

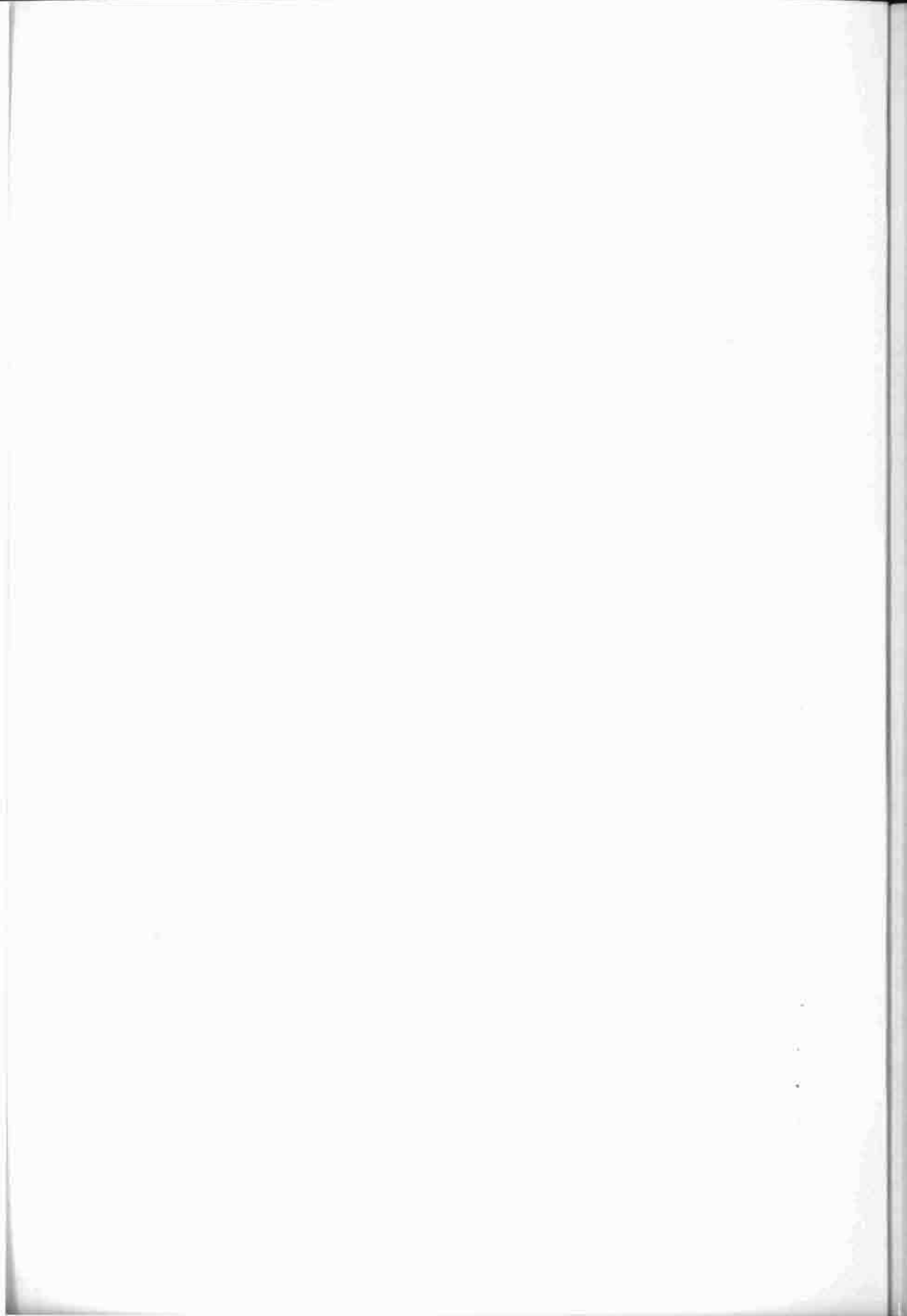
ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS
SOCIALES DE BUENOS AIRES

ANALES

SEGUNDA ÉPOCA
AÑO L - NÚMERO 43
2005



BUENOS AIRES



ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS
SOCIALES DE BUENOS AIRES

ANALES

SEGUNDA EPOCA
AÑO L - NUMERO 43
2005



BUENOS AIRES

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

Queda hecho el depósito que marca la Ley 11.723
Todos los derechos reservados
Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires
Av. Alvear 1711, primer piso. Tel./Fax: 48129327 y 4815-6976
(1014) Buenos Aires - Argentina
I.S.B.N. 987-03-0967-4
I.S.B.N. 13: 978-987-03-0967-3

**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 43.

SERIE II – OBRAS

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

- 25.- *Victorino de la Plaza (1840-1919). Un eje institucional*, por Jorge M. Mayer.
- 26.- *Los posibles antídotos de la crisis*, por Jorge M. Mayer.
- 27.- *La incidencia de la reforma constitucional en las distintas ramas del derecho*, XII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.
- 28.- *La jurisdicción extraterritorial y la Corte Penal Internacional*, por Alberto Luis Zuppi.
- 29.- *Condición jurídico-política de la Ciudad de Buenos Aires*, XIV Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.
- 30.- *El derecho de daños en el derecho público y en el derecho privado*, XIV Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.
- 31.- *El derecho de la salud*, XVI Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.

SERIE III - COMUNICACIONES

Comunicaciones - Nº 1.

SERIE IV - INSTITUTO DE DERECHO CIVIL

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

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.*
- *La Corte Penal Internacional y su competencia (genocidio, crímenes de lesa humanidad, de guerra y de agresión).*
- *El derecho internacional privado en la Ley de la Navegación argentina.*

INSTITUTO DE DERECHO EMPRESARIAL

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

INSTITUTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

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

INSTITUTOS DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y DE DERECHO ADMINISTRATIVO

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



ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES

Presidente

Académico Dr. Alberto Rodríguez Galán

Vicepresidente

Académico Dr. Julio César Otaegui

Secretarios

Académico Dr. Juan Carlos Cassagne

Académico Dr. Jorge H. Alterini

Tesorero

Académico Dr. Eduardo Aguirre Obarrio

COMISION DE PUBLICACIONES

Director de Publicaciones
Académico Dr. José Domingo Ray

Vocales
Académico Dr. Julio César Cueto Rúa
Académico Dr. Jaime Luis Anaya

ACADEMICOS DE NUMERO

por orden de antigüedad

	<i>Nombre del sitial</i>	<i>Fecha</i>
Dr. Segundo V. Linares Quintana	Esteban Echeverría	28 mayo 1956
Dr. Julio H. G. Olivera	Juan B. Alberdi	6 mayo 1964
Dr. 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. 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
Dr. Roberto E. Guyer	Lisandro Segovia	10 abril 2003
Dr. Héctor Alegria	Roque Sáenz Peña	9 octubre 2003
Dr. Gregorio Badeni	Manuel Quintana	12 mayo 2005

MIEMBROS CORRESPONDIENTES

por orden de antigüedad

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

ANTIGUOS ACADEMICOS DE NUMERO

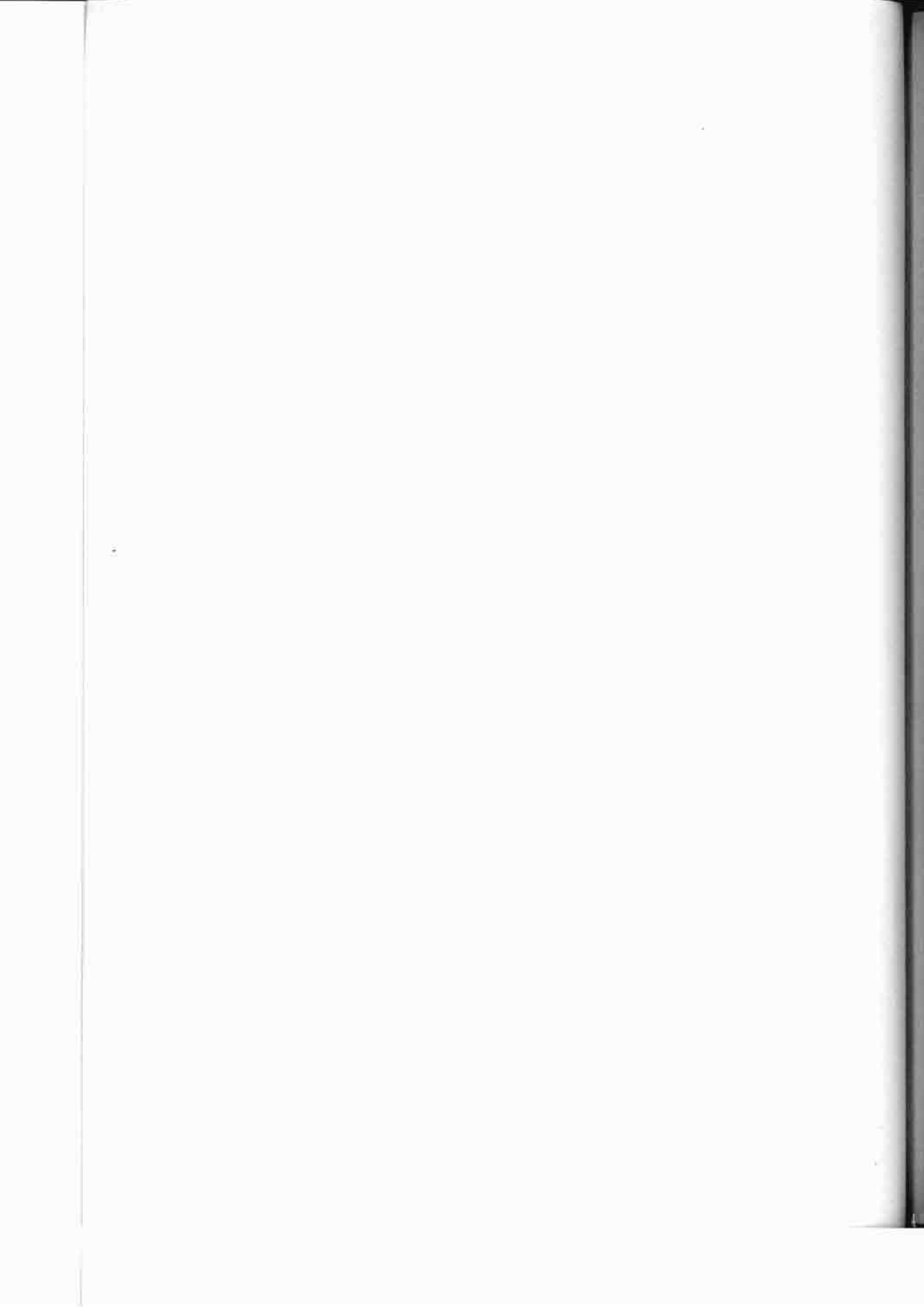
Dr. Carlos Alberto Acevedo	Dr. Vicente C. Gallo
Dr. Carlos A. Adrogúe	Dr. Guillermo Garbarini Islas
Dr. Jorge A. Aja Espil	Dr. Juan Agustín García
Dr. Juan Alvarez	Dr. Juan M. Garro
Dr. Octavio R. Amadeo	Dr. Juan A. González Calderón
Dra. Margarita Argúas	Dr. Dimas González Gowland
Dr. Marco R. Avellaneda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

I

INCORPORACIONES



PALABRAS DE APERTURA DEL ACTO

POR ALBERTO RODRÍGUEZ GALÁN (*)

Señores Académicos

Señoras y Señores:

Esta tarde, la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires recibe al Profesor doctor Gregorio Badeni, elegido por sus pares miembro titular de la Corporación. Sucede al doctor Germán Bidart Campos—nuestro inolvidable y eminente colega— en el sitial cuyo patrono es Manuel Quintana.

Singular circunstancia que señala un derrotero por el nombre patricio y emblemático de aquel jurista y estadista, y de quien lo ocupó durante treinta años, con la solvencia ética e intelectual por todos reconocida.

No dudamos, doctor Badeni, que usted mantendrá y continuará aquel derrotero, porque usted ha demostrado talento, idoneidad, conducta y trabajo.

Talento, porque su obra escrita, su labor docente, y su ejercicio profesional, lo hace referente en amplios campos del derecho, y en algunos de consulta necesaria, por su creatividad y aporte siempre renovado.

Conducta e idoneidad, porque nunca ha vacilado en la defensa de causas que trascienden de lo particular, para conmover los cimientos

(*) Palabras del Académico Presidente en la apertura del acto público de incorporación del Académico Gregorio Badeni, el 22 de setiembre de 2005.

institucionales de los poderes de la República. Lo hizo con altura y valentía, y ello merece el respeto ciudadano.

El Académico, Profesor doctor Juan Aguirre Lanari, hará su presentación con autoridad.

Antes, por mi parte, al entregarle el diploma y la medalla que lo acredita en su nueva condición, debo cumplir una obligación moral al incorporar a este acto a nuestro académico decano y ex presidente, el maestro Segundo V. Linares Quintana.

Lo hago como homenaje a quien trabaja en sus lozanos 96 años, con el mismo entusiasmo y sentido de servicio con el país, en el que formó generaciones de profesores y juristas, a los que transmitió, más allá de su saber, una formación intelectual nutrida en la nobleza de ideas y sentimientos de quienes nos precedieron en la lidia por la libertad y el orden, forjados en nuestra Constitución Histórica de 1853-1860.

Doctor Badeni:

Por mantener y sostener esa línea de quien es nuestro maestro por autonomía; con la obra brillante que usted lleva a cabo, en la enseñanza del derecho, en sus libros, en el foro y en los medios, es que lo recibimos, seguros de que usted contribuirá en la defensa de los valores que sustenta la institución centenaria a la que se incorpora. ♦

DISCURSO DE RECEPCIÓN

POR JUAN R. AGUIRRE LANARI (*)

La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires se viste hoy con su acostumbrado ceremonial para recibir públicamente al nuevo integrante de la corporación, el doctor Gregorio Badeni.

El acto ofrece una especial significación, no sólo para el beneficiario del honor conferido sino también para quien, como en mi caso, tiene hoy el privilegio de formular la presentación ritual.

He asistido a la iniciación del doctor Badeni en las distinciones del claustro universitario y al avance progresivo y metódico del mismo, en una conquista gradual de galardones que fueron cimentando su bagaje científico y un prestigio en el escenario elegido, que se expandió también con importantes contribuciones en la vida institucional del país.

El doctor Badeni es sin duda uno de los más destacados discípulos de quien fue y sigue siendo nuestro indiscutido maestro: el doctor Segundo V. Linares Quintana, quien hace medio siglo inauguró en nuestro país una escuela, hoy difundida, al revolucionar la enseñanza y el estudio del Derecho Constitucional, ampliando su contenido y sus enfoques. Desde entonces, por la acción en la cátedra y la extraordinaria labor de publicista del doctor Linares Quintana, se revisó la enseñanza tradicional del Derecho Constitucional, encuadrada sólo en el contenido de la Constitución. Desde entonces, la materia abarcó el derecho de la Constitución y de las instituciones políticas, estén o no éstas incorporadas al texto constitucio-

(*) Discurso de recepción del Académico Gregorio Badeni, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión pública del 22 de setiembre de 2005.

nal. Se enseñó así la integración de la Ciencia Política y Constitucional, resultando el Derecho Constitucional la Ciencia Política fundamental, el cual, para Linares Quintana, tiene por fin específico la consagración práctica de la libertad y la dignidad del hombre, a la vez que la realización de la justicia mediante el imperio del Derecho.

El doctor Gregorio Badeni continúa en la senda profunda de estudioso y publicista del doctor Linares Quintana, consubstanciado con los valores que el mismo practica, pero aportando a su vez investigaciones y juicios propios y originales ante las dinámicas relaciones institucionales a las que ha debido abordar en su fecunda actuación de reputado constitucionalista. Así lo podemos afirmar cuando examinamos los aportes hasta hoy realizados por el mismo.

En efecto, es de práctica habitual en la presentación de los nuevos académicos reseñar sus antecedentes, valiéndose de textos escritos que los sistematizan. Al examinar el correspondiente al doctor Badeni, que cuenta con más de sesenta páginas, encuadradas estricta y sucintamente con datos concretos sobre publicaciones, actividades realizadas y distinciones recibidas, advertimos la dificultad de la empresa, donde la justicia de la oportuna referencia choca con la tiranía imperiosa del tiempo que reclama la exposición que oiremos.

Adelantando el juicio de tales antecedentes, diré que no parecen ellos el saldo del hombre joven como aún lo es nuestro novel académico, ante la magnitud de sus producciones intelectuales. Estas sólo pueden explicarse por su abnegada e inteligente vigilia en el estudio, servida por una capacidad de trabajo realmente excepcional.

Veamos entonces, en gruesos e incompletos trazos, tan intenso recorrido. Abogado en nuestra Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires en 1967, se especializa en Ciencia Política en La Plata y en 1972 obtiene el Doctorado en Buenos Aires. Tuve entonces el privilegio de integrar el Tribunal Examinador con el doctor Alberto Rodríguez Galán y con nuestro admirado y recordado colega, el doctor Germán Bidart Campos. La Tesis, titulada "La opinión pública", fue calificada de 10 sobresaliente y recomendada al Premio Facultad. El Tribunal ponderó la originalidad de los puntos de vista desarrollados, los sólidos fundamentos de sus apreciaciones y la metodología de rigor científico exhibida, junto a la brillante exposición oral. Advertimos los jurados, en comentario unánime ajeno a lo escrito, que nos encontrábamos frente a

un joven promisorio que se encaminaba necesariamente a la cátedra universitaria, como naturalmente ocurrió.

Ahora, como en los trabajos de Hércules, debo explicar en contados minutos las mentadas sesenta páginas. Traduciré el detalle de las mismas en conceptos que las sinteticen. Su carrera docente lo exhibe desde los primeros escalones hasta las máximas jerarquías en un gradual empinamiento, al que se proyectó por nombramiento de las autoridades o por los concursos subsiguientes. Enseña la historia de las instituciones, el Derecho Político y el Derecho Constitucional. Recorre la Universidad Nacional de La Plata, la Universidad Católica Argentina, la Universidad del Salvador y la Universidad Argentina de la Empresa.

Actualmente es Profesor Titular ordinario por concurso de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires desde 1998 y confirmado por concurso en 1987. También es Profesor Titular de Régimen jurídico de Información en la Escuela de Ciencias de la Comunicación de la Pontificia Universidad Católica Argentina en 1988.

Ha intervenido con trabajos de su firma en 24 libros colectivos; ha publicado 20 folletos y 442 artículos sobre temas de su especialidad, iluminando frecuentemente asuntos de especial significación de nuestra vida pública.

Su prestigio y vocación lo llevaron a participar también en 193 conferencias y Mesas redondas, en Buenos Aires y en el interior del país, como también en países extranjeros. Se registran asimismo 60 intervenciones del doctor Badeni en Congresos o acontecimientos similares nacionales e internacionales, en los que volcó su sabiduría y opinión en reconocidos foros e instituciones públicas y privadas.

El doctor Badeni ha desempeñado también honrosas funciones públicas. En la Universidad Nacional de Buenos Aires fue Secretario Académico y Asesor del Rector de la misma. Fue Secretario Letrado de la Cámara Federal en lo Penal de la Nación y desempeñó también importantes funciones en el Ministerio de Justicia de la Nación.

En el Poder Legislativo fue Asesor del Bloque del Partido Liberal de Corrientes. Fue el más importante de mis consejeros, cuya opinión requerí y escuché con provecho permanente, por la independencia de sus juicios y la lucidez de sus argumentos, inspirados en su inteligente y clara convicción democrática y republicana.

El doctor Badeni es actualmente miembro correspondiente de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas de Madrid y de su similar de Chile. Desde marzo es Presidente de nuestra Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas y miembro de número de la Academia Nacional de Periodismo de la Argentina.

Es también subdirector del Instituto de Derecho Constitucional de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

Esta extensa exposición ha debido omitir otros antecedentes profesionales y en diversas instituciones y eventos, por obvias razones de tiempo. Pero he dejado para finalizar con la nómina de sus producciones, la referencia a los 13 libros que el doctor Badeni ha publicado hasta la fecha; a saber: "La opinión política - un enfoque político de la opinión pública"; "Comportamiento electoral en la Argentina"; "Libertad de Prensa"; "Derecho Constitucional - Libertades y Garantías"; "Reforma Constitucional e Instituciones Políticas"; "Nuevos Derechos y Garantías constitucionales"; "Libertad de Prensa"; "Instituciones de Derecho Constitucional"; "Nuevas perspectivas en el derecho Constitucional"; "Tratado de Libertad de Prensa" y "Doctrina de la real malicia", esta última aparecida en el corriente año.

El año pasado, Badeni dio publicidad en dos densos tomos su "Tratado de Derecho Constitucional", exhibiendo la profundidad de sus conocimientos a la vez que la soltura y claridad en la exposición, propias de un ya consagrado maestro en la especialidad. El estilo de Badeni y la hondura de sus análisis y reflexiones ubican a este libro entre los que deben ser considerados clásicos en la materia.

En el libro que comentamos, como también en una enjundiosa conferencia titulada "El sistema político argentino" ocurrida en el presente año, el doctor Badeni sistematiza su pensamiento político sobre los sistemas políticos en general y sobre el vigente en nuestro país.

Clasifica a los sistemas políticos, en función de las ideas políticas predominantes en ellos, en sistemas personalistas o humanistas frente a los que llama traspersonalistas o transhumanistas. En los primeros hay plena vigencia de la libertad y la dignidad del hombre como idea política predominante. En los traspersonalistas priman sobre esta idea otros valores postergando al hombre con todos sus atributos naturales, quien no es la finalidad del sistema sino un simple medio para la concreción de aquéllos.

Badeni exalta al sistema personalista, con la libertad política y la económica que confluyen en el bien común. Pero ambas, la política y la económica deben ser acompañadas, afirma, por la libertad en el ámbito social, dentro la llamada "cuestión social" que Linares Quintana denominó "constitucionalismo social".

Badeni denuncia el peligro que acecha al proceso personalista en nuestro país ante la desconstitucionalización nacida en Europa después de la Primera Guerra Mundial. Las ideas de raíz transpersonalistas, junto a la incultura cívica, al deterioro de la libertad económica y de la educación popular, han aparejado una desvalorización de la Constitución, abriendo un interrogante en el sistema político argentino, que se debate entre los opuestos.

Por ello, Badeni, expresa con elocuencia y verdad: "El ser humano debe comprender y aprender que, para vivir en una auténtica democracia, hay que asumir la carga del ciudadano y abandonar la comodidad del mero habitante".

Con estas afirmaciones y con la experiencia de sus posiciones públicamente expresadas, Badeni se diferencia del *constitucionalismo teorizante o profesoral* que motivó las severas críticas de Niceto Alcalá Zamora, citado por Linares Quintana. Refiriéndose a aquel, dice el reputado publicista español que fue "desenvuelto en los dos estados germánicos bajo la inspiración de hombres, que siendo cumbres de la cultura especializada, se mostraron mucho más cultos que sabios y más sabios que prudentes" (1).

Contrariamente a los errores denunciados, Badeni, alejado del utopismo teorizante, anclado por el contrario en la realidad, parece guiarse certeramente por el pensamiento claro y sencillo de Marco Aurelio, el sabio y virtuoso Emperador romano, quien afirmaba: "Tengo para mí el buen derecho y la justicia" (2). Estos dos valores que inspiraban a Marco Aurelio son también los que iluminan invariablemente las posiciones de Badeni.

(1) LINARES QUINTANA, Segundo V., "Teoría e historia constitucional", Editorial ALFA, Buenos Aires, 1958, t. II, p. 242.

(2) "Pensamientos de Marco Aurelio", París, Casa Editorial Garnier Hermanos, Traducción Castellana por Joaquín Delgado, Libro Sexto, XLII, p. 26.

En Badeni, contrariamente al intelectual encerrado en su torre de marfil, vemos a un ciudadano preocupado por su Patria y por su tiempo. Convencido de la imperiosa necesidad de resguardar la libertad de prensa, a la que califica acertadamente como una libertad estratégica, su opinión es habitualmente requerida por ella, para esclarecer lagunas o desvaríos que flagelan nuestra vida institucional. Sus respuestas, inspiradas siempre en su convicción personalista, alumbran la senda recta y no vacilan en señalar los errores, ejerciendo esclarecedora docencia ciudadana. Debemos alentar la esperanza que se inmiscuya en la liza partidaria, cualquiera sea la divisa que escoja. Nuestra democracia reclama renovación y actores lúcidos y rectos, que restauren la confianza en el ser político y descubran con su acción la reserva moral que reclaman muchas voces argentinas.

Una última reflexión debo formular en este feliz evento. Todo hombre entregado apasionadamente al estudio, requiere la tranquilidad de un hogar que lo comprenda y estimule. En sus hijas y en su digna esposa, que aprendió con amor filial ese deber en su propio hogar paterno, nuestro colega tiene una invaluable compañía que es hoy también partícipe de esta bienvenida y nuestro aplauso.

El doctor Badeni hablará hoy sobre un tema de notorio interés público, titulado "Supremacía de la Constitución, jerarquía de los tratados internacionales e interpretación constitucional".

Doctor Badeni: con justificada admiración y sincero afecto, le entrego esta tribuna. ♦

SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN, JERARQUÍA DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES E INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

POR GREGORIO BADENI (*)

I. Agradezco profundamente las generosas expresiones del señor Presidente de esta ilustre Academia, doctor Alberto Rodríguez Galán, y la afectuosa recepción que me ha brindado el señor académico doctor Juan Aguirre Lanari cuyas palabras, inspiradas en su habitual caballerosidad y nobleza, reflejan un sentimiento de amistad entrañable que me honra y retribuyo. También agradezco, expresando mi particular reconocimiento, a los señores académicos integrantes de esta Corporación científica, por haberme invitado a incorporarme a ella mediante una distinción que me enaltece y que aspiro a justificar con mi conducta. Gratitud que se acrecienta al permitirme compartir la actividad académica con juristas ilustres, muchos de los cuales han sido, y prosiguen siendo, mis Maestros del Derecho y mis modelos de conducta en la vida pública.

Los señores académicos me han conferido el alto honor de ocupar el sillón que lleva el nombre insigne de Manuel Quintana. Nacido el 19 de octubre de 1835, su riqueza intelectual, la naturaleza progresista de su pensamiento y la firmeza de su carácter le permitieron amalgamar el pasado, presente y futuro de la Nación, descollando en la actividad docente, el arte de abogar, la diplomacia y en el ejercicio de las más altas investiduras de la República. Fue abogado habiéndose doctorado en 1855 en la Facultad Mayor de Jurisprudencia, siendo su padrino Dalmacio Vélez Sarsfield. Ejerció

(*) 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 22 de setiembre de 2005.

la abogacía con particular decoro y dignidad. Cualidades que también presidieron su actuación pública como diputado provincial, presidente de la Convención Constituyente de Buenos Aires en 1870, diputado y senador nacional. Es memorable su gestión, prudente y eficaz, como delegado argentino, en 1888 y 1889, durante el desarrollo del Congreso Sudamericano de Derecho Internacional Privado en Montevideo, y en el curso de la Conferencia Panamericana celebrada en Washington donde compartió esa representación con Roque Sáenz Peña. En 1904 fue electo Presidente de la República a los 69 años de edad. Gobernó con tolerancia y singular consistencia procurando instalar las reformas políticas y sociales que demandaba el dinamismo de una vida social democrática. Al asumir la presidencia expresó, con fina sensibilidad republicana, que "Sería insensato si, desde la altura en que me habéis colocado, no consagrara la última parte de mi existencia al bien de mis conciudadanos y a la gloria de mi Patria", añadiendo que "no hay más que una libertad que ningún partido podrá arrogarse en adelante: es la libertad de atentar contra la Constitución". Al igual que Bartolomé Mitre y Carlos Pellegrini, otros dos grandes forjadores de la consolidación institucional de la República, falleció en 1906.

Sucedo, en el sillón cuyo patrono es Manuel Quintana, a Germán Bidart Campos. Uno de los más distinguidos constitucionalistas argentinos de todos los tiempos, quien honró este sitio con su inteligencia y vocación permanente por el logro de la libertad y dignidad humana. Nació el 9 de diciembre de 1927. Concluyó sus estudios de abogacía en 1949 y, en 1953, obtuvo el título de Doctor en Derecho de la Universidad de Buenos Aires, siendo recomendada su tesis "La democracia como forma de Estado" al Premio Facultad. Ejerció la docencia universitaria desde su juventud en las áreas del Derecho Político y del Derecho Constitucional, habiendo sido Profesor Titular en las Facultades de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, de la Universidad del Salvador y en la Pontificia Universidad Católica Argentina, hasta su lamentable y prematuro fallecimiento el 3 de setiembre de 2004. Sus vastos y profundos conocimientos no se limitaron al Derecho Constitucional positivo, sino que también se proyectaron sobre la Ciencia Política y la filosofía entre otras disciplinas. Bidart Campos no incurrió en el error de considerar al Derecho Constitucional como una simple rama del ordenamiento jurídico desconociendo su esencia política. En su obra, relacionó áreas de investigación que tradicionalmente eran estudiadas en forma separada. Al participar de la integración de la Ciencia Política y la Ciencia Constitucional en una sola disciplina, retomó la clásica y correcta idea aristotélica de concebir a la política como la ciencia soberana entre las ciencias. Para Bidart Campos el Derecho Constitucio-

nal consistía en una realidad integrada por conductas humanas en relación de alteridad social. Una realidad humana y social compuesta por tres ámbitos o dimensiones: el de las conductas o dimensión sociológica; el de las normas o dimensión normológica; y el de los valores o dimensión dikelógica. Quienes conocimos a Bidart Campos y fuimos sus colaboradores en la Cátedra de Derecho Constitucional, damos testimonio de su forma de ser sensible, tolerante y siempre dispuesto a perdonar los agravios de los cuales, en algunas oportunidades, fue objeto injustamente. Esa forma de ser, y la nobleza de su espíritu, determinó que su labor docente mereciera la admiración y respeto de sus pares, así como también el surgimiento de numerosos discípulos que difundieron y difunden su pensamiento jurídico en todos los ámbitos universitarios del país. Enriqueció sensiblemente su labor docente con la publicación de innumerables libros, folletos, artículos y comentarios periodísticos, cuyos contenidos fueron expuestos con inusual claridad e inteligencia. Merced a ellos, la obra intelectual de Bidart Campos es una fuente invaluable para jueces, abogados, docentes y alumnos universitarios que procuran desentrañar el significado de las normas constitucionales y su relación con el orden político. Asimismo, ella trascendió los límites del país, obteniendo importantes distinciones en el exterior, sin mengua de las concedidas en el orden local tales como el Premio de la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires, el Premio de la Comisión de Homenaje a Monseñor Gustavo Franceschi y su designación como "Ciudadano Ilustre" por la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires. Su trayectoria científica fue reconocida por esta Corporación al incorporarlo como miembro de número el 15 de julio de 1971 y por la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, que hizo lo propio el 28 de julio de 1982. Suceder, en esta honorable Corporación, a una personalidad tan distinguida como Bidart Campos, que descoló por su inteligencia y laboriosidad, es una responsabilidad relevante que estamos dispuestos a asumir para, precisamente, honrar su permanente lucha por el derecho.

II. Los fundamentos de los votos mayoritarios contenidos en las sentencias dictadas por la Corte Suprema de Justicia en los casos "Arancibia Clavel", "Espósito", "Lariz de Iriondo" y "Simón", desarrollados acudiendo a las normas del derecho internacional, y soslayando el tratamiento de ciertas cláusulas constitucionales y del principio de supremacía constitucional, generan una serie de interrogantes. ¿La Constitución federal está subordinada a los tratados internacionales, a la Convención de Viena, a los principios del derecho internacional y la costumbre internacional aunque ellos, en un caso concreto colisionen con los preceptos contenidos en

nuestra Ley Fundamental?; ¿la Corte Suprema de Justicia dejó de ser el tribunal supremo de la Nación, quedando sus decisiones sujetas a la revisión por tribunales u organismos internacionales?; ¿puede una convención reformadora de la Constitución apartarse de la ley que declaró la necesidad de su reforma?; ¿es viable, mediante un tratado internacional, modificar el texto de la Constitución?; ¿pueden el Presidente de la República y el Congreso, mediante una actuación conjunta y concordante, ejercer la función constituyente del art. 30 de la Constitución?; ¿el art. 27 de la Constitución está subordinado a los tratados internacionales?; en definitiva, ¿cuál es el ordenamiento jurídico vigente en la Argentina? Tales interrogantes fueron, directa o implícitamente, resueltos de manera acertada por el académico García Belsunce, particularmente con referencia a su aplicación en el ámbito penal (1) al comentar el fallo dictado en el caso "Arancibia Clavel".

Son cuestiones sumamente delicadas que acarrearán cierta inseguridad jurídica a la luz de la Ley Fundamental, y cuya génesis reside en la desafortunada redacción asignada por la Convención Reformadora de 1994 al art. 75, inc. 22, de la Constitución. Particularmente, en el significado que se pretendió acordar a los tratados internacionales sobre derechos humanos con las expresiones "tienen jerarquía constitucional", "en las condiciones de su vigencia", "no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución" y "deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos".

Para desentrañar jurídicamente el significado de esa norma con prescindencia de toda valoración política, corresponde acudir a la hermenéutica propia del Derecho Constitucional, así como también a las razones que motivaron la sanción de la ley 24.309 (Adla, 1994-A, 89) declarando la necesidad de la reforma constitucional, y a los argumentos expuestos en la Convención Reformadora de 1994 al insertar aquellas cláusulas.

En el llamado "Pacto de Olivos", concertado el 14 de noviembre de 1993 entre Carlos Menem y Raúl Alfonsín, invocando la representación de los partidos Justicialista y Unión Cívica Radical, respectivamente, se destacó

(1) GARCIA BELSUNCE, Horacio, "Reflexiones jurídicas en torno de la doctrina de la Corte Suprema en el caso Arancibia Clavel", Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Bs. As. 2004.

la coincidencia "en impulsar un proyecto de reforma constitucional sin introducir modificación alguna a las declaraciones, derechos y garantías de la primera parte de la Constitución Nacional".

En las cuatro cláusulas que componían ese Pacto, se describieron los contenidos de la eventual reforma, incluyendo "la integración latinoamericana y continental". No había referencia alguna sobre la modificación de la jerarquía que imperaba entre las normas jurídicas.

El 13 de diciembre de 1993, aquellas personalidades celebraron los "Acuerdos para la Reforma Constitucional". Tras ratificar los objetivos del "Pacto de Olivos", renovaron "la intención de ambas fuerzas políticas de impulsar una reforma parcial de la Constitución Nacional que, sin introducir modificación alguna en las declaraciones, derechos y garantías de su primera parte, permita alcanzar los objetivos de modernización institucional" expuestos en la concertación del 14 de noviembre. En su Capítulo I incluía el núcleo de coincidencias básicas, destacando que, si ellas no eran incluidas en su totalidad en el texto constitucional, correspondía el rechazo de todas las reformas propuestas y la consecuente subsistencia de la normativa constitucional vigente (Cap. III-A).

Entre los temas habilitados, al margen del núcleo de coincidencias básicas, se enunciaron "institutos para la integración y jerarquía de los tratados internacionales" por incisos nuevos que debían ser incorporados al entonces art. 67 de la Ley Fundamental (2) que regula las potestades del Congreso (Cap. II-I).

En el Cap. III-C se estableció que "La declaración de necesidad de la reforma establecerá la nulidad absoluta de todas las modificaciones, derogaciones y agregados que realice la Convención Constituyente apartándose de los términos del presente acuerdo".

En ese documento se insertó, por primera vez la referencia a la "jerarquía de los tratados internacionales".

Mediante la ley 24.309, publicada el 31 de diciembre de 1993, el Congreso ejerció la función preconstituyente que regula el art. 30 de la Ley Fundamental.

(2) Actual art. 75.

Se reprodujo y amplió el núcleo de coincidencias básicas (art. 2-A), reiterando que ellas debían ser votadas afirmativamente en su totalidad ya que, caso contrario, se tendrían por rechazadas las reformas propuestas, incluyendo las que estaban fuera de ese núcleo de coincidencias básicas, y que subsistiría el texto constitucional vigente (art. 5°).

En principio, la cláusula cerrojo del art. 5° era inconstitucional porque el Congreso, al ejercer su facultad preconstituyente, se atribuyó una función constituyente propia de la Convención Reformadora sobre el contenido que debía tener la eventual reforma constitucional. La actuación de una Convención Reformadora se debe ceñir al articulado de la Constitución cuya modificación fue declarada necesaria por el Congreso, pero en modo alguno al contenido que el Congreso pretende atribuir a la reforma. Tal vicio fue subsanado por la Convención al incorporar a su reglamento interno el texto legal referente al núcleo de coincidencias básicas (art. 127). Por ende, no fue una imposición del Congreso sino una "sugerencia" aceptada por la Convención en ejercicio de sus potestades exclusivas (3).

Al margen del núcleo de coincidencias básicas, el art. 3° de la ley habilitó a la Convención para, mediante la incorporación de nuevos incisos al art. 67 de la Constitución, se procediera a implementar institutos "para la integración y jerarquía de los tratados internacionales" (art. 3-1). Consideramos importante destacar que, la reforma propiciada, apuntaba a regular las facultades del Congreso contenidas en la parte orgánica de la Constitución y no de su parte dogmática. En ejercicio de tales potestades, el Congreso puede reglamentar los contenidos de la parte dogmática, pero jamás desconocerlos o alterarlos (art. 28 CN).

Asimismo, la ley dispuso que "serán nulas de nulidad absoluta todas las modificaciones, derogaciones y agregados que realice la Convención Constituyente apartándose de la competencia establecida en los arts. 2° y 3° de la presente ley de declaración" (art. 6°), y que la "Convención Constituyente no podrá introducir modificación alguna a las declaraciones, derechos y garantías contenidos en el capítulo único de la primera parte de la Constitución Nacional" (art. 7°).

Conforme a la ley 24.309 que declaró la necesidad de la reforma constitucional, ejerciendo el Congreso su función preconstituyente en el marco

(3) Fallos: C.S. 317:711, caso "Romero Feris".

del art. 30 de la Ley Fundamental, la Convención quedó habilitada para otorgar nuevas potestades al órgano legislativo destinadas a regular "la integración y jerarquía de los tratados internacionales". Pero, claro está, respetando la absoluta intangibilidad de los arts. 1º a 35 de la Constitución y teniendo en cuenta que la interpretación de una ley declarativa de reforma es esencialmente restrictiva.

A esta primera aproximación, y como corolario, resulta la prohibición impuesta de manera expresa por la ley para introducir alguna modificación, alteración o agregado que cambiara el texto, el significado y consecuente interpretación de los arts. 1º, 18, 24, 27, 28, 30, 31 y 33 de la Ley Fundamental, entre otros. Esa prohibición también alcanzó a su Preámbulo, que establece la supremacía de la Constitución, y al art. 108 porque no fueron incluidos en la ley 24.309.

Conforme al resultado del ejercicio de la función preconstituyente, la Convención Reformadora no estaba habilitada, a título de ejemplo, para permitir que los principios, garantías y derechos reconocidos por la Constitución puedan ser alterados por las normas reglamentarias; que los tratados internacionales puedan celebrarse al margen de los principios de derecho público establecidos en la Constitución; que la Constitución se pueda reformar por un procedimiento diferente al impuesto por su art. 30; que se puedan incorporar derechos o garantías prescindiendo del principio de soberanía y de la forma republicana de gobierno; que la Constitución no es la ley fundamental o que está equiparada a otras normas dictadas al margen del mecanismo de su art. 30; o que la Corte Suprema de Justicia no es el Máximo Tribunal Judicial; o que los tratados puedan desconocer la supremacía constitucional.

Al ser dispuesta la intangibilidad de los arts. 27, 30 y 31 de la Ley Fundamental, la referencia legal sobre "la integración y jerarquía de los tratados internacionales", solamente permitía establecer la relación jerárquica entre los tratados internacionales y las leyes, pero no con la Constitución. Asimismo, al limitarse la relación con los tratados internacionales, quedaba excluida toda consideración de los principios del derecho internacional y de la costumbre internacional, a menos que ellos fueran receptados por una ley ordinaria o por una ley aprobatoria de un tratado internacional que hiciera referencia a tales normas, aunque sin poder subordinar la Constitución a ellos.

Esta conclusión era consecuencia de una interpretación sistemática de la Ley Fundamental. Ella establece que los decretos del Poder Ejecutivo

reglamentarios de las leyes quedan subordinados a ellas (art. 99, inc. 2); que las leyes están subordinadas a la Constitución (art. 28) y que igual relación se concreta con los tratados internacionales (art. 27).

De manera que el único orden jerárquico que no estaba explícitamente expuesto en la Constitución era el que se presentaba entre los tratados y las leyes, y a ese aspecto se refería la ley 24.309 cuando aludió a la jerarquía de los tratados.

Hasta 1983 la Corte Suprema de Justicia sostuvo que los tratados internacionales estaban en un plano de igualdad con las leyes de la Nación. El Congreso, en forma expresa o implícita y con la intervención del Poder Ejecutivo, podía dejar sin efecto una ley mediante la aprobación de un tratado. Asimismo, con la sanción de una ley podían ser dejadas sin efecto, total o parcialmente, las cláusulas de un tratado internacional. La Corte entendía que los arts. 27 y 31, y el actual art. 116 de la Constitución, no atribuían prelación o superioridad a los tratados sobre las leyes sancionadas por el Congreso y que, para ambas clases de normas, como integrantes del ordenamiento jurídico interno, regía el principio con arreglo al cual las normas posteriores derogan a las anteriores (4). Tal es la doctrina secular de la Suprema Corte de los Estados Unidos: 1) los tratados internacionales están en un plano de igualdad con las leyes del Congreso; 2) en caso de conflicto entre una ley federal y un tratado, debe prevalecer la norma de fecha posterior porque, así como un tratado puede derogar una ley anterior, una ley del Congreso puede igualmente derogar a un tratado anterior; 3) un tratado no puede modificar la Constitución, ni ser considerado válido si viola ese documento (5).

La doctrina jurisprudencial de nuestra Corte Suprema comenzó a variar a partir del caso "Cabrera" (6), resuelto el 5 de diciembre de 1983. Consideró que la inexistencia de procedimientos adecuados para la solución de controversias en el marco del Acuerdo celebrado entre la Argentina y la

(4) Fallos: C.S. 257:99.

(5) "Whitney v. Robertson" (124 US 190), "United States v. Lee Yen Tai" (185 US 213), "Rainey v. United States" (232 US 310), "Cook v. United States" (288 US 102), "Reid v. Covert" (354 US 1), entre otros.

(6) Fallos: C.S. 305:2150.

Comisión Técnica Mixta de Salto Grande, aprobado por ley 21.756 (Adla, 1978-A, 94), imponían por aplicación del art. 18 de la Constitución Federal y el art. 53 de la Convención de Viena, que la solución del conflicto quedara a cargo de los tribunales nacionales. En esa oportunidad el Procurador General Mario Justo López, cuya opinión compartió la mayoría, sostuvo la invalidez de una norma internacional que establecía la inmunidad de jurisdicción para una de las partes, porque violaba tanto el derecho a la jurisdicción interna como a la jurisdicción internacional.

Diez años después, en el caso "Fibraca" (7), resuelto el 7 de julio de 1993, la Corte declaró la validez de la inmunidad jurisdiccional local establecida en aquel Acuerdo, porque se había creado el Tribunal Arbitral de Salto Grande para la resolución de los conflictos, cuyos laudos debían ser aceptados como válidos. No solamente por aplicación del art. 27 de la Convención de Viena sino también porque, en el caso concreto, no se había impugnado la constitucionalidad del Acuerdo a diferencia de lo que había acontecido en el caso "Cabrera".

Un año antes, al decidir el caso "Ekmekdjian c. Sofovich" (8), el 7 de julio de 1992, la mayoría consideró que el replicato compulsivo que impone el art. 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos era operativo, y que constituía una reglamentación razonable de la libertad de prensa prevista en el art. 14 de la Constitución Federal. Asimismo, entendió que la Convención de Viena había alterado el ordenamiento jurídico argentino al disponer que no se pueden invocar las disposiciones del derecho interno para justificar el incumplimiento de un tratado y que, por otra parte, una ley no podía derogar un tratado porque, siendo un acto federal complejo, importaría un avance inconstitucional del Congreso sobre el Poder Ejecutivo siendo que la Constitución le asigna a este último la conducción de las relaciones exteriores de la Nación de manera exclusiva.

Sobre la base de tales antecedentes, entendíamos que, cuando la ley 24.309 habilitó a la Convención Reformadora para modificar el actual art. 75, estableciendo nuevos incisos en el entonces art. 67 con el propósito de regular "institutos para la integración y jerarquía de los tratados internacionales", apuntaba no solamente a los tratados de integración sino tam-

(7) Fallos: C.S. 316:1669.

(8) Fallos: C.S. 315:1503.

bién a la relación jerárquica que debía existir entre las leyes y los tratados receptando aquella doctrina jurisprudencial. Es que, si la relación jerárquica entre los tratados y la Constitución resultaba del art. 27 —que no se podía reformar—, resultaba razonable que la relación jerárquica entre los tratados y las leyes fuera contemplada en la cláusula constitucional que establece las atribuciones del Congreso. O, si se quiere, la relación entre las leyes ordinarias y las leyes que aprueban tratados internacionales sancionados por el Congreso ejerciendo las facultades del art. 75 de la Constitución. En síntesis, una relación jerárquica entre los productos del Congreso que siempre están subordinados a la Constitución.

Es cierto que la declaración referente a la necesidad de reformar el artículo de la Constitución que regula las atribuciones del Congreso, no era vinculante para la Convención a diferencia del núcleo de coincidencias básicas (art. 127 Reglamento de la Convención). Tampoco era vinculante la referencia a "institutos para la integración y jerarquía de los tratados internacionales". Pero también es cierto que, mediante la reforma de las atribuciones constitucionales del Congreso no se podía alterar el principio de supremacía de la Constitución ni conferirle a ese órgano atribuciones constituyentes, porque tales cuestiones están reguladas en la Primera Parte de la Constitución cuya reforma estaba vedada.

Sin embargo, un análisis semántico del curso de acción seguido por la Convención Reformadora revela que se habría pretendido superar, aparentemente, los límites fijados por la ley 24.309 a menos que, mediante una interpretación teleológica y sistemática arribemos a una conclusión diferente.

En el despacho originario de la Comisión de Redacción de la Convención Reformadora (9) se propuso modificar el inc. 19 del entonces art. 67 de la Constitución. Esa norma autorizaba al Congreso para aprobar o desechar los tratados internacionales. En el proyecto de la Comisión, se mantuvo esa potestad, agregando que los tratados y concordatos "tienen jerarquía superior a las leyes". En este aspecto, la reforma propuesta no era cuestionable pues se limitaba a establecer el orden jerárquico entre las leyes y los tratados, receptando la doctrina de la Corte Suprema de Justicia; preservando la

(9) "Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994", t. IV, p. 4129; Centro de Estudios Constitucionales y Políticos del Ministerio de Justicia de la Nación, Bs. As. 1995.

supremacía del derecho federal (art. 31, CN); y respetando la supremacía de la Constitución sobre los tratados resultante del art. 27.

Pero luego, en el segundo párrafo, se enunciaron diversos documentos internacionales sobre derechos humanos estableciendo que: "tienen jerarquía constitucional y sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes del total de miembros de cada Cámara". Asimismo, en un tercer párrafo, se disponía que los tratados y convenciones sobre derechos humanos que en lo sucesivo fuesen aprobados por el voto de los dos tercios del total de miembros de cada Cámara, gozarían de igual jerarquía constitucional que los citados en el párrafo anterior.

¿Qué significa que tales tratados tienen jerarquía constitucional? En la sesión del 26 de julio el convencional Rodolfo Barra sostuvo que lo que se estaba haciendo era colocar a ciertos tratados "en la misma jerarquía de la Constitución, es decir, se los integra, se los introduce a la Constitución" (10), aunque en las sesiones plenarias de la Convención rectificó su postura. Compartiendo este punto de vista y para fortalecer su significado, el convencional César Arias sugirió que, como toda norma de un ordenamiento jurídico interno tiene jerarquía constitucional, correspondía destacar que tales tratados tienen la jerarquía de una norma constitucional (11), aunque esta propuesta no fue aceptada.

Por su parte, la convencional Elisa Carrió, siguiendo las instrucciones que había recibido, propuso que, después de la referencia a la "jerarquía constitucional", se añadiera "y deben entenderse complementarios de las declaraciones, derechos y garantías reconocidos en esta Constitución".

Cuando el convencional Alberto García Lema le preguntó cuál era el sentido del agregado propuesto, Carrió contestó que tenía por objeto destacar que no se derogaba la parte dogmática de la Constitución y que, la palabra complementarios, significaba que "adiciona derechos a los establecidos en la parte orgánica de la Constitución, pero que no deroga ninguno de los derechos que están en ella". De tal manera, entendió que no se violaba el límite establecido por la ley 24.309: "donde establece que en

(10) Ob. cit., t. IV, p. 4132.

(11) Ob. cit., t. IV, p. 4133.

ningún caso estamos habilitados para tocar la parte dogmática de la Constitución" (12). Argumento por demás cuestionable porque el art. 7° de la ley 24.309 no se refiere a la derogación de los contenidos de esa primera parte, sino a su modificación. Y, adicionar contenidos a esa primera parte, importa su modificación a menos que entendamos que el alcance de los tratados tiene carácter reglamentario de la primera parte, en particular de su art. 33, en cuyo caso por tratarse de normas reglamentarias de la Constitución quedan subordinadas a ella. Por otra parte, no resultaba congruente pretender incorporar nuevos derechos a través de la parte orgánica de la Constitución porque ello importaba apartarse de los límites de la ley 24.309. Por vía elíptica, y mediante la asignación de funciones al Congreso en la parte orgánica, mal se podía modificar la Primera Parte de la Constitución, que estaba vedada por aquella ley.

Las agudas observaciones formuladas por el convencional Alberto Natale en la Comisión de Redacción determinaron la exposición de nuevos argumentos desprovistos de la rigidez de aquellos que habían formulado Barra, Arias y Carrió.

Así, el convencional Humberto Quiroga Lavié, tras adherirse a la propuesta de Carrió para que los tratados fueran considerados complementarios, destacó que la supremacía de la Constitución sobre los tratados resulta de su art. 27. Agregó que la redacción asignada a la cláusula constitucional no altera los alcances de ese art. 27 porque asignar a los tratados jerarquía constitucional no significa que los tratados formen parte de la Constitución, sino que tienen jerarquía suprallegal (13).

Criterio que no fue compartido por Carrió entendiendo que el art. 27 no establece la supremacía de la Constitución sobre los tratados porque "es una norma dirigida al Congreso Nacional para que cuando apruebe tratados internacionales verifique la correspondencia con el derecho público interno" (14). Sin embargo, no aclaró qué acontece si el Congreso no verifica esa correspondencia correctamente y aprueba un tratado que colisiona con las normas constitucionales.

(12) Ob. cit., t. IV, p. 4130.

(13) Ob. cit., t. IV, p. 4134.

(14) Ob. cit., t. IV, p. 4135.

La respuesta fue ofrecida por el convencional García Lema expresando: "En la medida que algunas normas de tratados internacionales contengan alguna disposición que se opusiese frontalmente con normas contenidas en la Primera Parte de la Constitución, no podría ser aplicada porque no puede llegarse por vía de tratados a desconocer un derecho contenido en la Primera Parte de la Constitución Nacional", porque no se trataría de una norma complementaria (15).

Para el convencional Juan Carlos Maqueda, la reforma propuesta no desconocía los arts. 27 y 31 de la Constitución, pero "sí podemos llegar a aceptar, con respecto al art. 30, es que en el segundo párrafo de este inciso que se nos propone, estamos flexibilizando la Constitución Nacional, porque estamos incorporando una nueva forma de incorporar nuevos derechos humanos que, a nivel internacional, estén reconocidos por los tratados" (16). Sin embargo, la Convención no estaba autorizada para "flexibilizar" el art. 30 de la Ley Fundamental.

A esa altura del debate, era evidente que se suscitaban serias dudas entre algunos convencionales sobre los alcances de la reforma propuesta en su relación con los arts. 27, 30 y 31 de la Ley Fundamental, cuyos textos y alcances no podían ser modificados. En parte, motivadas por las intervenciones ingeniosas del convencional Natale que llegaron a exasperar a algunos convencionales. Así, cuando Natale le atribuyó a Carrió haber dicho que la Constitución, en su art. 31, establecía el principio de la supremacía federal, pero no el principio de la supremacía constitucional, ésta le contestó: "Es usted sordo, señor convencional", a lo cual añadió que "por la misma supremacía de la Constitución ésta tenía autorización para que determinadas normas del sistema jurídico se elevaran a su nivel" agregando, para concluir el debate con Natale: "Lo que quiero aclarar es que ha habido acuerdo y este acuerdo ha sido firmado por las fuerzas mayoritarias de esta Convención" (17), con referencia a los partidos Justicialista, Radical y al Frente Grande.

Aparentemente, Carrió entendía que la Convención Reformadora estaba autorizada para elevar ciertas normas jurídicas al nivel de la Constitu-

(15) Ob. cit., t. IV, p. 4137.

(16) Ob. cit., t. IV, p. 4139.

(17) Ob. cit., t. IV, ps. 4143 y 4144.

ción, aunque la lectura de la ley 24.309 nos revela que no podemos aseverar que semejante idea se extendiera a los tratados internacionales sobre derechos humanos.

Para el convencional Antonio Hernández la atribución de jerarquía constitucional a los tratados de derechos humanos no modificaba a los arts. 27 y 31 de la Ley Fundamental porque aquellos son complementarios de sus normas y, como tales, "no podríamos nunca interpretar que estos tratados internacionales puedan lesionar, menoscabar, desconocer, alterar o destruir los derechos que están reconocidos por la Constitución" (18).

El convencional Juan Pablo Cafiero propuso incorporar un nuevo agregado al texto debatido. Sustituía la referencia al carácter complementario de los tratados que había propuesto Carrió por: "en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, y no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías". Su proyecto repetía el esquema contenido en el art. 33 de la Constitución. Fue rechazado, con cierta cuota de agresividad por Barra considerando que se trataba de un grave error técnico "suponer que un derecho constitucional puede ser negación de otro derecho constitucional, y esto es imposible". Insistió en que se mantuviera la mención sobre el carácter complementario de los tratados, y su postura fue apoyada por los convencionales Carrió y Aníbal Ibarra (19), aunque se aceptó incluir la referencia a "en las condiciones de su vigencia".

Finalmente, la Comisión de Redacción decidió que, a continuación de la enunciación de los tratados internacionales, se expresara: "en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías reconocidos por esta Constitución".

El despacho de la mayoría, correspondiente al actual art. 75, inc. 22, de la Constitución, establecía que los tratados internacionales aprobados por el Congreso tenían jerarquía superior a las leyes. Se determinaba el orden jerárquico que la Convención estaba habilitada para fijar. Luego se añadían los tratados internacionales sobre derechos humanos que registra el texto vigente y se agregaba "en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía

(18) Ob. cit., t. IV, p. 4145.

(19) Ob. cit., t. IV, p. 4148.

constitucional y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías reconocidos por esta Constitución". No figuraba la referencia a que "no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución" (20).

Los miembros informantes del despacho de mayoría en las sesiones plenarias de la Convención fueron Juan Pablo Cafiero y Rodolfo Barra. El primero destacó que se le otorgaba jerarquía supralegal a los tratados internacionales y que se aceptaba la competencia de las instancias internacionales de control establecidas en los tratados sobre derechos humanos "y la jurisdicción de los tribunales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", mención, esta última, que colisionaba con el art. 108 de la Constitución. Añadió que, si bien un sector de la doctrina era partidario de imponer la supremacía del derecho internacional sobre la Constitución, la propuesta del dictamen de mayoría no aceptaba ese criterio propiciando sólo la supremacía de los tratados "en los que Argentina sea o se haga parte", sin aclarar si esa supremacía se concretaba sólo ante las leyes o si también se extendía a la Ley Fundamental, solución esta última inviable a la luz del art. 27 de la Constitución (21), cuya modificación estaba vedada.

Barra, tras destacar que todos los tratados tienen jerarquía supralegal pero infraconstitucional, sostuvo que algunos de ellos son elevados "al rango constitucional". Añadió que, al tener "jerarquía constitucional", están en "pie de igualdad con la Constitución Nacional", pero que no la integran estrictamente, sino que la complementan. Que no se niega el carácter supremo de la Constitución porque los tratados no son normas de la Constitución ni se incorporan a ella (22).

Con respecto a la cláusula "en las condiciones de su vigencia", para Barra ella significa que los tratados se incorporan al derecho argentino "con las reservas y declaraciones interpretativas si las hubiese. Estas reservas y declaraciones interpretativas integran el tratado, a los efectos, tanto del derecho interno como del compromiso internacional que nuestro país asume". "En las condiciones de su vigencia" no significa en las condiciones en que fue redactado el tratado, sino "sólo en los términos de la ley que los aprueba y sólo en los términos de las reservas y declaraciones interpretativas que se

(20) Ob. cit., t. V., p. 5177.

(21) Ob. cit., t. V., p. 5180.

(22) Ob. cit., t. V., ps. 5184 y 5193.

introducen en el momento de realizarse el depósito por parte del Poder Ejecutivo, los tratados tienen validez para nosotros" (23).

En cuanto al carácter "complementario" que la Constitución le atribuye a los tratados, Barra señaló que su inserción obedeció al propósito de aseverar que ellos no pueden modificar los arts. 1° a 35 de la Ley Fundamental porque, caso contrario, se estaría vulnerando el art. 7° de la ley 24.309 que "fulmina de nulidad absoluta cualquier modificación que se quiera introducir a la Primera Parte de la Constitución Nacional". Añadió que, conforme a este principio, los derechos que consagran los tratados no colisionan con los preceptos constitucionales sino que los "complementan, explicitan o perfeccionan". Si en algún caso concreto se llegara a presentar una contradicción, "no existirá la complementariedad exigida ahora por el constituyente. Por lo tanto, estos derechos no estarán perfeccionados, con lo que no podrán aplicarse". Si el juez "no puede alcanzar un sentido integrador de las normas en juego habrá de primar aquella que figura en la parte dogmática de nuestra Constitución, en armonía con el mencionado art. 7° de la ley 24.309".

Citando el art. 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Barra destacaba que las normas de los tratados no pueden limitar los derechos tal como están enunciados en la Constitución y que, "la palabra complementario tiene mucha importancia, porque en la relación de complementación; lo complementario debe servir a lo complementado, es accesorio a ello" (24).

Recordemos que el art. 29 de esa Convención alude a la interpretación de sus cláusulas, destacando que una ley local u otra convención que dispongan un reconocimiento más amplio a los derechos humanos y sus garantías, tienen vigencia preferencial sobre el Pacto de San José de Costa Rica (Adla, XLIV-B, 1250).

Cafiero compartió ese significado al expresar que "acompañamos con la palabra complementario la idea de una interpretación donde quede claro que la tutela más favorable al derecho a la persona es la interpretación válida" (25).

(23) Ob. cit., t. V, ps. 5184 y 5325.

(24) Ob. cit., t. V, ps. 5184, 5185 y 5193.

(25) Ob. cit., t. V, p. 5197.

En igual sentido se pronunció el convencional García Lema: "Tal complementariedad importa que no puede desconocerse, suprimirse o modificarse un derecho contenido en la Primera Parte de la Constitución, sino que deberá integrárselo, armonizárselo, con los derechos contenidos en los tratados internacionales" otorgando, carácter explícito, a los derechos implícitos del art. 33 de la Ley Fundamental (26).

Para disipar toda duda, los convencionales Cafiero y García Lema propusieron agregar, al dictamen de la mayoría, la expresión "no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución". Agregado que fue aprobado por el bloque de la Unión Cívica Radical, a través de Miguel Ortiz Pellegrini: "nos parecen correctas las modificaciones que se han propuesto, porque ya nadie podrá decir que nos hemos extralimitado o que, de alguna manera, hemos usado nuestras atribuciones fuera del estricto marco de la ley que nos trajo aquí, es decir, la 24.309" (27).

La supremacía de la Constitución frente a los tratados internacionales de derechos humanos y el derecho internacional fue sostenida por el convencional Barra destacando que la supremacía sobre el derecho interno que impone la Convención de Viena encuentra su límite en el texto de la Constitución (28). Otro tanto el convencional Ernesto Maeder al señalar que el contenido de los tratados internacionales debe ser considerado "como parte de los derechos y garantías no enumerados, previstos en el art. 33, siempre que no afecten otros ya consagrados y en concordancia con lo establecido en el art. 27", sin perjuicio de algunas críticas puntuales al texto proyectado (29).

En similar línea de pensamiento, el convencional Humberto Quiroga Lavié dijo: "lo que hace la nueva norma de la Constitución es afirmar claramente la supremacía de la Constitución por encima de todo el resto del ordenamiento jurídico colocando a las normas de los tratados internacionales sobre derechos humanos por encima del resto del ordenamiento jurídico, es decir, de los tratados que no son de derechos huma-

(26) Ob. cit. t. V, p. 5290.

(27) Ob. cit. t. V, ps. 5302 y 5303.

(28) Ob. cit., t. V, p. 5193.

(29) Ob. cit., t. V, p. 5223.

nos y del resto del ordenamiento jurídico, respetando el art. 30 de la declaración de necesidad de la reforma, que habilita precisamente este tema. Se está salvaguardando de esta manera la supremacía de la Constitución Nacional en relación con el resto del ordenamiento y se está respetando el art. 27 también, que obliga al Congreso de la Nación a ratificar los tratados respetando los principios de derecho público de la Constitución" (30).

Como algunos convencionales habían interpretado de manera crítica que la reforma propiciaba otorgar a los tratados internacionales un rango supraconstitucional, María Martino de Rubeo declaró: "Pienso que en ningún momento el texto alude a ello, sino que marca claramente dos niveles. Un primer nivel es el de supralegal, donde creo que radica la confusión del señor convencional Vásquez, porque no es supraconstitucional, y es a lo que se refería el convencional Quiroga Lavié hace unos instantes. O sea que está por encima de las leyes, pero no superior a la Constitución. En esa medida consagramos esta jerarquía constitucional superior a las leyes en los tratados y también en los concordatos" (31).

Por su parte, el convencional Horacio Rosatti, aclaró que "con la reforma que ahora se propone tenemos muy clara cuál es la ubicación constitucional de los tratados internacionales. Sabemos que están por sobre la ley y, más aún, sabemos que en las condiciones de su vigencia los tratados sobre derechos humanos —cuya prolija descripción se realiza en la cláusula propuesta— tienen jerarquía constitucional y sólo podrán ser denunciados en su caso por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes del total de los miembros de cada Cámara" (32). Procedimiento que difiere del contemplado por el art. 30 para la reforma constitucional porque, precisamente, los tratados no forman parte de la Constitución sino que la complementan reglamentando su contenido con una intensidad mayor a la que puede provenir de las leyes que sanciona el Congreso.

Resulta importante destacar que el plenario de la Convención no aprobó una propuesta formulada por la convencional María Lucero consisten-

(30) Ob. cit., t. V, p. 5245.

(31) Ob. cit., t. V, p. 5246.

(32) Ob. cit., t. V, p. 5282.

te en incorporar, al texto del art. 75, inc. 22, de la Constitución y a continuación de su párrafo segundo, lo siguiente: "En relación a los tratados internacionales de derechos humanos, los delitos de lesa humanidad no podrán ser objeto de indulto, conmutación de penas ni amnistía. Las acciones a su respecto, serán imprescriptibles" (33).

Los debates concretados en el seno de la Convención Reformadora de 1994, y en particular los fundamentos expuestos para aprobar el despacho de la mayoría, son elementos esenciales que nos permiten aproximarnos a la interpretación auténtica que corresponde asignar al art. 75, inc. 22, de la Constitución (34).

En numerosas oportunidades, la Corte Suprema de Justicia estableció que las opiniones expuestas por los miembros informantes en los órganos legislativos —o constituyentes— durante la consideración de los proyectos normativos, son elementos auténticos de interpretación para precisar su significado y alcance, correspondiendo dar pleno efecto a la intención del legislador si ella es clara, o en su defecto al significado de la norma en el marco de una interpretación sistemática (35).

A ello se agrega, en nuestro caso concreto, el límite establecido por la ley 24.309 para el funcionamiento de la Convención que condiciona la validez de sus decisiones. Especialmente, sus arts. 6° y 7°. El primero prescribe la nulidad absoluta de todas las modificaciones que realice la Convención apartándose de las competencias establecidas en la ley, y el segundo que la Convención no puede introducir modificaciones en los arts. 1° a 35 de la Constitución, ya sea de manera directa o elíptica.

Sistematizando las opiniones expuestas en la Convención Reformadora, a veces dogmáticas, confusas y hasta contradictorias, corresponde concretar su análisis jurídico dentro de los límites impuestos por la ley 24.309 para, precisamente, avalar la constitucionalidad de la reforma y validez de las cláusulas incorporadas al art. 75, inc. 22, de la Ley Fundamental.

(33) Ob. cit., t. V, p. 5234.

(34) LINARES QUINTANA, Segundo V., "Tratado de Interpretación Constitucional", p. 147, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As. 1998.

(35) Fallos: C.S. 111:330 y 388; 114:28 y 298; 115:174; 150:151; 210:540.

Procurando esbozar una relación armónica en el ordenamiento constitucional, sobre la base de una interpretación teleológica y sistemática, arribamos a las conclusiones siguientes:

1) Todos los tratados y convenciones internacionales tienen jerarquía supralegal. No pueden ser derogados o modificados mediante una ley ordinaria del Congreso, sino sólo a través del procedimiento constitucional para la aprobación y puesta en vigencia de los tratados.

2) La Convención, al estar habilitada para determinar la jerarquía de los tratados, no sólo les asignó carácter supralegal, sino que también estableció un orden jerárquico entre ellos distinguiendo cinco tipos de tratados:

2.1) Los tratados que regulan materias extrañas a la integración y a los derechos humanos.

2.2) Los tratados sobre derechos humanos puestos en vigencia y aprobados por el Congreso sin las mayorías especiales previstas en el art. 75, inc. 22, de la Constitución. Sin embargo, estos tratados pueden tener jerarquía superior a estos últimos si, conforme al art. 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, regulan tales potestades de manera más favorable para las personas.

2.3) Los tratados de integración, en las variantes previstas en el art. 75, inc. 24, siempre que respeten las disposiciones sobre derechos humanos contenidas en otros tratados. Los tratados de integración no pueden desconocer o reducir la amplitud de la tutela a los derechos humanos dispensada por otros tratados, aunque sí podrían ampliarla.

2.4) Los tratados sobre derechos humanos que, después de ser sancionada la reforma constitucional de 1994, sean aprobados y entren en vigencia conforme a las mayorías especiales establecidas en el art. 75, inc. 22, de la Constitución, y siempre que otorguen a esos derechos un reconocimiento más favorable que los simples tratados sobre derechos humanos o las leyes locales.

2.5) Los tratados sobre derechos humanos citados en el art. 75, inc. 22 que, a igual que los anteriores pueden ser denunciados por la acción conjunta del Congreso y el Poder Ejecutivo, sin que sea necesaria la reforma constitucional porque no forman parte de la Constitución.

3) Conforme al art. 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el carácter suprallegal de los tratados cede ante las leyes internas que otorgan, a tales derechos, una protección más favorable para las personas. En tales casos, la ley no deroga ni modifica los tratados, sino que suspende la aplicación de algunas cláusulas de estos últimos.

4) La referencia a la jerarquía constitucional de los tratados sobre derechos humanos, significa que están incorporados operativamente al orden jurídico interno argentino y sujetos a las disposiciones contenidas en los arts. 27, 30 y 31 de la Ley Fundamental. No son supraconstitucionales ni forman parte de la Constitución. Si formaran parte de la Constitución, se estaría violando el art. 30 de ella porque, los enunciados en el art. 75, inc. 22, pueden ser denunciados sin intervención de una Convención Reformadora, y otro tanto los aprobados después de la reforma de 1994. Si no se acepta esta conclusión, tendríamos que admitir que fue reformado el art. 30 de la Ley Suprema, cuya modificación estaba prohibida por la ley 24.309 bajo la pena de nulidad.

5) Los tratados internacionales sobre derechos humanos sólo rigen en las condiciones de su vigencia. Tal como fueron aprobados con sus reservas y declaraciones interpretativas. Condición que está permitida por el art. 19 de la Convención de Viena.

6) Los tratados, a menos que se convenga expresamente lo contrario, no tienen aplicación retroactiva según el art. 28 de la Convención de Viena. De acordarse lo contrario, las cláusulas del tratado no podrán colisionar con los derechos y garantías de carácter humano enunciados en la Primera Parte de la Constitución conforme a su art. 27 y que, de acuerdo a las normas reglamentarias generaron derechos adquiridos.

7) Los tratados internacionales no pueden derogar ni modificar artículo alguno de la Primera Parte de la Constitución. Así lo estableció el art. 7° de la ley 24.309 y así lo dispone el propio art. 75, inc. 22, de la Ley Fundamental. Caso contrario, se estarían vulnerando los arts. 27 y 30 de la Constitución —cuya reforma no fue autorizada— y se podría invocar el art. 46 de la Convención de Viena cuando establece que un Estado puede alegar, como vicio de su consentimiento, la circunstancia que el tratado afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno. Y no hay norma de mayor importancia fundamental en el derecho interno argentino que su Constitución Federal. En tal caso, el Estado deberá seguir el procedimiento previsto en el art. 65 de la Convención de Viena y los jueces

nacionales, como órgano integrante del gobierno, que tienen a su cargo el control de constitucionalidad, deberían abstenerse de aplicar las cláusulas cuestionadas porque, en el orden interno, un juez de la Constitución jamás puede aplicar una norma inconstitucional. El control de constitucionalidad que incumbe a los jueces, no puede ser limitado como consecuencia de una errónea valoración del Congreso y Poder Ejecutivo sobre la validez constitucional de un tratado. Su prerrogativa de aprobar y ratificar tratados no es discrecional y está sujeto al control de constitucionalidad.

8) Los tratados internacionales sobre derechos humanos son complementarios de los derechos y garantías reconocidos por la Constitución. Nuestra Ley Fundamental, a diferencia de la de otros países, presenta la virtud, fruto de una eficiente técnica para la formulación de sus normas, de ser genérica, flexible, clara y expuesta en el lenguaje común, al menos en su Primera Parte. Merced a esa técnica, todas las libertades, como especies del género libertad, están reconocidas por la Constitución. Ya sea de manera explícita o mediante la cláusula residual de su art. 33. Bien dice Jorge Vanossi que, mediante la hermenéutica constitucional y la presencia de un artículo que ampara los derechos no enumerados, pero que nacen o surgen de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno, se abre un abanico muy amplio de posibilidades para la incorporación de nuevos derechos y garantías (36). Compartimos esta opinión porque todas las libertades individuales y sociales, tanto las que ya se manifiestan en la convivencia social como las libertades en embrión que nacerán debido al carácter dinámico de la vida social, están avaladas por la Ley Fundamental. De manera que un tratado internacional no crea derechos, garantías o libertades, sino que reglamenta, con jerarquía superior a las leyes, las ya reconocidas por la Constitución. Cumple la función prevista en el art. 28 de la Ley Fundamental. Es que si los tratados sobre derechos humanos son complementarios, esto significa que sus cláusulas no pueden desconocer o anular los derechos constitucionales, sino reglamentar algunos aspectos referentes a su tipificación y ejercicio.

9) Los tratados internacionales, a igual que toda norma jurídica, disfruta de la presunción de constitucionalidad y, en caso de duda, corresponde aceptar su validez. Esta conclusión abstracta sólo podría ceder ante un

(36) VANOSSI, Jorge R., "La reforma constitucional de 1994", p. 343, Ed. del Círculo de Legisladores de la Nación Argentina, Buenos Aires, 2004.

caso concreto si, su aplicación al mismo, importa el desconocimiento de algún precepto constitucional y previa constatación de la imposibilidad de armonizar ambas normas en función de sus objetivos.

10) La Convención Reformadora de 1994 asignó jerarquía supralegal a los tratados, pero no a los principios de derecho internacional ni a la costumbre internacional, a menos que ellas sean receptadas en un tratado. Pero, aunque así fuera, tales principios y costumbres no derogan ni modifican los principios expuestos en la Constitución federal, conforme a su art. 27.

Se podrá argumentar que estas conclusiones responden a un enfoque esquemático y que no se compadecen con aquellas que resultarían de una valoración adecuada sobre el desenvolvimiento del derecho internacional desde comienzos del siglo XX. Pero, en tal caso, nos estaremos apartado de la unidad de análisis jurídica que es la Constitución Nacional para introducirnos en un debate de carácter político, donde la ley queda subordinada a los juicios de valor.

Frente al concepto clásico del poder soberano estatal, se alzan teorías que propician reducir su magnitud mediante transferencias totales o parciales de competencias estatales.

Ello es consecuencia de un movimiento doctrinario que no está satisfecho con los logros alcanzados en salvaguarda de la libertad y dignidad del hombre dentro del marco tradicional de la conformación del Estado. Es que, muchas veces, la estructura estatal ha sido un medio eficiente para concretar las aberraciones más escandalosas en detrimento de la dignidad humana.

De todos modos, y sin perjuicio de rescatar el propósito loable que inspira a semejante concepción, no podemos incurrir en el desvarío de imputar a la estructura estatal la responsabilidad por aquellas atrocidades porque, en definitiva, su autor ha sido el hombre apartándose de los fines personalistas de una sociedad política global. La modificación de las estructuras organizativas del poder soberano es un camino estéril si está desprovisto de la previa, o simultánea, educación del hombre para vivir en libertad.

La fórmula para solucionar las colisiones producidas entre los actos de los órganos nacionales y el derecho internacional, permitirá verificar el

grado que presenta el poder soberano de los Estados y su capacidad de independencia externa. Permitirá advertir si los Estados miembros de una organización internacional, o algunos de ellos, han transferido una porción de su poder soberano renunciando a su independencia para determinar el contenido de su derecho interno respecto de ciertas materias. De ser así, la transferencia se formaliza mediante un tratado o convención internacional que será la ley fundamental a la cual quedarán subordinadas, total o parcialmente, las constituciones locales de los Estados.

Las formas de integración que se expresan en asociaciones estatales constitutivas de entes supraestatales facultados para adoptar decisiones que son obligatorias e ineludibles para los Estados miembros, y ejecutar y controlar su aplicación por vía jurisdiccional, configuran la antesala de nuevas organizaciones políticas globales diferentes a los Estados nacionales. En ellas, los Estados transfieren a los organismos supraestatales competencias políticas propias y se someten a un régimen internacional de sanciones, suscitando un problema complejo de índole constitucional (37) desde el momento que, los órganos nacionales, están delegando y renunciando —aunque sea bajo la condición de reciprocidad— al ejercicio de potestades inherentes a sus poderes soberanos. Y, en la medida que el poder soberano de un Estado deja de ser tal, ya sea total o parcialmente, en el orden interno o externo, nos enfrentamos con un nuevo tipo de organización política global titular del poder soberano que no participa de las características propias y clásicas del Estado o, al menos, de una de ellas que es la existencia de una comunidad nacional.

La integración de los Estados con poder soberano en entidades supraestatales, a las cuales se transferirá aquel atributo, constituye una meta anhelada por un sector importante de nuestra doctrina constitucional.

Prestigiosos juristas, como Bidart Campos (38), han propiciado la incorporación de una cláusula a la Constitución que disponga la subordinación del derecho interno, incluyendo a la Ley Fundamental, al derecho internacional resultante de los tratados siempre que no se desfigure la ideología personalista y democrática de la Constitución.

(37) LINARES QUINTANA, Segundo V., "Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional", t. I, p. 332, ob. cit.

(38) BIDART CAMPOS, Germán, "Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino", t. I, p. 183, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1993.

Sin embargo, ese requisito resulta de difícil instrumentación jurídica si no se conserva el poder soberano. ¿Quién decidirá en cada caso si los actos internacionales se apartan de la ideología personalista y democrática de la Constitución? Si es el propio Estado nacional, en tal caso sus actos tendrán supremacía sobre el derecho internacional y, si es un organismo internacional, no habrá garantía efectiva para preservar aquella ideología personalista y democrática.

La aceptación de este último punto de vista importará privar al poder del Estado de su carácter soberano, y la consecuente creación de una nueva forma de organización política global que estará sometida al poder soberano de una entidad supraestatal.

La pretendida sustitución de los Estados nacionales se trata, a nuestro entender, de una fórmula que no se compadece de manera realista con la posición actual de las relaciones internacionales y, menos aún, con la idea política dominante que, sobre el particular, alberga la mayoría de las comunidades nacionales, incluyendo a la Argentina.

Profundizar y afianzar las relaciones internacionales es una meta loable y necesaria cuyo logro, a esta altura del desarrollo histórico de la civilización, no impone una claudicación del poder soberano de los Estados. Quizás, en un futuro no lejano con los parámetros que se mide la historia de la humanidad, ello será posible. Pero en el estado actual de las relaciones internacionales, y teniendo en cuenta la disparidad de los matices culturales, económicos, sociales y tradiciones existentes en las naciones, no resulta una solución conveniente si es que se aspira a desembocar en un sistema sólido, estable y dotado del consenso popular indispensable que sólo puede aportar la idea política dominante en la sociedad.

Esa realidad, sociológica y política, impone un deber de prudencia para el legislador. Debe procurar la integración para que un Estado no quede a la zaga de las tendencias modernas imperantes sobre el particular, pero tiene que obrar con particular cautela a fin de evitar el enrolamiento en concepciones utópicas, carente de realismo, que restrinjan o anulen, al menos en el marco jurídico, el poder soberano del Estado mediante la sujeción al imperium de entidades supraestatales.

Un ilustre pensador y analista de los sistemas políticos comparados señalaba que la integración, en su faz política, constituye un proceso en el cual las aldeas se convirtieron en distritos o condados que, a su vez, se

combinaron en ducados o provincias para fundirse posteriormente en reinos que, por su parte, se han amalgamado muchas veces en federaciones o imperios. Analizando este proceso, que fue descrito por Dante a fines del siglo XIII y su proyección histórica, podremos vislumbrar la presencia de un gobierno mundial. Es que, ¿no podríamos terminar constituyendo gobiernos más vastos a partir de las divisiones más pequeñas que tenemos ahora? (39).

Para Deutsch, el Estado nacional se encuentra en conflicto potencial con todas las filosofías o religiones que enseñan normas universales acerca de la verdad, de lo bueno y lo malo, sin consideración de naciones o razas, cuando ellas pretenden extenderse sobre el ámbito de las relaciones políticas (40). Sin embargo, tras admitir que el Estado nacional realiza más servicios a los que ha llevado a cabo cualquier otro tipo de organización política global en la historia del mundo, recomienda que el realismo de un proceso de integración esté supeditado al principio de la autodeterminación de los pueblos, porque el incremento paulatino de sus capacidades cognitivas para la convivencia internacional es el requisito ineludible que condiciona la concreción de una integración eficaz, realista y consentida (41).

En materia de relaciones internacionales, existen dos grandes enfoques o líneas de pensamiento. Uno de ellos es el enfoque idealista o jurídico. Procura ordenar, por medios jurídicos, un ordenamiento político mundial sobre la base de la presunta preexistencia de principios racionales y morales dotados de validez universal. Afirma la vigencia de una comunidad mundial integrada por los habitantes de todos los Estados nacionales, cuya organización sólo requiere del fiel cumplimiento de los compromisos jurídicos externos asumidos por ellos con prescindencia de sus cambiantes intereses y necesidades.

En cambio, para el enfoque realista, las relaciones internacionales son consecuencia de la confrontación entre intereses nacionales contradicto-

(39) DEUTSCH, Karl W., "El nacionalismo y sus alternativas", p. 12, Ed. Paidós, Buenos Aires, 1972.

(40) DEUTSCH, Karl W., "Política y gobierno", p. 130, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1976.

(41) DEUTSCH, Karl W., "Política y gobierno", p. 565, ob. cit.

rios que se procuran conciliar aunque sin aspirar, de manera inmediata, a concretar una organización supraestatal duradera, efectiva y dotada de poder soberano, hasta tanto no se verifique la real existencia de una comunidad internacional lo suficientemente sólida para servir de sustento a ese ente supraestatal. Comunidad que sólo se manifestará plenamente cuando se haga efectiva la igualdad cultural entre los Estados nacionales diluyendo la posición preferente que tienen algunos de ellos, y cuando el bien común prevalezca espontáneamente sobre los intereses particulares de esos Estados que no deberían oponer reparos para otorgar las concesiones pertinentes.

Si bien ambos enfoques han sido esbozados por la teoría de las relaciones internacionales, en la práctica de la política externa de los Estados que ejercen un liderazgo en dicho marco se aplica, preferentemente o casi en forma exclusiva, el enfoque realista. Enfoque merced al cual se han obtenido importantes logros para la convivencia armónica entre las naciones.

Es razonable sostener, aplicando el enfoque idealista, que así como debería ser coherente la política interna de un Estado con su política exterior, también debería mediar coherencia entre el orden jurídico interno del Estado y el externo que se comprometió a cumplir. Pero el afán por concretar esa coherencia, llevado hasta sus últimas consecuencias, puede desembocar en resultados arbitrarios y diferentes de los perseguidos con la aplicación estricta de ese enfoque.

Si para concretar esa coherencia le asignáramos al Congreso, o a un organismo judicial especial, el ejercicio exclusivo del control de constitucionalidad sobre los tratados al momento de su aprobación, y sin que esa decisión fuera susceptible de revisión ulterior, estaríamos subordinando el dinamismo social a la conformación estática de una norma jurídica con prescindencia del bien común de la comunidad nacional. Si la transferencia o delegación de competencias por obra de un tratado no fuera revisable unilateralmente cuando, con el transcurso del tiempo, se llegara a constatar su inconstitucionalidad o apartamiento de las exigencias del bien común, se corre el riesgo de fomentar una ruptura del orden jurídico internacional porque las normas legales jamás pueden ser obstáculos idóneos para impedir la satisfacción de las necesidades sociales.

La presión del pluralismo anula la vigencia y legitimidad de toda norma jurídica que impida satisfacer esas necesidades. Esa ruptura no es la

solución más adecuada, y para preservar el prestigio de las normas internacionales, es conveniente brindar a los Estados la posibilidad de apartarse legalmente y en forma inmediata de ellas cuando la dinámica social interna así lo requiera. Es conveniente que, como consecuencia de ese proceso dinámico interno y de las modificaciones que se pueden operar en la idea política dominante de una sociedad, los Estados puedan unilateralmente adecuar las normas jurídicas internas e internacionales que les son aplicables a su nueva realidad política, económica y social.

Tanto el enfoque idealista, en forma inmediata y consciente, como el enfoque realista, de manera mediata e inconsciente, procuran la integración de los Estados en una organización política supraestatal. Pero difieren sobre el camino a seguir para alcanzar esa meta universal. El primero propicia la coacción jurídica desconociendo la realidad política, mientras que el segundo otorga primacía a esa realidad sobre el derecho, por entender que la norma jurídica debe ser siempre reflejo de una realidad positiva y acorde con el bien común.

Estimamos que la aplicación del enfoque realista presenta la virtud de respetar las ideas políticas dominantes en los diversos pueblos, sus modalidades, características y necesidades que forjan sus instituciones y estilos de vida. Pero ese respeto en modo alguno se opone a la integración de los Estados en nuevas formas de organización política global, sino que aspira alcanzar semejante meta de manera gradual, desprovista de métodos coactivos y sobre la base de la guía resultante de la prudencia política.

Al margen de estas consideraciones hemos procurado ceñirnos a las técnicas jurídicas de interpretación forjadas por el secular movimiento constitucionalista que desembocaron en la vigencia del Estado de Derecho y la consolidación, a partir del siglo XX, de los sistemas democráticos de avanzada y más progresistas.

Consideramos que el poder de concertar tratados internacionales, previsto en el art. 67, inc. 19, de la Constitución antes de su reforma, y actualmente en el art. 75, incs. 22 y 24, debe entenderse subordinado a la Ley Fundamental. Un tratado que desconoce las normas constitucionales es nulo porque estaría autorizando lo que la Constitución prohíbe. Sostener lo contrario, sería conferir al Congreso y al Poder Ejecutivo la potestad de ejercer el poder constituyente al margen del art. 30 de la Constitución

avalando la perversión constitucional (42). Perversión, motivada a menudo por el deseo de imponer una ideología que conduce a la alteración de los valores constitucionales.

La doctrina recientemente adoptada por la Corte Suprema de Justicia, al sustituir la Constitución por el derecho internacional como unidad de análisis para determinar la validez de las normas, coadyuva a pervertir el orden constitucional mediante una interpretación falsa del orden jurídico interno. Interpretación que responde a ciertas apetencias ideológicas extrañas a la Ley Fundamental, fomentando la indiferencia de gobernantes y gobernados por la violación de ella, y una actitud psicológica que puede conducir a la atrofia de la conciencia constitucional bajo cuyo amparo se organizó la Nación Argentina y la desarticulación de la plena vigencia del Estado de Derecho (43). ♦

(42) LINARES QUINTANA, Segundo V., "Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional", t. II, p. 482, Ed. Plus Ultra, Bs. As. 1987; FRIEDRICH, Carl, "El hombre y el gobierno", p. 304, Ed. Tecnos, Madrid, 1968.

(43) LINARES QUINTANA, Segundo V., "Tratado de Interpretación Constitucional", p. 787, ob. cit.

1870
1871
1872
1873
1874
1875
1876
1877
1878
1879
1880
1881
1882
1883
1884
1885
1886
1887
1888
1889
1890
1891
1892
1893
1894
1895
1896
1897
1898
1899
1900

II

COMUNICACIONES EN SESIONES PRIVADAS



UNA LECTURA DE LA SOCIEDAD QUE VIVIMOS

POR AUGUSTO M. MORELLO (*)

*A la memoria de Pedro Henríquez Ureña,
el esclarecido educador de América
y de Mauro Cappelletti,
uno de los grandes juristas del siglo XX*

SUMARIO: I. Introducción. — II. El pensamiento de Daniel Innerarity. Caracterización de la sociedad invisible. — III. El pensamiento de Ulrich Beck. Caracterización de la sociedad del riesgo. — IV. Cambios trascendentes. — V. La preocupante realidad social vernácula: la cohesión y unidad total del ser argentino como desafío prioritario. — VI. El impacto en el Derecho. — VII. El mensaje de cierre.

I. Introducción

En el inicio procuraremos ofrecer una explicación del contexto en la época de la globalización (1).

Entender el tiempo presente, buscar el sentido y la inteligibilidad del mundo actual, pensar en la articulación de la Política, la Sociedad, el Estado, la Ética y el Derecho en el horizonte del mundo contemporáneo gene-

(*) Comunicación efectuada por el Académico, en la sesión privada del 14 de abril de 2005.

