría una década después para el orden internacional.

También aquí fue breve su desempeño en la función pública: por la intervención federal a la provincia, renuncia al cargo en sol¡daridad con el Gobernador desplazado, no obstante el ofrecimiento reiterado para continuar en esa magistratura que le hiciera el Interventor y gran jurista Lucio V. López. Se vuelca entonces nuevamente al ejercicio de la abogacía, ganando en ella una legítima reputación como doctrinario y como defensor de grandes causas.

Llegamos así al año 1902 en el que accede a una diputación nacional por la Provincia de Buenos Aires y por el partido autonomista en lo que, en aquella época del régimen de los notables y de un sistema de elite, se llamó la *"lista de oro"*. Tan sólo tres meses desempeñó esta función legislativa, pues pasaría a ocupar el ministerio que lo proyectaría a la gloria.

No obstante la brevedad participó de debates que hicieron historia, uno de ellos sobre la fusión de los ferrocarriles, donde votó en contra —desprendido totalmente de las vinculaciones que como abogado había tenido con las empresas ferroviarias— pues entendía que el trámite debía ser aprobado por una ley y no por un decreto, pues de otra manera se violentaban las prerrogativas parlamentarias; con lo que manifestaba y acreditaba su absoluta libertad e independencia de criterio en la función pública. Intervino también en el debate sobre las incompatibilidades parlamenta-

rias; sobre el régimen de bienes de la sociedad conyugal, donde proyectó normas a favor de los derechos de la mujer que se anticiparon en veinte años a la ley famosa de la presidencia Alvear; y también intervino en el debate sobre la movilidad de los magistrados judiciales del fuero ordinario, consagrando el principio según el cual la inamovilidad y el mecanismo del juicio político sólo eran aplicables a los jueces federales, es decir, a los jueces de la Nación.

Pero acaso lo definitorio de su diputación fuera el apoyo de Drago a los llamados *Pactos de Mayo* para el arreglo pacífico con Chile que había negociado el fallecido canciller Amancio Alcorta y que Drago defendió acompañando así al Ministro Joaquín V. González que actuaba como canciller interino. Allí alcanzó a obtener la sorprendente aprobación de Carlos Pellegrini, que como jefe de la oposición política de aquel entonces, ante el asombro general, dio su voto favorable a la política del Gobierno. El discurso de Drago en esa oportunidad fue un discurso precursor en varios sentidos de la palabra; discurso pacifista, creía en el trabajo y creía en el esfuerzo como *"factotum"* de la riqueza y no en la guerra; y en muchas de sus palabras se anticipan las ideas que décadas después sostendría en Europa Arístides Briand al fundamentar la conveniencia del acercamiento entre Alemania y Francia, semilla de la integración de la Segunda post Guerra Mundial.

IV. Pero vamos a su Ministerio: accede en agosto de 1902, con motivo del fallecimiento de su ilustre predecesor Amancio Alcorta. Era Presidente de la República Julio Argentino Roca, el único argentino que hasta hoy ha podido completar constitucionalmente dos períodos presidenciales —sin reeleccionismo inmediato y "ad hoc"—. Drago ocupa brevemente el Ministerio, once meses, menos de un año, hasta su renuncia en julio de 1903 por discrepancias episódicas en un problema de conyuntura. Era un Ministerio de notables, con Osvaldo Magnasco, con el ya recordado Joaquín V. González —acaso el hombre público más completo que el derecho argentino ha llevado a la función pública— con el General Pablo Ricchieri, con Emilio Civit, y otros más que no voy a recordar ahora. A su Ministerio se lo recuerda sólo por su doctrina y las circunstancias en que emitió esa doctrina; pero hubo otras realizaciones, entre ellas, la implementación de la Paz con Chile firmando el *Acuerdo de Equivalencia de las Escuadras Navales*, al que Juan Antonio Solari resalta como el primer pacto de desarme en el mundo.

Pero volvamos al caso de Venezuela: allí surge el enunciado de su doctrina, verdadera prolongación del principio de Monroe, aplicándolo en tor-

no a la inviolabilidad de las Naciones de América contra la coerción militar y europea atinente al cobro de la deuda pública. No era casual que la doctrina fuera expuesta en una nota dirigida al Secretario de Estado de los Estados Unidos, país cuna de la famosa doctrina del Presidente Monroe. Eran los Estados Unidos, entendía Drago, quienes debían reactualizar la fórmula y ése era precisamente el hondo sentido, el claro destino del mensaje de Drago: por eso la nota estaba dirigida al Secretario de Estado.

De todos modos, y antes de entrar en sus circunstancias, se impone aclarar que el propio Drago puntualizó con toda claridad y contemporáneamente los alcances de su doctrina, cuando dijo: "yo la considero no un principio abstracto de valor académico, no una regla jurídica de aplicación universal que no tendríamos personería para sostenerla, sino un enunciado político de diplomacia americana, que si bien se apoya en razones de derecho, tiende a evitar a los pueblos de este Continente la calamidad de conquista que se pretende disfrazar de intervención financiera". Notables palabras de permanente actualidad: *la deuda es una cuestión política.*

La autoridad moral que respaldaba la nota de Drago estaba reforzada por el hecho de que la Argentina, en ese momento, no estaba involucrada en hechos análogos, toda vez que había cumplido los compromisos contraídos en sus obligaciones financieras. Por lo demás la nota estaba avalada por el Presidente Roca y por la figura señera del General Mitre, a la sazón, en dura oposición; habiendo sido comunicada a los Gobiernos hermanos de Brasil y Chile en un acto de concomitante cortesía.

Como es sabido, los hechos se desencadenaron a partir de una confrontación muy desigual: por un lado Alemania —gobernada por el Kaiser Guillermo II— en neta actitud imperialista y colonialista, desafiante, buscando adquirir más colonias, necesitaba poner a prueba la doctrina Monroe para saber hasta dónde podría llegar la política avasallante de *raíz bismarkiana*; por otro lado, Venezuela —joven república hermana de América— disgregada en una lucha caótica y anarquizada por una guerra civil; en una palabra: un estado débil. Además, aparece en escena Inglaterra, deudora de gratitud hacia Alemania por su actitud en la guerra Anglo-Böer de poco tiempo antes en el sur africano. Inglaterra arrastró también la adhesión de Italia, por lo visto el espíritu intervensionista estaba vivo y animado en una especie de transmutación de los tiempos de la Santa Alianza. Se había olvidado la intervención de Francia en México o —en realidad— no se la había olvidado; tampoco estaba lejano el recuerdo de otras intervenciones financieras que habían desembocado en la apropia-

ción de las rentas aduaneras de los estados débiles. Del mismo modo había procedido Gran Bretaña sobre Egipto, en 1883, con el disfraz de una aparente transitoriedad en la ocupación. Los hechos ciertos fueron que la flota conjunta hundió dos buques de guerra venezolanos y se apoderó de varios otros; bombardeó los puertos de Cabello, La Guaira y Maracaibo y hubo bloqueo de puertos y costas. ¿Cuál era la esencia del reclamo? Pues el pago de daños causados a súbditos propios durante las guerras civiles; súbditos de Alemania, de Inglaterra y de Italia; y también, el pago por interrupción de los servicios de la deuda externa, originada fundamentalmente en empréstitos contraídos por Venezuela para la construcción de ferrocarriles.

Drago dirige su nota al ministro argentino en Washington el 29 de diciembre de 1902, para conocimiento del gobierno de los Estados Unidos. Obsérvese que la nota no estaba dirigida a los atacantes propiamente dichos; y la misma no fue ni aceptada ni rechazada formalmente por los Estados Unidos. La respuesta, algo demorada, fue calificada como una hábil nota; pero dos remisiones del Secretario de Estado John Haig a mensajes de Teodoro Roosevelt marcaron la nota de esa remisión:

1. No hay por qué anticiparse, mientras la agresión no signifique la forma de adquisiciones territoriales.

2. La doctrina Monroe no garantiza a ningún estado contra la represión que pueda acarrearle su inconducta.

3. Las naciones americanas nada tienen que temer a las intervenciones extranjeras mientras guarden el orden interno y cumplan sus obligaciones con los extranjeros.

Y terminaban aconsejando el acudimiento al arbitraje, parte muy positiva de la nota de Haig, dado que luego esta fórmula se impondría en la Conferencia de La Haya de 1907.

La nota suscita adhesiones, críticas y asombro, optimismo y escepticismo. A favor de la nota de Drago adherirán Weiss, Villa Urrutia y Torres Campos. Ernesto Quesada, algunos años después, en 1919, la calificará de fórmula idealista. Otros optaron por pretender cuestionar su paternidad, atribuyendo el germen de la idea a *Lord Palmerston* o a *Hamilton*; pero cabe señalar que Hamilton había muerto en 1804, dieciséis años antes de que se celebrara el primer empréstito. Por otra parte, es cierto que Drago

se basa en una importante opinión de Hamilton de 1788; pero vinculada con la soberanía interna: Hamilton no se había ocupado del problema de la deuda externa, tema que era desconocido para la época.

También algunos han pretendido hurgar la raíz en la doctrina de Carlos Calvo; pero era bien sabido por todos los contemporáneos de Drago, todos prestigiosos hombres de derecho, que la doctrina Calvo —luego incorporada al Pacto de Bogotá— apuntaba a otras circunstancias y a otros problemas: son desde luego doctrinas convergentes; pero no se refieren a los mismos problemas. La doctrina de Carlos Calvo se apoya en la *igualdad* entre nacionales y extranjeros ante la ley territorial: los extranjeros que se establecen en el país tienen el mismo derecho a la protección que los nacionales, pero no pueden ni deben tener una protección mayor (1896). Esta tesis encontraba inspiración en el art. 20 de la Constitución Argentina; y, a la postre, esa doctrina fue recogida en la "Convención sobre Derechos de Extranjería" (1901) aprobada en la IIª Conferencia Interamericana; incorporándose por último al art. VII del *Pacto de Bogotá*: "Las Altas Partes contratantes se obligan a no intentar reclamación diplomática para proteger a sus nacionales, ni a iniciar al efecto una controversia ante la jurisdicción internacional cuando dichos nacionales hayan tenido expeditos los medios para acudir a los tribunales domésticos competentes del estado respectivo".

La doctrina Drago no se confunde con la doctrina Calvo, aunque son armoniosas entre sí; prolongándose con coherencia la línea de pensamiento enunciada por Bernardo de Irigoyen, Carlos Calvo y Luis María Drago. En ese desenvolvimiento, le correspondió a Carlos Calvo aportar el énfasis en una doctrina sustentada en el siguiente trípode:

a. igualdad entre nacionales y extranjeros;

b. jurisdicción exclusiva del país huésped en los casos de controversia con extranjeros;

c. limitaciones en el ejercicio de la protección diplomática.

(Pedro *Roffe*, "Calvo y su vigencia en América Latina", Ginebra, UNCTAD; Reprint series, Nº 53, 1985).

Entre las críticas doctrinarias se destacan la de Alejandro Alvarez, al señalar que la doctrina de Drago podía llevar a la impunidad de los deudo-

res deshonestos o que era superflua después del enunciado de Monroe. Simón Planas Suárez y Gil Fortoul señalaron que podía lesionar el crédito de los países pequeños al despertar la desconfianza de los capitalistas prestamistas; Barcia Trelles apunta a que Drago, quizás, haya confundido algunos puntos y en su crítica observa que una cosa son las deudas públicas y otras son las deudas contractuales; pero nosotros debemos señalar que Drago había excluido expresamente a estas últimas.

El gran Ruy Barboza, amigo personal de Drago y de los argentinos, disentía también sobre la naturaleza atribuida por Drago a los empréstitos de estado, señalando que el hecho de tomar dinero prestado no configura un acto de soberanía, sino un acto de derecho privado regido por la ley civil, aunque no exprese un compromiso nominativamente.

Sin embargo, el famoso profesor de la Universidad de Dijon, Moulin, señalaba contemporáneamente —y no obstante que no admitía la distinción hecha por Drago— la conclusión de que el empréstito público era un contrato de estado y el poder público podía arreglar sus condiciones de ejecución o inejecución en la medida en que el interés público lo exigiera.

¿Qué podemos decir hoy, a tantos años? Es verdad que en la actualidad no se mantiene el concepto absoluto de soberanía y es opinable aquella vieja distinción; pero en cambio podemos decir a favor de Drago y de la permanencia de sus ideas, que se ha afirmado el dogma de la igualdad jurídica de los Estados, que se ha impuesto la condena al ejercicio unilateral de la fuerza como acto repudiable, moral y jurídicamente, y que se ha vuelto a mirar con fe en los procedimientos del arbitraje y de la negociación.

Basta señalar como detalle, que cuando Drago enuncia su famosa doctrina, no existían todavía los organismos internacionales, aún no había nacido la Liga de las Naciones ni la idea de la igualdad jurídica y faltaba mucho más para el nacimiento de la Organización de las Naciones Unidas.

Vayamos un poco a los argumentos de Drago, los que sustentaron su conocida postura. Creo que podemos resumirlos en cuatro tópicos:

Primero: que los prestamistas fijan condiciones más o menos onerosas a los Estados de acuerdo con los recursos y solvencias del deudor, elevando la tasa de interés en razón directa de los riesgos de la operación;

Segundo: que los acreedores saben que contratan con un poder soberano y que por ende es atributo de la soberanía la imposibilidad de efectivizar acciones ejecutivas sobre ella,

Tercero: que existe una igualdad jurídica de los Estados, pese a las desigualdades de hecho, y que hay que rescatar y destacar aquella igualdad jurídica de los Estados como norma de civilización para salir de un estado postrado de ley de la selva;

Cuarto: la ocupación territorial es, sin ninguna duda, venga de quien venga, transgresión de la doctrina de Monroe, según la cual —a tenor de lo enunciado en 1823 por el gran presidente americano— *"los continentes americanos no podrán en adelante servir de campo para la colonización futura de las naciones europeas, y, reconocida como lo ha sido la independencia de los gobiernos de América, no podremos mirar ninguna interposición de parte de ninguna potencia europea con el objeto de oprimirlos o controlar de alguna manera su destino, sino como exteriorización de sentimientos poco amistosos para los Estados Unidos de América"* (1823).

En síntesis: de acuerdo con Drago, no podía haber expansión territorial europea en América, ni opresión de los pueblos de este continente porque la desgraciada situación financiera pudiera llevar a alguno de ellos a diferir el cumplimiento de sus compromisos. Según Drago, la deuda pública no podía dar lugar a la intervención armada, ni menos a la ocupación material del suelo de las naciones americanas por parte de una potencia europea. Esto es, en síntesis, lo que él consideraba la parte fundamental, el "dictum" de su nota.

Hay algo más en la nota de Drago que me permito resaltar y que es su *perspectiva de futuridad* vista desde 1902 hasta los tiempos actuales.

Después de invocar la doctrina de Monroe, invoca la suerte común de las naciones sudamericanas, que, dice: *"tienen fe bastante y la suficiente energía y virtud para llegar a su desenvolvimiento pleno apoyándose las unas en las otras"*. Drago anticipa, sin decirlo, el llamado a la Integración que hoy es un llamado desesperante entre los pueblos de América.

Drago salió al paso de todas las críticas, a las que fue refutando, una a una, en los años posteriores. Estaba aceptada en aquella época la distinción entre las obligaciones *"juri imperi y juri gestioni"*. Las primeras, eran basadas en actos del soberano que conducían a los empréstitos del esta-

do; mientras que las segundas eran actos del fisco, verdaderos contratos de derecho privado, que daban lugar a reclamaciones ante los tribunales o por medio del arbitraje. Lo que sostenía fundamentalmente Drago era que en el primer caso no cabía la acción coercitiva, porque eso sería como enjuiciar a la nación que dispone el curso forzoso de su papel moneda. Los empréstitos, para Drago, eran emitidos en la forma de bonos o títulos, salían al mercado igual que el papel moneda y su servicio era suspendido en virtud de actos de soberanía; por lo tanto, circulaban y pasaban de mano a poder de súbditos de cualquier potencia —grande o pequeña— sin que pudiera saberse ni controlarse, muchas veces, la verdadera teneduría de los mismos. En una palabra, sostenía la inaplicabilidad de la *"Ley de las 12 tablas"*, o de la *"libra de carne de Shylock"* para hacer efectivo el cobro de este tipo de empréstitos. Drago, como Calvo y como el gran canciller Bernardo de Irigoyen, hombres todos de la más rancia clase dirigente a los que el calificativo de conservadores pretende muchas veces minimizar (yo lo puedo decir con comodidad, pues pertenezco a una línea histórica y política distinta a la de ellos) hay que reconocer que fueron celosos defensores de grandes principios nacionales y que no manifestaron debilidad alguna ni obsecuencia ante las potencias dominantes de aquella época. Injustos han sido los cargos que la pasión política les ha hecho en las luchas agonales ulteriores.

Drago supo elegir el destinatario de sus doctrinas, pues sabía que allí, en los Estados Unidos, probablemente encontraría una receptividad que era ajena a la Europa arrogante de aquella época.

Como enseguida veremos, la nota de Drago no cayó en el vacío y, por el contrario, creó escuela. Como balance de resultados prácticos cabe también consignar que el mínimo de receptividad obtenida valió al menos para que la postura adoptada por Estados Unidos originara el cese de los ataques y el abandono de las aguas venezolanas. El momento no había sido fácil, ni los protagonistas eran débiles; reinaba la política del *"big stick"*, proclamada por Teodoro Roosvelt y estaban frescos los recuerdos y las implicancias de la guerra de Cuba y los pasos para la independencia de Panamá: ¡Mucha agua había corrido bajo el puente desde los días de la proclama de Monroe!

V. Drago abandona el Ministerio, como queda dicho, antes de un año de haberse hecho cargo de él; pero en 1906 pasa a ocupar nuevamente una diputación en el Congreso de la Nación por la Ciudad de Buenos Aires. Ese Congreso, uno de los últimos de la época anterior al sufragio universal,

reunía hombres de la jerarquía de Carlos Pellegrini, de Roque Sáenz Peña (que luego sería Presidente de la República) de Juan Balestra, del ingeniero Emilio Mitre, de Rómulo Naón y muchos otros de reconocida jerarquía intelectual.

Le cupo intervenir en asuntos de gran trascendencia y le tocaría vivir el episodio ingrato del cierre del Congreso; clausura dispuesta por el Presidente Figueroa Alcorta en un período de sesiones extraordinarias, acto que Drago censuraría en forma enfática. Pero ello no obstaría a que pudiera continuar prestando sus servicios a la Nación. Vota en contra de las leyes del juego, vota por la no aprobación de las elecciones del año 1908, a las que tachó viciadas de fraude; votó contra el armamentismo en América; y votó decididamente a favor del tratado de Arbitraje con el Brasil. A partir de allí, Drago no perderá oportunidad en señalar públicamente la defensa y la justificación del arbitraje y, en esa oportunidad, tratándose del vecino y hermano país del Brasil dijo en la Cámara, *"yo creo que el arbitraje se impone con mayor exigencia entre los Estados Sudamericanos, que surgidos a la vida tienen los mismos problemas que resolver y sólo cumplirán su misión de una manera adecuada por la ayuda mutua, por la solidaridad, por el respeto y la simpatía de unos pueblos con otros. Colocados en un mundo nuevo —añadía— tienen por ley de la naturaleza que seguir una marcha distinta a la de las grandes potencias militares europeas; y, aunque dispuestos para la defensa, no deben olvidar que ante todo existen para el trabajo, para la libertad, para crear y desenvolver recursos, no para destruirlos ni para establecer predominio o exclusión"*. ¡Estas palabras parecen dichas en el día de hoy!

VI. En 1907 se producirá la famosa II Conferencia de Paz de La Haya, de la cual Drago participará como delegado argentino, designado por el Presidente Figueroa Alcorta, a quien aquél tanto había criticado por la clausura del Congreso en el año anterior.

Se respetaban los talentos y no se guardaban rencores. ¡Grandeza!

Asiste a la ecuménica Asamblea convocada por el Zar de Rusia y a donde, a diferencia de lo que había sucedido en la Primera Conferencia, ahora sí se invitaba a todas las naciones americanas. Presidía la delegación argentina el futuro Presidente Roque Sáenz Peña y la Integraban Carlos Rodríguez Larreta y como secretarios, Rómulo Naón y el que luego sería primer canciller de Yrigoyen, el doctor Carlos A. Becú.

Drago no auspició el alcance extensivo de su doctrina, manteniéndola en los contornos de una defensa política propia de los países sudamericanos, criterio que aceptó el resto de sus compañeros de delegación. Con ese espíritu concurrieron primero a Río de Janeiro para la reunión preliminar con los demás representantes americanos. Era un acontecimiento singular para las naciones americanas en general, y para Drago en particular; para aquéllas por cuanto en 1899, en la I Conferencia, sólo habían sido invitados los Estados Unidos de Norte América y México; para Drago, pues allí encontraría la tribuna de resonancia universal para la exposición de su doctrina. Fue su gran aliado y amigo allí el Secretario de Estado de los Estados Unidos, Mister Root, que recomendó la inclusión de la doctrina Drago como punto IV del Orden del Día.

En visita a la Argentina, poco tiempo antes, Mister Root había expresado: *"pensamos que el cobro por la fuerza de deudas provenientes de contratos es una incitación a que se cometan abusos que en sus resultados necesarios son mucho peores, mucho más funestos para la humanidad, que si quedaran sin pagar las deudas de cualquier nación"*. Y Mister Root, agregaba: *"Consideramos que el uso del Ejército y la Armada de una gran potencia para compeler a una nación más débil a responder de contratos con un particular, es una incitación a especular con las necesidades de países débiles y una infracción de la soberanía de los mismos"*.

VII. Pasaré por alto todo el desarrollo de los acontecimientos, ampliamente conocido, e iré directamente a la exposición de los tramos finales del desempeño de Luis María Drago en su vida pública.

En 1909, Estados Unidos e Inglaterra deciden someter al arbitraje del tribunal, que deberá constituirse con arreglo a la Convención de La Haya, las cuestiones relacionadas con las pesquerías en las costas del Atlántico, al norte de la América inglesa: es el caso comúnmente conocido como el *Caso de Terranova* o de las *Pesquerías*. Era la primera vez que se convocaba así a un jurista de nuestro continente. Drago parte en junio de 1909, reuniéndose el Tribunal al año siguiente en La Haya, en el mismo palacio donde se habla desarrollado la famosa conferencia de 1907. Regresa a la Argentina en marzo de 1911 (era otra, sin duda, la dimensión del tiempo en aquella época) y, al regresar, de paso por Brasil, en agasajo brindado por el Barón de Río Branco, Rui Barbosa y Quintino Bocayuva, aseveró que el honor que le habían discernido era para todos, y que importaba un reconocimiento por la actuación que los estados sudamericanos, y Brasil en particular, habían tenido en la Conferencia de La Haya de 1907.

Casi simultáneamente con este honor discernido a Drago para integrar el Tribunal de Arbitraje, había sido nominado por Estados Unidos y Venezuela como árbitro para las cuestiones pecuniarias pendientes entre estos estados, pero no pudo aceptar por el compromiso anteriormente contraído.

Cabe subrayar que esta nominación, que lo traslada nuevamente a La Haya, revelaba inequívocamente que las grandes potencias de aquel momento, Inglaterra y Estados Unidos, no le guardaban rencor alguno por su vigorosa doctrina de 1902 y por la defensa de ésta llevada a cabo en La Haya en 1907; y, más aún, que esas mismas grandes potencias, dos de ellas (cuando no había más de cinco o seis en todo el mundo) escogieron voluntariamente el nombre de Drago de la lista permanente que así funcionaba de acuerdo a los mecanismos de la Convención de La Haya.

El éxito de este laudo favoreció universalmente la imagen del arbitraje como procedimiento para la solución pacífica de las controversias. Por lo pronto, Estados Unidos e Inglaterra, conformes con el resultado, firmaron al poco tiempo —entre ellas— un tratado general en el que se suprimía, por primera vez, la famosa cláusula del honor y de los asuntos o puntos vitales del interés nacional, que excluía del arbitraje grandes cuestiones de controversia y que había contribuido (esa cláusula) a debilitar el terreno o ámbito de aplicación del arbitraje.

Para Drago, esta fue la última gran actuación fuera del suelo patrio. Y cabe señalar, que si bien el fallo fue por unanimidad y satisfizo, como he dicho, a ambas partes, — venciendo la resistencia del Presidente del Tribunal Arbitral, *Heinrich Lamash*, Profesor de la Universidad de Viena, y del otro Vocal, el *Savornin Lohman*, de los Países Bajos— Drago pudo estampar el texto de su voto separado, o disidencia de fundamentos, en un punto concreto (aunque no en la totalidad del laudo) en la cuestión referente a las llamadas "bahías históricas" (o también denominada, según otros autores, "aguas históricas").

Drago refería su doctrina, concretamente, a los casos de Chesapeake y Delaware en los Estados Unidos, y del Río de la Plata para el Uruguay y la Argentina; considerando que estas bahías debían considerarse *territoriales* y no comunes, cualquiera que sea la anchura de su entrada o cualquiera sea su penetración en tierra firme, cuando el estado costero haya afirmado sobre ella su soberanía, y cuando circunstancias particulares justifi-

can esa pretensión; circunstancias tales como su configuración geográfica, el uso inmemorial o las necesidades de la propia defensa.

El espacio me impide profundizar el tema desarrollado en aquella oportunidad por Drago, pero basta puntualizar que, pocos años después en 1917, el criterio fue adoptado en el conflicto del Golfo de Fonseca entre El Salvador y Nicaragua.

Corresponde traer a colación la cita de Juan Carlos Rébora (*La Nación*, 2 de julio de 1922) concerniente a las magnéticas palabras de Luis María Drago en una sesión de la Cámara de Diputados celebrada en 1914, cuya versión taquigráfica no ha sido publicada (véase Martín Luis Drago, "Fallecimiento del Doctor Luis María Drago", Buenos Aires, 1928, ps. 182 y 183). Tal es la versión documentada del maestro Rébora:

"Fue en el año 1910 y hallábase constituido en el Scheveningen el tribunal que debía decidir la cuestión de las pesquerías. Lo formaban *tres jueces, dos europeos y un argentino*, que habían sido elegidos de común acuerdo por Inglaterra y Estados Unidos de la lista de más de ciento cincuenta inscriptos en la Corte permanente de arbitraje. Había además dos jueces nacionales, designados uno por cada parte: Fitzpatrik, canadiense; y Grav, norteamericano. Cuando se trató la cuestión quinta que tenía por objeto establecer desde dónde debían medirse las tres millas marinas de mar territorial adyacente a las bahías, ensenadas o abras a que se refería el litigio, el doctor Drago previendo que las doctrinas sustentadas en el fallo pudieran repercutir alguna vez en lo que se refiere al Estuario del Río de la Plata, expresó su disidencia con la mayoría y expuso la tesis de las 'Bahías históricas', fundándola en diversos precedentes y textos de derecho internacional.

Creía para sí, que obrando de otro modo habría comprometido los intereses de su patria, y su firmeza de criterio dio lugar a un dramático incidente cuyas consecuencias fueron felizmente evitadas por reacción del mismo que lo provocó. El presidente del tribunal había procurado en diversas formas evitar la disidencia, hasta que un día, estallando de modo violento, manifestó que él no permitiría jamás que el doctor Drago fundara su voto contra la mayoría. "Entonces —contaba el doctor Drago en solemne oportunidad— contesté con la mayor calma: Si yo no fundo la disidencia no firmaré el laudo, y no firmando el laudo, ni hay laudo, ni hay tribunal". Y agregaba: "Con esto me retiré y el tribunal quedó roto. Me retiré del tribunal, señores diputados, y pasé la noche en Scheveningen

completamente solo, sin tener con quién consultar, en el Palace Hotel, desierto a aquella altura del año. En el inmenso edificio, casi en tinieblas, sólo se oía el embate de las olas del Mar del Norte contra los malecones de la playa. Calcule la Honorable Cámara la enorme responsabilidad que yo había echado sobre mis hombros. Calcule la Honorable Cámara lo que hubiera significado que el primer sudamericano llamado a ejercer funciones de árbitro entre dos grandes potencias en un asunto extraño a Sud América, diera causa a la disolución de aquella altísima Corte. Todos los reproches, todas las recriminaciones hubieran sido pocas para él: y las acusaciones hubieran venido no sólo de las naciones europeas, sino también de las de América, principalmente de las de América. Pero entre la situación terrible que la ruptura me creaba y mis deberes de argentino no vacilé: opté por mis deberes de argentino".

VIII. En 1912 Drago ocupa nuevamente otra banca en la Cámara de Diputados de la Nación, esta vez en la primera elección realizada a través de lo que se llamará "la revolución por las unas": la Ley Sáenz Peña de sufragio universal, igualitario, voto obligatorio y secreto. El pueblo había podido votar libremente sin fraude y sin voto calificado y llevó en esta primera elección por la Capital Federal a hombres eminentes de distintos partidos políticos, como Vicente Gallo, como el que una década antes había sido el primer diputado socialista de América (y que regresaba a la banca), don Alfredo Palacios, José Luis Cantilo, Delfor del Valle, Estanislao Zevallos (contrincante de Drago en muchos debates internacionales), Marcelo T. de Alvear (que luego sería Presidente de la República), el fundador del Socialismo, Dr. Juan B. Justo, el historiador, Ernesto Celesia y otros más. Esta elección por cuatro años prolongaría la diputación de Drago hasta 1916, año que coincide en su alejamiento de la Cámara con el gran cambio político y la llegada de Hipólito Yrigoyen a la Presidencia de la República.

Drago había obtenido una extraordinaria votación, y debo resaltarlo acá, basada, no en los votos del partido o de la lista que lo llevó, sino por su prestigio personal; y triunfó gracias a la inclusión que voluntariamente los votantes hicieron de su nombre, tachando el de otros. Así salió segundo en el escrutinio final de adhesión a su encumbrada personalidad.

Al ser electo debe viajar a Europa para atender su salud, aunque vuelve sin mayores perspectivas de mejoría. Se incorpora recién a la Cámara en el mes de noviembre y no puede aceptar, también a causa de su salud, la Embajada extraordinaria ante los Estados Unidos en retribución a la concurrencia de los hermanos del Norte al centenario de la Revolución de

Mayo. Su salud comienza a quebrantarse rápidamente, por lo que tampoco puede viajar cuando lo invita la Fundación Carnegie, como "el más alto exponente de la cultura intelectual de Sudamérica", —palabras de la invitación— para iniciar un ciclo de conferencias en los Estados Unidos.

Poco después se incorpora a la Cámara y, en este último desempeño del cargo legislativo (el cuarto) también aborda y define importantes puntos del derecho público, a saber: que no se debe admitir, con respecto a los legisladores, más incompatibilidades que las que la propia Constitución señala, dado el peligro, caso contrario, de dejar la suerte de las minorías librada a la mala voluntad, al interés político o a los rencores de las mayorías: esta tesis de Drago, a cuyo tenor no pueden crearse más incompatibilidades que las que establece la Constitución, sería luego, varias décadas más tarde, aceptada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Sostiene la inexistencia del rango de Embajada en la Constitución, no obstante que la misma ley suprema en sus Arts. 100 y 101 (hoy Arts. 116 y 117 a partir de la Reforma de 1994) reconocía la existencia de embajadores extranjeros al establecer la competencia de la justicia federal (curiosa tesis restrictiva de Drago); y se opuso —ese mismo año— al aumento del circulante en papel moneda, pues creía que no aumentaba la riqueza pública y, en cambio, disminuía el valor de los salarios: la dura experiencia de décadas y décadas, terminaría por convencer a muchos de que Drago tenía razón.

IX. En fin: estos fueron los aportes sustanciales o fundamentales de Drago en el ámbito del derecho público. Cabe señalar, a manera de dato curioso, que Drago nunca fue profesor de derecho internacional ni de derecho constitucional. Drago sólo fue profesor de derecho civil, no por mucho tiempo, en la Universidad de Buenos Aires, a partir de 1896, en reemplazo del afamado profesor Tezanos Pinto, continuador de la Cátedra de José María Moreno. Su prestigio era tan grande y considerado que ocupó un sitial en la Academia de Derecho y tuvo destacada actuación en la Sociedad Científica Argentina que había fundado —entre otros— Estanislao Zevallos.

Sin embargo, fue un jurista integral con amplio dominio del derecho público y del derecho privado y puede considerárselo una suerte de adelantado en ese territorio del mundo jurídico que pocos años después, en el período entre las dos guerras mundiales, el gran comparatista Mirkine Guetzévitch llamaría el Derecho Constitucional-Internacional. Bien ha señalado Tagle, en alusión a la formación científica de Drago, que no se puede desconocer la estrecha vinculación entre el derecho público inter-

nacional y el derecho público interno Constitucional, tan necesario a todo auténtico hombre de gobierno; para agregar, en correctísima apreciación: "En verdad los conceptos básicos del primero (del derecho internacional) son reflejo y ampliación de los principios orientadores del segundo (del derecho constitucional), siendo difícil aceptar que las conquistas del derecho de gentes no se deban a progresos en la manera de concebir el Estado y las reglas de su gobierno".

Es que Drago era un hombre de dimensión unitaria e integral, tenía una cosmovisión del derecho y no departamentos estancos; y era, además de hombre de derecho, hombre de gobierno. Él mismo había señalado, en un famoso banquete que en su honor se le brindó en 1908, al regresar de la Conferencia de La Haya: "Con prescindencia del factor de la fuerza, son más respetados, gozan de mayor prestigio o inspiran simpatías más vivas los pueblos que se mantienen fieles a sus instituciones y las cumplen lealmente, cualquiera que ellas sean. La buena política interna viene a ser así la mejor política internacional, tal como en la vida de relación acaban por prevalecer los individuos más sanos y mejor equilibrados sobre los que, teniendo facultades excepcionales, las pervierten o anulan por los efectos de su conducta". Y terminaba su pensamiento con esta sabia afirmación: "la prosperidad material de las industrias y el comercio, la afluencia siempre creciente de la inmigración y de los capitales, nos han hecho olvidar más de una vez que los hombres no viven sólo de pan, ni los pueblos de cereales, y que hoy es más verdad que nunca el viejo aforismo democrático, según el cual la vigilancia constante es el precio de la libertad. Los excesos de los gobiernos tienen su explicación, aunque no se justifiquen, en la inercia y en los abandonos del pueblo; pero los abandonos del pueblo no se explican ni se justifican por los excesos de los gobiernos".

X. Termino pues, señalando brevemente los últimos momentos de la vida de Drago: en 1917, en plena Guerra Mundial y luego del gran cambio político producido en la vida argentina a través de la revolución por las urnas, el presidente Yrigoyen le ofrece a Drago el cargo diplomático más significativo para la época: la legación en Gran Bretaña. Eso demostraba que Drago estaba por encima de los cuestionamientos sectoriales o de las divisiones partidarias. El jefe del partido popular reconocía sus méritos, pero Drago no aceptó, porque su salud no se lo permitía, aunque también porque discrepaba con el presidente radical en cuanto a la actitud argentina frente a Alemania, en cuanto al desenvolvimiento de la Guerra Mundial, en pleno desarrollo en ese instante.

Yrigoyen había mantenido la neutralidad dispuesta por los gobiernos conservadores que le precedieron; Drago —disidente entre los conservadores— estaba por la ruptura y decididamente a favor de los aliados. Fue de los primeros en adherir a la causa aliada y al Comité nacional que condenaba al germanismo belicista del Kaiser. Había coincidido con Lugones, que luego se volvería militarista, con el gran escritor Enrique Larreta, con Ramón Mejía y con otro gran escritor como Ricardo Güiraldes.

Siempre fue explícito en sus ideas y sentimientos de amistad con los Estados Unidos y con el Brasil. Como Diputado había apoyado el Tratado de Arbitraje con el país colindante y se había opuesto a cualquier competencia armamentista entre países vecinos; pues Drago sostenía que teníamos los mismos problemas que resolver; que entre hermanos —y para ello— era precisa la ayuda mutua, lo que significaba el presupuesto de la paz y del respeto; que había que borrar predominios o exclusiones; clamar más trabajo y más recursos en una obra conjunta. La democracia —decía— es enemiga de las armas, deriva su fuerza de la justicia y del derecho, y señalaba como fuente de todo el derecho a *la opinión pública*, que era la única fuerza que había que respetar.

En 1920, muy próximo a la muerte, el Consejo de la Liga de las Naciones decide formar en Ginebra una comisión de diez juristas de Europa y América para elaborar el proyecto de una Corte Permanente de Justicia Internacional. Drago es invitado a formar parte de esa selectísima comisión de diez juristas, pero no puede ya, porque su estado de salud lo tiene inmovilizado. Fallece al poco tiempo.

Para recordar su trayectoria y honrar su memoria no hubo grandes demostraciones al tiempo de su muerte y hoy, en Buenos Aires, lo recuerdan tan sólo una calle, una estación del ferrocarril y una estatua en los jardines de Palermo, inaugurada en ese bello sitio en diciembre de 1933, obra del escultor Alberto Lagos (en las cercanías de las estatuas recordatorias de Jorge Washington, del gran Sarmiento y de Franklin Delano Roosevelt). También una avenida de la ciudad de Caracas rememora su nombre, en gratitud por el apoyo a Venezuela en la famosa nota de 1902. Pero al rendirle homenaje con motivo del fallecimiento, la Cámara de Diputados de la Nación Argentina —por moción de Víctor Molina— decidió algo más que ese ritual: ¡Levantó la sesión!

Pero: ¿qué queda? Queda algo más importante: nos queda su doctrina, o mejor dicho, *sus doctrinas*; queda la fuerza paradigmática de su ejemplo

moral, una conducta absolutamente independiente. No dejó fortuna, pues no se ocupó de acumularla; ni grandezas materiales, de las que se desentendió con total desdén. Vivió poco tiempo, murió joven; pero su legado es inmenso, no sólo para los argentinos, sino también para todos los americanos.

Podestá Costa, su discípulo y admirador, le ha asignado a Drago la dimensión de un arquetipo, de un hombre que simboliza la lucha por el derecho, que es la lucha por la ley. A él, que se aplicó a sí mismo la expresión de Rudyard Kipling: "yo tengo poco ego en mi cosmos", puede aplicársele, con toda justicia, el severo criterio del pensador Strauss según el cual "los hombres más grandes de una época son los que se anticipan a la siguiente".

Drago es hoy un hombre grande porque se anticipó a esta época.

Bibliografía sobre Luis María Drago

1. ALAGIA, Ricardo Alberto y RODRIGUEZ BERRUTTI, Camilo H., "La Deuda Externa: Su Vis Jurídico-Internacional. Ponencia al II Congreso Argentino de Derecho Internacional", La Plata, 26 a 28 de septiembre de 1985.

2. AJA ESPIL, Jorge A.: De la Doctrina y de la Cláusula Carlos Calvo, en "'Anales' de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires", ps. 59 a 73, Año XXX, N°23 (1986).

3. CONIL PAZ, Alberto A.: "Historia de la Doctrina Drago", Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1975.

4. CUTOLO, Vicente O.: "Nuevo Diccionario Biográfico Argentino", t. II, Buenos Aires, Ed. Elche, 1969.

5. DRAGO, Luis María: "Discursos y Escritos", Compilados y precedidos de una introducción por su hijo Mariano J. Drago, ts. I y II, Buenos Aires, El Ateneo, 1938.

6. DRAGO, Luis María: "La Doctrina de Drago", Colección de Documentos, Advertencia preliminar de S. Pérez Triana y una Introducción de W.T. Stead. Londres, Wertheimar, 1908.

7. DRAGO, Luis María: El Arbitraje de las Pesquerías del Atlántico Norte. Buenos Aires, Con¡ Hnos., 1911.

8. DRAGO, Luis María: "Los Estados Federales no pueden ser ejecutados", Buenos Aires, Museo de La Plata, 1892.

9. DRAGO, Luis María: "Los Hombres de Presa", Introducción de F. Ramos Mejía, Buenos Aires, La Cultura Argentina, 1921.

10. DRAGO, Luis María: "La República Argentina en la Segunda Conferencia Internacional de la Paz", (L. M. Drago, R. Sáenz Peña y C. Rodríguez Larreta), Buenos Aires, A. Pench, 1907.

11. DRAGO, Martín Luis: "Fallecimiento del doctor Luis María Drago", Artículos necrológicos compilados, Buenos Aires, 1928.

12. DRAGO, Luis María: "La República Argentina y el Caso de Venezuela", Documentos, juicios y comentarios con nota pasada al Ministerio argentino en Washington, Buenos Aires, Coni Hnos., 1903.

13. ENCICLOPEDIA ESPASA-CALPE: t. 18, 2a. parte, ps. 1718 y 2152/2153.

14. GSCHWIND, Francisco J.: "Un Argentino Ilustre", Universidad Nacional del Litoral. Homenaje en el Centenario de su Nacimiento. Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 1959.

15. LEONI HOUSSAY, Luis A.: "Bahías Históricas", Teoría de Luis María Drago, Buenos Aires, Círculo Militar, 1966.

16. MARTINEZ, Rudesindo: "La Doctrina Drago", Universidad Nacional del Litoral, Homenaje en el centenario de su nacimiento, Santa Fe, Universidad, 1959.

17. PADILLA, Alberto: Un Jurisconsulto Argentino de Proyección Internacional: Luis María Drago. Conferencia en el Instituto Popular de Conferencias de La Prensa. Buenos Aires, 27 de junio de 1959.

18. PEÑA, Fernando: "La Doctrina Drago", Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, ps. 91 a 106, Córdoba, 1985.

19. PICCIRILLI, Ricardo; ROMAY, Francisco J.; GIANELLO, Leoncio: Diccionario Histórico Argentino, t. III, Ed. Históricas Argentinas.

20. PODESTA COSTA, Luis A.: "La Figura de Luis María Drago", "Anales" de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, ps, 101/112, Año 1, 2a época, N°1, 1956, Buenos Aires.

21. ROCA, Deodoro:. "El Difícil Tiempo Nuevo", Buenos Aires, Ed. Lautaro, 1956.

22. SOLARI, Juan Antonio: "Perfiles Parlamentarios Argentinos", Buenos Aires, 1965.

23. TAGLE, Carlos A.: "El Derecho Constitucional en la obra de Luis Maria Drago", La Nación, 19 de diciembre de 1959.

24. VANOSSI, Jorge Reinaldo: "Luis María Drago y la Deuda Pública Externa Latinoamericana", El Derecho, 30 de abril de 1987.

V

DUELO DE LA ACADEMIA

Palabras pronunciadas por el vicepresidente doctor Alberto Rodríguez Galán en el sepelio del doctor Roberto Martínez Ruiz

La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, que integró como miembro de número durante 24 años y la presidió, con solvencia y señorío durante un trienio, le rinde hoy su postrer homenaje y nuestro último adiós al expresar lo que fue Roberto Martínez Ruiz, para con su país, y de la rectitud, talento y desinterés con que lo sirvió.

Jurista por antonomasia, ocupó en nuestra Corporación el sillón nominado Roque Saénz Peña, y cual una premonición, ciñó su quehacer al magisterio de quien ha dedicado su vida al respeto, y a la defensa —cuando ha sido conculcado—, del derecho, más allá de la importancia social, económica o política de quien lo invocara.

Esa conducta la guarda desde los 21 años, al graduarse de abogado, primero de su promoción y medalla de oro al obtener el premio Universitario, y la distinción del Alberto Tedín Uriburu. Culmina sus estudios en 1943 al doctorarse en Jurisprudencia con una tesis también laureada.

Para entonces, ha comenzado su brillante actuación en la cátedra universitaria. Subencargado de Curso de Historia Argentina del ingreso a la Facultad de Derecho, muchos examinandos recordamos el equilibrio y ponderación unido al rigor con que este joven profesor asumía su cometido. Luego escalará todas las jerarquías docentes y por concurso de oposición será designado Profesor Regular Adjunto de Derecho Civil parte general, primero, y más tarde Titular de esa asignatura que ejercerá durante veinte años.

La pléyade de alumnos que formó, dictando anualmente cursos completos, le dio un prestigio y una autoridad que trascendía sus conocimientos, porque al mismo tiempo ofrecía el ejemplo de conducta y honestidad

intelectual de quien había recibido lo propio, de maestros de la talla de Héctor Lafaille y Eduardo Busso, de los que había sido alumno y luego colaborador de algunas de sus obras.

Este maestro y académico ejerció la profesión de abogado con el mismo prestigio con que registró su actividad académica.

Era un hombre de consulta. Abogado de abogados, máxima distinción con que los ingleses distinguen a sus colegas; otorgaba a los grandes asuntos la misma atención con que atendía los menores, cuando advertía que estaba en juego la concreción de un despojo o la consumación de una injusticia.

El Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, cuyo Directorio integró en diversos períodos, lo reconoció así nombrándolo Socio Honorario, máxima distinción que otorga ese Colegio.

Formó parte de la Comisión que proyectó las reformas al Código Civil que incorporaron en 1968, mediante la ley 17.711, instituciones que, como la reprobación del abuso del derecho, la lesión subjetiva como causal de la anulación de los actos jurídicos y la teoría de la imprevisión, fueron reformas que Martínez Ruiz consideraba como la acentuación de la regla moral en el Derecho.

Conjuez de la Corte Suprema, miembro de número de la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires, sección Derecho, autor de numerosas obras jurídicas y de innumerables artículos publicados en diarios y revistas especializadas, este jurista para quien algo más importante que una sentencia favorable es una sentencia justa, se va antes y nos deja la estela de un hombre de talento y de bondad, de conducta y de servicio.

"Las palabras son débiles y no ayudan, —dijo Shelley— a expresar la materialidad de su acepción y lo que el espíritu necesita".

Pero más allá de las palabras, todos conservaremos de Roberto, el permanente recuerdo, del caballero, del amigo, del colega que hizo del honor el rasgo distintivo de cada una de las posiciones que ocupó, porque así cumplió con su vocación y con su destino.

Ilustre amigo, descansa en paz.

Palabras pronunciadas por el doctor José Domingo Ray, en representación de la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires, en el sepelio del doctor Roberto Martínez Ruiz

Se me ha encomendado la representación de la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires, en la despedida de los restos de uno de sus más preclaros miembros y lo hago con el dolor que me embarga, porque en lo personal pierdo un amigo entrañable cuya imagen estará siempre presente.

En junio del año pasado, en un acto académico, destaqué que Roberto Martínez Ruiz fue el ejemplo a seguir que me dio mi padre, cuando yo ingresaba a la Facultad de Derecho y él se había graduado un año antes, con el Premio Universitario (medalla de oro) y Alberto Tedín Uriburu a las más altas calificaciones.

Años después, cuando me recibí de abogado, fue él quien me vinculó al Estudio en el que he ejercido la profesión.

Desde entonces, una relación fraternal nos ha unido y he podido valorar su capacidad, su dedicación y su éxito académico y profesional.

Salvo el desempeño de un cargo en la Justicia Federal en lo Civil y Comercial de la Capital dedicó su vida a la docencia y al ejercicio de la abogacía, mereciendo el reconocimiento de sus clientes, colegas y jueces por la forma en que lo hacía. Y por ello, no es de extrañar que fuera designado conjuez de la Corte Suprema de la Nación, en varios períodos, algunos sucesivos entre 1962 y 1977.

El doctor Rodríguez Galán y el diario "La Nación" del día de hoy, 30 de octubre, brindan el perfil a quien con justicia se le califica como jurista y maestro del derecho.

Colaboró en la reforma del Código Civil de 1968 y en más de una oportunidad comentó sus innovaciones y el saldo positivo que ella había dejado, actualizando la magnífica obra de Dalmacio Vélez Sarsfield.

Eximio civilista, reconocido como tal en los concursos en que compitió, en el desempeño de la cátedra al más alto nivel y por sus publicaciones, cabe señalar que en 1945 dio a luz su obra *"La Constitución Argentina Anotada, con la jurisprudencia de la Corte Suprema"* que a él le recordaba sus clases de Instrucción Cívica en el Colegio del Salvador, en el que cursó, con todo éxito, sus estudios y en el que fue profesor, después de recibirse de abogado.

Es que Martínez Ruiz, desde su graduación y en toda su vida, fue un cultor de los textos de nuestra Carta Magna y de la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación.

Todos los antecedentes y títulos que lucen en su curriculum y su correcto accionar, determinaron sus distinciones en el Colegio de Abogados, su designación en la Academia Nacional de Derecho de Buenos Aires y en 1990 en la de "Ciencias", a la que se incorporó formalmente el 13 de junio de ese año, con una disertación sobre *"La interpretación de la ley y la justicia"*. Este era un tema que le apasionaba y que había determinado un trabajo en homenaje a su maestro, Héctor Lafaille.

En la última década del Siglo XX Martínez Ruiz a la par que brindaba su inestimable aporte a la Academia de Derecho también lo hacía en la de Ciencias, Corporación interdisciplinaria, en las que integró las comisiones de Estatuto y Reglamento y la de Presupuesto. Su última contribución fue con motivo del homenaje a Vélez Sarsfield que le encomendó hacer el entonces presidente de la Academia de Ciencias, doctor Julio Olivera y quien, precisamente ayer, me decía que el mundo académico ha perdido a una persona de valor que se caracterizó en sus exposiciones y trabajos por el orden, la precisión de conceptos y el buen sentido que orientaba sus opiniones.

Al redactar estas líneas y pasar por mi memoria lo mucho que podía decir de Martínez Ruiz pensé que lo caracterizó su señorío en el actuar y en lo personal su dedicación a la familia de sus ancestros y que no podía omitir mencionar su devoción a Alicia Dacharry, con la que formó su hogar y tuvieron la gracia de Dios, después de muchos años de vida en común, en conocer a sus bisnietos.

Roberto Martínez Ruiz descansa en paz porque respondiste a tu vocación, encarnaste los valores que hacen grande a los hombres y a las sociedades que las cultivan e irradiaste cariño y afecto a todos los que tuvimos el privilegio de conocerte.

VI

DECLARACIONES Y DICTAMENES

Traslado de documentación perteneciente a la Compañía de Jesús

Consulta de la Dirección General del Archivo de la Nación

Señor Director General del
Archivo General de la Nación
D. Miguel Unamuno

De nuestra consideración:

Hemos recibido su nota de fecha 22 de abril ppdo, por la que solicita la opinión de esta Academia sobre la transferencia a la Universidad Nacional de Córdoba, dispuesta por el decreto nº 1165 del P.E.N. del 7/12/2000, de los documentos pertenecientes a la Compañía de Jesús que se encontraban en el mencionado Archivo General. Dicha transferencia se habría efectuado en violación de la ley nº 15930 (Boletín Oficial 16/10/1961) que rige la organización y funciones del aludido Archivo General.

Consultada sobre el particular la Academia Nacional de la Historia en su sesión del 10/4/2001 dictaminó que "...un procedimiento de este tipo estaría en colisión con normas fundamentales de la archivología, de la metodología de la investigación y la concreta labor del historiador", y agrega: "... estos folios fueron declarados por la Unesco Patrimonio de la Humanidad, por lo tanto son intangibles e inmovibles, es decir no podrán trasladarse...".

Debe advertirse que con anterioridad al decreto nº 1165/2000, que nos ocupa, el P.E.N. había dispuesto por decreto 1376 del 25/11/99 encomendar asimismo a la Universidad Nacional de Córdoba la tenencia, custodia y conservación *de los libros* que integraron originariamente la Antigua Librería Jesuítica, que se encontraban en reparticiones públicas de orden nacional.

Ambos decretos, el 1376 del 25/11/1999 y el 1165 del 7/12/2000, referidos, el primero al traslado a la UNC de libros de la Orden Jesuítica que estaban en la Biblioteca Nacional y en otras reparticiones, y el segundo, a la remisión a la mencionada Casa de Altos Estudios de 3600 documentos jesuíticos emitidos entre 1613 y 1812 (Diario La Nación. Editorial del 30/4/2001), son observables con respecto a su oportunidad y conveniencia. Así se desprende del juicio del R.P. Martín M. Morales S. J. Miembro del Instituto de la Compañía de Jesús a cargo del proyecto Fondo Antiguo de la citada Compañía en la Argentina, —transcripto en el aludido dictamen de la Academia Nacional de la Historia— en los siguientes términos, "...Creo que la mejor manera de respetar el patrimonio documental jesuítico hubiera sido comprometerse con la conservación y preservación del mismo sin desmembrarlo de su actual sede ayudando de esta manera a consolidar una sección importante del Archivo Nacional".

Por otra parte, desde el punto de vista constitucional, el decreto nº 1165/2000, en consulta, viola la ley 15.930 que en su artículo 4º expresamente ordena: "...los ministerios, secretarías de Estado y organismos descentralizados de la Nación pondrán a disposición del Archivo General, la documentación que tengan archivada, reteniendo la correspondiente a los últimos treinta años, salvo la que por razón de Estado deban conservar. En lo sucesivo, la entrega se hará cada cinco años.", y se advierte que a este caso no lo comprende la exención que señala el art. 5º de la misma ley.

Por consiguiente, aquel decreto vulnera el artículo 31 de la Constitución Nacional, que establece *el principio de la supremacía* de la Constitución y de las leyes que en su consecuencia se dicten.

En lo concerniente al decreto nº 1376/99, cabe señalar que por similares razones también es violatorio del artículo 31, ya que el país al ser miembro de la U.N.E.S.C.O. en virtud de un tratado internacional, debe observar sus disposiciones, las que no han sido respetadas al trasladar sin su conocimiento —como se ha visto— además de los documentos, libros que integraban materiales, "intangibles e inmovibles", y registrados en ese carácter por la propia U.N.E.S.C.O. en su "Memory of the World".