(1) Esta meditación fue precedida por anteriores trabajos alineados en rededor de igual temática, desde MORELLO, Augusto M., y TROCCOLI, Antonio A., "Argentina, ahora y después", Platense, 1966; MORELLO, Augusto M.; TROCCOLI, Antonio A., y LOÑ, Félix A., "Meditación sobre la democracia argentina", Platense, 1972, y que se intensificaron en los últimos años: MORELLO, Augusto M., "El Derecho y nosotros", Platense, 2000; ídem, "Al final de

ran reflexiones que, como nos gusta expresarnos, tienden a demarcar perspectivas diferentes pero que convergen sobre una misma realidad, que es la vida compartida de la gente, las personas. Tarea difícil pero apasionante. Es *prever el presente (Turgot)*. También las estimaciones cuantitativas de las estadísticas y encuestas que, como hitos que señalan la ruta, ayudan a ese empeño *teórico, interpretativo e interdisciplinario*, que porfía por encontrar el sentido de las cosas que pasan, más que la acumulación de datos, *sin sacrificar la complejidad* del variado y matizado paisaje social.

Nos hacemos cargo de lo ardua que es esa percepción porque no es sencillo procurar estar a la altura de los desafíos de la compleja sociedad del presente: heterogénea, en la que se intensifican los disensos, las ambivalencias, o mejor, la fragmentación por la sensación que producen: 1) la intransparencia; 2) los riesgos, 3) la inseguridad.

Dos reputados sociólogos y politólogos *Innerarity* y *Beck* propician por ello un nuevo discurso que se centra en una sociedad inédita que, igualmente, es una sociedad inalcanzable.

II. El pensamiento de Daniel Innerarity. Caracterización de la sociedad invisible

Para el autor citado (2) lo alienado hoy no es el sujeto sino la sociedad. La anarquía de los procesos aleja a la sociedad de los hombres y la convierte en algo intransparente. Es una realidad independiente de quienes la habitamos. Importa reparar en que las nuevas magnitudes de lo social no tienen que ver con variables objetivas: *virtualidad, exclusión, riesgo, oportunidad, simulación, alternativa, representación*. Son dimensiones que

una época", Platense, 2002, ídem, "Puntos de partida para una Argentina posible", Fundación Editora Notarial, La Plata, 2002; ídem, "El Estado de Justicia", Platense, 2003; ídem, "Modernización y calidad de las instituciones", Platense, 204, y sucesivas columnas en "El Día" de La Plata, en especial, "La Argentina invertebrada", de 13/9/2004, p. 6.

(2) Su libro fundamental es "La Sociedad invisible", Espasa, Madrid, 2004, que mereció el premio "Espasa Ensayo 2004". Será objeto de frecuente cita. Entre nosotros le preceden las siempre vigentes meditaciones de SARMIENTO, MALLEA, Eduardo, MASSUH, Víctor y FLORIA, Carlos A., entre otros profundos analistas de la "realidad" (o "realidades") de la Argentina, de sus partes presente y visibles y aquellas otras ocultas o postergadas. Y esos dos planos en donde uno opaca u oculta al otro, en definitiva escamotean a una elusiva verdad que cada vez es más arisca en ser descubierta y en donde parece que así quedaremos más satisfechos porque recorreremos mejor el laberinto de la ficción, al que nos acostumbramos. Si es así como nos expresamos mejor ¿para qué entonces cambiar?

plantean la necesidad de modificar nuestro concepto de la sociedad, exigencia que en la Argentina es mucho más perentoria por el juego de factores agudos: crisis de confiabilidad, de cohesión, de identidad, innumerables fracasos colectivos, ausencia de ideas y razones aglutinantes. Lo que nos lleva a una visión inmediata distanciada de la realidad profunda. No vivimos en *un universo de objetividades consistentes e indiscutibles*; los medios técnicos de la sociedad de la información se han constituido como los *a priori* históricos de nuestra percepción y comportamiento; la conforman y, asimismo, la deforman, penetrados por la cultura de la simulación que ha debilitado en demasía el principio de realidad, lo que significa que ha cambiado la medida de lo real que pasa a ser menos sólido. La descripción objetiva de ella, de la autenticidad, o la sinceridad *deben formularse de otro modo*.

El furor de la competencia entre las imágenes del mundo, las cargas ideológicas, el poder de los medios y el sentido de la información condicionan el estilo de vida y produce la imprevisión de un mundo alterado que reconoce la plurisignificación de lo que enfrentamos. Realidad que es llamada la sociedad invisible porque los problemas se bifurcan entre lo que puede leerse y una intransparencia irreductible. Ese título, la sociedad invisible, aspira a ordenar en una denominación, fenómenos que se resisten a la unidad.

Para ello hay que construir un observatorio que requiere una forma de captación distinta de la tradicional crítica social.

Nuestra sociedad no se entiende fácilmente y la pérdida de evidencia se ha vuelto manifiesta; en el presente —que se acorta cada vez más— sólo podemos percibirla como un lugar que al mismo tiempo es *algo real e imaginario*; las relaciones que la tejen son opacas y no pocas veces impenetrables.

III. El pensamiento de Ulrich Beck. Caracterización de la sociedad del riesgo

Desde que el reputado profesor de sociología de la Universidad de Múnich, Ulrich Beck, escribiera, en 1986 su consagratoria obra *La sociedad del riesgo* (Siglo XXI) (3) por la seriedad de sus consideraciones se ha erigido

(3) Más adelante citaremos otros ensayos del calificado sociólogo alemán; remitimos, asimismo, a "El Estado de Justicia", cit., ps. 12 y 97.

en uno de los pensadores más consultados, con mayor razón ante su disciplinada e inteligente producción académica, continuada hasta nuestros días.

Lo más significativo de este sociólogo es que ha venido mostrando un enfoque entre las paradojas de la globalización, que va exhibiendo privilegios y acumulación de riquezas a favor de los poderosos con la democratización de la miseria y la desesperanza de grandes bolsones sociales, que reaccionan a través de la movilización, las protestas y la internacionalización de la esperanza, de cara al logro de una nueva y razonable igualdad.

No son pocas las contradicciones de la globalización y las tendencias opuestas de los que están a favor y en contra de ella, pero lo que no puede dejar de considerarse es que entre las notas y matices que dibujan a la sociedad del riesgo, cuentan esos *notables desniveles que afectan la idea de justicia sin discriminaciones*.

No pocos sectores de una nueva sociedad, por una parte, están marginados de las apuestas especulativas que se ofrecen a países enteros a la defensiva, en tanto que, por el otro, proclama que los mercados financieros allegan el peligro de un desarrollo autodestructivo, que deteriora la seguridad jurídica, y aumenta los riesgos reales, alterando para muchos las reglas que gobiernan el desarrollo previsible de las relaciones negociales. Los contratos (máxime los de larga duración) están en continua tensión y sitiados de zozobras; *el deudor no controla su situación, ni la del contrato*; acaso tampoco la controla el acreedor.

Otro eclipse ha anubado el clima de los negocios. El "giro ético" ha provocado los desbordes que hacen difícil la lectura normal que afirmaba, de manera *absoluta*, la vigencia del principio de la buena fe. La *dependencia inmediata respecto a la Bolsa, menos respetuosa frente a consideraciones sobre la viabilidad o la rentabilidad a largo plazo, demuestra que de lo que se trata es de crear valor para los accionistas, de hacer aumentar a cualquier costo el precio de las acciones: lo demás será muestra de ineficiencia*. Y para ello las fronteras —también las éticas— no han sido obstáculo.

En 1997 se comenzó a ver que las cosas eran un poco más complicadas y que los bancos nacionales que actuaban como intermediarios para el crédito internacional, podían hacer uso poco juicioso de los ahorros ajenos: la crisis de Asia fue un serio aviso de que no era tan fácil lograr que el

mundo real funcionara de acuerdo a ideas demasiado simples. Después del 2000 la desaparición de la fe bursátil dio un serio golpe a las grandes expectativas y puso de manifiesto el largo calvario que había llevado a las empresas a realizar compras e inversiones de un excesivo riesgo, por lo que la menor duda sobre el futuro de ellas, podía llevarlas a una bancarrota financiera que nunca se habría producido si no se hubiera desatado previamente la euforia de los inversores.

Se hizo evidente la crisis de confianza en Wall Street debido no sólo a esas "manzanas podridas" sino por un *clima colectivo* sobre los peligros creados por la exuberancia irracional de los mercados, lo que dio origen a las *malas prácticas* una vez que comenzó a evaporarse la euforia, *lo que llevó a olvidar cualquier responsabilidad ante los trabajadores y, finalmente, ante los clientes.* Sin duda, se concluyó, "no parece que sea mejor y único motor de la empresa capitalista actual la idea de la alta rentabilidad inmediata. Aunque, claro es, quizá sea comprensible y perdonable una cierta nostalgia del anticuado modelo renano de capitalismo" (*Paramio*, Ludolfo, *La década de las oportunidades*, "El País", Madrid, 21/9/2002, p. 12, énfasis agregado. El autor es profesor de investigación de la Universidad de Políticas Comparadas del C.S.I.F., España).

Cobró compactada consistencia la prevención frente a la *doble realidad* que quedó dibujada; pistas virtuales y las otras desnudaron una *opuesta realidad*. La creencia incorporada a la conciencia colectiva respecto del principio básico y general de la buena fe, indicaba que él no admite controversias; que es un valor pétreo y de presencia gravitante como patrón y guía ética vigente; que está definitivamente incorporada a los modos exigibles de conducta negocial; además, de que cuenta con un franco reconocimiento y consenso de la comunidad. Forma parte de una renovada cultura jurídica que enlazada con otros vectores —honrar el pago de las deudas, ser leal y actuar sin cartas en la manga, acatar el deber de colaboración, satisfacer igualmente los deberes secundarios de conducta, no hacer más onerosa la prestación que pesa sobre el obligado, estimar la esfera jurídica del deudor, que tiene derechos, el primero, a liberarse si cumple el pago con exactitud (art. 505, Cód. Civ.), etc.— balancea la necesaria armonización de situaciones convergentes tan respetables una (la del acreedor) como la otra (la del deudor).

Los peligros asedian no sólo a la familia o a "las" familias sino fundamentalmente *al trabajo* que se hizo inseguro, precario. Señala *Beck*, en otro ensayo, la consecuencia involuntaria de la utopía liberal del libre

mercado: es la brasileñización de Occidente no bien se observa —riesgo típico e *in crescendo* como acontece en Alemania— el alarmante y ya estructural índice de paro en el *tránsito de la sociedad del trabajo a la sociedad del conocimiento, del saber*. Estamos asistiendo a una revolución en el mundo laboral, en el que el dependiente en la sociedad del pleno trabajo “creía” tener asegurada la relación hasta la jubilación o la muerte, a la irrupción de lo discontinuo, lo impreciso; *sólo lo informal*. O dicho de otro modo: la multiplicidad, alta complejidad, la competitividad y la *irregularidad en el trabajo*, la consecuencia es obvia: cuantas más relaciones laborales se “desregularizan” y “flexibilizan”, más rápidamente se transforma la sociedad laboral en *una sociedad de riesgo*, inclusive para las capas medias, *aparentemente bien “situadas”* y entre nosotros —otra realidad— en franco eclipse (4).

Desde distinto enfoque nos vamos acostumbrando a vivir en un mundo que parece más cercano al caos: terrorismo, desocupación, rebeldías o resistencias sociales de hecho, agredido por la necesidad de bienes esenciales precederos; el amparo de la salud, que frente a generalizadas carencias, se torna cada vez más exigente y perentorio.

Afloran cadenas causales, indirectas, opacas, que resultan muy difícil de identificar y combatir porque no se pueden controlar, al mismo tiempo, todas las variables que juegan o intervienen en los fenómenos sociales (terrorismo, mafias, crímenes organizados, los que regentan las drogas).

Todo ello nos va pareciendo “normal” y presente a la vuelta de la esquina, o que acontecen al lado consecuencias inesperadas (desde AMIA al 11 de marzo —Madrid—). Estamos, por consiguiente, *a merced de interacciones que hacen sorpresiva aparición frente a lo cual nada definitivo puede asegurarse*.

Los riesgos acontecen en todos los lugares: escuelas, templos, clubes, cárceles, calles; y esos sucesos provocan miedo —otro personaje principal en la escena social— y multiplican las disconformidades.

(4) BECK, Ulrich, “Un nuevo mundo feliz. La precariedad del trabajo en la era de la globalización”, traducción de Bernardo Moreno Carrillo, Paidós, Barcelona, 2000, ps. 9 y sigtes.

Cuando se protesta contra las multinacionales, el terrorismo internacional, los inmigrantes o ciertas razas se busca a ciegas un culpable aunque en verdad ninguno o algunos de ellos lo sean, con lo cual convierten a esas operaciones en protestas virtuales. Esa forma de actuar produce el aumento general de incertidumbre en la cultura disociadora actual (el viaje de La Plata a la Capital Federal, se hace riesgoso o de arribo incierto).

Nos angustian, igualmente, nuevas ilicitudes (desde el secuestro expreso a la violencia patoteril) los sistemas de convivencia son cada vez más friccionantes y ponen radicalmente en crisis el ideal (utopía) de que los fenómenos pueden ser por completo divisados, comprendidos, simplificados y manejados.

Así se crea, *"una distancia entre el hombre y la sociedad"*.

IV. Cambios trascendentes

Avanzamos en el tema cuando destacamos que muchas cosas han mudado, han dejado de ser lo que eran:

- el poder,
- la jerarquía de los valores,
- la guerra,
- la soberanía,
- los territorios,
- la seguridad jurídica,
- la cultura,
- el miedo,
- la economía.
- las desigualdades.

Pero antes de puntualizar brevemente esas transmutaciones corresponde advertir que, como lo marcamos en *La Vida y el Proceso* (2004) el afán por conocer se anilla a la pasión por los enigmas y por develar lo desconocido y distante que parece confuso, porque la civilización de esta hora más que nunca exige instaurar un trato cristalino con las cosas, con nuestra circunstancia.

Confianza y credibilidad —vínculo “sano” y “limpio” de Estado y ciudadanos— son las condiciones que deben existir entre representantes públicos, su pensamiento y acciones. Va de suyo que nadie puede confiar y opinar o decidir sobre aquello que no conoce, se lo esconde o se lo presenta de manera ambigua, distorsionada o desnaturalizada (tal las *Leyes secretas*).

Si los hombres o los partidos políticos se “desangelizan”, perdiendo sus atributos más calificados que son su concepción y práctica de la ética, de la política en grande, queda vaciado de liderazgo y aun como “aparato elector” el desplome es su destino (confr. *Tizón*, Héctor, entrevista en “La Nación”, 31/01/2004, p. 8).

La democracia no es sinónimo de transparencia (el impacto de la corrupción); además, la sinceridad no es lo contrario de la mentira sino del automatismo y la rutina (doble mensaje) (5).

(5) La cita de LUHMANN y lo transcripto pertenecen a INNERARITY, pero cuanto venimos despuntando supone una “interpretación correcta”, lo que en buen romance quiere decir que se haya ajustado a la realidad (AZNAREZ, Malén, “Mejor no interpretamos los sucesos”, *El País*, Madrid, 11 de julio de 2004, p. 12. La autora es la “Defensora del lector” en ese periódico español). Queda consagrado, asimismo, que para develar las cosas (y con mayor intensidad entre nosotros) y arribar a algo similar a los Pactos de la Moncloa o a políticas de Estado suficientemente consensuadas, debemos alisar los caminos del diálogo fecundo, desde el lenguaje y los gestos, eliminar los ataques despiadados y la continua descalificación de las personas que no piensan como yo, y en lugar de querer oírlos, mejor tachar a su crítica con una réplica descalificadora, agrediéndola. No pocas experiencias recientes son altamente demostrativas de que siempre está presente el gesto irracional y la violencia que provocan sólo rencores e imposibilidad de acordar.

No parece necesario insistir en destacar que sucesivas y matizadas manifestaciones de clientelismo, actitudes hegemónicas, autoritarismo, amiguismo y nepotismo, permitieron capturar a las instituciones políticas y públicas por intereses particulares (a través de uno o varios partidos políticos, corporaciones, gremios, grupos económicos, familiares o intereses regionales, transnacionales o locales), especies de lo que IGLESIAS, Enrique V., dice “privatización perversa del Estado, que se instaló en la base de los fenómenos de corrupción, de intervenciones estatales ineficientes y promotores de rentismo y la especulación”.

El voto mayoritario de la Corte en "Bustos" (pesificación) hace al estilo que destaca *Luhmann*: presentar lo evidente, la inconstitucionalidad de un régimen jurídico, como incomprensible, formular los problemas de una manera descontextual. La excepcionalidad es más reveladora que la normalidad (recurso extraordinario por sentencia arbitraria). *Lo propio, lo típico, lo esperado, se presenta como insincero y cede a la fuerza de "la excepción"*. Es el efecto que produce todo lo que se ajusta exactamente a las convenciones vigentes o a las expectativas de los demás.

Otro dardo de *Innerarity*: Cuando no percibimos ningún desplazamiento sobre lo habitual esa inmovilidad provoca sospechas. Cuando todo el mundo está de acuerdo, podemos suponer que no ha sido adecuado el procedimiento para forjar una opinión común. Únicamente lo extraño se manifiesta como sincero; es decir un signo inusual en medio de lo recibido.

Al cabo, que interpretar es lo que se hace precisamente cuando las cosas no están muy claras; como acontece con la Argentina oculta (6), la vieja y permanente obsesión de nuestros mayores.

a) Detengámonos ahora en la metamorfosis de instituciones fundamentales: ¿en dónde reside hoy el poder (¿el decisivo y determinante?)? *Huidi-*

(6) En todo caso los símiles de las dos Argentinas superpuestas son múltiples y sorprenden las evidencias como la que existe entre la política verbal y la política de realización; la resistencia frente a la agenda neoliberal y la filosofía social constructivo igualitaria que abre espacio a una ordenación del poder y del Derecho "y, obviamente, de la Justicia que dé otro sentido a las cosas. Sólo así las aguas del Ebro no bajarán sucias" (BECK, Ulrich, "La paradoja de la globalización", *El País*, Madrid, 5/02/2002, p. 10).

¿Son los mismos los usos sociales —la práctica del Derecho— que se vivencian en las villas que los que rigen en las demás porciones de nuestra sociedad?

En un bloque: desorientación, desencanto, falta de motivación, apatía, indiferencia, resignación; en el otro, la esperanza, la perenne ilusión de materializar el sueño argentino, ¿cuál Argentina y cuáles argentinos? Si cruzamos esta transición con éxito, se recuperará el tiempo perdido y podremos demostrar que las expectativas de tantos apostadores al futuro venturoso de nuestra Nación, no estaban equivocados. Y si bien todos deseamos otros aires y otra música y aunque el país que está dibujado al cabo de cuatro lustros de democracia se muestra difícil y complejo, con arrugas y más preguntas que respuestas, no deja de ser atrapante y merece este tiempo ser vivido en profundidad y con fe. Para ese entrañable país se está aguardando el limpio esfuerzo de todos sus hijos. ¿Por qué no comenzamos tan estimulante viaje colectivo?

zo y real, a extramuros sólo muestra un rostro, el G.7, o el G.8, y las reacciones que producen lo que deciden los poderosos en las sociedades que se polarizan entre Davos y Porto Alegre. ¿Quién y cómo controlar a ese Poder y cómo demandarle su responsabilidad? ¿Se democratizan las instituciones transnacionales?

La concepción clásica de la soberanía (*Bodin*) queda hoy embretada con un perfil diferente, el de "la soberanía compartida", asociada a la gravitación de los tratados y Tribunales Transnacionales de Luxemburgo, Estrasburgo y la Corte Interamericana con sus sentencias vinculantes, directamente operativas, y de fuerza superior al derecho interno como acabamos de comprobarlo, con la mayoría de la Corte Suprema, en "Aranibia Clavel".

Tocante a los valores de recambio —el ascenso de la paz social con justicia, la cooperación y la solidaridad—, preservando las Libertades Fundamentales privilegiando a la dignidad de la vida, ponen de manifiesto el reacomodamiento y el orden de jerarquía o preferencia.

La irrupción del miedo como componente de la angustia vital, por caso en los EE.UU., a raíz de lo ocurrido el 11 de setiembre de 2001, o entre nosotros en los días que corren con el auge de secuestros, violencia y actos en escuelas desnuda su gravitación.

Respecto de la seguridad jurídica —que nos convocó como tema estelar durante los cinco últimos años— parece una letanía del ayer lo que en 1958, en el caso "Penta", proclamó con convicción la Corte Suprema: configura una de las bases principales de nuestro ordenamiento jurídico, equiparado al derecho de propiedad, y cuya tutela incumbe preservar a los jueces (Fallos: 242:501).

Con relación a la cultura en general y la jurídica en particular es de contabilizar lo que ha expresado, con preocupación, el rector de la Universidad de Buenos Aires, doctor Guillermo *Jaim Etcheverry*, que entre lo aguardado y lo producido el déficit es notable y la voz más tonante es la de asistir a una verdadera decadencia que urge remontar.

En lo que concierne a la economía y las desigualdades, meses atrás criteriosas y lúcidas comunicaciones de los señores académicos, doctores *Olivera, Alegria y Otaegui*, nos ilustraron sobre las realidades que subyacen tras los movimientos de superficie.

Quizá lo más llamativo y dramático sea la fisonomía de lo militar y la conformación de una guerra entre Naciones (Estados) y el terrorismo. Convencionalmente, la guerra suponía el enfrentamiento armado entre ejércitos; entre soldados uniformados y diferenciados unos de otros —se definía en batallas, armisticio y rendiciones—. Proseguida a veces con un largo espacio como el de la Guerra fría, acotada igualmente por reglas y estrategias respetadas.

Todo quedó anclado en el ayer. El soldado, aún heroico, defendía con patriotismo a su país pero no le animaba la idea necesaria de perder su vida. Ahora se esfuman esas notas y la inmolación es el motor que impulsa a los fanatizados que alientan uno de los bandos. Los regulares tienen poderío bélico y medios estratégicos superiores; están condicionados por el tiempo; en veinte días se "ganó" la guerra de Irak; y los estadounidenses como en Vietnam, deseaban retornar rápido a sus hogares; lo peor viene después, la guerrilla se instalará sin límites temporales. La lucha en la que no hay combates, sino estragos, desastres muertes indiscriminadas de civiles. Disponen del tiempo y saben que él, a diferencia del de los "vencedores", juega a su favor. Esperan y actúan en el desgaste del ejército enemigo, acosado sin cesar. No hay armisticios ni cierre formal del conflicto, como no lo hubo en la iniciación. El miedo y el temor invaden los espacios y actúan como factores decisivos. Las guerras, ahora, son así: atentados suicidas y masacres configuran el marco bélico de comienzo de centuria.

Manifestaciones elocuentes de cuestiones *notoriamente de nuestro tiempo e instaladas en el centro de la escena social*; el político, el investigador, el filósofo, el jurista y el psicólogo deben actuar con extremada cautela, casi como espías o detectives que desunifican, sospechan e interpretan lo que es y lo que no es, porque sin esos cuidados, que parecen caracterizar a la autocomprensión de muchas profesiones, es muy fácil dejarse engañar por las falsas pistas, el doble mensaje o el divorcio de la realidad.

La ley 25.466 (Adla, LXI-E, 5443), de intangibilidad de los depósitos, *fue una falsa pista*. El paso siguiente estaba cantado, y no habría que darlo.

No fue diferente el mensaje justificador de la invasión y guerra preventiva de Irak, enmascarada —una mentira— en la atribución *no probada* de existencia de armas de destrucción masiva. Lo oculto y buscado corrían por otros meandros. Y esa insinceridad en el área de las decisiones acon-

tece cuando se desmorona el mundo territorialmente delimitado con rígidas fronteras ideológicamente polarizadas y administradas por una burocracia económica y cerrada.

La verdad, sin embargo, es distinta: el mundo es más indeterminado y abierto, más pluralista con grados de libertad desconocidos hasta ahora en otras culturas e interpretables con otros parámetros. Es un escenario que ofrece también posibilidades inéditas no obstante la penetración como ya adelantamos de mafias, traficantes de drogas y terroristas.

La realidad no se deja apresar con técnicas simplificadoras que al pretender reducirla se alejan y malogran esa función.

Si la meta es reinstalar los buenos hábitos de una democracia adulta y responsable venimos obligados a replantear el modo en que ejercemos la crítica de la sociedad y sus instituciones, "Cómo escapar —para mejorarlo— de los prejuicios y verdades agotadas y repetidas, resistir el encanto de las apariencias o combatir la falsa conciencia con renovadas y sugerentes construcciones de la razón y posiciones de autonomía moral".

Algunas revelaciones interesantes

1. Nuestra experiencia, desde 1983, es cabalmente demostrativa de los reflejos y adaptaciones de la sociedad (no formulamos juicio de valor sino describimos los hechos sociales con las sonoridades de los cacero-lazos y los abusos piqueteros o el ruido más grave de resistencias y actitudes extremas). Es decir marcamos datos sociológicos esenciales en los que a veces no se detiene la crítica social o no son interpretados en su verdadero alcance y espesor: 1º. *El sistema aprende mejor que sus críticos* porque se hace inmune frente a la crítica asumiéndola (así dar lugar en la televisión para que a través de ella se la critique; o que el Poder incorpore a los piqueteros; neutralizando una rebelión o resistencia para lo cual nada mejor que ponerse (el poder) de su parte). Quien hoy proteste cuenta que los destinatarios de ella (la protesta) van a declararse, con matices, solidarios con la misma.

2. *El intérprete no puede exhibir incapacidad para comprender la nueva lógica social* y para ello tenemos que combatir nuestros propios prejuicios y liberarnos de ciertas teorías que nos aprisionan y nos ciegan.

3. Reconocer el significado diferente de los conceptos y del lenguaje de uso corriente; pareja por concubino, *familias* en lugar de familia, la región en lugar de la provincia, etcétera.

4. Reparar que lo anterior sólo puede cultivarse mediante la reflexión, la comprensión y una nueva teoría de la crítica social.

El vivir entre riesgos crecientes nos hace más sensibles y más críticos, pero ello lleva a resultados contraproducentes.

Todo debe ser mirado dos veces. Con la sociedad del riesgo despunta una actitud "especulativa" de la percepción y del pensamiento.

Las duplicidades generan situaciones inadmisibles desde el plano jurídico y moral.

Tampoco hay observatorios absolutamente confiables. Los niveles de credibilidad y aceptación, son entonces, llamativamente erráticos, aunque el sentido de lo que la mayoría desea está explicitado con trazos firmes y unívocos.

Por último, reconozcamos, asimismo, que el momento es avaro de proyectos e ideas.

V. La preocupante realidad social vernácula: la cohesión y unidad total del ser argentino como desafío prioritario

Es inocultable, o lo que es igual *visible* en ese develamiento de nuestra realidad acceder al conocimiento de la división y exclusión social que fractura la unidad del ser nacional, sin que podamos llevar a buen puerto una idea fuerza auténtica de la que participe el conjunto del cuerpo social que es todo uno, sin exclusiones. Descubrir diferencias y peculiaridades de un todo único, resaltan partes a vertebrar en una sugerente articulación abarcativa, en tanto porciones constitutivas de la multiforme Argentina (es decir de nuestra América) cabalmente tal. Reemplazaríamos una lectura que no ha hecho sino profundizar la distorsión y aumentar los costos adversos al propósito unificador. Visión y actitud distintas que requieren cambiar de mentalidad, creencias y hábitos para reemplazarlos por otros abiertos a una comprensión basada en la transparencia, la objetividad, la valoración de la capacidad y calidad del capital humano que venimos marginando. *Tomándolos en consideración con dignidad.* No vislumbra-

mos otra alternativa más necesitada de contribuciones que ayuden a superar las carencias y desventajas que arrastramos desde lejos y obturan el presente.

Dos elocuentes y cercanas experiencias nos alientan a insistir en esta propuesta. Por una parte el "Tercer Congreso de la Lengua", mostró la unificación del español (7), enriquecido a borbotones por las voces autóctonas, indígenas o mestizas que han ganado identidad y sólido reconocimiento, con sus raíces y singularidades, potenciando el lenguaje madre en una extraordinaria expresión, básica, constitutiva del ser iberoamericano. Lección modélica de la *inclusión* y elocuencia ilevantable de que esa es la lengua común de todos quienes habitan la América española y, en un compendio excelso, abraza al todo, sin exclusiones.

Desde otra perspectiva el fenómeno tan actual de la inmigración y de sabio crisol pluricultural que ella representa con sus dificultades y rechazos. El desafío de la "vieja" Europa dispuesta a recibir, adaptar y someterse a una forzada síntesis para ensanchar sus fuerzas vitales y el cuerpo laboral. Son procesos complejos pero que se ven ineludibles en la proyección hacia el futuro de una sociedad más justa. Son ejemplos los del presente radicalmente distintos a los que se experimentaron en América con el arribo de generaciones de inmigrantes. El impulso hacia la integración sudamericana no puede dejar de reconocer la previa y concurrente *integración nacional* (8).

Explicará mejor que cualquier otra retórica cuál es el rumbo y el pulso con que el pueblo moviliza sus entusiasmos, esperanzas y utopías, desde el vértice de América, y redibujará su ruta histórica. Subrayará, además, el sentido de *pertenencia*, que es esencial.

Es la base de todo lo demás. Que incluye señalar la particular nobleza, capacidad de hacer, espíritu de sacrificio y entrega del ser argentino, cuando libre de las deformaciones de contexto deja en franquía a la confianza,

(7) Los discursos de los eximios escritores FUENTES, Carlos, BARCIA, Pedro Luis y SARAMAGO, José, expuestos en ese evento celebrado en Rosario en el mes de noviembre del 2004 lo confirma (ver "El País", Madrid, 18 y 19 de noviembre de 2004, sección "Tercer Congreso Internacional de la Lengua Española").

(8) Es una de las cuestiones de punta (la inmigración en Europa y, para nosotros la que tiene destino en España) de este momento de ratificación de la Constitución Europea (ver POSSE, Abel, "Unión Sudamericana: ser o no ser", La Nación, 21/12/2004, p. 25).

el tino y la sagacidad con las que sabe expresar sus mejores valores. Depende de nosotros que esas virtudes, *de nuevo*, cobren presencia y luminosidad. *Llenar ese vacío es el gran tema del discurso político*. Tenemos que aceptarlo sin pliegues ni dobleces, ni menos prejuicios; tal como "lo que es", es decir tal como el mundo de la realidad obliga a asumirlo, sin asomo alguno de transfiguración por la mentira, las falsas pistas, las promesas a no cumplir, los silencios u omisiones, la demagogia de los dobles mensajes ni cualesquiera de los maquillajes distorsionadores (9) que suelen hechizarnos para que no podamos salir del actual atolladero.

Si *comprendemos* la realidad, develamos lo oculto y hacemos la auténtica síntesis interior, brincaremos al paso siguiente: "La desmoralizada Argentina de hoy, en quiebra, con una política de patio, inerte, sin Estado conductor ni poder disciplinario con una democracia pervertida que sólo garantiza el poder de los capitanejos, en una anarquía triste que nos descuelga de nuestra cultura tradicional, de la educación y de la justicia, tiene, sin embargo, la posibilidad de alcanzar su ineludible reorganización en la Gran Política de la construcción de la patria grande continental, en la *Unión Sudamericana*. Solamente en esa nueva *realidad* de poder, la Argentina podrá reencontrar el respeto y la voz perdida en la esfera mundial. *Muchas ideas grandes han madurado en nuestra caída*" (Posse, Abel, *La Unión Sudamericana: ser o no ser*, "La Nación", 21/12/2004, p. 25).

VI. El impacto en el Derecho

El principal afectado por las manifestaciones de la sociedad de este tiempo, es el Derecho:

1. Se quiebra el principio tradicional de la seguridad jurídica.

(9) No postulamos un reduccionismo que sería opresivo y al cabo vano, tampoco desconocer esas culturas o idiosincrasias que se superponen; de lo que se trata es de que las diversidades existentes y sin su menoscabo o forzosa eliminación se aglutinen en una Argentina única y tiendan a una armonización y homogeneización posible, necesaria y conveniente, fecundando un espacio común en el que todos habiten de modo digno, compartiendo una escala de valores cada vez más consensuada.

La cuestión suscita especial interés y no bien se borrarían las primeras impresiones, se verifican las contradicciones entre esos dos planos. La consecuencia es que, de inmediato, esos borradores se ven atiborrados de interrogaciones y subrayados, consignas y amplias remisiones que permiten tejer una tupida red de luces y sombras; así se abren otras rutas para apreciar desde diferentes perspectivas qué nos pasa a los argentinos.

2. El Derecho no ha ganado, en el tiempo inmediato, pruebas y evidencias demostrables, no obstante la definitiva consolidación del *proceso justo* como manifestación de una de las garantías fundamentales en la órbita de la litigación civil (*Jato sensu*) que preserva como escudero al Estado de Derecho. Ahora —como lo demostró la actuación del renunciante ministro de Justicia de los EE.UU. al comienzo de la segunda presidencia de *Bush*—, después de 11 de setiembre del 2001, se vio obligado a moverse en el mundo de la sospecha. El abuso, en tales circunstancias, cuenta con mayores posibilidades de aceptación.

Las garantías, los procedimientos y la suposición de una ciencia se debaten en el horizonte de un invisible peligro, con el argumento de la prevención de actos terroristas. Todo se lleva a cabo entre “El Bien” y “El Mal”.

3. Las elecciones del 2 de noviembre 2004 resaltaron datos elocuentes: además del deseo ecuménico por la paz se porfiaba, en los EE.UU. y en el resto de Occidente, por la depuración democrática de igualdad en el conocimiento de los datos a partir de los cuales se toman las grandes decisiones colectivas. *Y un sistema igualitario de oportunidades.*

4. El rol de las Cortes Supremas las hace protagonistas al legislar mediante decisiones en asuntos de máxima gravitación, institucional, social y moral (desde el parto inducido a la eutanasia y desde la pesificación a la tutela del ambiente).

5. Hay una pérdida del orden, de la disciplina social que origina “tierra de nadie” (favelas, villas miserias, áreas indígenas, los sin tierra, núcleos en donde *no rige* el derecho *que* creemos está vigente para el conjunto de la sociedad). Algunas de ellas son espacios desprotegidos, en los que se cobijan refugiados, inmigrantes, prófugos de la justicia, ilegales a los que no se sabe qué consideración y legislación aplicar. *Pero son actores visibles y con ellos el resto o los más tienen que convivir en causalidades circulares.* Es éste —nos parece— el deber social más acusado porque un comportamiento de comprensión y solidaridad permitirá que las dos Argentinas superpuestas se fusionen definitivamente en un todo único.

A ese objetivo es imprescindible imaginar el *discurso uniformador más creíble, y la voluntad colectiva de concretar sus propuestas.* Una cultura jurídica especialmente concebida a tales fines a partir de conocer y amar a la Constitución, es una medida por demás positiva y de trascendente importancia que la clase forense debe impulsar con generosidad y perseverancia.

6. Nos parece que el "asalto" contra el Derecho, su registro más grave, radica en la desorientación —el no respetarse— acerca del funcionamiento adecuado de las instituciones (10); la tendencia cada vez más manifiesta y de ejercicio más intenso, en la práctica, de dar una configuración de las mismas que no corresponde con su *verdadero y propio* marco legal (uso discrecionalmente abusivo de la delegación de competencias, superpoderes, impedimentos para la operatividad de las medidas cautelares, etc., etc.) cubre de sombras el escenario del Estado de Derecho. Se recorta así esa doble realidad: la de la Constitución y la que pretenden —y logran imponer— los operadores políticos y también jurídicos. El tratamiento dispar entre la regulación conforme a Derecho y la que se guía por la equidad (CS, caso "Bustos", 26/10/2004, DJ, 2004-3-780), lo cual profundiza la divisoria de aguas y secciona de modo tajante "dos" realidades jurídicas.

Con la claridad cautivante de la prosa de *Ortega y Gasset*, la vida individual y la vida en sociedad evidencian resueltamente algo que es similar; las dos son *empresas por realizar*: quehacer, tarea futuriza y, en ambas manifestaciones, la existencia de cada cual y la del conjunto pueden *lograrse o malograrse*; lo primero, si se acierta y tienen suerte y mérito, talento, inteligencia, moderación y tolerancia en *vivirla en plenitud*, en forma auténtica, verdadera; lo segundo, si prima lo contrario. La vida individual y la del conjunto, la vida social, no son sino el confronte del yo con su entorno. Vocación y circunstancia, lo destacará con énfasis, son los protagonistas de esa lucha y síntesis consistente entre la persona (el individuo) y el mundo, entre querer vivir tal y como lo queremos individualmente y lo propician los acontecimientos y cuanto nos rodea, casi siempre opuesto a la vocación (Luis Fernando *Moreno Claros*, comentando del pensador español *Carta a un amigo alemán, pidiéndole un Goethe desde dentro*, Fundación Ortega y Gasset, 2004, Madrid, en "El País", Babelia (Ensayos),

(10) Remitimos a "Modernización y calidad de las instituciones", Platense, 2004; ídem, "Crisis del proceso penal liberal (el caso 'Arancibia Clavel')", de la CS, 28/8/2004, DJ, 15/9/2004; LOÑ, Félix A., y MORELLO, Augusto M., "Lecturas de la Constitución", Platense, Lexis Nexis, 2004, ps. 223 y 487. Ver GARCIA BELSUNCE, Horacio, "Reflexiones jurídicas en torno de la doctrina de la Corte Suprema en el caso Arancibia Clavel", LA LEY, 2004-E, 321.

Mas para el buen gobierno, la primera condición es la ejemplaridad de su accionar; satisfacer la necesidad de recuperar la noción de ejemplaridad en el seno de la teoría y práctica democráticas. Si no vivenciamos esos hábitos civiles que son la base, lo demás será inalcanzable.

5/3/2004, p. 1). Empresa por cierto, más difícil si la sociedad se bifurca en una real y visible y otra virtual y opacada.

7. Esa dualidad y, "acostumbramiento" a la entrada furtiva y consolidación siguiente del derecho impuro es característica que entre nosotros se acentuó sin hiatos disonantes; los ejemplos paradigmáticos son los decretos de necesidad y urgencia (*rectus*: decretos leyes), situaciones de emergencia que de excepcionales y con límites temporales, se hacen crónicas, al igual que suspensiones y prórrogas "sorpresivas"; quiebras cada vez más frecuentes (11).

8. Hacemos trampas al Derecho y a las instituciones; no cuesta mucho navegar en dos veleros y en dos realidades, de las cuales sale ganando, por regla, la paralela y bastarda. Ese es el jardín secreto de nuestro hábitat legal, según su uso cotidiano y presencia virtual en nuestro contexto. Así el "bien común" se bifurca y cobra diferentes virtualidades. Vivencia simultánea y superpuesta; una, en los propósitos que enuncian las leyes sin convicción, y otra, de un verdor fresco que se almacena en la conciencia del ciudadano. Extraña combinación que condiciona nuestro comportamiento del pasado y actual sin que logremos modificarlo para que, de una vez, se exprese una conducta respetuosa de la ley y nos amolde en el pensar y en el actuar a lo que es propio del Estado de Derecho. ¿Qué otra manera de entendernos hay, entre los argentinos y con el mundo, que nos haga creíbles, confiados, responsables y con tales atributos esenciales poder caminar hacia el futuro después de una frustración colectiva casi absoluta?

9. Ese balance es el resultado de no transparentar nuestro yo y nuestra circunstancia sin saber de qué modo enfrentar y vencer a las malas prácticas, a la moral impuesta, y al prejuicio, despojándonos del legado de nuestros mayores y cobijando las manifestaciones encubridoras de las verdades que requieren el coraje y la perseverancia de servirlos sin dobleces?

Comprender de esta manera a la sociedad argentina es coherente con la visibilidad real de la cuestión principal que socialmente debemos asumir. El problema no es de ahora y se arrastra y profundiza pese a las exhortaciones y mensajes de *Mallea, Martínez Estrada, Floria* y tantos otros pensa-

(11) Ver, con utilidad GARCIA MANSILLA, Manuel José, "La metamorfosis del sistema constitucional argentino, decretos de necesidad y urgencia y separación de los poderes", ED, 12/12/2004; por eso sabemos decir que para legislar ¡el Poder Ejecutivo!

dores a quienes, como a *Unamuno*, les duele la Argentina dividida, con grandes sectores excluidos o postergados. Y que en la dimensión americana deberá merecer un tratamiento equivalente, según lo visualizaron Pedro *Henríquez Ureña*, *Octavio Paz*, *Adolfo Gelsi Bidart* y tantos ilustres humanistas.

La síntesis demanda el colosal esfuerzo de animar a la democracia *inclusiva* y no discriminatoria. La empresa es ardua y difícil. Tendrá el halo que porta el saber que lo justo y definitivo hacia el futuro viene animado por todos. Lo exigen nuestra tradición liberal y la concepción de nuestra Nación como sociedad abierta que supo incorporar la cultura del trabajo y del sacrificio que portaron los "gringos" que creyeron en la generosidad del Preámbulo de la Constitución. En épocas normales o en tiempo de crisis o emergencia.

Decíamos que la oportunidad es inmejorable, porque pese a que los problemas sociales se han incrementado y son más complejos, la gente, sin embargo, cada vez se muestra con mayor independencia de criterio y afán participativo; resiste las convicciones obligatorias, aunque a veces no sepa o pueda dar la razón y el porqué de esa resistencia.

Como hemos insistido a lo largo de la comunicación, el análisis y entendimiento versaron sobre una realidad compleja y dinámica; los factores que gravitan son inestables, las presencias virtuales, los enemigos difusos y la opinión pública, en su espectro de matices, suplanta la significación de la cuestión y su verdadera incidencia con visiones opacadas que se agotan en lapsos cada vez más cortos (la tragedia de Carmen de Patagones tuvo un eco mediático de 15 días) (12).

El que ahora nos convoca por donde se lo mire es un tiempo de graves desafíos que no cabe desoírlo.

(12) No debe extrañar que sepamos inflar y desinflar las noticias; que sean divulgadas y ocultadas al mismo tiempo, de manera que (las inversiones financieras chinas) se susciten expectativas, a las que poco después se les recorten sus alas ¿información, propaganda, ilusionar o fabricar sueños, anuncios falsos, abuso o juego por sorpresa a los destinatarios? ¿Es sano obrar así? Esos riesgos, en ciertos estilos terminaron por ser, según sus autores, desafíos contrastantes para no perder protagonismo y ocupar el lugar más destacado o visible de la escena. Pero el artificio, lo que disimula con astucia la realidad es de vida efímera aunque las consecuencias negativas del doblez o fingimiento se proyecten y contagien. Es el eterno precio de forzar la distancia con la realidad, porque hacemos que (de modo inauténtico) suban las expectativas para desembocar en la situación que entonces parece ser decepcionante, aunque ella en verdad pueda ser buena.

VII. El mensaje de cierre

I. Comprender la compleja realidad es el punto de partida para construir las perspectivas mejores y concretas y con ellas interpretar de manera valiosa lo que acontece en rededor y lo que previsiblemente puede ocurrir en el futuro próximo, *cada vez más cercano*.

Corresponde, antes que nada, tomar en cuenta las *condiciones de la sociedad contemporánea*.

II. En la que ahora vivimos—invisible y del riesgo— se orienta por nuevos paradigmas. Con variables propias de una situación histórica de perfiles diferenciados que nos obliga a pensar de modo adecuado la totalidad de su vasto y grisáceo horizonte, el que no se puede simplificar sino al cantado riesgo de que equivocaremos las conclusiones y los logros positivos posibles (13).

III. No corresponde subestimar la capacidad de observación y adaptación del sistema a las críticas que se disparan contra él pero que por no responder a una teoría crítica adecuada, no hacen sino reforzarlo, perpetuándolo en sus grandes líneas.

IV. Las teorías o fundamentaciones (filosofía, política, economía, ética, cultural) tienen en su parábola una fase de crecimiento y esplendor, otra de proyección y de réditos y, por último, de apagamiento o sustitución por la de reemplazo.

V. Cada contexto histórico tiene sus dificultades (14).

(13) Hemos escuchado y consentido durante mucho tiempo lo que no era verdad, y nos cuesta al cabo apreciar, entender, comprender, verificar lo que era por cierto otra cosa, lo que no pocas veces no tiene nada que ver con la virtual. Por supuesto que no es éste un desliz sólo argentino (ver el lucido ensayo y acertada síntesis que nos expresa el historiador estadounidense JAKSON, Gabriel, el juicio de las elecciones del 2 de noviembre de 2004, a la presidencia de los EE.UU.) ("EE.UU.; qué ha ocurrido y algunas predicciones", *El País*, Madrid, 14/11/2004, p. 14); el historiador se arriesga a vaticinar lo que en los próximos cuatro años *Bush* hará en materia de impuestos, seguridad social y designación de un número importante de jueces federales de tendencia conservadora.

(14) Lo venimos describiendo desde el registro del Alto Tribunal de la Nación: "La Corte Suprema en acción", Platense, Abeledo-Perrot, 1989, hasta recientemente en "Un nuevo equilibrio entre el activismo y la contención de los jueces", *JA*, 2003-III-863; "La Justicia tiene hoy otros compromisos", *La Nación*, 17/5/2004, p. 15; "Papel de la Corte Suprema en el tiempo nuevo", *Revista del Colegio Público de Abogados de a Capital Federal*, febrero de 2005; ver ahora: LON, Félix A., y MORELLO, Augusto M., "Lecturas de la Constitución, Platense", *Lexis Nexis*, 2004, ps. 223 y siguientes.

VI. La sociedad actual se ha guiado por las imágenes y mensajes de la realidad. Si se rescata el valor central de la visibilidad a la que se asocian: la sinceridad, la autenticidad, la inmediatez y la transparencia, el trato con la realidad será más provechoso.

VII. Las voluntades que en verdad nos determinan son cada vez más invisibles, menos identificables: están "en otra parte". Escapan las evidencias en un mundo complejo. También es cierto que ver no es lo mismo que comprender.

VIII. El poder se ha desplazado de los Estados nacionales a las comunidades y a los conglomerados económicos de localización incierta; escapan del control y de la responsabilidad política. Lo que acontece cuando se asiste a una profunda crisis de representación institucional, sin dar cuentas ante ningún electorado.

IX. Las instituciones son flexibles y el ámbito geográfico, la territorialidad transnacional, regional, provincial, municipal, antes rígidos son en el presente indeterminados. Es el estado normal de sociedades —Finlandia— en las que se construyen y consolidan los valores y creencias y dentro de los cuales han de resolverse los problemas (complejos) que esos mismos valores y creencias suscitan o transmutando sus conceptos.

X. El mundo actual, en la sociedad del riesgo con sus injusticias, desigualdades y exclusiones sólo puede brindar soluciones aparentemente correctas (15).

(15) Las asimetrías borgeanas se suceden sin quiebre de la continuidad. Al no encarar, en *firme*, el proceso de mudanzas y de modernización, implementando en serio y en profundidad, con intención *real* de que cambie, nada trascendente podemos mostrar: expresado con otro giro, si apuntamos a la tantas veces prometida reforma política y electoral y, a la luz del acceso a la información pública, recurrentemente caemos en la cuenta que "vivimos en una estructura institucional" que se detiene siempre ante el penúltimo paso pero que nunca da el último. Por ello no extraña que los pasos que da el país para salir adelante sigan siendo también los penúltimos y nunca los "últimos" (VALIENTE NOAILLES, Enrique, "La Nación", Enfoques, 19/12/2004, p. 3). La percepción de la realidad queda así nuevamente opacada, sin descifrar, velada y lejana. Sólo promesa o pista pero sin fuerza para sentar las bases de *lo nuevo y superador*. Es muy veleidoso y por cierto arisco el tránsito hacia la realidad, haciéndose más ostensible la lucha sin lógica pero efectiva del desempleo, la inseguridad, la desnutrición, el miedo, en el trasfondo de un país que se viene dibujando, por el optimismo, como "el país de la abundancia".

El relato precedente y las reflexiones que lo nutren quieren servir al propósito de poner fin a las dos Argentinas, para fundirlas en una única, germinante, creativa, de espíritu emprendedor, afanoso que, con responsabilidad, trata de construir el mañana y, desde América, —la Patria de la Justicia— con la razón, el trabajo, la honradez, superando contradicciones y desorientación, hagamos realidad, para todos, los grandes sueños de *Alberdi y Sarmiento*. ♦

Los hechos son contundentes: a) el Presidente del Brasil, Inacio *Da Silva*, pone al desnudo que el hambre, en los países pobres, mata a 11 niños por minuto, 24.000 personas por día: el equivalente al maremoto asiático ("Un destino divisible", *La Nación*, 3/2/2005, p. 15); b) Alemania supera ya los 5.000.000 de parados ("El País", Madrid, 3/6/2005, Editorial "Alemania parada", p. 12 e información, p. 47; La locomotora de Europa, más que nunca, necesita ahora estímulos para la economía, y c) en tanto en Francia parece impracticable la jornada de 35 horas aprobadas por el Gobierno socialista de Jospin en 1997, que permitió la creación de 300.000 puestos de trabajo, sin mostrarse en estos días como una solución socialmente justa ni económicamente eficaz ("*Le Monde*", París, 2/2/2005).

EL INTERNACIONALISMO Y LA UNIFORMIDAD DEL DERECHO MARÍTIMO

(CENTENARIO DE LA ASOCIACIÓN
ARGENTINA DE DERECHO MARÍTIMO)

POR JOSÉ DOMINGO RAY (*)

SUMARIO: I. Particularismo. Originalidad y uniformidad. —
II. El Comité Marítimo Internacional y la Asociación Argentina de Derecho Marítimo. — III. Estanislao Zeballos. —
IV. Leopoldo Melo. — V. Atilio Malvagni y la reforma de la legislación. — VI. La labor del Comité y de las Asociaciones. —
VII. Reflexión final.

En el mes de junio próximo se cumple el centenario de la fundación de la rama nacional del Comité Marítimo Internacional y el acontecimiento se celebrará con una Conferencia en la que participarán juristas nacionales y extranjeros.

Ante la invitación del señor Presidente de brindar una comunicación sobre el tema, nos pareció oportuno referirnos a la uniformidad del derecho marítimo y a las circunstancias que determinaron la creación y que explican la labor realizada por el Comité y por la Asociación Argentina de Derecho Marítimo.

(*) Comunicación efectuada por el Académico, en la sesión privada del 12 de mayo de 2005.

I. Particularismo. Originalidad y uniformidad

No podemos dejar de tener en cuenta que el derecho y el comercio marítimo internacional casi siempre pone en relación a personas pertenecientes a ordenamientos jurídicos con soluciones que pueden ser distintas para los problemas que se plantean y de aquí la tendencia a obtener la uniformidad normativa.

Ha sido un lugar común en la doctrina tradicional señalar la originalidad y el particularismo del derecho marítimo. En este sentido cabe recordar que, en la dedicatoria al Rey de Francia de su "Colección de Leyes Marítimas", el profesor de la Universidad de París J. M. Pardessus, decía que su obra tenía por fin ofrecer a los legisladores los medios de introducir en las leyes el carácter de uniformidad esencial y, en el capítulo preliminar, señalaba con vehemencia que las normas marítimas se caracterizaban por su originalidad, por ser uniformes en el espacio y en el tiempo y preferentemente consuetudinarias.

En los 6 tomos que componen esa obra, Pardessus incluía toda la legislación anterior a la Ordenanza para la Marina Mercante de 1681 y destaca que esas características señaladas no se dan en lo referente a lo que él llama la economía política, marina mercante, en especial a las aduanas y yo agregaría todo lo referente a lo administrativo.

Pardessus en su obra reproduce las recopilaciones de usos y costumbres y los estatutos medievales que regían la navegación en el mundo hasta fines del Siglo XVII y concluye su obra con esa Ordenanza que se conoce con el nombre de Colbert, el célebre Ministro de Luis XIV.

Expresamente dice que no pretende brindar una historia de la legislación y del comercio marítimo sino la normativa vigente en Oriente y Occidente, remontándose a Grecia, Cartago y Roma. Nos pasea por la legislación vigente en lugares históricos ampliamente conocidos. Y así podemos mencionar, entre ellos, las normas que él incluye en su obra, las de la Isla de Rodas, los estatutos de las ciudades italianas, las Tablas de Amalfi, los Roles de Olerón que prevalecían en el Atlántico, las leyes de la Ville de Wisby que reinaban en el Báltico y el célebre Consulado del Mar, cuya paternidad se atribuían Barcelona y Génova.

Su tesis es que el derecho marítimo nos llega después de 30 siglos, tal como se lo vio en los primeros días en que la navegación establecía relaciones entre los pueblos, resaltando su uniformidad.

Una frase común para expresar la idea de uniformidad es que "así como al peor Código Civil sería el que indistintamente se destinara a todos los pueblos, el peor Código Marítimo sería el que se dictara únicamente por el interés especial y la particular influencia de las costumbres de un solo pueblo".

Para Pardessus el derecho marítimo se presentaba como algo original e inmutable, un derivado de la naturaleza de las cosas, según la célebre tesis de Montesquieu, una especie de derecho natural, uniforme en todos los países y ajeno a las transformaciones que se producen con el tiempo en las instituciones jurídicas (1).

Como Pardessus escribía la "Introducción" a su obra en 1828, se explica su afirmación de que en treinta siglos de existencia, el derecho marítimo presentara una uniformidad temporal desconocida en otras ramas del derecho, pero precisamente, algunas décadas después de esa fecha, las instituciones tradicionales sufren una transformación sensible, desapareciendo algunas y naciendo otras impuestas por el desarrollo de la navegación y del comercio moderno. Y que no decir hoy día con las nuevas modalidades del transporte, las nuevas técnicas en la navegación y la aparición del contenedor en la segunda década del Siglo XX.

Ripert después de puntualizar que el derecho marítimo se da con una naturaleza original que lo substraerá a la distinción clásica entre derecho público y privado, antes de finalizar la primera mitad de ese Siglo XX, comentando las palabras de Pardessus, decía que "felizmente el derecho marítimo francés no data de treinta siglos y que si bien los factores ordinarios de las transformaciones jurídicas, las consideraciones morales, religiosas o políticas no han influido en él, la gravitación de los factores económicos y técnicos ha sido y será siempre grande".

Francesco Berlingieri, un siglo después de Pardessus, puntualizó que en la historia del derecho marítimo deben distinguirse dos períodos, el de la navegación a vela a que se refería el profesor de la Universidad de Paris, y del derecho marítimo actual, con buques de casco de acero y nuevos medios de propulsión. Si el primer período se caracterizaba por su uniformidad en el tiempo y en el espacio, en el segundo, dice Berlingieri, encontramos dos notas fundamentales que en su opinión justificarían su autono-

(1) Ver RAY, J. D., "Derecho de la Navegación", t. I, ps. 43 y 99 y Apéndice p. 685.

mía (2). La primera sería una nueva tendencia hacia la internacionalidad y a buscar la uniformidad, después de la nacionalización producida con la Ordenanza de Colbert y, la segunda, la intervención estatal y de organismos internacionales para conseguir, en cuanto es posible, la seguridad de la navegación (3).

II. El Comité Marítimo Internacional y la Asociación Argentina de Derecho Marítimo

La ordenanza de 1681 (4) con la que culmina la obra de Pardessus tuvo una importancia fundamental porque es el antecedente del Código Francés y que con sus contemporáneos fue fuente del Libro III de nuestro Código de Comercio, referido a las obligaciones y derechos que resultan de la navegación.

Y es así que con la finalidad de retornar a la uniformidad, a fines del Siglo XIX, en 1897, se crea el Comité Marítimo Internacional, con sede en

(2) Mencionando el particularismo y la autonomía atribuida al derecho marítimo no puedo dejar de señalar el muy relativo carácter de las autonomías en derecho y que si se continúa utilizando el término es por razones históricas, de tradición, pero implica una noción equivocada si se considera al sector jurídico en cuestión como algo independiente y con el sentido de que se basta por sí solo.

(3) Ver op. cit. nota 1, N° 5.

(4) Ver op. cit. Apéndice "La ordenanza francesa para la Marina de 1681 (Su proyección histórica en el derecho de la navegación", p. 729. Ver El Derecho 15/10/81.

La Ordenanza fue promulgada en el castillo de Fontainebleau, construido por Francisco I y que tanta importancia tuvo en la vida de Luis XIV en esa maravilla que es Versailles. Y, precisamente, en la Galería de los Espejos, en el salón de ese palacio de Versailles en el que se suscribieron tantos documentos importantes de la historia, ocupa un lugar de privilegio el paneau que recuerda la obra del rey referente a la navegación.

La historia del reinado de Luis XIV fue descrita, entre 1678 y 1684, en las pinturas De Le Brun que adornan el techo y la bóveda de la Galería de los Espejos y entre las que recuerdan los honores rendidos a las Academias, la creación del Observatorio, el establecimiento para los inválidos, la historia de las guerras y los trabajos para la paz, se encuentran las que testimonian la reforma de la justicia y de las leyes y el impulso de la navegación.

La ordenanza de 1681 es un ejemplo de obra legislativa y Valin —destacando su importancia— decía que las naciones más celosas de la gloria de Francia, depusieron sus prejuicios y la adoptaron como un monumento eterno de sabiduría e inteligencia.

Al cumplirse el tercer siglo de su sanción en nombre de la Asociación recordamos esa obra en el acto que se celebró en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires.

Amberes (Bélgica), por el jurista Louis Franck, el asegurador Charles Le Jeune y Mr. Auguste Bernaert, primer ministro belga. Recibieron el apoyo de sir Leslie Scott del Reino Unido, de Francesco Berlingieri de Italia y en Francia Autran y Verneaux secundan la iniciativa, creando la Asociación Francesa.

La labor del Comité debía realizarse con la colaboración de las ramas nacionales a constituirse en los distintos países y de aquí que Berlingieri destacara, años después —y como hemos dicho— la tendencia a obtener la uniformidad internacional del derecho marítimo.

Confluye el interés político, el de los aseguradores y juristas y se piensa en la existencia de una Conferencia diplomática que a iniciativa del gobierno belga convocaría a reuniones en la ciudad de Bruselas cuando existieran coincidencias que permitieran presumir la firma con los representantes de los Estados de una convención internacional sobre el tema de la convocatoria.

Muy poco tiempo después de ese acontecimiento del año 1897, en junio de 1905, se constituye la Asociación Argentina de Derecho Marítimo como rama nacional del Comité y a cuya trayectoria y labor me he referido en un sintético trabajo publicado en el diario *La Ley* (5).

III. Estanislao Zeballos

Nos interesa destacar que la fundación de esa rama argentina del Comité Marítimo Internacional se debe a Estanislao Zeballos, una personalidad de la calificada generación del 80 y a quien debemos rendirle tributo.

Nació el 27 de julio de 1854 y se educó en el Colegio Nacional de Buenos Aires, a quien él dice debería su formación por la disciplina y valores que los docentes le imponían a sus alumnos.

Fundó el Instituto Geográfico Argentino y la "Revista de Derecho, Historia y Letras" que tuvo amplia difusión así como inspiró la constitución de

(5) Ver *LA LEY*, 2005/05/27, p. 4, "Centenario de la Asociación Argentina de Derecho Marítimo".

la Sociedad Científica de Buenos Aires que luego fue la Sociedad Científica Argentina y que hoy preside nuestro colega Jorge Vanossi (6).

Varias veces Ministro de Relaciones Exteriores, canciller durante la presidencia de Juárez Celman, Pellegrini y Quintana. Sus posiciones generaron más de una polémica.

Tuvo a su cargo la cátedra de Derecho Internacional en la Universidad de Buenos Aires y tradujo y prologó el "Manual de Derecho Internacional Privado" del profesor de la Universidad de París, André Weiss que, en dos tomos, alcanzó varias ediciones en castellano y figura bajo el nombre de ambos en razón de la colaboración que él prestó a la obra del profesor francés.

Fue Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y miembro de nuestra Academia, en la que reviste como patrono del sillón que hoy ocupa nuestro vice-presidente, el doctor Julio Otaegui.

En ese carácter y en representación de nuestra Corporación, en el acto de homenaje que se realizó en la Academia de la Historia, Otaegui evocó la personalidad de Zeballos como hombre de leyes, miembro permanente del Tribunal Internacional de Arbitraje de La Haya y, fundamentalmente, como comercialista y postulante del Derecho Privado Humano.

IV. Leopoldo Melo

La Asociación tuvo presencia en el Comité Marítimo Internacional a través de los informes que le hacían llegar primero a la Conferencia de Venecia de 1907 y luego a las posteriores, así como las contribuciones pecuniarias requeridas, según lo puso de manifiesto Leopoldo Melo muchos años después.

A Zeballos le sucedió Pedro Christophersen, presidente del Centro de Navegación Transatlántica que agrupaba a los representantes de empresas de ultramar y, posteriormente, fue designado presidente Leopoldo Melo.

Tenemos en el libro de actas constancia de la reunión de abril de 1948 en la que Melo recordó a los fundadores y el deseo de que en la Asociación y en la Comisión de reformas del Código de Comercio que debía constituir-

(6) CONTABARRIA, J. J., "Estanislao Zeballos. Centenario de su nacimiento", t. 64, N° 2, p. 73, en Revista del Colegio de Abogados.

se estuvieron representados los intereses argentinos concernidos en la navegación y en el comercio internacional.

Antes de referirnos a la reforma del Libro III del Código de Comercio que se propugnaba después de la realizada en 1889, no podemos dejar de señalar la importancia de la intervención de la delegación argentina, en la Conferencia de la Internacional Law Association celebrada en Buenos Aires, en el año 1922 y que sesionó en el Palacio de Justicia, con respecto a la ley y a la jurisdicción en el contrato de fletamento.

El profesor doctor Dimas González Gowland presentó su moción al Comité de Derecho Marítimo constituido por la Conferencia, en el sentido de que el contrato de fletamento debería ser juzgado, según la ley del país de ejecución del contrato, es decir, del puerto de descarga.

Leopoldo Melo apoyó decididamente la moción y propuso que se agregara el siguiente párrafo: "Será nula toda cláusula que establezca lo contrario".

En un trabajo titulado "La Cláusula Atributiva de Jurisdicción" publicada en la revista "Lecciones y Ensayos", de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, reproducimos las palabras de los conferencistas Melo, Sviekings, Vico, Chedufau, González Gowland, Fredericksen y Temperley por la polémica que se planteó acerca del tema y su importancia como antecedente del fallo dictado por la Corte Suprema en 1936 en el caso "Comte c. Ibarra". En esa publicación formulamos algunas precisiones terminológicas y la importancia del cambio de jurisprudencia que significó ese fallo y que años después fue la fuente del art. 614 de nuestra Ley de la Navegación.

Leopoldo Melo sucedió a Manuel Obarrio (7) en la cátedra de Derecho Comercial y obtuvo en 1917 el desdoblamiento del segundo curso de la materia, reservándose el referente a derecho de la navegación.

Exponía así el fenómeno navigatorio en sus implicancias con el derecho privado en general, con el derecho administrativo y con el internacional, en su faz privada y pública. Tuvo entonces oportunidad de tratar temas como el referente a la libertad de los mares, las doctrinas sobre la

(7) Ver Homenaje al doctor Manuel Obarrio en el Sesquicentenario de su nacimiento por RAY, J. D. Anales y Separada de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

titularidad y la utilización del Río de la Plata, sobre la navegación, el comercio de cabotaje y la reserva del pabellón para determinados tipos de transporte y de actividad navegatoria.

Desde luego que el aspecto fundamental del Curso lo constituía la enseñanza del derecho marítimo comercial y sus enseñanzas sobre los tópicos fundamentales de la materia derivaron de la cátedra a la esfera de los congresos nacionales e internacionales en que le tocó actuar.

Dell' Oro Maini en una Conferencia y, luego, en el libro de homenaje que publicó la Asociación Argentina de Derecho Comparado a quien fuera su presidente, se refiere a la personalidad docente de Leopoldo Melo y su significado en el estudio del Derecho de la Navegación.

V. Atilio Malvagni y la reforma de la legislación

Le sucedió a Melo, en 1951, Atilio Malvagni (8) y a éste, Alberto Cappagli (9) quien presidió la Asociación hasta su fallecimiento en el año 1974 (10).

Durante la presidencia del doctor Cappagli, por designación suya, formé parte del Bureau Permanent que se integraba con representantes de las distintas asociaciones y que tenía por función pronunciarse sobre los

(8) Ver LA LEY, 139-1104 en la que figura la semblanza de Malvagni, Atilio, que hicimos en 1970, en nombre de la Asociación, con motivo del homenaje que se le rindió en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, dos años después de su fallecimiento.

(9) Ver Revista de la Asociación y notas 8 y 9 del trabajo mencionado en la nota 5.

(10) A Cappagli le correspondió celebrar el sesenta aniversario de la Asociación en 1965 con una conferencia que pronunció en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires el 28 de octubre de ese año. El texto se publicó en la Revista de Derecho Marítimo que dirige Alfredo Mohorade y en ella se informa sobre la labor del Comité y de la Asociación.

Atilio Malvagni y Alberto Cappagli concurren a la Conferencia de Amberes de 1947, la primera realizada después de la segunda guerra mundial. Ver "El Comité Marítimo Internacional y su obra", t. I, p. 121, en la Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones.

Cappagli en 1969 encabezó la delegación argentina que concurre a la Conferencia de Tokio. Sobre la labor de la Conferencia publicamos trabajos en la Revista La Ley en los años 1969 y 1970 (transporte combinado, responsabilidad del transportador de pasajeros y responsabilidad por contaminación de hidrocarburos) (antecedente de la Convenciones de 1969 y 1971). En reconocimiento al doctor Cappagli se publicó un tomo de la Revista de la Asociación que dirige el doctor Antonio Mathé, en el que colaboraron destacados miembros de la Asociación.

temas que le sometía la presidencia que estaba a cargo del profesor Albert Lilar. Este organismo existió hasta el año 1972 en que se redactaron los nuevos estatutos del Comité y en los cuales se consagró la Asamblea que se reuniría anualmente y reemplazaría el Bureau Permanent.

Desde 1974 hemos estado al frente de la Asociación Argentina y en comunicación con la dirigencia del Comité y con las asociaciones miembros del mismo, especialmente, las latinoamericanas, honrándose me muchos años atrás, con el cargo de Vice-Presidente efectivo y, luego, honorario del Comité Marítimo Internacional.

Por iniciativa de Melo, insistiendo en su posición sobre la reforma de la legislación, en el Congreso de Derecho Comercial, organizado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en conmemoración de la reforma del Código de Comercio de 1889, se consideró la conveniencia de desglosar, como legislación independiente, el Libro III del Código de Comercio.

En las Facultades de Derecho de La Plata, y en la de Buenos Aires, asimismo, hicimos incluir en 1956-1957, en el programa de la materia un punto sobre la reforma legislativa.

Esa aspiración se concretó con la designación en 1958 del Presidente de la Asociación, Atilio Malvagni, para redactar, el proyecto de reforma que se titularía "Ley General de la Navegación".

Malvagni presentó su proyecto en 1959 y quedó archivado durante varios años, hasta la designación —a fines de 1966— de una Comisión de la que formamos parte para que emitiera opinión sobre el mismo.

La comisión de 1966 reconoció la labor realizada por Malvagni respetando en general el texto del proyecto, sin perjuicio de las disidencias que teníamos sobre la metodología y la regulación de algunos institutos, por ejemplo, la limitación de la responsabilidad de los propietarios o armadores de buques (11).

De esa actitud se dejó constancia en la Exposición de Motivos del nuevo proyecto, destacando que el de Malvagni había sido aprobado por la Comisión Asesora, Consultiva y Revisora que él sugirió se incluyera en el

(11) Ver RAY, J. D., "Ley de la Navegación", Apéndice citado p. 739, Nota preliminar y referencia a la doctora Emilia Martha Krom.

decreto que lo designó y en razón de que introducir modificaciones de fondo implicaría demorar la reforma.

El nuevo proyecto, presentado en 1968, fue aprobado por el decreto-ley el 20 de enero de 1973, después de una revisión del texto realizada por los funcionarios del Ministerio de Justicia y de eliminar los títulos referidos a normas penales y laborales.

Además se incluyó un artículo diciendo que las disposiciones de la nueva ley integraban el Código de Comercio (art. 622) a pesar de lo dispuesto en el art. 1º de la misma y que el Proyecto se titulaba "Ley General de la Navegación", independiente del Código de Comercio.

VI. La labor del Comité y de las Asociaciones

Durante años, el C.M.I. fue el organismo que, por intermedio del Gobierno belga, convocaba a conferencias diplomáticas para la aprobación de Convenciones y Reglas tendientes a esa unificación, cuando existían posibilidades de concretar un texto aceptable para los intereses concernidos sobre temas concretos.

De las Convenciones Internacionales sancionadas desde 1910 hasta fines de la década de 1970 cabe mencionar a las que adhirió o ratificó la Argentina, sobre Abordajes y Asistencia y Salvamento (1910), sobre Conocimientos (1924), sobre Inmunidad de buques de Estado, Privilegios e Hipotecas (1926) y Competencia Civil y Penal en Casos de Abordajes (1952).

Posteriormente se ratificaron las Convenciones sobre Transporte de Pasajeros y las del Convenio Civil sobre Responsabilidad y la que crea un Fondo de Garantía para los casos de contaminación por hidrocarburos, como consecuencia de accidentes de navegación (12).

A partir de 1969, la Organización Marítima Internacional (O.M.I.) que en su origen se denominó Organización Marítima Consultiva Intergubernamental y la Comisión de Derecho Comercial Internacional (UNCITRAL), asumieron esa tarea y el Comité pasó a desempeñarse como organismo asesor de esas entidades de Naciones Unidas.

(12) Con respecto a la ratificación de la Convención sobre Transporte de Pasajeros debe dejarse sin efecto la reserva que se formuló porque los pasajeros argentinos no deben estar en peor situación que los extranjeros.

Desde 1970 hasta la fecha, el Comité en ese carácter de asesor de los organismos de Naciones Unidas ha intervenido en todos los temas que las Organizaciones mencionadas le consultan y sus trabajos y los que realizan a través de las Asociaciones Nacionales son antecedentes de los proyectos prioritarios internacionales.

El Comité ha convocado y celebrado con éxito 38 conferencias internacionales y numerosos coloquios y reuniones de grupo de trabajo con la participación de los representantes de las asociaciones nacionales.

De esas múltiples conferencias, coloquios y seminarios realizados por el C.M.I. y por nuestra Asociación, debemos señalar las reuniones más importantes que se organizaron en Buenos Aires.

Las Primeras Jornadas en Latinoamérica, en ocasión del Sesquicentenario de la Revolución de Mayo (1960) a las que concurrió Albert Lilar, presidente del Comité y Ministro de Justicia de Bélgica (13).

El Seminario de 1980, sobre transporte marítimo (las Reglas de La Haya-Visby y las de Hamburgo), con representantes de miembros titulares del Comité presidido por Francesco Berlingieri, quien nos había visitado dos años antes, poco después de asumir la presidencia de la entidad. El texto de las exposiciones y las relaciones correspondientes al Seminario de 1980, con su traducción al inglés, se publicaron en un volumen editado en Italia (14).

Y en 1983, el Seminario a nivel latinoamericano, sobre "Fletamento", con la participación de la Asociación Peruana de Derecho Marítimo (15).

También en colaboración con esa Asociación, la Argentina patrocinó el Seminario de Santa Cruz de la Sierra, en el que se trataron temas del derecho marítimo contemporáneo.

Por último, en el orden nacional, recordamos numerosas conferencias y seminarios que se organizaron en la Prefectura Naval Argentina, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, en esta Academia

(13) Ver publicación realizada en 1961.

(14) Ver publicación de la Asociación Argentina de Derecho Marítimo.

(15) Ver publicaciones de la Asociación Argentina de Derecho Marítimo.

Nacional y en la Asociación de Compañías de Seguros sobre Asistencia y Salvamento, plataformas off-shore, la Ordenanza de 1681, piratería y seguridad en la navegación, transporte, responsabilidad por la contaminación por hidrocarburos a consecuencia de accidentes marítimos y otros temas de interés nacional e internacional (16).

En la Conferencia Internacional que se realizará en la segunda semana del mes próximo se tratarán los temas que figuran en la agenda del Comité y que se podrían englobar bajo el título "Responsabilidad y Seguridad en la Navegación" (17).

VII. Reflexión final

Desde la Conferencia diplomática celebrada en Bruselas en el año 1957 y en la del Comité celebrada en New York en 1965, nuestra Asociación, por intermedio de sus miembros, ha estado presente en la mayoría de las Conferencias, Seminarios y Coloquios a los que fue convocada por el C.M.I.

La exposición sobre el desarrollo del Comité y de nuestra Asociación es en gran parte la historia del Derecho Marítimo del Siglo XX y comienzos del XXI por la variedad de temas tratados y la importancia de la labor realizada.

No entramos en mayor información porque quienes se interesen en el tema pueden consultar las notas de esta comunicación. Nos limitamos a una sintética exposición que sólo tiene por fin destacar, a grandes rasgos, la labor de la rama argentina del Comité Marítimo Internacional y de quienes nos antecedieron en la presidencia de la Asociación, así como el recuerdo a quienes no están entre nosotros y que brindaron su colaboración a la marcha de una institución que —como hemos dicho— está estrechamente vinculada a la historia del derecho marítimo. ♦

(16) Ver RAY, J. D., "Navegación", Lexis Nexis. Nota introductoria 2002 y trabajo en Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

(17) Nos congratulamos de que siguiendo la tradición de los anteriores presidentes, Albert Lilar y Francesco Berlingieri (nieto), asistirá a la Conferencia Maitre Jean-Serge Rohart, presidente del Comité Marítimo Internacional, quien se referirá al pasado, presente y futuro del Comité sin perjuicio de la intervención que tendrá en los paneles que se constituirán sobre los temas que figuran en la Agenda del Comité.

LA CONSTITUCIÓN NACIONAL DE 1826: UNA FUENTE SEÑERA Y PERMANENTE

POR JORGE REINALDO VANOSI (*)

Es probable que los lectores se sorprendan de la reaparición de tan lejano antecedente. La respuesta a este justificado interrogante la encontrarán al cabo de auscultar la inquietud que subyace en torno a estas reflexiones que, acaso, parezcan trasnochadas.

Un conjunto de ideas, comunes a la época, alcanzan —a veces— el destino de ser receptadas en ciertas normas, a las que se les asigna un valor jerárquico por cima de otras que rigen para el común de los actos humanos. Además, hay algunos hombres ideólogos que resumen el pensamiento, no sólo de su época sino de otros hombres que gestaron ideas o principios cuyo desarrollo se alcanzó más allá o después de sus vidas. Y, por cierto, hay otros hombres, que en el gran reparto de funciones que es la vida, desempeñan la de realizadores —ora próximos, ora lejanos— en la difícil tarea de imponer la vigencia de un sistema afín con tales creencias. Acaso esa criatura de Dios que los hombres parecen sublimar llamándola destino, haya deparado que esas tres instancias que hemos apuntado, se concatenen en el tema que tratamos.

En efecto, un artículo del iluminismo racionalista y europeo, primero; un político y jurista francés después; y, por último, nuestro más cercano Rivadavia, vienen a ocupar esa titularidad, en una íntima relación con los principios constitucionales en boga a comienzos del siglo XIX.

Era un valor entendido a fines del siglo XVIII y comienzos del siglo XIX, que toda la organización institucional reposaría sobre la base, indubita-

(*) Comunicación efectuada por el Académico, en la sesión privada del 26 de mayo de 2005.

ble por cierto, que había establecido la Revolución Francesa, al través del art. 16 de la *Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano*: "Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de los poderes determinada, no tiene Constitución". Era la creencia generalizada de los racionalistas y de los jusnaturalistas, sobre la cual construyó y difundió su obra el constitucionalismo moderno; partiendo de la necesidad de contener el absolutismo que habían soportado hasta ese momento, mediante el fraccionamiento del poder y la consagración de los derechos. Eso en cuanto a los principios. Veamos ahora quién fue el arquitecto del "poder moderador", sobre la base doctrinaria que antecede (1).

Un fino jurista francés, de origen protestante, nacido en Lausana en 1767, escritor y político, amigo de Madame de Stäel y colaborador de Napoleón en los Cien Días, doctrinario de la monarquía constitucional y perfeccionista de las ideas de Locke y Montesquieu. Con su presencia en el Hotel de Ville precipitó la agitación culminante con el triunfo de Luis Felipe y la Casa de Orleans, falleciendo en ese mismo año de 1830, enseguida de haber sido nombrado presidente del Consejo de Estado. Se llamaba Benjamín Constant y representaba al liberalismo. Su obra "Principios de Política", aparecido en 1818, fue texto de cabecera en varias latitudes americanas: de Benito Juárez en Méjico, del Emperador don Pedro I en Brasil; y en un erudito estudio, el doctor Mario C. Belgrano, ha expuesto las comprobaciones históricas que acreditan el influjo de Benjamín Constant en el pensamiento político argentino que, acaso, no por ser virtual, haya sido menos ponderable que el habido en Brasil, país en que medió reconocimiento expreso y adopción del molde institucional propuesto por el autor francés.

Entre los introductores de Constant en el Río de la Plata surgen, in limine, los nombres de Manuel Belgrano y Bernardino Rivadavia, sin que sea dable descartar la hipótesis de que uno de los dos, o ambos, hayan conocido al autor de los principios políticos en oportunidad de sus viajes a Europa, a mediados de la segunda década del siglo. Algunos años después, la influencia de Constant sería manifiesta en la conformación política de los hombres que interpretaron a Rivadavia en la sanción del texto constitucional de 1826, al receptar en él muchos de los principios elaborados en redor del esquema divisorio del poder y, además, de la estructura-

(1) Véase "El poder moderador", por VANOSI, Jorge Reinaldo, en "Teoría Constitucional", t. II, ps. 51 a 73, 2ª ed., Ed. Depalma, Bs. As., 2000.

ción formal del funcionamiento de los mismos, tales como la introducción del gabinete ministerial y el fortalecimiento del Poder Judicial.

La mencionada influencia no concluye allí; sino que se prolonga en la década ulterior, sobre todo como resultado de la instauración de la Casa de Orleans (1830) y del papel protagónico que le cupo a Constant en ese acontecimiento. La monarquía liberal y parlamentaria que acompaña a Luis Felipe será, en gran medida, el modelo preconizado en sus obras, y el que conocerán *de visu* los hombres de la generación argentina de 1837 en sus observaciones de la realidad francesa de entonces. Alberdi y Echeverría en sus estudios, y Derqui en sus clases de la Universidad de Córdoba, tendrán presente el curso de "Política" de Benjamín Constant; hasta que el primero de los nombrados —Alberdi— acusará el cambio hacia una innegable influencia de otro expositor del sistema constitucional, a la sazón profesor de la materia en París: Pellegrino Rossi (2).

Estamos en condiciones de ver, enseguida, la confluencia de las ideas políticas europeas de la época de Constant, con el movimiento rioplatense de Rivadavia y su Congreso Constituyente de 1824/26. La personalidad de Bernardino Rivadavia no es tema que quepa abordar en esta exposición, cuyos límites han sido trazados en vista de objeto tan concreto, aunque no excluye, empero, una semblanza de quien en su momento fue calificado como la primera figura civil de la República. Y no nos interesa para ello, otra cosa que perfilar una imagen de su ajustado equilibrio mental, injustamente divulgada en versión de un cierto cariz jacobino o antirreligioso. Nada menos exacto que eso. Rivadavia, por sus ideas y por sus actos, dio pruebas cabales de una tolerancia que marchaba paralela con las creencias religiosas que no veía por qué renegar. ¿No fue su fe, acaso, que lo impulsó a crear numerosas iglesias rurales, a echar los cimientos de la Catedral Metropolitana, y a establecer la Sociedad de Beneficencia?

¿Por qué ha de insistirse en una visión parcializada que no contempla más que las secularizaciones dispuestas durante la gobernación de Martín Rodríguez? Ese método del renglón más o del renglón menos, en vez de la visión generosa y de conjunto, es el que conduce —en manos bastardas— al reproche injusto o a la malevolente distorsión, casi siempre dirigida a reemplazar próceres por ídolos.

(2) Véase "Las bases de Alberdi y la influencia de Pellegrino Rossi", de SALERNO, Marcelo Urbano, en "Revista Jurídica de Buenos Aires", 1965.

La preocupación que los hombres que acompañaron a Rivadavia desde la función constituyente, en el 26, demostraron tener por el Poder Judicial, era la consecuencia de numerosos intentos previos en favor de la jerarquización institucional de la justicia; y a los que no había sido ajeno ni el mismo Rivadavia, autor del primer decreto transformador en la materia: el del 23 de enero de 1812, llamado "Reglamento de Institución y Administración de Justicia" del Superior Gobierno Provisional de las Provincias Unidas del Río de la Plata, en los albores de cualquier ensayo de organización política del país. Siguiéronle otras medidas, que en la pirámide normativa alcanzan desde las reformas introducidas a ese Reglamento por la Asamblea de 1813 hasta el Estatuto Provisional de 1815, el primero en colocar al Judicial al nivel de Poder de Estado, junto con el Legislativo y el Ejecutivo (3); criterio mantenido en el Reglamento Provisorio de 1817 y que culmina —en esta etapa— con la Constitución de 1819, creadora de la Alta Corte de Justicia como cabeza visible del Supremo Poder Judicial, que es la inmediata antecesora de la Corte estatuida en 1826, nuevamente creada por la Constitución de 1853 y que recién Bartolomé Mitre llegará a poner en funcionamiento luego de asumir la Presidencia, una vez vigente la Reforma de 1860. No debemos olvidar, tampoco, otro aporte exhumado bajo la égida de Rivadavia, en oportunidad de su ministerio en la gobernación de Martín Rodríguez, consistente en las reformas judiciales que colocaron a tono con esa época de progreso a los tribunales de la Provincia de Buenos Aires, poniendo fin a la justicia capitular.

Veremos, ahora, la tónica correspondiente a la Constitución de 1826 y, en particular, los lineamientos que tuvo en ella el poder judicial. Tal como señala Medrano (obra citada, p. 351) es de lamentar la pérdida de las versiones taquigráficas de las sesiones concernientes a este punto, pero ello no es óbice para percatarnos de dos influencias indubitables que actuaron en esa ocasión. En primer lugar, la de la Constitución norteamericana y su inmediato comentario: "El Federalista", que sirvieron de base y de fuente casi literal, sin apercibirse mayormente de la técnica no unitaria —sino federal— que de esas fuentes podía aplicarse; y, en segundo lugar, la participación activa de un constituyente que en su solo nombre resumía toda una experiencia en lo judicial: me refiero al doctor Manuel Antonio de Castro, constituyente porteño, hombre de leyes y, para más, conocedor

(3) Véase "Problemas de la Organización de la Justicia en las Primeras soluciones constituyentes", de MEDRANO, Samuel W., en Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, N° 40, año 1954, p. 1132; y del mismo autor: "Las ideas sobre el Poder Judicial en el Congreso Constituyente de 1826", en la Revista citada, N° 43, año 1955, ps. 345 y sigtes.

de las ideas de Benjamín Constant. Castro, junto con Somellera y Paso, tuvieron destacada intervención en el debate suscitado en redor del articulado judicial. Podría afirmarse, aún, que para los constituyentes unitarios del 26, Castro desempeñó un papel protagónico análogo al que en 1853 le cupo a José Benjamín Gorostiaga, verdadero hacedor junto con Juan María Gutiérrez del texto elaborado por la Comisión encargada de proyectar nuestra Constitución.

La Constitución que el Congreso Constituyente de 1824-1827 sanciona —por inspiración de Rivadavia— en la víspera de Navidad de 1826, encierra en su seno la pretensión de sintetizar un gobierno "compuesto", formado de las notas presuntamente positivas entresacadas de los modelos de ortodoxia federalista y de intentos centralizantes. Ya en el dictamen de la Comisión de Negocios Constitucionales del 4 de junio de ese año se había reconocido que una simple y rigurosa federación era la forma menos adaptable, en el estado y circunstancias del país. Y, en el "Manifiesto" liminar que acompañó a la Constitución (Manifiesto de la Comisión de Negocios Constitucionales del Congreso) se dijo que se habían "entresacado todas las ventajas del gobierno federal, separando sólo sus inconvenientes; y... adoptado todos los bienes del gobierno de unidad, excluyendo únicamente cuanto podía tener de perjudicial a los derechos públicos, e individuales". Consagra, así, "la consolidación de nuestra unión", como la forma de Estado más aproximada a la descentralización dentro del sistema unitario; y se precave de las impugnaciones fundadas en la conveniencia liberal de dividir también vertical o territorialmente el poder para asegurar los derechos, advirtiendo: "No están en la federación precisamente los bienes de la libertad y de la felicidad, a que aspiramos: repasad los tiempos, y las naciones, y os presentarán tristes ejemplos de muchas que, gobernadas bajo formas federales, han sido más esclavas que bajo el poder terrible de los déspotas del Asia". En efecto, nosotros podemos acotar hoy, más de un siglo y medio después, que la afirmación se vio confirmada por la propia suerte argentina que siguió a la caída de Rivadavia y, aún, en países europeos, por la resultante conocida del Imperio Alemán y la fachada federalista de los regímenes imperantes en algunos estados contemporáneos.

La Constitución de Rivadavia, en consonancia con las ideas defendidas por éste durante su actuación en época del Triunvirato y en la gobernación de Martín Rodríguez, une a su progresismo un acentuado celo por el perfeccionamiento mecánico del poder, consistente en armonizar la eficacia requerida en las funciones con el "deslinde" y "balanceo" de los órganos

en "justo equilibrio", que —tal como lo señala el "Manifiesto"— "no deja temores de mezcla, confusión ni conflicto: porque si alguno intentare avanzar sobre las atribuciones de otro, una reacción constitucional lo haría retroceder dentro de su órbita". Dicho celo está concentrado, principalmente, en la sección octava de la Constitución, destinada a afianzar los derechos del hombre, reconocidos en ese acto como inherentes a su naturaleza irrenunciable para la existencia del gobierno libre; repitiendo así, junto con la división y armonía de poderes, aquellas dos exigencias que imponía la Declaración francesa de 1789 para que un Estado tuviese Constitución propiamente dicha. Y a tal punto esto, que la violación de la Constitución particularmente en lo que respecta a los "derechos primarios de los ciudadanos" era causal de juicio político para quienes desempeñando la titularidad de un poder hubieren incurrido en esa falta (art. 19).