Finalmente, debemos señalar que ambos decretos se fundamentan en el artículo 99 inciso 1º de la Constitución Nacional que reza: "(El presidente de la Nación...)... Es el jefe supremo de la Nación, jefe de gobierno y

responsable político de la administración general del país". Tal fundamentación no es procedente ni suficiente porque:

1º) En relación con el decreto nº 1165/2000, se ha violado una expresa disposición de una ley vigente desde el año 1961 -ley 15.930- (Boletín Oficial 23-XI-61).

2º) En relación con el decreto 1376/1999, se han desconocido expresas normas impartidas por la U.N.E.S.C.O. sin su conocimiento, y de obligado cumplimiento por tratarse de un organismo internacional al que la República Argentina ha adherido, en los términos del citado art. 31 de la Constitución Nacional.

La mejor técnica de resolución de conflictos que debería utilizar la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Consulta del profesor titular de Derecho Constitucional de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, doctor Humberto Quiroga Lavié

CUESTIONARIO

1) ¿Resulta conveniente mantener el actual procedimiento del recurso extraordinario, a partir de la necesidad de que el mismo sea interpuesto ante el Tribunal Superior de la causa que produce la sentencia definitiva que lo habilita, y no en forma directa ante la Corte Suprema?, ¿cuántos casos de concesiones de recursos extraordinarios por el tribunal de alzada se conocen que hayan sido concedidos por razón de la causal de sentencia arbitraria?

2) ¿Por qué razón la Corte Suprema de Argentina no ha utilizado, y en consecuencia con resultados equivalentes, la técnica del *certiorari* según ha sido implementada por la Corte de los Estados Unidos?, ¿usted cree que el procedimiento aplicado en Estados Unidos genera una denegación de justicia?

3) ¿Cuáles son los caminos alternativos que usted propone para evitar que se produzca una violación al debido proceso en términos de garantismo jurídico, en el supuesto de que la Corte Argentina utilizara el modelo del certiorari a la manera de los Estados Unidos, restringiendo sustancialmente la cantidad de causas en que interviene?

4) ¿Qué opinión le merece, como alternativa en tal sentido, crear una casación constitucional en segunda instancia?, ¿como un tribunal autónomo o como una decisión plenaria del tribunal del que se trata?

5) ¿Cuál es su propuesta dirigida a definir el concepto indeterminado de trascendencia institucional que justifica tanto la limitación de la intervención de la Corte como su ampliación, en los respectivos casos del certiorari negativo y positivo?, ¿resulta sustentable sostener que la trascendencia institucional debe estar vinculada a la violación de derechos de incidencia colectiva, por aquello de que los mismos están vinculados a los derechos del pueblo en los que se sustenta el ejercicio de la soberanía, de acuerdo a la lectura del artículo 33 de la Constitución Nacional?

6) ¿Quién debe llevar a cabo el ejercicio de la potestad discrecional a los efectos de limitar o de ampliar la intervención de la Corte: la Corte misma como ha sido tradicional, o el Procurador General de la Nación?, en este último caso ¿sería conveniente que la ley estableciera otra organización de la Corte Suprema y/o del Procurador?

7) ¿Resulta aceptable la práctica utilizada en Estados Unidos donde cuatro de los miembros de la Corte bastan para decidir sobre la procedencia de un *certiorari?*, ¿cuál es su opinión sobre la división por salas de la Corte, a los efectos de funcionalizar el desempeño del Alto Tribunal?

8) ¿Sería conveniente utilizar la práctica de las Audiencias Públicas en cada caso a resolver, como lo hace la Corte de los Estados Unidos?

9) ¿La utilización del modelo del *certiorari*, en los términos que lo aplica la Corte Federal de los Estados Unidos, es compatible con la cultura jurídica de los argentinos?, sí no lo fuera, a su criterio, ¿qué propuestas hacemos para mejorar el desempeño de nuestra Corte?

10) La institución del *per saltum* en el sistema jurídico argentino, ¿viola nuestro sistema constitucional o, en determinadas circunstancias debe ser aceptado en aras de la salvación de la República?

RESPUESTAS AL CUESTIONARIO DEL DOCTOR HUMBERTO QUIROGA LAVIÉ

1) La primera pregunta merece una respuesta afirmativa. Se considera, por ello, que resulta conveniente mantener el actual sistema de interposición del recurso ante el Superior Tribunal de la causa, ante quien, por lo demás, se sustancia aquél con intervención de la parte recurrida, ya que la resolución favorable o desfavorable a la admisibilidad de la impugnación, que debe ser *fundada*, constituye un primer examen que, particularmente cuando se deniega el recurso por razones formales, facilita en gran medida la labor de la Corte.

En cuanto al número de recursos concedidos por los tribunales de alzada por razón de la causal de sentencia arbitraria, es sabido que aquéllos son, por lo general, renuentes a ese tipo de decisiones, aunque corresponde tener en cuenta que, según resulta de los precedentes registrados en la colección de "Fallos", continúan siendo numerosos los casos en los que la Corte, a través de las quejas, declara mal denegados los recursos fundados en alguna de las causales de arbitrariedad.

2) La segunda pregunta guarda íntima relación con la forma de trabajo que viene utilizando la Corte argentina durante los últimos veinte años, en los que se ha reemplazado el sistema de los acuerdos por el de la circulación de los expedientes entre los ministros del Tribunal, circunstancia que ha redundado en considerables atrasos en el dictado de las sentencias. Precisamente el sistema de acuerdos que utiliza la Suprema Corte de los Estados Unidos permite una rápida decisión de las peticiones de "certiorari" y en modo alguno entraña una denegación de justicia.

3) La tercera pregunta se vincula con las precedentes, porque la restricción sustancial de la cantidad de causas en las que la Corte interviene se lograría a través de una modificación en el método de trabajo utilizado, y de una concepción global del sistema de justicia.

4) Ninguna de las alternativas mencionadas en la cuarta pregunta resulta conveniente en orden a la celeridad de los procedimientos. Por el contrario, tanto la creación de un tribunal de casación constitucional cuanto la decisión plenaria del tribunal superior de la causa no generarían otro resultado que el consistente en mayores dilaciones.

5) La definición del concepto indeterminado de "trascendencia institucional" depende, más que de la índole de los derechos comprometidos, de la sensibilidad jurídica y social de los jueces de la Corte, es decir de la "sana discreción" a que alude el art. 280 del C.P.C.C.N. Esta norma, por lo demás, ha sido utilizada por la Corte tanto para desestimar recursos relativos a cuestiones "intrascendentes" como para declarar admisibles aquellos que, aún careciendo de ciertos requisitos formales, involucren cuestiones dotadas de trascendencia o gravedad institucional. Cabe añadir que resulta inapropiada una definición de la "trascendencia institucional" ajena a las circunstancias de tiempo y lugar, así como a las valoraciones comunitarias vigentes.

6) Quien debe llevar a cabo el ejercicio de la potestad discrecional mencionada en la pregunta sexta es, como ocurre en los Estados Unidos, la

Corte Suprema, y no el Procurador General de la Nación. Por el contrario, la intervención de este funcionario en las causas que llegan a la Corte por recurso, debe por una parte, en aras de la celeridad procesal, restringirse, y por otro lado ampliarse para conferirle potestades decisorias en materia de conflictos de competencia entre tribunales inferiores, lo que generaría una importante reducción en la labor de la Corte.

7) La séptima pregunta merece una respuesta negativa en cuanto la denominada "rule of four" supone una primera decisión sobre la admisibilidad de la impugnación que resulta incompatible con las normas que regulan el trámite del recurso extraordinario. La división de la Corte en salas sólo conduciría a generar mayores problemas —entre los que figura la eventual celebración de plenarios— y es difícilmente conciliable con el art. 108 de la Constitución Nacional.

8) La práctica de las audiencias públicas que utiliza la Suprema Corte norteamericana se halla indisolublemente vinculada a un procedimiento ajeno al derecho argentino y, en todo caso, sólo generaría mayores atrasos en la decisión de las causas. Ello sin perjuicio de que la Corte, si lo estima conveniente, haga uso de la facultad que otorga a los jueces el art. 36, inc. 4°, sub. a) del CPCCN.

9) La novena pregunta, relativa a la compatibilidad del certiorari norteamericano con la cultura jurídica de los argentinos debe responderse, en principio, negativamente. En cuanto a las propuestas dirigidas a mejorar el desempeño de nuestra Corte se concretan en: a) retornar al sistema de los acuerdos con la activa participación de los secretarios judiciales del Tribunal; b) conferir potestades decisorias finales al Procurador General en materia de conflictos de competencia o al Presidente de la Corte previo dictamen de ese funcionario; c) suprimir el recurso ordinario de apelación o, en su defecto, aumentar el monto mínimo para su procedencia, así como el previsto en la ley 24.463; d) limitar la admisibilidad del recurso extraordinario que verse sobre interpretación de normas federales a los casos en que medien sentencias contradictorias de los tribunales federales o nacionales con competencia federal.

10) La institución del *per saltum* en el sistema jurídico argentino no es violatorio de nuestro sistema institucional, y en determinadas circunstancias de gravedad institucional debe ser admitido por aplicación del art. 280 del CPCCN.

Lino E. Palacio
Académico Director
Instituto de Derecho Procesal

DICTAMEN AMPLIATORIO DEL DOCTOR AUGUSTO MARIO MORELLO

I) Los diez puntos involucrados en el cuestionario que, con destacable preocupación, formula el calificado constitucionalista profesor Humberto Quiroga Lavié, giran en torno del recurso extraordinario federal y la manera de que otras alternativas en esa instancia, o en la segunda, permitan aligerar su trabajo y sin menoscabar las exigencias del proceso justo se restrinja, sustancialmente, el número de causas que ingresan al Alto Tribunal de la Nación.

II) Como lo hemos señalado en múltiples oportunidades, el importante bloque de requerimientos a que se hace mención demanda esclarecer una trascendente cuestión previa, y que consiste en determinar cuál es la Corte Federal sobre la que tenemos que ponernos de acuerdo y lograr consenso.

Si la necesaria política global en punto al Servicio de Justicia indica la conveniencia de asumir un Pacto de Estado que de modo sistémico e integral programe e implemente las reformas que en el mediano y largo plazo armonicen con coherencia y funcionalidad el conjunto de lo que corresponde innovar (1), importará señalar lo que sigue:

a) ¿el perfil de la Corte Suprema debe jugar específicamente como Tribunal Constitucional y de garantías y para nada desempeñarse como tercera instancia ni acometer tareas casacionales como en la actualidad lo viene realizando?

¿Y ello aún pese al uso riguroso del *certiorari negativo* incorporado por la ley 23.774?

Esta línea de sentido respecto a la Corte es la que se propició en el Coloquio Internacional de Derecho Procesal, celebrado en Tesalónica, Grecia, en mayo de 1997, y se corresponde con la visión global de un Poder Judicial que descansa preferentemente en la idoneidad funcional de la primera instancia (2), reputándose que esa modernización del primer grado, al que se dota de óptimos recursos humanos, de infraestructura y técnicos, redunda notablemente en el rendimiento de las instancias superiores.

b) Las estadísticas son ilevantables y ponen al desnudo la prioridad en definir la caracterización del órgano máximo, la que tiene que hacerse desde la perspectiva de una lectura global (3).

---

(1) A. M. Morello, *La justicia, de frente a la realidad*, Rubinzal-Culzoni, 2002, pp. 43-65.

(2) En los Congresos Internacionales de Derecho Procesal de Gante, Bélgica, Austria, Roma y Bruselas (años 2000 a 2002).

(3) Queremos decir que *antes* de definir los ajustes en el marco tradicional del funcionamiento de la Corte Suprema parece imprescindible acotar su campo de acción: la disua-

Si tomamos los datos del año 2000, el número de causas que, por vía de apelación (cuestión federal y cuestión por arbitrariedad) fue de 6802, de las cuales se fallaron 6167; el 85% de las mismas, aproximadamente, con sustento en agravios canalizados por la vía de la doctrina de la arbitrariedad, absurdo o exceso ritual; descartados por el artículo 280 del CPN (planchuela del certiorari)(4).

Otra materia frondosa, la previsional, ocupa espacios y tiempo (5). Corresponde reiterar que al igual que lo que acontece a la Suprema Corte, EE.UU. de América, las controversias o casos constitucionales (art. 2, ley 27) que son trascendentes, significativas, impactan en la sociedad y guían jurídica y moralmente la convivencia no superan, cada año, un número entre 40 y 50 (6). Sin embargo, el Tribunal no deja de opinar, entre nosotros, en temas casacionales y de índole procesal y en todos aquellos en que el proceso justo aparece infringido, aunque se trate de aspectos de derecho común, de hecho o de prueba (7).

Augusto Mario Morello
Académico Subdirector
Instituto de Derecho Procesal

---

sión de los litigios, la esfera reservada a los métodos alternativos, la discriminación por materia y por exigencias temporales de la tutela judicial efectiva, la protección urgente, los procesos documentarios (los ejecutivos y apremios superan el 60% del volumen total y ello debe ser atendido mediante refuerzos informáticos en horarios especiales, para descongestionar los tribunales). El reconocimiento de fueros concernientes a concursos, a la justicia de protección (familia, menores, seguridad social), lo que supone una notable limpieza de la carga real actual y en todos los supuestos la eficiente armonización y cooperación del servicio de prestación de la justicia.

(4) Mas no es por no realizarse el estudio del expediente; el desemboque de una decisión que no tiene fundamentos porque basta la lapidaria norma del artículo 280 citado, deja en las sombras el prolijo análisis del caso que han llevado a cabo secretarios y relatores. Se trata de una labor que no luce porque se apaga en un solitario no. No faltan las discusiones arduas en supuestos fronterizos u opinables en que no se consigue unanimidad o mayoría entre los ministros del Alto Tribunal y que a veces, con suerte, se hacen audibles. La plantilla de experimentados funcionarios letrados de la Corte es numerosísima, más afín a un órgano de casación; no menos de 70 están afectados en el presente a la actividad judicial específica.

(5) Su número es descomunal: 10.287, de los que en ese año 2000 se fallaron 8271. En la instancia originaria ingresaron 201, sentenciándose 90.

(6) Desde el parto inducido al caso «Smith», sobre el corralito financiero.

(7) No habrá que silenciar, además, que por no haber valla legal el magistrado (ministro) de Corte no pocas veces se ve estimulado a descalificar una sentencia injusta o defectuosamente fundamentada, actuando así como cabal juez de casación en materia de control del derecho común.

Sobre la inconstitucionalidad de la derogación de la ley 20.840

Consulta del doctor Franklin M. Obarrio

Doctor Horacio A. García Belsunce
Presidente de la Academia Nacional de Derecho y
Ciencias Sociales de Buenos Aires

Tenemos el agrado de dirigirnos a usted para darle cuenta del estudio que la Mesa Directiva nos encomendara sobre la cuestión a que se refiere la carta-documento del doctor Franklin M. Obarrio. Considera en ella que el Senado de la Nación incurrió en una sanción irregular del proyecto de ley por el que se derogó la ley Nº 20.840, sobre "subversión económica".

La irregularidad consistiría en que el senador que presidía esa Cámara en su capacidad de Presidente provisional, votó dos veces: en primer término, como senador, y al producirse un empate en la votación, emitió un voto de desempate, que resultó decisivo para la conversión en ley del proyecto antes referido.

La legalidad del primer voto, emitido por el Presidente provisional en razón de su condición de senador, es indudable. La cláusula final del artículo 54 de la Constitución dice que "cada senador tendrá un voto". Se preserva así la igual representación de las provincias y de la ciudad de Buenos Aires (arts. 44 y 54 de la Constitución).

En lo que se refiere al voto de desempate el art. 57 lo concede específicamente al Vicepresidente de la Nación cuando cumple la función de Presidente del Senado. Fija como regla general que no tiene voto, porque no es senador, pero lo habilita a votar en caso de empate de la votación. Lo primordial es que el Senado resuelva la obstrucción a su poder de

decisión creada por una votación empatada. Ello justifica suficientemente la excepción a la regla general que niega la emisión del voto al Vicepresidente. Pudo la Constitución adoptar otra manera de deshacer el "impasse", pero sus autores han preferido la de dar un voto de desempate al Vicepresidente en su carácter de Presidente del Senado. El hecho de que la norma otorgue esa prerrogativa al Vicepresidente de la Nación no obsta para que por la interpretación armónica y razonable de esa y otras normas constitucionales, se llegue a extenderla a quien lo reemplace en el ejercicio de sus funciones en el sitial de la presidencia del Senado.

El reemplazo del Vicepresidente en el ejercicio de esa función, durante sus ausencias, está previsto en el artículo siguiente. "Art. 58. El Senado nombrará un presidente provisorio que lo presida en caso de ausencia del Vicepresidente, o cuando éste ejerce las funciones de Presidente de la Nación". En esa eventualidad el senador-Presidente provisional entra a reemplazar al Vicepresidente en su rol de Presidente del Senado, plenamente con todas sus atribuciones y deberes, a falta de norma expresa que establezca excepción alguna y, especialmente, al de desempatar una votación.

En la historia de nuestras instituciones se ha dado abundantemente la ausencia transitoria o definitiva del titular del cargo de Vicepresidente, ésto último por fallecimiento (casos de los vicepresidentes Marcos Paz y Pelagio B. Luna), o renuncia (de los vicepresidentes Alejandro Gómez, Vicente Solano Lima, Eduardo Duhalde y Carlos Alvarez) o por pasar el Vicepresidente a desempeñar el cargo de Presidente de la Nación (tal lo ocurrido a los vicepresidentes Carlos Pellegrini, José Evaristo Uriburu, José Figueroa Alcorta, Victorino de la Plaza, Ramón Castillo e María Estela Martínez de Perón). Durante algo más de 30 años no ha habido Vicepresidente de la Nación en el sitial de la presidencia del Senado, y ha sido reemplazado de conformidad a lo dispuesto por la Constitución.

Otra norma constitucional tiene mucha importancia para dilucidar la cuestión que nos ocupa. La cláusula inicial del art. 66 impone a las cámaras un deber: "Cada cámara hará su reglamento". Ese deber y esa prerrogativa son coherentes con la efectiva vigencia del principio de separación e independencia de los poderes, inherente al sistema de gobierno republicano (art. 1 y correlativos). Ese principio requiere amplia libertad de las cámaras del Congreso, en todo lo que atañe a la adopción y aplicación de su régimen interno de actuación para el cumplimiento de las funciones que la Constitución les atribuye.

A partir del "Reglamento de debates y policía interior de la Cámara de Senadores de la República Argentina" sancionado el 8 de agosto de 1861, el Senado se ha dado reglamentos que invariablemente han incluído un artículo que otorga al "Presidente del Senado" —sin distinción del título de quien ocupa ese cargo— un voto de desempate ante una obstinada igualdad en votaciones del cuerpo. Ese deber se encuentra consagrado con claridad meridiana en los artículos 34 y 216 del texto vigente del Reglamento del Senado, en los términos que se transcriben a continuación:

"Art. 34. El Presidente no discute ni opina sobre el asunto que se delibere. Sólo vota en caso de empate. En los casos en que la presidencia del cuerpo sea ejercida por un senador, corresponde que el mismo vote en las cuestiones sometidas a resolución de la Cámara, ejerciendo en caso de empate de la votación, el derecho de decidir la misma, conforme a lo dispuesto por el art. 216".

"Art. 216. Si una votación se empatara se abrirá una nueva discusión, se repetirá enseguida la votación, y si ésta volviera a resultar empatada, decidirá el voto del Presidente. Podrán participar en la segunda votación los senadores que hubieren estado presentes en la nueva discusión".

La solución autorizada por el citado art. 34 del Reglamento es compatible con la interpretación razonable y armónica de los arts. 57 y 58 de la Constitución, y la fuerza de vigencia y validez que emana de su art. 66. El senador que ocupa el cargo de Presidente provisional del Senado tiene la facultad de desempatar en reemplazo del Vicepresidente sustituido, pero ello no le puede privar del voto como senador que le corresponde por derecho propio.

Saludamos atentamente al señor Presidente y, por su intermedio, a los señores académicos de la Mesa Directiva.

Carlos María Bidegain Alberto Rodríguez Varela

Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil y protocolo sobre cuestiones específicas de los elementos de equipo aeronáutico

Consulta del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto

Tengo el agrado de acusar recibo de su atenta nota del 24 de junio ppdo. con motivo del pedido de la Cancillería de analizar el convenio y el protocolo del rubro aprobados en la Ciudad del Cabo, en la Conferencia de noviembre de 2001 y, en definitiva, pronunciarse sobre la conveniencia de firmar y ratificar o adherir a esos convenios.

Antes de emitir opinión, creo conveniente exponer los antecedentes que obran en mi poder sobre el análisis realizado en el Instituto que son ilustrativos para brindar la colaboración que requiere el Consejero Legal de la Cancillería, doctor Eugenio María Curia.

I. Antecedentes

1. En el Instituto de Derecho Internacional y de la Navegación, en el curso del año ppdo., a instancias de la doctora Inés Weinberg de Roca, se analizaron los proyectos preparados por UNIDROIT y la OACI que serían considerados y eventualmente aprobados en la Conferencia a celebrarse en Ciudad del Cabo (Sudáfrica).

Esos documentos son un "convenio-marco" referente a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil y un protocolo referido a aeronaves.

2. A fin de emitir opinión se formó un grupo de trabajo compuesto por los miembros del Instituto, doctores Eduardo Cosentino, Susana Talavera, Angela Donato y Horacio Knobel, quienes se interesaron en el tema.

3. El doctor Cosentino expuso su punto de vista en una reunión en el Ministerio de Relaciones Exteriores, con la finalidad de formar criterio respecto a la posición a sustentar en la conferencia diplomática. En esta reunión —según informó el doctor Cosentino— estuvieron presentes los doctores Julio César Rivera, Osvaldo Marzorati e Inés Weinberg de Roca.

4. El Consejero Legal, doctor Eugenio María Curia, me envió una atenta nota, a título personal, de fecha 19 de abril que recibí el día 29 requiriendo mis comentarios sobre los textos aprobados en la conferencia de Ciudad del Cabo.

A su vez, la doctora Weinberg de Roca —que concurrió a la referida conferencia diplomática como representante de la República Argentina— me envió su informe sobre la misma y su recomendación de que se firmen los instrumentos aprobados a los efectos de su pronta ratificación.

5. Simultáneamente con la nota de la Mesa Directiva de la Academia Nacional de Derecho en la que se me pide, como Director del Instituto, que analice el convenio y el protocolo del rubro, el doctor Eduardo Cosentino, en el mismo carácter, me hizo conocer su dictamen sobre el tema, reproduciendo el que elevó al Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, en razón de que éste debía contestar el pedido de opinión requerido por la Consejería Legal del Ministerio de Relaciones Exteriores acerca de la documentación en cuestión.

Los dictámenes de la doctora Weinberg de Roca y del doctor Cosentino son divergentes, ya que un aconseja la firma y ratificación de los convenios y el otro recomienda lo contrario.

II. Opinión sobre los convenios

1. Desde hace años UNIDROIT está trabajando sobre el tema de los contratos y las garantías sobre equipos móviles y recuerdo que en las reuniones del Comité Marítimo Internacional se sugirió que se excluyera de los proyectos sobre equipos móviles, leasing y garantías lo referente a buques, criterio que no ha compartido la Organización de Aviación Civil Internacional (OACI) desde que ha trabajado juntamente con UNIDROIT en el convenio – marco y en el protocolo sobre aeronaves.

2. En numerosas oportunidades he sostenido la conveniencia de acordar facultades similares a las que brinda el derecho anglosajón a los acreedores hipotecarios sobre buques, para preservar la garantía que implica el gravamen, pero a este efecto es necesario crear un sistema que tienda a cumplir con ese objetivo, respetando el derecho de defensa del deudor y contemplando la incorporación de las facultades existentes, a favor de los acreedores, en el derecho anglosajón a los ordenamientos nacionales del derecho continental.

3. El convenio y el protocolo del rubro —siguiendo el sistema anglosajón— otorga al acreedor amplias facultades coincidiendo con mi punto de vista expuesto en el número precedente, pero no concuerda con el régimen de concursos y quiebras de nuestra ley y la intervención judicial que se requiere para disponer del objeto sobre el que recae el gravamen a favor del acreedor.

En esos documentos aparece la figura del "administrador de la insolvencia" y de una "entidad supervisora", a la par que se crea un "registro internacional" para que tome razón de los gravamenes que puedan constituirse sin contemplar su relación con los nacionales.

4. Independientemente de ello, el tema se vincula a la Convención de 1933 sobre embargo de aeronaves y a la Convención de Ginebra de 1948 sobre reconocimiento de derechos y garantías sobre aeronaves que, según el art. 23 (cap. V) del Protocolo, quedarían derogados en lo que se oponga al mismo.

Cabe señalar que esas convenciones fueron ratificadas por la República Argentina y tienen vigencia internacional.

5. No puedo dejar de señalar la bondad de las finalidades que persigue el convenio y el protocolo pero, cuando tratamos el tema con referencia a la hipoteca (mortgages) sobre buques, en la reunión de Londres en la década del 80 del siglo pasado. se destacó la conveniencia de redactar "guide – lines", proyecto de normas para orientar a las legislaciones del derecho continental en las que se insertaría un sistema como el proyectado e inspirado en el régimen del derecho anglosajón.

Un trabajo de esa naturaleza sería conveniente en la hipótesis de que se decidiera ratificar o adherir al convenio – marco y Protocolo sobre aeronaves.

6. Teniendo en cuenta lo expuesto y que la Argentina ha ratificado las convenciones de Roma de 1933 y de Ginebra de 1948, en mi opinión, no cabe aconsejar la ratificación del Convenio y Protocolo del rubro sin que se prevea una reforma legislativa, considerando la operatividad del sistema en el ámbito nacional y la funcionalidad del registro internacional con los existentes en los ordenamientos nacionales.

Desde ya quedo a disposición del señor Presidente y de la Mesa Directiva para cualquier aclaración y les hago llegar mis expresiones de consideración y estima.

José Domingo Ray
Académico Director
Instituto de Derecho
Internacional y de la Navegación

Proyecto de reformas del plan de estudios de la carrera de abogacía

Consulta de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata

El cuadro de situación

El documento denominado "Diagnóstico e ideas preliminares para la modificación del Plan de Estudios", elaborado por el Decanato de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, consta de una exposición acerca del estado en que se encuentra actualmente la organización de la enseñanza de grado, sus aciertos y falencias, y de una descripción de los objetivos que se persiguen con el nuevo plan, una síntesis de la propuesta y un cuadro analítico, si bien incompleto, de la currícula que se propone para la reforma.

En el cuadro de la situación actual se narran los antecedentes del plan vigente, integrado por 31 materias, un seminario y dos cursos prácticos, dispuestos para su cumplimiento en cinco años. Se mencionan las innovaciones introducidas tendientes a mejorar la formación práctica, la renovación temática, la innovación didáctica y la integración interdisciplinaria. Una evaluación de este plan apunta como ventajas la formación de abogados generalistas y un plazo de duración adecuado para lograrlo.

Advierte que frente al crecimiento exponencial del derecho que debe enseñarse y las exigencias de los ejercicios profesionales, uno de los puntos de equilibrio a encarar se encuentra en la relación entre los contenidos de la enseñanza de grado y los que son propios del postgrado. Considera que con la actual disposición de especializaciones y maestrías de dos años, la Facultad logra que en siete años se obtenga un abogado generalista-especializado.

Pero también el documento apunta falencias en el plan vigente. Serían ellas la ausencia de instancias de integración de las diversas disciplinas jurídicas, la rigidez y desactualización de los contenidos curriculares, la escasa participación del alumno en la selección de contenidos, la insuficiencia de la formación práctica (limitada a ciertas formas de ejercicio profesional: la del abogado litigante), la ausencia de contenidos de disciplinas no jurídicas, como asimismo de contenidos metodológicos y de estímulos a la investigación y a la creatividad, la insuficiencia de contenidos éticos y solidarios.

La propuesta

En la descripción de las propuestas se deja sentado el propósito de mantener la estructura del plan vigente, pero introduciendo lo que denomina como tres ejes centrales de modificaciones y que consisten en: 1) convertir ciertas materias obligatorias en optativas; 2) ampliar el número de opciones para incluir otros contenidos jurídicos de actualidad, metodológicos, éticos y solidarios, con lo que se revaloriza el rol del alumno. En este eje se incluyen seminarios alternativos como instrumento innovador que permita la incorporación de otros saberes; 3) perfeccionamiento generalizado de la enseñanza práctica.

En suma, el plan estructurado sobre la base de módulos, horas y créditos, tiene una meta de 36 módulos de 96 horas cada uno, lo que importa el cumplimiento de 3456 horas, a las que se suman diez créditos.

En la exposición analítica del plan se advierte que las 31 materias actualmente obligatorias se reducen a 26, que insumen 3168 horas; 15 de ellas se cursan en teóricos-prácticos. Hay dos módulos prácticos obligatorios de procedimientos (civiles y penales) que añaden 192 horas

La exigencia complementaria se basa en los módulos optativos, que pueden efectuarse con asignaturas jurídicas, asignaturas no jurídicas, seminarios o seminarios alternativos y prácticas alternativas. Quedan de esta suerte excluidas del actual elenco cinco materias obligatorias, ahora desplazadas como módulos optativos, a saber los derechos agrario, de la navegación, de minería y energía, notarial y registral, así como la sociología jurídica.

Se mantienen como títulos los de abogado y escribano, previéndose la creación de títulos intermedios, aunque el único ya incluido expresamente es el de procurador.

Parecer

La continuidad que se persigue con la mera adecuación de los lineamientos del plan vigente y el declarado propósito de mantener la formación de abogados generalistas como objetivo, son puntos de partida prudentes y encomiables del proyecto. La fractura que introduce a la generalidad con el desplazamiento de cinco materias hacia la órbita de las opciones no excede lo tolerable si se coteja con los desbordes en que incurren otros planes vigentes en universidades argentinas, más abiertos a supuestos proyectos profesionales del estudiante que suelen desembocar en incoherencias e insuficiencias formativas motivadas por selecciones frecuentemente prematuras cuando no oportunistas antes que vocacionales.

La duración fijada y el número de horas establecido revelan un compromiso de calidad en el desarrollo lectivo. Con todo, los datos del documento no permiten avanzar más en la apreciación sobre la consistencia de las reformas. La falta de información sobre los contenidos de las materias y seminarios, individualizados por la mera denominación, la módica alusión a los métodos de enseñanza que se distinguen tan solo por la referencia a cursos teóricos-prácticos, en implícita diferenciación con los meramente teóricos o los exclusivamente prácticos, conspiran contra la posibilidad de formular una opinión más fundada y consistente.

Bajo la reserva de lo precedentemente dicho, resulta del caso efectuar algunas consideraciones. La fijación de un plazo sensato y una exigencia horaria adecuada, no puede dejar de lado la necesidad de encarar el estudio de los factores incidentes en dos realidades reveladoras de la necesidad de introducir correctivos. Consisten ellas en el bajo porcentaje de alumnos que se gradúan y en el mayor tiempo que insume la conclusión de los estudios, según resulta de "Convergencias", la publicación que se ha enviado con el proyecto. De los datos allí expuestos resulta que en los últimos años se ha graduado el 17% de los ingresantes y, por otra parte, que sólo el 1% logra hacerlo en cinco años, mientras el 4% necesita siete años.

Con la misma salvedad hecha en el párrafo anterior, cabe acotar que no se desarrolla en el documento la implementación de los medios para cubrir los objetivos que se encuentran lúcidamente enunciados en la exposición de las falencias del plan actual, como lo son v.gr. los estímulos o la propedéutica de la investigación, la gimnasia en el razonamiento jurídico, la problemática de la interpretación, la aproximación a los temas funda-

mentales del saber jurídico y de la deontología. Sin duda, contribuirá a mejorar el conocimiento y profundización del saber jurídico, a acentuar el ejercicio del razonamiento jurídico y a dar la adecuada dimensión social al Derecho, la enseñanza de la Sociología del Derecho y de la Historia del Derecho en niveles superiores de la carrera, aunque sea como "asignaturas optativas". Se observa que la primera de ellas se encuentra ya en el proyecto, y se sugiere que se incluya la segunda.

Las circunstancias están marcando una aguda encrucijada en la enseñanza del derecho. A los "nuevos hechos, nuevo derecho" que hace más de cincuenta años dijera Joaquín Garrigues, se une la patología legislativa que introduce la incertidumbre en el derecho, la multiplicación de disciplinas que no pueden ser desconocidas en las escuelas de derecho y que buscan una ubicación en los planes de enseñanza o siquiera un capítulo entre las materias ya incluidas. Una frecuente solución tranquilizadora o superadora de la emergencia las envía al ámbito de las materias optativas o las desplaza hacia el postgrado.

A la problemática descripta, que en buena medida se encuentra presente en el documento, se puede agregar la resultante de la internacionalización de las relaciones con sus nuevos requerimientos que abren crecientes exigencias en el conocimiento de idiomas y del derecho comparado, del derecho de los tratados, de la contratación y de los negocios internacionales, de los principios de Unidroit sobre contratos internacionales, etc. Se suman todavía los surcos abiertos por la tecnología, el derecho de la informática y del Internet, la eficacia atribuible a las comunicaciones por fax y por correo electrónico, la celebración de contratos o de actos jurídicos entre personas que se encuentran a distancia pero comunicadas por medios audiovisuales, la firma digital, etc. datos dotados de una dimensión jurídica que actualmente no puede ser ignorada por el abogado. Téngase en cuenta que estos conocimientos son de aplicación en una amplia gama de derechos. Ante la ausencia de los contenidos de las materias, se ignora los canales de recepción dados a estas exigencias.

El esfuerzo por alcanzar una formación práctica encuentra respuesta en el Proyecto a través del acrecentamiento de las materias que tendrán cursos teóricos-prácticos. Es una buena iniciativa que parece movida por el deseo de subsanar el enfoque hacia la sola formación del abogado litigante que se censura a las universidades.Y no puede desconocerse que la profesión tiende a subdividirse actualmente en abogacía de negocios y abogacía de litigios, no obstante lo cual se ha minimizado la relevancia de

tal distinción porque no hay abogado que pueda prescindir de lo que ocurre en los tribunales. Cabe anotar que la bondad de la práctica ceñida a su desarrollo en el curso de una materia aislada suele presentar limitaciones para ejercicios interdisciplinarios, práctica para la que en cambio puede ser ventajoso el método de casos.

No está dada la respuesta sobre la incidencia que el régimen de teóricos-prácticos tendrá en los estudiantes que desean rendir estas materias como libres. De todas maneras deben tenerse en cuenta las estrechas posibilidades que son inherentes a la formación práctica suministrada desde el aula toda vez que, en puridad, recién se alcanza con el ejercicio de la actividad profesional.

Una última observación al documento es relativa al silencio en torno a los nuevos modos de gestión de los conflictos como la mediación y el arbitraje que vienen ganando considerable espacio en nuestras prácticas.

En síntesis, entendemos que la formación teórico-práctica con las exigencias que se han dejado expuestas, debe complementarse con una enseñanza que tienda a munir al futuro egresado de conocimientos mínimos para un enfoque cultural y humanista y lo dote de solidez en el razonamiento jurídico y en los fundamentos del derecho para habilitarlo en el buen desempeño de las actividades abiertas a la abogacía en distintos ámbitos.

Sin conocer los programas de las materias no se puede avanzar en el análisis del tema de los créditos que se requieren para obtener el título y, más aun, si se pretende otorgar algunos de carácter intermedio.

En cuanto al ejercicio de la procuración, cabe tener en cuenta que en la actualidad suele caracterizar el quehacer de los abogados jóvenes y no es corriente que los mayores se limiten al control de las actuaciones judiciales. Esta realidad debe ser sopesada para decidir sobre la conveniencia de habilitar una carrera de procuración.

El proyecto mantiene la especialización en el post-grado, lo que es un acierto ya que el título de abogado que obtiene con el plan que se propone, lo habilita para el ejercicio de la profesión con una amplitud que no conoce limitaciones por la diversidad de las actividades.

Por último, cabe destacar el protagonismo de un cuerpo docente, que sume a la capacidad intelectual una vocación y dedicación inquebranta-

bles, como clave del éxito de todo plan de estudios. En consecuencia, debe darse un especial énfasis a los cursos para formación de los docentes a cargo, preferentemente, de profesores veteranos que puedan sumar su experiencia a su saber.

La reforma de la enseñanza del derecho presenta una complejidad notoria y por ello sus contornos son imprecisos y encuentra respuestas contradictorias. Queda mucho por hacer y hay amplio margen para la creatividad. Los lineamientos que se trazan desde la Universidad de La Plata tienen en claro la problemática y constituyen una base interesante para ulteriores desarrollos.

Proyecto de ley de prohibición de enajenación de tierras ocupadas ancestralmente por comunidades indígenas

Consulta de la Comisión de Asuntos Administrativos y Municipales del Honorable Senado de la Nación

Señor Secretario de la Comisión de
Asuntos Administrativos y Municipales del
Senado de la Nación
Doctor Alfredo Mendiguren
S / D

De mi mayor consideración:

Tengo el agrado de dirigirme a usted, en respuesta a su atenta del pasado 25 de noviembre, en la cual se requiere la opinión de esta Academia "respecto del tenor y de los efectos jurídicos que acarrearía el proyecto de ley (S-2396-02) de autoría de la Sra. Senadora Escudero".

Ante todo cabe señalar que a primera vista resulta sumamente confuso; no se entiende bien que quiere decir y hasta parece contradictorio el texto del artículo primero del proyecto en cuestión, cuando alude a "*los bienes privados del Estado Nacional de los fundos inscriptos a nombre de particulares en los respectivos Registros de la Propiedad Inmueble*" (sic). Aunque puede presumirse que ello obedece a una defectuosa sintaxis y que en realidad se ha querido aludir a dos supuestos distintos y diferenciados: "*bienes privados del Estado Nacional*" y/o "*fundos inscriptos a nombre de particulares en los respectivos Registros de la Propiedad Inmueble*".

Sin perjuicio de lo que antecede que es meramente formal, el proyecto además resulta manifiestamente inconstitucional y contrario a derecho,

en su pretensión de prohibir la ulterior enajenación de bienes "*inscriptos a nombre de particulares en los respectivos Registros de la Propiedad Inmueble*", por la circunstancia de estar los mismos "*ocupados ancestralmente por comunidades de los Pueblos Indígenas*".

En efecto, es precisamente "*la inscripción de los respectivos títulos en los registro inmobiliarios de la jurisdicción que corresponda*", lo que perfecciona la adquisición de los derechos reales sobre inmuebles, y entre ellos, muy especialmente, el de "dominio" o "propiedad", determinando su oponibilidad frente a terceros, según así resulta de lo dispuesto en el artículo 2505 y sus concordantes del Código Civil y de la ley 17.801 sobre "Registro de la propiedad inmueble"; siendo además sabido que el derecho real de "dominio" se caracteriza por la amplitud de las atribuciones que comporta (arts. 2513 y 2514 del Cód. Civil), como así por ser "exclusivo" (art. 2508 mismo Código) y "perpetuo", atento que "*subsiste independientemente del ejercicio que se pueda hacer de él. El propietario no deja de serlo, aunque no ejerza ningún acto de propiedad, aunque esté en la imposibilidad de hacerlo, y aunque un tercero los ejerza con su voluntad o contra ella, a no ser que deje poseer la cosa por otro, durante el tiempo requerido para que este pueda adquirir la propiedad por la prescripción*" (art. 2510 Cód. Civil).-

De tal forma, vedar a los particulares "propietarios" que puedan enajenar libremente los inmuebles de su dominio, en razón de su supuesta "ocupación ancestral" por comunidades de pueblos indígenas, importaría tanto como privarlos de su facultad de "libre disposición" de la cosa de su propiedad, contemplada en los arts. 2513, 2515 y concordantes del Código Civil; en el cual además ya se contempla en su art. 2511 que: "*Nadie puede ser privado de su propiedad sino por causa de utilidad pública, previa a la desposesión y una justa indemnización...*". Todo lo cual mayor abundamiento se encuentra reforzado por la garantía constitucional de la "propiedad" contemplada en la Constitución Nacional en sus artículos: 14 ("Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos... de usar y disponer de su propiedad..."), 17 ("La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley. La expropiación por causa de utilidad pública, debe ser calificada por ley y previamente indemnizada...") y 29 ("El Congreso no puede conceder al Ejecutivo nacional... facultades extraordinarias... por las que... las fortunas de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna. Actos de esta naturaleza llevan consigo una nulidad insanable...."); como asimismo en diversos tratados y convenciones internacionales expresamente mencionados en el inciso 22 del art. 75 de esa mis-

ma Constitución, en el que se les asigna además "jerarquía constitucional", como son entre otros: la "Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre" en su art. XXIII, la "Declaración Universal de Derecho Humanos" en su art. 17, la "Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica)" en su art. 21, y la "Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial" en su art. 5º, apartado d), inciso v. Por otra parte, tampoco cubre las objeciones que anteceden, la circunstancia de que en el artículo 2º del proyecto se contemple que "Será de aplicación la ley 21.499 (Régimen de Expropiaciones)... cuando los afectados fueren inmuebles inscriptos a nombre de particulares en el Registro de la Propiedad Inmueble", atento a que de todas maneras con esa genérica alusión a la aplicabilidad de la ley 21.499, no se cumple ni mucho menos, con los requisitos de la previa declaración por ley de la causa de utilidad pública que fundamente la expropiación de uno o mas bienes determinados, y del pago de la previa justa indemnización al expropiado.

De otra parte, la supuesta "ocupación ancestral" de tierras de particulares, por comunidades de pueblos indígenas, tampoco podría privar de su derecho de propiedad a los titulares del dominio de las mismas, en tanto no se concrete por él o los pretensos ocupantes, mediante la correspondiente acción judicial, la usucapión o prescripción adquisitiva de ellas, con ajuste a lo dispuesto en los arts. 3999 y siguientes del Código Civil, la ley 14.159 y demás normativas concordantes de fondo y forma.

Por todo lo expuesto, se considera que la sanción de un proyecto como el que nos ocupa, se constituiría en un nuevo factor de inseguridad jurídica en nuestro país, al avasallar y confiscar el derecho real de dominio de particulares sobre tierras supuestamente ocupadas por comunidades indígenas, todo ello con franca violación a la garantía constitucional de la "propiedad".

VII

MEMORIA Y BALANCE

MEMORIA 2002

Señores académicos:

Cumpliendo con lo establecido por el art. 19, inc. b) del Estatuto, la Mesa Directiva somete a la consideración de la Asamblea la memoria y el balance del ejercicio cerrado el 31 de diciembre de 2002.

I.- Asamblea anual ordinaria

El 21 de marzo se llevó a cabo la asamblea ordinaria prevista en el art. 14 del Estatuto que tuvo por objeto considerar la memoria, el balance general, el estado de recursos y gastos, el estado de evolución del patrimonio neto y el presupuesto para el año 2002. Dichos documentos fueron aprobados por unanimidad por el plenario académico.

II.- Reuniones de la Mesa Directiva

Conforme a lo decidido en la reunión de la Mesa Directiva del 5 de abril de 2001, ésta se ha reunido el primer jueves de cada mes, labrándose las actas correspondientes. A continuación damos la información de las principales decisiones adoptadas por ella en el ejercicio que corresponde a esta memoria.

1. En la primera reunión del 6 de marzo se cumplió con la formalidad estatutaria de aprobar los documentos a que se refiere el art. 14, incisos a) y b) del Estatuto, a efectos de presentarlos a la siguiente asamblea anual ordinaria, la que fue convocada para el día 21 de marzo para tratar el orden del día de que da cuenta el capítulo I que antecede.

2. En una segunda reunión celebrada ese mismo día se consideró una nota recibida del Presidente honorario de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Dr. Luis Moisset de Espanés, sobre la

organización y el programa del futuro Congreso de Academias Iberoamericanas de Ciencias Jurídicas y Sociales, que se realizaría en el 2003, en una academia española aun no designada. Durante el ejercicio 2002 no se ha vuelto a tener noticias sobre el mencionado futuro Congreso.

En la misma reunión se tomó conocimiento de la invitación recibida de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de la misma ciudad para participar en las Jornadas Nacionales sobre Juan Bautista Alberdi y su obra en el Sesquicentenario de las *Bases*, que tendrían lugar los días 2 y 3 de mayo siguientes. Sobre el particular se resolvió que asistan a esos actos en representación de la Academia su presidente, Dr. Horacio A. García Belsunce, el secretario, Dr. Felix A. Trigo Represas, y los académicos titulares doctores Jorge R. Vanossi y Víctor Tau Anzoátegui. La decisión de la Mesa Directiva fue ratificada por el plenario del 25 de abril siguiente, que declaró de interés de la Academia las mencionadas Jornadas.

Asimismo, se elaboró un programa con las comunicaciones y actos públicos a realizarse en el año y se distribuyó entre todos los académicos. El secretario, Dr. Félix A. Trigo Represas, informó que la bibliotecaria de la Academia le ha entregado una lista de los temas sobre la cual está fichando todos los libros. Por último, el presidente puso en conocimiento de la Mesa Directiva que se han postergado, sin fecha, las Jornadas de Derecho Público y Privado que se iban a realizar este año en la Universidad Católica de Salta.

3. En la reunión del 4 de abril se fijó la fecha del día 23 de mayo para entregar en acto público el Premio Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, decidiendo proponer al próximo plenario la designación del académico Dr. Juan Ramón Aguirre Lanari como orador en ese acto, lo que así fue ratificado por el plenario siguiente. Se designó al académico Dr. Alberto Rodríguez Varela para que asista, en representación de la Academia, al encuentro con las academias nacionales sobre "Progreso científico y humanismo", que organiza la Conferencia Episcopal Argentina el día 6 de mayo. El secretario Dr. Félix A. Trigo Represas, encargado de la conducción de la biblioteca de la Academia, informó que la señora bibliotecaria ya terminó de fichar íntegramente por autor a todas las obras de la biblioteca, las que a fines de 2001 ya estaban fichadas por materias. Asimismo, se acordó ir eliminando los numerosos ejemplares de los "Anales" de años anteriores, así como las "separatas" de trabajos incluidos en

los mismos, consultando previamente a los autores si tuvieran interés en recibirlos. El presidente puso en conocimiento de la Mesa Directiva que el día 6 de mayo se realizaría el acto público organizado por el Instituto de Derecho Internacional y de la Navegación junto con el Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales.

4. En la reunión del 6 de junio el presidente dio cuenta de una nota enviada por el director del Archivo General de la Nación, en la que se consulta la opinión de la Academia sobre el traslado de documentación perteneciente a la Compañía de Jesús, albergada en ese archivo, y transferida a la Universidad Nacional de Córdoba por el decreto 1165/00. El presidente da lectura a un estudio sobre el tema que ha realizado el académico vicepresidente, Dr. Alberto Rodríguez Galán. La Mesa Directiva resuelve hacer suya la opinión del señor vicepresidente y comunicarla al director del Archivo General de la Nación, de lo que se pondrá en conocimiento al próximo plenario, distribuyendo entre los académicos el texto del dictamen referido (ver capítulo X, apartado 2 de esta memoria).

Atento a que el próximo 31 de julio vence el contrato de comodato celebrado entre esta Academia y la Academia Nacional de Ingeniería respecto del inmueble de la Av. Quintana nº 585, la Mesa Directiva resuelve redactar un proyecto de contrato que será sometido para su consideración en la próxima sesión privada de la Academia. En la sesión del 13 de junio el plenario académico aprobó el proyecto presentado por la Mesa Directiva y autorizó a la presidencia a suscribirlo juntamente con el presidente de la Academia Nacional de Ingeniería.

El presidente informa que ha sido invitado por el presidente del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, Dr. Roberto Durrieu, para conversar sobre la creación de un Consejo de Certificación Profesional de Abogados, similar al Consejo de Certificación de Profesionales Médicos que desde 1992 funciona con personería jurídica bajo el auspicio de la Academia Nacional de Medicina que integra dicho Consejo, certificación que nada tiene que ver con la habilitación profesional, sino que se trata de un proceso voluntario para calificar la calidad profesional. Luego de un cambio de ideas la Mesa Directiva resuelve que el Dr. García Belsunce concurra a la reunión a la que ha sido invitado, y considerando que el tema de la certificación profesional es ajeno a los fines y competencias de la Academia, los que resultan única y exclusivamente del texto del art. 2º del Estatuto y que atento a que las personas jurídicas sólo pueden hacer lo que está expresamente previsto en sus cartas orgánicas o estatutos, se

decide agradecer al Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires la invitación formulada a la Academia para constituir el mencionado Consejo, excusándose de intervenir en el tema por las razones anteriormente señaladas, lo que se hará saber al próximo plenario académico. Este en su sesión del 13 de junio y luego de la información del presidente sobre la reunión tenida en el Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires el día 11, aprobó el temperamento adoptado por la Mesa Directiva en el sentido de no participar en la creación de un Consejo de Certificación Profesional de Abogados.

Se dio lectura a una carta documento enviada por el Dr. Franklin Obarrio quien solicita un pronunciamiento de la Academia sobre la inconstitucionalidad de la derogación de la ley 20.840. Se decidió requerir dictamen sobre el particular a una comisión ad hoc integrada por los académicos doctores Alberto Rodríguez Varela y Carlos María Bidegain. El vicepresidente, Dr. Alberto Rodríguez Galán, informó que ha tomado conocimiento de una nueva edición de las Obras Completas de Sarmiento, hecha por la Universidad Nacional de La Matanza, proponiendo que la bibliotecaria revise la obra a fin de adquirirla para la biblioteca de la Academia, según lo decida oportunamente el plenario académico. Así se hizo y en la sesión privada del 27 de junio se aprobó la adquisición de esta obra, de 53 tomos, con prólogo del Dr. Natalio Botana y con índices general y onomástico, por la suma de $ 780.

5. En la sesión del 24 de junio se trató el complejo tema del canje del depósito a plazo fijo efectuado por la Academia en el Banco Nación con anterioridad al 3 de diciembre de 2001, por la suma de U$S 170.360,35. Manifiesta el presidente que en la sesión privada del 13 de junio se trató este tema y que a su respecto se plantearon dos cuestiones: a) la pregunta del académico Dr. Jorge A. Aja Espil acerca de si la Academia no había iniciado una acción de amparo para obtener la restitución del depósito mencionado y b) qué opción hará la Academia entre un certificado en pesos del plazo fijo reprogramado o el bono del Gobierno Nacional en dólares Libor 2012. Luego de un detenido estudio sobre las cuestiones planteadas la Mesa Directiva decidió presentar al plenario académico en la próxima sesión privada del 27 de junio las explicaciones y propuestas que se señalan a continuación: a) que la Mesa Directiva consideró que no era aconsejable interponer acción de amparo contra el Estado nacional (Banco Nación) pidiendo la restitución del mencionado depósito a plazo fijo, porque desde el punto de vista ético resultaría objetable —a pesar de su posible viabilidad jurídica— que la Academia demandara al Estado la

restitución de un depósito efectuado con fondos provenientes de la contribución recibida del mismo Estado nacional, agregando que ese criterio ha sido compartido por el académico titular Dr. Lino E. Palacio, quien fue consultado por el presidente a esos efectos; b) vistos las disposiciones del decreto 905/2002 y las resoluciones del Ministerio de Economía números 81/2002 y 92/2002 y considerando que la opción que tiene la Corporación, atento al monto del depósito, es la de recibir un certificado de plazo fijo reprogramado en pesos a cobrar en 24 cuotas mensuales, iguales y consecutivas a partir de setiembre de 2003 o un bono del Gobierno nacional en dólares estadounidenses a razón de U$S 100 de valor nominal por cada $140 de depósito reprogramado, a un plazo de 10 años y 6 meses, con interés equivalente a la tasa Libor en Londres para los depósitos en eurodólares a 6 meses de plazo, con amortización en 8 cuotas anuales, iguales y consecutivas, equivalentes cada una al 12,50% del monto emitido, venciendo la primera de ellas el 3 de agosto de 2005, se resolvió proponer al plenario académico en su próxima sesión, optar por el "Bono del Gobierno Nacional 2012", en razón de que con dicha opción se mantendrá intangible el activo de la Academia en una inversión mobiliaria en dólares, mientras que si se optara por el certificado del plazo fijo reprogramado en pesos se estaría perdiendo más de las dos terceras partes del activo que tenía al momento de efectuarse el depósito y que el hecho de convertir en una inversión a largo plazo lo que en su tiempo fue una inversión a corto plazo, no perjudicará la situación financiera de la Academia, porque no es necesario disponer al momento de fondos líquidos, pues hay otras inversiones mobiliarias (bonos globales y bonos externos ´92) que son de inmediata realización y que representan un monto mayor que el depósito a plazo fijo que nos ocupa y, por último, porque el bono 2012 que se recomienda será cotizable en el mercado bursátil, lo que permitirá en su momento su realización, según lo aconsejen las necesidades financieras de la Academia y c) recomendar que cualquiera que sea la opción por la que decida el plenario académico y atento a que el plazo para ejercerla vence el 16 de julio, esperar a los primeros días de dicho mes para concretar la opción. El plenario académico en su sesión del 27 de junio aprobó por unanimidad la propuesta de la Mesa Directiva en el sentido de optar por la suscripción del "Bono del Gobierno Nacional 2012".