Sin perjuicio de lo dicho en el "Manifiesto" en el sentido de que la Comisión "no rehusa confesar que no ha hecho más que perfeccionar la Constitución de 1819", sabido es que la mayor parte del articulado de la Constitución de 1826 se volcó luego en la de 1853-60; y que sólo por inadvertencia pudo Sarmiento ignorar el peso de ese antecedente en las fuentes constitucionales, como se lo hizo notar Alberdi en resonada polémica, que aún hoy encierra el secreto de la autenticidad de nuestro derecho constitucional sobre la base de la primacía de los antecedentes nacionales antes de acudir, supletoriamente, a los del modelo externo. Capítulos enteros de la Constitución de 1826 han pasado al texto de Santa Fe, como vgr. los atinentes a la formación y sanción de las leyes y la mayor parte de las disposiciones instrumentales del funcionamiento y elección de los poderes nacionales, como asimismo las atribuciones de cada uno de ellos. No así con respecto a las provincias, por razones obvias, secuentes a la mutación de la forma de Estado, de "consolidado" en "federal". Entre las normas que no han sido receptadas por nuestra Constitución vigente, merecen ser recordadas y, más aún, tenidas en cuenta, las siguientes a criterio del suscripto:

a) La duración presidencial de cinco años, en lugar de los seis que se fijaron en 1853 (art. 71).

b) La aprobación de los tratados internacionales celebrados por el Poder Ejecutivo con la sola intervención del Senado, sin la actual exigencia de una ley sancionada por las dos Cámaras (art. 89), con lo que nos hemos apartado del modelo norteamericano.

c) La obligación del Presidente de oír el dictamen de su ministerio reunido en "Consejo de gobierno", en los asuntos de más "gravedad y trascendencia" (arts. 104 y 105); pues para eso ha sido creado el gabinete, aún sin fuerza decisoria propia, pero con una misión que llenar, además de la de ser sus componentes la pieza principal del engranaje administrativo.

d) La duración limitada del Presidente de la Corte Suprema o Alta Corte de Justicia en las funciones de tal (art. 115), evitando de ese modo que el Ejecutivo o la propia Corte acuerden alguna perpetuidad que no se compeadece con el contenido de la República. La Constitución de 1819 había establecido la misma periodicidad pero, en cambio, la elección era hecha por la propia Corte y no por el Presidente de la República, como dispone la de 1826.

e) La obligación de la Corte de informar "de tiempo en tiempo al cuerpo legislativo de todo lo conveniente para la mejora de la administración de justicia" (art. 127), permitiendo así una relación de mayor provecho funcional entre los poderes.

f) La atribución de la Corte para someter también a consideración del Congreso los problemas que suscite la inteligencia de las leyes (art. 127), o sea, una especie de poder o facultad de iniciativa, para reformar en casos de dudas; que puede tener gran utilidad para corregir los defectos u oscuridades de que muchas veces adolecen los textos legislativos.

g) La potestad de la Corte para presentar ternas de candidatos a los efectos de cubrir cargos judiciales dependientes de designación del Presidente (art. 139).

h) Por último, una clara distribución de los recursos impositivos entre la Nación y las provincias, que llama la atención por tratarse de una Constitución unitaria (art. 148). Nuestra Constitución federal vigente, aún mediando la Reforma de 1994, ha menester una pronta actualización en ese punto, teniendo en mira evitar la doble y hasta triple imposición de que son víctimas nuestros contribuyentes, pues debe hacerse mérito de las modernas regulaciones en la materia que prevén correctivos ante posibles superposiciones. Creemos que una "ley de base" referida a este problema, sería útil y beneficiosa para la simplificación de nuestro sistema fiscal.

Es curioso observar otra norma decididamente protectora del desarrollo provincial, que no se acostumbra exhumarla en los comentarios a los

antecedentes constitucionales: me refiero a la previsión del art. 151, a cuyo tenor resulta que si, después de cubiertos los gastos de una provincia sus rentas dejaban algún sobrante, en tal caso "éste será invertido precisamente en la provincia misma" y en aquellas obras que el consejo local acordare. Eran esos "Consejos de Administración" (elegidos popularmente por nombramiento directo, según el art. 142) los que establecerían las rentas locales y su recaudación (art. 147), perteneciendo a las provincias los impuestos directos y a la Nación los indirectos (art. 148); aunque se imponía a las provincias una limitación en sus gastos: la aprobación de la legislatura nacional (art. 149). Cuando las rentas locales no alcanzaran a cubrir sus gastos ordinarios, disponía que "se les supliera del tesoro nacional lo que falte" (art. 150). ¡muy sabias previsiones!

Vemos así, pues, que en la Constitución rivadaviana hay dos partes componentes que han corrido suerte distinta; ellas son, la forma de gobierno "consolidada en la unidad", que como pretensión de ser impuesta en términos absolutos recibió el fracaso por sanción; y, aparte, las perfeccionadas cláusulas sobre los poderes y los derechos, que han sido la fuente auténtica de la Constitución de 1853. Dicho articulado fue, a su vez, un avance sobre las normas del antecedente inmediato —la Constitución de 1819—, como no rehusó confesarlo la propia Comisión de Negocios Constitucionales en el informe que firmaron Valentín Gómez, Manuel Antonio de Castro, Francisco Castellanos, Santiago Vázquez y Eduardo Pérez Bulnes (4).

En el Manifiesto del 24 de diciembre de 1826, mucho más claramente y con lenguaje despojado de retórica altisonante, los Constituyentes rivadavianos ponían énfasis en el enfoque direccional que daban el sentido de sus propuestas de organización nacional. A partir de ese documento liminar se observa una actitud diferente a la de los autores de la Constitución de 1819, tan respetables pero a la vez propensos a evitar definiciones de fondo (es de recordar la evasión en torno a la forma de gobierno: ni por

(4) Conf. PEREIRA PINTO, Juan Carlos, "El Congreso de Córdoba, el de Buenos Aires y la Constitución de 1826", edición del autor. Asimismo, BIDART CAMPOS, Germán, "Historia Política y Constitucional Argentina", t. I, ps. 213 a 216 y 239 a 241, Ed. Ediar, Bs. As., 1976. Según GALLETI, Alfredo, en "Historia Constitucional Argentina", t. I, ps. 525 a 535, Ed. Platense, 1972, no hubo en las deliberaciones del Congreso una defensa activa del federalismo, ni aún por parte del propio Dorrego. En opinión de Orlandi y del autor del presente trabajo, queda la impresión de que "el mártir de Navarro" se orientaba hacia el agrupamiento de provincias afines, en una suerte de "regionalización" para construir un Estado federal compuesto de provincias grandes y, en consecuencia, fuertes.

la monarquía ni por la república). Acaso pueda reprochársele a los hombres de 1826 una proclividad al idealismo que, a la postre, contrastó surrealistamente con los rechazos fácticos provenientes de nuestra anarquía interior. Veamos algunos ejemplos, en párrafos del Manifiesto:

- La exhortación a las conciencias de las provincias, para que al considerar la aprobación de la Constitución se alejen de las pasiones y se desprendan de intereses parciales.

- La fundamentación de los deberes, los derechos y los poderes en la doctrina del contractualismo.

- La esperanza en que el juego "mecánico" de los poderes evitaría el desborde "porque si alguno intentare avanzar sobre las atribuciones de otro, una reacción constitucional lo haría retroceder dentro de su órbita".

- La creencia en que "reservando la Constitución a cada una de las provincias la elección de sus autoridades, pone en sus manos todos los medios de hacer su bien".

- La proclamación de un "*gobierno compuesto*": "... han entresacado todas las ventajas del gobierno federal, separando sólo sus inconvenientes; y han adoptado todos los bienes del gobierno de unidad, excluyendo únicamente cuanto podía tener de perjudicial a los derechos públicos e individuales". La opción por una determinada forma de Estado (unitario o federal) estaba entre las alternativas posibles, ya que en consulta previa a las provincias, seis de ellas se habían inclinado por el federalismo, cuatro por el unitarismo y otras seis habían delegado la decisión en el criterio del Congreso Constituyente. Hasta la Banda Oriental, con fuerte acento artiguista, no hizo mayor hincapié en la cuestión (tal como lo señala Bidart Campos).

- "Una simple y vigorosa *federación* sería la forma menos adaptable a nuestras provincias, en el estado y circunstancias del país... La *consolidación* de nuestra *unión*, a la cual están íntimamente ligadas nuestra prosperidad, nuestra felicidad, nuestra seguridad, y nuestra existencia nacional".

- "... Pero no corramos tras nombres vanos y estériles: *busquemos en su realidad las cosas*. No están en la federación precisamente los bienes de la libertad y de la felicidad, a que aspiramos: repasad los tiempos, y las naciones, y os presentarán tristes ejemplos de muchas, que, gobernadas bajo

formas federales, han sido más esclavas que bajo el poder terrible de los déspotas del Asia".

- Continuaba el documento con lo que sus autores estimaban como *una profunda verdad*: "es libre y feliz un gobierno que deriva sus poderes de la voluntad del *pueblo*; que los conserva en armonioso equilibrio, y que respeta inviolablemente los *derechos del hombre*".

- Y como corolario de la relación medio-fin que subyace entre la separación de poderes (medio) y las libertades (fin), expresaban: "Los *derechos del hombre*, aquellos *derechos esenciales*, que *no puede renunciar*, sin degradar su naturaleza, y por cuya conservación ha sacrificado *su independencia natural*, asociándose a sus semejantes...". Esta afirmación exhibe a las claras la fundamentación pactista y contractualista de la concepción iusnaturalista de los constituyentes de 1826.

- También atendía a los presupuestos culturales de una sociedad. Así, por ejemplo, sostenía el Manifiesto: "Una sola línea separa la virtud del vicio; y una vez traspasada, la libertad degeneraría en licencia".

- En la misma línea de pensamiento, reclamaban "*un sistema de gobierno permanente*"; y sabiendo que la obra de los hombres está siempre expuesta al error, preveía la Constitución su enmienda o modificación; o sea que proclamaba la perpetuidad de los principios pero aceptaba la reforma de los textos.

- Está presente en la intención de los autores favorecer la búsqueda de la *excelencia*, y por ello promete que "en la provisión de los destinos públicos franquea la carrera del *mérito*, y brinda con las primeras recompensas a la virtud y a los talentos".

- En la parte final, este documento —a la vez introductorio y explicativo— llama la atención a la ciudadanía sobre "la funesta discordia que ha vuelto a turbar vuestro sosiego"; y al reclamar la unión de "todas" las provincias, denuncia que "algunas hay; donde se han tomado las armas para romper los dulces lazos, y derramar la sangre inocente de sus hermanos"; de lo que se desprende la alarma justificada —para la Nación Argentina— de que "peligra su existencia" (y sin mencionarlo, introduce la sospecha sobre los objetivos del Imperio de Brasil). A ello acota, que "hay quienes esperan el naufragio, para apoderarse de los restos de la nave"; pero alentando la esperanza, pues afirma que "nuestra Patria, con leyes para gobernarse, tendrá poder para defenderse".

- Hacen votos para la "felicidad" (igual que en la Declaración de la Independencia de USA redactada por Thomas Jefferson) y esperan ver florecer (en la patria) "la industria, las artes, la ciencia y las virtudes".

- Coronan su patética exposición de motivos, con una concepción de la Ley Suprema como reaseguro y como escudo protector. Tales son sus palabras: "Sea la Constitución el iris de la serenidad entre pueblos hermanos, que la naturaleza ha destinado para unirse, y no para destruirse: sea el monumento eterno de nuestra justicia, y del inocente designio, con que, en la gran causa de nuestra Revolución, hemos procurado solamente nuestro bien, y el bien de nuestros hijos. Sea el terror de nuestros enemigos, y la confusión de nuestros émulos".

No es del caso comentar exegéticamente el articulado de esta Constitución desgraciadamente fallida, pues esa tarea ya ha sido llevada a cabo por eximios historiadores y constitucionalistas. Sólo cabría, en esta ocasión, destacar el fino sentido republicano que campea en todo su texto; y si como muestra basta con un botón (de acuerdo a un viejo adagio), pues entonces traemos a colación el art. 81, a cuyo tenor el Presidente de la República Argentina "es el jefe de la administración general de la república". Esta ajustada redacción contrasta con el exagerado enunciado hiperpresidencialista del art. 99, inc. 1 de la Constitución de 1853-1860, reformada en 1994, que mantiene la atribución de "jefe supremo de la Nación" (sic), que ha dado origen a muchos abusos en la acumulación de poder presidencial y a la lógica crítica de Carlos Sánchez Viamonte y otros eminentes autores, en razón de que el rango de "supremo" corresponde a los tres poderes (por eso la cabeza del judicial se llama "Corte Suprema"), cada uno en su respectiva órbita de incumbencias. No está demás recordar que el lenguaje sirve, en algunos casos, para desvirtuar el alcance de las potestades (por algo será que los maritimistas remiten al principio o regla según la cual "el pabellón cubre la mercadería"...); y que está demostrado que el exceso de "palabrería" (abundancia de palabras vanas y ociosas) siembra la confusión y se presta a toda clase de abusos, como lo demuestra el texto tropical de la Reforma de 1994.

En síntesis, cabe expresar que la causa unitaria ha tenido ante los merecimientos de la historia el desfavor que recibe todo partido perdedor. Más allá de ese evento que hace al éxito y no al acierto, los principios y soluciones contemplados en 1826 necesitan una valoración crítica que repose sobre bases ajenas al *parti pris* que conllevan todos los juicios salientes

del encono entre unitarios y federales. Y en ese caso, la figura de Rivadavia no podrá desasociársela sin caer en inexcusable olvido. Rivadavia encarnó el último intento de un gobierno civil, nacional y representativo, antes del ocaso que nos reportó la anarquía confederal y el desborde montonero. Esto prueba, una vez más, esta ley inexorable de la historia argentina: que el fracaso de un hombre y de un partido no traen la caída sola de ellos, sino que arrastran el inevitable derrumbe de las instituciones comprometidas en ese fracaso. Es por ello que toda política de gobierno errada, sea por acción o —peor aún— por omisión, conduce a la resultante que todos nosotros ya conocemos. Recientes experiencias corroboran la veracidad de este aserto.

El estudio de la Historia ofrece interés para las más variadas inquietudes, de las que —acaso— no sea la única importante la de cuidarse de minimizarla en el mero registro de acontecimientos.

No podemos soslayar la "circunstancia" gravitante de que estamos adentrándonos en el siglo XXI y alejándonos del siglo XIX; que estamos más cerca del mundo del mañana que de un pasado sobre el cual ya recae el balance ilevantable de la historia convertida en juicio y no en recopilación.

De todo lo visto, de todo lo probado, de lo mucho conocido, queda en pie la entidad histórica del país, la Argentina, nuestra amada Patria (5).

Por último, algunas consideraciones sobre la apreciación del texto constitucional de 1826 con la perspectiva que ofrece el tiempo transcurrido desde los prolegómenos de nuestra organización hasta el presente; con la salvedad que el análisis de las cosas hechas (*res gestae*) suele tener una certidumbre mayor que la que presentan las conjeturas en torno a hipótesis de trabajo que no plasmaron en vigencias efectivas. Tal es el caso de la Constitución rivadaviana, de la que no se pueden emitir juicios sobre sus hipotéticos resultados, por cuanto no tuvo vigencia: es por ello, que resulta difícil todo intento de ensayar fórmulas de ucronía (6) o

(5) Conf. VANOSI, Jorge Reinaldo, "El Poder Judicial en las ideas de Rivadavia y la Constitución de 1826", en la Revista de la Federación Argentina de Colegios de Abogados, N° 37/38, año 1975.

(6) Reconstrucción lógica, aplicada a la historia, dando por supuesto acontecimientos no sucedidos, pero que habrían podido suceder.

de "lo que hubiera sido". El mismo Manifiesto que acompañó al texto elaborado por los Constituyentes contenía advertencias que bien pueden estimarse como expresiones de "prolepsis", es decir, de conocimiento anticipado, en que los autores anticipan las objeciones que pudieran hacerse a su obra. Aunque media una ironía del destino, habida cuenta que en el estado de anomia generalizada en que nos encontramos sumidos al cabo de ciento ochenta años de vicisitudes institucionales, es dable pensar que a la prolepsis de los hombres de 1826, tendríamos que acompañar en el presente un fuerte ejercicio de "analepsis" (o de analepsia), o sea, de un régimen que sea apto para restablecer fuerzas. ¿Qué fuerzas? La respuesta no puede ser evasiva; y si tenemos en cuenta que Einstein predicaba: "si vas a decir verdades, déjale la elegancia al sastre"; pues entonces, la verdad (que es lo que es) consiste en reconocer que —por encima de la literalidad de las normas— estamos regidos por algo parecido a un *esperpento*, tanto en la primera acepción del vocablo (cosa notable por su fealdad, desaliño o mala traza), cuanto por la siguiente acepción (desatino, absurdo), según el Diccionario de la Lengua Española (Espasa, 22ª edición).

La Constitución de 1826 no era la panacea ni pretendía avanzar hacia la curación de todos los males que azotaban a la joven nacionalidad argentina. La semilla de la discordia interior ya había germinado y estábamos en antesalas de la disolución como Estado-Nación. Los Constituyentes eran conscientes de las dificultades que afrontaría el intento de plasmar en realidad e imprimir vigencia a un proyecto de equilibrio, que diera lugar a lo que alguien graficó como un "paralelismo en contacto". Las cosas se dieron con seria adversidad para el partido unitario y la suerte se inclinó por una solución de rótulo federal pero de naturaleza eminentemente centralista y hegemónica. Como si Alexis de Tocqueville hubiese pensado en el horizonte rioplatense cuando sentenció con dureza: "los pueblos odian al tirano pero crean la tiranía". Durante casi un cuarto de siglo —con breves intervalos lúcidos— las "Provincias Unidas" que había generado la Nación Argentina se precipitaron por una pendiente o plano inclinado, que partiendo de la ilusión de lo inmarcesible se depositó en la meseta agobiante de lo ramplón.

Cuando todo parecía incommovible; cuando nada insinuaba cambiar; repentinamente, llegó el Pronunciamiento de Urquiza. Bien podría el poeta haber puesto en boca del Libertador aquello de "que no son eternas las horas, ni siglos las desventuras, a las noches más oscuras, suceden blancas auroras". Y llegó Caseros. Y llegó el Acuerdo de San Nicolás.

Y llegó la Organización Nacional a través de la Constitución de 1853/1860. Hoy, como siempre, conviene y es sano recordar aquellas vicisitudes; porque traer a colación nuestra génesis institucional ayuda a justipreciar el valor de las leyes supremas: con palabras de Borges, "Dios, o tal vez nadie, yo te pido *no* el olvido". Podríamos cerrar estas reflexiones, con la aguda ironía —que es sabiduría— del mismo Borges, aplicándola a los rivadavianos: "Le tocaron, como a todos los hombres, malos tiempos para vivir". El pesimismo de Jorge Luis Borges no es un caso aislado, pues muchos años antes, en otras latitudes y en distinta lengua, otro poeta prevenía con palabras que apuntaban a la misma patología que los argentinos incubamos en el siglo XIX, frente al "desorden volcánico" (Goethe) que en la historia de los regímenes políticos se conoce con el nombre de "populismo".

Un triste colofón: todos conocemos la mala suerte corrida por la Constitución de 1826. Las cúpulas de caudillos provinciales la rechazaron en su mayoría, sin siquiera someterla al "órgano de las juntas" que contemplaba el art. 187 para "el examen y libre aceptación" del texto aprobado por el Congreso General Constituyente en la víspera de Navidad de ese año. El artículo siguiente (el 188) requería una mayoría especial de aprobación: las dos terceras partes de las provincias, incluyendo la Capital. Todo quedó en un sueño.

Nada más contundente a los efectos de comprender ese dramático desenlace, que la escena narrada por un historiador de filiación revisionista (José María Rosa, en su obra "Nos los representantes") cuando se refiere a la llegada a Santiago del Estero, en pleno enero de 1827, del Constituyente comisionado para presentar el texto de la Ley Suprema al gobernador Ibarra. El hombre de leyes llegó a la sede del caudillo con la ropa de etiqueta que —pese al calor sofocante— él presumía que era la debida en ocasión de tan solemne acontecimiento. Ante su sorpresa, "el mandamás" local lo recibió sentado, sin ponerse de pie y vestido con ropas menores: enterado del objeto de la misión y sin ojear el contenido de la Constitución, la arrojó al suelo y muy destempladamente lo emplazó al emisario del Congreso para que abandonara el territorio provincial de inmediato. La anécdota habla por sí sola y transmite a las claras el contraste surrealista del momento que vivían ambos protagonistas de esa grotesca escena. A manera de consuelo, nos cabe rememorar que por esa misma Provincia, en el exitoso Congreso General Constituyente de 1853, llevaron su representación dos notables de la gesta organizativa: el abate Lavaisse y el doctor José Benjamín Go-

rostiaga; este último, coautor y miembro informante de la Constitución definitiva de los argentinos (7).

Pero los consuelos no bastan. Aún hoy nos preguntamos: para la sociedad argentina ¿quiénes eran más "representativos"? ¿El gobernador que recibió al constituyente en "paños menores" o el hombre de leyes que soportó el vejamen? Viene a nuestra memoria el "poema conjetural" de Borges, y ante tan estremecedor contraste, allí también cabía preguntarse quien era portador de la "representatividad": ¿el patriota que había presidido en Tucumán el acto de declaración de nuestra Independencia (Laprida) o las huestes sanguinarias que lo persiguieron hasta ultimarlos en un zanjón? Como siempre, en nuestro trágico devenir, chocan la cultura con la anti-cultura, la cordura con la arbitrariedad, la virtud con el vicio, y así sucesivamente. La gran cuestión nacional es, básicamente, un problema cultural. ♦

(7) Para una visión muy crítica de la Constitución de 1826, véase: BIDART CAMPOS, ob. cit. ut supra. La crítica fundamental de este maestro del derecho constitucional está dirigida contra la forma "unitaria" de Estado (ver ps. 213 y sigtes.: "... la Constitución de 1826 no hizo aportes positivos, porque frustró y retrasó la organización". No obstante, reconoce "la importancia de haber restaurado, aunque sea en forma efímera, la unidad política y la autoridad general para todas las provincias, bien que sobre bases erradas y con resultado de fracaso"; y añade: "De todos modos, es un comienzo de ejecución en la idea nunca postergada de la organización constitucional". Y con respecto a Rivadavia, cita a Adolfo Saldías: "lo que él emprendió como reformador de instituciones, de leyes, de costumbres y de prácticas constituye, después de noventa años, el desideratum de los pueblos y de los gobiernos de la América del Sur" ("Historia de la Confederación Argentina", t. 1, p. 235).

EL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN EN UN DOCUMENTO DE LA UNESCO ⁽¹⁾

POR AÍDA R. KEMELMAJER DE CARLUCCI (*)

SUMARIO: I. Objetivo de esta comunicación. — II. Nociones preliminares. — III. Documentos emanados de organismos vinculados a Naciones Unidas que contienen el principio de precaución o nociones relacionadas. — IV. Por qué y para qué un nuevo documento. — V. Estructura del informe. — VI. Introducción. — VII. El principio de precaución como responsabilidad ética y como norma jurídica. — VIII. Complejidad, riesgo y análisis costo-beneficio. — IX. Aplicaciones del principio. — X. El destinatario final del informe.

I. Objetivo de esta comunicación

Me propongo transmitir el contenido del Informe sobre el *Principio de precaución* (de ahora en adelante, PP) preparado por un grupo de expertos, aprobado por el COMEST (*World Commission on the Ethics of Scientific Knowledge and Technology*), organismo dependiente de la Unesco, en marzo de 2005.

El grupo estuvo integrado por las siguientes personas: *Director*: Matthias Kaiser, Director del Comité Nacional de Investigaciones Éticas en Ciencia

(*) Comunicación efectuada por la Académica, en la sesión privada del 23 de junio de 2005.

(1) Me he referido al principio de precaución en mi artículo: "Responsabilidad civil, principio de precaución y transgénicos", publicado en la obra colectiva dirigida por ROMEO CASABONA, Carlos María, "Principio de precaución, biotecnología y derecho", Granada, Comares, 2004, ps. 319. Ver, además de la bibliografía citada en mi artículo, la obra donde fue publicado, libro que contiene otros dieciséis artículos pertenecientes a notables juristas europeos y latinoamericanos.

y Tecnología (Nent), Oslo, Noruega; *Relator*: Jeroen Van del Sluijs, Departamento de Ciencia Tecnología y Sociedad del Instituto Copérnico para el desarrollo sustentable e innovación de la Universidad de Utrecht, Holanda. *Profesores integrantes*: (a) Sharon Beder, de la Universidad de Wollongong, Australia, (b) Vittorio Hosle, profesor de Filosofía y Ciencias Políticas de la Universidad de Notre Dame, Usa, (c) Ann Kinzig, de la Escuela de Humanidades de la Universidad de Arizona, USA; (d) Aída Kemelmajer de Carlucci, Comité Nacional de Ética en Ciencia y Tecnología, Argentina. Por la UNESCO: (a) Henk Ten Haven, Director de la División de Ética en Ciencia y Tecnología; (b) secretarías del programa de especialistas del Comest, UNESCO, Elaine Kuok y Simone Scholze.

El honor que significa participar en un grupo tan calificado sólo puede ser compensado, claro está muy pobremente, con la difusión (parcial, por el momento) del documento fruto del trabajo interdisciplinario (2).

II. Nociones preliminares

En las últimas dos décadas, sociólogos y juristas vienen debatiendo sobre el impacto social de la tecnología moderna en la llamada "*sociedad de riesgos*". De los riesgos individuales, se ha pasado a la llamada "*Sociedad del riesgo global*".

Este fenómeno parece haber sido avizorado años atrás por Ortega y Gasset, quien enseñaba: "De algún modo, la técnica reside en el proceso de transformación de la naturaleza, pero ese proceso genera riesgos que no son los peligros de la naturaleza que la técnica conjura, sino los que la misma técnica origina; o sea, riesgos tecnológicos. Se trata, por lo tanto, de riesgos que no tienen un origen natural ajeno a la intervención humana, sino que son debidos, precisamente, a una acción del hombre que va precedida de una decisión, de la que se puede ser más o menos consciente en función del conocimiento que se tenga sobre sus posibles efectos, pero decisión humana al fin" (3).

(2) El texto puede consultarse en inglés o en francés en www.unesco.org/shs/ethics. Mi comunicación no pretende ser la traducción al español, aunque lo sea en algunas partes de la exposición.

(3) ORTEGA Y GASSET, J., "Meditación de la técnica y otros ensayos sobre ciencia y filosofía", Madrid, Rev. de Occidente, 1996, p. 28; conf. ESTEVE PARDO, José, "Técnica, riesgo y derecho. Tratamiento del riesgo tecnológico en el derecho ambiental", Barcelona, Ed. Ariel, 1999, p. 29.

Se describe a la sociedad del riesgo global como aquella que *al principio de manera encubierta, y luego en forma cada vez más evidente, se enfrenta a los desafíos de la posibilidad de la autodestrucción de diversas formas de vida*. En esta línea, Beck califica a la llamada *sociedad de riesgos* de "nuevo paradigma", o sea, de nueva dimensión en la comprensión de la sociedad, y se refiere a nuestra época como aquella en la que *"la cara oscura del progreso quiebra más y más normas sociales"* (4).

Se comparte o no esta visión pesimista de la tecnología, lo cierto es que "la posibilidad de determinar el riesgo sobre la base de cálculos de probabilidad cede su lugar a la presencia de un riesgo indetectable cuya concreción socava las bases de un universo armado sobre el pilar de una seguridad *predecible*"; o sea, "los *riesgos calculables* han sido sustituidos por *peligros incontrolables*". En suma: en la *sociedad tradicional* el riesgo es *individual*; en la *industriales* *colectivo*; en la *sociedad de riesgos*, los riesgos son *generalizados*, tanto en su origen (puesto que el riesgo se debe a la suma de las acciones individuales de muchos individuos), como en sus efectos, que también son *colectivos* (5).

En este contexto, surge el principio de precaución como reacción o instrumento de *gestión de riesgos*, que se utiliza en una situación de *incertidumbre científica* y que expresa una exigencia de actuar frente a un riesgo *potencialmente grave sin que sea necesario esperar los resultados de la investigación científica*.

(4) Ulrich Beck es citado por gran número de autores. Ver, entre otros, STELLA, Federico, "Il rischi da ignoto tecnologico e il mito delle discipline", en obra colectiva, "Il rischi da ignoto tecnologico", Milano, Ed. Giuffrè, 2002, p. 15; BERGEL, Salvador, "Introducción del principio precautorio en la responsabilidad civil", en Derecho Privado, libro homenaje a Alberto Bueres, Bs. As., Ed. Hammurabi, 2001, p. 1011; KOTTOW, Miguel, "Proposiciones bioéticas para sociedades en riesgos biotécnicos", en obra colectiva dirigida por S. Bergel y A. Díaz, "Biotecnología y sociedad", p. 55, Bs. As., Ed. Ciudad Argentina, 2001.

(5) ROVIRA DEL CANTO, Enrique, "Delincuencia informática y fraudes informáticos", Granada, Ed. Comares, 2002, ps. 18/19 y 42. Desde la perspectiva del derecho, los riesgos tecnológicos borran las fronteras entre las diversas ramas del Derecho. Se ha dicho que "cuando los problemas se hacen difíciles y complejos, el derecho civil y el derecho administrativo pasan el caso al derecho penal, con efectos decididamente perversos" (STELLA, Federico, "Il rischi da ignoto tecnologico e il mito delle discipline", en obra colectiva, "Il rischi da ignoto tecnologico", Milano, Ed. Giuffrè, 2002, p. 3. El autor cita, en su apoyo a un autor alemán, Klaus Lüderssen). En la misma obra (ps. 85/109), alerta sobre el peligro de la penalización, STORTONI, Luigi, "Angoscia tecnologica ed exorcismo penale".

Dicho de otro modo, el principio de precaución responde al dicho popular "*Ante la duda, defendámonos*", y a la expresión inglesa *Better safe than sorry* (6).

III. Documentos emanados de organismos vinculados a Naciones Unidas que contienen el principio de precaución o nociones relacionadas

Diversos documentos emanados de organismos vinculados a las Naciones Unidas han abordado el principio de precaución; entre otros, la Declaración de Río del Ambiente y Desarrollo de 1992 (7), la Convención Marco sobre el cambio de clima, el Acuerdo sobre medidas Sanitarias y Fitosanitarias de la Organización Mundial del Comercio de 1994; el Protocolo de Bioseguridad, suscrito en Montreal, en el año 2000.

IV. Por qué y para qué un nuevo documento

En el Programa y el Presupuesto del bienio 2002/2003 de la UNESCO se tomó la decisión de reforzar el rol de la Comisión Mundial en Ética y Conocimiento Científico y Tecnológico (Comest) como cuerpo multicultural y transdisciplinario, y poner el acento en la ética del ambiente.

Obviamente, en este contexto, el principio de precaución no podía quedar afuera del programa. Por eso, teniendo en consideración el impacto de

(6) Aunque estrechamente vinculado al ámbito ambiental, pero más allá de su campo estrictamente considerado, la noción de precaución o cautela ha sido invocada, entre otros supuestos, en las medidas tomadas con relación a las "vacas locas" (encefalitis espongiforme bovina), a la "sangre contaminada" que infectó con HIV a miles de personas, en materia de productos transgénicos, en la crisis de la dioxina belga, que originada en los pollos, contaminó la cadena alimentaria, etc. (ver LAMOTTE, Philippe, "La crise de la dioxine en Belgique: un accident inscrit dans les étoiles", en obra colectiva, dirigida por Edwin Zaccai y Jean N. Missa, "Le principe de precaution. Significations et consequences", Bruxelles, Ed. de l'Université, 2000, p. 167).

(7) El art. 15 de la Declaración establece: "Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave e irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente". La definición fue el producto de más de dos años de negociación (ver ESTRADA OYUELA, Raúl y AGUILAR, Soledad, "El principio o enfoque precautorio en el Derecho Internacional y en la Ley general del ambiente", La Ley, Suplemento de Derecho ambiental, 22/9/2003, p. 1). Esta norma es, indudablemente, la fuente del art. 4° de la ley del ambiente 25.675 que dispone: "Principio precautorio: Cuando haya peligro de daño grave o irreversible la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente".

las nuevas tecnologías, se convocó a un grupo de expertos para que preparara un informe que cumpliera los siguientes objetivos:

(A) Ofrecer una plataforma ética a quienes deben administrar los riesgos y tomar decisiones vinculadas a las políticas públicas relativas al impacto de las nuevas tecnologías.

(B) Reducir la brecha en la comprensión del PP entre los científicos y quienes toman las decisiones con el fin de alcanzar un debate informado que sirva como referencia para mayores implementaciones del PP con el fin de producir consecuencias positivas en materia ambiental, nacional e internacional, y en las políticas globales sobre salud y comercio internacional.

(C) Discutir críticamente las objeciones contra el PP y clarificar los malos entendidos en su aplicación.

V. Estructura del informe

El informe se divide en cuatro secciones: (1) Introducción; (2) El PP en el ámbito ético y legal; (3) Descripción de la complejidad, el riesgo y el análisis del costo beneficio; (4) Implicancias en la ciencia, en la política, en la industria y el comercio, y en el ámbito social y cultural.

Cada sección contiene subtemas o capítulos.

Se agregan dos anexos: uno destinado a indicar las personas que intervinieron en su redacción; otro, de corte eminentemente práctico, formula las preguntas más frecuentes relativas al PP y proporciona respuestas concretas, de modo tal de poder contestar fácilmente a los siguientes interrogantes: ¿Cuál es el objetivo del PP?; ¿Qué condiciones justifican tenerlo en cuenta?; ¿Qué medidas son compatibles con el PP?; ¿Quién decide?; ¿Cuál es el mejor procedimiento para tomar la decisión apropiada?; ¿En qué casos el PP no es la mejor opción?, etcétera.

VI. Introducción

VI.1. Breves datos históricos

Para una mejor comprensión del tema, el informe relata sintéticamente lo acaecido con el amianto, ya desde 1898, cuando se alertó sobre sus efectos nocivos, hasta 1998, cuando la Unión Europea prohibió toda for-

ma de utilización, y los daños que podrían haberse evitado con una intervención oportuna cuando aún existía incerteza científica.

VI.2. Definiciones existentes. Puntos comunes

El informe compara diversas definiciones; entre otras, las dadas por la Declaración de Londres (2ª Conferencia Internacional de protección del Mar del Norte, 1987); la Declaración de Río de las N.U. de 1992, y la Comunicación Europea, 2000.

De la comparación se extraen los siguientes elementos comunes:

* El PP se aplica cuando existe considerable incertidumbre sobre la causalidad, la magnitud, la probabilidad y la naturaleza del daño.

* Se requiere algún tipo de análisis científico; una mera fantasía o especulación no es suficiente para recurrir al PP. Debe tratarse de preocupaciones *plausibles* (8) o científicamente sustentables; es decir, no son fácilmente rebatibles (9).

(8) La palabra "plausible" se utiliza en la segunda acepción dada por el Diccionario de la Real Academia española, es decir, como atendible, admisible (ej: Hubo para ello motivos plausibles).

(9) Lo dicho supone que la situación de riesgo ha sido previamente evaluada a través de métodos científicos, por expertos independientes, o sea, no comprometidos ni económica, ni cultural ni socialmente con el productor del riesgo. He aquí la primera dificultad, pues no siempre es fácil encontrar independencia y capacidad en un mismo sujeto. Un autor brasileño recuerda cómo operó, en EE.UU., el acercamiento de las empresas a las Universidades: en los años setenta, el empresariado norteamericano se dio cuenta, asustado, que el liderazgo tecnológico de ese país estaba perdiendo fuerza y ya no era invencible. "Cuando las técnicas de la genética molecular permitieron conquistas antes admisibles solamente en novelas de ciencia-ficción y los resultados de esa genética molecular permitían la transferencia rápida de los descubrimientos científicos a la producción industrial, hecho que en otras áreas puede llevar años, la Universidad empezó a ser asediada por los empresarios ansiosos por asociarse a los científicos, lo que proporcionó la ruptura de los límites tradicionales entre la Universidad y la Empresa. Los profesores dejaron de ser simples consultores ad hoc; podían ser accionistas importantes de las compañías que atendían y tener participación decisiva en el desarrollo de los centenares de pequeñas compañías de biotecnología que fueran creadas; en algunas ocasiones, esa participación entraba en conflicto con sus propias funciones universitarias, creándose verdaderos dilemas éticos. Es que los papeles sociales cumplidos por un empresario y por un profesor son juzgados por sistemas éticos muy diferentes, siendo numerosas las situaciones en que la ética empresarial choca frontalmente con la universitaria" (BEIGUELMAN, Bernardo, "Los dilemas éticos de la interacción Universidad-Empresa", en obra colectiva, dirigida por Bergel-Cantú, Bioética y genética, Bs. As., Ed. Ciudad Argentina, 2000, p. 23).

* Dado que el PP se enfrenta con riesgos escasamente conocidos, o cuya probabilidad es escasamente conocida, una posibilidad no cuantificada es suficiente para recurrir al PP.

En este sentido, cabe distinguir el PP, del principio de *prevención*. Cuando uno se enfrenta con probabilidades cuantificables, se aplica el principio de *prevención*; en este caso, los riesgos pueden ser manejados, por ej., poniéndose de acuerdo sobre un nivel de riesgo aceptable para determinada actividad y tomando suficientes medidas para que el riesgo se mantenga debajo de ese nivel (10).

* La aplicación del PP se limita a los riesgos *inaceptables*. Algunas definiciones son más específicas y se refieren a tener en consideración "*posibles efectos que amenacen la vida de generaciones futuras o de otros grupos (por ej., habitantes de otros países)*". Otras formulas se refieren al daño o efectos dañinos como "*daños serios*", o "*serios e irreversibles*"; o "*globales, irreversibles y transnacionales*". De cualquier modo, todas ellas tienen en común una carga valorativa, que expresa un juicio moral sobre la aceptabilidad del daño.

* La intervención se requiere antes que el daño posible acaezca, o antes de tener la certidumbre del daño (o sea, se excluye la estrategia de "*esperar y ver*").

* La intervención debe ser proporcional al nivel de protección elegido y a la magnitud de daño posible (11). Algunas definiciones apelan también al "*costo efectivo de las medidas*" o hacen otras referencias a los costos;

(10) Al riesgo verificado corresponde la *prevención*; al riesgo potencial, la *precaución*; la noción de riesgo cierto es suficiente para describir la *prevención*; la introducción de la incertidumbre, en cambio, incorpora el nuevo paradigma de la *precaución*. La *prevención* implica que la peligrosidad de la cosa o de la actividad es conocida; se ignora sobre sí el daño se producirá en un caso concreto, pero el riesgo es actual. Por ej., no se duda que un automóvil que circula por la calle produce un consumo de seguridad; obviamente, esto no significa que el daño se producirá necesariamente, pero hay conciencia del peligro actual que la circulación supone. La *precaución*, en cambio, supone incertidumbre sobre la propia peligrosidad por insuficiencia de los conocimientos científicos para dar respuesta. El riesgo, pues, no es actual sino potencial. Sin embargo, como dice Terje Traavik, "Ausencia de evidencia no es evidencia de ausencia de riesgo".

(11) Para el principio de proporcionalidad, compulsar, entre otros, EISSEN, Marc André, "Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l'Homme", en PETTITI, L.E. et autres, "La convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article", Paris, Ed. Economica, 1999, p. 65; XYNOPOULOS, Georges, "Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitution-

otras hablan de prevención de los daños ambientales. Los costos son sólo uno de los elementos a tener en consideración para evaluar la proporcionalidad. Los riesgos raramente pueden ser reducidos a cero. La prohibición total puede no ser la respuesta proporcional a riesgos potenciales en todos los casos; sin embargo, en algunos, es la única posibilidad de respuesta frente a ciertos riesgos.

* Existe un repertorio (12) de intervenciones disponibles, tales como:

(1) Medidas que limitan la *posibilidad del daño*;

(2) Medidas que *limitan el daño*, o sea, restringen su amplitud, y en caso de producirse, incrementan la posibilidad de controlarlo o administrarlo;

* Existe la necesidad de una búsqueda sistemática de mayores pruebas y mayor comprensión (monitoreo a largo término y aprendizaje) para pasar de las medidas del PP a las más tradicionales de gestión de riesgos.

VI.3. Definición propuesta

Sobre la base de estos antecedentes, el grupo de trabajo propuso la siguiente definición.

Cuando las actividades humanas corren el riesgo de conducir a un daño moralmente inaceptable que es científicamente plausible pero incierto, diversas medidas pueden ser tomadas para evitar o disminuir ese daño.

nalité et de la légalité", en France, Allemagne et Angleterre, Paris, L.G.D.J., 1995; FRANCHIMONT, Michel, "Loyauté, proportionnalité et procès équitable", en obra colectiva, "Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire. Mélanges en hommage à Pierre Lambert", Bruxelles, Ed. Bruylant, 2000, ps. 378/384; LAMBERT, Pierre, "Marge nationale d'appréciation et contrôle de proportionnalité", en obra colectiva dirigida por FREDERIC SUDRE, "L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme", Bruxelles, Ed. Bruylant, 1998, p. 63; GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás, "Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal", Madrid, Ed. Colex, 1990. El principio de proporcionalidad, o si se prefiere, el de la prohibición del exceso, es moneda corriente en las normas constitucionales y en los Tratados.

(12) Dada la propia naturaleza de la noción de precaución, y los requisitos exigidos (especialmente, el recaudo de proporcionalidad) las medidas que pueden tomarse son muy variadas. Se mencionan, entre otras: moratoria (suspensión de acciones positivas por un período limitado de tiempo); estrategias de paso a paso con objetivos predeterminados, de modo que se pase a una etapa sólo después de haber superado la anterior; permiso de uso en ciertos sectores para ir ampliando el campo, sucesivamente, a nuevas aplicaciones; estrategias de monitoreos, etc.

Daño o lesión moralmente inaceptable es un daño a las personas o el ambiente que es:

- * Amenazante de la vida o la salud humana, o*
- * Grave y realmente irreversible, o*
- * Inequitativo para las generaciones presentes o futuras, o*
- * Impuesto sin que se hayan tenido debidamente en consideración los derechos humanos de quienes afecta.*

El juicio de plausibilidad debe fundarse en análisis científicos. Este análisis debe ser permanente de modo que las medidas elegidas estén siempre sometidas a revisión.

La incertidumbre puede llevar, pero no se limita necesariamente, a la causalidad o a los límites del daño posible.

Las acciones son intervenciones que se toman antes que el daño ocurra y persiguen evitarlo o disminuirlo. Las acciones elegidas deben ser proporcionales a la gravedad del daño potencial, tener en consideración todas las consecuencias positivas y negativas, y evaluar las implicancias morales tanto de la acción como de la omisión. La elección de la acción debe ser el resultado de un proceso participativo.

VI.4. PP e innovación tecnológica

Muchas personas temen que si aumenta el uso del PP, se frene el avance tecnológico y se obstaculice el progreso científico. A ellas se les contesta que, por el contrario, el PP puede estimular la innovación y la ciencia, desde que abrirá el camino para reemplazar la tecnología del siglo XIX y la ciencia simple de la primera revolución industrial, por tecnología limpia y sistemas científicos de una nueva revolución industrial; en este sentido, el PP puede ayudar a alcanzar un mejor balance entre los beneficios de las innovaciones y los riesgos que ellas comportan.

Dicho de otro modo, el PP promueve la diversificación de las técnicas. La medida del impacto será menor si diversas tecnologías competitivas pueden ser usadas en las necesidades humanas; en cambio, la tecnología monopólica genera mayores riesgos; esa diversidad y los medios alternativos pueden ayudar a manejar el problema de la ignorancia social.

Hay muchos ejemplos históricos concernientes a elementos negativos sobre los que no hubo intervención que, retrospectivamente, muestran que es tal intervención era necesaria (caso del amianto). No obstante, hay temores de que las medidas aconsejadas por el PP sean inútiles. De allí que, para encontrar el justo equilibrio, las medidas deben ser proporcionales.

Es verdad que el PP impone, a veces, una prohibición o una disminución del ritmo de ciertas orientaciones de la innovación y del progreso científico, pero se trata, al mismo tiempo, de estimular otras innovaciones para un progreso tecnológico limpio.

VI.5. Qué no es el PP

Para entender mejor el concepto y evitar falsos entendimientos y confusiones es útil decir qué no es el PP, y qué conceptos claves lo distinguen de otros principios en materia de políticas ambientales y de salud. El PP no se basa en el riesgo cero; su fin es disminuir o hacer más aceptable el nivel de los riesgos. No se sostiene ni en la ansiedad ni en la emoción, sino en reglas racionales de decisión, basadas en la ética; su finalidad es usar el sistema científico lo mejor posible para tomar decisiones más sabias frente a procesos complejos.

Finalmente, como todo principio, no es una decisión o regla de algoritmo, y no puede garantizar coherencia entre todos los casos.

Del mismo modo que ante los tribunales, cada caso es de diferente de otro: tiene sus propios hechos, incertidumbres, circunstancias, personas que toman la decisión, todos elementos particulares que no pueden ser eliminados.

VII. El principio de precaución como responsabilidad ética y como norma jurídica

La sección está dividida en dos grandes capítulos: uno destinado al ámbito ético, y otro al jurídico.

VII.1 La precaución como responsabilidad ética

Este capítulo trata el PP enmarcado en el ámbito de la *responsabilidad ética*, y lo aborda desde las nociones de (a) ignorancia culpable; (b) ac-

ciones y omisiones; (c) co-responsabilidad y responsabilidades especiales; (d) equidad intergeneracional y la equidad intrageneracional; (e) protección ambiental y el derecho moral de ser informado en las democracias.

El PP reposa sobre bases éticas, y su aplicación está sometida a valores de este tipo.

La definición dada menciona "un daño *moralmente* inaceptable". El adverbio "*moralmente*" se refiere a las creencias y prácticas relativas a lo bueno y lo malo que guían nuestras conductas. La ética es la reflexión filosófica explícita de nuestras creencias y prácticas morales. Para un sector de opinión, la aparente gran variedad de teorías éticas a nuestra disposición configura un problema significativo. Algunas de esas teorías éticas, aplicadas sistemáticamente a un caso dado, pueden llevar a obligaciones o a prohibiciones morales opuestas entre sí. Esta pluralidad parece contradecir el respeto universal por la ética, y el principio del universalismo, propio de la ética. Sin embargo, personas que no comparten principios abstractos, o pensamientos morales o religiosos, o teorías éticas, muchas veces se las arreglan para estar de acuerdo sobre lo correcto o incorrecto de acciones particulares en casos específicos. Esto se explica porque los *juicios* morales están menos sometidos a la divergencia, y reposan sobre bases más sólidas que las *teorías* éticas profesadas por unos y otros. Esto indica que más allá de la pluralidad de las teorías éticas, el relativismo ético no es la única opción. En efecto, la coincidencia o convergencia en muchos juicios morales sobre problemas específicos puede ser considerada como reveladora de que hay bases universales para la ética, aunque las teorías sobre la ética actualmente existentes, hasta el presente, hayan traído luz sólo parcialmente.

Cuando la ética se integra al pensamiento político y jurídico, es conveniente, por un lado, proteger la diversidad y la pluralidad de pensamientos éticos, y por la otra, reconocer la importancia de llegar a un máximo de consenso práctico sobre los juicios morales; uno de los medios para alcanzar esta finalidad es desviar la reflexión sobre la pura teoría ética, y apuntar más bien a los principios y valores éticos más específicos.

La responsabilidad ética implica un mínimo de libertad de elección en la acción. La idea que los individuos, grupos, o Estados son moralmente responsables por sus elecciones es la base ética fundamental del PP.

VII.1.1. La ignorancia culpable

La ignorancia culpable es uno de los fundamentos éticos primordiales del PP.

El concepto de ignorancia culpable tiene tradición en la ética y en el derecho, y puede ser usado de tres modos:

En primer lugar, puede ser utilizado para culpar a una persona, a un grupo o empresa, o al Estado, por el daño causado, aún si ellos no conocían que este daño pudiera causarse como consecuencia de su acción. Efectivamente, cada uno tiene la responsabilidad moral de hacer todo el esfuerzo posible para saber si sus acciones pueden o no acarrear daños. La ignorancia acarrea responsabilidad cuando se ha realizado un acto que es o podría haber sido desastroso, aún si, por casualidad, no produjo daños. La ignorancia no es culpable en sí misma; es culpable por el hecho de por no haber realizado todo el esfuerzo necesario para reducir esa ignorancia.

En segundo lugar, este concepto puede funcionar como un incentivo para mayores investigaciones. Si la ignorancia sobre las posibles consecuencias es grande, se debe posponer la acción hasta que mayores conocimientos estén a nuestra disposición.

En tercer lugar, este concepto puede ser usado como argumento para no actuar en determinada manera. Una persona puede pensar que es imposible estar más informada sobre consecuencias dañosas de su acción y esto hace culposo el inicio de su plan de acción sobre bases tan pobres relativas a la información.

Una cuestión esencial es la de determinar si el sujeto busca conocer o se contenta con no saber. En una situación de ignorancia y de incertidumbre, puede no haber conocimientos disponibles. La ignorancia es culpable sólo si no se utiliza información pertinente, como son los conocimientos generales acerca de un tipo de situación. Por ejemplo, el conocimiento sobre las típicas fallas de un auto viejo nos hace moralmente responsable de chequear con regularidad los frenos; si no asumimos esta conducta, y tenemos un accidente, seremos considerados moralmente responsables. En este contexto, el PP opera en los sistemas ambientales complejos. No somos moralmente responsables por cada consecuencia dañosa posible de la que no estamos informados, pero sí de actuar para aumentar la resiliencia del sistema a fin de evitar los posibles accidentes o catástrofes.

VII.1.2. Actos y omisiones

En la teoría de las decisiones, uno de los cursos de acción es incluir en los cálculos cuál es el efecto de no hacer nada. Las acciones y las omisiones deben ser tratadas en un pie de igualdad.

Sin embargo, en la ética tradicional es normal afirmar que cuando se debe tomar una decisión muy riesgosa con la posibilidad de consecuencias nefastas, podría convenir abstenerse, aún si la omisión de actuar puede causar daños más graves. Esta actitud está en relación directa con la responsabilidad moral de cada uno: para algunos, se es más responsable por lo que se hace que por lo que se deja de hacer; esta actitud moral es bastante común en la ética médica; se diferencia entre causar una muerte y permitir a una persona que muera, considerándose ambas situaciones como muy diferentes. La diferencia moral entre acciones y omisiones se refleja también en la ley penal: la omisión en el cumplimiento de una obligación es frecuentemente un delito menor, y nunca es sancionado tan grave como ejecutar acciones en violación de las prohibiciones legales. O sea, hay una asimetría moral entre acciones y omisiones que refleja el grado de responsabilidad de una persona o de una institución (13).

VII.1.3. Co-responsabilidades y responsabilidades especiales

En muchas situaciones de la vida real, las responsabilidades están compartidas; los efectos son el resultado de muchas acciones combinadas entre lo que una persona hace y lo que otras hacen o no hacen. Por ej., raramente los accidentes industriales o tecnológicos tienen por causa única el error humano; frecuentemente, son el resultado de una cadena que interrelaciona acciones en una concepción tecnológica sistémica. Desde la perspectiva moral, una persona sólo puede ser responsable de un resultado en la medida que sus actos hayan contribuido a producirlo. Una persona no es moralmente responsable por factores que escapen a su

(13) La asimetría aparece desde los textos bíblicos ("Y le será perdonado a toda la congregación de los hijos de Israel así como al extranjero que reside entre ellos ya que todo el pueblo pecó por omisión"), hasta las reflexiones de autores contemporáneos. Dice Carlos Nino: "La idea de que una omisión es, salvo en casos especiales, menos mala desde el punto de vista moral que una acción positiva que tiene exactamente las mismas consecuencias nocivas, parece gozar de una aceptación prácticamente universal" (NINO, Carlos, "¿Da lo mismo omitir que actuar? Acerca de la valoración moral de los delitos por omisión", en LA LEY, 1979-C, 801).

control o conocimiento, pero puede ser co-responsable por ciertas consecuencias que ella contribuyó a producir.

En algunas circunstancias, una persona puede tener mayores responsabilidades que otras porque ha asumido un rol al que se le asigna mayor responsabilidad. Por ejemplo, el propietario de un terreno tiene mayores responsabilidades por ser guardián. Frecuentemente, se asumen responsabilidades especiales como consecuencia del rol profesional; por ejemplo, un sacerdote puede asumir especiales responsabilidades por el hecho de cuidar y reconfortar a pacientes terminales en un hospital; un científico asume responsabilidad por informar al público sobre cuestiones científicas. En este contexto, en el ámbito del PP se podría decir, por ejemplo, que los científicos tienen una especial co-responsabilidad en proporcionar información sobre las incertidumbres que una decisión específica compromete. Mientras muy pocos de nosotros seríamos plenamente responsables por el completo encadenamiento de eventos o decisiones, algunos son co-responsables, y otros pueden ser especialmente responsables debido a su profesionalidad o a cualquier otro rol que hayan asumido frente a determinadas situaciones.

VII.1.4. La equidad

La clásica concepción del desarrollo sustentable implica que las necesidades de las generaciones presentes deben ser satisfechas sin violar la posibilidad de que las generaciones futuras también puedan ser cubiertas. Esto implica un balance o equilibrio ético entre las generaciones presentes y futuras. No hay dudas que esta equidad moral intergeneracional no es totalmente nueva sino que está contenida en los principios tradicionales y universales sobre la moral y la justicia. El hecho de que haya sido formulada de una manera explícita en fecha reciente es el resultado de reconocer que muchos de nuestros actos y decisiones (tecnológicos y de otro tipo) van a tener consecuencias en el futuro, a muy largo plazo (como por ejemplo, el almacenamiento de sustancias radioactivas).

Otra razón para hacer explícita la regla de la equidad intergeneracional es que el análisis costo-beneficio tiende a disminuir el valor de los intereses y las necesidades futuras. En esta sub-estimación está implícita la idea que en el futuro los recursos se acrecentarán y la protección social habrá progresado sustancialmente. Este análisis costo-beneficio tiende a favorecer las actividades que generan ganancias a corto plazo, aunque tengan efectos negativos a largo término. Además, no tiene en cuenta que esos

efectos negativos pueden ser valorados de modo diferente por las generaciones futuras, que son quienes los sufrirán.

La equidad intergeneracional exige límites y restricciones a la subestimación de las necesidades y consecuencias futuras. El PP está íntimamente vinculado con el principio del desarrollo sustentable e incorpora la equidad intergeneracional en el sentido de considerar los daños posibles a largo plazo, y da suficientes razones para actuar ahora, aun cuando los intereses presentes no estén amenazados. Desde esta perspectiva, el PP se enlaza con el principio de la equidad *intergeneracional*.

Pero la equidad también tiene otra dimensión, cual es la equidad *intrageneracional*. La distribución de los beneficios y de los riesgos no se debe sólo a la conducta individual y a los méritos, sino también a las diferencias sociológicas y económicas entre diversos grupos de personas y sociedades. Desde esta perspectiva, la equidad manda tener en cuenta, especialmente, la diferencia entre pueblos en desarrollo y países industrializados. Las diferencias espectaculares y sistemáticas entre países en lo que concierne a la distribución de la riqueza, los cuidados de la salud, la educación, los derechos civiles, el bienestar social y otros aspectos, deben ser analizadas tanto desde la perspectiva ética, como desde la de la política y la estabilidad económica global.

Muchos pueblos, gobiernos y organismos internacionales (entre ellos, la UNESCO) reconocen que un verdadero desarrollo social, político y económico de una nación no es posible sin la reducción de las inequidades globalmente existentes. El principio de la equidad intrageneracional no requiere una participación igual en los beneficios y los riesgos a través del globo, pero sí que haya un mínimo de justicia en las oportunidades de cada persona para alcanzar una vida digna de ser vivida, en condiciones de seguridad económica, social y política. El PP está construido sobre la idea de que los costos de los riesgos creados por el hombre no deben externalizarse ni en el ambiente local, ni en el ambiente de otras sociedades o naciones. Desde esta perspectiva, el PP se enlaza con el de la equidad intrageneracional.

VII.1.5. La protección del ambiente

Existen diferentes escuelas de pensamiento sobre cómo debemos valorar la naturaleza: Algunos sostienen que el ambiente y la vida no humana tienen un valor propio, independiente del que presenta para los huma-

nos, por lo que merece respeto y protección. Otros asignan prioridad a los valores y problemas humanos por encima de los que no son humanos. Ambos puntos de vista favorecen el PP. Se considere que la salud y la integridad del ecosistema y la preservación de las especies es importante para el bienestar de la humanidad, o que la humanidad tiene su propio derecho, todo daño potencial a las actividades humanas es moralmente inaceptable.

Como la naturaleza no tiene voz, sus intereses deben ser custodiados por quienes deben o tienen en sus manos el proceso de decisión. Las deliberaciones en torno al principio de precaución deben considerar explícitamente el impacto negativo que las actividades humanas pueden tener en la naturaleza, aunque esos impactos no causen riesgos directos sobre los humanos.

VII.1.6. El derecho moral de ser informado en las democracias

Uno de los principios éticos de las modernas democracias es que la opinión de las partes afectadas debe ser tenida preferentemente en cuenta al momento de tomar una decisión. Hay medidas que afectan a algunas partes más que a otras, por lo que hay una exigencia ética de que estas opciones se tomen en condiciones de gran transparencia, a través de un proceso de libre acceso a la información. En los casos en los cuales, por razones prácticas, el asentimiento de todas las partes interesadas no pueda ser obtenido o presumido, o existen puntos de vistas contrapuestos, conviene desplegar grandes esfuerzos para consultar a las partes y para que las distintas opiniones sean tenidas en cuenta por quien finalmente toma la decisión. Esto es lo que normalmente se hace en los procesos consultivos de participación. En suma, las decisiones relativas al PP deben implicar la participación de todos los interesados (14).

VII.2. Aspectos jurídicos

Pese al éxito que el PP tiene en el ámbito normativo nacional, en el de la Unión Europea, y en el del Derecho Internacional, se está aún lejos de

(14) Las medidas deben ser tomadas respetando el principio de transparencia. El carácter transparente impedirá que el principio de precaución se convierta en una barrera burocrática que se cierra ante algunas empresas y se abre para otras; en otros términos, las medidas no deben resultar discriminatorias en su aplicación; por el contrario, deben ser coherentes con medidas similares ya adoptadas.

formulaciones claras desde el punto de vista jurídico. La diversidad de definiciones dadas en la ley y en la jurisprudencia es causa de que el PP pueda ser interpretado de modo muy diverso.

VII.2.1. Principios éticos y jurídicos

Los principios generales —éticos y jurídicos— fundan las leyes y guían la aplicación de las normas. Su utilidad está basada en tres aspectos fundamentales: en primer lugar, los principios son considerados estándares que permiten evaluar la validez de una ley. En segundo lugar, los principios sirven para la interpretación de otras reglas; en tercer lugar, tienen aptitud para llenar las lagunas del ordenamiento.

Un principio puede tener significados distintos en diferentes órdenes legales. Sin embargo, con independencia del sistema legal, los principios son las ideas centrales que lo expresan en su significación lógica, armónica y coherente. Un principio es el determinante central de un sistema jurídico específico; es su fundamento, por su jerarquía superior, su influencia y su repercusión en todas las normas a las cuales se aplica.

Aunque es difícil coincidir en la determinación de reglas precisas a nivel internacional, es más fácil llegar a la comprensión pública cuando principios indefinidos o indeterminados, progresivamente, se hacen más concretos. Esencialmente, el PP es un llamado a la prudencia dirigido hacia quienes tienen que tomar decisiones políticas sobre productos o actividades que pueden ser gravemente dañosas a la salud pública y al ambiente. Por esta razón, este principio emergente de las leyes internacionales no ofrece una solución determinada para cada nuevo problema que enfrenta la incertidumbre científica. Por el contrario, el PP es un principio guía que provee criterios útiles para determinados y más razonables cursos de acción cuando se enfrentan situaciones de riesgo potencial. La fortaleza del PP reside, justamente, en ser un principio abierto, sin límites y flexible, que crea posibilidades e incentiva el aprendizaje social.

VII.2.2. ¿En qué extensión el PP es jurídicamente obligatorio?

Desde el punto de vista jurídico, la cuestión consiste en determinar si el PP devendrá obligatorio en el derecho de la costumbre internacional y en las leyes nacionales, o es sólo un principio guía.

En el ámbito del derecho ambiental, como por ejemplo en el Protocolo de Bioseguridad de Cartagena, el PP parece ser legalmente obligatorio.

En el contexto internacional es frecuente argumentar que las *Declaraciones de principios* no son fuente tradicional de Derecho Internacional y que no obligan a los Estados miembros de la organización a adoptarlos. También se dice que debido a la particularidad, estos textos internacionales no tienen la misma fuerza que los *tratados* y las convenciones. Estrictamente hablando, las declaraciones y principios serían sólo "*recomendaciones*" sin fuerza obligatoria. Sin embargo, esto no quiere decir que las Declaraciones de principios no tengan relevancia legal. Aun cuando no sean consideradas fuente del Derecho Internacional, como mínimo, tienen legitimación para generar normas internacionales. En efecto, la fuerza de la Declaración depende del grado de aceptabilidad del principio que incorpora. Así por ejemplo, hoy nadie se animaría a decir que las organizaciones internacionales competentes no pueden imponer sanciones a los países ratificantes que no respetan la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Aunque no sean obligatorias, las Declaraciones y principios pueden influir en la elaboración, interpretación y aplicación del Derecho Internacional de los Estados miembros de las organizaciones internacionales que conciben o adhieren a estas declaraciones. La razón es que al ser parte de una organización internacional, un Estado acepta un cierto número de obligaciones. El Estado, él mismo, adhiere a los fines de la organización. En consecuencia, cuando cumple con los lineamientos o políticas de una entidad es que acepta las reglas que constituyen el Tratado de esa organización. Más aún, frecuentemente, el Estado ha participado en la formulación de esas líneas conductoras de la negociación de las Conferencias Internacionales.

No se puede minusvalorar la influencia que los principios generales ejercen en la formulación legal, sea en el contexto internacional, sea en la legislación y jurisprudencia interna de cada país. Toda formulación legal está marcada por dos etapas esenciales: en la primera, la sociedad reconoce que un valor merece protección; en la segunda, elabora los instrumentos legislativos destinados a proteger ese nuevo valor reconocido. Las Declaraciones y los principios internacionales corresponden necesariamente a la primera etapa de la formulación legal, y en la práctica, toda formulación subsiguiente de leyes internacionales y nacionales comienza por tenerlos en cuenta.

En síntesis, aun cuando no sean obligatorios, los principios generales constituyen importantes instrumentos para la cristalización de nuevos conceptos y valores. Por eso, el art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia dice:

“La Corte, cuya función es decidir en concordancia con el Derecho Internacional las disputas que le sean sometidas, debe aplicar:

(a) Las Convenciones internacionales, generales o particulares que establezcan reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes; b) La costumbre internacional como prueba de una práctica general aceptada como derecho; c) Los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas; d) Sujeto a las previsiones del art. 59, las decisiones judiciales y las enseñanzas de los más calificados publicistas de diversas naciones como medios subsidiarios para la determinación de la regla de derecho”.

En consecuencia, parece incontestable que entre los principios emanados de las declaraciones internacionales, el PP es legalmente relevante y no puede ser desconocido ni por los países en el orden internacional, ni por los legisladores, los que toman decisiones, y los tribunales en la esfera doméstica.

Desde que el PP es reconocido como un elemento del derecho internacional también forma parte de los principios generales del derecho ambiental con legitimación indiscutida como guía de interpretación y de aplicación de todas las normas legales vigentes.

VII.2.3. Principio general o directiva (*approach*)

Cuando se habla de precaución, se discute sobre el significado de las expresiones “*principio*” y “*aproximación*” (*approach*, en inglés, *approche*, en francés) o directiva, o enfoque (15).

(15) Con el riesgo propio de toda simplificación, podría afirmarse que mientras en Europa, esencialmente en materia ambiental, el principio de precaución es considerado una verdadera regla de derecho internacional consuetudinario, en los EE.UU. es sólo un *approach*. Según Marco Valletta, el puente entre ambas concepciones lo constituye la legislación canadiense (VALLETTA, Marco, “La disciplina canadese delle biotecnologie in agricoltura”, en obra colectiva, “La disciplina giuridica dell’agricoltura biotecnologica”, Milano, Ed. Giuffrè, 2002, ps. 141 y sigtes.).

Sin embargo, en general, se acepta que la palabra "*principio*" se refiere a la base filosófica de la precaución, y la palabra *approach*, a su aplicación práctica. Esta es la razón por la cual, en la mayoría de los textos, los dos términos están estrechamente unidos. Ciertamente, la expresión "*precaution approach*" ha sido frecuentemente usada en documentos internacionales para referirse al PP. Por ejemplo, la Declaración de Río usa la palabra *approach* en la versión inglesa, pero la voz *principio* en la versión española; cuando el PP ha alcanzado estatus de principio general del derecho o regla de costumbre internacional aquéllos que prefieren la palabra *approach* algunas veces le niegan el estatus de principio.

VII.2.4. El PP en los acuerdos internacionales y en las legislaciones nacionales

El PP abunda en declaraciones, resoluciones y recomendaciones sancionadas en diferentes documentos internacionales. Recientemente, ha sido incorporado en la mayoría de los acuerdos relativos a la protección del medio ambiente; más de 60 convenios internacionales mencionan el PP.

A pesar de este amplio reconocimiento en tratados internacionales, los tribunales internacionales de justicia (Corte internacional de Justicia, Tribunal Internacional de Derechos del Mar, el órgano de apelación de la O.M.C., la Corte Europea de Derechos del hombre, etc.) permanecen reacios a aceptar el PP como tal.

El PP está incorporado en muchas convenciones-marco; se trata de una estrategia ampliamente usada en el derecho internacional del medio ambiente como el primer paso para la elaboración de reglas más precisas.

En cierto número de acuerdos internacionales, el PP es mencionado de tal forma que se lo priva de aplicabilidad inmediata y autónoma. Se usan términos como "*es la base de*", "*inspirado*", "*se esfuerza por*", etc. que implican que este principio es meramente una intención o consejo para el Estado para que implemente sus obligaciones internacionales.

Sólo la práctica repetida de los Estados y la coherencia de la doctrina pueden transformar la precaución en una norma consuetudinaria obligatoria. Muchísimos programas europeos, documentos estratégicos, declaraciones políticas, libros blancos y verdes de la Unión Europea se refieren al PP. Dada la naturaleza no obligatoria de estos instrumentos, el PP está a veces desprovisto de efectos legales. De cualquier modo, el PP brilla en el

Tratado de la Unión Europea y se expande cada vez más en normas secundarias como las Directivas, en particular aquellas que rigen materia ambiental, organismos genéticamente modificados, y seguridad de los alimentos.

Como norma autónoma, el PP también produce resultados concretos a nivel de la jurisprudencia administrativa de Francia, Bélgica, Alemania, Australia, etc. En otras palabras, es sobre todo en el ámbito de los litigios en el que el principio comienza a jugar su propio rol.

VII.2.5. Responsabilidad y carga de la prueba

El PP requiere que la mayor carga de la prueba recaiga sobre quienes proponen nuevas tecnologías o actividades. El nivel de la prueba de la ausencia de riesgo debe ser inversamente proporcional a la extensión de la responsabilidad de las partes. La reducción en el futuro de la carga de la prueba debe implicar una responsabilidad más estricta.

VIII. Complejidad, riesgo y análisis costo-beneficio

La sección 3 se refiere a la complejidad, el riesgo y el análisis costo-beneficio. Luego de analizar los diferentes sistemas, su robustez y resiliencia, las dimensiones múltiples de la incertidumbre en la evaluación científica y los riesgos, el informe llega a las siguientes conclusiones:

El PP se aplica cuando se reúnen las siguientes condiciones:

- * Existen incertidumbres científicas considerables.
- * Existen escenarios o modelos de posibles daños que son científicamente razonables, o sea, están basados en razonamientos científicos plausibles.
- * La incertidumbre no puede ser reducida a corto término sin que, al mismo tiempo, se incremente la ignorancia de otros factores relevantes.
- * El daño potencial es suficientemente serio o irreversible para las generaciones presentes o futuras, o moralmente inaceptable.
- * Hay una necesidad de actuar ahora porque actuar eficazmente después puede ser significativamente mucho más difícil o costoso.

Estas conclusiones están ejemplificadas con el caso del xeno-trasplante (trasplante de un órgano de un animal, por ej., el corazón de un cerdo, en un ser humano).

IX. Aplicaciones del principio

La sección 4 se refiere a las aplicaciones e implicancias del principio. Se divide en cuatro capítulos: (a) implicancias para la ciencia; (b) para las políticas de gobernabilidad; (c) para la industria y el comercio; (d) implicancias sociales y culturales.

IX.1. Implicancias para la ciencia

En el área científica el PP sirve para:

- * Hacer frente a la incertidumbre;
- * Reforzar el rol de la ciencia de la vulnerabilidad, es decir, buscar sistemáticamente las "sorpresas" (o sea, consecuencias no esperadas) y los medios para remediarlas.
- * Promover el rol del monitoreo continuo y de la investigación empírica;
- * Ser más realista sobre el rol y potencial de la ciencia en la verificación de los riesgos complejos;
- * Aprender junto con otros, es decir, a través de la trans-disciplina para un desarrollo sustentable.
- * Incrementar la protección de los informantes (*whistle blowers*). Este punto exige una breve explicación. Los enormes intereses puestos en juego por las modernas tecnologías pueden inducir a ocultar incertidumbres o informaciones en torno a riesgos y peligros porque el conocimiento de estos riesgos por el público podría poner obstáculos al desarrollo competitivo de esa tecnología. En una economía globalizada los conocimientos científicos y técnicos son compartidos cada vez menos, al menos gratuitamente; por el contrario, ellos son objeto de derechos intelectuales. Estos mecanismos llevan a un nuevo tipo de ignorancia que podría calificarse de "ignorancia impuesta"; se trata de casos en los que un grupo tiene conocimientos que interesan a las políticas públicas, pero impide el acceso a otros, especialmente su competidor, y el público en general. Esta situación presenta dos

variantes: Puede ocurrir que se sepa que tal conocimiento existe; en tal caso, para tener acceso a ellos, eventualmente, se podrá recurrir a ciertas figuras jurídicas (licencias obligatorias, por ej.). En el segundo caso, el público, las autoridades competentes, etc. ignoran que ese conocimiento existe; son ignorantes de su ignorancia. Pues bien, a veces, el público llega a tener conocimiento de la situación por iniciativa de algunos informantes que dan la voz de alarma. Dar esa voz, normalmente significa un acto a favor de toda la sociedad, pero de deslealtad hacia el empleador. Es probable, entonces, que el informante se exponga a amenazas en su seguridad personal, o a acciones legales. Obviamente, no conviene impulsar comportamientos desleales en general, pero es deseable dar protección y seguridad suficientes a aquellos que hacen conocer al público preocupaciones altamente justificadas.

IX.2. Implicancias para las políticas de gobernabilidad

En este ámbito, el PP sirve para:

- * Romper con las culturas burocráticas administrativas.
- * Armonizar el principio de precaución para ser utilizado en sectores diversos.
- * Encontrar expertos apropiados.
- * Utilizar instrumentos de participación.
- * Obligar a los gobiernos a rendir cuentas y hacer responsable a los que toman las decisiones.
- * Dotarse de medios de acción y construir sistemas de monitoreo.

IX.3. Implicancias para la industria y el comercio

El PP también tiene importantes efectos para la industria y el comercio desde que sirve para:

- * Compartir y transparentar el conocimiento.
- * Desarrollar estrategias de producción de nuevos productos.
- * Promover la libertad y la buena fe en el comercio internacional.

IX.4. Implicancias sociales y culturales

Cualquiera sea el caso particular, el PP se inscribe siempre en un contexto cultural y en una tradición. En efecto, el conocimiento y sus valores son indisolubles de la cultura. En consecuencia:

* Se reconoce que el PP puede ser administrado en forma diferente según las diferentes culturas.

* Se admite que cada país tiene derecho a elegir su propio nivel de riesgo aceptable.

* El conocimiento no está restringido a las disciplinas académicas por lo que deben reconocerse fuentes alternativas de conocimientos.

X. El destinatario final del informe

Como dije, este informe fue redactado, esencialmente, para que las personas que deben tomar las decisiones políticas relativas a riesgos potenciales tengan acceso a las nociones fundamentales en torno al PP, y para que sean conscientes de que también en este ámbito, todas las intervenciones deben ser tomadas de modo democrático, es decir, informando a la población y, especialmente, a los posibles dañados, quienes tienen derecho a ser escuchados. Si se piensa que hoy toda la producción de soja (sobre la que reposa un porcentaje altísimo de los ingresos económicos del país a través de las retenciones) es transgénica, se advertirá fácilmente cuán necesaria es esa toma de conciencia. ♦

EL CAMBIO PACÍFICO EN LA CARTA DE LAS NACIONES UNIDAS

POR ROBERTO E. GUYER (*)

El Derecho Internacional, como toda actividad social, es una institución que se desarrolla entre dos polos. El uno es el de la estabilidad, vale decir la aspiración de que exista un régimen que dé certeza jurídica dentro de un marco ético que es propio de toda conducta humana. Y el otro sería tener presente que el Derecho Internacional es la rama del derecho que más ligada está a la conducta humana que condiciona, es decir, que menos autonomía propia tiene. No voy a repetir lo que se ha manifestado varias veces: que el Derecho Internacional debe mantener un equilibrio entre la certeza jurídica y los factores que inciden en la política internacional que son cambiantes.

A pesar de las observaciones que se hacen sobre el Derecho Internacional se ha obtenido un cuerpo jurídico que funciona razonablemente bien. Inclusive en el caso de las Naciones Unidas, institución criticada por su carácter esquemático y en el que las excepciones son, a veces, mayores que la estricta aplicación de sus normas. Constituye, sin embargo, un avance ponderable en el asentamiento de la convivencia internacional que, cuando se aplica, se desarrolla de tal forma que da un marco de legitimidad a los acuerdos que se llegan.

Va de suyo que todo acuerdo a menudo significa que uno cede parte de sus expectativas con objeto de obtener una conclusión final aceptable. Es

(*) Comunicación efectuada por el Académico, en la sesión privada del 14 de julio de 2005.

por ello que se desea enmarcar lo acordado dentro de un contexto de legitimidad. No voy a entrar en una caracterización detallada del carácter de las normas del Derecho Internacional que son de sobra conocidas.

Pero sí destacar un deseo que existe siempre, que es tener un marco jurídico aceptable. Ese marco jurídico responde a las aspiraciones de un grupo de poder o -a un entendimiento entre varios grupos de poder- y aquí nos encontramos ante el hecho que las circunstancias de poder varían. Por supuesto que los que se benefician con una situación de predominio no quieren que ésta se modifique. A su vez los que no están de acuerdo con esta situación, anhelan un cambio. Todo esto hace que nos encontremos a menudo ante deseos de cambio por un lado y los deseos de mantener lo existente por el otro. Una de las funciones importantes del Derecho Internacional y de los organismos que en su consecuencia se crearon es la de mantener un régimen estable que satisfaga medianamente intereses en pugna.

No voy a entrar en la consideración que toda sociedad humana necesita de un régimen jurídico que dé certeza, vale decir, estabilidad. Al mismo tiempo no se pueden dejar de lado principios éticos fundamentales que están ínsitos en la propia condición humana.

Estabilidad y Adecuación a nuevas circunstancias son dos extremos entre los que se mueve el Derecho Internacional. No debemos olvidar tampoco que la integración mundial, por los continuos y acelerados avances de la ciencia y la técnica, tiene el mayor de los intereses en que esta estructura funcione correctamente.

Académicamente uno de los grandes inconvenientes resulta en el problema de mantener la paz y a la vez adaptarse a nuevas circunstancias políticas o económicas. Sobre todo que hay una circunstancia que no puede dejar de expresarse: cuando un país pierde gravitación más se aferra a los textos legales, textos que a menudo pudo imponer porque en su momento tuvo una situación primordial de poder, pero que ya no posee.

Un caso que podría calificarse de paradigmático es el de los tratados de Versalles de 1919. Allí se entrecruzaron, en forma contradictoria, principios diversos. Por ejemplo se le dio importancia al principio de la autodeterminación de los pueblos y al mismo tiempo se quiso respetar derechos históricos: un caso clave fue el de la constitución de Checoslovaquia. Por un lado se deseó mantener la identidad histórica del antiguo Reino de

Bohemia pero por el otro se incluyó una población de 3 millones de alemanes que habían expresado, categóricamente, en 1919 que deseaban ser alemanes y no checos. El principio de la autodeterminación de los pueblos se vio también afectado con la decisión inscrita en el tratado de Versalles de no permitir la unificación de lo que hoy es Austria con Alemania a pesar de la clara voluntad, en ese momento, de los austríacos que querían incorporarse a Alemania.

La contradicción de todos estos principios resulta patente en el acuerdo de Munich de septiembre de 1938. En base de todos los principios vigentes en ese momento, Alemania tenía un caso aceptable en querer incorporar a los Sudetes a su territorio. Era un ejemplo innegable de los principios, no sólo de Versalles sino también de los 14 puntos del presidente Wilson y que Alemania invocó al solicitar el armisticio. Jurídicamente de parte alemana se expresaba que se habían violado las condiciones bajo las cuales terminaron el conflicto bélico.

El caso del acuerdo de Munich de 1938, como se indicó anteriormente, es un ejemplo dramático. El que tenía razón en ese momento -perdonen la expresión- era un criminal. Las reivindicaciones germánicas eran razonables, pero por el otro lado el carácter de Hitler hacía creíble que uno se opusiera a lo que él pedía. Es comprensible la sorpresa del Primer Ministro Francés Daladier al ser recibido a su regreso de Munich con aplausos y vítores cuando esperaba una confrontación hostil.

El caso histórico de Munich se configura aún más cuando se considera que las fuerzas armadas alemanas habían proyectado un golpe de estado en contra de Hitler, planeado hasta sus últimos detalles. La ida de Chamberlain y Daladier a Munich impidió toda acción y fue comprensible, ya que lo que pedía Hitler en ese momento era razonable. Inclusive la crítica a los actores de Munich no es válida, porque lo que había solicitado Alemania era lo que en el fondo se había acordado, filosóficamente, en Versalles.

Este es un caso extremo que ilustra la pregunta ¿qué pasa, en el ámbito internacional, cuando el que tiene razón es un personaje como Hitler? La pregunta fundamental es qué pasa con los textos jurídicos y la situación cambiante de la política internacional y eso es lo que se intentó hacer en el Artículo 19 del Pacto de la Liga de las Naciones que textualmente decía:

"La Asamblea podrá en cualquier momento invitar a los miembros de la Sociedad a que procedan a nuevo examen de los tratados que hayan deja-

do de ser aplicables, así como de las situaciones internacionales cuyo mantenimiento pudiera poner en peligro la paz del mundo."

En el fondo, el problema seguía siendo que el que obtiene un logro no quiere exponerlo a una decisión que puede ser contraria. Es por ello que se invoca al derecho para mantener una situación que en su momento se obtuvo por una situación de poder. Sociológicamente resulta difícil resolver el problema.

En 1919 Francia tenía la sensación de que no le iba a ser posible, en el futuro, resistirse a los avances de una Alemania resurgente. No era factible, además, pensar en retrotraerse a 1870 con una Alemania no reunificada. El que tenía perfecta conciencia de ello era el mariscal Foch, que constantemente pedía más garantías contra una Alemania futura.

El problema se complica sobremanera cuando reivindicaciones, que eran lógicas y razonables, se vieron engarzadas en aspiraciones totalmente exorbitantes como eran las de Hitler. Vale decir que lo que Hitler pedía en Munich era lógico y sus interlocutores así lo aceptaron, pero su filosofía básica era totalmente inadmisibile. Aquí se hubiera podido aplicar el artículo 19 del pacto de la Sociedad de las Naciones, pero ello se hubiera basado en el presupuesto que Hitler era un personaje normal, lo que obviamente no era el caso. Esto determinó que el principio del artículo 19 del Pacto perdió toda credibilidad hasta tal punto que cuando se elabora el anteproyecto de la Carta de las Naciones Unidas en la conferencia de Dumbarton Oaks en 1944 no se prevé un procedimiento análogo. En realidad fue un miembro de la delegación estadounidense, el senador Arthur Vandenberg, el que obtuvo -casi se puede decir que a título personal- la formulación de este artículo.

En el comentario que en 1949, se efectuara en la obra de Goodrich y Hambro, "Charter of the United Nations" (2da. edición): "representaba un enfoque modesto al problema 'cambio pacífico' en un mundo dinámico". Según John Foster Dulles, el artículo 19 del Pacto de la Sociedad de las Naciones fue el "Corazón de La Liga", pero agregó que "fue un corazón que nunca latió".

El artículo 14 de la Carta de la UN representa aparentemente un avance sobre el artículo 19 del Pacto de la Liga, pero en el fondo eso es algo teórico. A pesar de la amplitud del artículo 14, no se puede dejar de olvidar el artículo 12 de la Carta que limita seriamente las facultades de

la Asamblea General que no debe tratar asuntos que están siendo considerados por el Consejo de Seguridad. Además la Asamblea General no puede aprobar decisiones sino dar recomendaciones que jurídicamente no son obligatorias. Todo esto le da a este concepto una precariedad indiscutible.

No obstante creo que corresponde señalar que un avance es siempre un avance y lentamente se va asentando en la doctrina y, sobre todo, en el sentir internacional que hay momentos que debe poder contemplarse la adecuación de los textos jurídicos vigentes a las cambiantes realidades del momento. Vale decir necesitamos un ordenamiento claro y dinámico por más impreciso que sea. Tenemos organismos esquemáticamente adecuados aunque las situaciones de la política internacional hacen que funcionen en forma limitada.

Para terminar se debe reconocer que todo esto es muy frágil, pero es mejor que nada. Tenemos que ir creando una conciencia de que se debe progresar en el Derecho Internacional aunque más no sea con pequeños pasos, que quedarse detenido. Un viejo dicho inglés dice que "un medio pan es mejor que ninguno" y si hay algo que en medio siglo de existencia de las Naciones Unidas se ha demostrado es que hoy en día tenemos un instrumento que, por más rudimentario que sea, señala un camino. Que los avances de la técnica y la ciencia, y nuevas amenazas como el terrorismo, hacen cada vez más necesario que se estudie conjuntamente y, sobre todo, por más esquemático que sea, se elabore progresivamente un Derecho Internacional. No nos olvidemos que el solo hecho de tener estructuras internacionales como la ONU y -lo que es muy importante- tribunales en instancias internacionales es siempre un avance. ¿Quién hubiera creído hace menos de un medio siglo que en temas tan delicados como el derecho del mar, hoy tengamos un tribunal dedicado al efecto? Hay tribunales que no se han podido instituir pero agradezcamos lo que hemos conseguido.

Para concluir desearía manifestar que los acontecimientos mundiales dentro de la última década señalan que existe una sola superpotencia mundial cuyo poder material es irresistible, pero, al mismo tiempo, digamos las cosas claramente como son: Estados Unidos puede imponer todo tipo de acción militar, pero no por ello puede imponer la paz.

Puede controlar cualquier conflicto, pero no puede asentar por sí mismo un régimen jurídico.

Por más que desde su Constitución de 1776 -y aun antes de ella- los estadounidenses estimaban que su organigrama estatal reposaba sobre fundamentos éticos incontestables, se debe reconocer que el poder sólo no basta. Ya lo decía hace casi dos siglos Talleyrand que las bayonetas sirven para todo menos para sentarse sobre ellas y, a pesar de la precariedad de todo lo que se ha dicho, creo que se puede terminar este esquema manifestando que en cierta manera se sigue avanzando.

Es cierto que la situación mundial se complica más con nuevos factores que antes ni se sospechaban que existían, no obstante tenemos ante nosotros una serie de nuevas posibilidades que hacen que el avance sea posible por más rudimentario que sea. Hay que tener siempre en cuenta además que instituciones como la ONU -por más imperfectas que sean- sólo se pueden establecer después de grandes cataclísmos históricos como fue la II Guerra Mundial, y siempre son un comienzo, y que si desaparecieran serían difíciles de recrear. ♦

PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL

POR EDUARDO AGUIRRE OBARRIO (*)

SUMARIO: I. Introducción. — II. Origen y primeros siglos de la prescripción de la acción. — III. Breve noticia de la evolución a partir de la sanción del Código Penal. — IV. La prescripción en los tratados y algo sobre los fallos

I. Introducción

En general, el objeto de nuestras comunicaciones está condicionado por muchísimos factores que, en conjunto, permiten que un tema se ponga de actualidad, sea interesante, atractivo, o, por el contrario, nos parezca intrascendente. Yo creo que en este momento están dadas varias circunstancias para que el tema de la prescripción de la acción penal motive muchas opiniones.

Puede destacarse, en el mundo, una suerte de afianzamiento del Derecho Penal Internacional, por evolución derivada de una serie de convenciones y tribunales, que motivó una serie de estudios. Distinta es la banalización de muchos temas penales, pero también influye. Son factores locales importantes la modificación reciente de nuestro Código Penal, y la doctrina de los fallos que la Corte Suprema dictó sobre prescripción de la acción, relacionada con tratados, extradiciones, asuntos internacionales, y también con la Constitución y esos tratados. Pero antes de esas dos caras incluyo una visión histórica, que puede servir para explicar muchas cosas de hoy que tienen siglos de vida.

(*) Comunicación efectuada por el Académico, en la sesión privada del 28 de julio de 2005.

II. Origen y primeros siglos de la prescripción de la acción

§ 1. En general la palabra "prescripción" se utiliza en derecho con el sentido genérico de aquello que se preceptúa, ordena o determina. En esa forma aparece en cualquier obra o exposición de un tema jurídico. Para muestra basta consultar un libro de un autor notorio y actual, la *Teoría General del Derecho* de Norberto Bobbio, con sus capítulos sobre "Las proposiciones prescriptivas", "Prescripciones y Derecho" y "De las prescripciones jurídicas" (1).

Por idéntica razón, en griego, prescripción se decía *paragrafé*, es decir parágrafo, también equivalente a disposición jurídica, norma, regla, texto. Por eso mismo, en cuanto al verbo prescribir, casi todas las acepciones griegas se refieren al plazo o día prescripto, ser fiel a lo que uno se prescribió a sí mismo, hacer lo que está prescripto, etc. *Para-grafomé* (α) es invocar la prescripción en Justicia, pero siempre en el sentido de invocar una regla.

Si uno, en cambio, quiere referirse a anular una acción jurídica por una cantidad de tiempo transcurrido, se dice. *to cronoo akiroo*, algo así como inmovilizar por el tiempo (το χρονω ακυρω).

§ 2. *Marcadé*, en su *Explication du Code Napoléon*, (2) nota que atribuir al término "prescripción" un significado específico parece que viene del proceso formulario romano. Cuando el pretor otorgaba una fórmula para ordenar la entrega de un objeto, pero luego advertía que la cosa llevaba muchos años en poder de otro, suspendía el cumplimiento de la entrega, agregando al principio de la fórmula que había otorgado una anotación (3). De ahí que se llamara praescripto (pre-escrito). Recuerda que *praescriptio*, del verbo *praescribere*, quiere decir lo que está escrito antes (p. 2).

Según el mismo autor, esta institución se fundaba, por un lado, en el tiempo y, por otro, en la inacción del titular del derecho (4).

(1) Traducción de Jorge Guerrero R., para Temis, Bogotá, 1992.

(2) 6ª ed. t. XII, DELAMOTTE, París, 1867.

(3) Era una suerte de nota marginal.

(4) Nótese que el caso es antecedente de la usucapión.

§ 3. En general todos tenemos la tendencia a sentir que prácticamente todas las instituciones jurídicas empezaron en Roma, pero lo cierto es que ésta nació en Grecia, más o menos en el año 400 A. de C.

La doctrina griega sobre la inmovilización de la acción por obra del tiempo, *to crono akiron*, fue expuesta en dos oportunidades por el mejor orador griego en su momento, Lysias, y luego 7 veces por el conocidísimo Demóstenes.

Lysias nació en el año 440 A.C. y murió en el 360, es decir que vivió 80 años. *Demóstenes* es posterior: 385 al 322 A.C. Vivió 63 años, pero cuando tenía veinte y veinticinco oyó a Lysias (5).

Lysias explicó que el tiempo distorsiona los recuerdos, y más cuando se trata de inocentes, porque, lógicamente, no prestan atención a episodios concomitantes con el motivo o razón por los cuales ellos están ahí o se fijan en algo, que les parece banal o anodino, o bien sorprende porque no están preparados a ver lo que ocurre, y muchos datos se les escapan. Es cosa sabida que, a veces, de buena fe, el espíritu relacione A y C, que claramente observó, con B, que suple con su idea lógica, pero que cree haber percibido lo no percibido.

Esa prescripción era *pentaeteres*, compuesto por *penta* y *teres*; cinco años, quinquenal. Los romanos tradujeron por *lustrum*, lustro (6).

Después surgió Demóstenes (7) y repetidamente utilizó el mismo argumento, a veces con las mismas palabras, agregando novedades, como las cosas que venían sucediendo con el negocio de las acusaciones falsas. En efecto, así como quienes intervenían en los hechos de buena fe o estaban presentes accidentalmente, tendían a olvidar o confundir, los sicofantes tomaban en cuenta algunos sucesos ciertos y completaban el cuadro a su

(5) Hay dos volúmenes que agrupan los discursos de LYSIAS (texto griego y francés, traducido por Louis Gernet y Marcel Bizos, Les belles lettres, Paris, 1924). Los discursos de Demóstenes figuran en varias versiones. Yo consulté la traducción francesa de Adolphe Darsete, Paris, Plon, 1875, también en dos tomos. Un ejemplo: en el caso de los hijos de Aristekmé contra Nausimaco y Jenópito, Demóstenes opone la prescripción quinquenal.

(6) Y creyeron que el plazo tenía un origen religioso, cosa que no pude confirmar todavía.

(7) A los 17 años alegó cinco veces contra sus tutores y ganó.

gusto, confundiendo así a quienes acusaban, que las más de las veces eran inocentes (8).

§ 4. Cuando llegó el tiempo de los romanos, empezaron sin ningún tipo de prescripción (9). Según parece, adoptaron antes la usucapión, porque se produjo en tiempo del procedimiento formulario, como recién notamos.

Puede verse, hasta aquí, que los griegos pensaron primeramente, para fundamentar su "inmovilización de la acción por el transcurso de un tiempo dado", en cuestiones penales, y se tendía, sobre todo, a proteger a los inocentes, a quienes normalmente perjudicaba más el tiempo corrido.

Mientras que los romanos se referían a los derechos derivados sobre la posesión de una cosa ajena durante bastante tiempo, y entonces empezaron a esgrimir otros fundamentos, como el castigo a la inacción del dueño, la suposición de que en un plazo largo la cosa había sido pagada, o algo así como la buena fe de quien había recibido la cosa.

§ 5. Como se ve, estos primitivos fundamentos eran completamente distintos. Tan distintos que *Pothier*, en su *Coutume d'Orleans* (10), sostiene: "Hay dos especies de prescripción, que no tienen nada en común, salvo el nombre" (p. 330). La prescripción liberatoria no reclama ninguna acción del deudor, resulta únicamente de la inacción del acreedor (§ 30, p. 337). Luego menciona la prescripción de 30 años, que se funda en la presunción de pago, aclarando que contra la Iglesia y las comunidades el plazo se extiende a 40 años.

(8) Según Stiévenart, J.-F., profesor de literatura antigua que corrigió las traducciones de Demóstenes, los alegatos en que se refirió a los *ins de non recevoir* (nombre antiguo de la prescripción en derecho francés), son siete. Encontré otros cuatro en la recopilación de Dáreste, París, 1875.

(9) Véase lo que dice MOMMSEN, TEODORO, D. P. romano. Trad. Pedro Dorado Montero, La España Moderna, Madrid, s/f (prólogo de 1898): Terminan el proceso la muerte del juez (la del pretor no, generalmente) y la del acusador. Pero como no hubo absolución, el proceso se puede intentar nuevamente. Durante la República y principios del imperio no hubo prescripción de acciones penales, como tampoco de obligaciones civiles. No se sabe bien cuándo se estableció la prescripción de 5 años para la defraudación de fondos públicos. Después, id. para el adulterio. Más tarde, 20 años para los demás delitos, salvo parricidio y apostasía (que luego entraron en la prescripción general de 30 años).

(10) 2ª edición, Plons-Cisé et Marchal, Paris, 1861.

§ 6. Después los romanos, conociendo el derecho griego, introdujeron una prescripción penal de cinco años. Pero empezaron con un caso muy especial: la corrupción de funcionarios. Tal vez haya que recordar que existía un toque de corrupción. Tiempo después se ocuparon del mismo asunto en la *Lex Julia de adulteriis*, que no sólo se refería al adulterio sino también a otros delitos parecidos.

Tras muchas idas y vueltas, llegaron a considerar imprescriptible el delito de lesa majestad (11), y luego también el duelo (12). Una prescripción general para delitos graves, de 20 años. Hubo prescripciones muy breves para los casos contemplados por el edicto del pretor, que duraban lo que el mandato del mismo, y a veces un año.

§ 7. Mientras tanto los bárbaros andaban con su venganza privada y la familiar a cuestas, que dejaba a esas sociedades con muertos y lisiados en masa, de manera que estaba llegando el momento del recorte y traba a esas cosas. Entonces, al mismo tiempo que ofrecían compensaciones pecuniarias para calmar a los vengadores, se les ocurrió la prescripción rápida para esas venganzas. Fue una institución curiosa, porque dejaba subsistente la venganza pública, que era mucho más moderada (es claro, siempre que no se tratara del gobernante o del Estado). Después vino la época de los diversos estatutos para cada pueblo, y en muchos de ellos puede leerse que el plazo de prescripción es muy breve (a veces de días, o meses; para delitos graves uno o dos años; muy pocos casos, más) (13).

Después se produjo el fenómeno del llamado derecho común, es decir la fusión de las reglas de los bárbaros y de los romanos.

§ 8. En el derecho civil se empezó a aceptar cierta forma de prescripción con nombres especiales. Los francos y después los franceses tuvieron sus *fins de non recevoir*, textualmente propósito de no recibir (lo que el otro

(11) Por entonces no se extinguía la acción penal por la muerte del imputado. Parecía muy lógico condenar a los muertos, sobre todo si el delito tenía pena de confiscación.

(12) Posteriormente fueron imprescriptibles el parricidio y apostasía.

(13) Creo que cuando los bárbaros empiezan a adoptar la prescripción de la acción, es porque, ya infiltrados en el imperio de occidente, conocieron leyes romanas evolucionadas. En cambio a Inglaterra llegaron los romanos antes de esa evolución, es decir sin prescripción. De ahí la resistencia de Inglaterra a ese asunto. No es que la prescripción sea desconocida entre los anglosajones, sino que es estatutaria. Es decir que figura en algunas leyes, para delitos menores.

pide), que en el fondo significa algo así como la categórica oposición a una demanda. Según explica *Pothier*, en *Traité des Obligations* (Parte III, p. 371), los *finis* no extinguen la deuda *in veritate*, solo que la vuelven ineficaz (14).

§ 9. A todo esto el derecho vigente provenía en parte, de una combinación de derecho romano y bárbaro, pero también en gran medida de lo que decían en sus libros los más famosos autores. A partir del siglo XI y XII, y hasta el XVIII, aproximadamente, según los lugares, muy pocos estuvieron contra la prescripción de la acción. Entre esos pocos, los más importantes eran Covarrubias y más tarde Zachariae, Servin y Bentham (15). En cambio todos los demás que uno pueda recordar, están a favor de que las acciones prescriban. Por ejemplo, *Samuel Puffendorf*, en el Siglo XVII decía que es inútil un juicio en torno a delitos a las cuales el tiempo hizo desaparecer u olvidar sus efectos. No subsistiría ninguna razón para justificar o imponer pena (*Tratado del derecho natural y de gentes*, I, I, 12, § 2).

Antonio Mathaeo, notable autor holandés, en *De criminibus*, XIX,4,1, trata especialmente de la prescripción de cinco años (que, probablemente por no conocer el antecedente griego, atribuye a los romanos. De ahí en más, tomaron el dato *Carmignani* (*Elementi*, § 424) y otros, y así se repitió.

El maestro de Carmignani, *Aloysi Cremani*, en 1791 (16), explica que las acciones criminales no son inmortales y conviene que el príncipe fije plazos de prescripción para evitar la incertidumbre. Luego admite que fundar la institución es bastante difícil, porque los factores se combinan diferentemente en cada caso: el papel del tiempo en el recuerdo, en la transformación de las mentes, en su deterioro, en la muerte de testigos, en la opinión social sobre lo ocurrido, en las tribulaciones y modo de ser de los personajes, y con más razón cuando son imputados. Pero es evidente que el tiempo largo perjudica a la defensa, y es un valor que siempre hay que tener presente.

(14) El presume la extinción, pero admite la compensación de otra prescripción. *Quae temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum*. En este libro, cuando da fundamento a la prescripción de 30 años piensa en una presunción de pago o de remisión y que se castiga la negligencia.

(15) Es curioso, pero Bentham escribe como si los imputados fueran siempre culpables: "Sería funesto que pasado un cierto tiempo pudiese siempre la maldad triunfar sobre la bondad" o bien "será recompensada su destreza, restablecida su seguridad y legitimado en sus manos el fruto del delito". *Tratados de legislación civil y penal*, II, 3ª parte, cap. 3.

(16) *De jure criminale*, t. I, 3ª parte, capítulo 4º.

§ 10. De todos modos, en las diferentes comarcas, la prescripción fue aceptada, pero con particularidades. Hubo legislaciones que fijaban tres plazos: el mayor, para crímenes; el intermedio para delitos y el más breve para contravenciones. El Código Leopoldino fijó dos: *lunghissima*, de diez años, y *brevissima*, de cinco.

En algunas partes exigían que, además del transcurso del tiempo, se cumpliera con cierta condición, como indemnizar a la víctima, no gozar de los beneficios de un delito, no estar prófugo, no cometer otro delito, comportarse correctamente, etc. Que la condición fuera continua, no interrumpida, aparece dicho por *Carmignani, Elementi*, § 425, pero según él la prescripción se interrumpe cuando, antes de cumplirse, hay sentencia del juez contra el autor imputado.

En el crisol de la legislación de esos siglos se fue infiltrando la prescripción de la acción, hasta que fue recibida prácticamente por todos los códigos del Siglo XIX.

§ 11. Pasaremos revista a varios autores que tienen tomada una clara posición acerca de la naturaleza jurídica de la posesión (o de algún tipo de ella) o dan argumentos a favor o en contra. Empezaremos por juristas que se han ocupado del derecho en general, sobre todo del derecho romano y del civil.

En primer lugar, *F. C. De Savigny*, en su *Traité de Droit romain*, traducido por Charles Guenoux, 2ª ed. Fermin Didot frères, Paris, 1858, trata nuestro asunto en el § 237. Extinción del derecho de acción. III. Prescripción. Introducción. P. 271 y sigtes. Fuentes. Inst. IV, 2. Dig. 44, 3. Cód. Just. VII, 36-40. Novelas, IX, CXI, CXXXI, C. 6. Gajus, IV, § 103 y 111. Cód. Teod. IV, 14.

La expresión romana *temporis praescriptio* o *temporalis praescriptio* no designa exactamente la pérdida del titular de la acción sino el derecho adquirido por quien se defiende, de rechazar la acción mediante una excepción.

La prescripción de las acciones tiene analogía con otras instituciones en que el tiempo se presenta como condición de un cambio en el derecho. A todo este grupo se le llamó Prescripción y se ha subdividido en adquisitiva y extintiva, pero todo eso debe ser descartado. Se ha creído que todos los derechos terminan por una prolongada falta de ejercicio.

El motivo más general y más decisivo, igualmente aplicable a la prescripción de acciones y a la usucapión, es la necesidad de fijar las relacio-

nes de derecho inciertas, susceptibles de dudas y contestaciones, encerrando la incertidumbre en un lapso de tiempo determinado (17). Este motivo se explica frecuentemente para la *usucupatio*. *Cicero pro Coecina*, C. 26 "usucapio fundis h. e. Finis sollicitudinis ac periculi litium". *Gajus*, II, § 44, ne rerum dominia diutius in incerto essent. Id. *Gajus*, L. 1 de usurp. (XLI, 3) y *Neratius*, L. 5 pr. *Pro suo* (XLI, 10).

Un segundo motivo es la extinción presunta del derecho que protege la acción; pero ese motivo grave y verdadero puede también ser mal entendido. El sentido de esta presunción es la inverosimilitud de que el titular del derecho haya descuidado ejercerlo durante un lapso de tiempo tan largo; si el derecho en sí no hubiera sido extinguido de alguna manera cualquiera, pero cuya prueba no existe. Probablemente, la única posibilidad lógica no es ni que haya sido pagada, novada o transada, es que la deuda haya sido remitida (p. 275).

Un tercer motivo es castigo a la negligencia. Esto en las fuentes: L. 2, C. De ann. Exc (VII, 40) "Ut... sit aliqua inter decides et vigilantes differentia" L. 3, C. Eod. "Cum contra decides homines, et sui juris contemtores, adiosae exceptiones opposite sunt". L. Un. C. Theod. de act. certo temp. (IV, 14) "Verum ne qua otioso nimis desidi querimonia reliquatur...". Esta explicación no puede tomarse seriamente en su sentido literal, porque no se castiga a nadie que no hace ningún mal. De modo que hay que entenderla como una contestación a quien cuestionase la injusticia de la solución. Se pide a alguien que sacrifique al bien público su negligencia, y no su derecho. L. 1, de usurp (XLI, 3) *cum sufficeret ad inquirendas res sus statuti temporis spatium*.

Hay un motivo más para la prescripción de acciones liberatorias que no alcanzó a la usucapación. Es impedir que el acreedor elija el momento más propicio para demandar, que con el tiempo hace más difícil la defensa. El testigo puede morir. Se aduce que disminuyen los procesos. Pero no es bueno que disminuyan los procesos bien fundados.

Según Savigny, la prescripción de las acciones es una de las instituciones más importantes y más saludables. Cita a *Cassiodori* Var. V, 37. *Tricennalis autem humano generi patrona praescriptio*.

(17) Yo noto que los tratadistas de nuestros días, y valga como ejemplo el reciente Código comentado de Santos Cifuentes, consideran básico este argumento, que desarrollan.

§ 12. En el § 238 se refiere a la Historia.

Cuando los pretores introdujeron en el edicto acciones nuevas, generalmente acompañaron el requisito de fundarse dentro del año. Contra la regla del ejercicio perpetuo. Después se admitieron algunas prescripciones de un año por otras acciones civiles.

Más general fue la *longi temporis praescriptio*. Contra toda acción debida a la propiedad a un *jus in re*, el poseedor podía oponer una prescripción de 10 años, a veces de 20, si se establecía el título de la buena fe, sin haber llegado a la usucapión porque, en tal caso, no tendría necesidad de la *longi temporis*. En la época de Constantino se extendió a 30 ó 40 años, para suplir la buena fe.

La primera ley con carácter general se debe a Teodosio II, en 424, insertada en las dos recopilaciones de constituciones Cód. J. De praescr., XXX, VII, 39. Allí se establece una prescripción de 30 años para cualquier caso que no fuera especialmente contemplado (comprendía, por eso, también los derechos personales, por primera vez). Exceptúa la *finium regundorum*. Id. la acción hipotecaria contra el deudor. Además comprende las prescripciones anteriores, pero se necesitan 10 años desde la sanción de esta ley.

Las condiciones son: *actio nata*, inacción no interrumpida, bona *Fides*, lapso de tiempo (*Actio nata* se refiere al momento en que comienza la prescripción).

Justiniano dictó una ley en 528 disponiendo la prescripción de 100 años a favor de la Iglesia y las fundaciones *pia causa*. La Novela 9, en 535, extendió a Occidente los privilegios de la iglesia en Oriente. La Novela 111 (en 541) redujo la prescripción de 100 a 40 años.

§ 13. *F. Laurent. Principes de Droit Civil Français*, t. 32. Bruyllant - Christophe, Bruxelles, y Maseq, Paris, 1898. Tras algunas consideraciones generales expone la tesis de *Mourlon, Répétition*, p. 722, §1753-4, según quien la prescripción no es un medio de adquirir ni liberar, sino la presunción legal de una causa legítima anterior de adquisición o de liberación.

Inmediatamente comenta, en son de crítica ¿Qué es una presunción? Es un medio de prueba. No hay que confundir un medio de prueba con un hecho jurídico.

¿Por qué hay prescripción? Se dan razones para la de buena fe y justo título, pero no las hay para la de 30 años. Hay que salir del círculo de las partes y llegar a la sociedad, y es la sociedad la que tiene interés en que los conflictos terminen, y tiende a que los poseedores sean dueños (p. 12).

Si el dueño es negligente, ¿no tiene derecho a serlo? La prescripción es necesaria al orden social, aunque pueda chocar con la equidad en cada caso (p. 14).

Luego cita a *Bigot-Prémeneau, Exposé de motifs* N° 1 (ver en *Loché* VIII, p. 344 y sigtes.). La justicia general se dicta, y sin embargo los intereses particulares que pueden ser lesionados deben ceder a la necesidad de mantener el orden social. Puede argumentarse que el acreedor no sólo tiene un interés, sino un derecho. Y la ley lo hace caer, sin compensación. Pero también la sociedad no sólo tiene un interés, sino un derecho a que las acciones judiciales se limiten a cierto tiempo.

¿Sería posible que existiese alguna sociedad en la que los derechos pudieran ejercerse sin límite de tiempo? No puede sobrevivir ninguna sociedad con incertidumbre permanente, universal e incesante (p. 15).

Anota que no se debe confundir prescripción con plazos procesales, y nadie se queja de ellos, aunque en ambos casos el curso del tiempo modifica las posibilidades de ejercer derechos.

§ 14. Más próximo a nuestros días, *Marcel Planiol*, en su *Traité Élémentaire de Droit Civil*, 5ª ed. t. II, Librairie Générale de droit et Jurisprudence, Paris, 1909, funda la prescripción en el deseo de impedir procesos difíciles para juzgar.

Agrega que en interés del orden y la paz social, importa liquidar la vuelta atrás y las contestaciones sobre los contratos o sobre los hechos cuyos títulos se perdieron y la memoria se borró.

Señala que en derechos reales la prescripción es a veces adquisitiva y a veces extintiva, pero en materia de deudas es sólo extintiva (18).

(18) Explica que los plazos son suficientemente largos para evitar las expoliaciones. Después cita antecedentes: Cód. Teodosiano, IV, Tít. 4, ley 1. y Cód. Justiniano, VII, 39, ley 3.

Planiol piensa que las llamadas acciones imprescriptibles existen porque su causa se renueva todos los días. La indivisión, por ejemplo, es actual hoy y dentro de 30 años. Puede advertirse que la situación es idéntica a la que en Derecho penal llaman delito permanente.

Después de haber pasado revista a una serie de juristas que han tratado del derecho globalmente, y en general del derecho romano o del civil, veamos el enfoque de los penalistas. Elijo algunos de diferentes países y épocas.

§ 15. *H. Donnedieu De Vabres, Traité de Droit Criminel et de Législation pénale comparée*, Sirey, Paris, 1947 (19). Empieza dando un vistazo general a la institución.

Dice en su § 110: La prescripción de las acciones públicas penales se distingue de la prescripción del derecho civil por su fundamento. Aquí la idea de una negligencia que se castiga no interesa, porque:

1. llevar una vida de remordimientos y privaciones es una expiación.
2. después de cierto tiempo pasado desde el delito, la opinión pública no reclama más satisfacción. Se produjo el olvido.
3. con el tiempo resulta difícil reunir pruebas. Los testigos se dispersan o se han olvidado. Se confunden o han muerto. (20)

La prescripción comprende todos los delitos (21). Aunque en tiempo anterior la lesa majestad tenía acción siempre (*Jousse*, ps. 580-586 y 600-604). La prescripción de la acción es más corta que la de la pena.

Acerca de lo dispuesto en el derecho francés, sintetiza:

La acción por crímenes prescribe a los 10 años; por delitos, a los 3; y al año para contravenciones.

(19) Era el profesor titular más importante de Francia y fue designado juez del tribunal de Nuremberg.

(20) P. 124 y sigtes. Aclara que, conforme a KENNY, esta prescripción no existe en Inglaterra.

(21) Nótese este principio de Donnedieu, que como se vio en una nota anterior, fue juez en Nuremberg.

Hay excepciones para ciertos delitos especiales, que aumentaron durante la segunda guerra.

Interrumpe la prescripción cualquier presentación del imputado, y todo acto de instrucción.

La prescripción de la acción se interrumpe aún contra personas inciertas.

También la guerra suspende la prescripción.

Finalmente, el caso de la locura es muy discutido.

§ 16. *Pessina, Enrico* (22), *Elementi di Diritto Penale*, Ricardo Marghieri di Gius, Napoli, 1881, t. 1, § 182, Prescripción (comienza en p. 392).

En el § 183 señala autores que niegan legitimidad a la prescripción. Les parece incompatible con la naturaleza de la pena. Les parece peligroso para el orden social dejar abierta una vía de impunidad, que excita a perpetrar delitos. Nombra a *Servin, de la Législation criminelle*, 1782. *Henke, Manual de DP y de Política criminal*, t. 2, ps. 47-178. *Zachariae*, IV, ps. 364-466. *Bentham, Teoría de las penas*, II, p. 390.

Pero aclara que la mayoría está a favor, y las legislaciones la admiten. Cita a *Vico*: el tiempo no crea ni destruye el derecho, cuya substancia es eterna. *Conf. Ahrens, Filosofía del Derecho*, ed. 6ª 1868, t. 1, p. 218. El tiempo no es más que una simple forma del cambio en el mundo, no es la razón ni del nacimiento ni del perecer de un derecho.

La esencia de la prescripción no es el simple transcurso, sino no haber ejercido un derecho dado durante cierto tiempo (tanto en lo civil como en lo penal, lo que no veo muy claro).

Entiende que hay un deber de parte del Estado.

Según algunos criminalistas, con el lapso del tiempo el reo suministra una prueba de su mejoramiento.

(22) Cito a Carmignani y a Pessina, que enmarcan en el tiempo a Carrara, porque en otra oportunidad me ocupé muy especialmente de él. Es el más decidido adversario de la interrupción de la prescripción.

La mayoría piensa que con el curso del tiempo la prueba del delito y de la culpabilidad se hacen cada vez más difíciles, de donde indagar es inútil para el imputado y dañoso para el Estado, por el tiempo y el costo.

En cuanto a la prescripción de la pena, aunque no es objeto de esta comunicación, Pessina destaca que el delincuente ya ha soportado suficiente angustia y padecimiento, equivalente a su pena. Aquí cita a *Cremani*, I, 274-277; *Carmignani, Teoría*, III, 241-248; *Giuliani, Instit.* I, 265-268. *Cousturier, Traté de la prescription en matière criminelle*.

Agrega más argumentos: Con el decurso de largo tiempo el recuerdo del delito se esfuma, y la propia sociedad humana se transmuta con la variación de los individuos que la componen. La sociedad humana debe rechazar ciertamente la negación del derecho contenida en los delitos, y debe hacerlo con la punición de los culpables; pero lo debe en cuanto tiene conciencia del mal operado. El tiempo no destruye en general al derecho, como no lo crea; pero sí, considerado en sí y por sí, no tiene este efecto, debido a la naturaleza misma del hombre, ejerce una eficacia (el tiempo), que es la de substituir nuevas impresiones a las impresiones precedentes en los ánimos humanos; de modo que la inercia de la autoridad punitiva, descuidada (*protratta*) por cierto tiempo, afloja, hasta extinguirla, la conciencia del delito.

En esto funda el mayor plazo del condenado que del no condenado, porque el recuerdo queda más firme.

En el § 184, Pessina refiere que Demóstenes y Lisias (23) nos hacen saber que los Helenos admitieron la prescripción de la acción penal, salvo para algunos delitos imprescriptibles, dando como razón que la prueba, y señaladamente la de la inocencia, se dificultan con el transcurso del tiempo. *Demóstenes, pro Phorm. Lysias, Orat. Peri t. exoüs. Dambach, Estudio sobre la doctrina de la persecución penal*, Berlin, 1860, p. 21.

Sintetiza la situación en Roma: hasta el fin de la República, no hay nada sobre prescripción de la acción penal. Bajo Augusto se empezó a permitir la prescripción para la *lex Julia de Adulteriis*, a los 5 años. Dig. Ad leg. Adult. Ley 20, § 6. Pessina supone que estos 5 años tienen relación con el instituto religioso del *lustrum*. Cuando aparecen posteriormente los grandes juris-

(23) Cito especialmente las fuentes de Pessina, porque yo utilicé otras.

consultos, se establece la prescripción de la acción para los delitos públicos en 20 años. Cód. *ad lex Cornelia de falsiis*, ley 12, que establece esos 20 años, "como a cualquier crimen". Ver Dig. De div. Tem. praes.

Estos 20 años tuvieron la excepción de algunas prescripciones quinquenales para delitos menores (D. de Senadoconsulto Silan., ley 12; D. Ad leg. Julia pecul. Ley 2, Cód. de vectg. et Commis.), y la imprescriptibilidad de graves delitos: el parricidio; la suposición de parto (porque era imprescriptible el estado de la persona); la apostasía, porque el cristianismo se convirtió en religión del Estado. Cita como fuentes al Dig. de L. Pomp. Ley 10; de Parricidio, ley 19, § 1; Dig. Cornelia de falsis. I, 1 y 4 Cód. de apostasía (24).

Luego revisa los otros tipos de derecho importantes.

Germánicos. Explica que hay poca mención del asunto. Prescripción de 30 años. Fundamentan en la necesidad de asegurar la tranquilidad del individuo ante el peligro de juicios inciertos. L. Burgund. 79, § 5. Dec. Childeb, año 595. Visigotorum, X, 2 §3. En Islandia se decidió que el derecho a la venganza se perdía si no se ejercitaba antes del próximo comicio.

Canónico. Muestra que la Decretal de Gregorio, libro 2, título 26, cap. 6, menciona la prescripción romana de 20 años.

Sobre los intérpretes clásicos, menciona a *Julio Claro*, q. 51, n. 6 a 7. *Deciano*, 3, 37. *Farinacio*, q. 1, n. 18 y q. X, n. 10 a 35. Agregaron como imprescriptibles el duelo y lesa majestad (*Hipólito De Marsili*, Comm. Ad l. 19, §1 de Leg. Corn. De falsiis, n. 3 a 35). *Farinacio* q. 10, n. 29, 30. *Carpzov* q. 141, n. 152. *Boehmer*, Obs. *Ibid.*

En cuanto a las *legislaciones del siglo XIX* admitieron generalmente la prescripción de la acción, pero algunas declararon imprescriptibles ciertos delitos, y otras establecieron la condición de que el culpable no cometiera durante el intervalo otro delito.

La prescripción de la pena se introdujo por la ley francesa de 1791 (pero en nota aclara que el parlamento de París la había establecido en 30 años ya el 29 de abril de 1642). Se transmitió a otros Códigos. En Brasil

(24) Luego hablará de las reglas establecidas por los jurisconsultos.

(Código imperial) y seguidores, se declaró imprescriptible la pena máxima. En las ps. 388 y 389 refiere las particularidades de las diferentes regiones italianas.

En el § 185 dice que la prescripción penal no está sujeta a las normas civiles. Estas suponen el abandono del ejercicio del propio derecho, y en el fondo una renuncia presunta al mismo. Explica que la imposibilidad de actuar impide la prescripción. Es admitida la renuncia. Y basta con no oponerla.

En cambio en lo penal, la prescripción no nace de ningún abandono, sino como obstáculo a la actuación judicial. Aunque el ministerio público no pueda perseguir al reo, sea por desconocer el delito, sea por fuga, la prescripción continúa. Tampoco depende de la voluntad del acusado. No puede renunciar. Aquí cita a *Nicolini* (jefe de la escuela toscana por entonces) que explica que si no se puede renunciar a una ley de orden público, menos se puede darle efecto a su silencio.

Algunas consideraciones generales: la prescripción de la acción siempre es mayor que la de la pena. A su vez la de la acción es más larga según la gravedad del delito (aunque hay problemas cuando se comienza a perseguir un delito grave, y después resulta que es menos grave). Los plazos se determinan por ley.

El § 191 versa sobre *Interrupción por actos de procedimiento*, en cuanto piensa que mantienen la memoria del hecho. Vuelve a correr a partir del último acto del proceso. La prescripción se interrumpe contra todos. Pero no la interrumpen los actos del imputado para sostener su derecho.

§ 17. Mientras tanto, el máximo exponente del derecho penal español, de mediados del Siglo XIX, *Francisco Pacheco*, en sus *Estudios de DP. Lecciones*. 5ª ed. Manuel Tello, Madrid, 1887 (original en 1839-1849), enseñaba:

A semejanza de la civil que reconoce la pérdida de las acciones, cuando pasa cierto tiempo sin hacer uso de ellas, también la ley penal ha podido eximir a los criminales de toda persecución de la sociedad o los individuos cuando ha transcurrido cierto número de años sin que se entable, o bien eximir a los condenados...

Lo único que puede pedirse... universalmente debe pedirse a todos, a saber, la sensatez y la prudencia, la consideración contrapesada de los

intereses que en la sociedad se cruzan. Hay el conveniente tacto para fijar los plazos a que se prescriba la acusación o el castigo de los delitos, y a nadie repugnará que la ley conceda este favor aún a los más conocidos criminales (p. 430).

Lo que sí repugnaría sin duda y sublevaría contra sí los sentimientos de cualquier persona sensata, sería el sistema contrario llevado rigurosamente a efecto... ¿a quién no parecerá injusto, a quién no sublevará que después de transcurridos años, cuando pasaron, y no puedan ya temerse efectos ningunos de aquel delito, se quiera perseguir a sus autores, y hacerles sufrir una expiación que en sus tiempos fue muy debida?

Estos ejemplos son clarísimos y no es necesario más que el sentido común para decidir resueltamente sobre ellos. Otros casos puede presentarse que ofreciesen mayor dificultad.

Después de cierto tiempo pierde la ley penal toda su saludable eficacia, quedando sólo muy aumentado lo que hay en ella de antipático y repugnante a nuestros sentimientos.

Cuando los hombres no castigan pronto, la conciencia humana dice que se reserva para Dios la facultad de castigar. Sólo ante Este podrán no tener lugar las consideraciones del tiempo y de la distancia. Por una parte la necesidad de expiación es menos real, mucho menos sentida, y por otra falta completamente la eficacia y utilidad de los medios penales. No puede haber la menor duda en la justicia así intrínseca como social de la teoría de la prescripción.

Sí, es necesaria una suma prudencia, un cálculo bien ordenado de los legisladores, para no precipitar ni retardar los términos que se señalen. Aunque esto es arbitrario, por eso pesan los antecedentes. Y además, hay que inspirarse en una conciencia ilustrada y sincera.

§ 18. Pasaré a las consideraciones de uno de los más celebrados autores alemanes recientes, *Hans-Heinrich Jeschek*, autor del *Tratado de Derecho Penal Alemán (Parte General)*, traducido por Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde, Bosch, Barcelona, 1985. Transcribiré algunos párrafos esenciales.

“La naturaleza jurídica de la prescripción del delito es discutida. La doctrina más antigua y la jurisprudencia veían en la prescripción una verda-

dera causa de anulación de la pena, porque con el transcurso del tiempo se borraba la necesidad del castigo" (t. 2, § 86, I, 1., p. 1238) (25).

Luego considera la cuestión del carácter procesal, de fondo o mixto de la prescripción, y se declara partidario del carácter mixto. Por eso expone el fundamento de la desaparición, "poco a poco con el transcurso del tiempo", de la necesidad de pena, "tanto desde el punto de vista retributivo y general preventivo, como en atención al fin resocializador".

Luego explica que la diferente gradación de los plazos de prescripción de acuerdo con la gravedad del delito, "sólo puede explicarse desde un punto de vista jurídicomaterial y no procesal" (p. 1239).

Por supuesto, al decidir así se está resolviendo simultáneamente el problema de la irretroactividad de las modificaciones que amplían los plazos de prescripción.

En nota, explica que la tesis contraria exige un castigo claramente retroactivo de los asesinos nazis (nota 9, ps. 1239-1240).

§ 19. En cuanto a *Maurach, Gössely Zipf, Derecho Penal, Parte General*, traducido por Jorge Bofill Genesch, Astrea Buenos Aires, 1995, también son partidarios de la teoría mixta.

"Por cierto que el mero transcurso del tiempo no puede llevar a considerar que un hecho simplemente no ha ocurrido; pero, por lo general, el derecho penal no encuentra ya motivo para su intervención... morigera la necesidad de expiación de los miembros de la colectividad". Los condenados por hechos ocurridos hace mucho sienten "no intimidación, sino amargura". ... "la prescripción se justifica con el avance del tiempo, puesto que la investigación del hecho y la culpabilidad se hace más dificultosa y mayor es el peligro de decisiones erradas" (t. 2, § 75, II, A, 1, p. 968).

A continuación Maurach explica que el problema de la prescripción "adquirió actualidad en 1965, con motivo de la entonces inminente conclusión de la prescripción de los asesinatos políticos cometidos antes de 1965". El parlamento prorrogó el plazo por razones de paralización de la

(25) El autor llama doctrina antigua a la alemana de fines del Siglo XIX.

justicia. Pero en 1979 se volvió a discutir el tema. Maurach incorpora a la discusión la imprescriptibilidad del genocidio y puede notarse, en toda esta parte que existe una lucha entre el papel de nación vencida en una guerra, con muchos criminales actuando en el gobierno y fuera de él y los principios constitucionales y penales.

III. Breve noticia de la evolución a partir de la sanción del Código Penal

§ 20. En el Código, tal cual fue sancionado por ambas cámaras, no existía interrupción de la prescripción. Esta fue una decisión consciente de quienes lo redactaron, como Rodolfo Moreno, las comisiones y quienes lo votaron, convencidos por el trabajo de Julio Herrera (*La reforma penal*). El decía:

La prescripción, por su naturaleza, no puede estar sujeta a condición alguna, la enmienda u otra cualquiera, y por eso dice Ortolan: "Que el delincuente no haya reparado el perjuicio, *que no haya cometido después ningún nuevo delito*, ¿qué influyen en la obra del tiempo esas condiciones, cumplidas o no? ¿Se imaginaría, acaso, que se podría tratar la prescripción como la gracia con respecto a la cual ciertas condiciones análogas pueden concebirse porque el poder competente se halla en libertad de concederla o no concederla? ¿El poder o el legislador tienen facultad ni libertad para detener la marcha del tiempo? (26)".

Pretender hacer de la prescripción una prima a la enmienda, es pretender lo absurdo: es pretender que el tiempo, al correr, no modifique la sociedad, no borre los recuerdos, no cambie las necesidades, no cree nuevos intereses en pugna con los antiguos; es pretender que la sociedad se mantenga inalterable y como petrificada y que el tiempo, que todo lo renueva en el mundo físico y en el mundo moral, que calma todos los dolores y cicatriza todas las heridas, no la roce siquiera, y, cuando todo marcha, ella permanezca inmóvil, armada de todos sus prejuicios, de todos sus odios, sin olvidar nada, dispuesta a herir siempre al que una vez transgredió sus leyes!

Garofalo ha pretendido hacer revivir el viejo y desacreditado principio, pero con todo su talento no ha logrado convencer a nadie. Léanse las páginas que él dedica en su *Criminología* (27) y se verá que su argumen-

(26) ORTOLAN, Droit pénal, N° 953.

(27) 3ª parte, cap. III, ps. 388 y sigtes.

tación presenta la más extraña confusión de ideas. Quiere demostrar que debe hacerse de la enmienda la condición necesaria de la prescripción de la acción y nos habla del imputado, como pudiera hacerlo de un criminal condenado, cuya criminalidad es cierta. Nos habla de "criminales" cuyo delito se debe a la ociosidad y que se transforman moralmente por el trabajo, como el Valjean de *Los Miserables*, de *criminales de ocasión*, y pide que se exija la prueba de la *transformación moral del delincuente*. Entre tanto, el imputado no es un criminal, ni aún se presume que lo sea; para la ley es un inocente, mientras una sentencia irrevocable no lo declare culpable. ¿Qué transformación moral pretende que se opere en aquel a quien no se ha probado ningún delito? Véase como el razonamiento del distinguido autor no es sino un gran sofisma.

Aun en el caso de que él sólo se refiera a la prescripción de la pena, queda siempre en pie lo que hemos dicho: la prescripción no es una gracia que se acuerde a los mejores y su fundamento, en el que todos están de acuerdo, es muy distinto (28).

En consecuencia la edición oficial se limitó a decir:

Artículo 67

"La prescripción correrá o será interrumpida separadamente para cada uno de los partícipes de un delito."

La acción por los delitos sólo prescribía cuando la sentencia era definitiva. Los trámites judiciales no interesaban.

Un par de años después se dictó la ley de fe de erratas, 11.221 (Adla, 1920-1940, 111), que introdujo un párrafo que no era ninguna errata, sino una idea distinta.

El segundo párrafo del art. 67 dice

"La prescripción se interrumpe si antes de vencido el término, comete el reo otro delito."

(28) § 358. También en MORENO, Rodolfo, *El Código Penal y sus Antecedentes*, III, p. 185 y sigtes.

Por cierto que había causas que prescribían, pero no eran muchas, porque los tribunales trabajaban con increíble celeridad (29).

De todos modos es posible que a los plazos de prescripción mínima convenía aumentarlos un poco.

§ 21. En 1949 se dictó la ley 13.569 (Adla, IX-A, 242), que reformó nuevamente el art. 67 (30), estableciendo que la prescripción se interrumpirá si, antes de vencido el término, comete el reo otro delito o por la secuela del juicio. Luego hubo una corrección de estilo: "La prescripción se interrumpe por la comisión de otro delito o por la secuela del juicio".

La expresión "secuela del juicio" no existe en ningún código, pero sí en el Proyecto de Jorge Eduardo Coll y Eusebio Gómez (de 1937, art. 109). Según me contó mi maestro Coll, se trató de una idea de su colega. El supuso que, como "secuela" es una consecuencia, se trataba de una consecuencia del juicio, es decir una sentencia condenatoria no firme (porque si hubiera sido firme, es claro, no había más prescripción de la acción) (31).

El hecho es que hubo infinidad de interpretaciones acerca de qué era "secuela del juicio", que pasaré por alto. La doctrina, en Córdoba, buscó limitar razonablemente la interpretación de la palabra "juicio", llamando así al plenario. Allí, seguramente sin conocer la opinión de Coll, *Fabián Balcarce* (*¿Qué significa la secuela del juicio?*) llega a la misma idea, muy bien desarrollada. En otras partes, y especialmente en esta ciudad, se ha buscado cualquier excusa para mantener abiertos eternamente los procesos penales. Oficios librados a cualquier parte, ampliaciones de declaraciones indagatorias (*¿no dicen que es un acto de defensa?*)

(29) También hay que tener presente que el Código de Procedimientos en Materia Penal, vigente por entonces, tenía una disposición según la cual el sumario no podía durar más de un mes (descontándose las articulaciones maliciosas de la defensa), correspondiendo sobreseer o iniciar el plenario.

(30) Además modificó el art. 219, agregándose dos párrafos sobre publicaciones o difusión por cualquier medio de manifestaciones que puedan poner en peligro la neutralidad, o las relaciones amistosas, o doctrinas encaminadas a substituir la soberana o derrocar el gobierno o reemplazar la libertad constitucional. La misma ley incluyó el delito de falsa denuncia en el art. 245, y modificó mucho el desacato, castigándose expresamente la imprenta, los directores de diario, salvo si en tres días señalasen al autor del artículo. De paso se creó el delito de no inscribirse como director.

(31) COLL se sorprendió con la explicación que aparece en la página XXIX del Proyecto.

Dos años después el Poder Ejecutivo envió un Proyecto de Código Penal a la Cámara de Diputados y ni en él ni en la revisión de la Comisión figuró la mentada secuela.

Luego hubo varios proyectos, alguno sobre la parte general solamente y otros globales. La mayoría limitó muchísimo la interrupción de la acción penal, pero alargaron los plazos mínimos a tres o cuatro años.

§ 22. En eso se dictó a fin de 2004 la ley 25.990 (Adla, LXV-A, 58), publicada el 11 de enero, que liquidó la secuela del juicio, pero enumeró bastantes causas de interrupción.

Esto es mejor que lo que había, pero también me parece malo. De todos modos pienso que no debe haber ninguna interrupción por acción del tribunal, del fiscal ni de los acusadores, que es un axioma de Carrara. En cambio, es correcto aumentar los mínimos y crear bastantes suspensiones que se deban a obra del acusado, es decir a pretensiones como recusaciones resueltas negativamente, pedidos de postergación o de ampliación de plazos y cosas similares, que siempre deberían restarse del plazo que está corriendo.

Como solamente pienso dar noticia de la situación y no explicar la ley, pasamos a la última parte (32).

§ 23. De todos modos a continuación va una breve indicación bibliográfica, para que los interesados encuentren fácilmente el tema. Entre otros:

SOLER, Sebastián, "DPA", t. II, actualizado por Guillermo J. Fierro, TEA, Buenos Aires, 1989.

(32) Pero la ley establece: La prescripción se interrumpe solamente por:

- a) La comisión de otro delito;
- b) El primer llamado efectuado a una persona, en el marco de un proceso judicial, con el objeto de recibirle declaración indagatoria por el delito investigado;
- c) El requerimiento acusatorio de apertura o elevación a juicio, efectuado en la forma que lo establezca la legislación procesal correspondiente;
- d) El auto de citación a juicio o acto procesal equivalente; y
- e) El dictado de sentencia condenatoria, aunque la misma no se encuentre firme.

La prescripción corre, se suspende o se interrumpe separadamente para cada delito y para cada uno de sus partícipes, con la excepción prevista en el segundo párrafo de este artículo.

DE LA RUA, Jorge, "Código Penal Comentado, Parte general", Depalma, Buenos Aires, 1997, ps. 1056 a 1094.

ZAFFARONI, Raúl Eugenio - ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro, DP - PG, Ediar, 2003, ps. 898 a 907.

LASCANO, Carlos J. (y otros), DP - PG, Libro de Estudio, Advocatus, Córdoba, 2002.

ARGIBAY MOLINA, José; DAMIANOVICH, Laura; MORAS MOM Jorge y VERGARA, Esteban, DP - PG, II, Ediar, 1972, clarísimo desde la p. 421.

Sobre prescripción hay libros muy difíciles de conseguir, como el de VERA BARROS, de 1960, y el más reciente de PASTOR, Fabián. Pero puede encontrarse la obra de SPROVIERO, Juan H., de Abaco, 1998 y la de HERNANDEZ, Carolina, Juris, Rosario, 2000.

En cuanto a la nueva ley, pueden verse numerosos trabajos en LA LEY, Suplemento de Jurisprudencia penal de Febrero de 2005 y el número siguiente, de marzo (33).

IV. La prescripción en los tratados y algo sobre los fallos

§ 24. Recién vimos que cuando en el país se produjo la novedad de escribir "la secuela del juicio" en una ley, empezaron a correr ríos de tinta. Así también ocurrió con los procesos de Nuremberg, cuando tuvieron lugar. En Norteamérica y durante la guerra, nada menos que Hans Kelsen, allí exiliado, sostuvo que era un grave error utilizar normas internacionales dictadas con posterioridad a los hechos para juzgar a ciertos personajes nazis, cuando también pudieron haber sido enjuiciados por normas ya vigentes al tiempo de ocurrir los hechos, como lo explicó Hugo Caminos ante nosotros, en su última comunicación. En nuestro país tanto don Luis Jiménez de Asúa como Sebastián Soler, José Peco, Enrique Ramos Mejía, Francisco P. Laplaza, Jorge Frías Caballero y prácticamente todos los profesores que los siguieron, sostenían lo mismo (34).

(33) En este último figura un estudio mío que, aunque contiene algunas referencias que aquí figuran, apunta claramente al derecho argentino y la doctrina. La versión definitiva de ese estudio figurará en el tomo a publicarse por LA LEY a fin de año.

(34) Algunos, además criticaron la creación posterior del tribunal; otros, que no juzgasen atrocidades propias.

Después aparecieron los tratados internacionales que introdujeron la exigencia de un plazo razonable para el proceso y, por contrapartida, los que mencionaron delitos imprescriptibles (35).

Cada uno de esos hechos ha obligado a pensar de nuevo en la prescripción de la acción. Pero ha complicado un tanto el panorama el juego de muchos convenios internacionales y la doctrina de algunos fallos de Corte Suprema, bastante recientes, que sienta soluciones poco compatibles.

§ 25. Por ejemplo, me parece mejor no hablar de la costumbre internacional de aplicar retroactivamente el derecho penal sustantivo, como se produjo en Nuremberg y Tokio (este último tribunal, creado por proclama del Comandante, General Mc Arthur, adecuando las reglas del anterior) y tomarlas por "costumbre internacional". Porque ocurre que, debido a las críticas, el derecho internacional ha dictado normas que van en contra de esa "costumbre" (36).

Así, la creación de los nuevos tribunales internacionales *ad hoc*, como el establecido para la ex Yugoslavia y para Ruanda, puede cuestionarse porque fueron designados por el Consejo de Seguridad y no por la Asamblea. Para crearlos se adujo que se trata de una manera de propender a la paz en lugares donde ocurren hechos candentes y desesperantes. Pero lo cierto es que tienen la ventaja de que las disposiciones de la creación incluyen, no sólo normas sobre composición, competencia, actuación y otras, sino que cada vez aparecen mejor expresadas las definiciones de

(35) Es claro que, como ya vimos, la cultura inglesa y norteamericana considera natural que no prescriban las acciones. De todos modos, cuando esos tratados se estaban preparando, a veces uno tiene la oportunidad y el compromiso de expresar su opinión a quienes se están ocupando de ello en las comisiones de las Naciones Unidas. Algunas cosas son recibidas, aceptadas, pero otras no. Por ejemplo, acerté pidiendo que la ley se dictara para el futuro y se definiera la mayor cantidad posible de delitos en el Estatuto de Roma, por ejemplo. Pero las observaciones acerca de que no se debía admitir la imprescriptibilidad de acciones penales en ningún caso, sino fijar un plazo bastante largo (así fueran 40 años) no tuvieron efecto. Siempre creí que si había motivos para que prescribieran los delitos, la gravedad no modificaba la situación. Una cosa es el derecho y otra las acciones de los vencedores en una guerra. Tampoco prosperaron las insinuaciones de Soler ni las mías acerca de la inclusión de grupos políticos en ciertos tratados, ni que la tortura se refiriese tanto a funcionarios como a particulares u organizaciones, porque la mente del torturador es la misma y los efectos para el torturado, también.

(36) Yo lamento que el Académico Cueto Rúa esté ausente por licencia, porque le pediría una aclaración sobre el tema, que es una de sus muchas especialidades.

los delitos que con anterioridad ya contemplaban los convenios internacionales (37).

Esto no es lo mejor, pero sucede porque, después de las reglas para Nuremberg (1945) y Tokio (enero de 1946), inmediatamente se advirtieron los inconvenientes, y desde ese momento se pensó, en muchos rincones de la UN, que era necesario dictar un Código Penal de Delitos que internacionalmente se debían castigar (del mismo modo que antiguamente ocurría con la piratería) y un Tribunal Internacional que los juzgara. De eso se ocupó después la Comisión de Derecho Internacional. (38)

Y si alguna duda cupiera, el Estatuto de Roma no solamente define delitos, sino que declara que se aplicará para hechos futuros. Y con esta disposición basta para saber que la costumbre internacional acabó en cuanto a la retroactividad de la ley penal, porque las disposiciones internacionales establecen lo contrario.

Por supuesto que el papel de estos tribunales en cuanto al derecho interno es una cuestión muy discutida, no solamente en las Naciones Unidas, y sobre la que se ha escrito mucho, puesto que el entrecruzamiento de disposiciones y juzgamientos en diferentes países y por intervención internacional es grande y no se limita a Ruanda, Yugoslavia, Sierra Leona (caso menos mencionado) y lo que ha ocurrido en algunos lugares de América, por ejemplo Nicaragua, Guatemala, Colombia, Chile y acá.

Pienso que el avance del Derecho Internacional Penal es enorme, aunque tiene un papel muchas veces supletorio. Pero es evidente que avanza con la experiencia de errores, que busca enmendar. En Nuremberg y sobre todo en Tokio las fallas fueron muchas más que en el Tribunal para la ex-Yugoeslavia, y para Ruanda. Y serán menores en el Tribunal Penal Internacional proveniente del Tratado de Roma.

(37) Es una particularidad creciente en Derecho Internacional dictar un cuerpo único de disposiciones para el tema de que se trate. El mejor ejemplo es el Tribunal del Mar (que integra el académico Hugo Caminos). Supongo que el sistema al que tienden los tribunales penales, se inspira en aquél.

(38) La Comisión prepara el "Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad", pero como no es seguro cuándo se apruebe, la mayoría de los crímenes pasaron a integrar el Estatuto de Roma. De no haberlo hecho, pasarían años antes de que pudiera actuar.

De todos modos se nota que triunfó la tendencia de tomar al individuo como sujeto de Derecho Internacional (tanto para protegerlo como para castigarlo), y que cada vez se aceptan principios que los penalistas consideraban como mandamientos de la humanidad, pero que por diversas razones políticas de países con mucho peso, según los tiempos, venían postergándose.

§ 26. De todos modos, hay otra cuestión encadenada por la doctrina de la Corte a la prescripción o imprescriptibilidad (39), me parece que en desacuerdo con los textos de los tratados. Porque los fallos parecen creer que los sujetos activos de los delitos deben ser funcionarios públicos y no es así, salvo un par de excepciones.

Así, la Convención sobre la tortura (40) y el Código Penal Argentino (art. 144 ter) penan la tortura solamente si es cometida por funcionarios, o colaborando con ellos. Lo que me parece una sonsera, porque desde el punto de vista del torturado, el padecimiento es el mismo, y en cuanto al torturador, creo que sus particularidades psicológicas son iguales, con nombramiento público o sin él. De todos modos está claro que ese tratado se refiere solamente a funcionarios.

Lo mismo ocurre con la convención para la desaparición forzada de personas (Belén, Brasil, OEA, 1994; ley 24.556 de 1995 -Adla, LV-E, 5862-; entra a la Constitución por ley 14.820 de 1997 -Adla, XIX-A, 55-).

Pero la Convención sobre genocidio (UN, 1948, en vigor desde 1951, ratificada por el gobierno de Aramburu, dec.-ley, 6286/56 -Adla, XVI-A, 273-, con alguna reserva) no hace estas distinciones. Tampoco se advierten en cuanto a la discriminación racial (NY, 1967; ley 17.722 de 1967 -Adla, XXVIII-B, 1832-, Onganía y Costa Méndez), ni los demás pactos, a partir del primero, que es la Declaración americana sobre derechos y deberes del hombre (Bogotá, 1948). Allí se nota que los derechos a la vida, la libertad, integridad, honra, familia, tránsito, domicilio, salud, educación, cultura, retribución, descanso, deberes con los hijos, padres, sufragio, obediencia a la ley, pagar impuestos, abstenerse de actividades

(39) Ya sabe el lector que estoy en contra de la imprescriptibilidad. Hubiera sugerido que se firmaran esos tratados con una reserva al respecto. Pero están firmados así.

(40) UN, 1984; ley 23.338, 1986 (Adla, XLVII-A, 1481).

políticas en el extranjero o muchos otros, se tienen con prescindencia de que se trate de funcionarios públicos o no. No ser esclavo ni sometido a servidumbre, tampoco reclama que el patrón sea un funcionario, y, de la misma manera, valen las convenciones y pactos de 1948, UN, Declaración Universal de los Derechos Humanos, la de Costa Rica, los dos pactos de NY, 1966. Lo mismo sucede con la Convención sobre discriminación de la mujer (aprobada en tiempos de Alfonsín por la ley 23.179 de 1985 -Adla, XLV-B, 1088-) y sobre derechos del niño (ley 23.849 -Adla, L-D, 3693-, con reservas). Los particulares pueden actuar con mentalidad genocida. Y esto figura en nuestro derecho vigente, que es más duro que el tratado, porque el Código Penal no contempla que se eliminen grupos de personas ya que le resulta suficiente que se mate a un solo ser "por odio racial o religioso" para llegar a nuestra pena máxima (art. 80, 4°).

El Estatuto de Roma es todavía más claro, porque en sus definiciones incluye hasta las organizaciones. Muchas definiciones de delito pueden aplicarse a cualquiera, y el art. 27 aclara que si alguien tuviese cargos, no los puede hacer valer (para eximirse) ni es motivo para reducir la pena (lo que revela que es posible castigar a quien desempeña cargos y a quien no).

Esto pone en evidencia que es un error creer que ciertos tratados se aplican si se trata de funcionarios y no se aplican a quienes hacen las mismas atrocidades desde otro tipo de oficinas no gubernamentales, o desde su comarca (41).

Termino aquí, aunque quedan bastantes desarrollos pendientes, para que haya suficiente tiempo para críticas y comentarios. Por ejemplo, podría agregarse el derecho derivado de las sentencias de los tribunales *ad hoc*, que claramente se refieren a veces a individuos que no desempeñan cargos oficiales, pero hacen atrocidades. La responsabilidad del Estado es "periférica" (vg. ex -Yugoeslavia, in re Kunarak y otros, febrero de 2001). ♦

(41) Tengo muy presente la comunicación de Roberto Guyer que, hace un mes o dos, nos explicó cómo, al debatirse ciertos tratados, la influencia de algunos países de peso resultó enorme. Pero al desaparecer esa posición preeminente, se da la curiosidad de que muchos están aferrados al texto de entonces, como si siguiera vigente en otros tratados que ya no lo traen. Esto es evidente cuando alguien fomenta el terrorismo en otros países, y busca que no se lo castigue.

SOBRE EL ORIGEN HISPÁNICO DEL SISTEMA JUDICIALISTA Y DE OTRAS INSTITUCIONES DEL DERECHO PÚBLICO IBEROAMERICANO Y COMPARADO

POR JUAN CARLOS CASSAGNE (*)

SUMARIO: I. El divorcio entre la historia de las instituciones y los principios de cada sistema jurídico. - II. Un error inicial que conduce a conclusiones erróneas por la falsedad de la premisa. Principales diferencias entre el sistema judicialista de iberoamérica y el modelo norteamericano. - III. La interdicción del ejercicio de funciones judiciales por parte del Ejecutivo. Su fuente en la Constitución de Cádiz de 1812. - IV. Un punto de partida en el antiguo derecho hispánico: el concepto de ley fundamental. Observaciones sobre la concepción normativa de las constituciones. - V. La Constitución de Cádiz y la fuente hispánica de otras instituciones fundamentales del derecho iberoamericano y europeo

I. El divorcio entre la historia de las instituciones y los principios de cada sistema jurídico

Algunos suelen suponer, sin preguntarse acerca de su origen, que el derecho está integrado sólo por las normas que integran el ordenamiento positivo, siendo, sin embargo, cada vez más los que incorporan los principios y valores que lo informan, dándole así sentido y fundamento. Lo que ocurre en el mundo jurídico es un fenómeno bastante complejo y no to-

(*) Comunicación efectuada por el Académico, en la sesión privada del 11 de agosto de 2005.

dos parecen estar conscientes de hallarse en medio de una discusión cuyas raíces se encuentran en el fondo de la filosofía del derecho y que ella, por su irreductibilidad, resulta difícil de superar mediante una síntesis o consenso doctrinario (1), al menos hasta ahora. Mientras los realistas siguen creyendo en el ser, en los fines, en la substancia de las cosas y en los valores, sobre la base de la búsqueda de la verdad (2), otros parten de la idea, forjada por el pensamiento del hombre, para pasar recién después al reconocimiento de la existencia. A partir de este punto de inflexión (una verdadera vuelta de campana), la evolución del pensamiento jurídico, que recibe las influencias de todas las corrientes filosóficas y lógicas, (vg. Kant, Nietzsche y hasta los pensadores más modernos) inició una etapa de apartamiento del mundo de los valores y, en definitiva, de los principios de la justicia. En ese escenario, Kelsen intentó construir una gran pirámide jurídica prácticamente en el aire, pues la norma básica en que se apoya (debe ser lo que digan los padres de la patria) no es de naturaleza normativa ni jurídica sino sociológica o política y no contiene valor alguno. Esta tesis consolidó una lógica formal que atrajo a muchos juristas amantes más de los sistemas lógicos o matemáticos (estos son más modernos) que no advirtieron que un sistema normativo divorciado de la justicia, sin principios generales del derecho ni antecedentes históricos que le sirvan de soporte, no sólo justificaba cualquier sistema totalitario (como los regímenes nazi, soviético y cubano), sino que carecía de destino y terminó desmoronándose.

Al fin y al cabo, si el positivismo legalista ha perdido vigencia en el mundo, no puede decirse lo mismo del movimiento iusnaturalista que, con sus matices y diversidades, ha culminado su desarrollo articulando los principios del derecho natural (3), a través de una evolución adecuada a la realidad que exhibe cada país. En esta línea, la fuerza expansi-

(1) Como el intento de Carlos Santiago Nino para superar la controversia entre positivistas e iusnaturalistas; véase al respecto: CARRIO, Genaro R., "Un intento de superación de controversia entre positivistas e iusnaturalistas", p. 9 y sigtes., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1986.

(2) Que aun cuando no es relativa encierra la paradoja de que el ser humano no puede considerarse dueño absoluto de ella y debería siempre estar dispuesto siempre a reconocer el error en que está inmerso.

(3) Véase, entre otros, las obras de FINNIS, John, "Ley natural y derechos naturales", trad. del inglés, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000 y VIGO, Rodolfo L., "Los principios jurídicos. Perspectiva jurisprudencial", Depalma, Buenos Aires, 2000 e Interpretación Jurídica, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1999.

va (4) de los principios generales del derecho ha sido notable y sólo una gran ceguera impediría ver que este fenómeno se ha producido en todo el mundo.

Ahora bien, la necesidad de tener en cuenta los elementos reales de las instituciones del derecho público exige el conocimiento de la historia y de las concepciones filosóficas y políticas prevalecientes en los diferentes momentos históricos porque si bien "el futuro no puede ser definido por el pasado" (5) lo cierto es que el estudio de las fuentes no sólo arroja luz sobre el sentido y el comportamiento de los sistemas sino que revela las contradicciones interpretativas, que son, muchas veces, causa del derrumbe o de la mutación de los modelos que oscilan al compás de la realidad sobre la que operan. Es que resulta un hecho comprobado que, salvando las distancias y con las adaptaciones que impone la evolución política, social y económica, la historia casi siempre vuelve a repetirse.

Lo que falta, entonces, es una conexión más acotada entre los estudios históricos y la dogmática del derecho público (constitucional y administrativo) que supere el actual divorcio y las fallas que exhiben aquellos estudios jurídicos que desconocen el pasado de las instituciones y las fuentes de los principios y de las normas que nutren los ordenamientos constitucionales.

Como se ha dicho, "la historia, no obstante, puede ser cruel y llegar a destruir toda clase de modelos preconcebidos. Cuando los historiadores ponen los pies en la tierra (e incluso descienden a las alcantarillas) constatan fenómenos incompatibles con el axioma" (6).

Algo semejante acontece con este estudio sobre el origen hispánico del sistema judicialista iberoamericano y de otros principios del derecho público cuyo análisis hemos emprendido, aun cuando debemos reconocer

(4) Expansión que también se ha producido en el ámbito de derechos regidos, en mayor medida, por ordenamientos positivos, como el procesal administrativo; en tal sentido, GARCIA PULLES, Fernando R., "Tratado de lo contencioso administrativo", t. II, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, p. 671 y sigtes.

(5) TOMAS Y VALIENTE, Francisco, "Constitución: escritos de introducción histórica", Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 69, con referencia al pensamiento del Arzobispo de Santiago en las Cortes de Cádiz.

(6) Conf. NIETO, Alejandro, "Los primeros pasos del Estado Constitucional", p. 17, Ariel Derecho, Barcelona, 1996.

que nuestra vocación por el tema se centró originariamente en el derecho argentino. De allí pasamos al análisis de los demás derechos de América para retornar, finalmente, al antiguo derecho español. Como consecuencia de ese proceso, hemos volcado en este ensayo una síntesis de los errores históricos que creemos se han cometido, al resaltar la trascendencia de las fuentes constitucionales norteamericanas, con olvido de las verdaderas raíces de nuestro sistema judicialista y de una serie trascendente de principios de derecho público, los cuales configuran algo así como la matriz histórica o la ley básica del modelo constitucional y administrativo que nos rige. Con todo, esta postura no implica asignar una relevancia absoluta al enfoque historicista o sociológico, habida cuenta que el estudio de las fuentes y de los sistemas en vigencia no sólo ha de atarse al mundo jurídico o normativo del deber ser sino también al del ser, de la existencia o realidad (7).

Para reafirmar nuestra tesis, nada mejor que traer a colación las afirmaciones de González Pérez, escritas hace más de cuarenta años, a fin de justificar el estudio del derecho de los países iberoamericanos. Decía entonces el ilustre jurista español que el estudio del derecho comparado de aquellos pueblos que pertenecen a una misma comunidad se justifica en mayor medida "a fin de sentar unos principios jurídicos que puedan inspirar a los distintos pueblos de la Hispanidad en la regulación de sus instituciones fundamentales, pues si la existencia de una comunidad nacional implica un conjunto normativo que sea expresión de la vida que anime esa comunidad (Derecho nacional), la existencia de una comunidad hispánica ha de implicar la existencia de una idea de la vida que debe plasmar en las normas de sus distintos Ordenamientos jurídicos no sólo en aquellas de sus normas que, por estar más ligadas a la vida íntima del pueblo, reflejan mejor el espíritu común, sino también en aquellas otras que, por su carácter más técnico y formal, se encuentran más alejadas de ese vivir íntimo; en éstas, como en aquéllas, debe encontrarse también la expresión de unos mismos principios de Derecho: la expresión de cómo un conjunto de pueblos entiende y realiza el Derecho natural para regular sus relaciones" (8).

(7) BIDART CAMPOS, Germán J., "Derecho Constitucional", t. I, p. 108 y sigtes., Ediar, Buenos Aires, 1998.

(8) GONZALEZ PEREZ, Jesús, "Derecho Procesal Administrativo", t. I, p. 192, 2ª ed., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1964.

II. Un error inicial que conduce a conclusiones erróneas por la falsedad de la premisa. Principales diferencias entre el sistema judicialista de iberoamérica y el modelo norteamericano

Un error inicial de interpretación sobre el alcance de las fuentes constitucionales y sus bases históricas condujo a un sector de la doctrina a sostener que el sistema judicialista de algunos países iberoamericanos, como Argentina (9), ha adoptado el modelo norteamericano. Esta postura, parcialmente cierta en punto a otros aspectos de la organización del Poder Judicial, no tiene en cuenta que la interdicción del ejercicio de funciones judiciales por parte del Ejecutivo (10) constituye la pieza básica en que se apoya la estructura del sistema judicialista argentino y de otros países iberoamericanos que adoptaron la fórmula prescripta en la Constitución de Cádiz de 1812 (11), inexistente en el modelo norteamericano. En cierto modo, la prohibición constitucional configura el principio que marca un judicialismo puro (12), consagrando un límite prácticamente absoluto o al menos sumamente acotado al ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de entes o tribunales administrativos, difiriendo en esto claramente del modelo norteamericano que no contiene una norma semejante (13).

La cuestión ha dejado de tener un mero interés histórico (comúnmente devaluado) para asumir una enorme trascendencia jurisprudencial y doctrinaria, a propósito de un reciente fallo de la Corte Suprema argentina

(9) Entre otros: MAIRAL, Héctor A., "Control judicial de la Administración Pública", t. I, p. 95, Depalma, Buenos Aires, 1984.

(10) Art. 109 (ex 95) de la Constitución Nacional de Argentina.

(11) Art. 243 de la Constitución de Cádiz.

(12) Así lo ha destacado la doctrina española -que lo denomina clásico o puro-; vid entre otros: NIETO, Alejandro, "Los orígenes de lo contencioso administrativo en España", Revista de Administración Pública, N° 50, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1966, p. 28; FERNANDEZ TORRES, Juan Ramón, "La formación histórica de la jurisdicción contencioso administrativa (1845-1868)", ps. 96-97, Civitas, Madrid, 1998.

(13) Como lo ha destacado Tawil, uno de los pocos publicistas que ha advertido la trascendencia del principio en el sistema judicialista. En cambio, si bien la mayoría lo mencionan prácticamente no le dan cabida o sentido principal dentro del sistema constitucional; véase: TAWIL, Guido S., "Administración y justicia. Alcance del control judicial de la actividad administrativa", t. I, p. 117 y sigtes, Depalma, Buenos Aires, 1993.

(caso "Ángel Estrada" (14)), que ha venido a confirmar la fuerza jurígena del principio y su fuente, reiterando la tradicional concepción de que los entes administrativos sólo excepcionalmente, y siempre que se cumplan determinados requisitos, pueden ejercer funciones jurisdiccionales (cuando ello se justifique en razones de especialidad, nunca como cláusula general) a condición de que exista un control judicial suficiente, con amplitud de debate y prueba (15).

De ahí que las diferencias más notables entre algunos sistemas hispanoamericanos de control judicial de la actividad administrativa, (como el argentino) y el modelo norteamericano radiquen, precisamente, en el reconocimiento generalizado en este último, de una llamada jurisdicción administrativa primaria que actúa, tanto en el orden positivo como en el de la realidad, como una primera instancia del proceso de revisión de la legitimidad administrativa.

No obstante, la configuración de dicha jurisdicción administrativa primaria no implica asimilar el sistema norteamericano (que sigue siendo judicialista o mejor dicho mixto) al modelo francés, basado en tribunales administrativos para juzgar a la Administración, pues al menos en teoría, el poder judicial (en el esquema estadounidense) es quien conserva la facultad final de juzgar.

Sin embargo, el funcionamiento del modelo norteamericano ha evolucionado hacia un sistema mixto básicamente por tres razones fundamentales: a) el reconocimiento generalizado de la jurisdicción administrativa primaria para las causas del derecho estatutario (*statutory law*) que son las equivalentes a nuestro derecho administrativo positivo; b) la limitación de la revisión judicial (16), en principio, a los aspectos de fondo o de

(14) Corte Suprema de Justicia de la Nación, 05/04/2005, "Ángel Estrada y Cía. SA c. Secretaría de Energía y Puertos".

(15) Doctrina de la Corte Suprema que surge del leading case "Fernández Arias c. Poggio s/sucesión", Fallos: 247:646 (1960).

(16) Conf. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, "Democracia, jueces y control de la Administración", Civitas, Madrid, 1995, p. 172 y sigtes. En este trabajo, realmente modélico, García de Enterría apunta: "Recordemos que en cuanto a la apreciación de los hechos la tradición americana es que la judicial review sobre la Administración se configure como un appeal, apelación en el sentido angloamericano, que remite la apreciación de hechos al juez de primera instancia y se limita al control del Derecho (como la casación según nuestro sistema y como el arcaico sistema contencioso europeo del siglo XIX -y español,

derecho o por la llamada doctrina de la deferencia (17); y c) la exclusión de la revisión judicial por la ley o el marco regulatorio específico e incluso, por la actuación discrecional de la agencia (18).

En cambio, en los sistemas judicialistas puros, como el argentino, basados en la cláusula constitucional que prohíbe al Poder Ejecutivo el ejercicio de funciones judiciales, el reconocimiento de funciones de naturaleza jurisdiccional, (i) no puede hacerse por vía de una cláusula generalizada, (ii) requiere de una ley basada en un fundamento de especialidad y razonabilidad que la justifique, (iii) como también que el órgano o ente que ejerza dichas funciones sea independiente del Ejecutivo, y (iv) exigiéndose, en cualquier caso, que quede siempre abierta la posibilidad de llevar a cabo un control judicial pleno y suficiente, con amplitud de debate y prueba (19).

III. La interdicción del ejercicio de funciones judiciales por parte del Ejecutivo. Su fuente en la Constitución de Cádiz de 1812

Lo primero que salta a la vista es la circunstancia que muestra que el derecho constitucional de casi todos los países de iberoamérica ha adoptado el sistema judicialista, tanto para la justicia ordinaria de tipo civil,

hasta la Ley de la Jurisdicción de 1956-, según el sistema del 'Ministro Juez'). Este criterio está robustecido de hecho por la circunstancia de que las Leyes reguladoras de cada materia (no hay una regulación general del recurso contencioso-administrativo uniforme en una normativa especial y común, como ocurre en Europa) atribuyen normalmente la judicial review inicial a las Courts of Appeal federales, que no hacen más que repetir en esta review sus hábitos enjuiciadores ordinarios como jueces de apelación, partiendo, pues, de la apreciación de hechos realizada por la Administración. Aunque hoy ese dogma tradicional no se mantiene tan rígidamente, sigue preponderando. Si se parte, pues, de un crédito casi en blanco a la Administración en cuanto a la apreciación de los hechos, o al menos del criterio de que la crítica de esa apreciación se limita a los elementos que puedan resultar del propio expediente, se comprende que esa 'deferencia', enfáticamente proclamada desde Chevron, de los Tribunales también a las interpretaciones jurídicas que pueda hacer la Administración, viene a arruinar, quizás en su parte substancial, la efectividad del control judicial de la Administración" (op. cit., ps. 173-174).

(17) Véase también: BIANCHI, Alberto B., "La regulación económica", t. I, Abaco, Buenos Aires, 2001, p. 287 y sigtes., y nuestro Derecho Administrativo, t. II, ps. 414-416, 7ª ed. act., Lexis Nexis Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2002.

(18) 5 U.S.C. §701.

(19) Corte Suprema de Justicia de la Nación, 05/04/2005, "Angel Estrada y Cía. SA c. Secretaría de Energía y Puertos", que, en este punto, ha seguido nuestra tesis. En una postura que nos parece más estricta se ha dicho que la administración no debería ejercer función jurisdiccional alguna; GELLI, María Angélica, "Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada", La Ley, Buenos Aires, 2003-754.

comercial o penal como para el juzgamiento de los actos de la Administración Pública y otros órganos del Estado (contencioso administrativo). La excepción a esta regla generalizada ha sido Colombia, que implantó la justicia administrativa sobre la base del modelo francés y la consecuente institución de un Consejo de Estado (20).

En lo que concierne al juzgamiento de los actos y contratos de la Administración Pública hay que advertir que el sistema judicialista admite tanto el modelo de unidad de jurisdicción (con excepciones fundadas en razones de especialidad o históricas) o bien, el basado en la dualidad o pluralidad de jurisdicciones (21).

Con algunas variantes poco significativas, los sistemas latinoamericanos -en lo que atañe al llamado contencioso-administrativo- han terminado coincidiendo con la versión actual española pues si bien algunos de ellos se declararon, en su momento, tributarios del constitucionalismo norteamericano como Venezuela (22) y Brasil (23), lo cierto es que han

(20) Constitución Política de Colombia. Art. 116: "La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales y los Jueces, administran Justicia. También lo hace la Justicia Penal Militar...". Art. 237: "Son atribuciones del Consejo de Estado: 1. Desempeñar las funciones de tribunal supremo de lo contencioso administrativo, conforme a las reglas que señale la ley...". Art. 238: "La jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá suspender provisionalmente, por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial".

(21) GONZALEZ PEREZ, Jesús, "Comentarios a la ley de la jurisdicción contencioso administrativa", p. 92, t. I, 4ª ed., Civitas, Madrid, 2003.

(22) Constitución de Venezuela. Art. 259: "La jurisdicción contencioso administrativa corresponde al Tribunal Supremo de Justicia y a los demás tribunales que determine la ley. Los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa son competentes para anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho, incluso por desviación de poder; condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicio originados en responsabilidad de la Administración; conocer de reclamos por la prestación de servicios públicos; y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa".

(23) Constitución de Brasil. Art. 92: "São órgãos do Poder Judiciário: I. o Supremo Tribunal Federal; II. o Superior Tribunal de Justiça; III. os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais; IV. os Tribunais e Juízes do Trabalho; V. os Tribunais e Juízes Eleitorais; VI. os Tribunais e Juízes Militares; VII. os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios". Art. 102: "Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I. processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal...".

terminado, en la evolución operada en sus principales instituciones, aproximándose más al modelo español actual y a los principios que lo rigen que al vigente en los Estados Unidos.

Ello no implica desconocer que, en muchos casos, las constituciones de latinoamérica han recibido la impronta de la influencia del sistema norteamericano en punto a la forma federal de gobierno y a la organización del Poder Judicial, principalmente en lo que atañe a la articulación de la competencia del fuero federal en razón de las personas o de la materia (24).

Sin embargo, esa influencia, con ser importante, no amengua la trascendencia de un principio capital el cual, extrañamente, recién comenzó a aplicarse en su país de origen, casi un siglo después. Al no hallarse contemplado en la Constitución norteamericana ello ha determinado que, en definitiva, los sistemas judicialistas iberoamericanos hayan transitado por andariveles diferentes y terminando de configurar, de últimas, un sistema adaptado más a la idiosincrasia de cada pueblo y sus realidades históricas que al punto de partida común, también opuesto al modelo francés.

Ese principio capital del derecho público iberoamericano, derivado de la interpretación más pura y ortodoxa de la división de poderes, se halla en la médula del constitucionalismo hispánico de raíz liberal, (25) conteniéndose en el art. 243 de la Constitución de Cádiz de 1812 que prescribe: "Ni las Cortes ni el Rey podrán ejercer en ningún caso las funciones judiciales, avocar causas pendientes, ni mandar a abrir los juicios fenecidos".

Con las modificaciones orgánicas que demandaba la adaptación del precepto al modelo republicano, la Constitución argentina de 1853 reprodujo el mismo principio (26), tomándolo, según BOSCH, del art. 108 de la Constitución de Chile de 1833 (27).

(24) Arts. 108, 109 y 116, CN.

(25) El término liberal tenía en el siglo XIX una connotación más inclinada a definir el movimiento o tendencia que ponía el acento en la defensa de las libertades políticas aunque también propugnaba la libertad económica.

(26) Art. 92 de la Constitución de 1853.

(27) BOSCH, Jorge T., ¿Tribunales judiciales o tribunales administrativos para juzgar a la Administración Pública?, p. 55, Zavallía, Buenos Aires, 1951.

De acuerdo con el pensamiento del máximo inspirador doctrinario de la Constitución Argentina, Juan Bautista Alberdi, expuesto al redactar las *Bases* y presentar al Congreso el proyecto de texto constitucional que finalmente se sancionó y que recogió la mayor parte de los artículos proyectados (28), resulta evidente que esa interdicción tuvo por objeto compensar el peso de un sistema presidencialista fuerte (al que se atribuyó un poder reglamentario de origen monárquico) con relación a los otros poderes del Estado, principalmente de cara al Poder Judicial. Y no es casual que frente a una situación en la que se jugaba la aplicación del principio de separación de los poderes (29), sobre bases semejantes, la fórmula que finalmente se aprobó haya sido la misma en España y en los países de hispanoamérica que dictaron sus constituciones tiempo después, como la chilena en 1833 y la argentina en 1853.

La fórmula que finalmente adoptó la Constitución Argentina, cuya trascendencia histórica constitucional estriba en el hecho de hallarse plenamente vigente, desde 1853, en su redacción original, dispone que:

Art. 109 CN: "En ningún caso el presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas".

Interesa puntualizar que un precepto semejante se hallaba también en el Reglamento Provisorio del 22 de octubre de 1811 de la Junta Conservadora (30)

(28) Conf., entre otros, MAYER, Jorge M., "La influencia de Alberdi, Gorostiaga, Campillo y Gutiérrez en la Constitución de 1853", Separata de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, N° 19, Buenos Aires, 1981, p. 3 y sigtes.; GARCIA BELSUNCE, Horacio A., "Homenaje a la Constitución Nacional de 1853 en su sesquicentenario", p. 7 y sigtes., Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, N° 41, La Ley, Buenos Aires, 2003.

(29) Véase: FERNANDEZ TORRES, Juan Ramón, "La formación histórica...", cit., ps. 93-94.

(30) Art. 7° del Reglamento del 22 de octubre de 1811. Interesa señalar que, entre los antecedentes del citado principio, que hace a la separación e independencia del poder judicial, se encuentra -como lo recuerda Luis V. Varela- (véase, VARELA, Luis V., "Historia Constitucional de la República Argentina", t. I, edición del autor, Taller de Impresiones Oficiales, La Plata, 1910, p. 307), el Reglamento dictado el 25 de mayo de 1810, cuyo punto VII prescribía que los integrantes de la Primera Junta quedaban "excluidos de ejercer el poder judicial" el cual se refundía "en la Real Audiencia a quien pasarán todas las causas contencioso-administrativas que no sean del gobierno". Sin embargo, este precepto, anterior a la sanción de la Constitución de Cádiz de 1812 y dictado antes que se reunieran las Cortes (setiembre de 1810) no es la fuente en que abrevó el ex art. 95 CN (actual art. 109

pero nos parece, por demás probable, que el origen del principio provenga del Reglamento preconstitucional (31) que dictaron las Cortes de Cádiz para el funcionamiento del Consejo de Regencia que es de fecha anterior (16 de enero de 1811).

A este respecto, también es del caso destacar que la concepción que se desliza en el *Discurso Preliminar* de Arguelles (algo así como la exposición de motivos que fundamenta la Constitución de Cádiz de 1812) es la idea de un poder judicial independiente originado en el derecho aragonés, como efectivamente ha sido recogido por los historiadores del antiguo derecho español (32).

Así fue como quedó perfilado uno de los grandes preceptos básicos del derecho constitucional iberoamericano que constituye la base de nuestros sistemas judicialistas al prescribirse el principio del "juez natural", esto es -como reza el Discurso Preliminar- que "nadie pueda ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal establecido con anterioridad a la ley" (33), principio éste que ha sido la fuente indubitable del art. 18 de la Constitución Argentina (34).

CN) como lo señalamos en el texto. En cambio, de la mera comparación entre ambos textos surge que el citado precepto de 1810 se basó en el artículo primero del Capítulo V, sección tercera, de la Constitución francesa de 1791, el cual establecía que "El poder judicial no puede, en caso alguno, ser ejercido por el cuerpo legislativo ni por el Rey".

(31) Debemos advertir que el mencionado precepto del Reglamento Provisorio no fue una creación vernácula, por cuanto reproduce el principio que figura en el reglamento provisional dictado por las Cortes de Cádiz el 16 de enero de 1811 para reglamentar las atribuciones del Consejo de Regencia (art. 1º del Cap. III).

(32) Este principio de origen hispánico no encuentra símil en el derecho anglosajón. Sus antecedentes se remontan al antiguo derecho aragonés, vid: LOPEZ DE HARO, Carlos, "La Constitución y Libertades de Aragón y el Justicia Mayor", Reus, Madrid, 1926, p. 191 y sigtes. Entre los artículos básicos inherentes a la formación del reino de Sobrarbe, según el texto de Blancas, el art. III prescribe: "No podrá el Rey juzgar por sí causa alguna sino con intervención del Consejo de sus súbditos" -confr. op. cit., p. 192-; (este libro, que se encuentra agotado, llegó a mis manos por gentileza de un librero de Marcial Pons). Llama la atención que en España, con posterioridad a la Constitución de 1978, los textos constitucionales no hayan recogido este antiguo principio en que se funda el sistema judicialista español, base de los hispano-americanos, lúcidamente desarrollado en el "Discurso Preliminar" de Arguelles.

(33) Confr. "Constitución Política de la Monarquía Española promulgada en Cádiz a 19 de mayo de 1812", p. 64, con prólogo de GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, Civitas, Madrid, 1999.

(34) Cuya primera parte prescribe: "Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa...".

En algunos de los ordenamientos iberoamericanos tal principio aparece contemplado en forma expresa mientras que, en otros, llega a traslucirse o se encuentra implicado ya sea en forma implícita o por el principio de la especialidad. Efectivamente, un repaso sobre las fuentes constitucionales de los países iberoamericanos revela que el principio que consagra la prohibición de ejercer funciones judiciales en cabeza del Poder Ejecutivo fue adoptado o bien, se encuentra en vigencia en el actual derecho positivo constitucional de dichos países.

Esta situación acontece, de manera expresa o implícita, en los ordenamientos constitucionales de diversas repúblicas hispanoamericanas (aparte de Chile y Argentina) como Perú (35), Paraguay (36), Nicaragua (37), Panamá (38),

(35) Constitución de Perú. Art. 139: "Son principios y derechos de la función jurisdiccional: 1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral. No hay proceso judicial por comisión o delegación. 2. La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional. Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución. Estas disposiciones no afectan el derecho de gracia ni la facultad de investigación del Congreso, cuyo ejercicio no debe, sin embargo, interferir en el procedimiento jurisdiccional ni surte efecto jurisdiccional alguno...".

(36) Constitución de Paraguay. Art. 248. "De la independencia del Poder Judicial: Queda garantizada la independencia del Poder Judicial. Sólo éste puede conocer y decidir en actos de carácter contencioso. En ningún caso los miembros de los otros poderes, ni otros funcionarios, podrán arrogarse atribuciones judiciales que no estén expresamente establecidas en esta Constitución, ni revivir procesos fenecidos, ni paralizar los existentes, ni intervenir de cualquier modo en los juicios. Actos de esta naturaleza conllevan nulidad insanable. Todo ello sin perjuicio de las decisiones arbitrales en el ámbito del derecho privado, con las modalidades que la ley determine para asegurar el derecho de defensa y las soluciones equitativa. Los que atentasen contra la independencia del Poder Judicial y la de sus magistrados, quedarán inhabilitados para ejercer toda función pública por cinco años consecutivos, además de las penas que fije la ley".

(37) Constitución de Nicaragua. Art. 158: "La justicia emana del pueblo y será impartida en su nombre y delegación por el Poder Judicial, integrado por los Tribunales de Justicia que establezca la ley. Art. 159: "Los tribunales de justicia forman un sistema unitario, cuyo órgano superior es la Corte Suprema de Justicia... Las facultades jurisdiccionales de juzgar y ejecutar lo juzgado corresponden exclusivamente al Poder Judicial. Los tribunales militares sólo conocerán las faltas y delitos estrictamente militares, sin perjuicio de las instancias y recursos ante la Corte Suprema de Justicia".

(38) Constitución de Panamá. Art. 199: "El Organismo Judicial está constituido por la Corte Suprema de Justicia, los Tribunales y los Juzgados que la Ley establezca". Art. 203: "La Corte Suprema de Justicia tendrá, entre sus atribuciones constitucionales y legales, las siguientes: 1. La guarda de la integridad de la Constitución para lo cual la Corte en pleno conocerá y decidirá, con audiencia del Procurador General de la Nación o del Procurador de la Administración, sobre la inconstitucionalidad de la Leyes, decretos, acuerdos, resoluciones y demás actos que por razones de fondo o de forma impugne ante ella cualquier persona.

Guatemala (39), Costa Rica (40), e incluso se refleja en otros países tal el caso de México (41), Brasil (42) y Venezuela (43), donde el proceso de evolución constitucional las llevó a apartarse del modelo norteamericano.

Cuando en un proceso público el funcionario encargado de impartir justicia advirtiere o se lo advirtiere alguna de las partes que la disposición legal o reglamentaria aplicable al caso es inconstitucional, someterá la cuestión al conocimiento del pleno de la Corte, salvo que la disposición haya sido objeto de pronunciamiento por parte de ésta, y continuará el curso del negocio hasta colocarlo en estado de decidir. Las partes sólo podrán formular tales advertencias una vez por instancia. 2. La jurisdicción contencioso-administrativa respecto de los actos, omisiones, prestación defectuosa o deficiente de los servicios públicos, resoluciones, órdenes o disposiciones que ejecuten, adopten, expidan o que incurran en el ejercicio de sus funciones o pretextando ejercerlas, los funcionarios públicos y autoridades nacionales, provinciales, municipales y de las entidades públicas autónomas o semiautónomas. A tal fin, la Corte Suprema de Justicia con audiencia del Procurador de la Administración, podrá anular los actos acusados de ilegalidad; restablecer el derecho particular violado; estatuir nuevas disposiciones en reemplazo de las impugnadas y pronunciarse prejudicialmente acerca del sentido y alcance de un acto administrativo o de su valor legal. Podrán acogerse a la jurisdicción contencioso-administrativa las personas afectadas por el acto, resolución, orden o disposición de que se trate; y, en ejercicio de la acción pública, cualquier persona natural o jurídica domiciliada en el país. Las decisiones de la Corte en el ejercicio de las atribuciones señaladas en este artículo son finales, definitivas, obligatorias y deben publicarse en la Gaceta Oficial.

(39) Constitución de Guatemala. Art. 203: "Independencia del Organismo Judicial y potestad de juzgar. La justicia se imparte de conformidad con la Constitución y las leyes de la República. Corresponde a los tribunales de justicia la potestad de juzgar y promover la ejecución de los juzgados. Los otros organismos del Estado deberán prestar a los tribunales el auxilio que requieran para el cumplimiento de sus resoluciones. Los magistrados y jueces son independientes en el ejercicio de sus funciones y únicamente están sujetos a la Constitución de la República y a las leyes. A quienes atentaren contra la independencia del Organismo Judicial, además de imponérseles las penas fijadas por el Código Penal, se les inhabilitará para ejercer cualquier cargo público. La función jurisdiccional se ejerce, con exclusividad absoluta, por la Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales que la ley establezca. Ninguna otra autoridad podrá intervenir en la administración de justicia".

(40) Constitución de Costa Rica. Art. 155: "Ningún tribunal puede avocar el conocimiento de causas pendientes ante otro. Únicamente los tribunales del Poder Judicial podrán solicitar los expedientes ad effectum videndi".

(41) Constitución de México. Art. 49: "El Supremo Poder de la Federación se divide, para su ejercicio, en Legislativo, Ejecutivo y Judicial. No podrán reunirse dos o más de estos Poderes en una sola persona o corporación, ni depositarse el Legislativo en un individuo, salvo el caso de facultades extraordinarias al Ejecutivo de la Unión, conforme a lo dispuesto en el art. 29. En ningún otro caso, salvo lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 131, se otorgarán facultades extraordinarias para legislar". Art. 94: "Se deposita el ejercicio del Poder Judicial de la Federación en una Suprema Corte de Justicia, en un Tribunal Electoral, en Tribunales Colegiados y Unitarios de Circuito y en Juzgados de Distrito. La administración, vigilancia y disciplina del Poder Judicial de la Federación, con excepción de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, estarán a cargo del Consejo de la Judicatura Federal en los términos que, conforme a las bases que señala esta Constitución, establezcan las leyes".