En otro orden de temas, se resolvió renovar la póliza de seguro técnico con las mismas cifras que el año anterior, pero actualizando los montos de los bienes importados por el doble de su valor. El presidente dio lectura al cuestionario enviado por el profesor titular de derecho constitucional de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La

Plata, Dr. Humberto Quiroga Lavié. Acto seguido se consideró el dictamen elaborado por el Instituto de Derecho Procesal de la Academia, que dirige el Dr. Lino E. Palacio, el que mereció la aprobación de la Mesa Directiva juntamente con la opinión ampliatoria del subdirector de ese Instituto académico Dr. Augusto Mario Morello, resolviendo hacer circular entre los señores académicos ambos estudios (ver capítulo X, apartado 3 de esta memoria).

El presidente informó que la editorial La Ley ha puesto objeciones a la edición del libro del Instituto de Derecho Internacional y de la Navegación por razones de costos, motivo por el cual la Mesa Directiva resolvió proponer a dicha editorial compartir los costos de la publicación de la mencionada obra. No habiendo tenido acogida esta propuesta, la Mesa Directiva resolvió más adelante encarar la edición de la misma por cuenta de la Academia, lo que así se hizo.

6. En la sesión del 5 de julio la Mesa Directiva aprobó la respuesta a la consulta que efectuara el Dr. Franklin Obarrio sobre la inconstitucionalidad de la derogación de la ley 20.840, de lo que se ha informado al referirnos a la sesión del 6 de junio (ver capítulo X, apartado 4 de esta memoria).

7. En la reunión del 1° de agosto se consideró el proyecto de respuesta a la consulta del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto acerca del convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil y el protocolo sobre cuestiones específicas de los elementos de equipo aeronáutico. Se dio lectura al dictamen elaborado por el director del Instituto de Derecho Internacional y de la Navegación, Dr. José D. Ray, el que mereció aprobación por unanimidad de la Mesa Directiva, que en consecuencia decidió enviar la respuesta al Ministerio consultante y distribuirla entre los señores académicos (ver capítulo X, apartado 5 de esta memoria).

Atento a la propuesta del académico Dr. Julio H. G. Olivera de realizar un seminario sobre *La deuda pública externa y su reestructuración* juntamente con la Academia Nacional de Ciencias Económicas, se trató en esta sesión el temario tentativo para ese seminario sobre la base de las propuestas de la Dra. Aída R. Kemelmajer de Carlucci, que actuará como coordinadora por nuestra Academia, y del académico de Ciencias Económicas Dr. Julio Berlinski, coordinador por la otra Academia, el que fue considerado por el plenario académico en la sesión del 8 de agosto, que dispuso delegar en el presidente de nuestra Academia la elaboración de un texto final de dicho programa. Del seminario que nos ocupa se da cuenta en el capítulo VIII de esta memoria.

Por último, la Mesa Directiva decidió adherir al homenaje al Dr. Bartolomé Mitre que se realizará en el Museo Mitre y en el que hará uso de la palabra el presidente de la comisión de homenaje Dr. Juan Ramón Aguirre Lanari.

8. En la reunión del 3 de octubre se consideró el tema vinculado con la creación de una página en Internet, tal como se decidió en sesión privada, a fin de incorporar a ese sitio el contenido de la biblioteca y distribuir el catálogo a los académicos en disquete. A tal efecto, la Mesa Directiva consideró los presupuestos recibidos sobre el particular y en consideración a ello resolvió: a) crear un sitio en Internet con información acerca de la Academia y proponer al plenario no incorporar el catálogo de la biblioteca a esa página en Internet en razón de su poca utilidad y el elevado costo del trabajo; b) considerando el volumen del catálogo y la imposibilidad de usar el programa Isis directamente en cualquier computadora, ofrecer a los académicos los servicios de la bibliotecaria para informarse por teléfono sobre autores, títulos y contenido de los libros existentes; c) contratar los servicios de la empresa IP ADDRESS para diseñar la página de la Academia y proveer el "hosting"; d) consultar a la comisión de publicaciones, que integran los académicos doctores José D. Ray, Julio César Cueto Rúa y Jorge A. Aja Espil, para que supervise la información que se brinde respecto del diseño y contenido de la página y su permanente actualización. En la sesión plenaria del 10 de octubre fue aprobada por unanimidad la propuesta de la Mesa Directiva.

En relación con el Premio Estímulo de la Academia, el presidente informó que el Jurado integrado por los académicos doctores Félix A. Trigo Represas, Eduardo Aguirre Obarrio, Santos Cifuentes, Jorge Vanossi y Jorge Alterini le ha hecho llegar su dictamen sobre los trabajos presentados a concurso acerca del tema "Intimidad y privacidad en el derecho". Que el mencionado jurado aconseja otorgar la distinción al trabajo presentado con el seudónimo "Mario Lamondo". La Mesa Directiva procedió a abrir el sobre correspondiente, del cual resultó que la obra recomendada pertenece al señor Manuel Ernesto Larrondo. Se decidió que el dictamen sea puesto a consideración de los académicos en la próxima sesión privada. A este tema nos referiremos en el capítulo XII de esta memoria.

A continuación se dio lectura a la nota del director del Instituto de Derecho Constitucional, académico Dr. Jorge R. Vanossi, en la que propone la designación de nuevos miembros para dicho Instituto. La Mesa Directiva resolvió elevar al próximo plenario dicha propuesta con la recomenda-

ción de que la designación de los nuevos miembros lo sea hasta el 10 de mayo de 2004 a fin de unificar la finalización de las designaciones para todos los integrantes de los institutos.

El presidente informó que el 27 de agosto asistió a los actos celebratorios del Día del Servicio de Justicia del Ejército, oportunidad en la que recibieron distinciones los académicos Alberto Rodríguez Varela y Hugo Caminos; que el 29 de agosto participó del acto por el Día del Abogado, en el Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires; que el 10 de setiembre estuvo presente en la incorporación del Dr. Fernando Barba a la Academia Nacional de la Historia; que el 17 de setiembre asistió al acto de incorporación del Dr. Ramón C. Leiguarda en la Academia Nacional de Medicina y el 27 de setiembre viajó junto con el Dr. Juan Carlos Cassagne a la ciudad de San Nicolás para participar de los actos celebratorios del sesquicentenario del Acuerdo de San Nicolás de los Arroyos, oportunidad en que el Dr. Cassagne disertó acerca de "El Acuerdo de San Nicolás de los Arroyos y su sentido actual". Por último, se decidió recordar al académico Dr. Miguel S. Marienhoff en ocasión del centenario de su nacimiento que se celebrará el segundo jueves de agosto de 2003 e invitar a las Academias Nacionales de Ciencias de Buenos Aires y de Ciencias Morales y Políticas a realizar un acto conjunto con motivo de dicho homenaje, propuesta que fue aprobada de conformidad por el plenario académico en la sesión del 10 de octubre.

9. En la reunión del 8 de noviembre el presidente dio lectura a la resolución dictada con motivo del fallecimiento del académico Dr. Roberto Martínez Ruiz e informó que, de acuerdo con la misma, se hizo llegar una ofrenda floral y una nota de pésame a la familia y que el académico vicepresidente Dr. Alberto Rodríguez Galán habló en el acto del sepelio en representación de la Corporación.

Se aprobó la renovación del contrato de la bibliotecaria, Dra. María Luz Rezk, por un año, en los mismos términos que el anterior.

El presidente informó que ha recibido una nota del Coordinador General de la Red Nacional de Centros de Mediación y Arbitraje Comercial de la Cámara Argentina de Comercio, pidiendo la designación de un nuevo representante de la Academia, atento a que el académico Dr. Augusto Mario Morello ha manifestado que no desea continuar integrando el Comité de Notables del mencionado Centro. Agregó el presidente que ha hablado sobre el particular con el Dr. Morello, quien estima que el tema de la me-

diación y arbitraje comercial que constituye el objeto del referido Comité, escapa a la competencia de esta Academia, por lo que propuso a la Mesa Directiva dirigirse al mencionado Coordinador General explicando las razones por las cuales la Corporación se excusa de integrar el referido Comité. Se resolvió de conformidad.

El presidente puso a consideración de la Mesa Directiva, como lo ha hecho en oportunidades anteriores ante el plenario académico, su preocupación por el atraso de la Editorial La Ley en cuanto a la publicación de las separatas de la Academia. Se decidió volver a insistir sobre el particular. El presidente dio cuenta de una nota recibida del presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, por la que invita a los académicos de nuestra Corporación a participar de la publicación en homenaje a la Constitución de 1853, que se propone editar dicha Academia con motivo de la celebración del sesquicentenario en el próximo año; la Mesa Directiva resolvió informar sobre esa invitación a todos los académicos en la próxima sesión plenaria.

El presidente hizo saber que, de acuerdo con el estatuto de la Academia, corresponde llamar a cubrir la vacante por el fallecimiento del académico Dr. Guillermo A. Borda. La Mesa Directiva acordó dictar una resolución abriendo un período de 30 días, a partir del 8 de noviembre, para la presentación de candidatos.

10. En la última sesión del 5 de diciembre la Mesa Directiva consideró el informe del Instituto de Derecho Procesal, firmado por su director y subdirector, doctores Lino E. Palacio y Augusto Mario Morello, respectivamente, acerca del régimen actual de la abogacía en lo que hace a la habilitación y especialización. Dada la importancia que reviste el tema, la Mesa Directiva resolvió distribuir el informe entre los señores académicos e incorporar su tratamiento en el orden del día de la primera sesión privada ordinaria del año próximo.

Se recibió del secretario de la Comisión de Asuntos Administrativos y Municipales del H. Senado de la Nación una consulta acerca de un proyecto de ley de prohibición de enajenación de tierras ocupadas ancestralmente por comunidades indígenas. La Mesa Directiva resolvió encomendar al académico secretario, Dr. Félix A Trigo Represas, la redacción de una nota de respuesta, la que oportunamente presentada ha sido aprobada por el plenario académico en la sesión del 12 de diciembre (ver capítulo X, apartado 7 de esta memoria).

La institución FENDIM consultó a la academia sobre el concepto de "organizaciones no gubernamentales". Atento al interés del tema la Mesa Directiva resolvió requerir dictamen sobre la consulta al académico Dr. Carlos Manuel Muñiz.

El presidente informó respecto de la reunión de presidentes de academias nacionales que tuvo lugar en la Academia Nacional de Educación el día 4 del corriente, convocada para tratar la situación presupuestaria de las academias en 2003, tema al que nos referiremos en el capítulo IX de la presente. El presidente informó que estuvo presente en la reunión del Instituto de Derecho Internacional y de la Navegación el día 4 de diciembre, oportunidad en que los doctores Eduardo Cosentino y Susana Talavera se refirieron al Convenio de Montreal de 1999; el doctor Guillermo Bartoletti habló acerca del Comité Jurídico de la Organización Marítima Internacional; la doctora Gladys Sabia de Barberis hizo comentarios acerca de la próxima obra de ese Instituto sobre derecho del mar y el doctor Julio Barboza informó sobre responsabilidad objetiva y responsabilidad subjetiva, terrorismo y desastre ecológico.

III.- Sesiones extraordinarias

Durante el año a que se refiere esta memoria, la Corporación se reunió en sesión extraordinaria en dos oportunidades, los días 31 de enero y 11 de febrero, ambas con la finalidad de considerar una declaración sobre la situación institucional del país.

En la primera, tomó la palabra el Presidente y después de referirse a los motivos que fundamentan el proyecto de declaración y a su encuadramiento en los objetivos y fines estatutarios, puso el tema a consideración de los presentes. A propuesta de la Presidencia, se resolvió designar una Comisión ad hoc para que profundice las cuestiones planteadas y reelabore el posible proyecto de declaración, integrada por los doctores Juan R. Aguirre Lanari, Jorge A. Aja Espil, Germán J. Bidart Campos, Augusto M. Morello y Horacio A. García Belsunce.

En la siguiente sesión extraordinaria, el Presidente informó que la Comisión ad hoc designada para reelaborar el proyecto de declaración sobre la situación del país se reunió el jueves 6 de febrero. En la ocasión, los integrantes de esa Comisión discutieron en profundidad los temas a tratar en la declaración y elaboraron un texto que se distribuyó entre los señores académicos.

Luego de la lectura de la declaración proyectada, los presentes realizaron manifestaciones sobre algunos puntos y, sometido a votación el texto que recoge las modificaciones sugeridas, resultó aprobado por unanimidad, sin perjuicio de la abstención del académico Dr. Jorge H. Alterini respecto de los puntos tercero, cuarto y anteúltimo, en razón de que pueden eventualmente comprometer su actuación judicial.

Omitimos la transcripción del texto, pues aparece publicado en la *Memoria 2001* (ver *Anales* Nº 39, 2001, pág. 567).

IV.- Sesiones ordinarias

Durante el período transcurrido se llevaron a cabo seis sesiones públicas y once sesiones privadas, de las que se da cuenta en los capítulos siguientes.

1.- Sesiones públicas

El 11 de abril se realizó el homenaje a los ex académicos doctores Carlos A. Adrogué, Manuel María Diez y Juan Francisco Linares. Al abrir el acto, el señor académico presidente doctor Horacio A. García Belsunce recordó sus personalidades. A continuación, los académicos doctores Alberto Rodríguez Varela, Juan Carlos Cassagne y Jorge R. Vanossi hicieron una semblanza de los homenajeados.

El 9 de mayo la Corporación, junto con las Academias Nacionales de Ciencias Económicas y de Ciencias Morales y Políticas, se reunió en sesión pública con motivo de cumplirse el sesquicentenario de la edición de *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, de Juan Bautista Alberdi. El presidente doctor Horacio A. García Belsunce se refirió a "El derecho constitucional en las *Bases*"; el doctor Jorge A. Aja Espil, Presidente de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, habló sobre "En torno a un libro trascendental" y, finalmente, el doctor Julio H. G. Olivera, Presidente de la Academia Nacional de Ciencias Económicas, disertó sobre "Las condiciones jurídicas del progreso económico".

El 23 de mayo el Cuerpo se reunió en sesión pública con el fin de hacer entrega de las distinciones correspondientes al *Premio Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*. El mismo correspondió al doctor Fernando A. M. Toller por su obra "Libertad de prensa y tutela

judicial efectiva". Se entregaron accésit a los doctores Juan Vicente Sola, por su obra "Control judicial de constitucionalidad"; Pablo D. Heredia, por su obra "Tratado exegético de derecho concursal"; y Alberto R. Dalla Via por su obra "Derecho constitucional económico". En nombre del jurado, hizo uso de la palabra el señor académico doctor Juan R. Aguirre Lanari y el doctor Fernando A. M. Toller agradeció la distinción recibida.

El 12 de setiembre se realizó la incorporación del académico titular doctor Víctor Tau Anzoátegui, a quien presentó el señor académico doctor Alberto Rodríguez Galán. El presidente de la Academia doctor Horacio A. García Belsunce reseñó la actuación del recipiendario, hizo entrega del diploma y la medalla que acreditan el carácter de miembro de número de la Corporación y se refirió a la significación del tema elegido por el doctor Tau Anzoátegui, quien disertó sobre "El historiador ante el derecho".

El 26 de setiembre se realizó un acto público con motivo de cumplirse el trigésimo aniversario de la sanción de las leyes 19.550 (sociedades comerciales) y 19.551 (concursos). Abrió la sesión el doctor García Belsunce, quien realizó diversas consideraciones sobre aquellas, y, a continuación, los académicos titulares doctores Julio César Otaegui y Julio César Rivera disertaron sobre "Reflexiones a los treinta años de las leyes 19.550 y 19.551".

El 14 de noviembre se llevó a cabo un acto público con motivo de cumplirse el centenario de la doctrina Drago. En la oportunidad, el presidente de la Academia, al abrir el acto, se refirió a la personalidad del homenajeado y a la significación de la doctrina que lleva su nombre. Los académicos titulares doctores Jorge R. Vanossi y Carlos Manuel Muñiz disertaron sobre "Luis María Drago: homenaje en el centenario de su doctrina".

2.- Sesiones privadas

En las sesiones ordinarias privadas se expusieron comunicaciones a cargo de los señores académicos, las que versaron sobre temas novedosos o de particular interés o complejidad y se complementaron con un fructuoso debate, lo que contribuyó a la profundización de los análisis de esas cuestiones dignas de especial atención.

Comunicaciones de académicos titulares:

25 de abril: "La constitución y los jueces (génesis de un 'dicho feliz')", por Carlos M. Bidegain.

13 de junio: "Algunas consideraciones sobre la creación de tribunales internacionales especializados: el caso del Tribunal Internacional del Derecho del Mar", por Hugo Caminos.

27 de junio: "Obras no protegidas en los derechos de autor", por Santos Cifuentes.

11 de julio: "Sentando precedentes: El common law", por Julio César Cueto Rúa.

25 de julio: "El Euro y el principio de la continuación del contrato. El juego de la teoría de la imprevisión", por Aída R. Kemelmajer de Carlucci.

8 de agosto: "La senectud de cara al derecho", por Augusto M. Morello.

22 de agosto: "La revisión de los abusos de derecho en el derecho público y la justiciabilidad de las desviaciones de poder", por Jorge R. Vanossi.

10 de octubre: "El abuso de derecho en el derecho público", por Germán J. Bidart Campos.

24 de octubre: "El acuerdo de San Nicolás de los Arroyos y su sentido actual", por Juan Carlos Cassagne.

28 de noviembre: "Luis A. Podestá Costa: evocación de su vida y su obra de gran internacionalista", por Hugo Caminos.

V.- Duelo de la Academia

El día 23 de julio falleció el académico doctor Guillermo A. Borda, académico titular desde el año 1992, que honrara a esta Academia con sus reconocidos méritos y su prestigio como publicista y magistrado. La Presidencia dictó la resolución de honores, disponiendo enviar una nota de pésame a la familia y una ofrenda floral, y designar al señor académico doctor Julio César Cueto Rúa para hacer uso de la palabra en el acto de inhumación de sus restos. En la sesión privada del 25 de julio se rindió homenaje a su memoria.

El 29 de octubre falleció el académico doctor Roberto Martínez Ruiz, académico titular desde el año 1978 y presidente en el período 1998–2001, cuya brillante actuación perdura en el recuerdo de sus cofrades. Se resol-

vió enviar una nota de pésame a la familia y una ofrenda floral, y designar al señor académico vicepresidente doctor Alberto Rodríguez Galán para hacer uso de la palabra en el acto de inhumación de sus restos. En la sesión pública del 14 de noviembre, el Presidente destacó sus relevantes dotes y calidad humana.

VI. - Provisión de vacante de académico titular

Con motivo del fallecimiento del doctor Guillermo A. Borda, que ocupaba el sitial que tiene como patrono al doctor Lisandro Segovia, y de acuerdo con lo establecido en el art. 6 del Estatuto, se ha recibido una propuesta para cubrir la vacante de referencia. Está firmada por los doctores Segundo V. Linares Quintana, Federico N. Videla Escalada, Carlos Manuel Muñíz y Hugo Caminos. La misma se halla en secretaría a disposición de los señores académicos, y se pondrá a consideración del Plenario en la primera sesión privada ordinaria del año siguiente.

VII. - Designación de académico correspondiente

En la sesión privada del 22 de agosto la Academia designó académico correspondiente en Estados Unidos de América al doctor Saúl Litvinoff, que fuera oportunamente presentado por los académicos titulares doctores Julio César Cueto Rúa, Jorge R. Vanossi, Augusto M. Morello y Jorge H. Alterini.

VIII. - Seminario con la Academia Nacional de Ciencias Económicas

Los días 28 y 29 de octubre, la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, junto con la Academia Nacional de Ciencias Económicas, organizó un seminario sobre *"La deuda pública externa y su reestructuración"*.

Los coordinadores fueron los doctores Aída R. Kemelmajer de Carlucci y Julio Berlinski y el temario desarrollado se detalla a continuación:

El lunes 28 la reunión se llevó a cabo en la sede de la Academia Nacional de Ciencias Económicas. En esa oportunidad, se trató el tema *El marco económico - jurídico* y los subtemas *El marco macroeconómico y la negociación de la deuda externa. Acuerdo con el FMI* y *El marco constitucional: a) facultades y requisitos para contraer deuda soberana; b) antecedentes históricos y c) el caso de la deuda provincial.* Los panelistas fueron los doctores Daniel Heymann y Jorge R. Vanossi.

El martes 29 la actividad se desarrolló en la sede de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. En esa ocasión se trataron dos temas: *Condiciones iniciales e instrumentos* y *Las propuestas.*

El primer tema se dividió en *Reversión abrupta de los flujos de capital: a) efectos sobre flujos y stocks; b) efectos sobre el servicio de la deuda* y *El derecho procesal como instrumento frente al incumplimiento: a) remedios; b) vía legal y juez competente; c) ejecución de bienes del Estado; d) responsabilidad de la banca extranjera con operaciones en el país.* Los panelistas fueron los doctores Javier Villanueva, Julio César Rivera y Augusto M. Morello.

El segundo tema se dividió en *Síntesis de las propuestas principales desde el enfoque económico* y *Síntesis de las propuestas principales desde el enfoque jurídico.* Las mismas estuvieron a cargo de los doctores Alfredo Canavese y Aída R. Kemelmajer de Carlucci.

IX.- Reuniones con Presidentes de Academias Nacionales

El 20 de mayo se reunió, en la sede de nuestra Academia, la comisión *ad hoc* designada por los presidentes de academias nacionales para realizar gestiones ante las autoridades nacionales para tratar las pautas presupuestarias de la contribución estatal que reciben las academias. Se resolvió que, visto que el presupuesto nacional para el año 2002 mantiene la asignación para las academias nacionales tal como se percibió en los últimos meses del año 2001, y que, por lo tanto, no se ha acentuado el recorte ya efectuado, debía darse por cumplido el mandato que le había sido acordado. En la misma reunión se decidió desistir de la audiencia solicitada a la señora Ministra de Educación, Ciencia y Tecnología.

El 4 de diciembre el Presidente de la Academia asistió a una reunión de presidentes de academias nacionales, en la Academia Nacional de Educación, convocada para tratar la situación presupuestaria de las academias en 2003 y los comentarios de las academias nacionales de Periodismo, de Letras y de Educación sobre los medios de comunicación en la Argentina. A la reunión asistió la señora Ministra de Educación, Ciencia y Tecnología, Lic. Graciela María Giannettasio. Después de escuchar a los representantes de las distintas academias, la Ministra expresó su propósito de que el presupuesto para 2003 mantenga la contribución recibida en 2002 más el 13% de sueldos que fue descontado en su oportunidad, y que considerará

la posibilidad de que se utilicen fondos de las partidas globales de ese Ministerio para financiar proyectos especiales de las academias. La próxima reunión de los presidentes de academias nacionales con la Ministra será el 24 de febrero del año 2003.

X.- Declaraciones, consultas y dictámenes

1.- La situación institucional del país, tanto en el orden político, como en el económico, financiero y social, motivaron la declaración del 11 de febrero, que aparece transcripta en la *Memoria 2001* (ver *Anales* Nº 39, 2001, pág. 567).

2.- La Dirección General del Archivo de la Nación ha consultado a la Academia respecto del traslado de la documentación perteneciente a la Compañía de Jesús, albergada en ese Archivo, y transferida a la Universidad Nacional de Córdoba por decreto 1165/00.

La Academia se expidió por nota del 10 de junio sobre la base del dictamen preparado por el académico vicepresidente Dr. Alberto Rodríguez Galán. Debe advertirse que con anterioridad al decreto 1165/00, que motiva la consulta, el Poder Ejecutivo Nacional había dispuesto por decreto 1376/99 encomendar a la Universidad Nacional de Córdoba la tenencia, custodia y conservación de los libros que integraron originariamente la Antigua Librería Jesuítica, que se encontraban en reparticiones públicas de orden nacional.

Ambos decretos son observables con respecto a su oportunidad y conveniencia. Así se desprende del juicio del R. P. Martín M. Morales S. J. miembro del Instituto de la Compañía de Jesús a cargo del proyecto Fondo Antiguo de la citada Compañía en la Argentina, en los siguientes términos, "... Creo que la mejor manera de respetar el patrimonio documental jesuítico hubiera sido comprometerse con la conservación y preservación del mismo sin desmembrarlo de su actual sede, ayudando de esta manera a consolidar una sección importante del Archivo Nacional".

Por otra parte, desde el punto de vista constitucional, el decreto 1165/00 viola la ley 15.930 del año 1961, que en su art. 4º expresamente ordena: "...Los ministerios, secretarías de estado y organismos descentralizados de la Nación pondrán a disposición del Archivo General, la documentación que tengan archivada, reteniendo la correspondiente a los últimos treinta años, salvo la que por razón de estado deban conservar. En lo sucesivo, la entrega se hará cada cinco años", y se advierte que a este caso no lo comprende la exención que señala el art. 5º de la misma ley.

Por consiguiente, aquél decreto vulnera el art. 31 de la Constitución nacional que establece el *principio de supremacía* de la Constitución y de las leyes que en su consecuencia se dicten.

En lo concerniente al decreto 1376/99, cabe señalar que por similares razones también es violatorio del art. 31 de la Constitución Nacional, ya que el país al ser miembro de la U.N.E.S.C.O. en virtud de un tratado internacional, debe observar sus disposiciones, las que no han sido respetadas al trasladar, sin su conocimiento, además de los documentos, libros que integraban materiales intangibles e inamovibles, y registrados en ese carácter por la propia U.N.E.S.C.O. en su "Memory of the world".

En conclusión, en relación con el decreto 1165/00, se ha violado una expresa disposición de una ley vigente desde el año 1961, la 15.930, y en relación con el decreto 1376/99 se han desconocido expresas normas impartidas por la U.N.E.S.C.O. sin su conocimiento y obligado cumplimiento por tratarse de un organismo internacional al que la República Argentina ha adherido, en los términos del art. 31 de la Constitución Nacional.