(42) Arts. 92 y 102.I.a) de la Constitución de Brasil.

(43) Art. 259 de la Constitución de Venezuela.

no, al menos en este punto que hace a la irreductibilidad del principio judicialista puro.

En la misma línea que la Constitución Argentina y los precedentes constitucionales transandinos, la Constitución de Chile actualmente en vigencia (sancionada en 1980) ha continuado la tradición histórica del principio judicialista puro hispánico en los siguientes términos:

Art. 73: "La facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley. Ni el Presidente de la República ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes, revisar los fundamentos o contenidos de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos".

IV. Un punto de partida en el antiguo derecho hispánico: el concepto de ley fundamental. Observaciones sobre la concepción normativa de las constituciones

En iberoamérica se utilizó, como es sabido, el concepto de ley fundamental (44) de una manera similar al que se recoge en el Discurso Preliminar de la Constitución de Cádiz de 1812, en el que se alude a "un sistema de ley fundamental y constitutiva, en el que estuviere contenido con enlace, armonía y concordancia cuanto tienen dispuesto las leyes, fundamentales de Aragón, de Navarra y de Castilla (45)", penetrándose sus autores más de su "índole y espíritu" que del tenor literal de las leyes fundamentales (46).

Esa misma idea de la Constitución histórica o si se quiere interna (47) va a ser desplazada más tarde durante el siglo XX por la concepción formal de la Constitución que prevalece sobre todo a partir de Kelsen y del positivis-

(44) En el texto del Acuerdo de San Nicolás de los Arroyos se declara que "siendo una ley fundamental de la República Argentina el Tratado celebrado el 4 de enero de 1831 entre las Provincias de Buenos Aires, Santa Fe y Entre Ríos, por haberse adherido a él todas las demás Provincias de la Confederación, será religiosamente observado en todas sus cláusulas..." (Cláusula 1ª). Más tarde, al sancionarse la Constitución de 1853 ésta hace referencia a esa ley fundamental en el Preámbulo resaltando que ésta se sanciona "en cumplimiento de pactos preexistentes", en clara alusión a dicho Pacto Federal.

(45) Confr. "Constitución Política...", cit., p. 2.

(46) Confr. "Constitución Política...", cit., p. 20.

(47) MUÑOZ MACHADO, Santiago, "Constitución", ps. 32-33, Iustel, Madrid, 2004.

mo constitucional que encuentra sólo en la norma la fuente de todo el derecho hasta confundirse con él. Esto acarrea el desplazamiento de la distinción entre ley y derecho o justicia, lo cual significa que toda norma positiva se supone verdadera y justa por el hecho de haber sido sancionada conforme el procedimiento legal e impide dar cabida dentro del sistema constitucional y administrativo, a los principios generales del derecho, borrando su diferenciación con las normas.

Pero, al terminar prevaleciendo la distinción entre normas y principios (llámense éstos estándares o directivas) se ha provocado el quiebre radical del positivismo. Ello impide también generalizar la concepción de la Constitución como norma, habida cuenta que revistiendo aquella la condición de suprema resulta ser, al propio tiempo, solo una parte de la ley fundamental, la que se encuentra concebida como un complejo compuesto tanto por valores y principios integrados con elementos históricos y reales, como por normas (en el sentido de fórmulas preceptivas que definen el deber ser).

Por esta razón, hay que tener cuidado en no confundir el valor normativo de una constitución como fuente del derecho con el principio de supremacía (consagrado en el art. 31 de la Constitución Argentina y en el art. VI de la norteamericana) ya que esta última característica se deriva, además de las normas positivas, de los principios generales contenidos en el Preámbulo, en las declaraciones de derechos y sin perjuicio de que también surgen de los usos y costumbres constitucionales que, para Hauriou, conforman una suerte de "superlegalidad" constitucional.

Esta peculiar complejión de la constitución histórica-normativa, con principios pétreos (48), hace que no todos los tratados puedan ser superiores a las leyes, pues como lo prescribe el art. 27 de la Constitución Argentina, ellos deben ser compatibles con los principios de derecho público establecidos en la Constitución y aún por encima de ella, o que surgen de su propia naturaleza, como la división de poderes.

V. La Constitución de Cádiz y la fuente hispánica de otras instituciones fundamentales del derecho iberoamericano y europeo

Del propio Discurso Preliminar se desprende el origen hispánico de muchos principios e instituciones del derecho público iberoamericano y

(48) Véase: BIDART CAMPOS, Germán J., *Derecho Constitucional*, t. I, Ediar, Buenos Aires, 1964, p. 118.

europeo, nacidos con anterioridad al derecho anglosajón, bastante poco desarrollado en la época medieval. Pero no sólo se trata de la opinión de Arguelles sino que ello ha sido sostenido también por autores ingleses, europeos continentales y argentinos (49).

Las Cortes de Cádiz de 1812 fueron, sin duda, un escenario único e irreplicable, para la recopilación positiva de esos principios, no obstante lo cual, quizá por considerarlos parte del concepto de ley fundamental, ellos no tuvieron recepción expresa en el texto de la Constitución. En su seno, la labor de los constituyentes americanos, (50) aunque menores en número a los peninsulares (51), no fue menos trascendente pues, en definitiva, se prescribió la ciudadanía española para los nacidos en ambos hemisferios (52) como integrantes todos de una única España, derogándose el sistema del régimen absolutista anterior (aun cuando se mantuvo el centralismo borbónico, mal visto por los españoles americanos) estableciéndose el modelo de libertad económica extensivo a los habitantes del territorio americano y los del territorio español, como límite al poder político-administrativo (53).

Tenemos la impresión que el análisis jurídico de las fuentes del derecho hispánico, interpretando y armonizando los estudios llevados a cabo por los historiadores del derecho o los que se realicen en el futuro con la dogmática administrativa y constitucional, constituye una tarea pendiente de los juristas (entre los que nos incluimos). Como se verá, de la sola

(49) Confr. LINARES QUINTANA, Segundo V., "Raíces hispánicas del constitucionalismo", Separata de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Buenos Aires, 2001, p. 9, especialmente, p. 12 y sigtes. y sus citas.

(50) Al respecto puede verse: DEL VALLE IBERLUCEA, Enrique, "Los diputados de Buenos Aires en las Cortes de 1810", Anales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, t. segundo, Segunda Serie, Coni Hermanos, Buenos Aires, 1912, p. 382 y sigtes.

(51) Según Solís, los diputados que asistieron a las Cortes de Cádiz fueron 63, es decir, el 21% del total, habiendo ejercido diez de ellos la Presidencia. Luego de destacar la importancia de su actuación en la defensa de los intereses americanos coincidente con la opinión de Arguelles (confr. SOLIS, Ramón, "El Cádiz de las Cortes", Silex, Madrid, 1987, p. 362).

(52) Art. 18 de la Constitución de Cádiz.

(53) GONZALEZ SALINAS, Jesús, "La Constitución de Cádiz: su modelo económico-administrativo", Cap. III, Universidad de Cádiz, Servicio de Publicaciones, Cádiz, 1994.

cita de las instituciones que pasamos a mencionar, se desprende la necesidad de amalgamar al menos dos de los clásicos y principales enfoques doctrinarios (el histórico y el dogmático).

Por de pronto, la Constitución gaditana, votada tanto por liberales agnósticos como por los sectores liberales y absolutistas que profesaban la religión católica, comienza por reconocer a Dios como autor y legislador supremo de la sociedad (54). Esta expresión que luce en el Preámbulo de Cádiz, a diferencia de la Constitución norteamericana, resulta opuesta a la concepción absolutista francesa de la época borbónica que propugnaba la tesis del origen divino de la monarquía, a la cual se opusieron, como es sabido, las tesis de Suárez y de Mariana, entre otros (55).

En efecto, por poco rigor científico con que se examine la doctrina de la Constitución de Cádiz sobre el origen de la monarquía se advierte que ella proclama que el monarca es "Rey de las Españas" por la Constitución, cuyas Cortes generales y extraordinarias, sin distinción de estamentos ni de clases, representaban la unidad del pueblo español de ambos hemisferios.

De ese modo, desde una perspectiva histórica, la Constitución gaditana, aunque tardíamente (56), vino a reinsertar las instituciones en su matriz histórica al enmarcarse en el espíritu de las antiguas leyes fundamentales de la monarquía, limitando el poder de ésta y estableciendo el principio de división de poderes como sistema básico de la nueva organización política instituida (57). Entre otras cosas, prescribe, enfáticamente, que España "no es ni puede ser patrimonio de ninguna familia ni persona" (en

(54) Una idea semejante se halla en el Preámbulo de la Constitución Argentina de 1853 (actualmente en vigencia en esta parte) cuyos constituyentes (es decir, los representantes del pueblo) invocan la protección de Dios proclamando que es "fuente de toda razón y justicia".

(55) Ampliar en RODRIGUEZ VARELA, Alberto, "La neoescolástica y las raíces del constitucionalismo", Separata de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Buenos Aires, 2004, p. 7 y sigtes., esp. ps. 14-26.

(56) Se ha dicho que fue un intento fracasado de llevar la paz a América: PEREZ GUI-LHOU, Dardo, p. 192, "La opinión pública española y las Cortes de Cádiz frente a la emancipación americana", Academia Nacional de la Historia, Buenos Aires, 1981.

(57) Confr. FERNANDEZ TORRES, Juan Ramón, "La formación histórica...", cit., p. 93, afirma que la Constitución de Cádiz supone la "sujeción del poder del Rey al imperio de las leyes".

obvia alusión al monarca y su familia) y si bien se conservan resabios absolutistas en materia religiosa (como el art. 12 que prohíbe el ejercicio de cualquier otra religión que la católica) lo cierto es que se declara el deber de la Nación de proteger las libertades civiles, la propiedad y los demás derechos de las personas (art. 13).

El balance final de la Constitución de Cádiz, pese a la crítica que ha recibido de distintos sectores del pensamiento jurídico e histórico español, resulta favorable al equilibrio de poderes y, consecuentemente, a las libertades de los ciudadanos. Su limitada vigencia (al ser abrogada por Fernando VII en 1814) en el territorio peninsular no empece a que su proyección en la América española haya sido realmente extraordinaria, influenciando, de un modo directo o indirecto, todos los ordenamientos constitucionales de nuestras jóvenes repúblicas.

Pero lo que realmente asombra a cualquier estudioso de las instituciones del derecho hispanoamericano (también debería asombrar a quienes consideran que, en general, éste es un producto totalmente derivado de las concepciones de la Revolución Francesa) lo configura el hecho de que trascendentes conquistas del derecho público occidental moderno encuentran su origen no tanto en la Carta Magna, en Locke o en Montesquieu (y menos en las ideas de los jacobinos o girondinos) sino en el antiguo derecho español (anterior al absolutismo) (58).

Al frente de ese catálogo de garantías y de derechos se encuentra la institución del Justicia de Aragón, funcionario independiente encargado de dirimir las controversias, entre otros casos, en que eran parte el Rey y los caballeros y, posteriormente, los habitantes de las ciudades (la burguesía). Y aunque no haya precisión en cuanto a la fecha en que se instauró la figura (desaparecida tras la muerte de Juan de Lanuza en 1591, bajo el reinado de Felipe II) lo cierto es que su prestigio traspasó las fronteras españolas muchos siglos después, ya que esa denominación ("Justice" y no "Judge") es la que han tenido, y actualmente tienen, los jueces de la Suprema Corte de los Estados Unidos.

(58) Según lo ha destacado acertadamente Ariño, es conocido el empeño de los grandes liberales españoles de la primera parte del siglo XIX (Arguelles, Martínez Marina) por exponer sus ideas "como la continuación de una constitución histórica de nuestros reinos, y no como secuela de Rousseau o Montesquieu" (confr. ARIÑO ORTIZ, Gaspar, "Derechos del Rey, derechos del pueblo", Instituto de Estudios Administrativos - Colección Estudios de Historia de la Administración, p. 7, Madrid, 1969).

Porque en el derecho español previo al proceso constitucionalista, con las consabidas limitaciones de las diferentes épocas históricas, hay que trazar una raya bastante ancha entre el sistema del absolutismo (sobre todo a partir de la dinastía borbónica) y el derecho del antiguo régimen español (de Aragón, Castilla y Navarra) que, siendo favorable a las libertades y estando más próximo a la división de poderes, fue configurando su verdadera ley fundamental, en el sentido antes explicado (que recoge el Discurso Preliminar de la Constitución de Cádiz), con anterioridad a las concepciones que animaron la Revolución Francesa, las cuales recién comenzaron a abrirse paso por el mundo tras las conquistas militares de los ejércitos napoleónicos.

En efecto, entre las instituciones más arraigadas en ese antiguo derecho español, aparte de una concepción embrionaria de la división de poderes (59), se encuentran desde las variadas hipótesis el derecho de resistencia a la opresión (Vitoria) (60), la declaración de nulidad *ipso foro* (61), el principio de legalidad e igualdad en materia tributaria (62), hasta nada menos que el juicio o recurso de manifestación que, según los antecedentes y estudios realizados (63) equivale al *habeas corpus* del derecho anglosajón (64); habiéndose instituido con anterioridad al nacimiento de la institución similar en Inglaterra. Otro antecedente está representado por el concepto mismo de "ciudadano", que aparece en los derechos de Aragón, Castilla y Navarra, todo lo cual demuestra que siglos de absolutismo no pueden borrar la historia ni el hecho de que la cultura jurídica de los pueblos

(59) Sobre la influencia de la neoescolástica en Locke y en la división de poderes, RODRIGUEZ VARELA, Alberto, op. cit., p. 30 y sigtes. En los fueros de Aragón, véase: LINARES QUINTANA, Segundo V., op. cit., p. 17.

(60) RODRIGUEZ VARELA, Alberto, op. cit., p. 12.

(61) Significa que ella surge del propio foro cumpliendo una función similar a la violación de derechos y garantías constitucionales por arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, cuya formulación se encuentra en la regulación de los procesos de amparo de los países iberoamericanos (vg. Argentina y México).

(62) Cuyos orígenes se remontan a los ordenamientos de Castilla y Aragón; véase: "Constitución Política...", cit., p. 12; ampliar en ARIÑO ORTIZ, Gaspar, op. cit., ps. 51-56.

(63) LINARES QUINTANA, Segundo V., op. cit., p. 23 y sigtes.

(64) Confr. GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo; FERNANDEZ, Tomás Ramón, "Curso de Derecho Administrativo", t. II, 6ª ed., Civitas, Madrid, 1999, ps. 66-67.

españoles (en general toda su cultura), durante la edad media, haya sido superior a la existente en Inglaterra.

Otro paradigma que destaca el *Discurso Preliminar* se vincula con el moderno principio de la tutela judicial efectiva el cual, aunque sin las actuales proyecciones, fue también enunciado por Arguelles en los siguientes términos: "La justicia, Señor, ha de ser efectiva y para ello su curso ha de estar expedito (65)", habiendo dicho antes que "uno de los principales objetos de la Constitución es fijar las bases de la potestad judicial, para que la administración de justicia sea en todos los casos efectiva, pronta e imparcial (66)".

En fin, no se puede desconocer que, antes del advenimiento del absolutismo, se perfilan en España, las raíces de numerosos principios y técnicas de derecho público, tales como el carácter electivo del monarca (como actualmente se encuentra regulado el órgano Ejecutivo en las repúblicas iberoamericanas), la responsabilidad de los jueces, la autonomía de los gobiernos de las ciudades, el juicio de residencia y el privilegio de unión (67), que era un derecho y un procedimiento para destituir al Rey que no difiere mucho del llamado actualmente "juicio político", regulado en las constituciones de latinoamérica, merced al cual el Congreso puede destituir al Presidente de la República.

En tal sentido, la riqueza del antiguo derecho español es inagotable y merece la realización de investigaciones mayores y profundas. La que hemos hecho sea, quizás, contando con la benevolencia de los lectores, un ensayo que intenta una primera aproximación a un tema clásico, pero siempre vigente, con la idea de suscitar nuevas reflexiones alrededor de un punto de partida distinto, cuya proyección, en el derecho público moderno, sobre todo en el hispanoamericano, nos parece que no ha sido hasta ahora encarada con la profundidad que merece, particularmente en lo que atañe al sistema judicialista que nos rige.

(65) "Constitución Política...", cit., p. 65.

(66) "Constitución Política...", cit., p. 57.

(67) Recuerda Arguelles en el "Discurso Preliminar" que "además de la reunión periódica y frecuente de las Cortes, tenían los aragoneses el privilegio de la unión, institución tan singular, que ninguna otra nación conocida ofrece ejemplo de esta naturaleza. Su objeto era oponerse abiertamente a la usurpación que hacía el Rey o sus Ministros de los fueros o libertades del reino, hasta poderlo destronar y elegir otro en su lugar..." (confr. "Constitución Política...", cit., p. 12).

Por este motivo, sin desdeñar los avances logrados por la dogmática moderna, el mayor desafío quizá consista en armonizar la interpretación de nuestras instituciones con los principios, usos y costumbres vigentes con los principios tradicionales de nuestro derecho público de origen hispánico, donde se ubican las fuentes de muchas de las libertades que actualmente gozamos los ciudadanos de Iberoamérica. ♦

EL "PRINCIPAL PAGADOR" EN EL DERECHO CIVIL Y EN EL DERECHO COMERCIAL

POR JAIME L. ANAYA Y FÉLIX A. TRIGO REPRESAS (*)

SUMARIO: I. Concepto y notas salientes del contrato de fianza. - II. Distintos tipos de "fianza". - III. Los problemas jurídicos suscitados en la interpretación del instituto del "fiador principal pagador". - IV. Razones que fundamentan la tesis de que el "fiador principal pagador" conserva su condición de fiador. - V. El argumento de la supuesta fuente "literal" del artículo 2005 del Código Civil. - VI. Diferencias de régimen entre las situaciones de "codeudor solidario", "fiador solidario" y "fiador principal pagador"

I. Concepto y notas salientes del contrato de fianza

A manera de introducción, habremos ante todo de referirnos someramente al contrato de fianza.

La fianza es el compromiso contraído con relación a un acreedor por un tercero, que lleva el nombre de *fiador*, de cumplir la obligación si el deudor no llega a hacerlo (1). La fianza es pues un típico contrato accesorio, "que no se comprende sino por la existencia de una obligación principal que 'garantiza', no pudiendo tampoco tener un *objeto distinto o más amplio* que el de la obligación principal" (2).

(*) Comunicación efectuada por los académicos, en la sesión privada del 25 de agosto de 2005.

(1) RIPERT, Georges - BOULANGER, Jean, "Tratado de derecho civil. Según el tratado de Planiol", trad. de Delia García Daireaux, Bs. As., Ed. La Ley, 1965, t. V, p. 557, N° 1868.

(2) RIPERT-BOULANGER, ob. cit., t. V, p. 559, N° 1871.

Todo lo cual ya resulta, por lo demás, de la misma clasificación que trae el Código Civil argentino en el Título 4 de la "Sección primera", "Parte primera", de su Libro Segundo, entre obligaciones "principales" y "accesorias"; en donde se caracteriza como "principal" a la que es "la razón de la existencia de la otra" (art. 523 del citado Código Civil), y a *contrario sensu* como "accesoria", a aquélla cuya existencia depende de la otra designada como "principal". Siendo precisamente a continuación, en el subsiguiente art. 524, donde al aludirse al tipo de accesoriadad con relación a las personas obligadas, se menciona expresamente como ejemplo de la misma a la *fianza*, es decir a una obligación que un tercero o terceros asumen "como garantes o fiadores", sumándose a la situación del sujeto pasivo de la obligación principal, *pero en calidad de sujetos pasivos accesorios* (3).

Todo lo cual se corrobora más adelante en el título dedicado a "la fianza", cuyo primer artículo, el 1986, establece que: "*Habrà contrato de fianza, cuando una de las partes se hubiere obligado accesoriamente por un tercero, y el acreedor de ese tercero aceptase su obligación accesoría*". Coincidentemente: el art. 1991 dispone que: "*La fianza no puede tener por objeto una prestación diferente de la que forma la materia de la obligación principal*"; el 1994 reza: "*La fianza no puede existir sin una obligación (principal) válida...*"; y el 2004 establece que: "*La solidaridad a la cual el fiador puede someterse, no le quita a la fianza su carácter de obligación accesoría, y no hace al fiador deudor directo de la obligación principal*".

Siendo una consecuencia primordial de dicho régimen lo preceptuado, respectivamente, en los arts. 1995 del Cód. Civil, en el sentido de que: "*El fiador puede obligarse a menos y no a más que el deudor principal;... Si se hubiese obligado a más, se reducirá su obligación a los límites de la del deudor...*"; y 2042, en punto a que: "*La fianza se extingue por la extinción de la obligación principal, y por las mismas causas que las obligaciones en general,*

(3) ALTERINI, Atilio Anfbal - AMEAL, Oscar José - LOPEZ CABANA, Roberto M., "Derecho de obligaciones. Civiles y comerciales", Bs. As., Perrot, 1995, p. 542, N° 1362; BOFFI BOGGERO, Luis María, "Tratado de las obligaciones", Buenos Aires, Astrea, 1975, t. 3, p. 204, § 848; BUSSO, Eduardo B., "Código civil anotado", Buenos Aires, Ediar, 1949, t. III, p. 536, N° 51; CAZEAUX, Pedro N. - TRIGO REPRESAS, Félix A., "Derecho de las obligaciones", 3ª ed., La Plata, Librería Editora Platense, 1989, t. II, p. 698, N° 1099; LAFAILLE, Héctor, "Tratado de las obligaciones", Bs. As., Ediar, 1950, t. II, p. 25, N° 878; MAYO, Jorge E., en el "Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado" de Augusto C. Belluscio y Eduardo A. Zannoni, Bs. As., Astrea, 1981, t. 2, p. 738, § 1; SALVAT, Raymundo M. - GALLI, Enrique V., "Tratado de derecho civil argentino. Obligaciones en general", 6ª ed., Bs. As., Tea, 1952, t. I, p. 72, N° 55; etc.

y las obligaciones accesorias en particular", vale decir: por cualesquiera de los medios de extinción mencionados en el art. 724 y en su nota, amén de otros no enumerados como por ejemplo: la "dación en pago" o "pago por entrega de bienes" de los arts. 779 a 783; la muerte o incapacidad sobreviniente del deudor, cuando se trate de obligaciones de hacer *intuitu personae* (arts. 626, 730, 909 y concordantes Cód. Civil), en las que se tuvo especialmente en cuenta las aptitudes o condiciones de su persona, no resultando por ello transmisibles a los sucesores del obligado (arts. 498 y 1195 Cód. Civil), etc. (4); e igualmente, de conformidad con lo establecido en el art. 525 del mismo Código, por la extinción de la obligación principal por cualquier motivo que fuese, lo que va a determinar asimismo que quede "extinguida la obligación accesorio".

II. Distintos tipos de "fianza"

En el derecho civil argentino existen ante todo dos tipos de fianza, con distintos efectos: la simple o simplemente mancomunada y la solidaria. Sin embargo en el Código de Comercio la fianza simple no existe, es siempre solidaria.

La simple permite al fiador diferir su responsabilidad frente al acreedor mediante el llamado *beneficio de excusión*, consistente en la exigencia de una previa realización y ejecución de todos los bienes del deudor principal, antes de que el fiador pueda ser "compelido a pagar al acreedor" (art. 2012); y del *beneficio de división* del art. 2024, de existir más de un fiador, el que posibilita el fraccionamiento del débito entre todos los co-fiadores, y en cuyo caso "se entenderá dividida la deuda entre ellos por partes iguales, y no podrá el acreedor exigir a ninguno de ellos sino la cuota que le corresponda".

En tanto que esos dos beneficios desaparecen en la fianza solidaria con el deudor principal, la que posibilita al acreedor demandar "la totalidad del objeto" de la obligación "a cualquiera" de ellos (art. 690 Cód. Civil); lo cual empero "no le quita a la fianza su carácter de obligación accesorio, y no hace al fiador deudor directo de la obligación principal. La fianza solidaria queda regida por las reglas de la simple fianza, con excepción de la privación del beneficio de excusión y del de división" (art. 2004, Cód. Civil).

(4) CAZEAUX-TRIGO REPRESAS, "Derecho de las obligaciones", cit., t. III, ps. 6 y sigtes., Nros. 1328 a 1336.

Sin embargo el Código Civil argentino contempla en su art. 2005 otra tercer especie particular de fianza, al disponer que: "*Cuando alguien se obligare como principal pagador, aunque sea con la calificación de fiador, será deudor solidario, y se le aplicarán las disposiciones sobre los codeudores solidarios*". Como esta especie no se encuentra contemplada en la "fianza comercial", resulta también aplicable a su respecto lo establecido por el aludido art. 2005, conforme a la Regla 1 del Título Preliminar y al art. 207 del Cód. de Comercio.

III. Los problemas jurídicos suscitados en la interpretación del instituto del "fiador principal pagador"

Ahora bien, lo cierto es que en torno a la interpretación de lo normado en el mencionado art. 2005, se ha dividido la doctrina nacional en dos posturas totalmente antagónicas.

Una es la doctrina de la "solidaridad", que niega en este caso la existencia de fianza y asimila al "principal pagador" con el "codeudor solidario", emplazando su situación en el esquema de excepciones previsto en el art. 715 (5).

En esta tendencia se enrola también, entre otros, Alberto G. Spota, quien se vale del recurso de atribuir a una impropiedad la mención del "fiador" por la ley cuando se ocupa del principal pagador. De suerte que para sostener su interpretación prescinde o priva de sentido a la letra de la ley, y, como complemento de esta desvirtuación del texto legal, tiene por indistinto el obligarse como principal *deudoro* como principal *pagador*. De esta suerte, al referirse a las fuentes del art. 2005 de nuestro Código Civil, expone que Troplong al comentar el art. 2021 del Código francés dice que "toda dificultad desaparece si el fiador se obligó como *deudor principal*", con lo que acepta que el principal *pagador* es deudor directo y no accesorio (6). De todas maneras, con su reconocida honestidad intelectual, dicho autor

(5) SEGOVIA, Lisandro, "El Código Civil de la República Argentina", nueva edición, Bs. As., Librería y Editorial "La Facultad" de Juan Roldán y Cía., 1933, t. I, p. 569, nota 33 a su art. 2007; LLERENA, Baldomero J., "Concordancias y comentarios del Código Civil Argentino", 2ª ed., Bs. As., Ed. Jesús Menéndez, 1901, t. VI, ps. 276 y sigtes., art. 2005, N° 1; LAFALLE, Héctor, "Curso de contratos", Bs. As., Biblioteca Jurídica Argentina, 1928, t. III, p. 168, N° 205 y p. 182, N° 228.

(6) SPOTA, Alberto G., "Instituciones de derecho civil. Contratos", Bs. As., Depalma, 1983, t. VIII, ps. 247 y sigtes., N° 1747.

también admite que en la moderna doctrina francesa, la tendencia es la de no perder de vista el carácter accesorio de la caución solidaria y que así la jurisprudencia la ha considerado siempre como una fianza (7).

La otra postura, a la que se puede denominar como doctrina de la "fianza", trata al "principal pagador" como el "fiador" que en realidad es, aunque su situación resulte ser aún más rigurosa que la del "fiador solidario"; sometiéndolo por ello a la regulación de los arts. 2020 a 2022 y descartando la utilización del art. 715. Siendo éste en definitiva, en términos generales, el entendimiento que compartimos y sostenemos.

Corresponde sin embargo señalar, que también existen entre ambas interpretaciones algunas posiciones intermedias, que parten de que la situación del "principal pagador" es la de un obligado solidario, pero luego la van atenuando con el reconocimiento de algunas excepciones; con lo cual se aproximan así, insensiblemente, a la otra postura que lo considera simplemente como un tipo especial de fiador, aunque más comprometido incluso que el fiador solidario.

Esa división de la doctrina en dos posturas contrapuestas extremas es tan notoria, que hasta al tratarse la cuestión en una obra en co-autoría de los profesores Garrido y Zago, se deja constancia que cada uno de los autores adhiere sobre el respecto a una de esas distintas posiciones contrapuestas. En dicha obra en efecto, luego de transcribirse el art. 2005 del Cód. Civil, se dice que el mismo "hace desprender que Vélez Sársfield ha dispuesto una regulación diferente entre el fiador solidario y el fiador liso, llano y principal pagador. En la nota se cita a Troplong y a Aubry y Rau, pero no se dice nada respecto de la fundamentación de la norma. Para el doctor Zago, siguiendo lo dicho en la nota del art. 2004 por el codificador, es que esta equiparación (la del principal pagador al deudor solidario) no puede ser absoluta, ya que si no, no estaríamos frente al contrato de fianza convencional de que se habla en los arts. 1986 y sigtes. El doctor Garrido entiende que el fiador principal pagador no es en realidad, a pesar de que se lo denomine así, un fiador, y reviste el carácter de deudor solidario" (8). Pero sucede además, que el doctor Garrido no habría vuelto a ocuparse

(7) SPOTA, ob. cit. en nota anterior, t. VIII, ps. 248 y sigtes., N° 1747.

(8) GARRIDO, Roque Fortunato - ZAGO, Jorge Alberto, "Contratos civiles y comerciales", Bs. As., Editorial Universidad, 1988, t. II, p. 564, N° 3-f).

del tema del "fiador principal pagador"; mientras que el doctor Zago si lo hizo años después, reiterando y fundamentando acabadamente su posición, al ocuparse concretamente del "contrato de fianza" en la obra: "Código Civil y leyes complementarias" bajo la dirección de los doctores Bueres y Highton. Allí manifiesta primeramente que: "Por una parte, el art. 2005 a diferencia de su fuente literal, no niega la aplicación de las reglas sobre la fianza, y del art. 2013 resulta que el principal pagador queda incluido entre los fiadores. Por el otro, el art. 2005, también a diferencia de su fuente literal, no pretende que se apliquen 'exclusivamente' las disposiciones de los codeudores solidarios"; para luego concluir sosteniendo que: "aun como principal pagador, *el fiador en esencia sigue siendo un obligado con carácter accesorio*, que podrá repetir su pago del deudor principal en el supuesto de que él deba hacer efectiva la obligación porque aquél no ha dado cumplimiento a la misma. Es decir, creemos que se facilitan los caminos del acreedor pero que *no desaparece el contrato de fianza, ni en la relación acreedor-fiador, ni tampoco en la relación fiador-deudor*" (9).

Siendo el antedicho entendimiento coincidente en un todo, con lo ya expuesto a mediados del pasado siglo XX por Busso, cuando decía que: "la obligación del fiador *es simplemente accesorio. No hay paralelismo de los vínculos, sino subordinación. Si cae la obligación principal caerá necesariamente la del fiador*"; lo cual "vale igualmente para otras obligaciones en garantía, como la del 'liso y llano pagador' o 'principal pagador', en cuyo caso quien se obligó en beneficio del deudor principal y para seguridad del acreedor, será garante. Aunque su garantía sea más efectiva que la de un fiador, no por eso dejará de ser garantía: no constituirá una obligación principal y autónoma" (10). Posición que también fue compartida por Nicolás Halperin, al destacar que la obligación de quien se compromete como principal pagador es "subsidiaria de otra", y que por ende no existe "la pluralidad e independencia de vínculos que caracteriza a las obligaciones solidarias"; rescatando además que nada puede privar al principal pagador de aducir las normas que rigen la fianza, lo que marca una diferencia radical con el codeudor solidario (11).

(9) ZAGO, Jorge A., comentario al art. 2005 en el "Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial", dirigido por Alberto J. Bueres y Elena I. Highton, Buenos Aires, Hammurabi, José Luis Depalma Editor, 2003, t. 4-D, ps. 375 y sigtes., § 1-c).

(10) BUSSO, "Código civil anotado" cit., t. V, p. 91, N° 31 y 31.1.

(11) HALPERIN, Nicolás, "Condición jurídica del fiador principal pagador", en "Revista Crítica de Jurisprudencia", Año 2, Buenos Aires, 1933, p. 87, texto y nota 5.

E igualmente ha sido ésta también, aunque ampliada y mejorada, la tendencia seguida por los autores que más recientemente se ocuparon en la Argentina del problema del "fiador principal pagador", tales como: el ya mencionado Zago en su participación en el tomo 4-D del "Código Civil" dirigido por Bueres - Highton, aparecido el año 2003; el doctor López de Zavalía en el tomo 5 de su "Teoría de los contratos", que data del año 1995, en donde entre otras cosas expusiera los argumentos luego retomados por Zago y precedentemente transcritos, y asimismo que: *"el fiador principal pagador sigue siendo un fiador, pues de no serlo carecería de sentido la previsión del art. 2013, inc. 3",* ya que *"el inciso sub examen es la demostración legislativa de que quien se obliga como principal pagador es un fiador, porque si no fuera un fiador ¿cómo se explicaría la excepción? Una excepción se vincula siempre con una regla, presupone una regla. Aquí, la regla presupuesta es que los fiadores gozan del beneficio de excusión, de lo que se sigue que la excepción sub examen razona partiendo de que, de no existir la misma, el principal pagador, en su carácter de fiador, gozaría del beneficio"* (12); y finalmente el doctor Juan Pablo Rodríguez, quien en su obra sobre el "Contrato de fianza civil y comercial", publicado también el año 2003, afirma que: *"aunque el fiador se obligue como principal pagador, conserva su calidad de fiador... En definitiva, a modo de corolario, podemos decir que el fiador principal pagador se obliga en términos más exigentes que el fiador simple y el solidario, pero no por ello deja de ser un fiador"* (13); contando además para ello con el manifiesto apoyo de su prologuista, el doctor José María Gastaldi (14).

Y a todo lo dicho corresponde todavía agregar que, según se anticipara, inclusive autores que se han pronunciado en principio en pro de la asimilación del "principal pagador" con el "codeudor solidario", lo han hecho igualmente con reticencia y formulando salvedades y reservas. Habiéndose por ejemplo dicho en este sentido por parte de Salvat, que: *"el principio que equipara la condición del principal pagador al codeudor solidario, no puede tener una interpretación absoluta y literal"*, no sólo "porque no es posible olvidar que, en definitiva, lo que las partes han

(12) LOPEZ DE ZAVALIA, Fernando J., "Teoría de los contratos", Buenos Aires, Zavalía Editor, 1995, t. 5, p. 101. § 142, N° I.3, y p. 109, § 142, N° II.3.C).

(13) RODRIGUEZ, Juan Pablo, "Contrato de fianza civil y comercial", Buenos Aires, Ed. La Ley, 2003, ps. 21 y sigte., N° 5-F).

(14) GASTALDI, José María, "Prólogo" a la obra citada en la nota anterior, p. X.

querido es contratar una fianza en la forma de principal pagador, sino también porque el propio texto parece haber tomado en cuenta esta idea al decir 'se obligare como principal pagador'; no dice que sea un principal pagador, sino que se obliga como tal, y, entonces, aunque en principio le sean aplicables las disposiciones sobre los codeudores solidarios (art. 2005), no es posible prescindir de la naturaleza real del acto" (la bastardilla es nuestra) (15). O igualmente por Colmo, en el sentido de que: "Las excepciones que podría alegar el principal pagador no son propiamente las del art. 715 sino las de los arts. 2020 a 2022. En estos preceptos el código no distingue, y se refiere a cualquier fiador. Y no tendría por qué distinguir; el principal pagador se obliga dentro... del papel de deudor adjunto que asume... Y la tesis que sustento tiene corroboración en la mejor doctrina y legislación, donde se verá que el principal pagador y el fiador solidario son esencialmente la misma cosa y no dejan de ser en el fondo verdaderos fiadores" (16); expresiones todas éstas, que en definitiva importan un significativo cambio de opinión, que acerca la postura de este autor a la corriente de la "fianza".

Por último, otros autores que también asignan al "principal pagador" la calidad de "co-deudor solidario", entienden sin embargo que por más que ello sea así, "si el crédito es indeterminado, la fijación de su monto debe hacerse con intervención del deudor principal" (17); pues en verdad, como dice Spota, "la asimilación entre el codeudor solidario y el principal pagador no ha de llevarse a 'outrance', sin tener en cuenta el objeto-fin del respectivo acto jurídico, asimilable en alguna medida, al contrato de garantía en esas materias, para no llegar a un resultado reñido con el funcionalismo social y

(15) SALVAT, Raymundo M. - ACUÑA ANZORENA, Arturo, "Tratado de derecho civil argentino. Fuentes de las obligaciones", 2ª ed., Buenos Aires, Tea, 1954, t. III, p. 250, N° 2003.

(16) COLMO, Alfredo, "De las obligaciones en general", 3ª ed., Bs. Aires, Ed. Guillermo Kraft Ltda., 1944, ps. 358 y sigte., N° 512-e).

(17) BORDA, Guillermo A., "Tratado de derecho civil Argentino. Contratos", Bs. As., Perrot, 1962, t. II, p. 531, N° 1862; COLMO, "De las obligaciones en general", cit., ps. 358 y sigte., N° 512-e); LORENZETTI, Ricardo Luis, "Tratado de los contratos", Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2000, t. III, p. 491, N° III.2.; Cám. Nac. Comercial, Sala C, 15/10/79, "Cervecería y Maltería Quilmes SA c. Molinari", LA LEY, 1980-B, 53; CCivil 1ª Cap. Fed., 29/12/36, "Solari c. Barbot", JA, 56-808; Cám. Nac. Paz, sala I, 13/8/65, "Faggioni c. Margulies", LA LEY, 120-498; Cám. Paz Letr., Sala III, 17/2/41, "Wernet c. Rodríguez Dellepiane", LA LEY, 21-679; ídem, 15/7/40, "Attwell c. Casabari", JA, 71-303; Cám. Civil, Com., Crim. y Correcc. Pergamino, 21/9/2000, "Sindicatura del ex-Banco Bid Coop. Ltda. c. Adamini", LLBA, 2001-528.

económico en el ejercicio de las prerrogativas jurídicas (art. 1071)" (18): lo que importa en definitiva la aceptación del carácter "accesorio" de la obligación asumida por el "fiador principal pagador".

Por último, también nuestra jurisprudencia se ha pronunciado muchas veces en similar sentido, sosteniendo la subsistencia del carácter accesorio de la fianza, aún en el supuesto de que el fiador se hubiese obligado como principal pagador (19); aunque es cierto que también existen abundantes fallos en sentido contrario.

IV. Razones que fundamentan la tesis de que el "fiador principal pagador" conserva su condición de fiador

La imposibilidad de equiparar al "fiador principal pagador" con el "co-deudor solidario", resulta por otra parte de un cúmulo de circunstancias que se exponen a continuación:

a) Distintas fuentes para cada una de las diferentes obligaciones. Uno de los requisitos o presupuestos de la obligación solidaria, según se entiende uniformemente por la doctrina, es que el título o fuente de la obligación debe ser el mismo para todos los sujetos de aquélla (20), dado que la pluralidad de causas generadoras resulta incompatible con la idea de solidaridad y conduce inexorablemente a la existencia de varias obligacio-

(18) SPOTA, "Instituciones de derecho civil Contratos" cit., t. VIII, p. 232, N° 1743.

(19) CNCom., sala A, 17/5/2000, "Banco Freica c. Ravert", LA LEY, 2001-B, 852 (43.330-S); ídem 5/3/98, "Banco de Quilmes c. Franzi", LA LEY, 1998-D, 646; ídem sala B, 20/4/78, "Indulino S.A. c. Kasakoff", ED, 80-278; ídem sala C, 28/5/92, "Banco Mayo Coop. Ltda. c. García", DJ, 1992-2-1004; CNPaz, sala III, 25/3/71, "Guzmán c. Disolene Curtioni", LA LEY, 143-189; Cám. Paz Letr., sala III, 15/7/40, "Atwell c. Casabari", JA, 71-303; etc.

(20) ALTERINI-AMEAL-LOPEZ CABANA, "Derecho de obligaciones. Civiles y comerciales" cit., p. 524, N° 1292 y p. 506, N° 1232; AMEAL, Oscar José, su comentario al art. 690 en el "Código Civil...", cit. de BELLUSCIO y ZANNONI, t. 3, p. 300, § 3; BORDA, Guillermo A., "Tratado de derecho civil. Obligaciones", 5ª ed., Bs. As., Perrot, 1983, t. I, ps. 460 y sigte., N° 583; BUSSO, "Código Civil anotado", cit., 1955, t. V, p. 48, N° 28 y 30, y ps. 85 y sigte., N° 7 y 13.1.; CAZEAUX-TRIGO REPRESAS, "Derecho de las obligaciones", cit., t. II, p. 398, N° 965; COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., "Manual de obligaciones", Bs. As., Astrea, 1997, p. 405, § 325; DE GASPERI, Luis - MORELLO, Augusto Mario, "Tratado de derecho civil", Bs. As., Tea, 1964, t. II, p. 278, N° 838; LLAMBIAS, Jorge Joaquín, "Tratado de derecho civil. Obligaciones", Bs. As., Perrot, 1970, t. II, p. 482, N° 1184-c); PIZARRO, Ramón Daniel - VALLESPINOS, Carlos Gustavo, "Instituciones de derecho privado. Obligaciones", Bs. As., Hammurabi, José Luis Depalma Editor, 1999, t. I, p. 572, § 268, N° 3.

nes distintas (21). Por el contrario ello no ocurre entre la obligación del deudor principal y la del "fiador principal pagador", que no constituyen una obligación única sino dos diferentes e inconfundibles, y nacen además de otras tantas fuentes separadas (22).

Pudiendo colegirse de lo que antecede, que la equiparación del "fiador principal pagador" con el "codeudor solidario" que propone la doctrina de la solidaridad, resulta inaceptable en un sistema jurídico como el nuestro (23).

b) El argumento resultante de lo dispuesto en el art. 2013, inciso 3 del Cód. Civil. El art. 2012 del Cód. Civil concede al "fiador" el "beneficio de excusión", consistente en que, a su pedido, el acreedor deberá dirigir en primer lugar su acción contra todos los bienes del deudor principal.

Pero en el subsiguiente art. 2013 el Cód. Civil establece las excepciones a tal "beneficio", es decir en que casos "no le es necesaria al acreedor la previa excusión"; mencionando allí en su inciso 3, que ello es así: "*cuando (el fiador) se obligó como principal pagador*". Lo cual permite suponer ante todo que el codificador consideraba al "principal pagador" como un "fiador"; ya que de otra manera no se explica porque reputó necesario privarlo de ese beneficio a través de una disposición específica. Y además desde otra perspectiva, sucede que si al "principal pagador" se le aplicaran de manera exclusiva las disposiciones sobre los codeudores solidarios, la citada norma del art. 2013 inc. 3 importaría una inexplicable incongruencia, en razón de que el "beneficio de excusión" es por completo ajeno y extraño a la solidaridad.

O sea en suma, que lógicamente dicha preceptiva sólo puede admitirse, si se acepta que para el ordenamiento civil quien se obliga como "principal pagador" no deja por ello de ser un "fiador", esto es: alguien que asume únicamente una obligación accesoria de otra principal (24).

(21) S.C.B.A., 7/2/95, "Ceragjoli c. Calatayud", JA, 1996-I-523; Cám. 1ª Civil y Com. San Isidro, sala 2ª, 26/12/91, "A. y P. R. c. A., O. G.", JA, 1993-III-118.

(22) LOPEZ DE ZAVALIA, "Teoría de los contratos" cit., t. 5, p. 47 y sigte., § 141, N° V-2-C-b); RODRIGUEZ, "Contrato de fianza civil y comercial" cit., p. 19 y sigte., N° 5-a).

(23) RODRIGUEZ, "Contrato de fianza civil y comercial" cit., p. 20, N° 5-a) in fine.

(24) LOPEZ DE ZAVALIA, "Teoría de los contratos" cit., t. 5, § 142, ps. 101, N° I.3 y 109, N° II.3; RAMIREZ, "Contrato de fianza civil y comercial", cit., p. 20, N° 5-c); ZAGO en el "Código Civil y normas complementarias...", cit. de BUERES - HIGHTON, t. 4-D, p. 375, § 1-c).

c) *El argumento que se extrae de las consecuencias del "pago con subrogación"*. El fiador que paga la deuda por el obligado principal, se coloca en virtud del régimen del "pago con subrogación" de los arts. 767 y siguientes del Cód. Civil, en el lugar y grado del acreedor principal, con todos sus beneficios y privilegios anteriores y posteriores a la constitución de la fianza, según así lo dispone además expresamente el art. 2029 del mismo Código. Y todo ello tiene lugar "sin cesión alguna" o "sin dependencia de la cesión expresa del acreedor", por tratarse de un pago hecho por "otro", por una persona distinta al deudor; tratándose de uno de los supuestos de subrogación legal contemplados en el art. 768 (inciso 2), en los cuales es la ley por su sola autoridad, la que ubica al pagador en la misma situación jurídica que hasta entonces tenía el acreedor desinteresado.

Pero además, conforme al art. 2030, el fiador subrogado en los derechos del acreedor, puede perseguir el cobro de todo lo que hubiese pagado por capital, intereses y costas, como así también la indemnización de todo perjuicio que le hubiese sobrevenido en razón de la fianza. Y ello marca una nueva diferencia de régimen entre el "fiador solidario" y el "codeudor solidario" (25), atento que la solidaridad tiene efecto sólo en las relaciones entre la parte acreedora con la parte deudora, y conforme al art. 716 del Cód. Civil la misma desaparece con el pago al titular del crédito, puesto que ya no existe solidaridad entre los distintos codeudores solidarios (26), por lo que quien hubiese pagado íntegramente el crédito del acreedor, sólo podrá requerir que sus codeudores le reintegren la parte que a cada uno de ellos le correspondía en la obligación, pero nunca la totalidad de lo por él abonado. En tanto que "es inadmisibles suponer que un fiador principal pagador se vea obligado a pagar una deuda para luego verse en la imposibilidad de subrogarse por el todo contra el deudor primario" (27).

(25) RODRIGUEZ, "Contrato de fianza..." cit., ps. 20 y sigte., n° 5-d).

(26) ALTERINI-AMEAL-LOPEZ CABANA, ob. cit., p. 531, N° 1320/21; BOFFI BOGGERO, ob. cit., t. 3, p. 574, § 1185; BORDA, "Tratado de derecho civil. Obligaciones", cit., t. I, ps. 475 y sigte., N° 607; BUSSO, ob. cit., t. V, ps. 171, N° 3 y 174, N° 25; CAZEAUX-TRIGO REPRESAS, ob. cit., t. II, p. 461, N° 903; COLMO, ob. cit., p. 374, N° 524; DE GASPERI-MORELLO, ob. cit., t. II, ps. 398 y sigtes., N° 938; LLAMBIAS, ob. cit., t. II, ps. 562 y sigte., N° 1263 y 590, N° 1283; REZZONICO, Luis Marfa, "Estudio de las obligaciones", 9ª ed., Bs. Aires, Depalma, 1961, t. I, p. 653; SALVAT-GALLI, ob. cit., t. II, ps. 126 y sigte., N° 978.

(27) LOPEZ DE ZAVALIA, "Teoría de los contratos" cit., t. 5, p. 102, § 142, N° 3-B.

De todas maneras debe reconocerse que esta diferencia de régimen está referida solamente a las relaciones internas de "contribución" entre los distintos codeudores, y nada tiene que ver con las relaciones de "obligación" existentes entre el o los acreedores y sus codeudores.

d) La ubicación metodológica. También se ha señalado con relación al "fiador principal pagador", que: "no sería lógico, si no se tratase de una fianza, que Vélez Sarsfield la haya incluido dentro del Título X, que trata el mencionado contrato a partir del art. 1986 y hasta el art. 2050" (28).

e) Los alcances de la solidaridad. Se ha sostenido por los doctores López de Zavalía y Rodríguez, que la verdadera solidaridad transita en dos direcciones, porque si Primus y Secundus son deudores de una obligación solidaria, Primus es codeudor solidario con Secundus y éste es codeudor solidario con aquél.

Ahora bien, lo que ha hecho el art. 2005, es tener al principal pagador como codeudor solidario y aplicarle las reglas de los codeudores solidarios; pero de ninguna manera surge de ese texto que al deudor primario se lo conceptúe como codeudor solidario del fiador principal pagador. Y de ahí que, como se ejemplifica, si al lado de Pedro deudor de una obligación, se ubica a Juan en calidad de principal pagador, lo más que podrá extraerse de la letra del art. 2005 será que Juan es deudor solidario con Pedro, pero no que Pedro sea deudor solidario con Juan.

Ergo, la solidaridad que pregona el art. 2005, no es la misma solidaridad de los arts. 699 y siguientes. En el supuesto del art. 2005, la solidaridad transita en una sola dirección, se proyecta desde la posición del fiador principal pagador, pero no desde el rol de deudor. Y de ahí que las relaciones entre el deudor principal y el "fiador principal pagador", no se sujeten al art. 717 del Cód. Civil, que se aplica a la solidaridad que transita en ambas direcciones. Por todo lo cual: si el "fiador principal pagador" abona la totalidad de la deuda, puede reclamar todo contra el "deudor principal"; en tanto que la inversa no funciona y si el "deudor principal" paga toda la deuda, nada puede reclamarle en cambio al "fiador principal pagador" (29).

(28) ZAGO, en el "Código Civil y normas complementarias..." cit. de Bueres-Highton, t. 4-D, p. 374, § 1-a).

(29) LOPEZ DE ZAVALIA, "Teoría de los contratos" cit., t. 5, ps. 47 y sigtes., § 141, N° 2-C-c); RODRIGUEZ, "Contrato de fianza...", cit., p. 21, N° 5-e).

f) *La nota de Vélez Sarsfield al art. 2004.* Finalmente cabe recordar como un argumento adicional, pero sin duda relevante, lo expuesto por el propio codificador en su nota al art. 2004, donde dice que: "*La fianza no es sino una obligación accesoria, y debe guardar siempre este carácter esencial, cualesquiera que sean las modificaciones y las cláusulas más o menos rigurosas, bajo las cuales se ha constituido*". Concepto lato abarcativo de todo tipo de "fianza", en el que también debe considerarse comprendido el caso del "fiador principal pagador", que no es en definitiva más que una categoría especial de fiador, según se ha venido sosteniendo.

V. El argumento de la supuesta fuente "literal" del artículo 2005 del Código Civil

Uno de los argumentos preferidos por los seguidores de la doctrina de la "solidaridad", es la pretensión de que la fuente literal del art. 2005 del Cód. Civil argentino sería el art. 3311 del "Esboço" de Freitas. No obstante lo cual, pese a su aparente similitud con aquél texto, el del art. 2005 del Cód. Civil argentino no dispone exactamente lo mismo sino algo diferente, según se habrá de ver a continuación.

Resulta esclarecedora de la cuestión relativa al principal pagador, -que ingresara a nuestro derecho a través del art. 2005 del Cód. Civil tomando la terminología, aunque no la solución, del proyecto de Texeira de Freitas-, una indagación sobre el sentido atribuido a la expresión en el derecho portugués, de donde pasó al derecho brasileño.

En la enseñanza de Sampaio Pimentel sobre el Código portugués de 1833, se explica que la fianza es una obligación accesoria y en el derecho comercial el fiador es siempre solidario, lo que no acontece en el derecho civil donde goza del beneficio de discusión o excusión y de división o de orden, a menos que se obligue juntamente como principal pagador (30). Vale decir que en el derecho civil el fiador principal pagador se obligaba con el mismo alcance que el fiador comercial, esto es que no gozaba de los beneficios de excusión ni de división; o sea en suma, que obligarse como principal pagador era hacerlo como fiador solidario, por lo que nada agregaba a la solidaridad.

(30) PEREIRA FORJAZ DE SAMPAIO PIMENTEL, Diogo, "Anotações ao Código de Commercio Portugues", 2ª ed., Coimbra, 1866, t. II, p. 106.

Las ideas de Teixeira de Freitas sobre la solidaridad en la fianza comercial dieron origen a una larga controversia, que no es del caso exponer aquí. Pero sí interesa dejar sentado que en definitiva el Código Civil de Clóvis Beviláqua (1916) estableció en el art. 1492 que el efecto de obligarse el fiador como principal pagador consiste en la pérdida del beneficio de excusión; con lo cual la fianza civil que adicionaba esta cláusula o su equivalente de fianza solidaria, resultaba en el derecho brasileño de más rigor que la fianza comercial, siempre solidaria, pero que no obstante permitía ofrecer a embargo bienes del deudor principal (31). Es oportuno destacar que con el mismo alcance se mantiene la obligación del principal pagador en el artículo 828 del Cód. Civil brasileño de 2003, ordenamiento que por otra parte, ha eliminado la legislación comercial sobre la fianza. Súmase a lo dicho, que autorizada doctrina brasileña ha aclarado que el fiador solidario y fiador principal pagador son dos expresiones que se acostumbra emplear "duplicadas, vale decir innecesariamente", porque la ley las equipara en la acepción de traducir una renuncia al beneficio de excusión; es de la esencia de la solidaridad que el deudor sea demandado por la totalidad de la deuda y sin beneficio de excusión y si fuese estipulado que el fiador es principal pagador asumirá la posición de deudor en primer plano (32).

La divisoria de las aguas en la interpretación que se ha dado en la Argentina pasa por el alcance que se atribuye al art. 2005 del Cód. Civil.

No obstante que las notas del codificador atribuyen como fuentes a Troplong y a Aubry y Rau, la coincidencia parcial de la terminología de nuestro art. 2005 con la empleada en el art. 3311 del Esboço de Freitas, ha conducido a sostener que fue éste quien inspiró la regla en cuestión y por ende a entender que su alcance debe juzgarse por el que dicha fuente le atribuye. No obstante, con el apoyo de reciente y sólida doctrina, se puede discrepar fundadamente del influjo atribuido, pues, antes bien, del cotejo de los textos resulta un claro apartamiento de esa fuente que, en este caso con razón, el codificador omitió en su nota al citado art. 2005.

(31) Art. 261 del Código de Comercio de 1850, fuente del art. 481 del Código argentino. Sobre la discutida interpretación de Freitas, véase BULGARELLI, Waldirio, "Contratos mercantis", 10ª ed., San Pablo, Atlas, 1998, p. 542, N° 2.17.6.

(32) DA SILVA PEREIRA, Caio Mario, "Instituições de Direito Civil", Rio de Janeiro, 1963, p. 342.

Para el cotejo conviene reproducir primeramente el art. 3310, teniendo en cuenta que el 3311 comienza con una salvedad respecto de lo dicho anteriormente, al decir "sin embargo". En la transcripción de los arts. 3310 y 3311 (33) que sigue, se destacarán en bastardilla las palabras omitidas y se incluirán entre corchetes las agregadas por Vélez Sarsfield en el art. 2005.

Art. 3310: "la fianza solidaria será exclusivamente juzgada por las disposiciones de este Capítulo y no por la de los arts. 1016 a 1024 sobre codeudores solidarios".

Art. 3311: "Cuando, *sin embargo*, alguien se obligare como principal pagador aunque [sea] con la calificación de fiador, *no se aplicarán disposiciones de este Capítulo* [será deudor solidario y se le aplicarán las disposiciones], *sino exclusivamente aquellas otras* sobre [los] codeudores solidarios".

Las diferencias ponen en evidencia dos distintas concepciones. Mientras Freitas se limita a declarar en el art. 3310 la exclusividad de las reglas de la fianza y la inaplicabilidad de las relativas a los codeudores solidarios a la fianza solidaria, Vélez Sarsfield acota en el art. 2004 las defensas de las que se priva a la fianza por obra de la solidaridad, disponiendo que carecerán estos fiadores de los beneficios de excusión y de división. Reiteraba así lo dispuesto por el art. 480 del Cód. de Comercio, sin perjuicio de recordar que en el ordenamiento mercantil la pérdida del beneficio de excusión no tiene la misma amplitud, porque el fiador demandado tiene derecho a la previa interpelación judicial del deudor principal y puede ofrecer a embargo bienes del mismo (art. 481 Cód. de Comercio).

La cuestión es tanto más relevante en las diferencias entre los arts. 3311 y 2005. El texto argentino suprime por de pronto el "sin embargo", que anticipa una oposición que efectivamente se va a concretar en la norma del Proyecto de Freitas. Esta advertencia está vinculada con la aplicabilidad de las reglas de este Capítulo sobre la fianza, que van a ser eliminadas por el art. 3311 en el juzgamiento del principal pagador de la manera más absoluta: "*no se aplicarán disposiciones de este Capítulo sino exclusivamente aquellas otras sobre los codeudores solidarios*". Y no fue eso lo que quiso ni lo que dijo Vélez Sarsfield, pues no obstante tener a los principales paga-

(33) Los textos transcriptos, son una traducción de los correspondientes según la edición del Ministerio de Justicia y Negocios Interiores, Servicio de Documentación, Río de Janeiro, 1952.

dores como codeudores solidarios, no excluyó la aplicabilidad de las disposiciones del Título sobre la fianza, entre las cuales la regla precedente mantiene el principio de la accesoriedad. Y en su nota al art. 2004 apela a la naturaleza de las cosas para reiterar, según ya se viera, que: "la fianza *no es sino una obligación accesoria y debe guardar siempre este carácter esencial*, cualesquiera que sean las modificaciones y las cláusulas más o menos rigurosas bajo las cuales se han constituido".

Vélez Sarsfield se apartó por ende decisivamente del Esboço, porque mantuvo al principal pagador dentro del Título "De la fianza" y en modo alguno excluyó la aplicabilidad de sus reglas; y si bien remitió asimismo a las disposiciones sobre los codeudores solidarios, no lo hizo con el carácter absoluto y exclusivo que adoptó Freitas, sino que cabe entender "en cuanto no contraríen la naturaleza de las cosas", según las propias palabras de Vélez. Y entre las disposiciones aplicables del Título que no pueden ser desplazadas por las reglas de los codeudores solidarios se encuentra la ya citada del art. 1995: "El fiador puede obligarse a menos pero no a más que el deudor principal". Téngase en cuenta también que cuando Vélez se refiere al principal pagador como un deudor solidario, no está diciendo nada distinto de lo que ya había dicho en el artículo 480 del Código de Comercio, al establecer que el fiador responde "solidariamente como el deudor principal", sin que ello condujera a negar el carácter accesorio de su obligación.

Como colofón cabe señalar que es comprensible la distancia que en este caso tomó Vélez respecto de Freitas, porque el jurista brasileño se apartó de la concepción precedente sobre los principales pagadores. La suya no prosperó y en el derecho brasileño tanto el Código Civil de 1916 como el del 2003 mantuvieron la línea tradicional. Es pues curioso que en la Argentina, cierto sector de la doctrina se haya hecho eco de ese criterio frustrado en la legislación brasileña, más que del adoptado por Vélez Sarsfield.

Por último y a mayor abundamiento, cabe destacar que es otra muy distinta la opinión de Aubry y Rau, "fuente" citada por Vélez Sarsfield en su nota al propio art. 2005, quienes expresan en la misma obra y texto que allí se mencionan lo siguiente: "*la fianza no es más que una obligación accesoria, y que conserva ese carácter esencial, cualesquiera fuesen las modalidades y las cláusulas más o menos rigurosas que se hubiesen consentido*", como asimismo que todo ello *resultaba igualmente aplicable en el caso de que la caución se hubiese otorgado "solidariamente y como*

principal pagador" (34). Lo que en suma equivale a decir que, como lo apuntara un destacado civilista clásico argentino: "Aunque el fiador se hubiera obligado como principal pagador, *no dejaría de ser fiador*" (35). Y en cuanto a la otra fuente citada en la nota al art. 2005, que corresponde a "Troplong, 523" (36), la misma resulta equivocada, dado que allí este autor se limita a hablar del caso en que "el fiador se hubiera obligado como *deudor principal*", que no es por cierto de lo que trata el art. 2005, que en verdad se ocupa de la hipótesis en que lo hubiese hecho como "*principal pagador*"; siendo esto en cambio lo que sí examinan Aubry y Rau, según se acaba de ver (37).

VI. Diferencias de régimen entre las situaciones de "codeudor solidario", "fiador solidario" y "fiador principal pagador"

Sin perjuicio de todo lo que antecede, entendemos que resulta fundamental precisar en que consiste el régimen jurídico de cada una de esas tres figuras: "codeudor solidario", "fiador solidario" y "fiador principal pagador", y ver cuales son las diferencias existentes entre cada una de ellas, máxime atento que en una visión panorámica resultan todas bastante parecidas, presentando notorias similitudes; siendo por ello que se ha podido decir, que en torno a todo este debate "existe... más 'polvareda que substancia'" (38).

Así en efecto, en lo que atañe propiamente a las relaciones de "obligación" entre el acreedor y los codeudores solidarios o su o sus fiadores solidarios, *lo cierto es que aquél siempre puede demandar íntegramente "la*

(34) AUBRY y RAU, M. M., "Cours de Droit Civil Français", 5ª ed. por M. Etienne Martin, Paris, 1920, Imprimerie et librairie générale de jurisprudence, Marchal et Billard, G. Godde successeur, t. 6, p. 217, § 423 y nota 7.

(35) MACHADO, José Olegario, "Exposición y comentario del Código Civil argentino", 2ª ed., Bs. As., Librería e imprenta Europea de M. A. Rosas, 1919, t. V, ps. 355 y sigte., § 551, texto y nota al art. 2005. Y en igual sentido: ACUÑA ANZORENA, Arturo, "adiciones" en SALVAT-ACUÑA ANZORENA, "Tratado de derecho civil argentino. Fuentes de las obligaciones", cit. t. III, p. 251, nota 26-a).

(36) TROPLONG, Raymond Théodore, "Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code Civil", Paris, Charles Hingray Libraire et Editeur, 1846, t. XVII, ps. 441 y sigte., y N° 503 (no el "523" erróneamente mencionado en la nota de Vélez al art. 2005).

(37) LOPEZ DE ZAVALIA, "Teoría de los contratos" cit., t. 5, p. 49, N° 3-b).

(38) LOPEZ DE ZAVALIA, "Teoría de los contratos" cit., t. 5, p. 52, § 141, N° V. 5.

totalidad del objeto" de la obligación contra uno cualquiera de estos últimos, fuesen éstos "codeudores solidarios", "fiador o fiadores solidarios" o "fiador principal pagador" (arts. 699, 2004, 2005 y concordantes Cód. Civil). No obstante lo cual, sin duda existen algunas diferencias entre esas distintas situaciones.

Con relación ante todo al "fiador solidario", su asimilación al "codeudor solidario" estriba en que no puede invocar los beneficios de "excusación" y de "división" (arts. 2004 y 2013 inc. 2 Cód. Civil); es decir pretender que primero se ejecuten los bienes del deudor principal, o, de ser más de uno los garantes, que se le permita desligarse mediante el pago de sólo la parte proporcional que le pudiera corresponder en el total de lo debido. Pero fuera de ello, el "fiador solidario" está habilitado para hacer valer todos los otros derechos que le pueden corresponder a quien no está obligado como deudor, sino que simplemente responde por "otro" (el obligado principal) y para el caso de que éste no cumpla. O sea que la solidaridad no cambia la naturaleza de la "fianza", que continúa siendo una obligación accesoria y que jamás puede ser más extensa que la del deudor principal, ni sobrevivirla; produciendo el solo efecto de colocar al fiador en la misma línea que el deudor principal, con relación a la exigibilidad del crédito.

Sobre el respecto cabe tener en cuenta además, que conforme al art. 3997 del Cód. Civil: "*La demanda interpuesta contra el deudor principal, o el reconocimiento de su obligación, interrumpe la prescripción contra el fiador; pero la demanda interpuesta contra el fiador, o su reconocimiento de la deuda, no interrumpe la prescripción de la obligación principal*". Habiéndose resuelto por la jurisprudencia en la interpretación de dicha norma, que la demanda promovida contra el deudor principal interrumpe la prescripción contra el fiador (39), ya que la obligación de éste, por ser accesoria, se halla sujeta a los principios que rigen la obligación principal (40); y también en este sentido, que el pedido del acreedor de verificar su crédito en la convocatoria del librador de unos pagarés (art. 33 ley 19.551 -Adla, 1972-B, 1847- similar al 32 de la vigente ley 24.522 -Adla, 1995-D, 4381- y sus modificaciones), interrumpe el curso de la prescripción contra el mismo,

(39) Cám. 1ª Civ. Com. San Isidro, 4/3/71, "Kogan c. Socolovsky", J.A. Reseñas 1972-85-Sum. 91.

(40) Cám. Fed. La Plata, sala 2ª, 9/5/72, "Banco de la Nación Argentina c. Rodríguez", JA, 16-1972-587.

que era el deudor principal, y también contra su fiador (41). Mientras que en cambio el reconocimiento hecho por el fiador, aun cuando fuese solidario (art. 2004), no interrumpe la prescripción en curso contra el deudor afianzado (42).

Habiéndose decidido por el contrario, obviamente bajo influencia de la postura doctrinaria que considera al "principal pagador" un codeudor solidario, que sí interrumpe la prescripción en curso contra el deudor afianzado la demanda promovida contra el fiador principal pagador (art. 2005) (43); como así que igualmente la interrumpe el reconocimiento de la obligación efectuado por el fiador principal pagador (44). Lo cual en cambio no sería posible por estricta aplicación de lo dispuesto en el art. 3997 del Cód. Civil, si por el contrario se acepta, como se viene propiciando, que no obstante el principal pagador sigue siendo, en definitiva, un fiador, esto es un obligado accesorio.

Por otra parte, lo que sí puede afirmarse es que no existe jurisprudencia que haya impuesto al principal pagador el pago de una obligación mayor que la del deudor o determinado su monto con prescindencia del deudor principal.

En lo que atañe concretamente a la situación del "fiador principal pagador", sin duda la misma ha de ser todavía algo más severa que la del mero "fiador solidario", en razón de tratarse de una figura con la que se ha procurado brindarle aun mayores ventajas o garantías a la parte acreedora. Por supuesto que el "fiador principal pagador" tampoco puede invocar los beneficios de "excusión" y de "división", pero en este aspecto su estatus resulta ser idéntico al ya visto del "fiador solidario". De ahí que la verdadera diferencia entre la situación del "fiador solidario" y la del "fiador principal pagador", deba buscarse entonces en alguna otra circunstancia.

Ahora bien en materia de fianza mercantil, el agregado de la estipulación de principal pagador sólo conduce a suprimir la accesoriedad subje-

(41) Cám. Nac. Comercial, sala A, 6/12/77, "Banco continental S.A. c. Tobal", JA, 1978-IV-60; ídem sala D, 15/11/77, "Shell S.A. c. Casares", LA LEY, 1978-C, 279.

(42) CCivil y Com., Rosario, 20/8/43, "Jentieu c. Gotilla", JA, 1944-I-210.

(43) CFed. Capital, sala 1ª Civ. y Com., 15/9/70, "Banco de la Nación Argentina c. Iuccio-lino", JA, 9-1971-600-Sum. 201.

(44) Cám. Paz Capital, sala 1ª, 8/3/63, "González c. Puig", JA, 1963-III-520.

tiva, aunque sin mengua de la objetiva (45); eliminando las facultades que tiene el fiador solidario, conforme a lo dispuesto por los arts. 480 y 481 del Cód. de Comercio, de poder exigir la previa interpelación judicial al deudor principal antes de cualquier reclamo en su contra y también de poder ofrecer bienes de aquél a embargo. Ocurriendo igualmente en materia civil algo parecido, puesto que el "fiador solidario" también tiene derecho a exigir que antes de que el pago le pueda ser reclamado a él, *previamente le haya sido requerido al deudor principal*, según así resulta del texto del art. 2004 del Cód. Civil, cuando en el *in fine* de su primera parte dice que la condición de solidaridad "no le quita a la fianza su carácter de obligación accesoria, y no hace al fiador deudor directo de la obligación principal" (46); lo cual ha sido tenido como, precisamente, lo que permite calificar de subsidiaria a la obligación del fiador solidario (47).

Muy por el contrario, en el caso de "fiador principal pagador" desaparece tal subsidiariedad, pues como bien se ha dicho, el mismo está "sujeto a una relación accesoria, (pero) no lo está a una obligación subsidiaria: el acreedor puede dirigirse contra el fiador principal pagador sin necesidad de requerir previamente al deudor"; siendo por cierto esta circunstancia la que "denota su carácter de 'principal' pagador, pues no siendo principal deudor, es principal a los efectos del pago, y *el acreedor tiene derecho a requerirle el pago en primer término*" (48). O sea en suma, que la obligación del "fiador principal pagador no es subsidiaria, porque frente al pago él es principal, *pero es accesoria*" (49); por lo que en consecuencia la misma

(45) Véase la distinción que realiza el art. 524 del Código Civil, cuando dispone: "Las obligaciones son principales o accesorias con relación a su objeto, o con relación a las personas obligadas. Las obligaciones son accesorias respecto del objeto de ellas, cuando son contraídas para asegurar el cumplimiento de una obligación principal, como son las cláusulas penales. Las obligaciones son accesorias a las personas obligadas, cuando éstas las contrajeren como garantes o fiadores...".

(46) LOPEZ DE ZAVALIA, "Teoría de los contratos" cit., t. 5, p. 22, § 141, N° II.6 y p. 53, § 141, N° V.6.

(47) FERNANDEZ, Raymundo L., "Código de Comercio de la República Argentina comentado", Buenos Aires, Talleres Gráficos A. Wolter, 1950, t. II, p. 383, nota 1.

(48) LOPEZ DE ZAVALIA, "Teoría de los contratos" cit., t. 5, p. 53, § 141, N° V.6; RODRIGUEZ, "Contrato de fianza...", cit., ps. 22 y sigte., N° 5-F).

(49) LOPEZ DE ZAVALIA, "Teoría de los contratos", cit., t. 5, p. 53, § 141, N° V.6; RODRIGUEZ, "Contrato de fianza...", cit., ps. 22, N° 5-F); Cám. Nac. Comercial, sala A, 18/3/98, "Club Hípico Argentino c. Muñoz", LA LEY, 1999-B, 564.

continúa subordinada a la existencia y vicisitudes del *debitum* principal al que garantiza (arts. 523 a 525 y concordantes Cód. Civil y su doctrina). Algo que ya había sido anticipado en 1938 por Lorenzo Carnelli, cuando decía que: "las palabras 'fiador, liso y llano pagador', de acuerdo con su verdadero sentido gramatical, con la interpretación común que se le ha dado, y que se le da invariablemente por la doctrina y la jurisprudencia, *excluyen de la obligación del fiador el carácter subsidiario que tendría si hubiera quedado en fianza ordinaria*" (50).

Por lo tanto, dado que conforme a lo expuesto precedentemente, el "principal pagador" conserva su condición de "fiador", como así el carácter "accesorio" que la fianza tiene con relación al "*debitum*" principal que refuerza; va de suyo que, como ya se anticipara, también habrá de resultar de aplicación a su respecto la extinción por vía de consecuencia una vez fenecida la obligación principal, según se prevé en el art. 2042 del Cód. Civil (51). No obstante que ello casi no difiere en punto a lo que sucede con relación a los mismos deudores solidarios, ya que el cumplimiento o pago íntegro hecho por uno cualquiera de ellos *extingue toda la obligación* (arts. 724, 725 y sigtes. Cód. Civil), e igualmente, conforme al art. 707 del Cód. Civil: "*La novación, compensación o remisión de la deuda, hecha por cualquiera de los acreedores y con cualquiera de los deudores, extingue la obligación*". Máxime teniendo en cuenta que conforme a la primer parte del art. 715 del Cód. Civil: "*Cada uno de los deudores puede oponer a la acción del acreedor, todas las excepciones que sean comunes a todos los codeudores*", y que entre éstas la doctrina menciona uniformemente a todas las causas de extinción de las obligaciones (pago, novación, compensación, remisión, etc.) (52).

(50) CARNELLI, Lorenzo, "Concepto de liso y llano pagador", en *La Ley*, t. 12, sección doctrina, p. 157, 1ª columna, penúltimo párrafo.

(51) ZAGO, en el "Código Civil y normas complementarias...", cit. de Bueres - Highton, t. 4-D, p. 374, § 1-a).

(52) ALTERINI-AMEAL-LOPEZ CABANA, "Derecho de obligaciones", cit., p. 535, N° 1345; AMEAL, en el "Cód. Civil...", cit. de Belluscio-Zannoni, t. 3, ps. 359 y sigte.; BOFFI BOGGERO, "Tratado de las obligaciones", cit., t. 3, p. 563, § 1165; BORDA, "Tratado de derecho civil. Obligaciones", cit., t. I, p. 406, N° 604; BUSSO, "Código civil anotado", cit., t. V, p. 159, N° 7; CAZEAUX-TRIGO REPRESAS, "Derecho de las obligaciones", cit., t. II, p. 450, N° 896; COLMO, "De las obligaciones en general", cit., p. 357, N° 508; DE GASPERI-MORELLO, ob. cit., t. II, p. 395, N° 934; LAFAILLE, "Tratado de las obligaciones", cit., t. II, p. 240, N° 1146; LLAMBIAS, "Trat. de derecho civil. Obligaciones", cit., t. II, p. 581, N° 1273; REZZONICO, "Estudio de las obligaciones", cit., t. I, p. 649; SALVAT-GALLI, "Tratado de derecho civil... Obligaciones en general", cit., t. II, p. 105, Nros. 946/47.

Por el contrario, la segunda parte del primer párrafo del art. 715 veda a los codeudores hacer valer las excepciones o defensas "personales" de los otros coobligados. Estando en cambio facultado el "fiador solidario", para "*oponer al acreedor todas las excepciones... que podría oponerle el deudor principal en la fianza simple...*" (art. 2020, Cód. Civil), u otras defensas personales del mismo que apunten a que "*la obligación nunca existió, o está extinguida, o es de un acto o contrato nulo o anulado*" (art. 1994, Cód. Civil), etc.; todo en razón de que la fianza solidaria sigue siendo empero una obligación "accesoria" (art. 2004, Cód. Civil).

Aunque aún así la diferencia resulta ser de muy poca monta, por cuanto de todas maneras la referencia del art. 715 a la inoponibilidad por un coobligado de las excepciones "personales" de otro codeudor, *se refiere en concreto nada más que a las "estrictamente personales"*, es decir a *aquellas relacionadas exclusivamente con uno de los obligados y que de ningún modo pueden aprovechar a los demás*, como ser: causas de nulidad que afectan solamente a uno de ellos, sea por su falta de capacidad, o por existencia de error, dolo o violencia nada más que a su respecto; las modalidades (plazo, condición, cargo suspensivo y resolutorio) que atañen nada más que a uno de los deudores; o el concordato o "acuerdo" arribado en un concurso y la carta de pago que beneficia a un solo deudor (53); etcétera. ♦

(53) BOFFI BOGGERO, "Tratado de las obligaciones", cit., t. 3, p. 564, N° 1166; BORDA, "Tratado de derecho civil. Obligaciones", cit., t. I, p. 407, N° 604; BUSSO, "Cód. Civil anotado", cit., t. V, p. 160, N° 8, 11 y 12; CAZEAUX en CAZEAUX-TRIGO REPRESAS, "Derecho de las obligaciones" cit., t. II, p. 452, N° 898; COLMO, "Obligaciones en general", cit., p. 356, N° 508; LLAMBIAS, "Tratado de derecho civil. Obligaciones", cit., t. II, ps. 582 y sigte., N° 1275 y sigte.; REZZONICO, "Estudio de las obligaciones" cit., t. I, p. 649; SALVAT-GALLI, "Obligaciones en general", cit., t. II, p. 108, N° 951; CFed. Capital, 14/11/38, "Fisco Nacional c. Mahmud Amado y Hnos.", La Ley, 12-626; etc.

DE LA SOCIEDAD CONSTITUIDA EN EL EXTRANJERO O SOCIEDAD EXTERNA

POR JULIO C. OTAEGUI (*)

1. Nuestro primer Código de Comercio de 1862 (CCom. 1862), el siguiente de 1890 (CCom.) y actualmente la Ley de Sociedades Comerciales 19.550 de 1972 (LSC —Adla, XXXII-B, 1760—), enfocaron la inscripción de la sociedad constituida en el exterior o *brevitatis causa* sociedad externa, como una carga y por ello de cumplimiento voluntario tal como ocurre con la matriculación de los comerciantes y la inscripción de las sociedades constituidas en el país, carga prevista para tutela del crédito con determinados beneficios para los cumplidores.

A partir del 2003 con un nuevo criterio la Inspección General de Justicia de la Capital Federal en su doble función de autoridad registral y autoridad de contralor de las sociedades por acciones excepto las abiertas (ley 22.315 —Adla, XL-D, 3988—), siguiendo una corriente doctrinaria y jurisprudencial, consideró que la registración de las sociedades *extranjeras (sic)* es una imposición por estar comprometidos principios de soberanía y control (IGJ RG 7/2003) y dictó en consecuencia numerosas resoluciones.

A esto se sumaron algunos fallos interpretativos de la LSC y el Proyecto de Reforma a la Ley de Sociedades Comerciales del 2005, redactado por los profesores Jaime L. Anaya, Raúl A. Etcheverry y Salvador D. Bergel, coincidentes en que la registración de una sociedad constituida en el exterior es una obligación cuyo incumplimiento priva a la sociedad de la legitimación activa en juicio.

(*) Comunicación efectuada por el Académico, en la sesión privada del 8 de setiembre de 2005.

2. La matriculación del comerciante y la inscripción de la sociedad comercial hacen a la información de la plaza para tutela del crédito.

Sin crédito no hay comercio ni empresa mercantil ni mercado.

El motivo de la registración de comerciantes y sociedades comerciales consiste en que el ejercicio del comercio implica el recurso habitual y profesional al crédito, lo que debe estar en conocimiento del mercado.

Tal publicidad es importante para garantizar la buena fe en el tráfico mercantil (Fontanarrosa, Rodolfo O., "Derecho Comercial Argentino" (Parte General) p. 307, N° 235, Zavalía, Buenos Aires, 1967).

Esto no significa que para ser comerciante haya que estar matriculado.

Se es comerciante por el ejercicio habitual y profesional del comercio (CCom. art. 1°) y no por la matriculación que de por sí no confiere tal calidad (Anaya, J. L. - Podetti, H. A., "Código de Comercio y Leyes Complementarias Comentados y concordados", t. I, p. 180, Omeba 1965).

Otro tanto sucede con la sociedad comercial que para serlo debe ajustarse a uno de los tipos previstos por la ley (LSC art. 1°) y que sólo queda regularmente constituida con la inscripción (LSC art. 7°).

Empero ello no obsta a que la sociedad de hecho con objeto comercial y la sociedad típica no inscrita, sean sociedades comerciales (LSC arts. 21/26).

La matriculación sirve al comerciante no para asignarle la calidad de tal, sino para brindarle determinados derechos que con el tiempo han ido menguando, pues del elenco previsto en el CCom. art. 26 hoy sólo queda en pie el inciso 1 atinente a la fe que merezcan sus libros.

Diversamente para los socios de la sociedad comercial la inscripción es importantísima.

La sociedad comercial—salvo la unimembre— implica la actuación colectiva en el comercio por parte de los socios sin ser comerciantes y bajo reglas de responsabilidad distintas de las aplicables de operar individualmente siendo arquetípicas las situaciones del cuotista y del accionista (LSC arts. 146, 163).

La falta de inscripción lleva a la responsabilidad solidaria (LSC art. 23) o sea a una situación aun peor que la de la actuación individual.

No hay en esto un problema de soberanía ni de control.

Hay simplemente una cuestión de tutela del crédito ante terceros.

Quienes contratan con un comerciante matriculado o con una sociedad comercial inscripta saben que lo hacen con quien recurre habitualmente al crédito y que cuenta con ciertas reglas especiales sobre la prueba de libros y sobre responsabilidad en materia societaria.

Quienes no se matriculan o inscriben no acreditan la publicidad de su carácter mercantil y por lo tanto de su recurso habitual al crédito perdiendo así la ventaja de las reglas especiales.

La matriculación y la inscripción no son obligaciones jurídicas sino cargas (Anaya, J. L. - Podetti, H. A., "Código de Comercio y Leyes Complementarias Comentados y concordados", t. I, p. 440, Omeba 1965).

No hay en esto un problema de extranjería.

Los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano (CN art. 20).

"La protección que ofrece la Constitución al extranjero y al capital extranjero, igualándolos al argentino en sus derechos, se refiere a los elementos (personas) que habitan en el país o que se han incorporado a su vida económica (Martínez Ruiz, Roberto, "La Constitución Argentina", p. 185, Editorial Guillermo Kraft Ltda., 1945).

3. En materia societaria cabe distinguir entre la sociedad constituida en el extranjero o sociedad externa y la sociedad extranjera.

En la sociedad externa no se atribuye a la misma nacionalidad para admitir su inscripción en el Registro Público de Comercio con las consecuencias antedichas vg. la limitación de responsabilidad del accionista o cuotista.

En la sociedad extranjera, esté constituida dentro o fuera del país, se atribuye a la misma nacionalidad para acotar sus derechos: vg. el Código Aero-

náutico ley 17.285 (Adla, XXVII-A, 326) art. 99, la ley 22.591 (Adla, XLII-B, 1305) por la guerra de las Malvinas art. 1º, la ley 25.750 (Adla, LXIII-D, 3817) sobre bienes culturales y medios de comunicación art. 2º.

Inclusive puede ser que una sociedad colectiva constituida por argentinos en el exterior no tenga derecho al fuero federal, pero sí lo tenga una sociedad colectiva constituida en el país por extranjeros (ley 48 art. 10).

Reitero que: (i) uno es el supuesto de la sociedad externa para lo que no interesa la atribución de nacionalidad, pues su actuación hace a la tutela del crédito; (ii) otro el supuesto de la sociedad extranjera a la que se atribuye nacionalidad por razones de interés público atinentes a la soberanía.

Con todo, es de tener en cuenta que la IGJ destina en sus Libros para la inscripción de las sociedades externas un Tomo B Sociedades Extranjeras.

4. El CCom. 1862 enfocó la cuestión desde el punto de vista de la tutela del crédito y por ello admitió la actuación de las sociedades externas en los siguientes términos:

Art. 398. Si la compañía tuviese varias casas de comercio situadas en diversos puntos que no estuviesen sujetos al mismo tribunal, se cumplirá en todas ellas la formalidad prescripta en el art. 47. Las sociedades estipuladas en países extranjeros con establecimiento en el Estado tienen obligación de hacer igual registro en los tribunales de comercio respectivos del Estado, antes de empezar sus operaciones. Mientras el instrumento del contrato no fuese registrado, no tendrá validez contra terceros; pero dará acción a éstos contra todos los socios solidariamente (arts. 399 y 400).

La solución es congruente, pues: (ii) sujeta a las sociedades externas al requisito de la inscripción tal como a las internas; (ii) la falta de inscripción comporta la solidaridad de los socios por las obligaciones sociales.

Tal ordenamiento rigió sin problemas porque el CCom. 1862 muy posiblemente siguió al Código español de 1829 limitando el recaudo de la autorización del Poder Ejecutivo para las anónimas que gozaran de algún privilegio (CCom. 1862 arts. 406, 407).

Esta opinión fue sostenida inicialmente por Malagarriga (Malagarriga, Carlos C., "Código de Comercio Comentado", t. II, p. 121, N° 117, J. Lajoane & Cía. Buenos Aires, 1927) aunque después la varió (Malagarriga,

Carlos C., "Tratado elemental de Derecho Comercial", t. I, p. 400 Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1951) en lo que concuerdan otros autores.

5. En 1870 se sancionó el Código Civil vigente a partir de 1871 que incluyó a las anónimas entre las personas jurídicas cuya constitución requería la autorización del Poder Ejecutivo (CCiv. arts. 33, 45).

En 1890 el Código de Comercio reformado para adecuarlo al Cód. Civil prescribió que la constitución de una anónima requería la autorización del Poder Ejecutivo (CCom. art. 318), pero atemperó la regla.

Así dispuso:

1) Art. 285. Las sociedades legalmente constituidas en país extranjero, que no tuvieren asiento, sucursal o cualquier especie de representación social en la República, podrán, sin embargo, practicar en ésta los respectivos actos de comercio que no sean contrarios a la ley nacional.

Dicho de otra forma, quedaban liberadas del requisito de la autorización gubernativa y de la inscripción en el RPC las anónimas externas que no ejercieran su actividad en el país sino tan solo realizaran actos de comercio. Esto es acorde con un sistema que requiere la inscripción en el RPC en caso de ejercer el comercio por el ya dicho recurso habitual al crédito, lo que no sucede cuando se realizan actos de comercio que no implican una actividad.

Este art. 285 es el antecedente de la LSC art. 118, "Actos aislados", y de la RG. 8/2003 de la IGJ.

2) Art. 286. Las sociedades que se constituyan en país extranjero para ejercer su principal comercio en la República serán consideradas para todos sus efectos como sociedades nacionales, sujetas a las disposiciones de este Código.

Este razonable artículo y su reforma por la ley 3528 de 1897 (Adla, 1889-1919, 378) son los antecedentes de la LSC art. 124.

3) Art. 287: Las sociedades legalmente constituidas en país extranjero que establecieren en la República sucursal o cualquier especie de representación social quedan sujetas, como las nacionales, a las disposiciones de este Código, en cuanto al registro y publicación de los actos sociales y de los mandatos de

los respectivos representantes, y en caso de quiebra, a lo estatuido en el art. 1385. Los representantes de dichas sociedades tienen para con los terceros la misma responsabilidad que los administradores de sociedades nacionales.

Tal solución es congruente con el anterior art. 286, pues establecer una sucursal o representación no es ejercer el principal comercio.

Este artículo y su reforma mediante la ley 8867 de 1912 (Adla, 1889-1919, 842) son los antecedentes de la LSC art. 118 "Ejercicio habitual".

6. La reforma de 1890, que entró a regir a partir de mayo de ese año, coincidió con una poca de crisis económica y de gran agitación política.

El 26 de julio estalló la Revolución de 1890 que fue vencida, pero provocó la renuncia del Presidente Juárez Celman en agosto de ese año asumiendo la presidencia el vicepresidente, doctor Carlos Pellegrini.

Pellegrini encauzó la crisis económica, pero el oficialismo no pudo calmar la agitación política.

Así para la elección presidencial por el período 1892-1898, se presentó un candidato opositor de fuste, el doctor Roque Sáenz Peña, con una visión tan distinta del país que llegó a la presidencia en 1910 bajo su gestión promulgó la ley electoral de 1912.

Frente a la candidatura de Roque Sáenz Peña el oficialismo postuló la de su padre don Luis Sáenz Peña, entonces miembro de la Corte Suprema, lo que motivó la renuncia de aquél.

El oficialismo consideró que Luis Sáenz Peña sería un candidato de transición, pero no fue así.

Luis Sáenz Peña tenía sus propias ideas políticas y se dispuso a ejercer la presidencia con energía.

En lo que hace a nuestro tema organizó la IGJ en 1893 para fiscalizar las anónimas y así se enfrentó con los ferrocarriles ingleses con motivo del pago de la cláusula de garantía.

Tras sucesivas crisis de gabinetes y la imposibilidad de encontrar ministros, Luis Sáenz Peña renunció a la presidencia el 5 de enero de 1895.