3.- El profesor titular de Derecho Constitucional de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, doctor Humberto Quiroga Lavié realizó una consulta sobre "La mejor técnica de resolución de conflictos que debería utilizar la Corte Suprema de Justicia de la Nación". La misma fue girada para su estudio al director del Instituto de Derecho Procesal, doctor Lino E. Palacio. Sobre la base de su dictamen y del ampliatorio del subdirector, doctor Augusto Mario Morello, la Academia dio respuesta por nota del 30 de abril, la que puede resumirse así:

a) Resulta conveniente mantener el actual sistema de interposición del recurso ante el superior tribunal de la causa, ante quien, por lo demás, se sustancia aquél con intervención de la parte recurrida, ya que la resolución favorable o desfavorable a la admisibilidad de la impugnación, que debe ser *fundada*, constituye un primer examen que, particularmente cuando se le niega el recurso por razones formales, facilita en gran medida la labor de la Corte. En cuanto al número de recursos concedidos por los tribunales de alzada por razón de la causal de sentencia arbitraria, es sabido que aquellos son, por lo general, renuentes a ese tipo de decisiones, aunque corresponde tener en cuenta que continúan siendo numerosos los casos en los que la Corte, a través de las quejas, declara mal denegados los recursos fundados en alguna de las causales de arbitrariedad.

b) La pregunta acerca de por qué la Corte Suprema de la Nación no ha utilizado la técnica del *certiorari* según ha sido implementada por la Corte de los Estados Unidos, guarda íntima relación con la forma de trabajo que viene realizando la Corte argentina durante los últimos veinte años, en los que se ha reemplazado el sistema de los acuerdos por el de la circulación de los expedientes entre los ministros del Tribunal, circunstancia que ha redundado en considerables atrasos en el dictado de las sentencias. Precisamente el sistema de acuerdos que utiliza la Suprema Corte de los Estados Unidos permite una rápida decisión de las peticiones de *certiorari* y en modo alguno entraña una denegación de justicia.

c) La pregunta acerca de cuales son los caminos alternativos que se proponen para evitar que se produzca una violación al debido proceso en términos de garantismo jurídico, en el supuesto de que la Corte argentina utilizara el modelo del *certiorari* a la manera de los Estados Unidos, se responde que ello se vincula con las respuestas precedentes, porque la restricción sustancial de la cantidad de causas en las que la Corte interviene se lograría a través de una modificación en el método de trabajo utilizado, y de una concepción global del sistema de justicia.

d) Acerca de qué opinión merece, como alternativa en tal sentido, crear una casación constitucional en segunda instancia, se contesta que ninguna de tales alternativas resulta conveniente en orden a la celeridad de los procedimientos. Por el contrario, tanto la creación de un tribunal de casación constitucional como la decisión plenaria del tribunal superior de la causa no generarían otro resultado que el consistente en mayores dilaciones.

e) Acerca de la propuesta dirigida a definir el concepto indeterminado de "trascendencia institucional" que justifica tanto la limitación de la intervención de la Corte como su ampliación, en los respectivos casos del *certiorari* negativo y positivo, se contesta que la definición del concepto indeterminado de "trascendencia institucional" depende, más que de la índole de los derechos comprometidos, de la sensibilidad jurídica y social de los jueces de la Corte. La norma del artículo 280 del C.P.C.C.N., por lo demás, ha sido utilizada por la Corte tanto para desestimar recursos relativos a cuestiones "intrascendentes" como para declarar admisibles aquellos que, aun careciendo de ciertos requisitos formales, involucren cuestiones dotadas de trascendencia o gravedad institucional.

f) Quien debe llevar a cabo el ejercicio de la potestad discrecional es, como ocurre en los Estados Unidos, la Corte Suprema y no el Procurador

General de la Nación. Por el contrario, la intervención de este funcionario en las causas que llegan a la Corte por recurso, debe por una parte, en aras de la celeridad procesal, restringirse, y por otro lado ampliarse para conferirle potestades decisorias en materia de conflictos de competencia entre tribunales inferiores, lo que generaría una importante reducción en la labor de la Corte.

g) La pregunta acerca de si es aceptable la práctica utilizada en Estados Unidos donde cuatro de los miembros de la Corte bastan para decidir sobre la procedencia de un *certiorari*, merece una respuesta negativa, en cuanto la denominada *rule of four* supone una primera decisión sobre la admisibilidad de la impugnación que resulta incompatible con las normas que regulan el trámite del recurso extraordinario. La división de la Corte en salas sólo conduciría a generar mayores problemas y es difícilmente conciliable con el artículo 108 de la Constitución Nacional.

h) La práctica de las audiencias públicas que utiliza la Suprema Corte norteamericana se halla indisolublemente vinculada a un procedimiento ajeno al derecho argentino y, en todo caso, sólo generaría mayores atrasos en la decisión de las causas.

i) La pregunta relativa a la compatibilidad del *certiorari* norteamericano con la cultura jurídica de los argentinos debe responderse, en principio, negativamente. En cuanto a las propuestas dirigidas a mejorar el desempeño de nuestra Corte se concretan en :

1. Retornar al sistema de los acuerdos con la activa participación de los secretarios judiciales del Tribunal; 2. Conferir potestades decisorias finales al Procurador General en materia de conflictos de competencia o al Presidente de la Corte previo dictamen de ese funcionario; 3. Suprimir el recurso ordinario de apelación o, en su defecto, aumentar el monto mínimo para su procedencia, así como el previsto en la ley 24.463; 4. Limitar la admisibilidad del recurso extraordinario que verse sobre interpretación de normas federales a los casos en que medien sentencias contradictorias de los tribunales federales o nacionales con competencia federal.

j) La institución del *per saltum* en el sistema jurídico argentino no es violatoria de nuestro sistema institucional y en determinadas circunstancias de gravedad institucional debe ser admitida por aplicación del art. 280 del C.P.C.C.N.

4.- El doctor Franklin Obarrio solicitó un pronunciamiento de la Academia sobre la inconstitucionalidad de la derogación de la ley 20.840, sobre "subversión económica". Al efecto se constituyó una comisión *ad hoc* formada por los académicos doctores Alberto Rodríguez Varela y Carlos M. Bidegain, que elaboró un informe sobre cuya base se expidió la Corporación en fecha 3 de julio.

La irregularidad planteada consistiría en que el Senador que presidía esa Cámara en su capacidad de presidente provisional, votó dos veces: en primer término, como senador y al producirse un empate en la votación, emitió un voto de desempate, que resultó decisivo para la conversión en ley del proyecto antes referido.

La legalidad del primer voto, en su calidad de senador, es indudable. La cláusula final del artículo 54 de la Constitución dice que "cada senador tendrá un voto". En lo que se refiere al voto desempate, el artículo 57 lo concede específicamente al vicepresidente de la Nación cuando cumple la función de presidente del Senado. Fija como regla general que no tiene voto, porque no es senador, pero lo habilita votar en caso de empate de la votación. Lo primordial es que el Senado resuelva la obstrucción a su poder de decisión creada por una votación empatada. Ello justifica suficientemente la excepción a la regla general que niega la emisión del voto al vicepresidente. Pudo la Constitución adoptar otra manera de deshacer el "impasse", pero sus autores han preferido la de dar un voto de desempate al vicepresidente en su carácter de presidente del Senado. El hecho de que la norma otorgue esa prerrogativa al vicepresidente de la Nación no obsta para que, por la interpretación armónica y razonable de esa y otras normas constitucionales, se llegue a extenderla a quien lo reemplace en el ejercicio de sus funciones en el sitial de la presidencia del Senado. El artículo 58 de la Constitución Nacional prevé que en la eventualidad que nos ocupa el Senador - presidente provisional entra a reemplazar al vicepresidente en su rol de presidente del Senado, plenamente con todas sus atribuciones y deberes, a falta de norma expresa que establezca excepción alguna y, especialmente, la de desempatar una votación.

Luego de citar que en la historia de nuestras instituciones se ha dado abundantemente la ausencia transitoria o definitiva del titular del cargo de vicepresidente, se recuerda que la cláusula inicial del artículo 66 de la Constitución Nacional impone a las Cámaras un deber: "Cada Cámara hará su reglamento"; ese deber y esa prerrogativa son coherentes con la vigencia del principio de separación e independencia de los poderes, el

que requiere amplia libertad de las cámaras del Congreso, en todo lo que atañe a la adopción y aplicación de su régimen interno de actuación para el cumplimiento de las funciones que la Constitución le atribuye.

A partir del "Reglamento de debates y policía interior de la Cámara de Senadores de la República Argentina" sancionado el 8 de agosto de 1861, el Senado se ha dado reglamentos que han incluido un artículo que otorga al "Presidente del Senado" – sin distinción del título de quien ocupa ese cargo – un voto de desempate ante una obstinada igualdad de votaciones del cuerpo. Ese deber se encuentra consagrado en los artículos 34 y 216 del texto vigente del Reglamento del Senado. La solución autorizada por el citado artículo 34 es compatible con la interpretación razonable y armónica de los artículos 57 y 58 de la Constitución, y la fuerza de vigencia y validez que emana de su artículo 66. El senador que ocupa el cargo de presidente provisional del Senado tiene la facultad de desempatar en reemplazo del vicepresidente sustituido, pero ello no lo puede privar del voto como senador que le corresponde por derecho propio.

5.- Consulta del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto acerca del Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil y el Protocolo sobre cuestiones específicas de los elementos de equipo aeronáutico. La consulta fue pasada a estudio del director del Instituto de Derecho Internacional y de la Navegación, doctor José Domingo Ray. Su dictamen considera que desde hace años UNIDROIT está trabajando sobre el tema de los contratos y las garantías sobre equipos móviles y que en las reuniones del Comité Marítimo Internacional se sugirió que se excluyera de los proyectos sobre equipos móviles, leasing y garantías lo referente a buques, criterio que no ha compartido la Organización de Aviación Civil Internacional desde que ha trabajado conjuntamente con UNIDROIT en el Convenio - Marco y en el Protocolo sobre aeronaves. Que se ha sostenido la conveniencia de acordar facultades similares a las que brinda el derecho anglosajón a los acreedores hipotecarios sobre buques para preservar la garantía que implica el gravamen, pero a este efecto es necesario crear un sistema que tienda a cumplir con ese objetivo, respetando el derecho de defensa del deudor y contemplando la incorporación de facultades existentes, a favor de los acreedores, en el derecho anglosajón a los ordenamientos nacionales del derecho continental.

El Convenio y el Protocolo que nos ocupa —siguiendo el sistema anglosajón— otorga al acreedor amplias facultades coincidiendo con el punto de vista expuesto anteriormente, pero no concuerda con el régimen de

concursos y quiebras de nuestra ley y la intervención judicial que se requiere para disponer del objeto sobre el que recae el gravamen a favor del acreedor. Independientemente de ello, el tema se vincula a la Convención de 1933 sobre embargo de aeronaves y a la Convención de Ginebra de 1948 sobre reconocimiento de derechos y garantías sobre aeronaves, que según el art. 23 (cap. V) del Protocolo quedarían derogados en lo que se opongan al mismo. Cabe señalar que esas convenciones fueron ratificadas por la República Argentina y tienen vigencia internacional.

Se reconocen las bondades de las finalidades que persigue el Convenio y el Protocolo, pero cuando se trató el tema con referencia a la hipoteca sobre buques, en la reunión en Londres en la década del ´80 del siglo pasado, se destacó la conveniencia de redactar *guide - lines*, proyecto de normas para orientar a las legislaciones del derecho continental en las que se insertaría un sistema como el proyectado e inspirado en el régimen del derecho anglosajón. Teniendo en cuenta lo expuesto y que la Argentina ha ratificado las convenciones de Roma de 1933 y de Ginebra de 1948, en nuestra opinión no cabe aconsejar la ratificación del Convenio y Protocolo sin que se prevea una reforma legislativa considerando la operatividad del sistema en el ámbito nacional y la funcionalidad del registro internacional con los existentes en los ordenamientos nacionales.

6.- El decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, Dr. Roberto Omar Berizonce, solicitó de nuestra Academia su opinión respecto del proyecto de reformas del plan de estudios de la carrera de abogacía de esa Universidad. La Academia requirió de los académicos titulares doctores José Domingo Ray y Jaime Luis Anaya el estudio del plan propuesto, lo que dio lugar a una extensa y fundada opinión cuya reseña en esta memoria excede los límites de ella. Puede consultarse la versión en nuestra secretaría administrativa.

7.- Solicitud de opinión del secretario de la Comisión de Asuntos Administrativos y Municipales del H. Senado de la Nación, sobre el proyecto de ley de prohibición de enajenación de tierras ocupadas ancestralmente por comunidades indígenas. Remitido para su estudio al académico Dr. Félix A. Trigo Represas, y sobre la base de su dictamen, la Academia respondió que a primera vista resulta confuso que se aluda a "los bienes privados del Estado nacional de los fondos inscriptos a nombre de particulares en los respectivos registros de propiedad inmueble" (sic), aunque puede presumirse que ello obedece a una defectuosa sintaxis y que en realidad se ha querido aludir a dos supuestos distintos y diferenciados:

"bienes privados del Estado nacional" y/o "fondos inscriptos a nombre de particulares en los respectivos registros de la propiedad inmueble".

Además de esta objeción formal, el proyecto resulta manifiestamente inconstitucional y contrario a derecho, en su pretensión de prohibir la ulterior enajenación de bienes "inscriptos a nombre de particulares en los respectivos registros de la propiedad inmueble", por las circunstancias de estar los mismos "ocupados ancestralmente por comunidades de los pueblos indígenas".

Es precisamente "la inscripción de los respectivos títulos en los registros inmobiliarios de la jurisdicción que corresponda", lo que perfecciona la adquisición de los derechos reales sobre inmuebles, muy especialmente, el de "dominio" o "propiedad", determinando su oponibilidad frente a terceros, siendo además sabido que el derecho real de "dominio" se caracteriza por la amplitud de las atribuciones que comporta, así como por ser "exclusivo" y "perpetuo", atento que subsiste independientemente del ejercicio que se pueda hacer de él. El propietario no deja de serlo, aunque no ejerza ningún acto de propiedad, aunque esté en la imposibilidad de hacerlo, y aunque un tercero los ejerza con su voluntad o contra ella, ...

De tal forma, vedar a los particulares propietarios que puedan enajenar libremente los inmuebles de su dominio, en razón de su supuesta "ocupación ancestral" por comunidades de pueblos indígenas, importaría tanto como privarlos de su facultad de "libre disposición" de la cosa de su propiedad, contemplada en los artículos 2513, 2515 y concordantes del Código Civil, teniendo presente que además el artículo 2511 del mismo Código preceptúa que: "Nadie puede ser privado de su propiedad sino por causa de utilidad pública, previa a la desposesión y una justa indemnización...". Todo lo cual a mayor abundamiento se encuentra reforzado por la *garantía constitucional de la propiedad* contemplada en la Constitución Nacional en los artículos 14, 17 y 29, como asimismo en los diversos tratados internacionales expresamente mencionados en el inciso 22 del art. 75 de esa misma Constitución, en el que se les asigna "jerarquía constitucional".

Por otra parte, tampoco cubre las objeciones que anteceden, la circunstancia de que en el artículo 2º del proyecto se contemple que "será de aplicación la ley 21.499 (régimen de expropiaciones)... cuando los afectados fueren inmuebles inscriptos a nombre de particulares en el Registro de la Propiedad Inmueble", atento a que de todas maneras con esa genérica alusión a la aplicabilidad de la ley 21.499, no se cumple ni

mucho menos, con los requisitos de la previa declaración por ley de la causa de utilidad pública que fundamente la expropiación de uno o más bienes determinados y del pago de la previa justa indemnización al expropiado.

Por último, la supuesta "ocupación ancestral" de tierras de particulares, por comunidades de pueblos indígenas, tampoco podría privar de su derecho de propiedad a los titulares del dominio de las mismas, en tanto no se concrete por él o en los pretensos ocupantes, mediante la correspondiente acción judicial, la usucapión o prescripción adquisitiva de ellas, de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 3999 y siguientes del Código Civil, la ley 14.159 y demás normas concordantes de fondo y de forma.

Por todo lo expuesto, se considera que la sanción de un proyecto como el que nos ocupa, se constituiría en un nuevo factor de inseguridad jurídica en nuestro país, al avasallar y confiscar el derecho real de dominio de particulares.

8.- Consulta de la Federación Argentina de Entidades Pro Atención a las Personas con Discapacidad Intelectual (FENDIM) sobre el concepto de "organizaciones no gubernamentales". Visto el interés del tema se ha resuelto pasar su estudio al académico Dr. Carlos Manuel Muñiz, con el que aun no contamos en razón de haberle sido remitido en el mes de diciembre pasado.

XI.- Labor de los Institutos

Instituto de Derecho Administrativo

Bajo la dirección del académico Dr. Juan Carlos Cassagne, el Instituto de Derecho Administrativo llevó a cabo diversas sesiones de trabajo en las cuales, entre todos sus integrantes, se examinaron diversas cuestiones vinculadas a esta rama del derecho público.

El 2 de mayo, primera sesión del año, los doctores Alberto B. Bianchi y Fernando García Pullés abordaron el tema "Las acciones de clase" y se analizó el anteproyecto de la ley regulatoria de tales acciones. En la segunda reunión, llevada a cabo el 6 de junio, se continuó con el examen del referido anteproyecto de ley. En reunión siguiente, 15 de agosto, hizo uso de la palabra el Secretario del Instituto, doctor Pablo E. Perrino, quien expuso sobre el tema "La ejecución de las obligaciones de los concesiona-

rios de obras y servicios públicos en el marco del proceso de renegociación contractual previsto en la ley de emergencia N° 25.561". En la reunión organizada el 19 de setiembre, el doctor Guillermo S. Tawil disertó sobre "Los servicios públicos, los tratados de protección recíproca de inversiones y el arbitraje internacional". En la reunión llevada a cabo el 21 de noviembre, los doctores Ismael Mata y Jorge Muratorio desarrollaron el tema "El régimen del compre nacional y las empresas privatizadas". Cabe destacar que en las reuniones de agosto y de noviembre el Instituto contó con la presencia del presidente de la Academia, doctor Horacio A. García Belsunce.

Las actividades del Instituto finalizaron con la tradicional comida de fin de año llevada a cabo el 17 de diciembre.

Finalmente, la dirección del Instituto señala que los integrantes del mismo están preparando diversos trabajos que serán incluidos en el libro colectivo de homenaje con motivo de cumplirse el Sesquicentenario de la Constitución de 1853 que publicará el año venidero la Academia.

Instituto de Derecho Civil

Son bien conocidas las circunstancias del dictado y publicación el día 3 de diciembre de 2001, del decreto del Poder Ejecutivo Nacional N° 1570 sobre "Restricción para los retiros de dinero en efectivo y las transferencias al exterior"; como así luego, a partir del 6 de enero del corriente año 2002, de la caótica andanada de preceptivas de todo tipo, rango y contenido que se fueran sucediendo, con invocación de un estado de "emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria" (art. 1° de la ley 25.561); todo lo cual provocó entre otras tantas consecuencias trascendentes, una "reestructuración" de las obligaciones financieras, administrativas y comunes, y una sensible modificación a nuestro sistema monetario.

Frente a tal estado de cosas este Instituto, que el pasado año 2001 había encarado el estudio y consideración desde el punto de vista jurídico, de posibles implicancias y consecuencias que se podrían llegar a producir en nuestro derecho monetario, ante cualquier alteración del sistema instituido por la ley 23.928, decidió, como era lógico, replantear la consideración de todos aquellos problemas a la luz de la nueva legislación en vigor, avanzando en el estudio y tratamiento de ellos y de los otros tantos nuevos que, sin duda, se irán suscitando.

Fue así que como parte de esa labor, el 3 de julio este Instituto llevó a cabo una reunión pública en la sede de la Academia, con la presencia del presidente de la Corporación, en la cual el director del Instituto, doctor Félix A. Trigo Represas actuó como moderador y expusieron sobre distintos temas vinculados con la emergencia económica el subdirector del Instituto, doctor Santos Cifuentes, y los integrantes del mismo, Rubén H. Compagnucci de Caso y José María Gastaldi; reunión que pudo considerarse como un éxito, por la apreciable concurrencia de interesados, el excelente nivel de todas las exposiciones y el interés despertado, evidenciado luego en el intercambio de ideas entre el público asistente y los disertantes.

El resto del año prosiguió en la misma tarea investigativa, la cual se ha visto coronada ahora con diversos trabajos escritos elaborados por distintos miembros del Instituto; ellos constituyen por cierto la culminación de la labor desplegada, con la que se procuró dar cumplimiento al objetivo primordial propuesto para el año que concluye.

En el convencimiento de que tales trabajos habrán de resultar de interés y utilidad tanto para los estudiosos del derecho, como para la comunidad jurídica en general, la dirección del Instituto sugiere que, como se lo viene haciendo desde tiempo atrás, se edite con tales trabajos un nuevo ejemplar de los "Estudios" del Instituto, que vendría a ser el número nueve de la Serie IV, sin perjuicio de cualquier otra forma de publicación y/o difusión que se pueda estimar pertinente.

Instituto de Derecho Constitucional

Bajo la dirección del académico doctor Jorge R. Vanossi y la subdirección del académico doctor Alberto Rodríguez Varela, el Instituto llevó a cabo cinco reuniones plenarias y un acto público, el 26 de marzo. En la oportunidad, el panel integrado por los doctores Miguel Padilla, Gregorio Badeni, Alberto Dalla Via y Alberto García Lema abordó el tema de la "Delegación legislativa". Actuó como coordinadora la doctora María Angélica Gelli. Las reuniones plenarias tuvieron lugar los días 25 de junio, 6 de agosto, 3 de setiembre, 3 de octubre y 7 de noviembre. En la segunda de las reuniones mencionadas se informó que la Academia había resuelto organizar actividades conmemorativas por el Sesquicentenario de la Constitución de 1853 y – en ese marco – se propuso a los miembros del Instituto efectuar en el año 2003 un acto conmemorativo y una obra colectiva. Se invitó a los integrantes del Instituto a participar en dicha obra escribiendo un trabajo sobre la Constitución Histórica. Esa misma invitación se cursó

al director del Instituto de Derecho Administrativo, doctor Juan Carlos Cassagne. A la fecha han respondido afirmativamente catorce integrantes de este Instituto y doce integrantes del Instituto de Derecho Administrativo. La mayoría de ellos ha fijado el tema a desarrollar y los restantes lo harán en el curso del mes de diciembre.

La primera reunión del año próximo se fijó para el 11 de marzo y, entre otros temas, se estudiará "el principio de inocencia".

Instituto de Derecho Empresarial

En el mes de febrero nuestro colega doctor Jorge R. Vanossi, por entonces Ministro de Justicia y Derechos Humanos, resolvió encarar la posibilidad de introducir reformas al régimen de nuestra legislación societaria. A tal efecto designó una comisión de la que forman parte tres miembros del Instituto, los doctores Jaime Luis Anaya, Julio César Otaegui y Raúl Aníbal Etcheverry. Ello motivó que se propusiera como objeto central de nuestras actividades la consideración de las iniciativas que pudieran luego trasladarse al anteproyecto. De lo realizado da cuenta el texto que seguidamente lo expone.

La primera reunión del Instituto tuvo lugar en el mes de abril. Decidido el referido plan de actividades, se intercambiaron opiniones sobre el alcance que en la circunstancia convenía propiciar en una reforma de la legislación societaria. En tal sentido, se comenzó por un intercambio de pareceres sobre temas relativos a la sistematización legislativa societaria en general. Y así se abrió debate acerca de la conveniencia de introducir modificaciones o de mantener la estructura de la ley 19.550, se evaluó la conveniencia de desmembrar de la legislación general de las sociedades el ordenamiento legal de las sociedades anónimas que hacen oferta pública de títulos valores, según lo ha postulado algún sector de la doctrina o, de una manera más amplia, si resulta o no preferible que todo el régimen de las sociedades anónimas forme un cuerpo separado, conforme a un modelo que tiene señeros antecedentes en el derecho comparado.

En la sesión del mes de mayo, que contó con la presencia del señor presidente de la Academia, doctor Horacio A. García Belsunce, la temática se centró en torno a los grupos de sociedades, enmarcándose el análisis inicial en torno a la posibilidad y ventaja de ingresar legislativamente en la regulación de los Grupos; y, en su caso, si cabe hacerlo dentro de la ley de sociedades en forma sistemática, incorporando un capítulo que aborde normativa-

mente su problemática o, antes bien, si lo adecuado en el estado actual de la cuestión en nuestro medio es la adopción de normas particulares para situaciones específicas. En esa oportunidad, fue expositor del planteo general el doctor Rafael Manóvil, quien con su reconocida versación en el derecho de los grupos societarios, trazó un ilustrativo panorama sobre el estado en que se encuentra la cuestión y las posibles implicancias que ofrece el seguimiento de las opciones que se presentan en el derecho comparado.

De particular interés fue el aporte que efectuó el expositor a propósito de las recomendaciones dirigidas a la Unión Europea por parte del Foro Europeo sobre derecho de grupos de sociedades en 1998. A partir de este panorama se fueron desgranando distintas cuestiones y se plantearon pareceres sobre la posible inserción de ciertas reglas en nuestra legislación societaria.

En ese orden de ideas, por ejemplo, se destacó que la adopción por el Foro Europeo de una corriente doctrinaria y jurisprudencial francesa convalidando el interés grupal, requeriría para trasladarse a nuestra ley societaria la derogación de la primera parte del art. 54 LSC, en cuanto impide a la sociedad controlante compensar el daño que causa a la sociedad con el lucro que produce en otros negocios.

También se resaltó, dentro de la misma orientación, gravitante en un concepto del interés social adaptado a la política de los grupos, la conveniencia de introducir alguna aclaración al texto del art. 248 LSC para contemplar la situación particular de los intereses encarados en una visión global. Tal referencia a la problemática suscitada por la interpretación del art. 248 LSC fue ocasión para que se introdujera también la propuesta relativa a la necesidad de correlacionarlo y armonizarlo con el art. 251 LSC, a fin de saldar discusiones doctrinarias hoy en vigor sobre si los actos en violación al art. 248 LSC se sancionan solamente con los daños y perjuicios o son, además, pasibles de la impugnación inherente a los actos contrarios a la ley, establecida por el art. 251 LSC.

De esta fecunda sesión cabe recordar asimismo las menciones del doctor Manóvil acerca del tratamiento deparado por el Foro Europeo al contrato de dominación, y la recomendación de reconocer el derecho de exclusión de los socios minoritarios bajo determinadas circunstancias —v.gr. cuando no es rentable para la sociedad su mantenimiento—. Se recordó que esta posibilidad está presente en nuestro derecho a través del decreto delegado N° 677/01, solución que deparó distintas apreciaciones.

En otro orden, se puntualizó la necesidad de realizar algunos ajustes a la redacción de los arts. 31 y 32 LSC y de derogar el art. 30 para facilitar una más adecuada recepción legislativa de la actuación de los grupos.

Otro de los capítulos considerados por el Foro Europeo que suscitó un amplio intercambio de ideas, fue el relativo a la sociedad unipersonal, existiendo un consenso general entre los asistentes a su recepción en nuestra ley, más allá de las objeciones conceptuales que suele despertar la noción de una sociedad de una sola persona. Y no dejó de tenerse en cuenta que la figura de la sociedad unimembre involucra situaciones heterogéneas, pues son notoriamente distintas las unimembres constituidas por una persona física de las que forman parte de un grupo societario. También se tuvieron en cuenta algunas cuestiones que como la infracapitalización, por ejemplo, requerirían un tratamiento particularizado en el caso de sociedades que integran grupos.

Muchas otras propuestas de reformas legislativas concretas fueron introducidas por los distintos miembros del Instituto en la sesión de mayo, siendo del caso recordar, entre otras, la sugerencia de contemplar en el art. 54 LSC la llamada desestimación descendente de la personalidad; la de prever un sistema de cooptación para la designación del director, como alternativa en las sociedades que prescinden de sindicatura, a fin de remediar la vacancia o para implementar la alternancia en el poder; la de corregir un vacío legal que permite que sea posible la remoción incausada de los directores electos por voto acumulativo; también la de aclarar si en el caso del art. 272 LSC el director con interés contrario integra o no el quórum cuando se va a tratar la cuestión en la que no puede intervenir, como asimismo determinar con una regla expresa si el directorio puede o no ser integrado por personas jurídicas.

En las reuniones de junio y julio se prosiguió con el análisis de cuestiones controvertidas en la interpretación de los textos vigentes y con la consideración de las orientaciones más recientes en el derecho comparado dentro del campo del derecho societario. Fue así que con motivo de una exposición acerca del régimen francés de la sociedad por acciones simplificada, que data del año 1994 y fuera sustancialmente reformado en 1999, se generó un rico intercambio de opiniones respecto de la conveniencia o no de regular en la República Argentina regímenes legales diferenciados para las sociedades anónimas, tal como lo hace el derecho francés con la simplificada o se propone establecer en Italia con regulaciones de distinta complejidad, según lo prevé la ley delegante 366/01. Y en su caso, si co-

rresponde o conviene que se adopten como tipos diferenciados, como acontece en la legislación francesa, o es preferible mantener la disciplina del tipo dentro de una concepción unitaria que permita el despliegue de modalidades con distintos márgenes para la autonomía privada.

En la sesión del mes de agosto, expusieron los doctores Araya y Vergara del Carril sobre el tema del capital social y de las acciones sin valor nominal. El primero realizó inicialmente una descripción de las tendencias en materia de capital social en la Unión Europea, para pasar luego a considerar comparativamente el régimen legal vigente en la Argentina, del cual destacó la concepción garantista del capital social que impera, traducida en el criterio que impone como principio general que sólo pueden aportarse "bienes susceptibles de ejecución forzada". Agregó el doctor Araya que las necesidades actuales imponen reconsiderar la función de garantía teniendo en cuenta que ésta no se encuentra determinada solamente por el capital social sino por la capacidad de la sociedad de generar utilidades, que entre otros factores, se logra a través de bienes intangibles. De allí que se postule remover la restricción señalada sobre las aportaciones en las sociedades de capital, sustituyéndola por el criterio que ya desde el año 1972 impera en la Unión Europea, que es posibilitar aportes de todo tipo de "derechos patrimoniales susceptibles de valoración económica".

En otro orden de ideas, el doctor Araya también destacó la tendencia en la Unión Europea hacia la ruptura con el principio tradicional de la proporcionalidad entre los derechos del accionista y el monto del capital que representan. Por último, consideró la utilidad de reflexionar sobre las soluciones más adecuadas para encarar los casos de infracapitalización nominal, planteando el ejemplo de soluciones adoptadas en la legislación comparada, algunas de las cuales postergan la restitución de los préstamos efectuados por los accionistas de la sociedad a ésta, subordinándolos al previo pago de otras deudas en situaciones de cesación de pagos.

El doctor Vergara del Carril se refirió especialmente a la alternativa de posibilitar la emisión de acciones sin valor nominal, deteniéndose en el análisis de los argumentos en pro y en contra de mantener la prohibición del art. 202 LSC de emitir acciones bajo la par. La ausencia de una solución adecuada y la insuficiencia del régimen de la ley 19.060 ha conducido a una situación de excesivo endeudamiento mediante la emisión de otros títulos, originando serios problemas que podrían superarse eliminando el requisito del valor nominal de los títulos acciones.

Los temas abordados por ambos expositores provocaron un ilustrativo intercambio de pareceres y exposición de distintos puntos de vista sobre las ventajas y las dificultades de adoptar soluciones que importen cambios sustanciales en un momento de tan grave crisis económica e institucional.

Durante el mes de septiembre tuvo lugar una sesión pública en la que el doctor Héctor Alegría realizó una muy interesante disertación sobre la evolución y prospectiva del derecho de crisis.

En la sesión de octubre, los doctores Julio César Otaegui y Jaime Luis Anaya actuaron como expositores de algunas propuestas de modificación al régimen de la asamblea de accionistas en nuestra ley de sociedades, temática cuyo amplio interés entre los miembros del Instituto determinó que fuera continuada en la última sesión del mes de noviembre.

Numerosos fueron los temas relacionados con la asamblea que se consideraron, muchos de ellos de índole práctica que generan frecuentes conflictos. Entre las aludidas cuestiones merecen destacarse: la posibilidad de establecer en la ley la necesaria adopción de un reglamento para la constitución y funcionamiento de las asambleas, y en su caso, la determinación acerca de si esa reglamentación debería ser aprobada por asamblea ordinaria o extraordinaria; el régimen de la confección, aprobación e impugnación de las actas; la expresa definición acerca de la necesaria resolución de la asamblea para decidir sobre la constitución de filiales o la adquisición de participaciones significativas, disposición de activos importantes, celebración de convenciones de accionistas; posibilidad de que los accionistas concurran a las asambleas con asesores, escribanos y otros profesionales, así como el marco que conviene fijar a la actuación de éstos en la asamblea; posibilidad de realizar asambleas con participación a distancia y de asambleas cuyo desarrollo se realice íntegramente en país distinto de la República Argentina, cuando la sociedad tiene en ella su domicilio; el voto por correspondencia; la conveniencia de delimitar razonablemente los alcances de la suspensión de decisiones asamblearias por vía cautelar y la posibilidad de suplirla por soluciones alternativas; la flexibilización de las formas de convocatoria a asamblea manteniendo o no la publicación edictal; la regulación de la asamblea unánime permitiendo que una vez constituida pueda resolver bajo el principio mayoritario; la situación de los accionistas que no canjean las acciones dispuesto por resolución asamblearia, así como la de

los accionistas que durante años se desvinculan de las actividades societarias y no cobran los dividendos declarados; el esclarecimiento del órgano a quien compete decidir la celebración de convenciones parasociales.

Finalmente, otros temas que surgieron en estas dos últimas reuniones, aunque vinculados más estrechamente a las funciones del directorio, fueron el encuadre legal de los llamados contratos de administración o gerenciamiento y el alcance con el que resultaría aceptable su compatibilidad con el régimen de la administración personal e indelegable establecido por la legislación argentina; y la conveniencia o no de precisar si los estados contables de la sociedad deben ser puestos a consideración de la asamblea con la expresa aprobación del directorio.

Sección Derecho del Trabajo del Instituto de Derecho Empresarial

Bajo la dirección del académico doctor Antonio Vázquez Vialard, esta sección comenzó sus actividades en el mes de abril y finalizaron en el de noviembre. Se realizó una reunión mensual en la sede de la Academia, y todas ellas fueron grabadas y luego desgrabadas y volcado su contenido en cuadernos que se distribuyeron entre los miembros de la sección. También se fotocopió y distribuyó documentación y antecedentes vinculados con cada uno de los temas tratados.

A principio de año, en la primera sesión, se estableció un temario para las sucesivas reuniones. En cada una de ellas, uno de los integrantes del grupo, designado con anterioridad, la inició con una exposición del tema previamente determinado y luego se efectuó un cambio de ideas y de información sobre el mismo.

Seguidamente se detallan las reuniones, fecha de las mismas, temario y expositor en cada una de ellas:

El 9 de abril, "La procedimentalización en los despidos", por el doctor Juan Angel Confalonieri.

El 7 de mayo, "La cláusula de solidaridad sindical, aplicada respecto de los empleadores (C.C.T.: Plásticos y Metalúrgicos)", por el doctor Luis Ramírez Bosco.

El 2 de julio, "La continuación de la empresa en quiebra, después de la modificación del art. 190 de la L.C.Q.", por el doctor Mariano Gagliardo. En

dicha oportunidad concurrió el presidente de la Academia, doctor Horacio A. García Belsunce.

El 13 de agosto, "La potestad reglamentaria en la Constitución Nacional y su incidencia en el Derecho del Trabajo (arts. 76 y 99, inc. 2 y 3)", por el doctor Alfonso Santiago.

El 3 de setiembre, "Iniciando un diálogo entre economistas y laboralistas", por el licenciado Kritz.

El 1° de octubre, "Pesificación de las deudas laborales en dólares", por el doctor Osvaldo Madaloni.

El 5 de noviembre, "Régimen previsional: situación de crisis y proyectos de reforma", por el doctor García Gapp.

Instituto de Derecho Internacional y de la Navegación

Con la dirección del académico doctor José Domingo Ray el Instituto realizó las siguientes actividades:

I.- Derecho Internacional

En la primera reunión del 3 de abril se propuso el plan de trabajo que se realizaría este año, junto con el Instituto de Derecho Internacional del Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales (CARI), a cargo de la doctora Gladys Sabia de Barberis, sobre "Derecho Internacional Penal" y sobre el "Derecho del Mar" .

1.- Estatuto de Roma y el proyecto de ley nacional

El 1° de julio del año 2002 entró en vigencia el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, y la Argentina ha aprobado el convenio y depositado el instrumento de ratificación en febrero de 2001.

En razón de la importancia del tema, el Instituto y el de Derecho Internacional del CARI organizaron, en esta Academia, un acto público en el que participaron los autores del proyecto de ley complementaria del Tratado de Roma y la doctora Hortensia Gutiérrez Posse como coordinadora del panel. Ese panel estuvo integrado por los doctores Eduardo Aguirre Obarrio, Horacio Basabe, Andrés D'Alessio, Silvia Fernández y José Agustín Reilly.

2.- Seminario sobre Derecho del Mar

Con la participación de ambos Institutos se organizó un "Seminario de actualización en Derecho del Mar", celebrado los días 22 y 23 de agosto en el CARI.

Estuvo a cargo del doctor Ray la inauguración del seminario, oportunidad en la que se recordó que a comienzos de la década de 1970, el Secretario general de la Academia de Derecho Internacional de La Haya, René Dupuy, en una reunión de la Asociación Argentina de Derecho Comparado, destacó la transformación del derecho del mar y decía que de unidimensional y referido a la circulación, había pasado a ser pluridimensional y de la empresa, tipificado por la influencia de la costa hacia el mar.

Emmanuel du Pontavice, sucesor de Georges Ripert y René Rodiere en la cátedra de derecho marítimo de la Universidad de París, puntualizaba que el mar ya no era sólo una superficie para la circulación, sino un volumen a explotar. En el pasado era un lugar de pesca y una vía de comunicación; hoy los fondos marinos adquieren un relieve inusitado por las posibilidades que se presentan para su industrialización.

Más de 20 años han transcurrido desde la publicación de la obra de Dupuy, "L'Ocean partage", en la que precisaba esos conceptos y hoy el derecho del mar está regulado en una Convención que es un ejemplo de la codificación que presenta el derecho internacional público y la relatividad de las llamadas "autonomías en derecho" ya sean de carácter científico, legislativo, jurisdiccional o didáctico.

En efecto, esta nueva rama del orden jurídico, cuya sistematización se justifica y está codificada en la Convención de Naciones Unidas de 1982, trata temas fundamentales de derecho internacional público, de derecho penal, marítimo, ambiental, procesal y económico empresarial.

Tiene su propio órgano jurisdiccional, el Tribunal del Mar, con sede en la Ciudad Libre y Hanseática de Hamburgo, que ha dictado algunos fallos como el del "Saiga" con interesantes referencias a temas, como el otorgamiento del pabellón y el embargo de buques, que son típicos del derecho marítimo.

La programación fue realizada por la doctora Gladys Sabia en cinco paneles. Los temas y los expositores fueron los siguientes:

- Los espacios marítimos. Expositores: Embajador Horacio Basabe, Ministro Eugenio Curia, Consejero Holger Martinsen, Dr. Francisco Orrego Vicuña (Chile).

- La plataforma continental. Expositores: Dra. Frida Armas Pfirter, Capitán de Navío Osvaldo Pedro Astiz, Embajador Luis Baqueriza.

- La zona en la Convención de 1982. Expositores: Dra. Frida Armas Pfirter, Secretario Fernanda Millicay.

- El derecho de pesca. Expositores: Dr. Armando Abruza, Consejero Alan Béraud, Ministro Ariel Mansi, Dr. Ernesto Rey Caro.

- Aspectos jurisdiccionales. Expositores: Dr. Hugo Caminos, Dr. Francisco Orrego Vicuña y Dr. Raúl Vinuesa.

3.- Comunicación del doctor Caminos al plenario de la Academia

No puede dejar de señalarse que se informó en el Instituto que el doctor Hugo Caminos ofreció una comunicación privada en el plenario de la Academia, el 13 de junio, titulada "Algunas consideraciones sobre la creación de tribunales internacionales especializados: El caso del Tribunal Internacional del Derecho del Mar". Existen separatas ya publicadas sobre esta comunicación.

4.- Derecho Ambiental

La doctora Gladys Sabia de Barberis, en la última reunión del año, entregó para el Instituto un trabajo sobre "La protección del medio ambiente en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia."

II.- Derecho Marítimo

1.- Responsabilidad del propietario y el armador

En el plan de trabajo del Instituto figuraba una monografía que prepararía el doctor Diego Chami y que se analizaría en una reunión específica, lo cual así se hizo.

2.- Transporte de pasajeros

El doctor Diego Chami concurrió a la conferencia diplomática convocada por la Organización Marítima Internacional en Londres, en la cual se aprobó el proyecto de protocolo sometido a la misma. Como ya se había informado, se establecen sobre el sistema vigente, la responsabilidad objetiva

hasta una cifra límite de 250.000 unidades de cuenta y uno complementario fundado en la culpa. Este tema será parte del trabajo que tenemos en proyecto sobre los límites de responsabilidad en el derecho y, en especial, en el de la navegación. Ese doble sistema es similar al del Convenio de Montreal.

Posiblemente ese protocolo se traduzca en un nuevo texto de Convención Internacional, que mantendrá el título de Convenio de Atenas, ya que el protocolo sólo modifica los arts. 4, 6 y 7 del referido Convenio, aprobado en 1974.

El aumento de la responsabilidad llevó a un importante debate al que se referirá el doctor Chami en el informe que nos hará llegar.

3.- Asistencia y salvamento

Es de señalar que se han realizado gestiones en nombre de la Asociación Argentina de Derecho Marítimo reiterando notas anteriores sobre la conveniencia de ratificar la Convención de Asistencia y Salvamento aprobada en la Conferencia Diplomática de Londres de 1989. Próximamente la dirección del Instituto tendrá una reunión con el Consejero Legal de la Cancillería para reiterar la conveniencia de proponer al Congreso un proyecto de ley para su ratificación.

4.- Derecho Internacional Privado

El doctor Cappagli, que se encontraba en el exterior y no pudo concurrir a nuestra última reunión del Instituto, nos ha hecho llegar un proyecto de la primer parte de su trabajo sobre "El Derecho Internacional Privado de la Navegación", analizando los conflictos de leyes y sus soluciones. Esperamos que en el curso del año próximo se concluya con lo referente a conflictos de jurisdicción, porque la obra será un aporte importante al que debemos dedicar la colaboración del Instituto.

5.- Transporte de mercaderías

Bajo el rubro *"Issues of Transport Law"* el Comité Marítimo Internacional ha estado trabajando desde hace años (en lo internacional se han realizado 11 reuniones). El tema está estrechamente vinculado a la regulación del transporte multimodal y al planteo de si debe regularse desde un punto de vista internacional el transporte *"door to door"* o limitarse exclusivamente al marítimo, puerto a puerto.

En el mes de abril, el doctor Ray viajó a Perú, con motivo de celebrarse los 25 años de la Asociación Peruana de Derecho Marítimo y se contemplaron esos trabajos del Comité Marítimo Internacional y los comentarios de la Comisión de Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo (UNCTAD) sobre la base de elaborar un nuevo texto en reemplazo de las Reglas de Hamburgo y de La Haya - Visby.

Esa tarea coincidió con la referida a una exposición a cargo del doctor Ray sobre "El derecho marítimo internacional en miras al siglo XXI".

6.- Seguridad pública

Sobre el tema "Maritime Security" y la conferencia diplomática que se celebraría del 9 al 13 de diciembre, informó el doctor Cap. Guillermo Bartoletti, auditor de la Marina de Guerra y se destacaron las consecuencias que derivarán para la actividad naviera.

La Organización Marítima Internacional ha seguido con sumo interés las consecuencias que resultarán del reciente accidente del "Prestige" y se proyectarán trabajos en el Comité Jurídico de la entidad (texto en Internet).

III.- Derecho Espacial

Los doctores Oscar Fernández Brital y Mercedes Esquivel de Coca hicieron referencia a los trabajos que tienen en proyecto sobre derechos espaciales y el protocolo de UNIDROIT.

IV.- El tema de la responsabilidad

En el curso de la reunión del 28 de mayo se consideró la posibilidad de realizar un seminario bajo el título "Distintos aspectos de la teoría general de la responsabilidad en el derecho", con especial referencia al internacional, marítimo, aeronáutico y espacial.

El doctor Julio Barboza se refirió al tema que está en consideración para la realización de una conferencia o un seminario el año próximo.

V.- Derecho Aeronáutico

El grupo de derecho aeronáutico, en especial los doctores Rodríguez Jurado y Cosentino, hicieron conocer sus puntos de vista con respecto al

convenio de Montreal sobre responsabilidad en el transporte y a su posible ratificación por la República Argentina. La nueva Convención, que cuenta con 25 ratificaciones, entrará en vigencia cuando lleguen a 30.

En el curso del año próximo se harán conocer las conclusiones sobre la base de los trabajos realizados.

VI.- Convenio de UNIDROIT de 2002

Con motivo de la Conferencia en Ciudad del Cabo, en la cual se aprobó el convenio de UNIDROIT referente a gravámenes sobre equipos móviles y, en especial, el protocolo sobre aeronaves - a la cual concurrió la doctora Inés Weinberg de Roca como representante argentina - la Academia recibió un pedido de dictamen con respecto a la conveniencia de su ratificación o adhesión al mismo.

La Dirección del Instituto preparó un proyecto de respuesta, acompañando un dictamen del doctor Eduardo Cosentino que había presentado a la Facultad de Derecho de la U.B.A. Ese proyecto fue elevado a la Mesa Directiva de la Academia, la que dispuso su envío al Ministerio de Relaciones Exteriores, cumpliendo el requerimiento formulado por su Consejero Legal, doctor Eugenio Curia.

Instituto de Derecho Procesal

Bajo la dirección del académico doctor Lino E. Palacio y la subdirección del académico doctor Augusto Mario Morello, el Instituto de Derecho Procesal de la Academia ha mantenido el enfoque sobre el tema de la habilitación profesional. Este aspecto, que se comenzara a estudiar en la ciudad de La Plata y al que luego se sumara el análisis y el aporte de colegas de la ciudades de Córdoba y Río Cuarto, de miembros de la Universidad Nacional de Mar del Plata y las inquietudes expresadas en los distintos coloquios y jornadas científicas por parte de los abogados jóvenes, no ha tenido en nuestro país una reglamentación especial, toda vez que la obtención del título y el matricularse en el respectivo colegio de abogados posibilita el ejercicio profesional pleno, para la totalidad de las incumbencias de asesoramiento, representación y patrocino letrado en el ámbito tribunalicio al igual que en la empresa privada.

Importa destacar que en el trabajo final, luego de la experiencia que arrojó el XIII Congreso Nacional de Jóvenes Abogados organizado por la

F.A.C.A., celebrado en Formosa los días 2 y 3 de noviembre de 2001, se impuso un cambio de metodología que, apartándose del resistido requisito de habilitar con nuevas exigencias de capacitación, de espacios temporales o de parcialización (recurso extraordinario), significaría mayores exigencias para la actividad responsable y la cabal defensa de los intereses de los particulares.

Resultado de lo expuesto es el trabajo final, que alcanzó un punto de equilibrio y de realismo, asegurando una mejor destreza y entrenamiento continuo en los términos que en la investigación y las conclusiones se postulan.

Independientemente de lo expuesto, se evacuó, asimismo, una consulta presentada por el doctor Humberto Quiroga Lavié, Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, acerca de los posibles cambios de trabajo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Estudiada la requisitoria, dos modalidades fueron consensuadas y constituyeron la respuesta respectiva.

Es de señalar que el Instituto cuenta con una importante y calificada participación de estudiosos, profesores de la disciplina y doctrinarios, lo que asegura la intensificación de las actividades durante el ejercicio 2003, al comienzo del cual serán propuestos los temas que convocarán a aquellos.

XII. - Premios de la Academia

Premio Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires

Para la adjudicación de este premio se designó un jurado integrado por los señores académicos titulares doctores Juan R. Aguirre Lanari, Augusto M. Morello, Julio César Otaegui, José Domingo Ray y Julio César Rivera. Con fecha 26 de octubre de 2001 el jurado mencionado expidió por unanimidad un dictamen, debidamente fundado, en el que concluye proponiendo que se adjudique el premio al libro del doctor Fernando A. M. Toller titulado "Libertad de prensa y tutela judicial efectiva".

Además, el jurado propuso y el plenario académico así lo decidió, que se conceda Accésit para distinguir las obras del Dr. Juan Vicente Sola, "Control judicial de constitucionalidad"; del Dr. Pablo D. Heredia, "Tratado exegético de derecho concursal" y del Dr. Alberto Ricardo Dalla Via, "Derecho

constitucional económico". El 23 de mayo se realizó el acto público en el cual se hizo entrega de las distinciones correspondientes, acerca de lo cual se informó en el punto IV.1. de esta Memoria.

Premio Estímulo Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires

El tema del concurso fue "Intimidad y privacidad en el derecho" y el jurado estuvo integrado por los académicos titulares doctores Eduardo Aguirre Obarrio, Jorge H. Alterini, Santos Cifuentes, Félix A. Trigo Represas y Jorge R. Vanossi. En la sesión privada del 10 de octubre el jurado presentó su dictamen aconsejando acordar el Premio al trabajo presentado con el seudónimo de "Mario Lamondo", perteneciente al doctor Manuel Ernesto Larrondo. El Plenario aprobó el dictamen y en la sesión privada del 28 de noviembre, con la presencia del doctor Manuel E. Larrondo, familiares y amigos, se hizo entrega al premiado de la recompensa y el diploma correspondientes. En nombre del jurado, el doctor Santos Cifuentes se refirió al tema y los méritos del trabajo seleccionado. Al finalizar, el doctor Larrondo agradeció la distinción recibida.

XIII.- Biblioteca

Prosiguió sus tareas en la biblioteca la doctora María Luz Rezk. Durante el año se dieron de baja una gran cantidad de anteriores publicaciones de la Academia. Se armaron 52 cajas y 31 bolsas que sumaron unos 1.100 kilogramos de papel, que se donaron a la Fundación Garrahan. Además, se enviaron publicaciones de la Academia a diversas casas de altos estudios y a entidades que así lo requirieron.

La doctora Rezk clasificó, ordenó e informatizó todos los libros y presentó un catálogo temático que contiene la computadora.

Aún restan ordenar e informatizar las publicaciones recibidas de otras academias e instituciones argentinas y extranjeras.

XIV.- Publicaciones

Como en años anteriores, La Ley Sociedad Anónima Editora e Impresora continúa editando las publicaciones de la Academia, ya sean los anales, las separatas correspondientes a los trabajos de los académicos y de los institutos así como las obras que integran la colección de la Corporación.

Durante el corriente año se han publicado separatas de todas las conferencias y comunicaciones de los señores académicos mencionadas en el capítulo IV que antecede y además se han publicado las siguientes obras: "Condición jurídico – política de la Ciudad de Buenos Aires", XIV Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires, Obra N° 29; "El Derecho de Daños en el Derecho Público y en el Derecho Privado", XIV Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires, Obra N° 30; "Estudios sobre las posibles implicancias de la ley de convertibilidad 23.928", obra número 8 del Instituto de Derecho Civil.

La Academia agradece a La Ley Sociedad Anónima Editora e Impresora su valiosa colaboración en la difusión de la labor académica.

El estudio Sigma editó la obra "Derecho Internacional", del Instituto de Derecho Internacional y de la Navegación.

XV.- Distinciones y labor extra - académica de los señores académicos

El doctor Juan R. Aguirre Lanari hizo uso de la palabra en el acto de evocación al doctor Bartolomé Mitre, en su carácter de Presidente de la Comisión de Homenaje. También, el doctor Aguirre Lanari fue designado académico titular de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas.

El doctor Hugo Caminos dictó un curso sobre Derecho Internacional Público y un seminario sobre Instituciones Interamericanas, en la escuela de Derecho de la Universidad de Miami; participó de diversas sesiones del Tribunal Internacional de Derecho del Mar y asistió a la reunión de los Estados partes de la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar, en New York. Asimismo, el doctor Caminos participó de un seminario de la "Association Internationale du Droit de la Mer", en Túnez, y de entrevistas con funcionarios del Comité de Pesca, de la FAO, en Roma. Con el doctor Alberto Rodríguez Varela, recibió una distinción de parte del Servicio de Justicia del Ejército.

El doctor Hugo Caminos fue reelegido Juez del Tribunal del Derecho del Mar y mereció el premio "Lawyer of Americas", que otorga la Facultad de Derecho de la Universidad de Miami y fue invitado por la Alta Comisión de Embajadores de las Naciones Unidas, para participar como panelista en los actos celebratorios del vigésimo aniversario de la apertura a la firma de la Convención sobre Derecho del Mar.

El doctor Horacio A. García Belsunce fue designado Doctor Honoris Causa por la Universidad Católica de Salta. En el acto en que recibió la distinción disertó sobre "La ciencia de las finanzas públicas y el derecho tributario en el cuadro de las ciencias jurídicas". Tuvo a su cargo la presentación del libro del académico Dr. Héctor B. Villegas, "Curso de finanzas, derecho financiero y tributario", en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Dictó la clase inaugural del curso de posgrado "Actualización tributaria" en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Disertó sobre "La inseguridad jurídica. Sus causas y efectos en la política y la economía" en el Colegio de Abogados de Salta y en la Asociación Argentina de Derecho Comparado. En el Instituto de Estudios Interdisciplinarios en Ciencia y Tecnología de la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires, hizo una exposición sobre "Comentarios sobre aspectos políticos, jurídicos y económicos de la situación actual".

El doctor Julio César Otaegui habló en el acto público organizado junto con las Academias Nacionales de la Historia y de Letras en homenaje al doctor Estanislao Zeballos, que fuera miembro titular de la Corporación.

El doctor Lino E. Palacio fue elegido para integrar el Consejo de la Magistratura.