7. En 1897 se modificó el art. 286 del CCom. en la siguiente forma:

"Las sociedades que se constituyen en país extranjero para ejercer su comercio principal en la República, con la mayor parte de sus capitales levantados en ésta, o que tengan en la misma su directorio central y la asamblea de socios, serán consideradas, para todos sus efectos, como sociedades nacionales sujetas a las disposiciones de este Código".

Como antes se dijo, este es el antecedente directo de la LSC art. 124.

Otra reforma importante tuvo lugar en 1912 respecto del CCom. art. 297.

Aunque dicho artículo era claro en el sentido que el establecimiento de una sucursal por parte de una anónima externa no requería la autorización gubernativa para funcionar, de hecho hubo soluciones divergentes, pues en unos casos se exigió la autorización y en otros no.

Para resolver un problema planteado con Francia a raíz de la pretensión del Banco Español del Río de la Plata de establecer una sucursal en París, se sancionó la ley 8867 (Adla, 1889-1919, 842) complementaria del CCom. art. 287 la que dispuso:

Art. 1º. "Las sociedades anónimas a que se refiere el art. 287 del Cód. de Comercio funcionarán en la Nación sin necesidad de autorización previa del Poder Ejecutivo, a condición de que comprueben ante los jueces competentes, que se han constituido de acuerdo con las leyes de sus países respectivos, e inscriban sus estatutos y documentos habilitantes en el Registro Público de Comercio".

Como antes se advirtió, este es un antecedente de la LSC art. 118, "Ejercicio habitual".

8. Hasta aquí se han visto antecedentes legales de la LSC en materia de sociedades externas.

Veremos seguidamente dos antecedentes jurisprudenciales.

En 1920 se presentó para su inscripción ante el Registro de la Propiedad una escritura de adquisición de inmuebles hecha por el representante de una anónima externa no registrada en el país.

El Director del Registro de la Propiedad consultó a la Cámara Civil que criterio debía seguir de acuerdo a la ley 8867.

La Cámara Civil en pleno resolvió que la sociedad de marras debía: (i) acreditar ante el juez competente que se había constituido de acuerdo a las leyes de su país; (ii) inscribir sus estatutos y documentos habilitantes en el Registro Público de Comercio (JA, VI-46).

La solución es singular, pues la adquisición de inmuebles es ajena al comercio (CCom. art. 8° inc. 1), no implica una actividad mercantil (CCom. art. 2°) y en consecuencia no cabe la carga de inscripción de la sociedad (CCom. arts. 33, 36 inc. 3, 287), a lo que cabe agregar que, aunque correspondiera dicha carga, su incumplimiento sólo hubiera acarreado la responsabilidad de los socios (CCom. ex art. 297).

Es de notar que la Cámara de Comercio el 18/07/1923 resolvió en sentido contrario (aunque con la disidencia del doctor Tomás Casares), que:

No procede la inscripción en el registro público de comercio de los estatutos de una sociedad extranjera que no se proponga realizar acto alguno de comercio en la República, ni establecer en ella representaciones: no correspondiendo, por tanto, dicha inscripción al solo efecto de obtener la regularización del título de propiedad de un inmueble dado en pago a la compañía solicitante (CNCom., 18/07/1923, S.A. Holandesa "Koninklijke Nederlandsche Papierfabriek", JA, XI-1923-188).

El plenario de la Cámara Civil es un antecedente de la RG 8/2003 de la IGJ.

El otro antecedente jurisprudencial relevante es el del caso "El Hatillo C.A."

La sociedad venezolana "El Hatillo C.A.", no inscrita en el RPC, promovió tercería de dominio sobre bienes que había introducido en el país como aporte a una sociedad.

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial sostuvo que era de aplicación el CCom. art. 287, por lo que no admitió la legitimación de la sociedad venezolana al no estar inscrita.

La Corte Suprema revocó la resolución de la Cámara sosteniendo que:

Es violatoria de la garantía de defensa en juicio la resolución recaída en una tercería de dominio iniciada en ocasión de una ejecución prendaria, si aquélla se dedujo por una sociedad anónima que tiene domicilio real en el

extranjero y la Cámara desestimó la acción por no haber cumplido la sociedad los requisitos exigidos por el art. 287 del Cód. de Com. y ley 8867, si las circunstancias del caso acreditan que dicha resolución importa un efectivo impedimento a la tutela jurisdiccional (CS, 31/07/963 – “Corporación El Hatillo, en Potosí SA c. Cóccharo”, LA LEY, 111-666, N° 50851).

El fallo de la Corte fue criticado severamente por el maestro Halperín quien sostuvo que era errado el criterio de la Corte consistente en aplicar el CCom. art. 285 porque correspondía el CCom. art. 287 (Halperín I., “Curso de Derecho Comercial”, vol. I, p. 284, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1971).

El criterio de Halperín se impuso en la LSC art. 123, interpretado jurisprudencialmente tanto para la constitución como para la participación y es el antecedente de las resoluciones de la IGJ relativas a dicho artículo vg. la RG 7/2003 y la RG 9/2005.

9. De la reseña efectuada resultan los antecedentes de la LSC arts. 118, 123, 124, con origen en las normas del CCom. 1890 arts. 285/287.

Diversa es la situación de la LSC art. 119 en cuanto admite la inscripción de sociedades externas de tipo desconocido.

El CCom. 1890 regulaba los tipos societarios clásicos en nuestro derecho, pero no contenía norma alguna que impidiera la inscripción de una sociedad comercial de estructura diferente.

El maestro Malagarriga en el Primer Congreso Argentino de Derecho Comercial de 1940, conmemoratorio del cincuentenario del Código de 1890, postuló que debía aceptarse el principio de que los contratantes de una sociedad pudieran apartarse de los tipos previstos en el Código siempre que sus estipulaciones no fueran susceptibles de vulnerar los derechos de terceros o los intereses generales; la ponencia fue objetada y no prosperó (Malagarriga, Carlos C., “Tratado elemental de Derecho Comercial”, t. I primera parte p. 192 Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1951).

La LSC art. 17 adoptó el criterio restrictivo y prescribió la nulidad de la constitución de una sociedad de los tipos no autorizados por la ley.

Maguer respecto de la sociedad externa tuvo una solución más flexible permitiendo la inscripción de las sociedades externas de tipo desconocido bajo ciertas condiciones (LSC art. 119).

10. En el panorama descripto aparece un nuevo elemento consistente en sociedades externas inscriptas conforme a la LSC arts. 118 y 123 eludiendo la aplicación de la LSC art. 124.

Dichas sociedades externas se estructuran generalmente conforme a legislaciones que brindan tratamientos fiscales benévolos a condición que la actividad de las mismas se desarrolle fuera del país de su constitución.

Es el caso de las llamadas *off shore* vg. las sociedades uruguayas de la ley 11.073 (Adla, 1920-1940, 37) o de otros paraísos fiscales.

Esta situación motivó la RG 7/2003 conforme la cual las sociedades constituidas en el extranjero que soliciten su inscripción en el RPC a los fines de la LSC art. 118 párrafo tercero o sea "Ejercicio habitual" y de la LSC art. 123 deberán:

1) Informar si se hallan alcanzadas por prohibiciones o restricciones legales para desarrollar en su lugar de origen todas sus actividades o la principal o principales de ellas.

2) Acreditar: (i) la existencia de una o más agencias, sucursales o representaciones permanentes; (ii) la titularidad en otras sociedades que tengan el carácter de activos no corrientes; (ii) la titularidad de activos fijos en su lugar de origen entendiéndose por tal al lugar de constitución, registro o incorporación de la sociedad, (iii) la existencia de ciertos activos en el exterior.

Resulta claro que lo que se procura es evitar la violación de la LSC art. 124.

Concordantemente: (i) La IGJ denegará la inscripción de la sociedades que no cumplan con los extremos de acreditación de activos (RG 7/2003 art. 2°); (ii) los representantes de las sociedades inscriptas según la LSC art. 123 deberán acreditar el cumplimiento de las Resoluciones de la AFIP (RG 7/2003 art. 4°); (iii) La IGJ podrá requerir a las sociedades inscriptas la adecuación de los estatutos o contrato conforme a la LSC art. 124 y en caso de incumplimiento solicitar por vía judicial la cancelación de la inscripción de la sociedad (RG 7/2003 art. 6°); (iv) La IGJ no inscribirá los instrumentos correspondientes a asambleas o reuniones de socios en los que hubiera votado una sociedad externa no inscripta conforme a la LS art. 123,

siempre que los votos emitidos por sí o en concurrencia con los de otros participantes hayan sido determinantes para la formación de la voluntad social (RG 7/2003 art. 8°), lo que fue ampliado mediante la RG 9/2005; (v) La solución antedicha se aplica a las "sociedades vehículo" de la RG 22/2004 cuyos controlantes se hallen en infracción.

La RG 7/2003 y sus complementarias merecen los siguientes comentarios:

1) Se ajusta a derecho el requerimiento de información tendiente a evitar el incumplimiento de la LSC art. 124 así como la denegatoria de inscripción o el pedido de cancelación judicial de la inscripción.

Dentro de esta correcta orientación prosiguió la RG 2/2005 art. 1° denegatoria de la inscripción de las sociedades off shore sin perjuicio de su adecuación conforme la LSC art. 124.

Es obvio que una sociedad externa que no puede realizar su principal objeto en su país y que viene a operar aquí es porque aquí realizará su principal objeto siendo aplicable en consecuencia la LSC art. 124.

2) Es cuestionable la exigencia de la acreditación del cumplimiento de las resoluciones de la AFIP para las sociedades inscriptas.

Es cierto que el CCom. art. 29 dispone que la inscripción en el Registro será ordenada *siempre que no haya motivo para dudar que el peticionante goza del crédito y probidad que deben caracterizar a un comerciante de su clase*, lo que obviamente incluye el cumplimiento con el Fisco.

Es cierto que la LSC art. 167 prescribe que el *contrato constitutivo* (de la anónima) *será presentado ante la autoridad de contralor para verificar el cumplimiento de los requisitos legales y fiscales*.

Empero todo ello se refiere al pedido de matriculación y al pedido de inscripción de contratos constitutivos de una anónima y obviamente de sus modificaciones, pero no a la conducta o inconducta tributaria del comerciante matriculado o de la sociedad inscripta.

Téngase en cuenta que conforme al CCom. art. 57 *"Ninguna autoridad, Juez o Tribunal bajo pretexto alguno, puede hacer pesquisas de oficio, para inquirir si los comerciantes llevan o no libros de comercio"*.

La conducta fiscal de las sociedades inscriptas es ajena a la competencia de la IGJ conforme a la ley 22.315 (Adla, XL-D, 3988).

La inconducta fiscal de las sociedades inscriptas incumbe a las leyes de procedimiento tributario 11.683 (Adla, 1920-1940, 309) y ley penal tributaria 24.769 (Adla, LVII-A, 55).

3) Es cuestionable que la IGJ aprecie con criterio restrictivo la inscripción de sociedades creadas en jurisdicciones de baja o nula tributación aunque tal legislación no establezca prohibiciones o restricciones de actuación en su propio territorio (RG 2/05 art. 3°).

Esto es cuestionable porque: (i) nada tiene que hacer la tributación del país de origen con la LSC art. 124; ii) la política fiscal no es de incumbencia de la IGJ.

4) Es cuestionable que el temperamento anterior se aplique a sociedades externas constituidas en jurisdicciones que aunque no fueren consideradas de baja o nula tributación sean consideradas como jurisdicciones no colaboradoras en la lucha contra el lavado de dinero o el crimen internacional (RG 2/05 art. 5°).

Esto es cuestionable porque: (i) la política penal no es de incumbencia de la IGJ; (ii) de mediar un delito el funcionario que lo conozca en ejercicio de sus funciones deberá denunciarlo (CPPN art. 177 inc.1).

5) Es cuestionable la denegatoria de inscripción de acuerdos asamblearios en los que haya participado una sociedad externa no inscripta.

La presunta inconducta de la sociedad participante no puede imputarse a la sociedad participada porque ello implicaría una desestimación descendente de la personalidad de la participante achacando a la participada la seudotorpeza de aquélla, lo que sólo podría tener lugar mediante el debido proceso (CN art. 18).

La presunta inconducta de la sociedad participante sólo generaría para la misma: (i) la responsabilidad solidaria por los daños causados (CCom. regla I, art. 207, CCiv. arts. 1072/1081); (ii) la responsabilidad del socio oculto (LSC art. 34).

11. La RG 8/2003 en cuanto dispone la creación de un Registro de actos aislados de sociedades constituidas en el extranjero relativos a bienes in-

muebles, para determinar si tal actuación encuadra en la LSC art. 118 "ejercicio habitual" o en la LSC art. 124, es cuestionable por los siguientes motivos.

Con referencia a la LSC art. 118 "ejercicio habitual" cabe tener en cuenta que:

1) Las operaciones sobre inmuebles son ajenas al comercio (Fernández Raymundo, L., "Código de Comercio Comentado", t. I, p. 398, "Cía. Impresora Argentina S.A.", 1943) por lo que no afectan al crédito mercantil no siendo comerciante quien las realiza.

2) Una excepción podría darse si la sociedad externa tuviera por objeto el tráfico inmobiliario y adquiriera o enajenara inmuebles en el país.

Empero, aunque así fuera, no correspondería exigir la inscripción de dicha sociedad porque ello es una carga y no una obligación.

Las consecuencias del incumplimiento de la carga serían las responsabilidades de la sociedad informal (LSC arts. 21/26).

3) Otra excepción podría consistir en que la sociedad externa realizara reiteradas operaciones inmobiliarias tomando dinero prestado aunque su objeto no fuera el tráfico inmobiliario.

El recurso habitual y profesional al crédito caracteriza a la actividad mercantil, pero no por ello sería exigible la inscripción de la sociedad, dado lo dicho en el anterior punto 2).

4) La intimación bajo apercibimiento de solicitar judicialmente la liquidación de los bienes y liquidación de la sociedad (RG 8/2003 art. 4° inc. 2 párrafo 2) es improcedente (CCom. art. 57).

Respecto a la LSC art. 124 cabe tener en cuenta que:

1) Si la sociedad externa *legitimara activos de origen ilícito* (Ley 25.246 —Adla, LX-C, 2805—) o *hiciera indebido uso de la planificación fiscal internacional con finalidades de evasión o elusión lesivas del ordenamiento y la soberanía tributarios argentinos* (Ley 24.769), procedería la denuncia penal pertinente (CPPN art. 177).

2) De tratarse de una anónima cerrada la IGJ como autoridad de contralor (LS art. 299, Ley 22.169 —Adla, XL-A, 62—) podría demandar judicial-

mente la liquidación de los bienes de dicha sociedad existentes en el país por razones de interés público (LSC art. 303; arg. LCQ 24.522 —Adla, LV-D, 4381— art. 2° inc. 2).

Cabe tener en cuenta que las resoluciones de la IGJ referidas han sido consolidadas mediante la RG 7 del 23/08/05 que entrará en vigencia a los 180 días de su publicación.

12. Hasta aquí lo que se ha visto consiste en que por razones de soberanía y control, cabe considerar que la inscripción para la sociedad externa es una obligación cuyo incumplimiento lleva a que la IGJ demande judicialmente la liquidación de sus bienes u operaciones o la disolución y liquidación.

Empero hay opiniones que van allende desconociendo la legitimación activa de la sociedad externa no inscrita para actuar en juicio.

12.1. Así la CNCiv. Sala F el 05/06/2003, en el controvertido fallo "Rolyfar SA c. Confecciones Poza SA s/ ejecución hipotecaria" (ED, 203-415 N° 52.181), admitió la excepción de inhabilidad de título opuesta en una ejecución hipotecaria a la cesionaria de una sociedad extranjera no inscrita, entre otros, por los siguientes argumentos:

12. Si bien la ley 19.550 no define al acto aislado, no existe en la doctrina y en la jurisprudencia una posición uniforme respecto del concepto, contraponiéndolo al de ejercicio habitual, aunque es dable compartir el criterio que sostiene que el supuesto de acto aislado debe apreciarse con criterio realista y restrictivo.

13. Descartada la afirmación de la sociedad extranjera acreedora de tratarse de un acto aislado y ante el incumplimiento de los recaudos que impone el art. 118 de la ley 19.550 por parte de aquélla, corresponde concluir que tal omisión, que resulta de suma trascendencia por tratarse de una norma de orden público, priva en consecuencia a la ejecución hipotecaria intentada por aquella de tutela judicial en los términos en que ha sido planteada, pues no puede ser admitida la vía elegida para convalidar actos u operaciones fuera del marco de la ley.

14. Dable es destacar, aunque si bien referido al criterio que debe seguirse en la inscripción de las hipotecas, pero viene al caso remarcar en lo pertinente, la idea expuesta por nuestro codificador, en la nota al art. 3136 del Cód. Civil,

cuando destaca que "sería un deshonor de la ley, que los jueces cerrasen sus ojos ante una conducta fraudulenta y permitieron que esta triunfara".

La Corte Suprema (ED, 209-136 N° 52912) dejó sin efecto el pronunciamiento entre otros por los siguientes argumentos:

Si bien lo relativo a si el contrato que se ejecuta es o no un acto aislado en los términos del art. 118 de la LS y si existe o no una sanción para el incumplimiento de esta norma, es un tema de derecho común que no puede ser objeto de tratamiento en la instancia extraordinaria, no ocurre lo mismo con las quejas referidas al acogimiento de la excepción de inhabilidad de título con prescindencia de lo establecido en el art. 544 del CPCC, ya que el examen de la frecuencia con que la cedente del crédito hipotecario ejecutado pudo haber actuado en el país, significó apartarse de las formas extrínsecas del título, para inmiscuirse en el examen de la actividad comercial de aquélla; aspecto que, por tratarse de un juicio ejecutivo, no corresponda evaluar (del dictamen del Procurador Fiscal que la Corte comparte y hace suyo).

Cabe resaltar que la Corte Suprema no se pronunció sobre la LSC art. 118 "Actos aislados" sino sobre el CPCC art. 544.

12.2. Así el Proyecto de la Ley de Reforma de Sociedades Comerciales redactado por los profesores Jaime L. Anaya, Raúl A. Etcheverry y Salvador D. Bergel:

1) En el proyectado art. 118 dispone que: (i) la sociedad constituida en el extranjero para instalar establecimiento en la República debe, entre otros recaudos, *cumplir con la registración y publicidad exigidas por esta ley a las sociedades que se constituyan en la República*; (ii) la sociedad de tipo desconocido *cumplirá con las formalidades que se determinen por la autoridad a cargo de la inscripción, con sujeción al criterio de razonable analogía.*

2) En el proyectado art. 119 sustitutivo del actual LSC art. 118, prescribe que:

"Artículo 119. Efectos del incumplimiento. El incumplimiento de los requisitos que establece el art. 118 para el ejercicio del comercio torna inoponible el acto constitutivo con relación a los actos cumplidos en la República. Mientras subsista el incumplimiento no podrá ejercer contra terceros derechos fundados en hechos o actos realizados en la República. Por esos actos o hechos que preceden a la inscripción responden solidariamente quienes hayan actuado en nombre de la sociedad".

3) En el proyectado art. 123 modificatorio del actual, tras imponer nuevas pautas a la inscripción de la sociedad constituida en el extranjero para la constitución o participación en sociedad ya constituida o para la adquisición de inmuebles, establece que: *"Mientras no se haya inscripto, la sociedad constituida en el extranjero no podrá ejercer los derechos de socio en la sociedad participada. Queda a salvo la percepción de dividendos, valores resultantes de operaciones sociales y cualquier otra acreencia, cuando la participación haya sido adquirida en los mercados de valores regulados del país. La participación de la sociedad incumpliente no ser computada para la determinación del quórum y de las mayorías en las reuniones de socios o asambleas"*.

4) En el proyectado art. 124 modificatorio del actual regula que:

"Artículo 124. Sociedad con domicilio o principal objeto en la República. Cuando se declare que una sociedad constituida en el extranjero tiene su sede u objeto principal en la República, será considerada como sociedad local a los efectos del cumplimiento de las formalidades de constitución o de su reforma y contralor de funcionamiento. En tanto se mantenga el incumplimiento, serán de aplicación los efectos establecidos por el art. 119".

13. En suma se trata de una opción legislativa.

O se mantiene para la sociedad externa la registración como carga, tal como para las sociedades internas, con la consecuencia de la responsabilidad solidaria de socios y representantes por las obligaciones sociales (LSC art. 23) en caso de incumplimiento.

O se impone a la sociedad externa la registración como obligación con las consecuencias en caso de incumplimiento que: (i) no podrá ejercer contra terceros derechos fundados en hechos o actos realizados en la República; (ii) sólo responderán ante terceros solidariamente quienes hayan actuado en nombre de la sociedad, pero no los socios.

La primera solución cuadra más con la razón de ser de la registración comercial y no obsta a la aplicación en su caso de la LSC arts. 18/19, 301 inc. 2, 303 inc. 3 y de las leyes penales. ♦

LA BUENA FE Y LA TITULACIÓN COMO DESMITIFICADORAS DE LAS LLAMADAS LEGITIMACIÓN Y FE PÚBLICA REGISTRAL

POR JORGE H. ALTERINI (*)

SUMARIO: I. Nuevamente el principio de la buena fe ilumina las soluciones. — II. La titulación como desmitificadora de la llamada legitimación registral. — III. La buena fe como desmitificadora de la denominada fe pública registral. — IV. Incidencia de las distintas concepciones sobre la buena fe

I. Nuevamente el principio de la buena fe ilumina las soluciones

Una de las ideas que más me ha motivado, especialmente en los últimos años, es la de la trascendencia de exaltar el principio de la buena fe. Creo que también es una directriz idónea para superar muchos de los problemas de la temática notarial-registral.

He llegado a decir, *que si el derecho debiera expresarse en una sola norma, acaso la formulación de mayor riqueza sería la que impusiera a las personas comportarse de buena fe* (1). Recuerdo que tal aserto es compatible con una constitución japonesa del año 604, dictada durante el principado de Shotoku, de solo 17 artículos, que proclamó que la buena fe es la

(*) Comunicación efectuada por el Académico, en la sesión privada del 27 de octubre de 2005.

(1) Ver Alterini, Jorge Horacio, "La buena fe y los prejuicios ante las adquisiciones a título gratuito", *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*, Segunda Epoca, Año XLVI, Número 39, 2001, Buenos Aires, 2002, págs. 47 y sigs.; la cita es de pág. 53.

fuerza del derecho (2). *Por cierto que la clarificación de la temática que nos ocupa, depende de lo que entendamos por buena fe, la que por otra parte creo que se corresponde con el "vivir honestamente".*

El eminente filósofo italiano, Norberto Bobbio, sostenía que si tuviera que propiciar una sola norma, recomendaría la que impusiera el no dañar a los demás.

El tan solo no dañar a los demás, conduce a resultados escasos. He dicho que no se me escapaba la trascendencia de la regla del "neminem ledere", es decir del no dañar a los demás, que junto con las directivas del vivir honestamente y del dar a cada uno lo suyo, conformaron el arquetipo de comunidad jurídica que imaginaron los juristas romanos, según el feliz tríptico de Ulpiano recogido por el Digesto. Sin embargo, deja afuera el vivir honestamente y al dar a cada uno lo suyo. En cambio, el vivir honestamente supone el no dañar a los demás ¿Cómo una persona que vive honestamente va a dañar a los demás? Igualmente, una conducta honesta ante la comunidad, conduce necesariamente a dar a cada uno lo suyo.

Insisto en que si debiera optarse por una sola de las tres directivas romanas, me inclinaría por la que proclama el deber de "vivir honestamente", pues en términos jurídicos ese reclamo de rectitud, de honradez, coincide con la pretensión del actuar de buena fe, y también porque el vivir honestamente, interpretado con amplitud, hasta presupone que no habrá de incurrirse en la deshonestidad del dañar a los demás o en la conducta desviada de no dar a cada uno lo suyo. La comprensión amplia del "vivir honestamente", se explica sin esfuerzos, si con la matización defendida por Max Weber entre la ética de las convicciones y la ética de las responsabilidades, se concibe a la ética no sólo como un compromiso íntimo con Dios o con la conciencia, sino también como reflejo de deberes o responsabilidades para con los demás, incluso mediante conductas activas (3).

O sea que si de este tríptico tuviéramos que elegir una única apoyatura, me inclinaría por el "vivir honestamente", y la coincidencia del vivir honestamente con el comportamiento de buena fe es significativa, porque la

(2) Ver op.cit. en nota anterior, pág. 55.

(3) Ver Alterini, Jorge Horacio, "Inconsistencia y esterilidad de la categoría de la posesión viciosa", Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Segunda Epoca, Año XLVIII, Número 41, Buenos Aires, 2004, especialmente págs. 329/330.

buena fe es un camino definido hacia un derecho que armonice con las improntas éticas.

Una vez más el principio de la buena fe nos facilitará la clarificación de temáticas tan plenas de anfibología y de equívocos como las cuestiones de las llamadas legitimación y fe pública registral.

II. La titulación como desmitificadora de la llamada legitimación registral

La idea de legitimación es plasmada en el art. 38 de la Ley Hipotecaria Española de 1944/46, que expresa en su primer párrafo: "A todos los efectos legales se presumirá que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo".

Quiere decir, que en el ordenamiento hispano se prueba la titularidad de un derecho real mediante la mera aportación de una certificación expedida por el Registro, en la que conste quién es el sujeto titular de dicho derecho.

Una conclusión semejante no es persuasiva en el derecho argentino.

Así, por ejemplo, si se pretende probar la condición de dueño de un inmueble, es menester acreditar que se ostenta efectivamente ese derecho real, tal como surge del art. 2774 del Código Civil, cuando en el marco de la acción reivindicatoria norma que "la acción no compete al que no tenga el derecho de poseer la cosa...".

Y, por cierto, en un sistema como el nuestro, no basta para justificar la titularidad de un derecho real la simple constancia registral, pues es ineludible comprobar que existe un título suficiente y en las adquisiciones derivadas por actos entre vivos, también que se cumplió con el modo regular de la tradición (ver arts. 577, 3265, 2601 a 2603 del Cód. Civ.).

En armonía con esos postulados el Código Civil regula detenidamente el régimen de la prueba en la acción reivindicatoria, y en esa medida la prueba del derecho real. En los distintos supuestos contenidos en los arts. 2789 a 2792 se hace mérito de la inexcusable presentación de título por el actor, que puede ser o no anterior a la posesión del demandado o incluso concurrir títulos tanto del actor como del demandado. Pero no es

admisible que el actor triunfe en una acción reivindicatoria, o sea que pruebe con éxito su condición de dueño o de titular de otro derecho real que se ejerza por la posesión, si al menos él no aporta título suficiente que sustente el derecho real que esgrime.

Si cupiera alguna duda acerca de si luego de la introducción de la exigencia de la registración en la Argentina, resultante del art. 2505 del Cód. Civ., según el texto de ley de reformas N° 17.711, y de la ley nacional registral N° 17.801, persiste la necesidad de que el disponente de un derecho real deba aportar el título suficiente que lo sustente, se superaría en virtud del texto del art. 23 de la ley registral, que preceptúa: "Ningún escribano o funcionario público podrá autorizar documentos de transmisión, constitución, modificación o cesión de derechos reales sobre inmuebles, sin tener a la vista el *título inscripto en el Registro*, así como certificación expedida a tal efecto por dicha oficina en la que se consigne el estado jurídico de los bienes y de las personas según las constancias registradas".

Si en oportunidad de una mutación jurídico-real es menester que el autorizante del documento tenga a la vista el "título inscripto en el Registro" del disponente, sin que sea suficiente la "certificación" registral, mal puede sostenerse que la simple certificación legitima a quien aparezca en ella como sujeto del derecho real. Que la certificación registral configure un indicio y un fuerte indicio de la titularidad, no implica que con su sola apoyatura pueda comprobarse la existencia del derecho real.

Téngase en cuenta que la invocación de la solitaria certificación registral como supuestamente acreditativa del derecho real, llevaría no solamente el olvido de la ineludible titulación, sino además de la concurrencia del modo (tradición, constituto posesorio, traditio brevi manu), que de ningún modo puede derivarse de la certificación.

La existencia del título suficiente hasta facilita la prueba de la tradición. Es sabido que la usucapión breve se configura con la confluencia del justo título para usucapir con la posesión de buena fe mantenida durante 10 años -ver arts. 3999 y 4010 del Cód. Civ.-. En materia de usucapión breve, ante lo normado por el art. 4003 del Cód. Civ.: "Se presume que el poseedor actual, que presente en apoyo de su posesión un título traslativo de propiedad, ha poseído desde la fecha del título, si no se probare lo contrario".

Creo que no es aventurado pensar que esa presunción del art. 4003 puede prolongarse más allá del justo título para usucapir, y beneficiar también al poseedor con título suficiente, para presumir la posesión traditiva

"desde la fecha del título, si no se probare lo contrario". Tal inferencia expansiva de la presunción, no requiere aducir en su favor la literalidad del art. 4003, que no obstante tener en mira el justo título para usucapir, alude al "título traslativo de propiedad", es decir al título suficiente, más allá de que también sea observable la expresión "título traslativo", pues es innegable que el título suficiente, desprendido de la tradición, no tiene por sí solo entidad transmisora del derecho real. Carecería de sentido conectar la fecha de la posesión con la del título, si ello no obedeciera a que se piensa únicamente en la posesión adquirida por tradición y no en cualquier adquisición posesoria (4).

III. La buena fe como desmitificadora de la denominada fe pública registral

Otra problemática paralela, la de la llamada fe pública registral, también está sumergida en una maraña de confusiones terminológicas y de equívocas.

Ni el Código Civil, ni la legislación registral, mentan la presunta fe pública registral. Más aún, la mención de la "fe pública" no es propia de las normas civiles.

La expresión fe pública sí aparece en el derecho penal, pues el Título XII del Código de esa disciplina tipifica los "Delitos contra la fe pública".

En el ordenamiento civil, al regular los instrumentos públicos, no se menciona explícitamente la fe pública, pero a ella se apunta, cuando el art. 993 emplea la noción de "plena fe", al puntualizar que: "El instrumento público hace plena fe hasta que sea argüido de falso, por acción civil o criminal, de la existencia material de los hechos, que el oficial público hubiese anunciado como cumplidos por él mismo, o que han pasado en su presencia".

Una interesante aproximación al tema es la realizada por la Dra. Gabriela Vázquez, destacada integrante del Instituto de Derecho Civil de la Academia, quien desde el punto de partida semántico del sentido de los vocablos "fe" y "pública", ha sostenido que deben distinguirse dos sentidos en la "fe pública" (5).

(4) Ver Alterini, Jorge Horacio, "Acciones reales", Buenos Aires, 2000, págs. 116/117, en glosa al art. 2791 del Código Civil.

(5) En su ponencia ante el IX Congreso Nacional de Derecho Registral de Santa Fe (1995).

Por un lado, la "fe pública" es una creencia social. Aquí tiene el sentido de conjunto de creencias o confianza de numerosas personas. Muchas personas tienen confianza en alguien o en algo. Así, son muchos los que depositan su "fe pública" en un personaje de la ciencia, de la política o del deporte. Esta fe no es impuesta por el Estado, es facultativa o voluntaria.

Otra acepción hace de la "fe pública" una creencia obligatoria. Es la creencia o confianza que el Estado obliga a los ciudadanos a tener en alguien o en algo. Es necesario que el Estado nos imponga por ley creer, porque de lo contrario no estamos obligados a hacerlo, ya que nadie está obligado a una actitud determinada si la ley no lo manda.

En materia de legislación registral, acaso exista cierta creencia social en que las constancias de los Registros son confiables, pero en ningún precepto se impone tal creencia como obligatoria.

En el derecho argentino no existe una creencia obligatoria en la veracidad de los Registros, pues justamente no existe tal fe pública registral. En la máxima reducción del tema, la fe pública registral *es un culto pagano del Registro*. Habría esa pseudo fe pública cuando el Registro es presupuesto necesario y suficiente de la buena fe. Sin duda que el Registro es presupuesto necesario de la buena fe, sin informarse en el Registro no se puede ser de buena fe. Pero, aparte de ser presupuesto necesario de la buena fe, de existir fe pública, sería presupuesto suficiente de ella. Se trataría efectivamente de un culto pagano del Registro, sería adorar a un nuevo Dios: el Registro; tan deslumbrante como el becerro de oro bíblico, pero tan falso como él.

Se presenta a la supuesta fe pública registral como una suerte de admisión de la veracidad de los asientos registrales, pero sólo a favor de los terceros de buena fe y en especial si son adquirentes a título oneroso. En ese sentido, verbigracia, expresa el art. 34 de la Ley Hipotecaria Española en su primera parte: "El tercero que de buena fe adquiera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el Registro...".

El requisito de la buena fe en el tercero persuade de que debe descartarse de plano toda analogía con la fe pública instrumental, a la manera del

ya mencionado art. 993 del Cód. Civ.. La fe pública instrumental está más allá de la buena fe de los terceros, pues con ella o sin ella, es igualmente indiscutible la veracidad de los instrumentos públicos, salvo que sean argüidos de falsos por la ineludible vía judicial.

Para respaldar la hipotética fe pública registral, que insisto no es paragonable con la fe pública instrumental, se ha atribuido desmesurada importancia al art. 22 de la ley 17.801, que reza: "La plenitud, limitación o restricción de los derechos inscriptos y la libertad de disposición, sólo podrá acreditarse con relación a terceros por las certificaciones a que se refieren los artículos siguientes".

Ante todo, la supuesta acreditación por las certificaciones, según la norma, es con relación a los "derechos inscriptos", lo que impone distintas precisiones, pues por regla en los Registros inmobiliarios argentinos no se inscriben derechos reales. En verdad, en general se inscriben "títulos", "instrumentos" o "documentos" (ver art. 2° de la ley 17.801).

En esta temática de la materia inscribible, que se describe con mayor acierto como quid de las situaciones jurídicas registrables, me refiero de manera indistinta a Registro de "títulos", de "documentos" o de "instrumentos". Ello es así, porque los títulos en sentido material (títulos suficientes), en cuanto actos jurídicos, deben exteriorizarse en formas determinadas para ser recibidos en los Registros, que son los instrumentos o documentos (títulos en sentido formal); a su vez, los instrumentos o documentos formalizan los títulos en sentido material. Cuando hablo de títulos, doy por sentado que están volcados en instrumentos o documentos y cuando aludo a instrumentos o documentos, presupongo la existencia de los títulos en sentido material que deben contener para ser registrables.

Si el "título" fue acompañado por el modo, lo inscripto será un derecho real, acreditación que se simplifica si se admite la presunción de haberse hecho la tradición desde la fecha del título; sólo excepcionalmente, el mero título podrá derivar en la inscripción de un derecho real, sin necesidad de presumir la existencia del modo; así, en materia de hipoteca, puesto que ese derecho real se constituye directamente a través de la convención hipotecaria (art. 3128 del Cód. Civ.).

Naturalmente, si el título registrado no revela la existencia de un derecho real, seguramente, al menos, reflejará un derecho personal y en esa

óptica lo inscripto también será un derecho, pero de rango menor, extremo obvio, por ejemplo, en las inscripciones registrales de los boletos de compraventa.

Hasta, en solitarias ocasiones, se cae el dogma de que en el Registro no se asientan meros hechos jurídicos, como en la hipótesis de que se inscriba como instrumento para la cancelación del usufructo el certificado de defunción del usufructuario (art. 36, segunda parte, de la ley 17.801), pues ese derecho real es por esencia vitalicio (art. 2825 del Cód. Civ.), por lo que en realidad se estará inscribiendo el hecho jurídico de su muerte.

Otro elemento de juicio que conspira contra la pretendida verdad del contenido de los certificados, es la circunstancia de que puede haberse configurado una adquisición dominial por la vía de la usucapión, dado que la sentencia judicial es declarativa del derecho ya adquirido y la publicidad posesoria lo hace oponible incluso a terceros interesados de buena fe, sin que sea menester la previa inscripción registral.

Como dijera Núñez Lagos, con pensamiento lúcido y expresión lucida: "La posesión -que es además la base de la usucapión- es la quiebra del sistema inmobiliario del Registro de la Propiedad; de igual forma que la hipoteca como derecho real es el fallo absoluto de la posesión como sistema inmobiliario sin registro. De ahí el rechinar constante de todas las piezas de ambos sistemas al ponerse en contacto... la posesión es el *daemonium* para el Registro de la Propiedad. Además, femenino. Archidiablesa, soberana princesa del imperio de la duda, del error y la confusión, en maridaje con el tiempo, engendraba un trasgo espantable llamado usucapión que haría totalmente estériles los asientos del Registro y los dogmas de sus pontífices" (6).

Es sabido que la legislación registral argentina rechaza la convalidación, ya que a tenor del art. 4° de la ley 17.801: "La inscripción no convalida el título nulo ni subsana los defectos de que adoleciere según las leyes", es decir, que si el título ingresa al Registro con defectos que afectan su eficacia, la circunstancia de la inscripción no sana tales defectos.

No pongo mayor acento en la ausencia de "convalidación" registral con respecto a la problemática de la fe pública registral, no solamente porque

(6) Núñez Lagos, Rafael, "Realidad y registro", Revista General de Legislación y Jurisprudencia -abril de 1945-, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1945, págs. 2/4.

es habitual que convivan la falta de convalidación con tal hipotética fe pública, sino también porque los efectos de esa fe pública han sido calificados por algunos como una suerte de "convalidación indirecta" que beneficia a los terceros de buena fe, especialmente si adquirieron a título oneroso.

IV. Incidencia de las distintas concepciones sobre la buena fe

En el camino de la desmitificación que perseguimos, es menester bucear en cuál es el sentido de la buena fe a la que se alude cuando en la hipotética fe pública registral se exige que el tercero sea de buena fe, buena fe que nada tiene que ver, como ya lo resalté, con la fe pública instrumental con la que se la quiere parangonar.

Existen variadas ideas acerca de los alcances de la buena fe en este ámbito.

En otra oportunidad me ocupé detenidamente de esta problemática (7) con fines distintos, y así, ante todo, se aprecia una concepción de la buena fe que se denomina a sí misma como *criterio objetivo de la buena fe*. En la atrayente presentación de Messineo, la buena fe objetiva se asienta en dos postulados centrales: por un lado la presunción iure et de iure de que los terceros conocen la existencia del acto inscripto (claro está, si esos terceros han operado con relación al inmueble respectivo) y por el otro, en una nueva presunción iure et de iure, la de que los terceros desconocen la existencia de los actos no inscriptos (8).

Siempre he sostenido que esta buena fe objetiva no sólo es ampulosa, sino también muy mentirosa, pues importa consagrar un irreflexivo y primario automatismo, en virtud del cual se hace de la registración el único

(7) Alterini, Jorge Horacio, "La buena fe y la publicidad inmobiliaria registral y extrarregistral (con una armonización entre la tradición y la inscripción registral)". Aporte de la Delegación Argentina al II Congreso Internacional de Derecho Registral (Madrid, 30 de septiembre al 5 de octubre de 1974), editado por el Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal, Buenos Aires, 1974. También en "Ponencias y comunicaciones presentadas al II Congreso Internacional de Derecho Registral", Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, T. II, Madrid, págs. 75 y sigs. y en la Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad del Litoral N° 120, 3-1a Serie, Santa Fe, 1978.

(8) Messineo, Francesco, "Manual de derecho civil y comercial", traducción de Santiago Sentis Melendo, T. III, Bs. As., 1954, págs. 575/576.

mecanismo para conferir publicidad y por ello se afirma dogmáticamente que lo inscripto es conocido, mientras que lo no inscripto es desconocido. Tal buena fe objetiva, que tuvo en su origen el respaldo del art. 1071 del Código Civil Francés de 1804, ha perdido su influencia.

En cambio, las concepciones subjetivas de la buena fe, son más esclarecedoras para desvanecer el mito de la supuesta fe pública registral.

En una visión muy minoritaria, para ser de buena fe basta que el tercero haya actuado *sin fraude*; ha sido la postura de la Ley Hipotecaria Belga de 1851. Es decir, que para desvirtuar la buena fe del tercero es ineludible acreditar un concierto fraudulento entre el que no inscribió y el que se benefició por la ausencia de inscripción. Es fácil comprender cuán dificultoso es probar dicho fraude.

Siempre dentro de la buena fe subjetiva, las tesis que priman en el derecho comparado, propician que obste a la buena fe *conocer por vía extrarregistral, lo que el Registro silencia*. O sea, no sólo hay que atender a lo que informa el Registro; hay que ponderar igualmente elementos de juicio externos al Registro. No es de buena fe el tercero, cuando se prueba que conocía por vía extrarregistral lo que el Registro silenciaba. En ese grupo legislativo se ubican, por ejemplo, el referido art. 34 de la ley hipotecaria española, y sistemas como el alemán y el portugués.

Una tercera visión de la buena fe subjetiva es la que siempre he defendido. Se trata del concepto de buena fe que en el marco registral predica el art. 974 del Código Civil de Suiza de 1907. Allí los terceros son de buena fe si "no han conocido o debido conocer" circunstancias silenciadas por el Registro.

En la fórmula helvética la buena fe no es viable ante el conocimiento de la realidad registral y también cuando no se ha llegado a conocer por no aplicarse la debida diligencia para poder hacerlo. Si se adopta una actitud despreocupada e indiferente se desecha la buena fe, pues la buena fe no puede invocarse por quienes no despliegan todo el cuidado y el esmero razonablemente necesarios para no quedar supeditados a una realidad registral inexacta.

Para ser de buena fe no hay que conocer ni deber conocer.

En ocasión del Primer Congreso Internacional de Derecho Registral de Buenos Aires, celebrado en 1972, defendí con el mayor entusiasmo el cri-

terio suizo, primero en el seno de la Delegación Argentina y finalmente como corredactor de las Declaraciones finales. En ese sentido, el apartado 17° de la "Carta de Buenos Aires", aprobada por la totalidad de los 21 países representados, coincidió en que: "La buena fe del tercero se presume siempre mientras no se pruebe que conoció o debió conocer la inexactitud del Registro".

Acaso interpretaciones perspicaces, como las vertidas en el derecho español por Lacruz Berdejo (9) o por Vallet de Goytisolo (10), que no comparten otros como Sanz Fernández (11), que rescaten la riqueza del artículo 36 de Ley Hipotecaria Española, puedan llevar a descartar la buena fe incluso ante el obrar negligente.

Esa norma establece que el tercero protegido por el art. 34 de esa Ley Hipotecaria, no puede invocar esa llamada fe pública ante una prescripción adquisitiva ya consumada cuando él adquirió, o que se hubiera consumado dentro del año siguiente a tal adquisición, si tuvo medios racionales o motivos suficientes para conocer que el inmueble estaba poseído de hecho y a título de dueño por una persona distinta de la de su transmitente. Esta es la buena fe diligente.

Y como si hubiera un paralelismo entre medios razonables y motivos suficientes, con el conocer y el deber de conocer del art. 974 suizo o de la Carta de Buenos Aires, el mismo artículo 36 hispano, más adelante, recurre a las fórmulas de lo conocido o de lo que se pudiera haber conocido. Este sugerente texto del sistema español, suficientemente explotado, podría conducir a interpretaciones cercanas a las deseables de la buena fe diligente.

La Convención de Unidroit sobre objetos culturales robados o exportados ilegalmente, aprobada por la Argentina por ley 25.257, enfatiza en el actuar diligente, al tiempo de meritar la pertinencia de la indemnización al adquirente de esos objetos, pues puntualiza en su art. 4°, entre las pau-

(9) Lacruz Berdejo, José Luis, "Lecciones de derecho inmobiliario registral", 2ª edición, Zaragoza, 1957, págs. 267 y sigs.

(10) Vallet de Goytisolo, Juan B., "Estudios sobre derechos de cosas y garantías reales", Barcelona, 1962, págs. 221 y sigs.

(11) Sanz Fernández, Angel, "Instituciones de derecho hipotecario", T. I, Bs. As., 1947, págs. 459/460.

tas a tener en cuenta: "A fin de determinar si el poseedor ha ejercido la **debida diligencia...**", la consulta por éste de "...toda la demás información pertinente y documentación que **hubiera podido obtener** y si el poseedor ha consultado con entidades accesibles o realizado cualquier otro trámite **que una persona razonable** hubiera realizado en estas circunstancias".

En la Argentina la posición favorable a la buena fe subjetiva es la recibida por el Codificador en la nota al pie del art. 3136 del Cód. Civ., norma que paradójicamente, por contener principios contradictorios con otros centrales de Vélez, no pudo concretar la idea perseguida en ese precepto (12).

De cualquier modo, la necesidad de que el tercero sea de buena fe y que para ostentar esa calidad deba ser diligente, surge de la aplicación analógica de directivas del Código Civil al estructurar la figura de la posesión de buena fe, que no es factible si el error de hecho es inexcusable o culpable, pues para que tal error sea compatible con la buena fe, debe ser excusable, inculpable, invencible, o sea subsistir pese al esfuerzo desplegado por el poseedor para no incurrir en una creencia errada (ver arts. 2356, 4006, 4007, en su correlación con el art. 929). La traslación de las pautas de la posesión de buena fe al tercero de buena fe en materia registral, es plenamente justificada por la aplicación expansiva referida y por la circunstancia de que a tenor del art. 42 de la ley nacional registral n° 17.801, ese ordenamiento y el Código Civil conforman un plexo normativo integrado, ya que allí se dispone que la ley registral es complementaria del Código.

Ahora, ¿cómo se exterioriza la buena fe diligente? En Francia, se impone el estudio de títulos. Efectivamente, allí no se puede inscribir ninguna escritura si no constan los "orígenes de la propiedad". Directamente no se inscribe, el respeto de la forma auténtica de la escritura pública es tan grande, que los instrumentos privados, para poder llegar al Registro, tienen que reproducirse en escritura pública. Es un predominio absoluto de la escritura pública, con la contrapartida de una presencia muy activa del notariado en toda la operativa de la negociación.

Se controvierte en el derecho argentino si el escribano está o no obligado a realizar el *estudio de títulos*, aspecto sobre el que mantengo mi respuesta afirmativa, y también se discrepa sobre los alcances de esa obligación. He sustentado mi opinión en cuanto a la obligación del escribano de

(12) Ver apartado V de mi trabajo cit. en nota 7.

efectuar el estudio de títulos, esencialmente en las directrices del art. 909 del Cód. Civ.. Según esa norma: "Para la estimación de los hechos voluntarios, las leyes no toman en cuenta la condición especial, o la facultad intelectual de una persona determinada, a no ser en los contratos que suponen una confianza especial entre las partes. En éstos se estimará el grado de responsabilidad, por la condición especial de los agentes" (13).

No es dudoso que la relación contractual entre el escribano y las partes supone "una confianza especial" y ello sustenta la intensificación de su responsabilidad, que por tanto mal puede prescindir del primario deber de rastrear en las titulaciones antecedentes para asegurar la perfección del título del transmitente.

El consenso es muy dominante en cuanto a que sin ese estudio de títulos no es posible que el tercero pueda aducir su buena fe.

Por todos quienes así piensan, aludiré a los lineamientos de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, cuya postura es muy clara. Así, entre otros casos, dijo el 11 de diciembre de 1986 en los autos "Inverfin, Cía. Financiera, S.A. c/ Provincia de Buenos Aires", que a las empresas que actúan como entidades financieras les son aplicables los principios establecidos en el art. 902 del Cód. Civil, y un grado de diligencia razonable les hace necesario efectuar -o hacer efectuar- un estudio de títulos para que se configure en el adquirente del derecho real la buena fe, creencia que consiste en la impecable convicción de estar obrando conforme a derecho y que constituye presupuesto indispensable para obtener la protección de la ley.

En las sentencias del 19 de diciembre de 1995 en la causa: "Martínez, Hugo O. c/ Provincia de Buenos Aires" y del 15 de julio de 1997 *in re* "Terrabón S.A. c/ Provincia de Buenos Aires", enfatizó en que tal estudio es al menos necesario para que se configure en el adquirente del derecho real la buena fe, que nuevamente caracterizó como la creencia que consiste en la impecable convicción de estar obrando conforme a derecho. En un reciente fallo del 12 de abril de 2005, en autos: "Pardo, Horacio R. c/ Provincia de Buenos Aires", recordó que la jurisprudencia del Tribunal exige el estudio de títulos.

(13) Alterini, Jorge Horacio, "Importancia del estudio de títulos", Gaceta del Notariado. Publicación del Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe (N° 88 de 1982).

Pero cualquiera fuere el juicio que merezca la cuestión del estudio de títulos, lo que está fuera de toda disputa, es la necesidad de observar el requisito de la matricidad.

En tanto el ya invocado art. 23 de la ley 17.801 exige al autorizante del documento "tener a la vista el título inscripto", si llega a una notaría copia de un título de propiedad para autorizar una escritura -copia con la terminología hispana, o testimonio-, es inexcusable el mínimo recaudo de analizar la matricidad del título. Es una diligencia primaria, que impone constatar si la copia que le llega al notario responde a un protocolo real, es decir, que hay matricidad.

Ya con la mínima carga de examinar la matricidad, se ingresa en el terreno de la buena fe diligente. Y si la buena fe tiene que ser diligente, se derrumba el dogma de la fe pública registral. Estos razonamientos que jerarquizan los factores externos al Registro para configurar la buena fe, como la titulación, desmoronan los basamentos de la supuesta fe pública registral

Se presenta una situación especial con la confianza que generan los certificados acerca de situaciones jurídicas registrables ajenas a las titulaciones. Así, es razonable la credibilidad en una certificación que con inexactitud denote la inexistencia de medidas precautorias como embargos, pese a que alguna esté asentada en el Registro (14). La confiabilidad en la certificación en tal supuesto nada tiene que ver con una supuesta fe pública registral, sino que es una mera resonancia de la fe pública instrumental, que con sustento en el art. 993 merece todo instrumento público, como lo es la certificación emitida por el funcionario público registrador, ya que ese instrumento público es uno de los previstos por el art. 979, inc. 2 del Cód. Civ.

Tampoco es consistente conectar con la fe pública registral, al art. 29 de la ley 17.801, que regla que: "El asiento registral servirá como prueba de la existencia de la documentación que lo originara en los casos a que se refiere el artículo 1011 del Código Civil". Es de toda razonabilidad, que ante la desaparición del protocolo notarial respectivo, se induzca supletoriamente la realidad del acto a través del asiento registral, pero tal acреди-

(14) Ver Alterini, Jorge Horacio y Lloveras, Néstor Luis, "Responsabilidad civil por inexactitudes registrales", *El Derecho*, T. 62, págs. 547 y sigs.

tación es extraña a la fe pública registral y constituye un mero recurso probatorio impuesto por una situación extrema.

Aunque en contextos interpretativos distintos, coincidieron en proclamar la inexistencia de la hipotética fe pública registral, las Quintas Jornadas Nacionales de Derecho Civil de Rosario, 1971-Tema 1; las Quintas Jornadas Sanrafaelinas de Derecho Civil de San Rafael-Mendoza, 1978 - Tema 1 y el IX Congreso Nacional de Derecho Registral, Santa Fe, 1995, Tema II.

Con las distintas matizaciones y límites trazados, es compartible la protección del tercero de buena fe, puesto que se requiere su actitud diligente, porque el tercero no será de buena fe si "conocía o debía conocer", y va a tener que conocer por las titulaciones, por las realidades extrarregistrales, por las realidades posesorias. Pero no debe calificarse ese resultado jurídico con la equívoca y contradictoria designación de efectos de la supuesta fe pública registral; es mejor, aludir en ese contexto a un sistema que en aras de la seguridad jurídica dinámica, se decide por la protección del tercero de buena fe diligente. ♦

RÉGIMEN GENERAL DE LA CAPACIDAD Y EL DENOMINADO LIVING WILL

POR SANTOS CIFUENTES (*)

SUMARIO: I. La naturaleza de atributo de la capacidad. — II. Principios generales de capacidad e incapacidad. — III. La clasificación de los incapaces de hecho. — IV. La incapacidad y los actos personalísimos. — V. Algunas referencias comparativas con regímenes iberoamericanos. — VI. La autotutela de la propia incapacidad (the living will). — VII. Legislación comparada y propuesta de *lege ferendae*

I. La naturaleza de atributo de la capacidad

Los atributos son las calidades sustanciales que configuran el ser de la persona, como sujeto de derecho. Así como para su identificación se hace presente necesariamente el *nombre* con el fin de contar con un elemento para establecer a quién es posible concederle los derechos e imponerle las obligaciones o deberes, para su determinación espacial se requiere el *domicilio*, por medio del cual es posible la ubicación en el ejercicio de los derechos y obligaciones, para su vinculación con las demás personas el *estado* particularmente de familia, que es la posición jurídica en sociedad y frente a las demás personas, además del *patrimonio* que en nuestro régimen legal es considerado un aspecto ligado inescindiblemente a la personalidad, la *capacidad de derecho* completa el conjunto de cualidades esenciales identificatorias y cuya unidad configuran el ser de la persona.

(*) Comunicación efectuada por el Académico, en la sesión privada del 10 de noviembre de 2005. Parte de este texto constituyó la ponencia presentada por el autor en el V Congreso Iberoamericano de Academias de Derecho, En Zaragoza, España, en noviembre de 2005

La capacidad de hecho no es un atributo esencial pues puede faltar, sin dejar por ello de ser persona. La capacidad de derecho, en cambio, no puede faltar, de ahí que sea uno de los atributos necesarios, vitalicios, fuera de comercio, absolutos en cuanto oponibles *erga omnes*, y con unicidad sustancial, por ser imposible su duplicidad. Toda persona debe poder ser titular de derechos y obligaciones o debe poder adquirirlos para sí, dado que caso contrario, si faltara esa posibilidad, no se estaría frente a una persona como ente libre constitucionalmente protegido, sino cosa o esclavo.

II. Principios generales de capacidad e incapacidad

El trazado legal de la capacidad de las personas está principalmente desarrollado en el Código Civil en sus arts. 52 a 62, pero los esquemas básicos allí contenidos no agotan el tema, por cuanto en diversas aplicaciones de cada una de las materias que el Código estatuye, se van dando soluciones específicas y aun estableciendo otros principios que dirigen y orientan en dichas materias, así sea, verbigracia, en la regulación de la minoridad, de las enfermedades mentales e inhabilitaciones, de la sordomudez, de la ausencia simple o con presunción de fallecimiento, de la patria potestad y tutela, del matrimonio, de las personas de existencia ideal, de los contratos y derechos reales, de las sucesiones. Queda, por tanto, a la vista que los principios que orientan la aplicación de reglas particulares, no reducen su presencia a aquel conjunto de primeras normas específicas y que puede ser necesario atender otros en cada una de esas materias. Dejo de lado, además, las leyes que en muy variadas materias tratan también de la capacidad, como la ley del contrato de trabajo (Adla, t. o. 1976, XXXVI-B, 1175), el Código de Comercio para los actos de comercio, los Códigos Procesales con relación a las partes, testigos y peritos, la ley de trasplantes de órganos humanos, etc., etcétera.

De esos principios tienen importancia capital dos de contracara: *la capacidad es la regla y la incapacidad es la excepción* por un lado, pero *establecida una incapacidad aplicable a un sector de personas, para ese sector la incapacidad es la regla y su capacidad la excepción*. El primero asienta en valores insoslayables, pues si no hay norma expresa del legislador que determine una incapacitación aplicable a todo un sector de personas, como el caso de los menores o de los dementes, se afectaría la igualdad y libertad constitucionalmente garantizadas al abandonar en poder de algunos, sean particulares, sean jueces o funcionarios, la posibilidad de restringir

los derechos o el ejercicio de los mismos según su voluntad hominis, lo que es proclive a que se desempeñen superpoderes intolerables en la vida de relación.

Las reglas, pues, abstractas, generales y no personalizadas ni establecidas para sujetos determinados y concretos, son las únicas que pueden delinear la incapacidad de las personas. Ahora bien, ante una de esas reglas que lo hace, su expansión está dirigida a todas las personas de igual categoría que caen bajo sus mandatos, pues tampoco se podría establecer que uno de esos sujetos son incapaces y los otros, de idéntica naturaleza y situación no lo fueran, lo que importaría discriminar sin que hubiere elementos ni razones objetivas para hacerlo.

Este principio primordial de la regla y la excepción, tiene diversas expresiones según se trate de capacidad de hecho o de derecho. Ello porque la de hecho atañe a la posibilidad de obrar por sí libremente y la incapacidad se suple con la designación de un representante que obra por el incapaz quien no lo puede hacer personalmente, mientras que la de derecho es particularizada respecto de determinados derechos, ya que no hay una incapacidad general en el sujeto que pueda ser suplida por otro, sino incapacidades que son prohibiciones determinadas para ser titular de concretos derechos, en virtud de las vinculaciones que entre las personas existen y debido al interés público comprometido en esas vinculaciones. En este segundo caso de las incapacidades de derecho, no es posible hablar de incapaces, sino sólo de incapacidades que son siempre relativas, pues se aplican a los supuestos previstos y mientras estén dadas las condiciones y relaciones que la ley previene y trata de impedir, en resguardo de fines superiores y de intereses públicos. Aunque relativas en ese sentido, las incapacidades de derecho no son superables en tanto se trata de prohibiciones absolutas que tienen fundamento en el orden público o intereses generales. Es decir, no hay solo un interés privado que se tutela.

En la incapacidad de hecho, por lo tanto, el padre o madre, tutor o curador, en su caso el asistente, suplen las falencias de la voluntad del incapaz y ejercitan por él sus derechos o lo asisten para controlar sus actos, mientras que la incapacidad de derecho es incompatible con esas soluciones. Por otra parte, las incapacidades de hecho suelen ser temporarias, o sea duran mientras existan las circunstancias que las hayan motivado, pero son estatuidas para salvaguarda de la persona y cubriendo generalmente intereses particulares del incapaz.

III. La clasificación de los incapaces de hecho

Desde otro punto de vista, cuando se trata de la incapacidad de hecho, a diferencia de las de derecho, puede ser absoluta o relativa, atendiendo a la posibilidades físicas y mentales de la persona de que se trate y a la extensión de la incapacidad. Hay a la par diferentes situaciones respecto de la minoridad, la enfermedad mental y la inhabilitación, desde lo más comprometido y agudo según una apreciación del legislador, como la persona por nacer, el menor impúber o el menor de 18 años y el menor emancipado, el demente declarado, el no declarado o el inhabilitado, según los diferentes regímenes de los tres incisos del art. 152 bis del Cód. Civil.

El régimen general de incapacidad de hecho, está por tanto identificado con una estructuración subdividida según que por su condición, se trate de un incapaz de hecho absoluto o de un incapaz de hecho relativo. Lo que significa que en el primer caso el incapaz no puede realizar ninguno de los actos que la ley contempla y en el segundo puede obrar aquellos actos que la ley permite.

Se ha enfrentado el régimen de la incapacidad absoluta de hecho (caso de los menores impúberes, de los dementes declarados y sordomudos que no saben darse a entender por escrito), con una realidad de la vida diaria, es decir el cúmulo de pequeños actos y contratos que estos incapaces realizan, como son el contrato de transporte al pagar el ticket respectivo y viajar en los medios de transporte público en zona rural y en las ciudades, la compra de útiles, golosinas u otros objetos de menor valor en los kioscos y puestos de revistas. Esta situación ha llevado a pensar que no es exacta la categoría legal, desde que se admiten todos esos actos jurídicos realizados por menor de 14 años. Sin embargo, también se ha considerado por algunos pensadores que, en realidad, los menores que los realizan lo hacen autorizados por sus padres o representantes, de ahí la legitimidad de su cometido, ya que aquéllos podrían prohibirles hacerlo por sí y aun instruir a las otras partes del contrato dejando constancia de que no tienen ese permiso. Este pues se presumiría simplemente, mientras no haya habido una orden en contrario que invalidaría el acto.

Esta argumentación muestra que la clasificación y la categoría de la incapacidad de hecho absoluta, guarda actualidad y es aplicable a la vida diaria.

IV. La incapacidad y los actos personalísimos

Una última reflexión es dable hacer atendiendo al régimen general de la incapacidad en nuestro ordenamiento.

Se trata de los actos que están vedados al incapaz de obrar, pero tampoco es posible que los cumpla el representante en su nombre. Esto significa que aparece una imposibilidad jurídica de adquirir esos derechos y de gozarlos, desde que nadie puede darles vida. Tal el caso del reconocimiento de un hijo extramatrimonial de un insano; el incapaz para testar; el posible dador de un órgano para trasplante que fuere incapaz de hecho, no obstante que el beneficiario fuere un pariente muy cercano; la reconciliación del separado o divorciado que sólo es posible entre los cónyuges (arts. 346 y 356, Cód. Civil). Estos ejemplos no agotan los supuestos. Lo definitivo es que aparece un cercenamiento completo como si fuera una incapacidad de goce, no enunciada en virtud de los hechos y de las circunstancias. Repito, no los puede ejecutar el incapaz y tampoco el representante por ser actos personalísimos.

Una solución sería, que se pudiera dar intervención a la justicia para que faculte o no al incapaz en ciertas y determinadas situaciones, a fin de que disponga por sí, ya que el acto es insustituible y si el incapaz está en condiciones de evaluar su conveniencia (1).

V. Algunas referencias comparativas con regímenes iberoamericanos

Con mayor o menor precisión parece conveniente mostrar algunos de los sistemas que rigen en Iberoamérica, no con un criterio estrictamente comparativo, pero sí para ilustrar las tendencias aproximadas de tales sistemas.

En España, como enseña Diego Espín Cánovas en su tradicional Manual, la capacidad "se distingue en *capacidad de derecho* propiamente dicha o *capacidad de goce* y en *capacidad de obrar o de ejercicio*, según que aquella aptitud se refiera a la mera tenencia y goce de los derechos o al ejercicio de los mismos. La *capacidad de derecho* es la base para ostentar derechos o tener obligaciones; el ordenamiento jurídico reconoce por eso

(1) Ver mi "Actualidad de los viejos conceptos sobre 'persona', 'personalidad' y 'capacidad de derecho' (Derivación posible frente a los actos personalísimos)", LA LEY, 1995-B, 1280.

la capacidad de derecho a todo hombre; aunque para determinados derechos puede condicionar esa capacidad, no puede privar en absoluto de la misma a ningún hombre" ... "la capacidad de obrar, en cambio, como aptitud que es para ejercitar derechos, no puede otorgarse por igual a todos los hombres, pues el ejercicio de los derechos requiere consciencia y voluntad...". Es así que el art. 322 del Cód. Civil, establece que "el mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales por este Código" y la mayoría de edad se obtiene a los 18 años cumplidos (art. 315) (2).

En la República del Perú, el Código de 1984, si bien no define la capacidad jurídica ni la de ejercicio, en el art. 42 estatuye que "Tienen plena capacidad de ejercicio de sus derechos civiles, las personas que hayan cumplido dieciocho años de edad, salvo lo dispuesto en los arts. 43 y 44", que establecen, quiénes tienen incapacidad absoluta y relativa. Enuncia el primero a los menores de 16 años, a los privados de discernimiento por cualquier causa, a los sordomudos, ciegosordos y ciegomudos que no puedan expresar su voluntad y, el segundo, a los que van de dieciséis a dieciocho años, los retardados mentales, los que adolecen de deterioro mental, los pródigos, los que incurren en mala gestión, los ebrios habituales, los toxicómanos, y los que sufren pena que lleva anexa la interdicción. Los principios pues son analógicos, aunque las reglas tienen diferencias visibles (3).

El Código Civil Colombiano, define la capacidad legal como la que "consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra" (art. 1502). El art. 1503 declara: "Toda persona es legalmente capaz, excepto aquellas que la ley declara incapaces". El art. 1504 califica de absolutamente incapaces a los dementes (545), los impúberes (431), y sordomudos, que no puedan darse a entender por escrito (557). Agrega el inc. 3 modificado por el dec. 2820 de 1974, a los menores adultos que no hayan obtenido habilitación de edad y los disipadores que se hallen bajo interdicción, los que no tienen incapacidad absoluta. Además de estas incapacidades hay otras particulares que consisten en la prohibición de la ley a ciertas personas para ejecutar determinados actos (4).

(2) ESPIN CANOVAS, Diego, "Manual de Derecho Civil español", ps. 110 y 111; DIEZ-PICAZO, Luis y GULLON, Antonio, "Sistema de Derecho Civil", vol. 1, ps. 224 y 240; MALUQUER DE MOTES, Carlos, "Derecho de la Persona y Negocio Jurídico", ps. 2 y 3.

(3) FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos, "Derecho de las Personas", 3ª ed., ps. 103 a 106.

(4) "Código Civil", Temis, Jorge Ortega Torres, p. 345.

El Código Civil de la República de Venezuela, en esa línea estatuye: "El mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, con las excepciones establecidas por disposiciones especiales" (art. 18).

El art. 28 del Cód. Civil Paraguayo, dice que "La persona física tiene capacidad de derecho desde su concepción". "La capacidad de hecho consiste en la aptitud legal de ejercer por sí mismo o por sí solo sus derechos. Este Código reputa plenamente capaz, a todo ser humano que haya cumplido veinte años de edad y no haya sido declarado incapaz judicialmente" (art. 36). En las dos disposiciones siguientes enuncia los absolutamente incapaces de hecho y los incapaces relativos.

El Código Civil del Brasil dispone en el art. 2º: "Todo homem é capaz de direitos e obrigações na ordem civil". El art. 5º declara: "São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: I. os menores de 16 (dezesseis) annos; II. os loucos de todo o género; III. os surdos-mudos, que nao puderem exprimir a sua vontade; IV. os ausentes, declarados tais por ato de juiz. Y el art. 6º. "São incapazes, relativamente a certos atos (147, I), ou á maneira de os exercer: I. os maiores de 16 (dezesseis) e os menores de 21 (vinte e um) anos (arts. 154 a 156); II. os pródigos; III. os silvícolas".

Bien se observa de esta muy parcial y sintética reseña, que en general los regímenes generales de capacidad e incapacidad, tienen puntos en común, aunque con ciertas particularidades propias de cada región y país, en atención a aspectos sociales y de idiosincrasia.

VI. La autotutela de la propia incapacidad (the living will)

En ejercicio pleno de su capacidad de hecho, se ha admitido en el derecho extranjero que la persona prevenga, para el futuro, cómo será el régimen de tutela si cae en incapacidad o en algún caso de disminución de su aptitud jurídica. Como ha dicho Zannoni "se trata de saber si una persona capaz puede válidamente ordenar disposiciones o hacer estipulaciones en previsión de su futura y eventual incapacidad, a fin de que esas disposiciones o estipulaciones se cumplan si sobreviene tal incapacidad". Y a continuación, frente al vacío legal existente entre nosotros, se ponen en evidencia los inconvenientes que nacen de la actual legislación común, ya que el Código Civil estatuye la designación por el juzgador de un curador definitivo para el demente declarado, dentro del régimen prefijado de los arts. 476 a 478, a salvo el derecho de los padres (no del propio incapacita-

do) para hacerlo por testamento para sus hijos dementes o sordomudos (art. 479). A lo que se agrega que, conforme al art. 1963, inc. 4, el mandato cesa con la incapacidad sobreviniente del mandante o del mandatario (5).

Como bien se ha señalado, no sólo hoy parece resquebrajarse la confianza en el respeto de los deseos, intenciones y proyectos en vida por parte de los familiares, lo que lleva a dejar expuesto por escrito formalmente lo que se quiere llegado ese caso, sino también, desde otro ángulo, es poco probable que se acepte por las personas la posibilidad futura de una decadencia, de una enfermedad o hasta de la muerte misma. El living will implica admitir esto último estando el sujeto sano y sin peligros inmediatos. A todo lo cual se agrega que los logros científicos y médicos han prolongado el promedio de años de vida, lo que coloca al ser humano en una especie de convencimiento de la superación de sus riesgos naturales.

Pienso entonces, desde esa perspectiva sociológica, que no se transita por una realidad, por desgarradora que sea, sino que se construyen castillos en el aire olvidándose de la condición humana con su gran carga de fragilidad y transitoriedad.

Es claro que a través de la figura del fideicomiso que regla la ley 24.441 (Adla, LV-A, 296), podría pensarse en la existencia de una figura que tendría efectos futuros frente a la incapacidad sobrevinida, en relación únicamente con el patrimonio. Sin embargo, la ley exige para que tenga efectos frente a terceros la entrega de los bienes al fiduciario (art. 12). Mientras ello no ocurra el patrimonio queda en manos del fiduciante y sujeto a la prenda común de sus acreedores. O los entrega en plena capacidad, lo que pocos habrían de admitir, o no siendo ella tan plena es factible que el fiduciante carezca del equilibrio necesario para hacerlo. Esperar que tramite la insania para que el curador dé cumplimiento al fideicomiso y entregue los bienes al fudiciario, corre el peligro de la desaparición de tales bienes (6).

También debe advertirse que en el supuesto de los inhabilitados (art. 152 bis Cód. Civil), el inhabilitado es persona capaz de hecho en general con la restricción de la asistencia obligatoria, sin embargo, ante el caso de un

(5) ZANNONI, Eduardo A., prólogo a la obra de TAIANA DE BRANDY, Nelly A. y LLORENS, Luis Rogelio, "Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad", p. VIII, Astrea, 1996.

(6) TAIANA DE BRANDY, Nelly y LLORENS, Luis Rogelio, "Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad", ps. 21 y 22, Astrea, 1996.

pródigo que es demandado y no se defiende en el proceso, es aconsejable que el curador actúe para evitar no la caducidad del derecho o la rebeldía del pródigo, que le traerán consecuencias patrimoniales de gravedad, inclusive en cuanto a las costas. Es decir, he aquí una persona capaz que más allá de la asistencia, requiere la intervención representativa del curador para que intervenga por el asistido, previa autorización judicial, lo que en doctrina se ha aceptado (7).

VII. Legislación comparada y propuesta de *lege ferendae*

En el derecho comparado se observa que en general la institución ha tenido acogida en varios países. Así en Alemania en 1990 se sancionó la *ley de asistencia* para la vejez, con la designación del propio procurador que reemplaza el régimen de tutela y curatela común. Según esa ley el apoderado puede ser nombrado para una asistencia total, o bien para una limitada a un asunto especial. Además, es posible prever esa asistencia separadamente respecto de la persona y de los bienes, o conjuntamente para ambos aspectos. Rige el principio de libertad de las formas. Puede constituirse esa asistencia jurisdiccionalmente a pedido de la parte interesada, o en ciertos supuestos de oficio por el tribunal cuando el individuo padece una enfermedad física, disminución corporal, intelectual o anímica que limita su autodeterminación.

En Canadá (Quebec) se reconoce el mandato de autoprotección, reglamentado como un contrato e inscripto en el Colegio de Notarios y el Colegio de Abogados. Son cuatro los institutos de protección: tres del Estado y uno particular. Este último que depende de la voluntad del interesado, debe: a) tener base contractual, con el consentimiento libre de las partes (mandante y mandatario), otorgado por escritura pública; b) tiene que ser claro que el mandato entrará en vigencia cuando quien lo otorga no está en condiciones de controlarlo por su incapacidad; c) el mandatario debe aceptarlo en el momento o tiempo después de otorgado; d) requiere la homologación judicial; e) puede abarcar el cuidado de la persona o de sus bienes, o de ambos a la vez; f) puede preverse un sustituto del mandatario; g) el otorgante puede revocarlo en todo tiempo. Además el mandante puede rechazar a determinadas personas.

(7) DIAZ DE VIVAR, Elisa M. y TISCORNIA, Bartolomé, con la colaboración de PETRUCI, Alejandro Gastón, "Abuso de derecho y otros estudio en homenaje a Abel M. Fleitas", ps. 121 y sigtes.

En España, Cataluña, sancionó la "ley de tutelas" en 1996. No sólo se reconoce el derecho a toda persona capaz de autodelegar su tutela, sino que se creó el Registro de Tutelas y Autotutelas a cargo del Colegio de Notarios de Barcelona, dando a publicidad a las escrituras de nombramiento, exclusión o revocación de tutores. Se puede designar como curador a una persona física o jurídica sin ánimo de lucro, para el caso de que en el futuro fuera afectado por una incapacidad. El mandante puede dar allí instrucciones de cómo desea que se ejerza la tutela (8).

En Italia, se han sancionado nuevas bases en el tratamiento jurídico de los enfermos mentales, dado que a las tradicionales interdicción e inhabilitación, se ha sumado la posibilidad de nombrar un "administrador de apoyo y sostén", a fin de tutelar con las menores limitaciones posibles a la capacidad de obrar, mediante un apoyo o *sostegno* temporario o permanente, lo que abarca también el caso de privación total o parcial de las aptitud para relacionarse o determinarse, sin tener en cuenta el origen de esa deficiencia (ley 6 del 2004 incorporada al Código Civil, arts. 404 y siguientes). Pues bien en el art. 408 se prevé la designación del administrador por el propio interesado "*en previsión de su eventual futura incapacidad*" (art. 408). Se aleja de la figura del mandato pues interviene el juez en la designación, aunque respetando, salvo *graves motivos*, la voluntad del interesado. Incluso en esa designación es posible prever las directivas básicas que deberá seguir el administrador de sostenimiento en algunas cuestiones importantes. Y ese administrador de apoyo tiene funciones tanto de cuidado de la persona, procurando ante todo la cura de su enfermedad o debilidad, como de cuidado de su patrimonio, y queda controlado por el juez que puede darle instrucciones al respecto (9).

Un aspecto parcial del problema es la admisión de directivas anticipadas para tratamientos médicos. Numerosos pacientes solicitan que se registren sus pedidos sobre distintas cuestiones: "si se quiere o no saber la existencia de una enfermedad maligna", por ejemplo el SIDA; "no querer recibir transfusiones de sangre, aun a riesgo de la vida" (entre nosotros,

(8) MOURELLE DE TAMBORENEA, Cristina, "Cómo prever una eventual incapacidad. Autonomía de la voluntad: Autotutela", LA LEY, 2004-E, 1434.

(9) TOBIAS, José, "El nuevo instituto L'amministrazione di sostegno y las reformas a los institutos de la interdicción e inhabilitación en el Código Civil Italiano", LA LEY, 2005-A, 1200.

ver el caso "Bahamondez, Marcelo", sobre los testigos de Jehová (10); "no querer que se le prolongue la vida con tratamientos artificiales". En California se prevé la posibilidad de nombrar a un "apoderado permanente", documento en el cual se designa a una o varias personas que deberán ser consultadas sobre las decisiones a tomar si el paciente no está en condiciones de hacerlo. El mandatario o apoderado actúa sobre la base del conocimiento de ese paciente y de sus preferencias, o sea lo que cree que el paciente hubiera elegido en esa circunstancia.

Parece, pues, recomendable que nuestro legislador dé soluciones positivas a la autotela o autocuratela para el caso de que se produzca una incapacitación futura del disponente; bien a los mandatos de autoprotección que en forma de contrato (con consentimiento del futuro mandatario) ante el advenimiento de una imposibilidad de administrar los propios bienes, solucionarían con especial respeto a la libre voluntad de cada uno, los futuros avatares que sobrevengan para el manejo del patrimonio. Y, dentro de ese orden general de cuestiones, también tendrían que admitirse las disposiciones particulares para los tratamientos médicos de futuras enfermedades terminales. ♦

(10) CSJN, 6/4/93, ED, 153-254, con notas de PORTELA, Jorge Guillermo y BIDART CAMPOS, Germán J., LA LEY, 1993-D, 126, con nota de SAGÜES, Néstor P., JA, 1993-IV, p. 568, con nota de RIVERA, Julio C.

EL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DEL ARBITRAJE CLAROSCUROS DEL DERECHO ARGENTINO

POR JULIO CÉSAR RIVERA (*)

I. Planteo del tema

En esta comunicación dedicada al estado del arbitraje en Argentina, abordaré uno de los principios fundamentales de la materia —el de autonomía del procedimiento arbitral— para exponer ante ustedes como algunos pronunciamientos judiciales recientes vienen a desnaturalizarlo.

Para ello comenzaré exponiendo el principio, seguiré con su expresión en la legislación y su reconocimiento judicial; para luego abordar la exposición de varios casos en que se han producido interferencias judiciales en el trámite del arbitraje que reflejan los límites que tal principio de autonomía tiene en la práctica en el derecho argentino.

II. El principio de autonomía del arbitraje

1. Exposición del principio

En un excelente trabajo publicado recientemente se señala que hace 150 años la Corte Suprema de los Estados Unidos decía: "(El arbitraje) como modo de resolución de disputas debería recibir todo el estímulo de los jueces"; ello significaba expresar que la relación entre arbitraje y Poder Judicial debería basarse en un criterio de complementación (1).

(*) Comunicación efectuada por el Académico, en la sesión privada del 24 de noviembre de 2005.

(1) PARODI, Gustavo, "El caso Yacyretá (o cómo retroceder ochenta años)", *Revista de Derecho Comparado*, N° 11, Bs. As., 2005, a partir de p. 187, en particular IV. 2, p. 192.

Ese criterio de complementación implica:

- que los tribunales de justicia deben actuar impidiendo la frustración del convenio de arbitraje, para lo cual deben abstenerse de intervenir cuando existe una cláusula arbitral;
- que los tribunales de justicia han de colaborar con el arbitraje, supliendo la falta de imperium que tienen los árbitros, prestando asistencia a los árbitros para la ejecución de medidas compulsorias;
- que el control del arbitraje se concreta con la posible revisión del laudo arbitral a través de los recursos que puedan interponerse contra él (2);
- por lo cual los tribunales han de abstenerse de interferir en el procedimiento arbitral durante su tramitación y hasta el dictado del laudo;
- durante el trámite, las posibles anomalías o irregularidades que se produzcan dentro del procedimiento arbitral deben encontrar solución dentro del sistema mismo, para lo cual las partes cuentan con diversos mecanismos de control que permiten su retroalimentación estimulando las correcciones necesarias (3).

Esto es lo que se conoce como principio de autonomía del arbitraje.

2. Reconocimiento de este principio en la legislación argentina

El criterio de complementación y el principio de autonomía tienen clara expresión en la legislación argentina, tanto en la local referida a los arbitrajes domésticos cuanto en la convencional internacional.

Así, en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación el principio de colaboración y asistencia está claramente expuesto en varias normas:

- art. 753: "Los árbitros no podrán decretar medidas compulsorias ni de ejecución. Deberán requerirlas al juez y éste deberá prestar el auxi-

(2) Naturalmente, esos recursos son los irrenunciables y los que las partes no hayan renunciado, aspecto que ha de tenerse especialmente en cuenta para el momento en que lleguemos al análisis de la jurisprudencia reciente en esta materia.

(3) ROJAS, Jorge, "Amparo al arbitraje", ED, 205-87.

lio de su jurisdicción para la más rápida y eficaz sustanciación del proceso arbitral”;

- art. 755: atribuye al juez la facultad de ampliar el plazo para dictar el laudo a pedido de los árbitros si la demora no les fuese imputable;

- art. 742: regula la demanda de constitución del tribunal arbitral, con la particularidad de que si una de las partes presentase resistencia infundada, el juez proveerá “por ella” en los términos del art. 740 o sea fijando el contenido del compromiso;

- art. 743: autoriza al juez a designar al árbitro tercero si las partes no consiguiesen ponerse de acuerdo en su nombramiento.

Es claro que todas estas disposiciones pretenden facilitar el desarrollo del procedimiento arbitral hacia su objetivo, el dictado del laudo.

En la Convención de New York (1958) sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, ratificada por la República Argentina, el art. II.3. dice: “El tribunal de uno de los Estados contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable”. Este precepto impone la *obligación de remisión al arbitraje* cuyo principal efecto es la determinación de la incompetencia de los tribunales judiciales para decidir sobre los méritos de la controversia cuando se invoca el acuerdo arbitral.

3. Reconocimiento en la jurisprudencia

Los distintos contenidos concretos de los criterios de complementación y autonomía tienen una razonable recepción en la jurisprudencia judicial.

En concreto puede señalarse que los tribunales aceptan que la estipulación de la cláusula arbitral habilita la excepción de incompetencia; y más allá de que en algunos pronunciamientos judiciales se propicia una interpretación restrictiva de esa estipulación, lo cierto es que la competencia arbitral ha sido respetada en situaciones dudosas lo que ha mostrado un respaldo importante al arbitraje. Exponemos seguidamente algunas de esas situaciones.

a) *Competencia arbitral y concurso preventivo de una de las partes*

El concurso preventivo y la quiebra producen la radicación ante el juez del concurso de todos los juicios de contenido patrimonial contra el concursado (art. 21, inc. 1 y art. 132 LC). Es al establecer el régimen de la quiebra que la ley contiene una previsión específica respecto del arbitraje; su art. 134, bajo el acápite "Cláusula compromisoria", en el primer párrafo dice: "La declaración de quiebra produce la inaplicabilidad de las cláusulas compromisorias pactadas con el deudor, salvo que antes de dictada la sentencia se hubiere constituido el tribunal de árbitros o arbitradores". Es claro entonces que el procedimiento arbitral en el que se hubiere constituido el tribunal antes de la sentencia de quiebra, no es atraído por la quiebra y continúa hasta el dictado del laudo.

En materia de concurso preventivo no hay una norma equivalente al art. 134; esto es, no hay excepción expresa al fuero de atracción del concurso en beneficio del procedimiento arbitral. Sin embargo, la Corte Suprema argentina ha interpretado que la excepción del art. 134 —prevista para la quiebra— se aplica a los concursos preventivos.

Es que, razonó la Corte, si la ley excepciona al procedimiento arbitral del fuero de atracción de la quiebra —en donde media desapoderamiento del deudor y aquella excepción a las reglas ordinarias de distribución de la competencia es regulada con todo vigor—, no puede sino suceder lo mismo cuando, como en el concurso preventivo, el concursado conserva la administración de su patrimonio y el fuero de atracción establecido es de carácter más limitado. Y siguió diciendo la Corte: admitir lo contrario significaría tanto como atribuir al concurso preventivo, respecto de los tribunales arbitrales, un fuero de atracción que la ley expresamente niega a la quiebra, lo que desnaturalizaría totalmente la esencia de ambos institutos, al reconocer mayor virtualidad atractiva a aquél —el concurso preventivo— que, por definición, menos la tiene (4).

Esta doctrina fue ratificada en una sentencia posterior en la que se resolvió que el fuero de atracción del concurso preventivo no afectaba a un procedimiento en trámite por ante el Tribunal de Arbitraje de la Bolsa de

(4) CSN, 1/11/88, "La Nación SA c. La Razón SA", con nota de Ernesto O'Farrell, "Un fuerte espaldarazo al arbitraje", LA LEY, 1989-B, 476. Con ello la Corte dejaba atrás una doctrina exactamente inversa que había sostenido en la sentencia del 27/12/78, "Minieri, Francisco c. The River Plata Supply Co. S.A.", LA LEY, 1979-B, 470; JA, 1979-II-606.

Comercio. Pero además en este segundo caso, la Corte admitió que el Tribunal se constituyese *después* de abierto el concurso preventivo, pues "*importa una arbitraria prescindencia del art. 134 de la ley de concursos y quiebras admitir que un tribunal arbitral pueda constituirse durante el concurso preventivo para actuar aun después de la quiebra y no admitir que pueda constituirse antes o durante el concurso preventivo para dirimir la controversia sin que sobrevenga la quiebra*" (5).

En una sentencia dictada en este año 2005 (6), la Corte ratifica la doctrina de los casos anteriores, pues en definitiva argumenta:

- Que el art. 134 LC se refiere expresamente al arbitraje en la quiebra, que es el concurso con las mayores interferencias jurisdiccionales, pues aquí el deudor es desapoderado y sus bienes están destinados a la liquidación judicial, hipótesis en la que respeta el juicio arbitral si se hubiese constituido el tribunal de árbitros o arbitradores antes de la declaración de quiebra. Ello significa que aun hallándose en trámite un concurso preventivo puede constituirse el tribunal arbitral antes del auto de quiebra y, si así se constituye, el art. 134 respeta su competencia para entender en el asunto aun después de declarada la quiebra;

- Por lo que importaría arbitraria prescindencia del art. 134 admitir que un tribunal arbitral pueda constituirse durante el concurso preventivo para actuar aun después de la quiebra y no admitir que pueda constituirse antes o durante el concurso preventivo para dirimir la controversia sin que sobrevenga la quiebra. Ello sería tanto como admitir que la declaración de quiebra aseguraría la competencia del tribunal arbitral constituido durante el concurso (art. 134) y, en cambio, la continuación del concurso y el cumplimiento del concordato preventivo sin quiebra invalidaría la competencia del referido tribunal.

Con lo cual reitera las afirmaciones hechas en las sentencias precedentes y ratifica entonces la doctrina sobre la inexistencia de fuero de atracción respecto del procedimiento arbitral, y sobre la posibilidad de que el tribunal arbitral se constituya aun después de abierto el concurso preventivo.

(5) CSN, 11/7/96, "Energomachexport SA c. Establecimientos Mirón SA", con nota de Roque Caivano "Un nuevo respaldo de la Corte al Arbitraje", LA LEY, 1997-A, 7.

(6) CSN, 5/4/05, "Bear Service c. Cervecería Modelo SA", LA LEY, 1/7/05, con nota de Julio César Rivera.

b) *Competencia del tribunal arbitral mediando un planteo de inconstitucionalidad*

Un tema trascendente reside en la atribución de los árbitros de declarar la inconstitucionalidad de las leyes.

Especialmente con motivo de la legislación de emergencia dictada a partir de enero de 2002, a la que ya hemos hecho referencia, se instaló el tema de si los tribunales arbitrales tienen o no la atribución de declarar la inconstitucionalidad de las leyes.

Una de las primeras decisiones surgió del Tribunal de Arbitraje de la Bolsa de Comercio de la Ciudad de Buenos Aires, de gran prestigio en el medio. Resolvió el Tribunal que dentro del marco de la jurisdicción arbitral no se halla excluida la declaración de invalidez constitucional de las normas emanadas de los poderes públicos (7).

Más adelante, uno de los órganos del mismo Tribunal Arbitral de la Bolsa de Comercio, dictó otra resolución en la que se decidió que puede plantearse la inconstitucionalidad de las normas y el tribunal tiene competencia para resolver tal punto. Concretamente ha dicho: "*no existe óbice alguno para que un Tribunal Arbitral se expida sobre la validez constitucional de una normativa pues no es éste el objeto de la controversia sino la relación sustancial, que configura un caso, de carácter eminentemente privado, que le da origen al desarrollo de este proceso, en donde como consecuencia natural, éste como cualquier otro tribunal que posea jurisdicción, puede expresarse, aun de oficio, sobre la constitucionalidad o no de una norma determinada... y que producirá efectos únicamente para las partes involucradas*" (8). Es más, en el mismo precedente se dijo que no es óbice a la competencia del tribunal arbitral, la circunstancia de que éste deba resolver la cuestión propuesta *ex aequo et bono*, o sea, conforme a equidad; pues si por razones equitativas puede considerar la aplicación de una norma en desmedro de otra, no hay razón que le impida prescindir de una norma por resultar repugnante a la Constitución Nacional.

(7) Tribunal de Arbitraje General de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires, 19/3/02, "CIERP SA c. Grinbank, Daniel Ernesto s/resolución contractual", ED, 198-464.

(8) Tribunal de Arbitraje General de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires, Resolución del Director de Procedimiento (firme), 5/11/2002, "IGT Argentina S.A. c. Trilenium S.A. y otros s/restitución de bienes", ED, 7 de marzo de 2003.