Los doctores José D. Ray y Alberto Rodríguez Galán recibieron la condecoración de la Orden Ecuestre Militar del Escuadrón de Granaderos a Caballo "General San Martín".

El doctor José D. Ray asistió al Seminario sobre "Transporte de mercaderías", organizado por la Asociación Peruana de Derecho Marítimo, en Lima, y en esa oportunidad recibió una bandeja de plata como testimonio de agradecimiento por sus contribuciones a la Asociación organizadora.

El doctor Julio César Rivera concurrió al Congreso de la Academia Internacional de Derecho Comparado, realizado en Australia.

El 3 de enero de 2002, el académico titular doctor Jorge R. Vanossi fue designado Ministro de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

El doctor Félix A. Trigo Represas se desempeñó como Consejero Académico del Consejo de la Magistratura de la Provincia de Buenos Aires y como Consejero Consulto Honorario del Instituto de Investigación de Ciencias Jurídicas y Morales de la Facultad de Derecho de la Universidad

Católica de La Plata. Asimismo, el doctor Trigo Represas fue designado Profesor Extraordinario Visitante de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad FASTA de Mar del Plata.

XVI. - El resultado contable del ejercicio

Los estados contables correspondientes al ejercicio cerrado el 31 de diciembre de 2002 presentan particularidades en su expresión que los hacen diferentes a los de ejercicios anteriores. La reforma al sistema monetario, financiero y cambiario como consecuencia de la ley 25.561, llamada de emergencia económica, sancionada el 6 de enero de 2002, y de su decreto reglamentario 214 del 3 de febrero de 2002, ha producido efectos que alteran los estados contables.

El proceso inflacionario derivado de esas reformas, distorsiona la moneda de curso legal como unidad de medida de la información contable, que deja de constituir un patrón estable de valor. La necesidad de reexpresar los estados contables en moneda homogénea da lugar a la aplicación de un método específico de corrección de las distorsiones producidas en la información contable a valores históricos. Si así no se hiciere, los diferentes rubros del estado de situación patrimonial expresarían importes medidos en moneda de poder adquisitivo disímil. La determinación del patrimonio neto al cierre del ejercicio, en moneda histórica, constituiría una cifra carente de sentido que surgiría de la sumatoria de importes heterogéneos. El mantenimiento de activos y pasivos en moneda de curso legal (sin ajuste por inflación), origina pérdidas y ganancias de poder adquisitivo, conocidas como *resultados por exposición a la inflación* (REI).

Dicho de manera más concreta, a los efectos de comparar las cifras del balance 2001 con las del 2002 debió ajustarse por inflación los saldos del 2001 utilizando el coeficiente 2,1821, que es el coeficiente de inflación al 31.12.2002.

Para señalar algunos casos concretos, vemos que el patrimonio neto al 31.12.2001 que según el balance a esa fecha fue de $587.116,51, aplicando el coeficiente antes mencionado, se eleva a la cifra de $1.281.146,57, la que confrontada con el patrimonio neto al 31.12.2002 que es de $869.270,29, arroja una pérdida en el resultado de este ejercicio de $411.876,28, lo que puede verse en el "Estado de recursos y gastos" y en el cuadro de "Estado de evolución del patrimonio neto". Adviértase que en éste último la mayor incidencia en el resultado está determinada por el REI que, aplicado a los saldos iniciales, da una cifra de $694.030,06.

Otro aspecto digno de destacar es el que corresponde a las inversiones que integran el activo corriente (ver nota 6) que, como consecuencia de variaciones en cotizaciones y de la sustitución de un plazo fijo por BODEN 2012 (derivado de la pesificación), han aumentado de $497.156,35 a $683.359,33 (ver cuadro de activo corriente). Por la misma razón, los bienes de uso que integran el activo no corriente han aumentado de $83.103,88 a $162.775,13.

XVII.- Reflexiones finales

En nuestra declaración sobre la situación institucional del país, dada el 11 de febrero de 2002, que publicamos en la memoria anterior, señalamos que a comienzos del año se habían producido cambios institucionales que afectaron el orden político, jurídico, económico y social de toda la Nación. En ese entonces, dijimos que había una profunda crisis de credibilidad, que se agudizó la falta de seguridad jurídica, que las medidas económicas y financieras adoptadas estaban en buena parte viciadas por su inconstitucionalidad, que la devaluación – no acompañada de un plan económico integral – , conduciría al control de cambios, al encarecimiento de precios, al decrecimiento de la economía, a la disminución de los ingresos reales, a la falta de inversiones y de crédito y a una mayor desocupación.

Ha transcurrido un año y nuestras advertencias pasaron a convertirse en realidades. Además, el panorama institucional empeoró. El enfrentamiento del poder ejecutivo con la Justicia llegó a su punto culminante con el pedido de juicio político a la Corte Suprema, intentado más contra la institución misma que contra sus integrantes, y cuyo final ha dejado a la Corte aún más debilitada. La independencia del poder judicial ha quedado afectada al designarse para cubrir una vacante en el Tribunal al presidente provisional del Senado, electo como candidato del partido gobernante.

La suerte de los argentinos, que depende de que se les reconozca o no sus derechos garantizados por la Constitución Nacional, entre ellos el de la propiedad que cubre todos sus patrimonios, está pendiente de decisiones judiciales que, sorprendentemente, son objeto de negociación. Es importante para el futuro del país la decisión del Alto Tribunal sobre la constitucionalidad o no de la "pesificación" como efecto de una devaluación descontrolada.

Con fecha 5 del corriente mes y después de injustificadas dilaciones, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha declarado, en la acción de amparo interpuesta por la provincia de San Luis, la inconstitucionalidad de la

"pesificación" de los depósitos en monedas extranjeras existentes en el sistema financiero, que fueron convertidos a pesos a razón de $1,40 por cada dólar estadounidense o su equivalente en otra moneda extranjera, en virtud del artículo 2º del decreto 214/02.

La inconstitucionalidad declarada se limita a los depósitos bancarios, y no se extiende a la "pesificación" de todas las obligaciones de dar sumas de dinero, expresadas en monedas extranjeras, dispuesta por los arts. 1º y 8º del citado decreto, en razón de que la decisión se ajusta estrictamente al tema de la litis, referida exclusivamente a los depósitos bancarios. No obstante, de los considerandos bien fundamentados del fallo, se extraen conclusiones y argumentos válidos para plantear la inconstitucionalidad de los otros supuestos que surgen del plexo normativo resultante de la ley de emergencia económica 25.561 y los numerosos decretos que han sido consecuencia de ella. Bien dice el decisorio en su considerando 21) que lo allí resuelto no puede proyectarse a otros supuestos cuyas particularidades serán examinadas por el Alto Tribunal en la medida en que arriben a sus estrados.

Debemos destacar que la Corte además de reiterar y sentar criterios acerca de los recaudos que debe cumplir la legislación de emergencia, considera como otro fundamento de la inconstitucionalidad del art. 2º del decreto 214/02 que éste viola derechos adquiridos al amparo de la ley 25.466 que dispuso la llamada "intangibilidad de los depósitos". Por último, señalamos la trascendencia que tienen los votos en disidencia de la minoría del Tribunal, en cuanto consideran que el fallo de la mayoría "adolece de nulidad absoluta por el grave vicio que lo corroe y lo torna ilegítimo", con motivo de la resolución denegatoria de la recusación con causa de un juez integrante de la mayoría.

En otro orden de cosas, se agrega que el panorama político es desconcertante. La ciudadanía está absorta frente a una lucha de ambiciones personales y no de programas de gobierno. Tanto que creemos que la inseguridad política está en la raíz de la inseguridad jurídica y económica. La falta de respeto a las instituciones, al ordenamiento legal y la impunidad con que se actúa contra la propiedad pública y privada, son claros exponentes de la inseguridad física de las personas y de sus derechos y de la falta de autoridad de los poderes de gobierno para garantizar el orden jurídico, presupuesto ineludible en un estado de derecho.

La Academia se ha hecho eco de las inquietudes ciudadanas. No vivimos en una campana de cristal. Por ello, hemos abordado en actos públicos,

comunicaciones y trabajos de los institutos, los problemas actuales del país, para colaborar en su esclarecimiento, en particular en cuanto se refiere a la recuperación y mejoramiento de nuestras instituciones jurídicas.

Esta memoria es la mejor expresión de la intensificación de nuestras actividades en cantidad y calidad. Ello es producto de la valiosa colaboración de los señores académicos, que no han escatimado esfuerzos para aportar el concurso de sus capacidades, de su vocación por apuntalar el quehacer de la Corporación y de su preocupación por el bien común, como núcleo central de la recuperación de las institucionales republicanas.

Es realmente gratificante destacar la labor de los institutos de la Academia, que representan el germen de las investigaciones y estudios tendientes al progreso y perfeccionamiento del derecho.

La Mesa Directiva renueva su reconocimiento a los funcionarios que integran la Secretaría Administrativa, cuya dedicación y eficiencia nos ha permitido cumplir con nuestros objetivos, cada vez más ambiciosos.

Exhortamos a todos los integrantes del cuerpo académico, a redoblar esfuerzos y a alentar esperanzas para que la Academia en el nuevo ejercicio que a partir de ahora se inicia, pueda a la vez que superar su accionar en el orden científico, ser parte activa del afianzamiento de las instituciones nacionales, que será el mejor homenaje que podamos rendir al sesquicentenario de la Constitución histórica de 1853.

Buenos Aires, 13 de marzo de 2003

Eduardo Aguirre Obarrio
Félix A. Trigo Represas
Académicos Secretarios

Horacio A. García Belsunce
Académico Presidente

BALANCE DEL EJERCICIO 2002

Estados Contables

Correspondientes al ejercicio económico iniciado el 1º de enero de 2002 y finalizado el 31 de diciembre de 2002

Indice

Domicilio legal:

Avda. Alvear Nº 1711- Piso 1º- Ciudad de Buenos Aires

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.

Estados contables

Por el ejercicio económico iniciado el 1° de enero de 2002 y finalizado el 31 de diciembre de 2002

FECHA DE AUTORIZACION DEL PODER EJECUTIVO: 25 de Octubre de 1940

Nº DE INSCRIPCION EN LA INSPECCION GENERAL DE JUSTICIA: X - 2045

Balance General
al 31 de diciembre de 2002 (Notas 1 a 3)

	$
ACTIVO	
ACTIVO CORRIENTE	
Caja y bancos (Nota 4)	19.399,18
Otros créditos (Nota 5)	11.142,60
Inversiones (Nota 6)	683.359,33
Total del Activo Corriente	713.901,11
ACTIVO NO CORRIENTE	
Bienes de uso (Anexo I)	162.775,13
Total del Activo No Corriente	162.775,13
Total del Activo	876.676,24

	$
PASIVO Y PATRIMONIO NETO	
PASIVO	
PASIVO CORRIENTE	
Remuneraciones y Cargas Sociales (Nota 7)	4.708,87
Cargas Fiscales (Nota 8)	240,93
Otras Deudas (Nota 9)	1.303,68
Total del Pasivo Corriente	6.253,48
PASIVO NO CORRIENTE	
Previsiones (Nota 10)	1.152,47
Total del Pasivo No Corriente	1.152,47
Total del Pasivo	7.405,95
PATRIMONIO NETO	
(Según estado correspondiente)	869.270,29
Total del Pasivo y Patrimonio Neto	876.676,24

Las notas y anexos que se acompañan son parte integrante de los estados contables.

Estado de Recursos y Gastos
Correspondiente al ejercicio económico
iniciado el 1º de enero de 2002
y finalizado el 31 de diciembre de 2002 (Notas 1 a 3)

	$
RESULTADOS ORDINARIOS	
RECURSOS	
Para fines generales (Anexo II)	145.241,15
GASTOS	
Generales de administración (Anexo III)	(153.680,60)
Amortización de Bs. De Uso (Anexo I)	(19.514,43)
SUBTOTAL	(27.953,88)
Resultados Financieros y por Tenencia (incluye R.E.I.) (Nota 11)	(383.922,40)
Resultado del ejercicio - DEFICIT	(411.876,28)

Las notas y anexos que se acompañan son parte integrante de los estados contables.

Estado de Evolución del Patrimonio Neto
Correspondiente al ejercicio económico
iniciado el 1º de enero de 2002
y finalizado el 31 de diciembre de 2002 (Notas 1 a 3)

Concepto	Capital social	Ajuste del Capital	Resultados no asignados	Total
		$		
Saldos al inicio	0,000943	122.035,84	465.080,67	587.116,51
Ajuste saldos iniciales		144.258,49	549.771,57	694.030,06
Saldos iniciales ajustados	**0,000943**	**266.294,33**	**1.014.852,24**	**1.281.146,57**
Capitalización del los Resultados Anteriores	1.014.852,24		(1.014.852,24)	
Resultado del ejercicio Déficit			(411.876,28)	(411.876,28)
Saldos al cierre	**1.014.852,24**	**266.294,33**	**(411.876,28)**	**869.270,29**

Las notas y anexos que se acompañan son parte integrante de los estados contables.

Notas a los Estados Contables
Correspondientes al ejercicio económico iniciado el 1º de enero de 2002 yfinalizado el 31 de diciembre de 2002

NOTA 1 – CONTEXTO ECONOMICO ARGENTINO

El actual contexto económico argentino se caracteriza por un alto nivel de endeudamiento público, una caída del índice de actividad, una elevada tasa de desempleo y altas tasas de interés.

El 6 de enero de 2002, el Congreso sancionó la Ley No. 25561 que implicó un profundo cambio del modelo económico vigente hasta ese momento, incluyendo la modificación de la Ley de Convertibilidad sancionada en marzo de 1991.

Con posterioridad el Poder Ejecutivo anunció nuevas medidas económicas que se efectivizaron a través de los decretos No. 214 (Reordenamiento del sistema financiero) del 3 de febrero de 2002 y No. 260 (Régimen cambiario) del 8 de febrero de 2002, los que modifican sustancialmente algunas de las medidas adoptadas por la Ley No. 25561.

De acuerdo con lo dispuesto por la Resolución N° 1/2002 del Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y la Resolución 2/02 de la Inspección General de Justicia, la Entidad ha reconocido los efectos de la devaluación en el ejercicio finalizado el 31 de diciembre de 2002.

De acuerdo con lo establecido por la Resolución N° 3/2002 del Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a partir del 1° de enero de 2002 los estados contables contemplan los efectos de las variaciones en el poder adquisitivo de la moneda de acuerdo con los lineamientos de la Resolución Técnica No. 6 de la F.A.C.P.C.E., texto modificado por la Resolución Técnica No. 19 de la misma Federación.

Los impactos generados por el conjunto de las medidas adoptadas hasta la fecha por el Gobierno Nacional sobre los estados contables de la entidad al 31 de diciembre de 2002, se reconocieron de acuerdo con las evaluaciones y estimaciones realizadas por la Mesa Directiva a la fecha de preparación de los mismos. Los resultados reales futuros podrían diferir de las evaluaciones y estimaciones realizadas a la fecha de

preparación de los presentes estados contables. En consecuencia, las decisiones que deban tomarse sobre la base de los presentes estados contables deberán considerar la evolución futura de estas medidas y los estados contables de la Entidad deben ser leídos a la luz de estas circunstancias.

NOTA 2 - PRESENTACION DE LOS ESTADOS CONTABLES

Los estados contables se exponen conforme a los lineamientos de las Resoluciones Técnicas Nº 8 y 11 de la Federación Argentina de Consejos Profesionales de Ciencias Económicas (F.A.C.P.C.E), aprobadas por el Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y de acuerdo con Resoluciones de la Inspección General de Justicia.

NOTA 3 - POLITICAS CONTABLES

Los estados contables han sido preparados conforme a los lineamientos de las Resoluciones Técnicas Nº 6, 8 y 11 de la F.A.C.P.C.E. de acuerdo con lo dispuesto por las Resoluciones Nº 169/92 y 145/96 del Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Los presentes estados contables han sido reexpresados para reconocer los efectos de la inflación.

En el Estado de Recursos y Gastos, se exponen en forma conjunta, bajo la denominación "Resultados Financieros y por Tenencia (incluye R.E.I.)" los siguientes conceptos:

- El resultado por exposición a la inflación.
- Los resultados por tenencia generados en el ejercicio.
- Los resultados financieros.

A continuación se incluyen las políticas contables de mayor relevancia utilizadas en la preparación de los estados contables:

a. Moneda extranjera

Los activos en moneda extranjera han sido valuados conforme las normas vigentes al cierre del ejercicio.

b. Títulos Públicos

Han sido valuados al valor de cotización al cierre del ejercicio. A partir del 25 de marzo de 2002 todos los títulos públicos argentinos que negocian en Bolsa, incluyen en su precio el cupón de interés y renta impagos.

c. Bienes de uso

Los bienes de uso están valuados a su costo de adquisición reexpresado menos la correspondiente depreciación acumulada. La depreciación es calculada por el método de la línea recta, cuya alicuota se determina en base a la vida útil asignada a los bienes. El valor residual de los bienes de uso, en su conjunto, no supera su valor recuperable.

Detalle de las inversiones en Bienes de Uso

Fecha	Detalle	Importe ($)
05/2002	1 teléfono General Electric	83,11
06/2002	1 Obras completas de Sarmiento	865,53
		948,64

NOTA 4 - CAJA Y BANCOS

Al 31 de diciembre de 2002, la composición del rubro es la siguiente:

	$
Caja	414,60
Moneda extranjera U$S 5.144 a $ 3,35	17.232,40
Banco de la Nación Argentina cta.cte.	1.752,18
	19.399,18

NOTA 5 - OTROS CREDITOS

Al 31 de diciembre de 2002, la composición del rubro es la siguiente:

	$
Cupón renta Bonex 92 (devengado en al año 2002) a cobrar	10.928,41
Anticipos a empleados	214,19
	11.142,60

NOTA 6 - INVERSIONES

Al 31 de diciembre de 2002, la composición del rubro es la siguiente:

	$
295.362,50 BONEX 92 a $ 0,86	254.011,74
251.012 Bonos Global 2008 a $ 0,775 (1)	194.534,30
160.700 BODEN 2012 a $ 1,46	234.622,00
Saldo Banco de la Nación Argentina plazo fijo reprogramado	191,29
	683.359,33

(1) Los Bonos Global 2008 incluyen en su cotización los cupones pendientes de cobro. (cupones 2 y 3)

NOTA 7 - REMUNERACIONES Y CARGAS SOCIALES

Al 31 de diciembre de 2002, la composición del rubro es la siguiente:

	$
Cargas sociales a pagar	4.708,87

NOTA 8 - CARGAS FISCALES

Al 31 de diciembre de 2002, la composición del rubro es la siguiente:

	$
Retención impuesto a las ganancias a pagar	240,93

NOTA 9 - OTRAS DEUDAS

Al 31 de diciembre de 2002, la composición del rubro es la siguiente:

	$
Provisión para vacaciones, S.A.C., y cargas sociales	1.303,68

NOTA 10 - PREVISIONES

Al 31 de diciembre de 2002, la composición del rubro es la siguiente:

	$
Previsión para despidos	1.152,47

NOTA 11 – RESULTADOS FINANCIEROS Y POR TENENCIA

Al 31 de diciembre de 2002, la composición del rubro es la siguiente:

	$	$	$
Resultados por tenencia de títulos			
Diferencia de cotización de bonos al 31/12/02		131.392,04	
Valorización cupones no cobrados del BONEX 92		10.928,41	142.320,45
Resultados financieros por pesificación de activos en moneda extranjera			
	En moneda histórica	En moneda constante	
Plazo fijo en U$S	68.455,20	140.435,91	
Caja de ahorro en U$S	18,54	18,72	140.454,63
Diferencia de cambio			
por cotización de moneda extranjera al cierre			(1.695,22)
Subtotal			281.079,86
Intereses Generados por activos			
Intereses por plazo fijo	3.079,81	4.196,46	
Intereses BODEN 2012	6.041,51	6.098,68	10.295,14
Resultado por Exposición a la Inflación (R.E.I.)			
R.E.I. generado por activos - ganancia		98.336,68	
R.E.I. generado por el Patrimonio Neto- pérdida		(694.030,06)	
R.E.I. generado por cuentas de resultado- pérdida		(79.604,02)	(675.297,40)
Resultado financiero y por tenencia (incluye R.E.I.)			383.922,40

NOTA 12 - COMPOSICION DEL CAPITAL

En este Ejercicio se ha adoptado el siguiente criterio:

La Cuenta Capital Social esta compuesta por el Capital social según el Balance al 31 de diciembre de 2001 de $ 0,000943 incrementado por los superavits de ejercicios anteriores, ajustados a moneda de cierre, que han sido asignados al Capital por la suma de $ 1.014.852,24.

En consecuencia, la cuenta Resultados no Asignados refleja el resultado del presente Ejercicio.

NOTA 13

De acuerdo a lo dispuesto por la Resolución Nº 6/94 art.2º de la Inspección General de Justicia, se ha obviado la presentación del Estado de Origen y Aplicación de Fondos y la información contable comparativa.

NOTA 14

Los ingresos recibidos de la Tesorería General de la Nación en concepto de contribuciones, se han contabilizado por el sistema de lo percibido durante el Ejercicio.

NOTA 15

De acuerdo a lo establecido por Resolución Nº 13/90 de la Inspección General de Justicia , se detallan en Anexo complementario, las contribuciones recibidas del Ministerio de Educación de la Nacion.

NOTA 16

Las indemnizaciones por despidos se cargan a resultados en el momento de su conocimiento

Correspondiente al ejercicio económico iniciado el 1º de enero de 2002
y finalizado el 31 de diciembre de 2002

Bienes de Uso- Anexo I

	VALOR	AUMENTOS/		VALOR	AMORTIZACION				NETO
DETALLE	AL INICIO	COMPRAS	BAJAS	AL CIERRE	ACUM. AL COMIENZ.	DEL EJERCICIO.	BAJAS	ACUM. AL CIERRE	AL RESULT.
	$	$	$	$	$	$	$	$	$
Inmuebles	42.023,54			42.023,54	10.859,67	930,26		11.789,93	30.233,61
Inmuebles Ajustados	91.699,54			91.699,54	23.696,88	2.029,93		25.726,81	65.972,73
Muebles y Utiles	109.573,51	69,00		109.642,51	67.088,40	6.449,09		73.537,49	36.105,02
Muebles y Utiles Ajustados	239.100,29	83,11		239.183,40	146.393,56	14.065,81		160.459,37	78.724,03
Biblioteca	31.587,00	780,00		32.367,00	22.132,10	1.605,05		23.737,15	8.629,85
Biblioteca Ajustados	68.925,97	865,53		69.791,50	48.294,44	3.418,69		51.713,13	18.078,37
TOTALES	183.184,05	849,00		184.033,05	100.080,17	8.984,40		109.064,57	74.968,48
TOTALES AJUSTADOS	399.725,80	948,64		400.674,44	218.384,88	19.514,43		237.899,31	162.775,13

Recursos para fines generales
Correspondiente al ejercicio económico iniciado el 1º de enero de 2002
y finalizado el 31 de diciembre de 2002

Anexo II

DETALLE	$
Contribuciones	144.321,28
Venta de publicaciones	919,87
TOTAL	145.241,15

Gastos Generales de Administración
Correspondiente al ejercicio económico iniciado el 1º de enero de 2002
y finalizado el 31 de diciembre de 2002

Anexo III

DETALLE	$
Sueldos del personal	79.831,61
Cargas Sociales	18.881,84
Mantenimiento y refacciones	415,22
Diversos Administración	49.566,29
Premio estimulo Academia	4.985,64
TOTAL	153.680,60

ANEXO RESOLUCION Nº 13/90
DE LA INSPECCION GENERAL DE JUSTICIA

Art. 1º) inc.a): CONTRIBUCIONES ESTATALES RECIBIDAS DEL MINISTERIO DE EDUCACION DE LA NACION

MES Y AÑO	$
01/2002	14.389,80
02/2002	2.923,00
03/2002	10.118,25
04/2002	8.657,00
05/2002	8.657,00
06/2002	8.657,00
07/2002	15.852,00
08/2002	8.657,00
09/2002	8.657,00
10/2002	8.657,00
11/2002	14.391,00
12/2002	4.384,00
TOTAL CONTRIBUCIONES ESTATALES RECIBIDAS (a valores históricos)	114.000,05

En el cuerpo del Balance se encuentran valuadas en moneda del 31/12/02 y asciende a $ 144.321,28

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 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 1º Piso del edificio sito en Avenida Alvear 1711 de la Ciudad de Buenos Aires.

Partes contratantes:
a) Comodante: Ministerio de Educación de la Nación.
b) Comodatario: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires

INFORME DE AUDITOR SOBRE ESTADOS CONTABLES

Señores
Academia Nacional de Derecho
y Ciencias Sociales de Buenos Aires
Avda. Alvear 1711 - Piso 1º
(1014) - Ciudad Autónoma de Bs.As.

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.

1.-ESTADOS CONTABLES OBJETO DE AUDITORIA

1.1. Estado de Situación Patrimonial al 31 de diciembre de 2002.

1.2. Estado de Recursos y Gastos por el ejercicio finalizado el 31 de diciembre de 2002.

1.3. Estado de Evolución del Patrimonio Neto por el ejercicio finalizado el 31 de diciembre de 2002.

1.4. Anexo Nº 13/90 de la Inspección General de Justicia.

1.5. Anexos 1 a 3 y Notas que forman parte de los estados contables mencionados.

2.-ALCANCE DE LA AUDITORIA

Mi examen fue realizado de acuerdo con las normas de auditoría vigentes, aprobadas por el Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la Capital Federal.

3.-DICTAMEN

En mi opinión, los estados contables mencionados en el apartado 1. presentan razonablemente, la situación patrimonial de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires al 31 de diciembre de 2002, 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.

5.-INFORMACION ESPECIAL REQUERIDA POR DISPOSICIONES VIGENTES

A efectos de dar cumplimiento a las disposiciones vigentes, informo que:

4.1. Los estados contables que se mencionan en 1., surgen de registros contables llevados en sus aspectos formales de conformidad con las normas legales vigentes.

4.2. Los estados contables adjuntos han sido preparados dando cumplimiento a la Resolución General Nº 8/95 de la Inspección General de Justicia de la Capital Federal.

4.3.-Al 31 de Diciembre de 2002, la deuda devengada a favor de la Administración Nacional de la Seguridad Social en concepto de aportes y contribuciones asciende a $ 3.641,02 según surge de los registros contables, no siendo exigibles a esa fecha.

Buenos Aires, 13 de febrero de 2003.

INDICE

ANALES 2002

I. DISERTACIONES EN SESIONES PUBLICAS

II. COMUNICACIONES EN SESIONES PRIVADAS

III. OTRAS DISERTACIONES Y TRABAJOS

IV. HOMENAJES

V. DUELO DE LA ACADEMIA

VI. DECLARACIONES Y DICTAMENES

VII. MEMORIA Y BALANCE