Las decisiones del Tribunal cuentan con un sólido apoyo doctrinario. Uno de los más distinguidos juristas argentinos, Augusto Mario Morello, comentando el pronunciamiento en la causa "CIERP SA" dijo que avalan la conclusión a que se llegó, los siguientes argumentos:

- el punto de partida es que el tribunal arbitral es un tribunal de justicia, aunque no forme parte del Poder Judicial; la función que cumple es propia de los órganos que cumplen este servicio, aunque pueden no tener todos sus atributos;

- siendo el asunto arbitrable, el tribunal no tiene cortapisas para asumir y definir, en las que necesariamente ha de dilucidar, el tema referido a la constitucionalidad de las normas enjuiciadas;

- el modelo de control difuso, que legitima a un juez de paz lego a declarar la inconstitucionalidad de una norma, extiende esa legitimación al tribunal arbitral; en definitiva el tribunal arbitral tiene también el deber de examinar las leyes en los casos concretos sujetos a su decisión, con el texto de la Constitución para averiguar si guardan o no conformidad con ésta;

- el control de constitucionalidad, aun ejercido de oficio, no lesiona la presunción de legitimidad de los actos del Poder Legislativo, presunción meramente provisional y que por ende cede ante la comprobación y declaración de invalidez por el Poder Judicial o por árbitros;

- que los árbitros declaren la inconstitucionalidad de la norma no afecta el orden público; en definitiva, se limita al caso, sin pretensión de generalidad; tal como sucede con la inconstitucionalidad declarada por los jueces (9).

Un pronunciamiento judicial apoya esta postura. Se planteó ante una corte estatal una acción tendiente a declarar que la inconstitucionalidad de ciertas normas dictadas como consecuencia de la emergencia económica, es materia que excede de la competencia atribuida a un tribunal arbitral en el contrato; en otras palabras, la pretensión de la actora era la "no arbitrabilidad de un eventual planteo de inconstitucionalidad de cier-

(9) MORELLO, Augusto Mario, "¿Pueden los árbitros declarar la inconstitucionalidad de las leyes?", ED, 198-467.

tas normas...". La sentencia de la 1ª Instancia desestimó in limine la acción declarativa propuesta, para lo cual arguyó:

- que el tratamiento de la constitucionalidad de ciertas normas fue —o debió ser— una contingencia de posible ocurrencia en el esquema del negocio (una compraventa de acciones) acordado por las partes;

- que aun cuando no lo hubieran tenido en cuenta, las partes no hicieron reserva alguna a fin de excluir determinadas decisiones de la jurisdicción arbitral;

- que el sometimiento voluntario y sin reserva expresa a un régimen jurídico obsta a su ulterior impugnación, según lo sostiene la inveterada jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación;

- con cita del precedente CIERP SA y del comentario de Augusto Mario Morello, se concluye que el planteo de inconstitucionalidad de ciertas normas no excede la competencia del tribunal arbitral (10).

c) Competencia en caso de rescisión del contrato en el que está inserta la cláusula estatal

En el ya citado caso "Bear Service", se planteó la siguiente situación. Las partes habían previsto en un contrato de distribución una cláusula compromisoria que decía: "Cualquier disputa, controversia o reclamación que resulten o se relacionen con el presente contrato o sus anexos, serán decididas finalmente y se arreglarán por medio del arbitraje...".

El contrato fue rescindido y mediaban reclamos de daños y perjuicios.

Una de las partes concurrió al tribunal judicial argentino arguyendo que el reclamo de daños y perjuicios derivados del incumplimiento del contrato, ya rescindido, no quedaba comprendido en la cláusula arbitral. La otra, que había promovido el arbitraje en México conforme lo convenido, interpuso una excepción de incompetencia del tribunal judicial argentino.

(10) 1ª Instancia Comercial de la Capital Federal, Juzgado N° 10, "Otondo, César Alberto c. Cortina Beruatto SA y otro s/sumarísimo", 17/3/03; confirmado por la CNCom., sala E, 11/6/03, con dictamen también favorable a la competencia arbitral del Fiscal de Cámara, LA LEY. 2003-F, 744; JA, 2003-IV-73.

Esta excepción fue acogida por la sentencia dictada por la Cámara de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal en la ya mentada causa "Bear Service".

Sobre la materia cabe anotar que:

- la cláusula arbitral era la modelo de la CCI con mínimas variantes que no modifican la esencia (11);

- el Reglamento de Arbitraje de la CCI dice en su art. 6° (Efectos del acuerdo de arbitraje), punto 4: "Salvo estipulación en contrario y siempre y cuando haya admitido la validez del acuerdo de arbitraje, el Tribunal Arbitral no perderá su competencia por causa de pretendida nulidad o inexistencia del contrato. El Tribunal Arbitral conservará su competencia, aun en caso de inexistencia o nulidad del contrato, para determinar los respectivos derechos de las partes y pronunciarse sobre sus pretensiones y alegaciones";

- la disposición del art. 6.4. del Reglamento es una expresión del principio de autonomía de la cláusula arbitral, el que es considerado una piedra basal del sistema de arbitraje internacional, y que en los hechos significa que la nulidad o inexistencia del contrato no implica la invalidez o inexistencia de la cláusula arbitral fundado en que cuando las partes incluyen una cláusula de esta naturaleza están pretendiendo que todas las cuestiones—incluso la validez o nulidad del contrato— queden abarcadas por ella (12);

- de allí deriva el criterio sustentado por la Corte de Arbitraje respecto de la interpretación de las cláusulas compromisorias en el sentido de que ellas deben ser entendidas como comprendiendo todas las consecuencias que emanan del contrato, y no incluyendo algunas y excluyendo otras pues ello generaría una indeseable superposición entre la jurisdicción arbitral y la estatal que sería causa de posibles conflictos entre ambas (13);

(11) En efecto la cláusula modelo en español dice: "Todas las desavenencias que deriven de este contrato que guarden relación con éste serán resueltas definitivamente de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional por uno o más árbitros nombrados conforme a este Reglamento".

(12) Conf. CRAIG - PARK - PAULSON, "International Chamber of Commerce Arbitration", 3ª ed., NY, 2000, N° 5.04 a partir de p. 48.

(13) ARNALDEZ - DERAIS - HASCHER, "Collection of ICC Arbitral Awards", 1991-1995, Case N° 6149/1990, a partir de p. 315; ver en particular el apartado B) The coverage by the Arbitration Agreements..., ps. 320 y 321.

solución razonable pues si la cláusula arbitral subsiste a la nulidad del contrato, obviamente también lo hace a la extinción del contrato por rescisión o resolución por incumplimiento (14);

- en el mismo sentido nos hemos expedido actuando como árbitro en un procedimiento ICC bajo la ley argentina, en una controversia en que la parte demandada sostenía la incompetencia del tribunal arbitral por cuanto la controversia —a su juicio— no emanaba del contrato sino de la aplicación al contrato de la legislación de emergencia creada por Argentina a partir del año 2002 (15).

Por lo tanto, la decisión de la Cámara Comercial, que se funda en que la cláusula compromisoria es ley para las partes (art. 1197 Cód. Civil) y el reclamo de daños derivados del incumplimiento se relaciona directamente con el contrato, aparece ajustada a las reglas de interpretación del alcance de la cláusula arbitral generalmente aceptadas.

Lo notable es que al expedirse la Corte Suprema en el recurso extraordinario interpuesto contra la resolución de la Cámara de Apelaciones, se limita al tema de la competencia en caso de concurso preventivo de una de las partes —como lo hemos visto— pero no trata de manera explícita el tema de la vigencia de la cláusula arbitral a pesar de la rescisión del contrato. Ello pese a que el Procurador General de la Nación sí se había pro-

(14) Es que el principio de autonomía de la cláusula arbitral implica que ella es una convención distinta y por ende separable del contrato, que tiene una estructura, contenido, intención de las partes, causa y efectos distintos de los del contrato; de allí que la cláusula arbitral puede estar "en" el contrato o en un documento separado, y sobrevivir a éste: sobre el punto v.: CHILLON MEDINA, José María - MERINO MERCHAN, José Fernando, "Tratado de arbitraje privado interno e internacional", Madrid, 1991, N° 914 y sigtes., ps. 598 y sigtes.

(15) Por razón de la confidencialidad del arbitraje no podemos identificar el caso; de todos modos el argumento central fue el siguiente: "... de lo que se trata en definitiva es de determinar cómo el contrato que sigue ligando a las partes ha sido afectado por tal legislación. O sea que el núcleo de la cuestión planteada en este arbitraje es cuál es el alcance de las obligaciones y derechos de las partes causadas en las cláusulas pactadas en el contrato después de la legislación de emergencia. En definitiva, siempre que hubiera habido un conflicto de interpretación y/o aplicación de los términos pactados en el contrato, habría de haber sido resuelto a la luz del derecho aplicable al contrato. Y esto es exactamente lo que se hará en este arbitraje. La única diferencia es que normalmente el conflicto habría de haber sido resuelto conforme al derecho elegido por las partes, integrado por normas dictadas ANTES de la celebración del contrato. En el caso, se aplicará ese mismo derecho, pero integrado por normas que se dictaron después del contrato. Pero aun esto no debe sorprender a las partes; si el derecho aplicable al contrato es el estatal argentino, ambas partes saben que las nuevas leyes son de aplicación inmediata a las relaciones jurídicas en curso de ejecución (art. 3° Cód. Civil)".

nunciado sobre ello y en sentido contrario al de la Cámara. Con lo cual, hemos dicho antes de ahora que la Corte confirmó *implícitamente* el criterio de la Sala D del tribunal mercantil de la Capital Federal.

4. Reconocimiento judicial del principio de autonomía (continuación)

Retomando el tema central cabe destacar que los tribunales judiciales han reconocido también que —salvo hipótesis legales concretas— su competencia surge a partir del dictado del laudo, por lo que son irrevisables los pronunciamientos dictados durante el procedimiento arbitral. En esta orientación Parodi (16) da a conocer sentencias judiciales que han resuelto: "... *La competencia del órgano judicial surge a partir del laudo, careciéndose del poder legal de juzgamiento que concierne a etapas anteriores, por lo cual no es materia de decisión la referencia a los criterios con que el árbitro ha seleccionado los puntos a él sometidos, ante la falta de acuerdo entre las partes...*" (17); y "... *En el supuesto de arbitraje internacional, no es procedente sostener una dependencia necesaria del árbitro respecto de los órganos jurisdiccionales, quienes fundamentalmente intervienen en la etapa de anulación, reconocimiento o ejecución de la sentencia arbitral...*" (18).

5. Interferencias judiciales durante el procedimiento arbitral

Sin embargo, en numerosos casos, algunos de ellos recientes, se advierte que los tribunales judiciales van avanzando sobre el procedimiento arbitral antes del dictado del laudo pese a mediar recursos provistos por el mismo sistema al cual las partes se sometieron voluntariamente al estipular la cláusula arbitral.

Comentaremos brevemente algunos de los casos más notorios.

a) Confección del acta de misión por un tribunal judicial

En el año 1990, en la causa Cía. Naviera Pérez Companc c. Ecofisa la CNCom., sala B, resolvió que "Cuando no existe entre las partes conformi-

(16) PARODI, ob. cit., p. 202.

(17) Cámara Federal de Mendoza, 23 de octubre de 1975, "Prensa del Oeste S.A. y otros", JA, 1976-II-600; Cámara Comercial de la Capital, sala A, 31 de julio de 1948, "Corporación Cementera Argentina (S.A.) v. Cía. Argentina de Motores Deutz (S.A.)", JA, 1948-IV-694.

(18) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala E, 26 de setiembre de 1988, "Welbers, S.A., Enrique c. Extraktionstechnik Gesellschaft Fur Anlagenbar M.B.M.", LA LEY, 1989-E, 304.

dad sobre los temas a laudarse y, encontrándose en tela de juicio una disposición imperativa del Estado argentino, debe aplicarse lo dispuesto por el Código Procesal, art. 740, a fin de hacer admisible el control judicial del compromiso arbitral, para viabilizar la posibilidad, con intervención del juez de comercio de establecer el contenido del "acta de misión", evitando futuras nulidades, facilitándose de este modo el correcto desarrollo del trámite arbitral, con resguardo del derecho de defensa de las partes y la transparencia indispensable del contenido de los asuntos a laudarse".

Cabe puntualizar que una segunda sentencia fue dictada en 1993 (19) y en ella se fija definitivamente el contenido del acta de misión.

Son ostensibles los errores de la sentencia que autorizó la intromisión estatal en la confección del acta de misión.

Este es un documento que "elaborará el tribunal" (art. 18.1. Reglamento de Arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI), y su objeto es que él precise su misión, para lo cual debe tener en cuenta las alegaciones de las partes, lo que supone que éstas han podido expresar sus pretensiones y defensas con anterioridad.

En este sentido es un acto de naturaleza procesal (no convencional) y para el caso de que alguna de las partes no quiera firmar el acta de misión el reglamento CCI prevé el mecanismo para su aprobación por la Corte de Arbitraje (art. 18.3.). De modo que es un mecanismo que prevé el remedio a la disidencia de algunas de las partes y a su mera renuencia a suscribir el acta.

De modo pues que la intromisión judicial en la elaboración del acta de misión, fue una clara limitación del principio de autonomía, pues implicó el desconocimiento de las reglas a las cuales las partes se habían sometido.

b) Declaración de incompetencia del tribunal arbitral por mediar cuestiones de orden público

Un tribunal judicial resolvió que no era aplicable la cláusula compromisoria prevista en un contrato si lo que se discutía eran las consecuencias

(19) Sentencia del 10 de agosto de 1993, publicada en LA LEY, 1994-A, 139.

de la legislación de emergencia. Para fundar su resolución dijo que "*el inusitado cataclismo económico sucedido con posterioridad a la celebración del contrato no permite considerar que haya sido voluntad de los contratantes dejar librado al juicio de árbitros, y enmarcada en la cláusula compromisoria, la interpretación de las leyes y normas de la emergencia dictadas en consecuencia, que ha convulsionado profundamente el esquema económico del contrato*". La sentencia peca de dogmática; no se advierte por qué interpretar la cláusula arbitral de modo que excluya hechos posteriores a la celebración del contrato y que en definitiva afectan las obligaciones nacidas de él (20), y contradice los criterios doctrinarios y jurisprudenciales que hemos mencionado antes. En definitiva, va en contra del deber de abstenerse de frustrar el pacto arbitral y con ello del criterio de complementación.

c) Medidas precautorias que suspenden procedimientos arbitrales

Una de las más graves interferencias en procedimientos arbitrales lo constituyen decisiones judiciales que suspenden el trámite de aquéllos.

Así, la Cámara Federal en lo Civil y Comercial dictó una serie de resoluciones tendientes a suspender el procedimiento arbitral en que eran parte dos sociedades argentinas y una empresa estatal uruguaya (21).

En la primera de las resoluciones el Tribunal Judicial ordenó a las demandas en la causa (actoras en el procedimiento arbitral) que suspendiesen la actividad en el procedimiento arbitral con el argumento de que mediaba un proceso judicial anterior al arbitraje sobre la misma materia y que podrían existir sentencias contradictorias. Es claro que lo que eventualmente existía era un conflicto de competencia, que la empresa uruguaya demandada en el arbitraje no había planteado de ese modo (22)

(20) C1*CC San Isidro, sala II, 3/4/05, LLBs. As. junio 2005, p. 521.

(21) CNCiv. y Com. Federal, sala II, 15/5/03, 4/6/03 y 26/8/03; "in re" "Administración de Usinas y Transporte Eléctrico del Uruguay c. Hidroeléctrica Piedra del Aguila SA" e "in re" "Administración de Usinas y Transporte Eléctrico del Uruguay c. Central Puerto SA", ED, 205-84, con nota de Jorge Rojas, "Amparo al arbitraje", citado.

(22) En realidad la empresa oriental planteó excepción de incompetencia ante el mismo Tribunal arbitral, el que rechazó tal excepción. La atribución del Tribunal arbitral de pronunciarse sobre su propia competencia está universalmente reconocida, se expresa en la máxima "competence - competence" y constituye uno de los pilares del procedimiento arbitral.

sino por la vía de la medida cautelar propuesta ante el mismo juez estatal ante el que había promovido demanda (juez que por su lado rechazó la cautelar pedida). Sin embargo, como lo vemos, la sentencia de la Cámara termina revocando la decisión apelada y haciendo lugar a la medida de suspensión.

Lo interesante de apuntar es que el Tribunal arbitral no se sometió a la orden judicial.

En efecto, con el voto de dos de sus integrantes, el Tribunal arbitral dijo:

... los árbitros en esta causa se encuentran en el ejercicio de la jurisdicción. Siendo ello así, su desplazamiento del conocimiento y decisión del litigio solamente puede ser consecuencia de un bien fundado cuestionamiento de su competencia, tal como en estos obrados se está intentando por vía de declinatoria. Pero en modo alguno es admisible que sin un planteamiento y decisión de inhibitoria (art. 9º, Cód. Proc. Civ. y Com.), en el supuesto de que fuese procedente (art. 7º, Cód. cit.), se pueda paralizar el ejercicio de la jurisdicción arbitral mediante una medida cautelar. Destácase en este sentido que para sustraer una causa del conocimiento de un juez (o árbitro) el planteo de la inhibitoria requiere una decisión de otro juez que se declare competente, la que no puede ser suplida por una resolución acerca de la existencia de un mero fumus boni iuris, sobre cuya consistencia se dirá cuando recaiga sentencia firme en la acción declarativa. El mismo fundamento que con este alcance se desarrolla, es revelador de que para así decidir no se ha dispuesto de una convicción formada sobre la competencia propia, puesto que la resolución se apoya en la sola verosimilitud alcanzada "sólo mediante una limitada aproximación a la cuestión de fondo, dado el estrecho marco cognitivo propio de toda medida precautoria". Tampoco el principio de prevención tiene gravitación en estos conflictos de competencia para los que el Código Procesal fija los tiempos u oportunidades, máxime cuando no se sustenta sobre precedencia en la notificación de la demanda (arg. art. 189 Cód. Proc.). Téngase en cuenta, finalmente, que en estas actuaciones arbitrales se encuentra planteada la cuestión de competencia por declinatoria, lo que de suyo excluye la pertinencia de proceder por otra vía (art. 7º Cód. Proc.).

Sobre el fundamento de las consideraciones que anteceden puede afirmarse que la suspensión de las actuaciones arbitrales decidida desde otra jurisdicción no se ajusta a la reiterada doctrina sentada por la Corte Suprema acerca del principio que veda a los órganos judiciales interferir en las causas en trámite ante otros tribunales y por ende que las medidas cautelares no

pueden ser empleadas para impedir u obstaculizar el derecho de índole constitucional de ocurrir a la justicia para hacer valer los derechos que las partes interesadas consideran tener (Fallos: 324: 382; 319: 1325, etc.)

Pero más grave todavía es la tercera resolución que expide el Tribunal Federal porteño. La empresa uruguaya promueve una acción meramente declarativa en la que se pretendía que el tribunal judicial decidiese si los árbitros tenían competencia para decidir la inconstitucionalidad de un decreto del PEN. Claro es que a esa altura el Tribunal Arbitral ya había dictado el laudo final. Sin embargo, "pudiendo hallarse planteada una cuestión de competencia", la Cámara da una vista al Fiscal de Cámara, quien se pronuncia rotundamente por la negativa, pues opuesta la incompetencia como excepción ante el mismo Tribunal Arbitral, éste había desestimado la defensa previa y además había dictado el laudo, con lo cual había concluido su misión. Sin embargo la Cámara hace caso omiso del clarísimo y contundente dictamen fiscal y resuelve escuetamente que "... se ha planteado un conflicto de competencia entre este Tribunal y el Tribunal de Amigables Componedores que dictó el referido laudo" y "Que en las circunstancias particulares del caso... ordénase a los ejecutantes del laudo... abstenerse de continuar los trámites de ejecución...".

Sin embargo, cuando la demandada en el arbitraje pretendió hacer valer la decisión judicial aludida, el Tribunal arbitral resolvió rechazarla, arguyendo: "*Que la suspensión del procedimiento o de los plazos sólo puede disponerse por acuerdo de partes (art. 31 del Reglamento) o por resolución de los árbitros si media fuerza mayor, situaciones de hecho o causas graves que hicieren imposible el cumplimiento de los actos pendientes (art. 157 Cód. Procesal y su doctrina), siendo que en el caso no media el acuerdo de las partes, ni los hechos expuestos por la demandada al solicitar la suspensión configuran los supuestos que contempla la citada norma procesal*".

Que por lo demás no ha mediado ninguna "orden cautelar de suspender el procedimiento arbitral" dirigida al tribunal arbitral, contra lo que asevera la peticionante, lo cual era estrictamente cierto pues tal orden cautelar se dirigía a la parte (actora en el arbitraje) y no al tribunal.

Es decir que el Tribunal arbitral hizo valer el propio sistema y los mecanismos establecidos en él (en el caso el Reglamento del Tribunal de Arbitraje de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires), que era aquel que había sido elegido por las partes.

d) *Otra decisión judicial suspendiendo un arbitraje*

También la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial dictó —en el marco de un amparo— una medida cautelar de suspensión de un proceso arbitral (23). Se trataba del cuestionamiento de dos resoluciones dictadas en el procedimiento, una por el Director del Procedimiento que dispuso diferir los planteos efectuados por las partes para que sean resueltos una vez que se constituya el tribunal arbitral y la continuación del proceso con la designación de los árbitros; y una decisión del Presidente de la Cámara Argentina de Comercio que designó a los árbitros.

Al respecto cabe señalar que en este caso el Fiscal de Cámara también se había pronunciado por el rechazo de la medida, como lo había hecho el juez de la anterior instancia. En concreto, el Fiscal sostuvo que el amparo debía ser rechazado in limine, pues no es la vía idónea para cuestionar las decisiones de la Cámara Argentina de Comercio dictadas en la fase preliminar del arbitraje, *"ya que estas cuestiones pueden y deben ser dirimidas por dicha entidad en el marco del proceso arbitral"* (claro reconocimiento del principio de autonomía), agregando el dictamen que *"Por otra parte, el recurrente tendrá a su alcance la acción de nulidad de los laudos arbitrales del art. 760 del Cód. Procesal"* (con lo cual se ratifica la autonomía, en tanto se indica que los tribunales judiciales sólo asumen competencia a partir del laudo y en tanto se interpongan los recursos que no hayan sido renunciados o irrenunciables) (24).

Sin embargo la Cámara hizo lugar a la cautelar arguyendo que estaban reunidos los requisitos de verosimilitud del derecho y peligro en la demora, pues el trámite arbitral seguía su curso y se habían designado los árbitros sin que hubiese sido previamente acordado el compromiso arbitral (25); y que no puede interpretarse que el recurso de nulidad *"resulte en la*

(23) CNCom., sala C, 11/3/03, "Akzo Nobel Coating SA y otro c. Cámara Argentina de Comercio s/amparo", ED, 205-162.

(24) En el derecho argentino el recurso de nulidad es irrenunciable: art. 760 del Cód. Procesal Civil y Comercial de la Nación.

(25) El Tribunal judicial tuvo por acreditada la verosimilitud del derecho por cuanto el art. 5 del Reglamento de la Cámara Argentina de Comercio daba pie a interpretar que los árbitros sólo podían ser designados con posterioridad a la suscripción del compromiso; sin embargo, otra interpretación que en definitiva era la que hacían los órganos de la entidad administradora del arbitraje; en este sentido v. NOODT TAQUELA, Blanca, su comentario a este fallo en DeCITA 03/2005, p. 477.

especie una vía alternativa eficaz, ya que el mismo no es susceptible de evitar el perjuicio que podría derivarse en el caso de no obtener un procedimiento emanado de un tribunal debidamente integrado, ya que ello podría incluso comprometer el derecho de defensa ante el propio tribunal arbitral, sobre todo al no haberse acordado los términos del compromiso con la firma del respectivo documento".

Evidente es la vulneración del principio de autonomía que emana del fallo, no sólo porque desconoce la eficacia de las previsiones del propio sistema al cual las partes se sometieron voluntariamente, sino porque en definitiva no duda en afirmar la competencia judicial para controlar el procedimiento durante el trámite del arbitraje, esto es, sin esperar al laudo.

e) Suspensión de la ejecución del laudo por la concesión del recurso de nulidad

La Sala II de la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal se pronunció recientemente en un recurso de nulidad interpuesto por el Estado nacional contra un laudo arbitral y dispuso sustanciar el recurso y adoptar una medida cautelar consistente en la suspensión de la ejecución del laudo (26).

La sentencia merece alguna atención pues para conceder el recurso de nulidad la Cámara tuvo que recurrir a un razonamiento tortuoso.

En efecto; es sabido que el recurso de nulidad contra el laudo arbitral se interpone ante el mismo Tribunal arbitral (art. 759, Cód. Procesal) (27); pero en el caso la Procuración lo interpuso ante la Cámara Federal. Ello sin duda imponía el rechazo del recurso. Sin embargo la Cámara hizo una interpretación singularísima de lo convenido por las partes en materia de recursos; ellas habían establecido en un acta que "*sólo serán admisibles contra el laudo los recursos de aclaratoria ante el señor árbitro y el de nulidad exclusivamente en los casos previstos en el art. 760 del CPCC*" y "*Respecto de las cuestiones no convenidas en la presente acta, se aplicarán subsidiariamente el Reglamento y el CPC y C a criterio del señor árbitro*".

(26) CNCont. Adm. Federal, sala II, "Estado Nacional - Procuración del Tesoro c. Tribunal Arbitral" Laudo 28/IV/03, inédito.

(27) Conf. PALACIO, Lino, "Tratado de Derecho Procesal Civil", Bs. As., Abeledo-Perrot, 1992, t. IX, N° 1466, ps. 170 y conchs.

De ello desprende la Cámara que "*cabe entender que la voluntad de las partes, tal como se desprende de dicha acta, fue establecer una distinción según el recurso de que se trata. Así, para la aclaratoria, se convino de modo expreso que debía ser planteada ante el árbitro. Respecto del recurso de nulidad nada se acordó, razón por la cual esta Sala considera que, en la medida que este Tribunal es el llamado a conocer en punto a dicho recurso (art. 763 CPCyC, de aplicación supletoria),..., no cabe formular ninguna objeción a su interposición por ante esta Alzada por lo que se lo declara formalmente admisible*".

Es obvio que si el Código Procesal es de aplicación supletoria, como la misma Sala lo manifiesta, debió ser aplicada la regla que de él emana, esto es que el recurso tiene que ser interpuesto ante el árbitro; siendo indiferente que la Cámara sea la llamada a atender el recurso. Evidentemente la Cámara ha infringido todas las reglas de la argumentación jurídica sólo para "salvar" al Procurador del Tesoro de un error grosero.

Además el Tribunal concedió una medida cautelar por la cual dispuso la suspensión de la ejecución del laudo. Quizá hubiera sido más sencillo conceder el recurso con efecto suspensivo, máxime teniendo en cuenta que la Cámara incurrió en otra infracción al ordenamiento procesal aplicable al asunto. En efecto, conforme al Código Procesal el recurso de nulidad se resuelve sin sustanciación (art. 760, tercer párrafo); sin embargo, la Cámara, en la misma resolución decidió correr traslado del recurso a la contraparte por el término de diez días. En tales circunstancias y no mediando una norma que expresamente acuerde efecto meramente devolutivo al recurso, debería entenderse que su sola concesión suspendía la ejecución (28), lo que hacía innecesaria la cautelar decretada.

f) *La máxima interferencia: el caso Yacyretá*

El caso Yacyretá —que tramitó ante la Justicia Federal en lo Contencioso Administrativo de la Capital Federal— merece una explicación pormenorizada (29).

(28) El art. 243, tercer párrafo, Código Procesal, refiriéndose al recurso de apelación dispone: "Procederá siempre en efecto suspensivo, a menos que la ley disponga que lo sea en el devolutivo". Si bien esta norma de refiere a la apelación, debe recordarse que esta apelación contra las sentencias comprende el recurso de nulidad.

(29) Debo advertir que he sido letrado patrocinante de la parte demandada en esta causa. Por regla general uno no debe comentar los fallos dictados en las causas en que ha sido parte; pero lo cierto es que el abogado del Ente Binacional Yacyretá no ha omitido

(i) Las partes

El Ente Binacional Yacretá (EBY), parte actora del proceso judicial, es un organismo internacional distinto de los Estados que fue creado por un Tratado Internacional conocido como Tratado de Yacretá suscripto por Argentina y Paraguay. La contraparte del caso es una Unión Transitoria de Empresas que estaba ligada a EBY por el contrato de construcción celebrado décadas atrás.

(ii) El arbitraje CCI

Con motivo de divergencias múltiples surgidas durante la obra, las partes pusieron en marcha el proceso arbitral ante la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, con la particularidad de que suscribieron un compromiso arbitral en el que definieron múltiples cuestiones, entre ellas el procedimiento de designación del tercer árbitro, la sede (Buenos Aires), el derecho aplicable (30), ciertas reglas procesales (31) y la renuncia a todos los recursos salvo el de nulidad.

tribuna para hablar del caso aun antes de que estuviera terminado y además ahora es árbitro por esa misma parte... De todos modos trataré de guardar la mayor objetividad y por ello abundaré en las constancias de la causa más que en apreciaciones subjetivas.

(30) En este punto el Compromiso dice: "El Tribunal aplicará al fondo de la controversia las normas jurídicas emergentes de lo establecido en el Numeral 4.2.-09 del contrato YC-1".

(31) El Compromiso establece: "Estará regido por el Reglamento con las modificaciones y precisiones que las partes expresamente introducen en el presente instrumento". El "Reglamento" es el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional vigente a la fecha de celebración del presente Compromiso" (así está definido en el capítulo Definiciones que encabeza el Compromiso arbitral). Y divide el procedimiento en etapas.

- La "primer etapa (presentación)": consiste en la presentación conjunta del presente compromiso ante la Sede de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI..., el día 8 de noviembre de 2001...

- "Segunda etapa (constitución del Tribunal)": conforme a la cual, habiendo sido designado en el mismo Compromiso, un árbitro por parte de la EBY, ERIDAY designaría un árbitro dentro de un determinado plazo luego de lo cual, cualquiera de las partes podía solicitar a la Corte se pusiera en marcha el mecanismo de designación del árbitro tercero y confirmación de los árbitros designados por las partes. No obstante, para habilitar esta etapa era necesario que previamente se hubiera efectuado la "Liquidación Provisoria" y tramitadas por la vía contractualmente prevista la totalidad de las reclamaciones que ERIDAY agrega en el Anexo III del Compromiso... Se estableció todo un mecanismo para terminar la mentada liquidación provisoria.

Agotadas las etapas previstas en el mismo compromiso, se llegó a la elaboración del Acta de Misión.

Allí sorpresivamente la EBY pretendió que se incluyeran cuestiones que resultaban contradictorias con el compromiso arbitral. En concreto EBY pretendía imponer que el laudo fuera susceptible de recurso extraordinario ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los términos del art. 14 de la ley 48 (Adla, 1852-1880, 364) y:

- la redefinición del concepto de "legislación aplicable" al contrato con la clara intención de modificar lo acordado siempre entre las Partes respecto de la aplicación supletoria del Derecho argentino al contrato internacional que las vincula.

- la aplicación supletoria del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación al procedimiento arbitral,

- un capítulo que denominaba "Investigaciones Pendientes" que ninguna relación tiene con los hechos ventilados en el arbitraje ya que no ha sido materia ni del Compromiso Arbitral ni de las alegaciones hechas por las partes en los escritos constitutivos.

El Tribunal arbitral —por unanimidad— no aceptó la inclusión de estos contenidos en el Acta de Misión y ante la no firma de la misma por parte de EBY, dispuso remitirla a la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara

- "Tercera etapa (sustanciación argumental)": en esta etapa se presentarían la demanda, contestación, reconvencción, contestación a la reconvencción y réplicas. Todo ello en los plazos allí establecidos, con una característica muy especial: la falta de presentación de la demanda no afectaría la validez del compromiso (Nº 12.c.(i) del compromiso), lo que se relaciona con el hecho de que en este arbitraje ambas partes asumen en el carácter de demandantes, como lo señalaré más adelante;

- "Cuarta etapa (Acta de Misión)": dentro de los 60 días de la sustanciación argumental, se procedería "al otorgamiento del Acta de Misión y del Calendario de Procedimiento con arreglo al art. 18 del Reglamento". Ruego a V.E. tener en cuenta especialmente que el Acta de Misión se debe otorgar conforme al art. 18 del Reglamento de Arbitraje de la CCI, pues es en esta etapa del Acta de Misión que EBY crea artificialmente un conflicto para no firmar el Acta proyectada por los árbitros de acuerdo al Reglamento de la CCI;

- "Quinta etapa (Incidencias procesales posteriores)": se refiere a la prueba y alegatos;

- "Sexta etapa (Laudo)": el Tribunal emitirá un laudo único y definitivo que comprenderá la resolución de todas y cada una de las controversias entre las Partes cuyos resultados se incorporarán a la Liquidación Final.

de Comercio Internacional para su aprobación en los términos del art. 18.3 del Reglamento. Al tiempo de la demanda, la Corte Internacional de Arbitraje todavía no se había pronunciado sobre el proyecto de acta de misión que había elaborado el tribunal arbitral.

Cabe señalar que EBY había recusado a los árbitros en una primera oportunidad y tal recusación había sido rechazada por la Corte Internacional de Arbitraje; una segunda recusación había sido propuesta por la misma EBY.

(iii) *La demanda y la pretensión cautelar*

En ese estado EBY decide judicializar la cuestión y promueve demanda cuyo objeto es por un lado una acción, en los términos del art. 742 Cód. Procesal Civil y Comercial de la Nación, para que ERIDAY concurra a formalizar el texto del Acta de Misión que incluya las postulaciones de la EBY. Y, por otro, para que de conformidad con el art. 747 del mismo Cód. Procesal Civil y Comercial de la Nación, se ordene a los árbitros intervinientes que se aparten del proceso arbitral.

En el mismo objeto de la demanda, la actora incluye la pretensión de que se decrete una medida cautelar de no innovar para que el Tribunal Arbitral actuante en el proceso entre las partes principales, se abstenga de proseguir las actuaciones hasta que recaiga resolución definitiva en las cuestiones de esta litis. Asimismo se disponga, de conformidad con el art. 747 del Cód. Procesal, la suspensión de los procedimientos hasta tanto se resuelva la recusación de los citados árbitros. En el capítulo XI de la demanda sin embargo la pretensión cautelar cambia, pues allí EBY pretende que, hasta tanto se resuelvan las pretensiones articuladas en la presente demanda, se decrete la prohibición de innovar respecto a la aprobación y trámites ulteriores del Acta de Misión (núm. XI.2)

(iv) *La decisión cautelar*

La sentencia interlocutoria del 27 de setiembre de 2004, dispuso:

"... admitir la medida cautelar de no innovar solicitada por la Entidad Binacional Yacyretá, respecto de la aprobación del Acta de Misión, y de los actos posteriores correspondientes al proceso arbitral Caso CCI 11841/KGA, suspendiéndose la tramitación hasta tanto se dicte sentencia en la presente causa..."

La pobreza de los fundamentos de la decisión cautelar es ostensible.

Dice que la parte actora requiere la efectivización del "imperium" que la justicia retiene sobre el órgano arbitral, sobre la base de la inexistencia de una autonomía e independencia absoluta de las decisiones arbitrales (afirmación que no funda y que es claramente contradictoria con la doctrina y jurisprudencia mayoritarias).

Y agrega: "... encuentro configurada la verosimilitud del derecho que se invoca, ello en tanto impresiona excesiva la aplicación que el Tribunal Arbitral efectuó del supuesto contemplado en el apartado 3 del art. 18 del Reglamento, pues del análisis de la documentación en que se sustenta el pedido, no impresiona que Yacyretá se rehusara a participar en la redacción de la carta de misión, o se negara injustificadamente a firmarla, antes bien parecería haber ejercido su derecho a que un documento de tal trascendencia, 'verdadera piedra basal de todo el proceso arbitral' (comillas simples en el original), contuviera lo que para esa parte constituyen sus alegaciones fundamentales. La negativa reiterada del Tribunal Arbitral a considerar su posición (que se patentiza a poco que se compara el texto de las proposiciones de Yacyretá con el suscripto por tribunal, y que se plasma en las órdenes procesales 20 y 21) unido a la resolución de la CCI, por la que se rechazó la recusación por prejuzgamiento de los árbitros, con base en razones que no se explicitan", persuaden de la verosimilitud del derecho.

Arguye luego que el sometimiento a arbitraje no permite suponer una renuncia a la revisión judicial, en las hipótesis en que se verifique la violación a un derecho fundamental como el que resulta del debido proceso adjetivo; y que la Corte admite actualmente la tesis amplia de control de los laudos arbitrales (con cita de Fallos: 292:223 y la sentencia dictada en la causa Cartellone del 1/6/04).

Y finalmente se refiere a la oportunidad en que se solicita la intervención judicial, que justifica en la importancia que atribuye al acta de misión. De modo que se cuente con un instrumento donde quede definitivamente establecido el marco en el que los árbitros desarrollarán su misión, evitando de ese modo futuras impugnaciones o desconocimientos del laudo.

Con estas afirmaciones tiene también por acreditado el recaudo del peligro en la demora.

(v) *Las actuaciones posteriores: nueva resolución judicial imponiendo as-
treintes*

A partir de la demanda y de la decisión judicial cautelar, los árbitros argentinos (designados uno por cada parte) fueron apartados del procedimiento arbitral. Cabe tener en cuenta que el Reglamento prevé sobre la sustitución de los árbitros que ello sucede en caso de fallecimiento, renuncia o recusación. También cuando la Corte decida que existe un impedimento de iure o de facto para el cumplimiento de sus funciones (arts. 12.1. y 12.2.). En caso de sustitución la Corte decide, de manera discrecional, si sigue o no el procedimiento original de designación (art. 12.4.)

En el caso la Corte dio a ambas partes la oportunidad de proponer nuevos árbitros, derecho que ejerció sólo la UTE, postulando la designación de un árbitro de nacionalidad brasilera.

Esto fue denunciado como un incumplimiento de la cautelar y por ello el Juez federal dictó una resolución el 18 de abril de 2005, que en su parte dispositiva resuelve:

"I) Intimar a la ERIDAY para que, dentro del plazo de TRES (3) DIAS de notificada del presente, acredite en estas actuaciones judiciales que ha comunicado a la Corte de Arbitraje del CCI de París, que deja sin efecto la designación de nuevo árbitro efectuada en reemplazo del renunciante Emilio J. Cárdenas y que se abstendrá en el futuro de participar en dicho procedimiento arbitral hasta tanto se dicte sentencia definitiva o cesen los efectos de la medida cautelar suspensiva dictada en las presentes actuaciones; ello bajo apercibimiento de que, en los términos del art. 37 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, al vencimiento de dicho plazo se devengará automáticamente una sanción que establezco, por el momento, en la suma de dólares estadounidenses SIETE MILLONES (u\$s 7.000.000), la cual se incrementará también automáticamente en la suma de dólares estadounidenses UN MILLON (US\$ 1.000.000) por cada día de demora".

(vi) *Juicio crítico de la doctrina*

La doctrina ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la primera resolución cautelar criticando severamente su carencia de fundamentos sólidos para asumir competencia nada menos que para decidir el contenido del acta de misión, a la que la misma sentencia califica de "verdadera piedra basal de todo el proceso arbitral"; en síntesis, se apunta que con argumen-

tos paupérrimos y por el solo hecho de un primer rechazo de la recusación de los árbitros y la elevación del proyecto de acta de misión a la Corte Internacional de Arbitraje (32), el tribunal judicial se arroga la facultad de suspender el trámite del procedimiento arbitral y pretende tener competencia para resolver el contenido del acta y la continuidad o no de los árbitros (33).

En la misma orientación Gustavo Parodi apunta (34): *ambas pretensiones de EBY, en base a las cuales solicitó la intervención judicial, no sólo no tienen entidad alguna para justificar la interferencia judicial que ha tenido lugar en este arbitraje—ya que han sido resueltas por el Tribunal Arbitral con competencia para ello—sino que ni siquiera podrían fundamentar la eventual invocación de alguna causal de nulidad del laudo... Decisiones judiciales como la comentada en este caso no sólo ignoran los principios esenciales inherentes a los arbitrajes comerciales internacionales, sino que adoptan posturas anacrónicas que demuestran un desconocimiento de la realidad de los negocios internacionales. Este tratamiento desfavorable dado por ciertos tribunales judiciales argentinos—a diferencia de la emulable perspectiva judi-*

(32) Las dos cuestiones habían sido resueltas claramente en el marco del Reglamento de Arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI al cual se habían sujetado las partes en el Compromiso Arbitral

(33) BIANCHI, Alberto J., "Cuando los jueces vienen marchando (en contra del arbitraje)", LLSuplemento de Derecho Constitucional, 23/11/04.

(34) PARODI, ob. cit., N° V, ps. 232/233. No está demás señalar que a favor de las resoluciones judiciales se alzaron algunas voces; entre ellas la de Héctor Masnatta, a la sazón abogado de EBY en la causa y ahora árbitro por la EBY en el procedimiento arbitral CCI que ha seguido luego de la "rendición" de la UTE ante la evidencia de que nada podía esperar de la justicia argentina; y la de José Osvaldo Casás quien en un patético artículo apunta que la decisión cautelar avanza en la senda de la jurisprudencia de la Corte en la causa "Cartellone" (CSN, 1/6/04, "José Cartellone Construcciones Civiles SA c. Hidroeléctrica Norpatagónica o Hidronor SA", LA LEY, 2004-E, 266) en el sentido de que no puede entenderse "que la renuncia a apelar una decisión arbitral se extienda a supuestos en que los términos del laudo que se dicten contraríen el orden público" o la decisión sea "inconstitucional, ilegal o irrazonable". Además Casás argumenta con relación a los arbitrajes CIA-DI en un tan vibrante como vacío discurso político carente de todo fundamento jurídico (v. CASAS, José Osvaldo, "Breves reflexiones - a raíz de una sentencia - sobre el arbitraje internacional y el orden público constitucional", LLSuplemento de Derecho Constitucional, 23/11/04). Es más, claramente Casás tiene una confusión estudiantil porque la sentencia Cartellone se refiere al control del laudo y no a las resoluciones dictadas durante el procedimiento y los arbitrajes CIADI causados en los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones no tienen nada que ver con el arbitraje bajo las reglas CCI que en el caso habían pactado las partes y que estaba previsto como medio de zanjar las diferencias entre las partes desde el llamado a licitación internacional para la adjudicación de la obra hace 25 años.

cial del arbitraje sostenida en los últimos años en Uruguay— tiene como clara e inevitable consecuencia un fuerte impacto negativo sobre cualquier posible inversión en el país, ante la falta de seguridad jurídica que ello implica...

6. Conclusiones

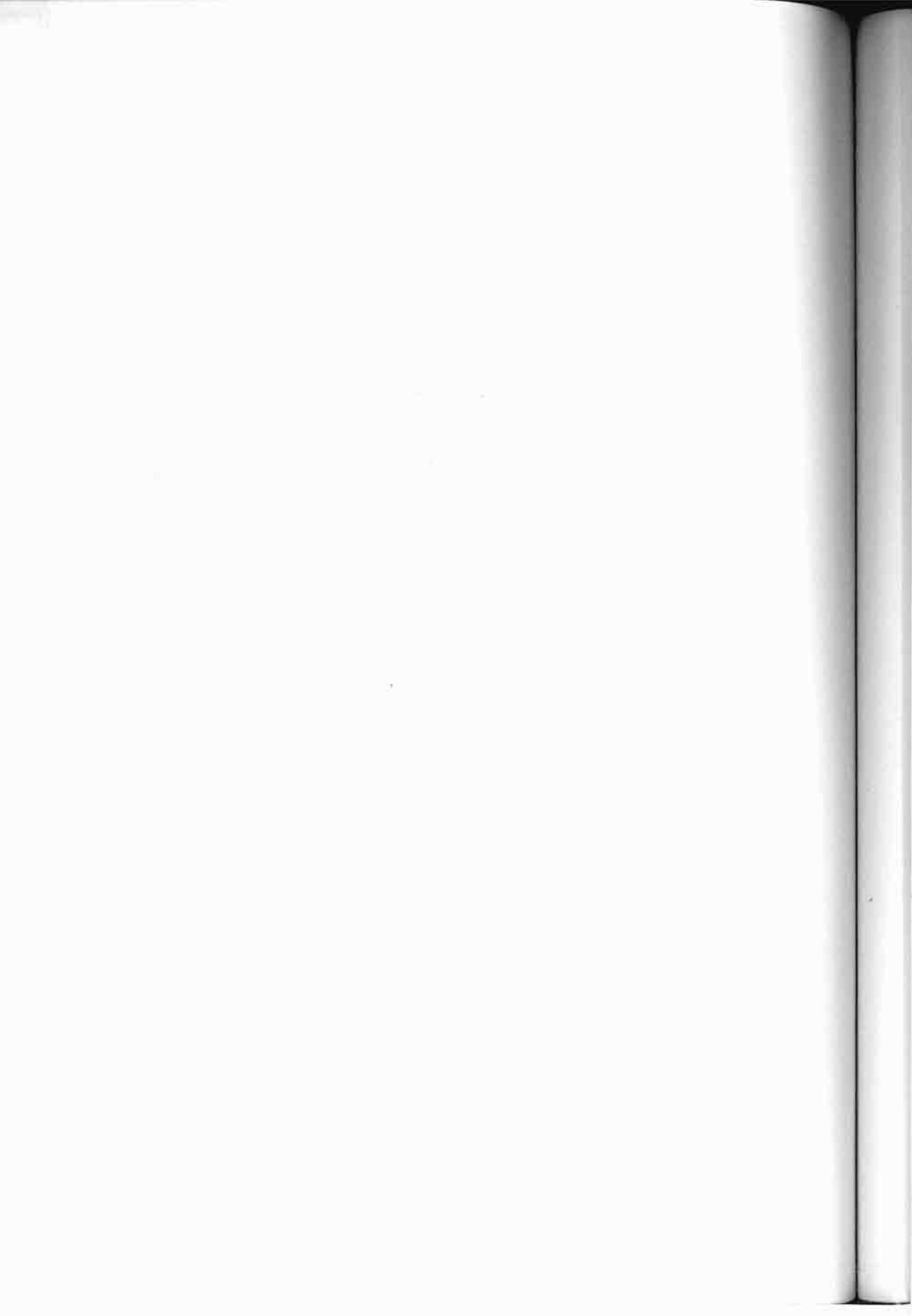
Lo expuesto demuestra, a mi juicio, que el reconocimiento del principio de autonomía del procedimiento arbitral, está lejos de poder considerarse consolidado en nuestro derecho. Por el contrario, los pronunciamientos judiciales expuestos exteriorizan que nuestros tribunales siguen creyendo que tienen la potestad de controlar el desarrollo del procedimiento aun antes del dictado del laudo desconociendo así la eficacia de los mecanismos previstos en el mismo sistema elegido por las partes.

Por lo tanto, aquellos respaldos al arbitraje que algunos optimistas encontraban en sentencias dictadas hace algunos años aun por nuestra Corte Suprema, están siendo esterilizados por una nueva corriente que sustentada en un discurso político confusionista aparece francamente hostil al arbitraje en cualquiera de sus formas. ♦



III

XVI REUNION CONJUNTA DE LAS ACADEMIAS
NACIONALES DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
DE CORDOBA Y DE BUENOS AIRES



PROGRAMA

TEMA: EL DERECHO DE LA SALUD (*)

DÍA 13 DE OCTUBRE

- 15.00:** Acto de apertura. Palabras del señor académico Presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, doctor Alberto Rodríguez Galán.
- 15.30:** Doctor Olsen A. Ghirardi: *"La persona humana y el derecho a la salud"*.
- 16.00:** Doctor Augusto M. Morello: *"El rol del amparo en la frontera de la salud"*.
- 16.30:** Doctor Antonio María Hernández: *"Reflexiones constitucionales sobre el derecho a la salud"*.
- 17.00:** Café.
- 17.30:** Doctor Juan Carlos Cassagne: *"Derecho a la salud y el derecho de huelga"*.
- 18.00:** Debate.
- 20.00:** Cóctel en la sede de Avenida Alvear 1711, primer piso.

(*) Los trabajos que se mencionan serán publicados en la Serie II, Obras, Número 31.

DÍA 14 DE OCTUBRE

- 10.00:** Doctor Juan Carlos Palmero: *"Genoma e intimidad"*.
- 10.30:** Doctor Alberto Rodríguez Varela: *"La persona por nacer frente al derecho de la salud"*.
- 11.00:** Doctor Félix A. Trigo Represas: *"La responsabilidad civil de los establecimientos asistenciales"*.
- 11.30:** Café.
- 12.00:** Doctora Aída R. Kemelmajer de Carlucci: *"Nuevos perfiles de la responsabilidad médica. Análisis comparativo de la ley francesa de 2002 y la jurisprudencia argentina"*.
- 16.00:** Debate.
- 18.00:** Acto de clausura. Palabras del señor académico Presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, doctor Olsen A. Ghirardi.
- 20.30:** Comida en el Salón Dorado del Jockey Club.

IV

OTRAS DISERTACIONES Y TRABAJOS



REFLEXIONES FORMULADAS CON MOTIVO DE LA CELEBRACIÓN DEL DÍA DEL ABOGADO

POR JOSÉ D. RAY (*)

I

Diez años atrás, el Directorio del Colegio me distinguió -como este año- invitándome a hacer uso de la palabra en un acto similar al de hoy, con el que se celebra el Día del Abogado y se entregan testimonios a los que cumplen 30, 50 y 60 años de ejercicio de la profesión o años de militancia en el Colegio.

Ante todo, debo dar gracias a Dios por encontrarme con Uds. para celebrar este 29 de Agosto y agradecer sinceramente las medallas que recibimos, en lo que podríamos calificar nuestro cumpleaños con la profesión o con el Colegio.

En ese entonces, en 1995, me referí a nuestra generación, prescindiendo de la diferencia de edad y presentándola como una "generación de combate" por haber convivido con corrientes ideológicas contrapuestas que se desarrollaron en nuestro país a partir del año 1930 y se proyectaron fundamentalmente en la década del año 1940 y en las posteriores con la consiguiente influencia en nuestras vidas.

Lamentablemente debí señalar que no pudimos o no supimos como superar las circunstancias en que nos tocó vivir para responder al ideario en que nos habíamos formado como demócratas y colocar la Argentina a la altura de los tiempos. Esto no significa que no hubo hechos y actos heroicos, así como personas y entidades que en esos años hicieron lo posible para alcanzar esa meta.

(*) Discurso pronunciado por el Académico, en el Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, el 29 de agosto de 2005.

Concluí refiriéndome a la Universidad, a la misión de las Facultades de Derecho y al ejercicio de la abogacía, haciendo votos para que se brindara un aporte por un futuro mejor y de fe en el derecho y en la justicia.

II

Una posición generalizada es mirar al pasado, enfrascarnos en los errores, en las culpas y buscar responsables. Esta actitud de ir "en busca del tiempo perdido", no es positiva, salvo que se haga para escribir la historia o recibir la lección que ella nos puede brindar para no incurrir en los errores que -como dije- no pudimos o no supimos como superarlos.

Por ello, sin entrar en detalles, me limitaré a señalar, en primer lugar, que la sociedad de hoy se encuentra en una situación más grave que la de diez años atrás, porque la crisis institucional y de los poderes del Estado es más aguda que la de entonces.

En segundo lugar, me permito observar que se enfrentan las consecuencias de la reforma de la Constitución de 1994, a la que muchos nos opusimos, como por ejemplo nuestra Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales. Pero fue aprobada por amplia mayoría y debe respetarse y cumplirse porque es derecho positivo y afortunadamente podemos congratularnos de que se mantuvieran incólumes en su texto "las declaraciones, derechos y garantías" de los artículos 1 a 35 y, en especial, el "due process of law substantivo" que se sintetiza en el criterio de "razonabilidad" que debe presidir la interpretación de las normas jurídicas.

En tercer lugar, no puedo dejar de mencionar en este acto las declaraciones que ha formulado este Colegio, que fiel a los principios que lo caracterizan. "Libertad, justicia y ética", se ha pronunciado cuando hechos o actos de los poderes del Estado podían considerarse que implicaban un agravio al ejercicio profesional o a los principios de la Constitución Nacional.

El desarrollo y fundamentación de cada una de estas afirmaciones, por lo menos llevaría todo el tiempo que tengo asignado a mi exposición. Sin perjuicio de los disensos que puedan presentarse entre nosotros, creo que esas afirmaciones -que pueden tacharse de dogmáticas- reflejan el pensamiento de muchos de los integrantes de nuestra generación.

Vivimos en un mundo en conflicto y, ante la imposibilidad de vislumbrar los medios para realizar, en un futuro inmediato, lo que debe hacerse

en la Argentina para -como dije- ponerla a la altura de los tiempos, intentaré dejar un mensaje, es decir, sembrar semillas que puedan fructificar con la obra a realizar por los jóvenes, a quienes principalmente van dirigidas las reflexiones que siguen.

III

Educación

No hay duda de que entre los temas prioritarios la educación es el principal.

Todo comienza en la familia y en el colegio primario, donde se siembran las raíces que comenzarán a dar frutos con los años.

Cuando la familia no ofrece el marco dentro del cual debe formarse éticamente el adolescente, quizá pueda suplir esa deficiencia el "maestro" del colegio primario. De aquí la importancia de quien a la vez que enseña las primeras letras, las nociones más elementales, ponga cimientos éticos que serán fundamentales para el futuro, en la enseñanza secundaria y en la universidad.

Las escuelas están en crisis y frente a ello sólo queda afrontar el problema y los jefes de familia deben asumir la responsabilidad para remediar y hacer lo que las autoridades no hacen.

Formación cultural y cívica

Hay que insistir en la formación cultural y cívica que es necesaria para que cada cual se proyecte positivamente en la sociedad a que pertenece. Es necesario nutrirse de ideas claras y eficaces frente a la realidad, para actuar de acuerdo a un plan vital de acción en relación a los tiempos que se viven.

En ese sentido debe afianzarse la instrucción cívica, cualquiera sea la denominación con la que se la incluya en los programas de enseñanza, para dar nociones elementales de "derecho" y difundir el "civismo". Con este término hacemos referencia a un conjunto de ideas, sentimientos, actitudes o hábitos referidos al comportamiento de las personas en la comunidad política. Implica comprensión y simpatía por todo lo que conduzca al bien de la comunidad, preocupación y esfuerzo por su mejora o reforma. El diccionario de la lengua lo define como el celo por las instituciones e intereses de la patria y como la generosidad al servicio de los demás ciudadanos.

Ética

La "moral" y la "ética" -que se presentan como equivalentes- se definen como la doctrina sobre las buenas costumbres, es decir, sobre el actuar de la persona de acuerdo a los valores positivos en las distintas esferas en que se proyecte su actividad.

El futuro debe preocuparnos, por sobre todo frente a la corrupción generalizada y a la crisis ética y de los valores tradicionales en la sociedad de hoy día.

La forma de combatir la corrupción es mediante la prevalencia de las normas éticas, jurídicas y religiosas, como lo destacaba hace unos años un gran amigo y hombre ejemplar.

En todo fenómeno de corrupción hay siempre una ofensa a la ética, de manera tal que puede afirmarse con verdad que hay un verdadero enfrentamiento, un conflicto fundamental entre la corrupción y la ética y que la revalorización de las normas de este tipo es el instrumento decisivo para enfrentar el flagelo que corrompe nuestra vida de relación.

Democracia y Estado de Derecho

La democracia en el sentido valorativo que se le da popularmente, debe ir unida al estado de derecho, es decir, que no se agota con convocar a elecciones y entregar el gobierno a quien numéricamente obtuvo la mayoría. Debe traducirse en el respeto al funcionamiento de las instituciones, al ejercicio y efectividad de las garantías de la Constitución Nacional sobre las que debe asentarse la vida de relación y de ello deben ocuparse quienes tienen a su cargo la labor legislativa, judicial y administrativa, todo ello en función del bien común.

Idoneidad y honestidad

En la vida de relación, fundamentalmente en los poderes del Estado y en la vida de relación, el requisito fundamental es la "idoneidad" como lo señala la Constitución. El concepto de idoneidad "debe complementarse con el de "honestidad" y deben ser personas "idóneas" y "honestas" quienes ocupen la función pública y los cargos en la clase dirigente.

Hoy día nos encontramos en una crisis de idoneidad y los órganos del Estado no han cumplido ni cumplen debidamente con su función. No se

ocupan de "dar a cada uno lo suyo" y apreciar que es "lo suyo de cada uno". Y en esto reside el drama de nuestra sociedad que no sólo no cuenta con la seguridad individual y jurídica que depende de la conducta de los órganos del Estado y de la de los súbditos cuya conducta debe ajustarse al orden jurídico.

De ello se ocupó nuestra Academia de Derecho, en 1995, cuando dijimos que "extremaba su preocupación por las omisiones del Poder Legislativo, por la inseguridad jurídica e individual y el descrédito que afectaba al Poder Judicial e, injustamente, a los magistrados probos y calificados que merecen el reconocimiento de sus conciudadanos".

"En muchas designaciones se ha pasado por alto lo dispuesto en los arts. 16 y 99, inc. 4, de la Constitución Nacional, en el sentido de que la "idoneidad" es el requisito que debe prevalecer para la admisibilidad en los cargos públicos, concepto que a este efecto supone tres condiciones esenciales: honestidad, capacidad y vocación, prescindiendo de la orientación, vinculación o dependencia de la política partidaria."

"Frente a la crisis en el Poder Judicial, la Academia de Derecho considera que lleva tiempo superarla y que para ello era necesario revalorizar los principios morales y la enseñanza en las facultades de derecho y centros de estudio, a fin de capacitar a los futuros abogados y jueces para que tengan como orientación los valores de legalidad, prudencia y justicia en la interpretación de las normas y conductas, para dar a cada uno lo suyo".

La interpretación en el derecho y el concepto de "razonabilidad"

No resisto a la tentación de hacer una referencia al tema de la interpretación en el derecho por la importancia que tiene ya que subyace no solo en la labor cotidiana de los jueces, sino también en la de los legisladores, en la de los funcionarios administrativos y en la de los abogados.

Sebastián Soler decía que la importancia de los grandes jurisconsultos consiste precisamente en su capacidad de mostrar "objetivamente" las instituciones. Lo que ellos realmente hacen es algo así como proyectar haces de luz sobre un paisaje nocturno, cuya estructura, antes oculta, nos van presentando y para ello hay que "saber" y para él "saber es poder". Yo me permito agregar que el jurista en su "saber" debe incluir el "valorar" para poder construir la solución justa del problema en cuestión.

Y en esa función de legislar y administrar o de juzgar tiene fundamental importancia el concepto de "razonabilidad" que mencioné al comienzo. Es un standard valorativo importante que responde a la regla del equilibrio conveniente y está emparentado con el "justicia" que, por otra parte, es síntesis de los valores jurídicos, entre los cuales se encuentran como valores fundantes el "orden" y la "seguridad" que hoy están en crisis.

A propósito de estos temas—de los que me he ocupado en muchas oportunidades—debo destacar que en nuestra Carta Magna se han concretado como derecho positivo principios del derecho natural, ya sea en la rama "racionalista" o "teísta" que fueron en las que se inspiraron los convencionales de 1853.

IV

Estamos todos frente a un largo camino para poner la Argentina y nuestra sociedad en el lugar que debe tener y para ello debe superarse la tendencia a "vivir el momento", en vez de encausar la conducta con la finalidad de concretar un futuro promisorio de valores positivos.

Distinguidos oyentes:

Me podrán decir que estas reflexiones son abstractas, teóricas, poco prácticas. No es así porque ante la imposibilidad de brindar un ideario concreto lo que se propugna es que los problemas que diariamente se plantean se enfoquen, teniendo en cuenta los principios éticos y morales señalados, y que nos agrupemos para influir en la sociedad y luchar contra la "demagogia", el flagelo de la "corrupción" y la falta de "idoneidad" en muchos de los que ejercen la función de "mandar", en el sentido que le da Ortega de poder espiritual y formación de opinión pública.

El imperio del tiempo y el respeto por Uds. me indica que debo poner fin a mi exposición. Y concluyo estas reflexiones con el recuerdo de las palabras de un eminente filósofo que decía "el culto por la justicia y la vocación por la conciencia jurídica imponen una participación activa e infatigable en el eterno drama que tiene por teatro la historia y por argumento la lucha entre el bien y el mal".

Muchas gracias, en nombre de todos por los testimonios recibidos y, personalmente, por la atención dispensada al escucharme. ♦

MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE PERSONAS ANCIANAS EN LA JURISPRUDENCIA ARGENTINA

POR AIDA KEMELMAJER DE CARLUCCI (*)

Delante de las canas te levantarás y honrarás el rostro del anciano
(Levítico).

*"Las edades se pueden comparar con los vinos: así como no todos
se avinagran por añejos, no toda edad se aceda por avanzada"*
(Cicerón).

SUMARIO: I. Límites y objetivo de esta comunicación. — II. Preliminares. — III. Etimología. — IV. Concepto. — V. La ancianidad en el siglo XXI. Algunos datos cuantitativos. — VI. La reacción de los grupos sociales frente a la ancianidad. — VII. ¿Hacia un derecho de la ancianidad?. — VIII. Ancianos y derechos humanos. — IX. La actuación de los organismos internacionales. — X. Ancianos y principios de bioética. — XI. Ancianos y Derecho Constitucional argentino. — XII. Ancianos y ámbitos de la Seguridad Social diversos al régimen de jubilaciones y pensiones. — XIII. Ancianos y derecho de la salud. — XIV. Acceso y permanencia del anciano en el mundo laboral. — XV. Ancianidad y capacidad civil. — XVI. Ancianidad y relaciones de familia. — XVII. Los ancianos y los geriátricos desde la óptica contractual. — XVIII. Ancianos y derecho de la emergencia. — XIX. Ancianos y derecho concursal. — XX. Ancianos y derecho de daños. — XXI. Ancianos y sistemas carcelarios. — XXII. Conclusiones provisionarias.

I. Límites y objetivo de esta comunicación

En todos los tiempos, la ancianidad ha sido objeto de profundas reflexiones desde la óptica de la filosofía, la sociología, la psicología social,

(*) Ponencia de la Académica, presentada en el V Congreso Iberoamericano de Academias de Derecho, en Zaragoza, España, en noviembre de 2005.

etc. A ella se han referido pensadores de la talla de Cicerón (1), Bobbio (2), Simone de Beauvoir (3), y tantos otros. También la poética se ha referido reiteradamente a ella por lo que no pudo pasar inadvertida para José Hernández, autor de la obra argentina más representativa de este género

(1) CICERON, Marco Tulio, *De la vejez, Obras completas. Vida y discursos*, trad. de Manuel de Valbuena, Bs. As., Ed. Anaconda, 1946, t. II pág. 161. Cicerón escribe esta obra en el año 44 a.C cuando tenía sesenta y dos años. No es una obra jurídica; sólo buscaba consolar y solazar a su amigo Pomponio Atico a quien le entristecía envejecer. En este diálogo imaginario, Catón el Censor, que por entonces tenía 84 años y cumplía sus funciones públicas y domésticas, enseña a los jóvenes Escipión y Lelio a llevar con resignación los achaques de la vejez. Los viejos se lamentan de estar excluidos del manejo de los negocios, de perder las fuerzas, de no poder gozar de los placeres de la vida, y de tener la muerte cerca. Cicerón da respuesta a esas quejas. En este diálogo se lee, además de la frase colocada al comienzo de estas líneas (ubicada en el capítulo XVIII), otras igualmente conocidas: "Los que no tienen auxilios dentro de sí mismos para vivir contentos y felices, a éstos todas las edades le son pesadas, pero los que buscan todos los bienes dentro de sí mismos, no les puede parecer mal ninguno de aquellos que trae consigo la necesidad de la naturaleza" (capítulo II); "Es miserable la vejez que necesita de apologías. No pueden las canas y las arrugas dar de repente autoridad: la vida pasada, si ha sido honesta, es la que logra los más copiosos frutos de ella" (capítulo XVIII). "El tiempo de la vida, aunque corto, bastante largo es para vivir bien y honestamente; y si pasare más adelante, no lo debemos sentir más que sienten los labradores la venida del verano y el otoño después de la primavera. La primavera se compara con la juventud que manifiesta los venideros frutos, el demás tiempo es a propósito para segar y para recogerlo. El fruto de la vejez es la copia y la memoria de los bienes que antes se ha adquirido y se ha de contar entre los bienes todo cuanto lleva de suyo la naturaleza" (capítulo XIX). "Nadie en mi muerte me honre con su llanto, que andaré vivo en la boca de los hombres" (cita a Ennio, capítulo XX). Otras tantas y bellas citas son reproducidas por Bastidas, Patricia, *Apostillas al diálogo de la vejez de Cicerón*, *La Ley Actualidad*, 4/5/2004.

(2) BOBBIO, Norberto, *De senectude y otros escritos biográficos*, trad. E. Benítez, Madrid, ed. Taurus, 1997. Bobbio escribe la primera parte de esta obra cuando tenía ochenta y cinco, y la segunda, dos años más tarde. Recuerda que los dos maestros de su generación, Benedetto Croce (1866-1952) y Luigi Einaudi (1847-1961), admirados por su laboriosa vejez, murieron el primero a los ochenta y seis años y el segundo a los ochenta y siete. Pese a su visión pesimista, deja un gran mensaje: "Las satisfacciones más duraderas de mi vida no provinieron de los frutos de mi trabajo, pese a los honores, premios y distinciones públicas recibidos, agradecidos aunque no ambicionados ni solicitados. Provinieron de mi vida de relación, de los maestros que me educaron, de las personas que amé y me amaron, de cuanto siempre han estado a mi lado y ahora me acompañan en el última vuelta del camino. El tiempo del viejo es el pasado. El pasado revive en la memoria. El gran patrimonio del viejo está en el maravilloso mundo de la memoria, fuente inagotable de reflexiones sobre nosotros mismos, sobre el universo donde hemos vivido, sobre las personas y acontecimientos que a lo largo del camino nos llamaron la atención" (pág. 72)

(3) DE BEAUVOIR, Simone, *La vejez*, trad. Aurora Bernárdez, Barcelona, Edhasa, 1989. En la República Argentina, el libro fue publicado por Sudamericana en 1970.

literario (el Martín Fierro) (4), ni para Sor Juana Inés de la Cruz, una de las primeras mujeres que expresó la voz femenina en América Latina (5). En los últimos años, la Bioética ha proporcionado nuevos enfoques (6).

En la realidad social, son muchas las organizaciones nacionales e internacionales que trabajan sobre el envejecimiento y la vejez (7).

Desde la juridicidad, el tema ha sido abordado en jornadas organizadas por universidades de distintos países (8); no es de extrañar, pues, que los académicos también hayan destinados importantes reflexiones al fenómeno (9).

(4) Verso 1162.

"La cigüeña cuando es vieja
Pierde la vista, y procuran
ayudarle en su edad madura
Todas sus hijas pequeñas
Aprendan de las cigüeñas
Este ejemplo de ternura".

(5) Soneto 148:

"... y aunque llega la muerte presurosa
Y tu fragante vida se te aleja
No sientas el morir tan bella y moza;

Mira que la experiencia te aconseja
Que es fortuna morirte siendo hermosa
Y no ver el ultraje de ser vieja"

(6) CASADO, María, Consideraciones sobre la atención a la gente grande dependiente (inédito). Agradezco a María Casado, Directora del Observatorio de Bioética y Derecho de la Universidad de Barcelona, haberme permitido la lectura de su valioso artículo.

(7) Ver un listado de estos organismos en Tomasello, Andrés, Derecho de la ancianidad, Doc. Jud. 2002-3-937.

(8) Compulsar VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos (coordinador), El envejecimiento de la población y la protección jurídica de las personas mayores, Barcelona, Ed. Cedecs, 2002. El libro contiene una decena de artículos de diferentes autores y un anexo en el que se reproduce la legislación autonómica española.

(9) La Academia Nacional de Derecho de Bs. As ha hecho aportes a través de Augusto M. Morello (La senectud de cara al derecho, Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias sociales de Bs. As., n° 40, 2002, pág. 232; el trabajo se reproduce en LL 2002-E-1210 y en el libro del autor Las edades de la persona en el cambiante mundo del derecho, Bs. As., Ed. Hammurabi, 2003, pág. 151 y ss) y de Marcos A. Risolfá (Aspectos jurídicos de la vejez, Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Bs. As., n° 28, pág. 233); quien fuera mi predecesor en el sillón "Aristóbulo del Valle" aclara en su comunicación que el tema lo había abordado, una década antes, en el 2° Congreso Argentino de Geriatria y Gerontología, en setiembre de 1979. La Real Academia de Madrid ha recogido las reflexiones de José María Castán (La tercera edad y el derecho, en Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y legislación de Madrid, n° 31, 2001, pág. 339).

Anticipo que el rol del Derecho no es menor puesto que "a las normas corresponde determinar las condiciones sociales y valorativas que deben ser respetadas en relación con los ancianos" (10).

Dentro de esta vastedad, el propósito de esta comunicación es muy limitado: sólo intento verificar si la jurisprudencia de la República Argentina se mueve o no al vaivén de los "nuevos vientos" en la materia, es decir, los vientos de los Derechos Humanos.

II. Preliminares

Se ha dicho que para cumplir plenamente su destino biológico, todo ciclo vital humano debe pasar por cinco crisis fundamentales: el nacimiento, la madurez, la reproducción, la vejez y la muerte; por eso, ninguna cultura humana ignora por completo estos períodos críticos. La diferencia reside en el grado de intensidad con que afronta a cada uno de ellos (11). Así, el hombre del paleolítico tenía muy pocas posibilidades de llegar a la ancianidad; se lo impedían las carencias alimenticias, la enfermedad, la caza, la falta de protección frente a los rigores climáticos, etc; en efecto, los fragmentos de esqueletos más antiguos que se han encontrado pertenecen a individuos que no sobrepasaban los treinta años; en consecuencia, en aquel entonces, la vejez no debe haber sido uno de los problemas más difíciles de afrontar (12).

III. Etimología

Al parecer, la palabra anciano nació en la primera mitad del siglo XIII; es un derivado de un vocablo de la lengua romance (*anzi*), que significa *antes*. Se trata, pues, de un concepto que señala la relación del ser humano con el tiempo; la persona anciana es la que cuenta con un "*antes*, un pasado mayoritario, que respalda lo poco que vendrá" (13).

(10) DABOVE, María I., La condición de la mujer anciana desde la perspectiva del derecho, en Rev. Bioética y Derecho N° 1, 1996, pág. 49.

(11) HOEBEL, citado por Dabove Caramuto, María I., Los derechos de los ancianos, Bs. As., Ed. Ciudad Argentina, 2002, pág. 122.

(12) DABOVE CARAMUTO, María I., Los derechos de los ancianos, Bs. As., Ed. Ciudad Argentina, 2002, pág. 124.

(13) DABOVE CARAMUTO, María I., Los derechos de los ancianos, Bs. As., Ed. Ciudad Argentina, 2002, pág. 103.

IV. Concepto

Obviamente, en la conceptualización de la ancianidad tiene gran relevancia el dato cronológico; es difícil separar la ancianidad del paso de la edad cronológica. En biología, la senectud consiste en el *conjunto de procesos biológicos que condicionan el deterioro de células, tejidos órganos* (14). ¿A qué edad se produce ese fenómeno? ¿A los sesenta, los setenta, los setenta y cinco?

No basta responder a esa pregunta; el problema es más complejo porque la ancianidad no constituye sólo un proceso biológico; es también un concepto histórico y cultural. A parte de que existen enfermedades que aceleran el envejecimiento de una persona, "la misma edad cronológica no significa lo mismo ni en términos biológicos ni culturales en todas las sociedades, razas, sexos, ni en todas las personas; no se envejece por igual en el campo que en la ciudad, con una alimentación adecuada o no, llevando una vida sedentaria o activa, fumando y bebiendo, etc." (15).

En suma, existe un cierto acuerdo en que la noción de ancianidad no es exclusivamente biológica, y aún desde esa perspectiva no se pueden fijar límites precisos (16).

A los efectos estadísticos, en algunos casos se toma la vejez a partir de los 65 años, edad que se hace coincidir con el inicio de la jubilación para la población económicamente activa; la Organización Mundial de la Salud, en cambio, ha establecido la línea en los 75 años. En realidad, el límite se irá extendiendo a medida que aumente la longevidad de la persona humana merced, en gran parte, a los progresos de la ciencia.

V. La ancianidad en el siglo XXI. Algunos datos cuantitativos

El siglo XXI ha sido denominado el "*siglo del envejecimiento demográfico*". El tema afecta a todo el mundo y se trata de un envejecimiento generalizado, sin precedentes en la historia de la humanidad (17). Se habla de la

(14) SALAS ALFARO, Angel, Derecho de la senectud, México, Ed. Porrúa, 1999, pág. 2.

(15) MORELLI, Mariano, Ética, derecho y ancianidad. Algunas cuestiones vinculadas con el concepto de ancianidad, en Rev. Bioética y bioderecho N° 4, Rosario, 1999, pág. 33.

(16) GONEM DE GANDOLFO, Graciela, Reflexiones sobre la condición de los ancianos en la actualidad, en Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía social de Rosario, 1996, n° 21 pág. 83.

(17) TOMASELLO, Andrés, Derecho de la ancianidad, Doc. Jud. 2002-3-929.

"*revolución blanca*", expresión que describe el aumento del número de las personas de edad en la población mundial (18), del "*envejecimiento del envejecimiento*", locución que significa que aumenta el número de personas de más de sesenta y cinco años que sobreviven pasados los setenta y cinco (19); de la "*revolución de las canas*", de "*la madurez de la humanidad*", etc., frases que no son retóricas, sino que tienen una base estadística inequívoca. De acuerdo con algunos datos estadísticos, en setenta y cinco años la población total se habrá triplicado (hoy es de 6.000.000.000), la de los ancianos se habrá sextuplicado, y la de las personas de más de 80 años se habrá decuplicado (20). En América Latina, los países que están a la vanguardia de este proceso de envejecimiento demográfico son Argentina, Uruguay y Cuba. En el primero, la población mayor de 65 años alcanza el 13.5 % y se estima que en el 2030 llegará al 17.5 % (21).

VI. La reacción de los grupos sociales frente a la ancianidad

En todos los tiempos, las sociedades han reaccionado frente a la ancianidad de diferentes maneras (22); las pautas culturales, económicas, sociales, geográficas, históricas, etc. son condicionantes por demás significativos. Como categoría social, la vejez presenta un abanico que va desde la inutilidad, hasta el máximo prestigio. Desde el Matusalén bíblico, en toda la geografía del mundo y de la humanidad "hay ancianos ilustres y sabios, conocidos y desconocidos; en Argentina, el libertador San Martín luce anciano y reposado en su exilio voluntario de Boulogne Sur Mer"; "la

(18) URIARTE, Jorge, Protección del anciano en nuestro derecho, en Derecho de Familia, n° 5, 1991, pág. 7.

(19) DE PALMA, Angeles, Respuestas de la administración al envejecimiento de la población, en Villagrasa Alcaide, Carlos (coordinador) El envejecimiento de la población y la protección jurídica de las personas mayores, Barcelona, Ed. Cedecs, 2002, pág. 135.

(20) TRAVIESO, Juan Antonio, La protección de los derechos de los ancianos (aspectos nacionales e internacionales) en La Ley Actualidad, boletín del 6/7/1995. Datos similares surgen del informe del Instituto Nacional de Estadísticas y Censos de Argentina transcritos por Cadoche, Sara N., Violencia familiar y ancianidad, en Cadoche S.N. (directora), Violencia familiar, Santa Fe, Ed. Rubinzal, 2002, pág. 93 y ss.

(21) CADOCHÉ, Sara N., Violencia familiar y ancianidad, en Cadoche S.N. (directora), Violencia familiar, Santa Fe, Ed. Rubinzal, 2002, pág. 94.

(22) La obra de Simone de Beauvoir contiene una extensa y completa descripción de la situación de los ancianos en los diferentes países y épocas, sintetizada por los autores posteriores (Ver Wilde, Zulema, Deberes humanos de la familia hacia sus ancianos, en Derecho de Familia, n° 31, Julio/Agosto 2005, pág. 147).

historia muestra muchos *senectistas* que cambiaron el destino de las naciones: De Gasperi, Adenauer, Schuman, Roosevelt, Monnet son prueba ilevantable en el azaroso siglo XX, con inevitables y dolorosos eclipses, como el del mariscal Petain" (23). "Pero junto a estos ancianos ilustres, están los ancianos desconocidos, víctima de las estadísticas y de procesos de ajuste económico que resuelven cortar por lo más débil" (24).

Cada época ha debido resolver dos cuestiones fundamentales en relación con la vejez: por un lado, saber qué lugar otorgar al anciano en el seno de su sociedad; por el otro, elaborar algún concepto que la identifique. "Toda la historia de la vejez ha sido un largo y doloroso ensayo de respuesta; ensayo múltiple, discontinuo y variado, aunque también ambiguo y contradictorio" (25).

De cualquier modo, en grandes líneas, puede afirmarse que "en las sociedades tradicionales estáticas que evolucionan lentamente, el viejo encierra en sí el patrimonio cultural de la comunidad; el viejo sabe por experiencia lo que los otros no saben aún y necesitan aprender de él. Por el contrario, en las sociedades evolucionadas, el cambio cada vez más rápido, tanto de las costumbre como de las artes, ha trastocado la relación entre quien sabe y quien no sabe. El viejo se convierte crecientemente en quien no sabe con respecto a los jóvenes que saben, y saben, entre otras cosas, porque tienen más facilidades para el aprendizaje". "Contribuye a aumentar la marginación del viejo un fenómeno que es de todos los tiempos: el envejecimiento cultural, que acompaña tanto al biológico como al social; el viejo tiende a permanecer fiel al sistema de principios o valores aprendidos e interiorizados en la edad que está entre la juventud y la madurez, o incluso sólo a los hábitos que, una vez formados, resulta penoso desarraigar. Y como el mundo que lo rodea cambia, tiende a dar un juicio negativo sobre lo nuevo, únicamente porque ya no lo entiende ni le apetece esforzarse por comprenderlo. Cuanto más firmes mantiene los puntos de referencia de su universo cultural, más se aparta el viejo de su propia época" (26). En el mismo sentido se ha dicho que "el vertiginoso

(23) MORELLO, Augusto, La senectud, de cara al derecho, LL 2002-E-1215.

(24) TRAVIESO, Juan Antonio, La protección de los derechos de los ancianos (aspectos nacionales e internacionales) en La Ley Actualidad, boletín del 6/7/1995.

(25) DABOVE, María, Razones iusfilosóficas para la construcción de un derecho de la ancianidad, JA 2000-IV-1022.

(26) BOBBIO, Norberto, De senectude y otros escritos biográficos, trad. E. Benítez, Madrid. Ed. Taurus, 1997, págs. 27 y 29.

avance de los conocimientos hace que la valoración de la ancianidad entre en crisis. La vejez ya no es fuente de verdad. La memoria del anciano ya no sirve porque sus conocimientos se tornan obsoletos con progresiva rapidez. Poco espacio queda para la comunicación intergeneracional al tiempo que se profundiza la sensación de aislamiento" (27).

Por otro lado, no puede ignorarse que actualmente las llamadas sociedades occidentales dan un valor superlativo al consumo, y "aunque se hable de los nuevos consumidores *seniors* y se hayan creado y comercializado algunas formas culturales y de ocio pensadas para *la edad de oro* (gran eufemismo), es evidente que la ancianidad coincide, en general, con una baja del poder adquisitivo, convirtiéndose esta circunstancia en otro factor de exclusión, lo que agrava su situación, pues es sabido que el aislamiento, la soledad, el no ejercitar las capacidades y la autonomía propia, generan más incapacidad y un envejecimiento mayor" (28). En esta línea, se señala que, a menudo, las condiciones del anciano son más graves que las de otros grupos minusvalorados, como las mujeres y los niños, porque éstos tienen mayores posibilidades de ser admitidos en las tareas reproductivas (29).

Tampoco debe olvidarse que, como describe Alfred Sauvy (30), "el viejo puede ser indeseable por dos razones: por las cargas y molestias que oca-

(27) DABOVE, María, Razones iusfilosóficas para la construcción de un derecho de la ancianidad, JA 2000-IV-1026.

(28) CASADO, María, Consideraciones sobre la atención a la gente grande dependiente (inédito).

(29) CIURO CALDANI, Miguel A., Prólogo al libro de Dabove Caramuto, María I., Los derechos de los ancianos, Bs. As., Ed. Ciudad Argentina, 2002, pág. 19.

(30) SAUVY, Alfred, Costo y valor de la vida humana, Bs. As. Eudeba, pág. 141 y sgtes. cit. por Travieso, Juan Antonio, La protección de los derechos de los ancianos (aspectos nacionales e internacionales) en La Ley Actualidad, boletín del 6/7/1995. Alfred Sauvy (Francia, 1898/1990) es el demógrafo, antropólogo e historiador de la economía a quien se atribuye haber acuñado la expresión "Tercer Mundo" (*Tiers Monde*); la usó en un artículo aparecido en *L'Observateur* el 14/8/1952 para referirse a las naciones jóvenes de Asia y África que al terminar la segunda guerra mundial comenzaban a independizarse de las potencias coloniales europeas. Vio en las aspiraciones de estos nuevos países algunas semejanzas con el "Tercer estado" de la Francia pre-revolucionaria, que en la asamblea nacional representaba al pueblo en contraste con los dos grupos minoritarios y privilegiados que integraban los clérigos y la nobleza ("*Car enfin ce Tiers Monde ignoré, exploité, méprisé comme le Tiers-État, veut, lui aussi, être quelque chose*"). Tras la liberación de Francia de la invasión nazi fue nombrado por De Gaulle Secretario General de la Familia y a la Población en abril de 1945, pero pronto abandonó las tareas políticas para dedicarse a la

siona, y por la propiedad de bienes raros o preciosos de los cuales priva a la población activa". En los países subdesarrollados, la idea general no es "eliminar los viejos" pero sí separarlos de la vida activa para liberar los empleos; el viejo es un obstáculo para la plena ocupación y, por eso, es necesario una jubilación, lo más ínfima posible, para dejar libre el puesto de trabajo que requiere el joven; en otros términos, el viejo que trabaja es un indeseable del que hay que desembarazarse. Esta actitud se desentiende moralmente de sus consecuencias: según algunas investigaciones, la jubilación acelera la muerte de la persona que, por un método de exclusión social, reduce sus recursos y cambia bruscamente su vida. Desde esta perspectiva, jubilados y desocupados son comparables: "aunque el jubilado goza de otro tipo de prestigio social, en la realidad, parece ser un desocupado perpetuo hasta la muerte" (31).

El problema presenta mayores dificultades en los países pobres; por un lado, por la débil infraestructura institucional para atender las necesidades del creciente número de ancianos; por el otro, porque la familia está sufriendo ajustes económicos que la colocan en marcos de difícil subsistencia en los que la solidaridad entre los miembros del grupo comienza a debilitarse.

A lo expuesto, algunos autores trialistas (32) suman la especial situación de deterioro de la mujer anciana, manifestada en tres direcciones: en el plano de la realidad social, en el sistema normativo y en de los valores. En efecto "la mujer anciana actúa como sujeto pasivo y no como conductora de los fenómenos sociales; debe oír y no ser escuchada; con el paso del tiempo pierde sus referencias culturales, su status social y el control de su vida; pocas veces será capaz de llegar a acuerdos. La enfermedad, la disminución de sus ingresos, la soledad, la falta de vivienda, el desprecio de sus antiguos talentos y la marginación agudizan la situación".

investigación. Entre 1947 y 1980, representó a Francia ante las Naciones Unidas en la Comisión de Estadística y de Población. Fue presidente de esta Comisión de 1951 hasta 1953. En el libro *Costo y valor de la vida humana*, Sauvy denuncia los criterios que se han tenido para juzgar la vida cuando se la considera apenas como un bien utilitario. El estudio de estos criterios hoy ha dado lugar a una nueva área del saber denominada antropología económica.

(31) TRAVIESO, Juan Antonio, La protección de los derechos de los ancianos (aspectos nacionales e internacionales) en *La Ley Actualidad*, boletín del 6/7/1995.

(32) DABOVE, María I., La condición de la mujer anciana desde la perspectiva del derecho, en *Rev. Bioética y Derecho* N° 1, 1996, pág. 49.

De cualquier modo, no debe creerse que "todo tiempo pasado fue mejor"; para muestra basta un botón: en mi país, no obstante el llamado que el preámbulo de la Constitución hace a "todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino", la ley 817 de 1876 sobre inmigración y colonización incluía a los mayores de 60 años entre las personas que los capitanes de buque tenían expresamente prohibido transportar en calidad de inmigrantes, a no ser que se tratara de jefes de familia (33).

VII. ¿Hacia un derecho de la ancianidad?

Los derechos de los ancianos se presentan dentro de una profunda dispersión normativa; por otro lado, a nivel jurisprudencial, se encuentran pocos fallos que contemplan la situación del anciano con visión integral.

Se ha sostenido que los derechos de la ancianidad sufren una doble *capitis diminutio*: de un lado, en el mejor de los casos, forman parte del grupo de derechos humanos económicos, sociales y culturales, de limitada eficacia; del otro, constituyen un grupo de derechos bastante novedoso, de reciente consagración, por lo que son objeto, en el mejor de los casos, de políticas sociales coyunturales y no de derechos subjetivos directamente operativos (34).

Frente a este panorama, en la República Argentina, algunos autores propician la creación de un "*Derecho de la ancianidad*", rama que debería desarrollar perspectivas transversales llamadas a enriquecer las ramas tradicionales (derecho civil, comercial, administrativo, penal) y desenvolver un derecho que supere los límites que aíslan y mutilan la situación del anciano (35).

(33) Dato histórico recordado por URIARTE, Jorge, Protección del anciano en nuestro derecho, en *Derecho de Familia*, n° 5, 1991, pág. 13.

(34) DABOVE, María, Razones iusfilosóficas para la construcción de un derecho de la ancianidad, JA 2000-IV-1025.

(35) CIURO CALDANI, Miguel A., Derecho de la ancianidad, en *Investigación y Docencia*, n° 12, 1992, pág. 35; del mismo autor, Comparación jusfilosófica del derecho de menores y el derecho de la ancianidad, en *Rev. Investigación y Docencia*, 1995, n° 25 pág. 7; ver, también, Prólogo al libro de DANOVE CARAMUTO, María I., *Los derechos de los ancianos*, Bs. As., Ed. Ciudad Argentina, 2002, pág. 18; DABOVE, María, Razones iusfilosóficas para la construcción de un derecho de la ancianidad, JA 2000-IV-1020. En México, SALAS ALFARO, Angel, *Derecho de la senectud*, México, Ed. Porrúa, 1999, págs. 6 y ss. El autor mexicano define el derecho de la senectud como el "conjunto de conocimientos, principios y normas relacionados con la situación de las personas de la tercera edad" (pág. 9). Europa también viene pu-

En algunos aspectos, la cuestión se asemeja al Derecho de Menores, rama con la que guardaría "correspondencia vital" (36); por eso, por ej., en el Derecho Procesal deben aumentarse los esfuerzos para escuchar debidamente a menores y ancianos, y en el Derecho de los consumidores debe advertirse que ancianos y menores son consumidores especiales. El paralelismo no significa identidad; así, se reconoce que la situación de los menores provoca más atención que la de los ancianos, y se sospecha que en el sistema capitalista esta diferencia puede deberse, en parte, a que "lo que se destina al menor es más inversión; en cambio, el esfuerzo a la protección del anciano es más consumo, sin correlativa inversión"; quizás esa también sea la causa por la cual la bibliografía ofrece un notable contraste entre el número y extensión de los estudios dedicados a los menores y a los ancianos (37). En la misma tendencia, es decir, marcar el paralelismo pero señalar las diferencias, Simone de Beauvoir dice que el problema del negro es un problema de blancos y el de la mujer, un problema masculino; pero los negros pelean contra la opresión y la mujer lucha por conquistar la igualdad; en cambio, los viejos no tienen ningún arma, y su problema es un problema de los adultos activos que deciden acerca del papel que conviene conferir a los ancianos, según su propio interés práctico e ideológico" (38).

Se acepte o no la creación de una nueva rama, hay cierto consenso en que la problemática de la ancianidad no debe ser visualizada como un proceso sólo biológico; por el contrario, debe ser encarada desde el marco general del mundo político integrándola con las perspectivas de la política sanitaria, económica, científica, educacional, cultural, etc.

blicando obras con la misma tónica integradora. En Italia, STANZIONE, Pasquale (a cura di), *Anziani e tutele giuridiche*, Napoli, ed. Scientifiche Italiane, 1991; la obra contiene una decena de artículos que analizan la cuestión del anciano desde la perspectiva constitucional, civil, su autonomía contractual, temas de responsabilidad civil, etc; CARLEO, Lilianna Rossi ed altri (a cura di), *La terza età nel diritto interno ed internazionale*, Napoli, ed. Scientifiche Italiane, 1997; el libro reproduce una docena de artículos. Para la situación en Francia y un estudio comparativo con el derecho norteamericano, ver MERCAT-BRUNS, Marie, *Vieillessement et droit à la lumière du droit français e du droit américain*, en Paris LGDJ, 2001.

(36) El paralelismo entre Derecho de Menores y Derecho de los ancianos ha sido objeto de preocupación en Italia desde la perspectiva del Derecho Penal; ver Dogliotti, Máximo, *Il Diritti dell'anziano*, en Stanzione, Pasquale (a cura di), *Anziani e tutele giuridiche*, Napoli, ed. Scientifiche Italiane, 1991, pág. 49.

(37) CASTAN VAZQUEZ, José M., *La tercera edad y el derecho*, en *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y legislación de Madrid*, n° 31, 2001, pág. 340.

(38) DE BEAUVOIR, Simone, *La vejez*, trad. Aurora Bernárdez, Barcelona, Edhasa, 1989, pág. 108

VIII. Ancianos y derechos humanos

"Apoyar a la juventud no debe significar arrojar todos los días viejos por la ventana" (39). Por eso, al menos teóricamente, hay consenso en que el equilibrio de la sociedad descansa en el conjunto de sus miembros; consecuentemente, para conseguir la armonía hay que evitar generar procesos de exclusión, contrarios al respeto de los Derechos Humanos.

Los documentos internacionales que contienen disposiciones directa o indirectamente vinculadas al derecho de las personas de mayor edad son muy numerosos. Por ej., la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948 establece que *toda persona*, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la *seguridad social*. El título XVI de la Declaración Americana de Derechos y Deberes Humanos de 1948 dice: "Toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia".

Con un criterio más amplio, la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece: "Toda persona como miembro de la sociedad tiene derecho a la seguridad social y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad" (art. 25). El Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 enumera los mismos parámetros normativos y remarca que el Estado se obliga a proveer los recursos necesarios "hasta el máximo de que disponga".

Más específicamente, el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales suscripto el 17/11/1988 dice: Art. 17: "Toda persona tiene derecho a protección especial durante su ancianidad. En tal sentido, los Estados partes se comprometen a adoptar de manera progresiva las medidas necesarias a fin de llevar este derecho a la práctica, y en particular: a) proporcionar instalaciones adecuadas, así como alimentación, atención médica especializada a las personas de edad avanzada que carezcan de

(39) TRAVIESO, Juan Antonio. La protección de los derechos de los ancianos (aspectos nacionales e internacionales) en La Ley Actualidad, boletín del 6/7/1995.

ella y no se encuentren en condiciones de proporcionársela por sí mismo; b) ejecutar programas laborales específicos destinados a conceder a los ancianos la posibilidad de realizar una actividad productiva adecuada a sus capacidades respetando su vocación o deseos; c) estimular la formación de organizaciones sociales destinadas a mejorar la calidad de vida de los ancianos”.

Aceptado este punto de partida, hay que concluir que la sociedad tiene la obligación de priorizar la prevención y el cuidado de la calidad de vida de los ancianos, manteniendo su autonomía, tan ligada a la dignidad de la persona.

Lamentablemente, la realidad es otra. Las fuentes normativas internacionales vigentes suelen ser demasiado programáticas y flexibles, con escasa proyección en el derecho interno. Así, por ej., el Plan internacional de Viena sobre el envejecimiento, aprobado en 1982, no es más que un conjunto de recomendaciones que cada Estado puede asumir o desechar a su arbitrio. Lo mismo sucede con la Declaración de Cartagena de Indias de 1992 sobre políticas integrales para las personas mayores en el área iberoamericana (40).

IX. La actuación de los organismos internacionales

Si los derechos de los ancianos deben ser analizados a la luz de los Derechos Humanos, es normal que los organismos internacionales se ocupen de ellos.

La ONU está actuando desde la década del 50. En 1992 la Asamblea General aprobó un plan de acción internacional sobre el envejecimiento con metas para el año 2001. El año 1999 se declaró Año internacional de las personas de edad.

En marzo de 1995, se celebró la Conferencia de Copenhague. El párrafo 26 y el compromiso 2 de la Declaración surgida de este encuentro dicen: “Nosotros, los representantes del gobierno... crearemos acciones . . . que mejoren la posibilidad de que las personas ancianas obtengan un mejor estilo de vida . . . desarrollaremos y mejoraremos políticas que aseguren a todas las personas una protección económica, social y cultural adecuadas

(40) DABOVE, María, Razones iusfilosóficas para la construcción de un derecho de la ancianidad, JA 2000-IV-1025.

durante ... viudez, discapacidad o *edad avanzada*". Por otra parte, el programa de acción de Copenhague declara que "deben ser puestos esfuerzos particulares para proteger a las personas ancianas, incluyendo aquellos con disparidad a través de ... *el mejoramiento de la situación de las personas ancianas en casos particulares donde ellos no gocen de apoyo familiar*. ... asegurando que las personas ancianas puedan satisfacer sus necesidades humanas básicas a través del acceso a servicios y seguridad social. ... fortaleciendo medidas. ... que aseguren a los trabajadores jubilados no caer en la pobreza".

X. Ancianos y principios de bioética

La Bioética estudia e intenta dar solución a muchos problemas generados por la edad avanzada ligada a la dependencia, tales como:

a) La evidencia que la medicina curativa tiene límites, y que hay procesos que aunque no puedan ser curados, requieren ser atendidos a los fines de poder disfrutar la mayor calidad de vida posible.

b) La verificación que las sumas necesarias para el cuidado de la salud pueden crecer ilimitadamente; de hecho, en algunos países occidentales aumentan más deprisa que el producto interno bruto. Pues bien, frente a recursos escasos, a la hora de adoptar decisiones, el gestor de los intereses públicos debe tomar en consideración, en difícil y delicado equilibrio, por un lado, la garantía de una atención digna y no discriminatoria por razones de edad ni de pronóstico, y por el otro, el resto de las necesidades de la población. Se trata de opciones claramente políticas que deben estar precedidas por un debate realmente democrático. Estas opciones tienen una dimensión ética ya que deciden sobre la prioridad del gasto que se realiza y, consecuentemente, sobre la salud y la calidad de vida de los individuos.

c) La necesidad de políticas tendientes a la adopción de decisiones respetuosas de la voluntad libre y suficientemente informada del anciano.

Esta voluntad rige, especialmente, en cuanto a la elección de su hábitat. El aumento de los años de vida repercute en el número de personas con dependencia física y psíquica; cuando las personas se hacen mayores e incapaces de valerse por sí mismas, se acude a dos alternativas: o se las cuida en el domicilio, o se las lleva a una institución especializa-

da; ambas situaciones plantean problemas. El ingreso al geriátrico implica especiales situaciones jurídicas (41). Por su parte, los cuidados a domicilio requieren cuidadores profesionales; además, frecuentemente se omite una cuestión muy importante, cual es que cuando el anciano dependiente queda en casa (especialmente si se añade una discapacidad o una demencia senil) quien lo cuida es la hija; esa realidad tiene un gran significado e impacto en la vida intelectual y profesional de las mujeres, que no sólo asumen la crianza de sus hijos, sino el cuidado de los ancianos.

La autonomía es igualmente importante para poder decidir, por uno mismo, en todo cuanto concierne a la salud: contratar seguros que le garanticen el acceso a todas las prestaciones necesarias; establecer disposiciones anticipadamente, para cuando ya uno no pueda hacerlo, tema que supone hablar de testamentos vitales, designación de representantes e, incluso, de eutanasia.

El difícil tema del consentimiento informado se agudiza tratándose de ancianos. En efecto, si bien la ancianidad no debe identificarse con enfermedad, pueden presentarse disminuciones en las facultades psíquicas y/o físicas que impidan que el sujeto pueda tomar decisiones de modo autónomo (42).

XI. Ancianos y Derecho Constitucional argentino

Los ancianos no estaban mencionados en el texto originario de la Constitución argentina sancionado en 1853. Mucha agua pasó debajo del puente hasta la reforma de 1994 que entre las facultades del Congreso introdujo la de "*legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato y el pleno goce de los derechos reconocidos por esta Constitución y los Tratados Internacionales vigentes sobre Derechos Humanos, en particular respecto de los ni-*

(41) Compulsar DI TULLIO BUDASSI, Rosana G., El ingreso del anciano al geriátrico, en XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Rosario, 2003, t. II pág. 108; en la misma obra, en pág. 177 ver GONEM MACHELLO de Gandolfo, Graciela, Los ancianos y el ingreso a una institución geriátrica.

(42) DIBARBORA, Elisa y otros, Consentimiento informado, investigación y ancianidad. Algunas consideraciones bioéticas y jurídicas, en Sorokin, P. (coordinadora), Bioética: entre utopías y desarraigos. Libro homenaje a la profesora Gladis Mackinson, Bs. As., Ed. Ad Hoc, 2002, pág. 479 y ss.

ños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad" (art. 75 inc. 23) (43).

Pese a la fortaleza de la formulación, se ha dicho que "el reconocimiento de los derechos de la ancianidad resulta extremadamente débil en la Constitución Nacional y sólo se cuenta con alguna referencia específica en un artículo que cuenta con escasa proyección inmediata, el art. 75 inc 23, y el inc 22 referido a la vigencia de los tratados y pactos internacionales" (44).

Entre el texto originario y el de 1994, la reforma de 1957 estableció que "el Estado otorgará los beneficios de la seguridad social que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá... jubilaciones y pensiones móviles" (art. 14 bis de la Constitución Argentina) (45).

La fórmula española es mucho más completa; en efecto, el art. 50 dispone: "Los poderes públicos garantizarán mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica de los ciudadanos durante la tercera edad. Asimismo, y con independencia de las obligaciones familiares, promoverán su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda, cul-

(43) Me he referido a las acciones positivas en mis artículos El principio de igualdad y el derecho comunitario, en *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Cs. Sociales* n° 35, 1997, pág. 16; Las acciones positivas en la Reforma Constitucional (art. 75 inc 23), en *La Incidencia de la reforma constitucional en las ramas del derecho*, Academia Nacional de Derecho de Bs. As, 1998.

(44) DABOVE, María, *Razones iusfilosóficas para la construcción de un derecho de la ancianidad*, JA 2000-IV-1024.

(45) La corrupción y la emergencia han causado efectos devastadores en el derecho de los jubilados; la "clase pasiva" argentina se ha visto privada, incluso, del acceso a la justicia, con medidas a todas luces inconstitucionales que impidieron ejecutar las deudas del Estado. La cuestión no es sólo argentina y ha llegado hasta la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que el 28/2/2003 decidió: "Los Estados Partes en la Convención Americana de Derechos Humanos no pueden variar el mecanismo de nivelación del monto de las pensiones, ocasionando su reducción, a menos que ello se instrumente por vía legal y existan razones de utilidad pública o interés social que lo sustenten, pues el otorgamiento de una pensión nivelada es un derecho adquirido cuya vulneración atenta contra la garantía de la propiedad -art. 21 Convención citada- máxime si existe una condena judicial firme e incumplida, dictada en contra del Estado por sus propios tribunales internos" (LL 2003-D-453, con nota de González Campaña, Germán, El final de la doctrina Chocobar. La reducción de jubilaciones por emergencia provisional frente a la Corte Interamericana. La Corte Suprema de la Nación argentina adecuó su jurisprudencia a la de la Corte Interamericana en sentencia del 17/5/2005 (Ver LL 2005-C-612, con nota de Morello, Augusto y González Campaña, G., Reflexiones sobre el abandono de la doctrina Chocobar).

tura y ocio". Sin embargo, las quejas también aparecen en este país europeo; en efecto, un sector de la doctrina hispana sostiene que se trata de un derecho "especialmente débil", por ser programático (46).

En la Argentina, aún antes de la reforma de 1957, un sector doctrinal consideró que los derechos de la ancianidad tenían rango constitucional por ser uno de los derechos implícitos mencionados en el art. 33 de la CN que dispone: "Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución no serán entendidas como negación de otros derechos y garantías no enumerados, pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno". Esta norma no figuraba en el texto originario de 1853; se incorporó en la reforma de 1860, y tuvo como fuente directa la enmienda IX de la Constitución norteamericana. La doctrina ha señalado que la fórmula argentina es defectuosa porque parece referirse sólo a los derechos políticos, no a los llamados derechos civiles. Sin embargo, hay acuerdo en interpretar el texto a la luz de su fuente y, consecuentemente, comprende a ambos tipos (47). Esta es también la solución del art. 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos que dispone: "Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de excluir otros derechos y garantías que son *inherentes al ser humano* o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno".

XII. Ancianos y ámbitos de la Seguridad Social diversos al régimen de jubilaciones y pensiones

Probablemente, la seguridad social es el ámbito en el que la ancianidad apareció legislada por primera vez (48); no obstante, aún hoy es un área que presenta problemas muy difíciles de resolver desde que aparece sensiblemente imbricada en todo cuanto concierne a las políticas económicas (49).

(46) ZURITA MARTÍN, Isabel, Protección civil de la ancianidad, Madrid, Ed. Dykinson-Universidad de Cadiz, 2004, pág. 120.

(47) JIMENEZ, Eduardo P., Los derechos implícitos de la tercera generación. La nueva categoría expansiva en materia de derechos humanos, ED 167-1053.

(48) Compulsar, a vía de ej., MARSIGLIA, Miguel A., Legislación asistencial a la vejez e invalidez en Legislación del trabajo t. XXVIII-B-1029; Pittamiglio, Carlos, Tercera edad en la perspectiva de la seguridad social en TSS 1989-482 (el artículo reproduce la ponencia del autor al X Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y la Seguridad social, Montevideo, 1989).

(49) Compulsar, entre muchos, POCIELLO, Enrique, Las pensiones hoy y mañana; un tema a debate, en Villagrasa Alcaide, Carlos (coordinador) El envejecimiento de la población y la protección jurídica de las personas mayores, Barcelona, ed. Cedecs, 2002, pág. 89/132.

Como no podía ser de otro modo, la crisis económica argentina ha llegado a los tribunales en numerosas ocasiones; los débiles reclaman Justicia, aunque hacer Justicia signifique que el tribunal, para poder resolver el caso particular, deba bordear pautas macroeconómicas que son responsabilidad de los otros poderes del Estado.

Tal lo sucedido, incluso, con planes o subsidios establecidos por los poderes políticos a favor de los ancianos que cumplen determinados recaudos legales. La revocación de esos subsidios suele motivar peticiones judiciales; la Administración responde que se trata de actividades discrecionales sobre las cuales el Poder Judicial no tiene ingerencia; no obstante, la intervención jurisdiccional es posible si se prueba arbitrariedad, discriminación, carencia de legalidad, etc. En esta línea, se ha ordenado a la Obra Social de la Ciudad de Bs. As. continuar prestando la debida asistencia a su afiliada a través de la renovación del subsidio por geriatría que venía percibiendo, "toda vez que no basta con que la actora tenga familiares obligados en los términos de la resolución 113/2003, ya que es necesario que éstos puedan afrontar los gastos que la atención demanda, pues en caso contrario, quedaría sin ayuda económica alguna" (50).

Más aún, aunque excepcionalmente, la medida autosatisfactiva ha sido utilizada como medio procesal rápido para obligar al organismo estatal a *otorgar una jubilación por invalidez* "cuando el estado de salud del solicitante es de una gravedad tal (invalidez del 70 %) que, en principio, podría ser fatal". En el caso, la persona tenía a su favor una sentencia que obligaba a la Caja a modificar el criterio denegatorio y seguir la jurisprudencia de la Corte Federal en la materia; en el procedimiento administrativo, se había vuelto a denegar la jubilación, por lo que el juez dispuso el otorgamiento a través de la medida autosatisfactiva reseñada (51).

(50) CContencioso administrativo y Trib. Ciudad Autónoma de Bs. As., sala II, 1/4/2005, LL 2005-C-648. Para otorgar el subsidio, la reglamentación mencionada exige: (a) ser dependiente o semidependiente mayor de 70 años; (b) carecer de vivienda propia; (c) tener escasos recursos para afrontar el gasto; (d) carecer de familiares obligados. En el caso, una hija vivía en Canadá y la otra, que vivía en Argentina, no trabajaba y su esposo tenía una remuneración de alrededor de quinientos pesos. El tribunal también tuvo en cuenta que cuando el subsidio se revocó, sólo se dijo que el caso no encuadraba en la resolución, sin indicar cuál era el requisito que no se cumplía, omisión que recién se salvó al contestar la demanda.

(51) Juz. Fed. Seg. Social n° 7, 17/3/2000, Doc. Jud. 2000-3-609. La carencia de publicación me ha impedido hacer el seguimiento de esta decisión de primera instancia. Desconozco el destino final (si fue o no revocada por los tribunales superiores).

XIII. Ancianos y derecho de la salud

La República Argentina asiste a lo que se ha dado en llamar el "amparo salutífero" (52). Las resoluciones judiciales que protegen el derecho a la salud de los ancianos son muy numerosas. Me limito a reseñar una de ellas con el deliberado propósito de mostrar hasta dónde han llegado algunos jueces argentinos cuando enfrentan las urgencias de los ancianos.

Así, por ej., se acogió la medida cautelar y se obligó a la obra social de las Fuerzas Armadas del Estado a pagar el costo de internación en una clínica gerontológica privada de un anciano con carencias de salud mental (53). En el caso, el juez de primera instancia había ordenado a la mutual cubrir el 60% del costo de la internación; valoró que los gastos mensuales de internación del paciente resultaban excesivamente altos y no podían cubrirse con su jubilación. La obra social de la Fuerza Aérea argentina demandada apeló. Se quejó de violación al derecho de defensa, desde que la cautelar había sido dictada en un expediente donde no había sido oída. El tribunal rechazó la alegación; afirmó que el derecho a la salud puede entrar en colisión con otro derecho fundamental cual es el de la defensa en juicio, y si bien éste debe ser respetado a ultranza, en el caso no existía la violación denunciada pues en las medidas cautelares el juez debe solamente constatar el cumplimiento de los requisitos que la condicionan, y el derecho del afectado queda resguardado a través del pertinente recurso de apelación. En cuanto al fondo del asunto, la jurisdicción afirmó que "frente a una cuestión particularmente sensible que afecta a una persona en situación de vulnerabilidad, no le basta a la obra social invocar que no tiene obligación de brindar la prestación de que se trata. La Corte Federal ha entendido que, como pauta interpretativa, debe estarse al *objeto social* de las obras sociales, priorizando su *compromiso social*. Si bien se debe tener presente el carácter comercial de la entidad, ella se ordena a proteger los derechos fundamentales a la vida, salud e integridad de la persona, lo que importa asumir un compromiso social (C.S.N., 13/3/2001, J.A. 2001-III-390). La mutual sostiene que ella no brinda cobertura del tipo de prestación que se le exige (60% del costo de la internación); sobre la base de los tratados internacionales, el tribunal responde que el accionar del ape-

(52) MORELLO, Augusto, La senectud, de cara al derecho, LL 2002-E-1212.

(53) Cám. Civil y Com. de Mar del Plata, Sala II, 5/8/2004, J.A. 2005-II-361, con nota de Toselli, Juan, El reconocimiento de la dignidad de las personas con padecimientos mentales.

lante acrecienta la estigmatización por afección mental y vulnera derechos elementales a la vida, a la dignidad, a la salud y a la integridad sicológica del paciente”.

Con el mismo criterio anterior y fundado en el derecho de los consumidores, se ha declarado abusiva la cláusula del contrato de medicina prepaga que faculta a la empresa a aumentar la cuota de modo unilateral, el día que el afiliado cumple 70 años (54).

XIV. Acceso y permanencia del anciano en el mundo laboral

Las restricciones al acceso y a la permanencia en los puestos de trabajo fundadas en una edad tope han dado lugar a un gran debate.

En cuanto al *acceso*, la Corte bonaerense ha resuelto que “la norma que establece como requisito para la inscripción en los listados oficiales de ingreso a la docencia el límite de cuarenta y cinco años de edad es discriminatoria y contradice el derecho a trabajar y a la igualdad ante la ley consagrado en la Constitución Nacional, en la Constitución de la provincia de Bs. As. y en los tratados internacionales incorporados a dichas constituciones” (55). A igual conclusión llegó el Tribunal de la Ciudad de Bs. As. respecto del Estatuto docente municipal para el ingreso a la carrera docente que establece como límite tope para el ingreso la edad de cuarenta años (56).

Ambas decisiones han tenido en consideración que según la Corte Federal, “las leyes son susceptibles de cuestionamiento constitucional cuando resultan irrazonables, o sea, cuando los medios que arbitran no se adecuan a los fines cuya realización procuran, o cuando consagran una manifiesta iniquidad” (57) y el requisito de la edad tope presenta tales características de irrazonabilidad.

(54) Cám. Nac. Com. Sala C, 18/3/2005, ElDial.com. 14/4/2005.

(55) S.C.Bs. As., 19/2/2002, Briceño *c/* Dirección General de Cultura y Educación, La Ley Bs. As., 2002-1392, y en JA 2003-II-427, con nota de Spacarotel, Gustavo y Martínez Pass, Laura, El límite de edad para ejercer la docencia en la provincia y el plazo de caducidad en la acción de amparo bonaerense.

(56) TSCiudad de Bs. As., 29/11/2000, Sandez, Carlos *c/* Gobierno de la Ciudad de Bs. As., LL 2001-B-580, con nota aprobatoria de Gauna (h) Juan O., Un amparo contra la discriminación por razones de edad.

(57) Fallos 308-418; 311-395.

Con relación a la *permanencia* en la función, en la causa conocida como caso "Franco", la Corte de la Nación decidió que "el art 32 inc 1 del dec.-ley 9020/78, en cuanto dispone como causal de inhabilidad para ejercer funciones notariales la edad de 75 años, establece una presunción *iuris et de iure* de que quienes alcanzan dicha edad se encuentran incapacitados para ejercer funciones notariales, resultando arbitrario debido a su generalidad y a su falta de sustento racional, además de vulnerar el derecho de trabajar y la garantía de igualdad ante la ley consagrados en la CN y en los tratados internacionales de jerarquía constitucional (58).

Quizás, en la solución incidió lo resuelto anteriormente por el tribunal en el caso "Fayt", que declaró la inconstitucionalidad de la reforma constitucional que limitó la permanencia de los jueces de la Corte hasta la edad de setenta y cinco años (59), decisión que había sido precedida por sentencia del 22/6/1999, que había nulificado un artículo de la Constitución de la provincia de Santa Fe según el cual "cesa la inamovilidad de los magistrados a los sesenta y cinco años de edad si están en condiciones de obtener jubilación ordinaria" (60).

(58) CSN, 12/11/2002, LL 2003-B-286, Doc. Jud. 2003-4-666; JA 2003-II-464. Ver comentarios laudatorios de Gómez, Claudio, Derecho a la igualdad y la discriminación en razón de la edad, LL 2003-D-311; Rivera, Julio C., Rev. de Derecho Privado y Comunitario 2003-3-261.

(59) CSN 19/8/1999, LL 2000-C-540, con nota de Mario Midón, Los límites del poder constituyente; a propósito del caso Fayt; JA 1999-IV-616, con nota de Carlos Colautti, Las reformas a la constitución y los límites de la revisión judicial, y ED 184-979 con nota de Alberto Bianchi, Los efectos del caso Fayt sobre la reforma constitucional de 1994. Se comparte o no la solución del caso, cabe advertir la errónea técnica constitucional; la limitación aparece en el art. 99 inc 4 de la CN, "oculta" entre las atribuciones del Poder Ejecutivo. El art. 99 inc 4 dispone que el PE " nombra los magistrados de la Corte Suprema con acuerdo del Senado por dos tercios de sus miembros presentes, en sesión pública, convocada al efecto. Nombra los demás jueces de los tribunales federales inferiores en base a una propuesta vinculante en terna del Consejo de la Magistratura, con acuerdo del Senado, en sesión pública, en la que se tendrá en cuenta la idoneidad de los candidatos. Y concluye en el último párrafo: "Un nuevo nombramiento, precedido de igual acuerdo, será necesario para mantener en el cargo a cualquiera de esos magistrados, una vez que cumplan la edad de setenta y cinco años. Todos los nombramientos de magistrados cuya edad sea la indicada o mayor se harán por cinco años, y podrán ser repetidos indefinidamente, por el mismo trámite".

(60) CSN 22/6/1999, Iribarren, Casiano R c/ Provincia de Santa Fe, Acción declarativa, ED 186-863. La provincia se defendió diciendo que no había cese automático de la función sino que el magistrado podía seguir en el cargo, pero sin estabilidad. La mayoría sostuvo que esa norma, al dejar al magistrado en situación precaria, violaba la independencia de los jueces. Belluscio entendió que la Corte no podía analizar la conveniencia o inconveniencia de las normas y que la norma provincial no merece reproche por una supuesta colisión con las normas nacionales.

La problemática de los jueces ancianos y la necesidad de su recambio es clásica en el Derecho Constitucional. Los autores (61) recuerdan el proyecto del presidente norteamericano Roosevelt de modificar la estructura de la Suprema Corte, que sorprendió a sus propios partidarios y provocó la crítica de la prensa independiente. En efecto, para doblegar la intolerancia de la mayoría del tribunal, Roosevelt ideó una especie de "curatela" para los jueces que llegaran a los 70 años; al cumplir esa edad, cada juez se hallaría desempeñando su función conjuntamente con otro magistrado más joven que "vitalizaría" al tribunal, inyectando "sangre nueva". En el Mensaje de elevación del proyecto decía uno de los presidentes más amados por el pueblo norteamericano: "Sólo en casos excepcionales los jueces, como los demás hombres, retienen hasta edad avanzada su pleno vigor mental y físico". "También el jurista es un hombre de carne y hueso y no un esquema". "El disminuido vigor mental o físico lleva a los hombres a evitar los exámenes complicados y las condiciones modificadas de la vida. Poco a poco los nuevos hechos aparecen borrosos a través de los antiguos lentes, apropiados para las necesidades de otra generación; hombres viejos ven la escena lo mismo que en el pasado, dejando de explorar o inquirir en el presente o en el futuro".

Quienes se pronunciaron a favor del proyecto dijeron que casi siempre, no obstante conservar su capacidad mental, los jueces que han sobrepasado los 70 años ven disminuir progresivamente su vigor intelectual. No obstante, se reconoce que si jueces como Holmes hubieran sido obligados a retirarse a los 70 años, la Constitución y las leyes de los E.E.U.U. habrían empobrecido en su trayectoria jurisprudencial.

Por mi parte, coincido con quienes afirman que el propósito de situar al juez en el mundo en que vive no puede ser objetado, y con tal finalidad, la limitación de la edad tiene un fundamento de valor.

XV. Ancianidad y capacidad civil (62)

Normalmente, la edad mínima es un presupuesto de capacidad de ejercicio. En cambio, la edad máxima no lo es. No obstante, la ancianidad no es un factor neutro para el derecho privado.

(61) Ver, entre otros, JUSTO, Alberto, *Los jueces ancianos y la interpretación realista del New Deal*. La ley 6 pág. 109, sección doctrina.

(62) Para la cuestión en España ver ZURITA MARTÍN, Isabel, *Protección civil de la ancianidad*, Madrid, Ed. Dykinson-Universidad de Cadiz, 2004, pág. 55 y ss; DE COUTO GALVEZ, María, *Los problemas legales más frecuentes sobre la tutela, asistencia y protección de personas mayores*, Madrid, Ed. Universidad de Comillas, 1999.

La cuestión ha tenido acceso a los tribunales en temáticas muy variadas; he elegido las referidas a la inhabilitación y a la nulidad del testamento, por ser las más frecuentes

15.1. *Las voluntades anticipadas*

La posibilidad de designar uno mismo a su curador en previsión de una futura incapacidad, lo que en España se denomina "voluntades anticipadas", no ha sido legalmente regulada en Argentina, omisión legislativa que preocupa a la doctrina (63).

15.2. *Los ancianos y la inhabilitación judicial*

Jurisprudencia reiterada de la República Argentina distingue entre la *simple ancianidad* y la *senilidad calificada* que ocasiona la incapacitación o la inhabilitación, según el grado que presente; en otros términos, "senectud o ancianidad normal no equivale a senilidad patológica. Si bien no siempre hay nitidez absoluta entre un supuesto y otro, porque puede darse una evolución del cuadro normal de ancianidad que coloque al sujeto en un estado límite cuya dimensión sea arduo fijar con precisión, es incontrovertible que la vejez, por sí, no es sinónimo de enfermedad, aun cuando implique disminución de facultades de la persona" (64).

Con igual criterio se decide que "la ancianidad, como proceso fisiológico normal no excluye la salud. En virtud de ello, no corresponde entender que no gozan de ella personas en quienes la ciencia médica no registra modos de ser anormales en relación a su edad, máxime si, como en el caso, tampoco se ha demostrado el elemento jurídico determinante de la restricción a la capacidad, esto es, la presumibilidad de daño en mérito a circunstancias distintas de la biológicas. El temor de que el anciano no haga buenos negocios, como cualquier persona, no tiene su remedio en la

(63) Para el tema ver, entre otros, TAIANA DE BRANDI, N., y Llorens, Luis, Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad, Bs. As., Astrea, 1996; Wilde, Zulema, El valor de la autonomía de la voluntad frente a la vejez o a la circunstancia de caer en incapacidad, en Anuario Departamentos de Derecho privado, Separata de la revista del notariado, XIX Jornadas Nacionales de Derecho civil, pág. 73 y en Rev. del Notariado n° 873 pág. 127.

(64) Cám. Nac. Civ. sala D, 22/6/1982, LL 1983-A-312, con nota de Méndez Costa, María J., Los ancianos en la legislación civil. Conf. OriA, Jorge L., Los presupuestos de la inhabilitación de los ancianos, LL 1975-B-1229.

inhabilitación si se acredita un estado patológico" (65), aunque en algún caso puede llegar a configurarse una estafa" (66).

15.3. Ancianos y nulidades testamentarias

Risolfá decía 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 vejezes que mueren asidas al derecho de propiedad, pensando y repensando los capítulos de la evolución sucesoria, del seguro o del contrato de renta vitalicia". Por ésta, y por otras muchas razones, son frecuentes los casos en los que los jueces deben tranzar el conflicto que genera la tensión entre la voluntad del testador, que se pretende preservar, y la existencia de indicios relativos a la captación de la voluntad del anciano. En la mayoría de los supuestos en los que existen discrepancias entre los integrantes del tribunal, las dificultades son de orden probatorio desde que hay cierto acuerdo en que "para realizar un acto de última voluntad no se requiere mayor discernimiento que el necesario para realizar actos entre vivos; por ende, no todos los ancianos que están afectados por enfermedades psicofísicas (arterosclerosis, diabetes, afecciones cardíacas, etc) deben ser considerados como carentes de entendimiento para comprender la naturaleza de los actos que realizan (67).

A esta tensión no fue ajeno, incluso, el testamento de uno de los más grandes de la literatura argentina, Jorge Luis Borges, que dio lugar a un

(65) Cám. Nac. Civ. sala A, 1/6/2004, ED 209-206; en el caso, la anciana vivía con una hermana, presuntamente discapacitada, desarrollando una vida en un clima adecuado; contaba, además, con asistencia doméstica y no se había acreditado dilapidación de bienes; por lo tanto, se rechazó el pedido de inhabilitación y el de demencia. El mismo tribunal se había pronunciado, en igual forma, el 21/10/1993, ED 159-424; en este precedente se trataba de una anciana de 82 años que, luego de un accidente, había quedado con una afasia, que le afectaba la expresión y articulación del lenguaje pero presentaba un alto nivel intelectual y la comprensión se hallaba intacta.

(66) ESCRIVA, José M., Aproximación desde el derecho penal: la estafa, en VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos (coordinador) *El envejecimiento de la población y la protección jurídica de las personas mayores*, Barcelona, Ed. Cedecs, 2002, pág. 89. Para los problemas penales de la ancianidad ver CARRIERI, E., Greco, O., y CATANESI, R., *LA VECCHIAIA*, Milano, Ed. Giuffrè, 1992; esta obra afronta el problema del anciano víctima y el anciano autor.

(67) Cám. Nac. Civ. Sala F, 20/8/1998, JA 2000-I-595. En el caso, se rechazó la demanda por nulidad de testamento interpuesta por el hermano de la causante contra la heredera instituida, una persona del vecindario que la cuidó en los últimos años. La sentencia tiene voto disidente de la Dra. Highton, quien consideró, con sólidos fundamentos, que se había captado la voluntad de la testadora.

largo proceso judicial en el que se discutía si la ancianidad del prestigioso literato era o no demencia senil y, consecuentemente, si era o no nulo el testamento que tenía por beneficiaria a María Kodama (68).

15.4. Ancianos y ausencia con presunción de fallecimiento

La ley 14.394 regula el régimen ordinario de la ausencia con presunción de fallecimiento. La ancianidad juega un solo rol. Según el art. 30, "Transcurridos cinco años desde el día presuntivo del fallecimiento *u ochenta desde el nacimiento de la persona*, quedará sin efecto la predotación prescrita pudiendo desde ese momento disponerse libremente de los bienes".

XVI. Ancianidad y relaciones de familia

16.1. La realidad social.

El anciano y su familia son sujetos frecuentes de decisiones judiciales.

Las causas del conflicto son muy variadas. Recientemente, se ha puesto de resalto que el incremento de lo que hoy se llama "*adultescencia*", es decir, "el tardío desapego de los hijos del hogar familiar, que se prolonga con casi todas las exigencias de la edad de la infancia en la edad adulta, como la asistencia alimentaria, habitacional, recreativa y educacional, impide en gran medida que quienes ya deberían estar en condiciones de asistir a sus propios padres en la red de solidaridad familiar, todavía deban ocupar su tiempo y recursos en atender a estos hijos *adultescentes*. A esto se ha sumado la incorporación masiva de la mujer al mercado laboral lo que ha determinado que la costumbre muy arraigada que la hija se hace cargo de los padres ancianos haya prácticamente desaparecido" (69).

Por otro lado, se ha puntualizado que vejez y familia convergen en el tema de la *abuelidad*. Este es uno de los pocos roles en la vida que no se

(68) Cám. Nac. Civ. sala G 5/6/1995, Uveda de Robledo c/Kodama, María s/Nulidad de testamento, ED 163-521. En ese largo proceso, iniciado por quien fuera el ama de llaves de Borges durante muchos años, fueron testigos figuras relevantes de la vida intelectual argentina; el dictamen del fiscal transcribe gran parte de estos testimonios. Borges hizo tres testamentos, uno en 1970, otro en 1979, y el último en 1986; la impugnación no prosperó y el acto de última voluntad fue declarado válido.

(69) MORCILLO, Silvia, El desamparo legislativo de la ancianidad, en Actualidad Jurídica de Córdoba. Familia y Minoridad, Año I, Vol. 8, diciembre de 2004, Córdoba, pág. 844.

elige y se manifiesta en sentimientos, pensamientos y acciones que reciben influencias muy diversas, entre otras, la experiencia personal del sujeto como nieto, cómo fueron sus padres como abuelos, las actitudes sociales dominantes hacia los viejos y los abuelos, etc. Se señala que en el mundo actual, caracterizado por una gran tensión respecto de la situación económica, hay dos roles significativos para los abuelos: Por un lado, en las sociedades industriales, el abuelo vuelve a asumir el papel de "agente sustituto de socialización", aquél que Margare Mead encontró en sociedades más tradicionales o primitivas. Por el otro, los abuelos son agentes secundarios de apoyo económico en los casos en que se produce la ruptura o un desenlace negativo en la pareja del hijo o la hija, y como maneja la crisis económica, se convierte en una suerte de árbitro de los conflictos familiares. "Es un rol de gran desgaste, ya que generalmente no se tienen los recursos suficientes para reparar los desajustes psicosociales en la familia. Los abuelos no son agentes de salud familiar; no están adiestrados para ser agentes que favorezcan la salud mental del cuadro familiar y, por lo tanto, tienen que cargar con la proyección de enojos y de culpas de los otros miembros de la familia que esperan el cumplimiento de esa función omnipotente" (70).

Aunque no asuman este rol, al parecer hay dos clases de ancianos en la vivienda familiar: los dependientes y los que se encargan del cuidado de los nietos o bisnietos. Ambas son generadoras de conflictos. En cuanto a la segunda, es verdad que en la edad anciana "los papeles familiares no están sólo definidos para recibir ayuda, sino también para ofrecerla; que los abuelos hacen tomar conciencia de las propias raíces, empalman con el ayer, reafirman en una continuidad de vida, aportan el sentido común y la sensatez propios de la mayor edad, se hayan presentes en la vida de los nietos con un marcado signo de amor-refugio, de saber y querer escuchar siempre, de disponer de tiempo para compartir" (71); pero también es cierto que, en algunas ocasiones, la sustitución de los roles es fuente de diversas tensiones en el ámbito familiar.

16.2. Ancianidad y capacidad para el "acto jurídico familiar"

La ancianidad no es, en sí misma, causal de incapacidad para celebrar ninguno de los llamados "actos jurídicos familiares".

(70) TOMASELLO, Andrés, Derecho de la ancianidad, Doc. Jud. 2002-3-930.

(71) GONEM MACHELLO DE GANDOLFO, Graciela, Reflexiones sobre la familia, los ancianos y la solidaridad, en *La Ley Actualidad*, Boletín del 8/4/1999, pág. 2.

Una persona puede contraer matrimonio sin límite de edad máxima.

Teóricamente, también puede adoptar sin ese tipo de restricciones pues la ley argentina no establece ni edad tope, ni diferencia de edad máxima; esto significa que una persona muy anciana podría adoptar a un niño recién nacido. No obstante, el art. 321, inc. d) del Cód. Civil dispone que "en el juicio de adopción el juez valorará si ésta es conveniente para el menor teniendo en cuenta los medios de vida, las cualidades del adoptante, y la diferencia de edad entre adoptante y adoptado". También debe recordarse que la ley prohíbe a los abuelos adoptar a sus nietos (art. 315 inc b del CC argentino).

16.3. La escasa normativa civil

El código civil argentino contiene pocas normas relativas a los deberes y derechos entre los ancianos y su parentela; entre ellas se destaca el art. 266 que establece: "Los hijos deben respeto y obediencia a sus padres. Aunque estén emancipados, están obligados a cuidarlos en la ancianidad y en estado de demencia o enfermedad, y a proveer a sus necesidades en todas las circunstancias de la vida en que le sean necesarios sus auxilios".

Pueden mencionarse, además, normas sobre prestación alimentaria, derecho de visitas a los nietos, contra la violencia familiar (ley 24417, que prevé protección al anciano frente a hechos puntuales de maltrato) (72).

16.4. Ancianos y deber de asistencia

Bien se ha dicho que "la solidaridad es un deber moral que, al ser reconocido por la ley, asume la naturaleza de obligación civil. La sociedad y la familia son conjuntos solidarios que obedecen a la ley de interdependencia universal porque nada es el producto exclusivo de las fuerzas y desvelos de una sola persona (73).

(72) BARRIONUEVO DE ROMERO, María Inés, Ancianidad. Aspectos jurídicos y psicológicos, en Actualidad Jurídica, Año I, Vol. 10, Córdoba, Febrero de 2005, pág. 1070.

(73) FANZOLATO, Eduardo Ignacio, Los ancianos y la solidaridad familiar en el siglo XXI, en Rev. de la Facultad de Derecho y Cs. Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, vol 4 n° 2, 1996, pág. 11. El autor reproduce la ponencia presentada ante el IX Congreso Mundial de Derecho de Familia, Panamá, 1996; compulsar DAINO, Miranda Gionfrida, Tutela dell'anziano e solidarietà familiare. Rapporti tra generazioni, en CARLEO, Liliana Rossi Ed altri (a cura di), La terza età nel diritto interno ed internazionale, Napoli, Ed. Scientifiche Italiane, 1997, pág. 195.

Por eso, el art. 367 establece la obligación alimentaria a favor de los ascendientes sin limitación de grados por consanguinidad, y en el primer grado de afinidad. Por su parte, la ley 14.394 prevé el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar respecto de los hijos que se sustrajeran a prestar los alimentos indispensables para la subsistencia de sus padres *impedidos*, aún sin mediar sentencia judicial, imponiendo multas y penas de prisión.

16.5. Abuelos y derechos de visitas

Los abuelos (ancianos o no) pueden prevalerse del art. 376 bis que establece la obligación del guardador de permitirles las visitas (74). En efecto, en el derecho de familia argentina los abuelos están obligados a pasar alimentos (75) y, correlativamente, también tienen derecho de visitas, si éstas son negadas por los padres (76).

(74) MORCILLO, Silvia, El desamparo legislativo de la ancianidad, en *Actualidad Jurídica de Córdoba. Familia y Minoridad*, Año I, Vol. 8, diciembre de 2004, Córdoba, pág. 844.

(75) El art. 367 dispone: Los parientes por consanguinidad se deben alimentos en el orden siguiente:

1. Los ascendientes y descendientes. Entre ellos estarán obligados *preferentemente los más próximos en grado* y a igualdad de grados, los que estén en mejores condiciones para proporcionarlos.

(76) El art 376 bis CC dispone: Los padres, tutores, curadores de los menores e incapaces o quienes tengan a su cuidado personas mayores de edad enfermas o imposibilitadas deberán permitir las visitas de los parientes que conforme a las disposiciones del presente capítulo se daban recíprocamente alimentos. Si se dedujere oposición fundada en posibles perjuicios a la salud moral o física de los interesados, el juez resolverá en trámite sumario lo que corresponda, estableciendo en su caso el régimen de visitas más conveniente de acuerdo a las circunstancias del caso". Para este tema ver Chechile A. M., El derecho del niño a una adecuada relación con sus abuelos u otros parientes y/o terceros, Rev. Derecho de Familia 2005-II-100. En la Argentina, nadie ha osado a sostener que se trata de una norma inconstitucional. En cambio, que en la causa Jennifer Troxel v/Tommie Granville del 5/6/2000, la Corte Federal norteamericana declaró la inconstitucionalidad, para el caso concreto, por su excesiva amplitud, de una ley similar del Estado de Washington (Rev. Derecho de Familia n° 23 pág. 211; compulsar Wagmaister, Adriana, Tropel v/ Graville. La Suprema Corte de los EEUU define la extensión del derecho de visitas de los abuelos en función de la autoridad de los padres, Derecho de Familia n° 29 pág. 226). El voto mayoritario fue redactado por la jueza Sandra O'Connor y se fundó en la libertad de los padres como uno de los derechos fundamentales desde los orígenes de la fundación de los EEUU. De cualquier modo, la mayoría no dijo que la ley fuese siempre inconstitucional sino que lo era en este caso, en que nadie había negado la competencia de la madre para decidir cuál era el mejor interés de sus hijas. El padre de las niñas se había suicidado; la madre había contraído un nuevo matrimonio y las visitas eran solicitadas por los abuelos paternos. En el artículo de Wagmaister pueden leerse otros casos de la juris-

16.6. Ancianos y violencia familiar

El tema del maltrato hacia los ancianos es muy complejo; intervienen muchos factores (biológicos, psicológicos, de estructura socio-cultural y espirituales); un microsistema familiar y personal y un macro sistema general provocan situaciones, muchas veces avaladas con el silencio (77). En efecto, los "abusos" o malos tratos de diversa índole han permanecido ocultos durante mucho tiempo; recién en los últimos años han accedido a los tribunales y a los medios de comunicación.

Utilizo la palabra violencia en sentido amplio, como lo hacen casi todas las leyes de violencia familiar, comprensivo de la violencia física, psíquica, incluso económica, ejercida tanto por actos positivos como negativos manifestados a través de la negligencia, el abandono, la falta permanente de preocupación, la desatención continua de las inquietudes, opiniones, etc. (78).

Para algunos autores, la agresión ejercida contra el anciano constituye un tipo particular de violencia, "porque opera bajo el móvil del desprecio, bajo la pretensión del-no precio, o no-valor, que el agresor adjudica al anciano. De allí que no sea casual encontrar relaciones estrechas entre la violencia y el sistema económico" (79).

Normalmente, la violencia al viejo opera a través de la manipulación, mecanismo psicológico de control. "Generalmente, al viejo no se le pega como a los menores de edad, pero se los maltrata a través del lenguaje y

prudencia norteamericana. La autora señala que la decisión recaída en *Tropel v/ Granville* es considerada como una de las más importantes de los últimos años en materia de derecho de familia. En España, al igual que en la Argentina, el derecho de visitas de los abuelos nació con una ley posterior a la sanción del código civil que recogió creaciones pretorianas; en el caso, la ley 42/2003 del 21/11/2003 (Compulsar García Cantero, *Las relaciones familiares entre nietos y abuelos*, Madrid, Ed. Civitas, 2004. Zurita Martín, Isabel, *Protección civil de la ancianidad*, Madrid, Ed. Dykinson-Universidad de Cadiz, 2004, pág. 19).

(77) RIVERO, María Rosa, *Maltrato hacia los ancianos*, en Cadoche S.N. (directora), *Violencia familiar*, Santa Fe, Ed. Rubinzal, 2002, pág. 291.

(78) CADOCHE, Sara N., *Violencia familiar y ancianidad*, en Cadoche S.N. (directora), *Violencia familiar*, Santa Fe, Ed. Rubinzal, 2002, pág. 94; de la misma autora, ver *Violencia hacia los ancianos*, en *Rev. Derecho de Familia* n° 24, pág. 31.

(79) DABOVE, María I., *Violencia y ancianidad*, en *Doc. Jud.* 1999-2-1165.

de lo que podría llamarse la teoría de los hechos consumados (por ej., se lo interna sin su consentimiento, se vende un inmueble bajo la promesa de una renta vitalicia, etc)" (80).

Un informe publicado por la Organización Panamericana de la Salud para la Organización Mundial de la Salud del año 2002 dice que el maltrato de los ancianos a manos de sus parientes u otros cuidadores es un problema social grave, que va en aumento. De cualquier modo, hay muy poca información sobre la magnitud del maltrato de ancianos (81).

XVII. Los ancianos y los geriátricos desde la óptica contractual

El aumento del número de ancianos alojados en geriátricos es muestra, entre otros factores, del espacio vacío dejado por la familia (82).

"Los geriátricos constituyen fenómenos jurídicos complejos en su definición y en su funcionamiento. Se trata de un instituto jurídico polisémico; en su configuración intervienen normas de derecho público y reglas de derecho privado. Lamentablemente, la historia argentina muestra una estrecha dependencia entre los geriátricos y los vaivenes de las políticas sociales en boga" (83).

El fenómeno también se enmarca dentro de uno de los signos visibles de la economía contemporánea, caracterizada por una fuerte expansión

(80) DABOVE, María I., *Violencia y ancianidad*, en Doc. Jud. 1999-2-1166.

(81) MORCILLO, Silvia, *El desamparo legislativo de la ancianidad*, en Actualidad Jurídica de Córdoba. Familia y Minoridad, Año I, Vol. 8, diciembre de 2004, Córdoba, pág. 844.

(82) De cualquier modo, según datos de la Organización Panamericana de la salud, por muy diversas causas, y América Latina, la mayoría de las personas de edad sigue viviendo en el ámbito familiar (Ver datos en Wilde, Zulema, *Deberes humanos de la familia hacia sus ancianos*, en Derecho de Familia, n° 31, Julio/Agosto 2005, pág 149).

(83) DABOVE, María I., *Geriátricos en Argentina: complejo punto de encuentro del derecho público y privado*, en *El Derecho Privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización. Homenaje al Prof. Miguel Angel Ciuro Caldani*, obra colectiva dirigida por A. Alterini y Noemí L. Nicolau, Bs.As. Ed. La Ley, 2005, pág. 51. De la misma autora, *Derecho de la ancianidad y bioética en las instituciones geriátricas*, en *Homenaje a Dalmacio Vélez Sársfield*, Córdoba, Ed. Academia Nacional de Derecho y Cs. Sociales de Córdoba, 2000, t. III, pág. 205.

del sector de los servicios prestados a consumidores, dentro de los cuales es posible ubicar a la prestación de servicios geriátricos. Desde esta perspectiva, el anciano actúa como un consumidor o usuario en el cual la relación económica aparece teñida por un fuerte interés público que se exterioriza a través del poder de policía estatal (84).

El contrato celebrado es atípico, bilateral, oneroso, de tracto sucesivo, de cambio. Desde esta perspectiva se ha resuelto que "la prestación de servicios de geriatría importa una relación contractual atípica que involucra un conjunto de servicios, que trascienden al simple suministro de alojamiento y alimentación, incluyendo también el cuidado, la vigilancia y la prestación médica convenida. Por ello, no puede asimilarse al simple hospedaje. Por otro lado, dado que la actividad del instituto geriátrico está organizada como empresa, se trata de una relación de tipo comercial (85).

XVIII. Ancianos y derecho de la emergencia

18.1. La emergencia económica argentina

Las continuas crisis de la economía argentina han llevado a la creación de un verdadero "derecho de la emergencia". El llamado "corralito financiero" es quizás el ejemplo más paradigmático, aunque no el único. Los jueces argentinos han intentado acompañar los remedios económicos instrumentados por los otros poderes del Estado cuando esas vías, por duras que sean, no implican la destrucción del derecho individual constitucionalmente amparado sino sólo su restricción a través de la postergación en el tiempo. Cuando el titular del derecho es un anciano, ese aplazamiento puede llegar a ser eliminación lisa y llana; mostraré algunas decisiones judiciales que, a través de esta distinción, han permitido la conservación plena de su derecho.

(84) FRUSTAGLI, Sandra A., y HERNANDEZ, Carlos A., Algunas cuestiones contractuales y de daños derivadas de la prestación de servicios geriátricos, en Resp. Civil y seguros, año VIII, n° 3, Marzo de 2005, pág. 24; conf. DI TULLIO BUDASSI, Rosana G., El ingreso del anciano al geriátrico, en XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Rosario, 2003, t. II pág. 113.

(85) Cám. Nac. de Comercio sala B 31/10/1997, Doc. Jud. 1998-2-565. En el caso, la demandada estaba organizada bajo forma de Soc. de Responsabilidad Limitada. El tribunal dijo que no era aplicable el plazo de prescripción del código civil para el servicio de hotelería y, además, que era competente la justicia comercial en una acción deducida contra el anciano por cobro de facturas impagas.

18.2. El llamado "corralito" financiero

Son numerosos (86) los casos que deciden que "Se encuentran configurados los requisitos exigidos para la procedencia de la acción de amparo, y el derecho lesionado de la apelante (derecho de propiedad) debe restituirse de modo inmediato, si se trata de la indisponibilidad de ahorros de una persona mayor de 75 años" (87); en éste, como en tantos otros similares, la amparista sostuvo que los depósitos encerrados en el llamado "corralito" financiero, eran los ahorros de toda su vida y estaban destinados a solventar necesidades personales y familiares.

18.3. Consolidación de la deuda pública

La solución dada al anciano "víctima" del corralito reconoce importantes precedentes en los casos de consolidación de deudas del Estado. El efecto, el 29/4/1993, el conocido caso *lachemet, María* (88), la Corte Federal dijo que "debe declararse la inconstitucionalidad de la ley 23.928 si su aplicación llevara no a una modificación del modo de cumplimiento de la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, sino al desconocimiento sustancial de ésta, al no ser posible, sin forzar la letra ni el espíritu de la ley efectuar una interpretación que la haga compatible con la garantía del art. 17 de la Constitución Nacional".

Con igual criterio se ha resuelto que "la avanzada edad del peticionante (en el caso, setenta y nueve años) torna procedente la *desconsolidación*

(86) Cám. Fed. Córdoba, sala A, 24/5/2002, La Ley Córdoba 2002-737 (en el caso, la amparista tenía 80 años. El tribunal hace referencia a disposiciones de tipo administrativo que liberaron del corralito los depósitos de personas mayores de 80 años).

(87) Cám. Nac. Cont. Adm. Federal, sala III, 20/8/2003, ED 205-451.

(88) LL 1993-D-117. Para un análisis constitucional ver comentarios de Dante CRA-COGNA y de Renato Rabbi-Baldi Cabanillas, en Rabbi-Baldi Cabanillas (coordinador), *Los derechos individuales ante el interés general. Análisis de casos jurisprudenciales relevantes*, Bs. As., Ed. Abaco, 1998, págs.229 y ss; también en HERRENDORF, Daniel, *Los derechos humanos ante la justicia*, Bs. AS., Ed. A. Perrot, 1998, pág. 267. En el caso *lachemet* la mujer tenía 91 años y el plazo previsto para la restitución del dinero era 16 años. En cambio, en el caso Fernández Encarnación, resuelto el 4/5/1993, por razones formales vinculadas al consentimiento de anteriores decisiones, la Corte Federal rechazó el amparo de una jubilada enferma, afectada de cáncer en estado terminal, acreedora de una deuda provisional de 15.000, reconocida por el Estado, cantidad que requirió con urgencia para un tratamiento oncológico y una intervención quirúrgica de la que dependía su vida (Ver HERRENDORF, Daniel, *Los derechos humanos ante la justicia*, Bs. As., Ed. A. Perrot, 1998, pág. 271).

ción del crédito que tiene contra la provincia por reajustes de haberes jubilatorios" (89), o por daños y perjuicios (90) (en el caso ochenta y cinco años).

Para llegar a esta conclusión, los jueces recuerdan que según lo tiene dicho la Corte Federal desde antiguo "los jueces no pueden desentenderse de las consecuencias efectivas de sus decisiones, pues ellas constituyen un índice seguro del acierto de la hermenéutica. El régimen de consolidación es, en sí mismo constitucional; frente al grave padecimiento que a todos nos alcanza no resulta un despropósito diferir los pagos a cargo del Estado indigente, pues la integridad del crédito no está en juego desde que sólo se postula el diferimiento de su pago y cobro para preservar el interés general sobre el particular. Cuestión muy distinta es la que hace a las calidades personales del actor, esto es, una avanzada edad".

XIX. Ancianos y derecho concursal

Con el mismo criterio anterior, y considerando que la situación concursal es una especie de emergencia privada, se ha resuelto que "debe adelantarse el pago de un crédito concursal por indemnización de daños y perjuicios derivados de un accidente de tránsito pues someter el crédito de quien cuenta con 77 años de edad a la espera del acuerdo homologado importaría afectar el principio del derecho de propiedad amparado por el art. 17 de la Carta magna, ya que al finalizar la espera, la acreedora tendría 96 años, y por la expectativa de vida promedio traería como consecuencia el incumplimiento del acuerdo homologado". En el caso, la anciana había sufrido un accidente que le dejó una incapacidad del 40% siendo transportada en un ómnibus cuyo propietario solicitó su concurso preventivo (91).

(89) TContenciosoadministrativo de Jujuy 17/11/2000, La Ley Noroeste 2001-38

(90) ST Jujuy, 3/8/1999, La Ley Noroeste, 2000-1209.

(91) Sentencia de primera instancia del juez Carlos Ribera del 12/12/2003, *González c/ Microómnibus Gral San Martín*, LL 2004-F-790, con nota de Truffat, Edgardo D., Reflexiones sobre abuso y discriminación en la propuesta de acuerdo, con motivo de un fallo tan querible como erróneo. La sentencia fue confirmada por la sala I de la Cámara 1° de Apelaciones de San Isidro el 18/5/2004 (Ver LLBA 2004-818, con nota de Darío Graziabile, ¿Inconstitucionalidad del acuerdo preventivo homologado?, y en LL 2004-E-739, con nota aprobatoria de Mosset Iturraspe, Jorge, Otra muestra del derecho privado constitucional. La Constitución avanza sobre los privilegios concursales.

XX. Ancianos y derecho de daños

La ancianidad también aparece con frecuencia en el ámbito de la responsabilidad civil a la hora de cuantificar los daños (92), valorar la culpa de la víctima (93), determinar el deber de responder de los establecimientos donde los ancianos se encuentran alojados, etc.

Señalaré algunas reglas generales.

20.1. Daño material y moral del anciano víctima

Se ha resuelto que es improcedente la indemnización de la incapacidad sobreviviente reclamada por la víctima de un ilícito (en el caso, fue mordida por un perro) si se trata de un hombre jubilado que carece de actividad laboral adicional y posee una herida que se encuentra cubierta por la ropa la mayor parte del tiempo. En cambio, se indemnizó con 2000 el daño moral (94).

Más aún, la mayor edad de la víctima puede ser un agravamiento para la procedencia de la elevación de la indemnización en concepto de daño moral ya que "a ciertas edades se sufre con mayor intensidad y hay menos capacidad de relación para sobrellevar dolores y disminuciones físicas". En el caso, la actora tenía 69 años, era soltera y jubilada y había sido atropellada cuando cruzaba la calle sobre la senda peatonal; se rechazó la indemnización por lucro cesante, porque la actora no acreditó las utilidades dejadas de percibir, pero se aumentó el daño moral (95).

20.3. Daño material y moral de los damnificados indirectos

La muerte de un anciano generalmente no produce daño material, desde que, normalmente, el damnificado no recibe ayuda de alguien que ya

(92) El tema ha sido desarrollado en Italia. Ver NERI, Aldo Bonifacio Guido, La valutazione del danno da menomazione alla persona nell'anziano, en Riv. De Diritto Civile 1990-II-415 y en STANZIONE, Pasquale (a cura di), Anziani e tutele giuridiche, Napoli, Ed. Scientifiche Italiane, 1991, pág. 157.

(93) El tema también ha preocupado en Italia; ver SICA, Salvatore, Anziani e responsabilità civile: a proposito del concorso di colpa del danneggiato, en STANZIONE, Pasquale (a cura di), Anziani e tutele giuridiche, Napoli, Ed. Scientifiche Italiane, 1991, pág. 127.

(94) CC y Comercial 1º Nominación, Santiago del Estero, 16/4/2002, La Ley Noroeste 2002-1246.

(95) Cám. Nac. Civ. Sala C, 22/12/1992, Doc. Jud. 1993-2-74.

no produce. Sin embargo, en muchas ocasiones puede producir un grave daño moral. De cualquier modo, bien se ha señalado que "un derecho realista no puede desentenderse de las cuestiones de la vida; por eso, la muerte de quien en vida *era un estorbo* para los actores no puede volverse una fuente de enriquecimiento para los parientes ingratos (96).

En cuanto a la forma de pago, se ha dicho que "el mecanismo de reparación en forma de renta periódica de la ley de riesgos del trabajo aparece consagrada a efectos de brindar, en caso de una familia obrera, con hijos menores o viudas jóvenes, una permanencia de ingresos perdurables durante un tiempo útil, tornándose inadecuado en el supuesto de una viuda de más de ochenta años y precaria salud (padece afecciones cardíacas, artereo-esclerosis cerebral y trastornos en la marcha), en tanto la percepción en renta no le es útil para conjurar su situación de necesidad, por lo que cabe condenar a la aseguradora a pagar el total de la indemnización en una suma única" (97).

20.3. Ancianidad y culpa o hecho de la víctima

En algunas decisiones, la ancianidad ha jugado como factor de rompimiento del nexo causal. En este sentido se ha decidido que "No corresponde responsabilizar a la empresa propietaria de un edificio en cuyo interior la actora cayó por una escalera si ésta estaba en condiciones reglamentarias y la actitud y características personas de la propia autora del daño, en el caso, de avanzada edad (70 años), con problemas cardíacos (tiene un marcapaso) y serias dificultades de visión (lleva permanentemente lentes bifocales), reúnen la condición de hechos de la propia víctima, con virtualidad para demostrar y rarificar la ausencia de culpa del establecimiento demandado (98).

20.4. Responsabilidad civil de los establecimientos geriátricos

La jurisprudencia argentina entiende que estos establecimientos asumen, respecto del anciano, un deber de seguridad. En esta línea se ha

(96) MOSSET ITURRASPE, Jorge, El derecho de daños y el ciudadano mayor dependiente, LL 1995-A-688

(97) Cám. Nac. Trab. Sala 2°, 10/8/1999, JA 1999-IV-24.

(98) Cám. Nac. Civ. sala K, 22/5/2000, Doc. Jud. 2001-2-413. El juez de primera instancia había atribuido a cargo de la propietaria del edificio el 50 % de los daños.

decidido que "debe responder el establecimiento geriátrico por los daños y perjuicios derivados del deficiente cuidado otorgado a una persona a su cuidado (en el caso, incorrecta aplicación de una inyección que afectó el nervio ciático a un anciano) pues si bien no se determinó quién efectivamente ocasionó el daño, se comprobó que el hecho ocurrió en el ámbito de la demandada (99).

XXI. Ancianos y sistemas carcelarios

El sistema carcelario argentino, como el de otras partes del mundo, está totalmente colapsado. En la mayoría de los casos, la situación de los internos está en contradicción palmaria con los derechos humanos más elementales.

Las normas y la jurisprudencia han intentado atenuar estos efectos nocivos cuando el delincuente es una persona anciana. Como vía alternativa de solución, muchas leyes regulan la detención domiciliaria.

Con criterio amplio, constitucionalmente justificable a la luz del principio de igualdad, se ha decidido que "es procedente el arresto domiciliario del imputado mayor de setenta años de edad que cumple *prisión preventiva* toda vez que el art. 33 de la ley de ejecución de la pena 24.660 (100) debe aplicarse a quien goza de una mejor situación procesal que la que presenta todo condenado, pues no se quebró la presunción de inocencia; viola el principio de igualdad ante la ley y el de razonabilidad la denegatoria de cumplimiento de prisión preventiva bajo al modalidad de arresto domicilio de una persona mayor de setenta años, pues si la ley lo autoriza cuando está descartada la presunción de inocencia, con mayor razón es aplicable cuando subsiste la presunción" (101), siendo irrelevantes la gravedad del delito imputado, el rol que desempeñó en la organización in-

(99) Cám. Nac. Civ. sala D, 3/10/1995, voto del Dr. Bueres, LL 1996-E-1, con comentario aprobatorio de Vázquez Ferreyra, Roberto, Interesantes aportes en un fallo sobre responsabilidad civil de establecimientos asistenciales.

(100) El art. 33 dice: "El condenado mayor de setenta años o el que padezca una enfermedad incurable en período terminal podrá cumplir la pena impuesta en detención domiciliada por resolución...."

(101) Corte Nacional de Casación Penal sala I, 14/5/2002, LL 2002-F-444 y Doc. Jud. 2002-3-804; la decisión fue comentada favorablemente por Martínez de Back P, y Plesel de Kiper, P., Detención domiciliaria. Ley 24.660. Aplicación a procesados no condenados, LL 2003-A-813.

vestigada, y la carencia de domicilio fijo en el país (en el caso, la hija asumió el compromiso del cuidado del imputado y ofreció un domicilio en la ciudad de Bs. As). El tribunal sostuvo que la prohibición de la analogía rige en el derecho penal pero no en el derecho procesal penal, si es a favor del imputado (102).

En el mismo sentido, se ha declarado procedente "que el imputado (no condenado aún) cumpla en su domicilio la prisión preventiva a la cual se halla sujeto, dado su avanzada edad (78 años) y su restringida capacidad para moverse en forma autónoma en razón de la dolencia que padece (debe llevar en forma permanente un cuello ortopédico y le provoca mareos en la rotación cervical)" (103).

XXII. Conclusiones provisionales

No he intentado hacer una imagen idealizada de la ancianidad sino subrayar que cada uno en su ámbito, y los jueces en el suyo, no deben ahorrar esfuerzos para tratar de conservar a los ancianos en el seno de la sociedad, encontrándoles el lugar que por su dignidad y por sus aptitudes deben ocupar para bien de la comunidad. Una ética y un derecho de la ancianidad exigen valorar al anciano por el hecho de ser hombre y por todo aquello de positivo que puede aportar al mundo posmoderno (104). ♦

(102) Cám. Fed. Crim. y Correc. sala I, 21/12/2000, LL 2001-E-488, con nota aprobatoria de La Rosa, Mariano, La detención domiciliaria como sustituto de la prisión preventiva; conf. Cám. Fed. San Martín, sala I, 16/7/1998, LL 1998-E-671.

(103) Cám. Nac. Crim y Correc. Sala VI, 29/5/1997, ED 175-267; ídem, 10/4/1997, LL 1998-B-4154 (anciano de 77 años que padece enfermedad de Paget, que restringe su capacidad de movimiento y exige atención permanente).

(104) MORELLI, Mariano, *Ética, derecho y ancianidad. Algunas cuestiones vinculadas con el concepto de ancianidad*, en *Rev. Bioética y bioderecho* N° 4, Rosario, 1999, pág. 33.



V

HOMENAJES



SU SANTIDAD JUAN PABLO II

POR HORACIO A. GARCÍA BELSUNCE (*)

Señores:

Su Santidad Juan Pablo II ha vuelto a la Casa del Señor, que en buenahora lo envió como Vicario de Cristo en la tierra para fortalecer la fe católica en todos los rincones del planeta.

Su trayectoria como Pontífice y como Jefe de Estado del Vaticano marca en la historia de la Iglesia Católica un antes y un después a partir de su advenimiento al trono de San Pedro.

Con la fuerza que le dio su inspiración divina enfrentó los problemas políticos, económicos, sociales y religiosos que han perturbado a la Humanidad toda y a las naciones en que ella se integra, sin distinción de razas, de creencias, o de regímenes de gobierno.

Como gran Pastor de almas llevó la luz de Cristo a todos los espacios físicos del mundo, imponiendo la humildad sobre la soberbia, la tolerancia sobre el despotismo, la fe en Dios y en la Santísima Trinidad sobre la indiferencia, la incredulidad, el ateísmo y el agnosticismo.

Buscó el diálogo con todos los credos religiosos: judíos, anglicanos, ortodoxos, protestantes y otros en pro de la unidad del cristianismo y del diálogo interreligioso.

Víctima del comunismo en su tierra natal, lo enfrentó sin vacilaciones en todos sus frentes y fue actor relevante en la caída del muro de Berlín.

(*) Palabras pronunciadas por el Académico en su carácter de Presidente de la "Mesa Victorino de la Plaza", del Círculo de Armas, el 6 de abril de 2005.

Está viva en nuestro recuerdo su mediación pacificadora en lo que pudo ser un grave conflicto por cuestiones de límites entre la Argentina y Chile y su asistencia espiritual al pueblo argentino con motivo de la desafortunada contienda bélica por las Islas Malvinas. Ello compromete la gratitud, sin condicionamiento alguno, de todos los argentinos.

Bien se ha dicho que Juan Pablo II fue "el Papa que cambió la historia", no sólo por lo que hizo sino porque evitó que se propagara el relativismo moral y el pragmatismo posmoderno. Ha sido un defensor inquebrantable de la moral cristiana tradicional y un baluarte incommovible del conservadurismo religioso. Alzó su voz, impregnada de convicción y autoridad, para condenar el aborto, la concepción artificial, la eutanasia, la homosexualidad, la pena de muerte y sostener el celibato sacerdotal y la exclusión de las mujeres en el sacerdocio.

Y no olvidemos que fue el "Papa del perdón" en ocasión de la entrada al tercer milenio – el Jubileo como El lo llamó – al pedir perdón al Todopoderoso por los pecados que los cristianos cometimos a través de los siglos.

En síntesis, Su Santidad Juan Pablo II fue el hombre más grande de la historia de la segunda mitad del siglo XX y del quinquenio que va del XXI. Para darle un calificativo global a su vida, diré que fue el infatigable *mensajero de la Paz*.

MITRE, EL POLÍTICO

POR JUAN R. AGUIRRE LANARI (*)

Este acto de homenaje a Mitre importa un acto de justicia histórica al honrar a un prócer de nuestra Patria. Pero a la vez nos permite e incita a nutrirnos en su legado moral, que guió a nuestros padres y es sendero cierto en la causa de la nacionalidad.

En virtud de la corporación académica que represento, es obvio que deba evocar a Mitre como el ejemplar político que fue. En ocasión anteriores he debido referirme a esta faz relevante de su personalidad, lo que me obligara a repetir conceptos que hoy, con renovados estudios y meditación, permanecen inalterables en mi convencido juicio sobre una trayectoria singular.

Y hoy, como ayer, para encuadrar tal singularidad, debo traer a colación algunas afirmaciones que realiza José Ortega y Gasset en su celebrado estudio sobre "Mirabeau o el político (1927)". (1)

Ortega distingue los ideales, las cosas, según estimamos que debieran ser, de los arquetipos, esto es, las cosas según su ineluctable realidad. Discurriendo sobre el político ideal, afirma que sería un hombre que, además de ser un gran estadista, fuera buena persona. Y esto le parece imposible, tanto como el ideal del cuadrado redondo.

Ortega, en el avance de su análisis, diferencia al político del intelectual. El político siente la necesidad de la actividad; todo grande hombre políti-

(*) Discurso pronunciado por el Académico en el homenaje de las Academias Nacionales, llevado a cabo en la Academia Nacional de la Historia, el día 14 de junio de 2005.

(1) José ORTEGA Y GASSET: "Mirabeau o el político (1927)", en Obras completas Tomo III, Alianza Editorial, Revista de Occidente, Madrid, 1983, páginas 603 y siguientes.

co se ahoga en la inercia. El intelectual, en cambio, no siente la necesidad de la acción, ésta lo perturba y desea eludirla. El político es un hombre "ocupado", el intelectual está en cambio "preocupado".

Esta antinomia orteguiana no cabe en la personalidad de Mitre, demostrándose así el relieve singular del mismo. Nuestro héroe confeso su vocación intelectual desde joven y la prestigio en su azarosa vida. Pero no rehuyó la responsabilidad política en todo instante, porque sintió la preocupación por los avatares de su tiempo y de su patria y a ellos volcó con vigor sus energías.

Ortega señala que la política es tener una idea clara de lo que se debe hacer desde el Estado en una Nación. El Estado no es más que una máquina dentro de la Nación para servir a ésta. El pequeño político lo ignora. El gran político, en cambio, ve siempre los problemas del Estado a través y en función de los nacionales. A esta última estirpe perteneció Mitre.

Para ello, tuvo ideas claras, como clara fue la acción que desplegó en pos de ellas. La libertad, por la que se batió desde joven, debía utilizarse para organizar constitucionalmente el país bajo su vigencia.

Luego de Caseros, dirigió "Los Debates". El editorial inicial se llamó "Profesión de fe" y lo redactó Mitre, quien exalta allí la función civilizadora de la prensa, iniciando con ella un romance que alentó en todo el curso de su vida. Proclama como antorcha y brújula "El amor a la libertad y el sentimiento de justicia", como palabras sacramentales de su credo político.

Defiende la disidencia de opiniones como esencia de los pueblos libres. Postula la solidaridad de los miembros de la familia argentina, criticando al egoísmo. Brega por el desarrollo de los intereses materiales para combatir la ignorancia y la pobreza, sostiene que el federalismo es la base natural de la reorganización del país. En materia política anuncia que propenderá a la organización constitucional por medio de un congreso constituyente; apoya el sufragio universal y directo, con la independencia del voto ciudadano; la conquista del derecho de reunión y la proscripción de la censura. "En una palabra", dice, "propenderemos al triunfo definitivo de la democracia que es el *Gobierno de todos y para todos*".

Apoya también reformas económicas financieras comerciales y sociales que coinciden con las que se consagraron en 1853-60 y postula "la difusión de la educación primaria, como medio de moralizar las masas y hacerlas aptas para el ejercicio de la libertad."

He aquí el credo político de Mitre, que fue liberal como entonces se conocía a esta acepción, sinónimo de libertad republicana, sin aditamentos, expresión de su espíritu de ejemplar tolerancia con la opinión adversa aunque intransigente con el autoritarismo o la corrupción de las conductas.

Pero a las ideas le agregó un ingrediente espiritual permanente: Su inflamado patriotismo, que bregó siempre por la unidad nacional.

El tiempo disponible me impide seguir el largo derrotero político de Mitre, quien aún retirado de la liza partidaria puso el prestigio de su autoridad reconocida al servicio de su patria. Me limitaré por ello a referirme a ciertos episodios de su actuación en los que esas convicciones de su patriótico principismo prevalecen sobre pasiones e intereses.

Lo primero que ineludiblemente debemos recordar, porque allí inicia Mitre su derrotero político, es su actuación como diputado impugnando el Acuerdo de San Nicolás. El académico De Marco señala acertadamente que dos cláusulas herían el corazón y los intereses de los porteños: La representación igualitaria en el Congreso ajena a la tradicional primacía numérica de Buenos Aires y la declaración que las provincias concurrirían proporcionalmente con el producto de sus aduanas exteriores para sufragar los gastos que demandara a la Administración nacional, señalando que el registro bonaerense sufriría el principal peso de la carga. (2)

En lo que hace a Mitre, no parece motivar a su actitud la reticencia a compartir los recursos aduaneros con las provincias, pues poco antes, en su "Profesión de fe", había propiciado el "establecimiento de una aduana federal" en su programa de gobierno (3). Tampoco dudo que las cláusulas anteriormente invocadas acicatearon el rechazo al acuerdo por parte de muchos en Buenos Aires.

Pienso que Mitre rechazó el Acuerdo por razones de principios, frente a "la gran figura del General Urquiza, investido de una autoridad que no tiene precedentes en nuestra historia", afirma aquél. Y agrega: "El gran

(2) Miguel Angel DE MARCO: "Bartolomé Mitre- Biografía", Editorial Planeta, Buenos Aires, 1998, pág. 129.

(3) "Los debates - diádo de intereses generales - Política - Comercio - literatura". ASOCIACION AMIGOS DEL MUSEO MITRE - Edición facsímil. Año 1. Buenos Aires, jueves 1° de abril de 1852 - Núm. 1 PROFESION DE FE. (Página segunda)

principio es el de la autoridad de la ley, comprometida con facultades omnímodas, que exceden las que tenemos nosotros mismos, que somos legisladores y a las que tiene el mismo pueblo fuente de todo poder y de toda razón".

Mitre hablaba interpretando un estado espiritual de irritación y desconfianza colectiva. La antigua militancia del vencedor de Caseros junto a Rosas y el restablecimiento del cintillo punzó, agigantaba en la retina de Buenos Aires el presunto peligro de las facultades que otorgaba el Acuerdo impugnado. Se temía las demasías en su ejercicio por la imposición de una fuerza incontrastable.

Sólo Urquiza, en lo íntimo de su propia subjetividad, podía entonces dar testimonio, como lo dio en los hechos posteriores para gloria suya, de su renuncia a intenciones retardatarias de la Constitución anhelada y de que la espada del vencedor de Caseros no tenía misión liberticida.

Mitre es, desde ese instante, el caudillo que con su verbo arrebatado, con su pasión juvenil, conquista a Buenos Aires y se transforma en su hijo predilecto. No obstante, muy pronto, con la naturalidad espontánea y sin cálculos de las rencillas familiares, habrá de enfrentar al localismo porteño con su indeclinable posición nacionalista.

En efecto, en 1854, Buenos Aires, separada momentáneamente de sus hermanas, se apresta a darse una Constitución. El diputado Mitre impugna un artículo proyectado, que instituí una verdadera independencia, proponiendo otro que reconocía a Buenos Aires como "un Estado federal de la Nación argentina con el libre uso de su soberanía, salvo las delegaciones que en adelante hiciera en un Congreso general". Y aclara que "Buenos Aires no tiene el libre ejercicio de esa soberanía. Hay una Nación preexistente y esa Nación es nuestra patria, la patria de los argentinos." Invoca Mitre al "Acto Inmortal de nuestra Independencia": "Ese Pacto, escrito y sellado con nuestra sangre y nuestras lágrimas, que hemos sostenido a costa de esfuerzos, existe y existirá a pesar de nuestros dolorosos infortunios, porque la Nación argentina existe en el corazón de todos los argentinos y con ella el Acta de su Independencia que la simboliza."

La posición nacionalista de Mitre, lo presenta batiéndose solo frente a la pasión local. Así ocurre cuando impugna infructuosamente que se legisle en materia de límites y de ciudadanía. Consideraba que ello era violatorio

de los principios del derecho público federativo: "Hablo de la ciudadanía, señores; o somos Nación o somos provincia. Los señores de la Comisión dicen terminantemente que somos parte de una Nación y entonces ¿con qué derecho legislamos sobre ciudadanía? ¿Puede haber dos especies de ciudadanía en una misma Nación?"

Mitre ya no es el fogoso orador que rechaza el Acuerdo. El político es ya un estadista, que sin perder elocuencia, se eleva sobre la pasión lugareña para privilegiar a la Nación.

Cuando con motivo del Pacto de San José de Flores se reúne la Convención de Buenos Aires para proponer reformas a la Constitución Nacional, Mitre se encarga espontáneamente de hacer el informe que examinará aquella, como lo admitió Sarmiento. El político se completa con este estudio que orienta a los juristas con la sensatez de reformas que acentúan el tono federal de nuestra ley suprema.

Llega así, en 1860, el día de jurar la ley aceptada por todos los argentinos. La palabra de Mitre, gobernador de Buenos Aires se inflama con emoción que vence al tiempo: "Hoy recién, después de medio siglo de afanes y de luchas, de lágrimas y de sangre venimos a cumplir el testamento de nuestros padres, ejecutando su última voluntad en el hecho de constituir la nacionalidad argentina bajo imperio de los principios." Y agrega más adelante, refiriéndose a la Constitución: "... ella es la expresión de vuestra soberana voluntad, porque es la obra de vuestros representantes libremente elegidos; es el resultado de las fatigas de vuestros guerreros y de las meditaciones de vuestras altos pensadores, verbo encarnado en nosotros, es la palabra viva de nuestros profetas y de nuestros mártires políticos."

En 1862 Mitre llega a la Presidencia de la Nación. Es el caudillo de Buenos Aires, madurado en la conducta del exilio, en la fecundidad del estudio y en la atracción con la que su prestigio ciudadano conquista la adhesión de la República. El político ya está en plena madurez, no obstante sus cuarenta y tres escasos años. Aquí el conductor de ayer y de mañana será a justo título también y para siempre el estadista.

Su trayectoria presidencial es difícil y escabrosa. La anarquía que estremece a la incipiente democracia, junto al tremendo sacrificio de una guerra no buscada, consumen horas pero no frenan un fecundo programa de progreso.

Mitre corona su trayectoria de gobernante con un gesto de docencia cívica, lamentablemente escaso en nuestra historia. Instado a pronunciarse sobre la sucesión presidencial por Juan María Gutiérrez, contesta a éste con su famosa carta de Tuyú Cué, bien llamada su testamento político por la alta moral ciudadana que establece. Rechaza el papel de presidente-electo, que tanto deterioro causó en nuestro país y fuera de su marco. Expresa con indignación legítima: "... nadie puede creer que yo falto a mis deberes, ni traicione mis principios, ni conspire contra la vida de mi partido, usurpando derechos ajenos al asumir el rol de fabricante de candidatos de mala ley para sucederme en el gobierno, como lo pretenden hombres caracterizados".

"Esto en la alta posición que yo ocupo, o no vale nada, y entonces es un escándalo tan estéril como perjudicial que refluirá en daño de todos, o importa algo, y es poner al servicio de una candidatura la influencia del poder público, y entonces es más que un escándalo, es un atentado."

Después de destacar la desmoralización pública que significaría la pérdida de autoridad del presidente, señala con la franqueza que le da su conciencia limpia: "Mi constante empeño ha sido preparar el país a una libre elección de presidente en las mejores condiciones posibles para el gran partido nacional de los principios, pues los presidentes de ese partido sólo de la libertad pueden sacar su fuerza, sólo con ella pueden vencer a sus enemigos, dando a la vez garantías a todos los partidos en el gobierno y de aquí su razón de ser y su razón para gobernar".

"Si el partido liberal no hubiera de triunfar en las condiciones de su propia existencia, si no hubiese de luchar con los principios de su credo político inscritos en su bandera, leal y valientemente practicados; si no hubiese de valerse de medios análogos a sus fines, el partido liberal no tendría razón de ser ni merecería triunfar, ni sería digno de gobernar y se haría acreedor a la derrota; pues para escamotear la soberanía del pueblo, desacreditar la libertad y desmoralizar el gobierno, dándole por base el fraude, la corrupción o la violencia, ahí están sus enemigos que lo harán mejor (es decir, peor), y que francamente proclaman esos medios y esos fines, que son los únicos que tienen, porque son los únicos que conocen..."

Debo aclarar que en la referida carta Mitre no esconde su opinión en disidencia a ciertas candidaturas, lo que mereció críticas de los afectados. (4)

(4) Miguel Angel DE MARCO, ob. cit. pág. 351. Ver también José S. Campobassi: "Mitre y su época", Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1980, pág. 216 y siguientes.

Mitre procedió allí vertiendo su opinión con la franqueza a la que se creyó obligado en homenaje a su conciencia. Pero no utilizó el poder presidencial como sostén incontrastable de sus preferencias partidarias.

Octavio R. Amadeo, con la autoridad de quien exaltó también la vida de los entonces adversarios a Mitre, defiende la posición de éste: "Mitre escribe a Gutiérrez para dar su consejo "usando su autoridad moral y sin prevalerse de su posición oficial". Combate públicamente las candidaturas que él considera reaccionarias o de "contrabando", perjudiciales para el país; y señala al grupo de hombres de donde puede surgir el nuevo presidente. Lo hace como "leader" moral de un gran partido y no como jefe de una nación. Y tan sincera es su promesa de "no prevalerse de su posición oficial" que pierde la elección. Esa es la diferencia de su procedimiento con el de un gran "elector". El opina abiertamente como consejero desinteresado del país, manteniéndose neutral en la elección. Otros harán a la inversa; simularán en público su absoluta neutralidad y fabricarán al sucesor con una guiñada". (5)

El episodio de la intervención a Santa Fe es clara prueba de la limpidez de Mitre como gobernante. No podemos seguir en todos sus detalles la actuación del Gobierno nacional ante la revolución estallada en diciembre de 1867, para derrocar al gobernador Nicasio Oroño. Ella queda patentizada en la copiosa correspondencia que registra el archivo del general Mitre. Allí advierte la firme decisión del presidente de evitar el avasallamiento de la autonomía y de asegurar a la ciudadanía santafecina la libre expresión de su voluntad ciudadana. Las pasiones locales no hacen mella en su espíritu, ni le impiden hablar a las partes con cruda franqueza, destacando las transgresiones en que se incurre y su firme voluntad de no buscar ni aceptar aparcerías.

No faltaron maniobras interesadas de carácter dilatorio, que se enlazaban con la sucesión presidencial. Pero Mitre está dispuesto a que la renovación no encuentre a la provincia militarmente intervenida, para que no caiga en velo de sospecha respecto a la prescindencia del Poder Ejecutivo nacional. Y así, con energía y autoridad, rebate argumentos especiosos, se eleva sobre pasiones mezquinas e intereses sectarios y devuelve decididamente a Santa Fe su normalidad comprometida.

(5) Octavio R. AMADEO: "Vidas argentinas", Librería y Editorial "La Facultad", Segunda Edición, pág. 233.

La rectitud y desinterés de su conducta se acreditan muy pronto al recordar que en la elección provincial se impone un régimen que no le es afecto, al punto que los electores que elige Santa Fe votan para presidente al candidato más alejado de las simpatías mitristas.

Mitre, como político, fue desde entonces un hombre de reserva. Brega por la libertad del sufragio, confiando en que por su pacífica vía y no por la fuerza se obtendría el mejoramiento institucional anhelado. La "conciliación" de 1877 o el "acuerdo" de 1891 podrán ser o no compartidos en su acierto, de acuerdo al prisma personal o partidario que los juzgue. Pero lo que no puede discutirse es la alta y patriótica inspiración que guía a Mitre.

Sobre la elevación de las mismas, puede recordarse lo ocurrido cuando la Unión Cívica proclama su candidatura a la Presidencia en 1895. Mitre acepta desde Europa, condicionándola "como una solución nacional o como la reivindicación del sufragio libre". Cuando regresa, el pueblo lo recibe en apoteosis. La Prensa dice: "Acabamos de asistir a una elección sin urnas". Pero producido el "Acuerdo", al observar las crecientes resistencias al mismo, Mitre renuncia a su candidatura porque no veía ya en ella la solución nacional que él había impuesto como condición de la misma.

El desinterés y el respeto a los principios por él mismo antes fijados se demostraron ante el triunfo obtenido por su sucesor en la fórmula presidencial.

Era un político de raza, con el reflejo ágil que conquista a la multitud. En una ocasión frente a ésta, al subir a la tribuna, los concurrentes se sacaron espontáneamente los sombreros en señal de respeto a su figura. Mitre les ordenó: todos cubiertos, menos el orador frente al pueblo soberano.

Pero no era un demagogo. Prefirió el claro sosiego de su conciencia y enfrentó los gritos de la calle. Recuerda Amadeo: "Los tres grandes acuerdos con que Mitre colabora: el del 61 con Urquiza, la "conciliación" del 77 y el de 1891 con Roca, rebajan su prestigio popular; pero a él no le importa. A raíz de la "conciliación", un amigo le dice: "Vengo a prevenirle, general, que lo van a matar si sale a la calle". El general se pone el sombrero y sale a la calle. Ese "no me importa", que no es orgullo, sino impavidez, resolución en el deber, ese desprecio de la impopularidad es tal vez el origen de su popularidad". (6) Agreguemos nosotros otra anécdota-

(6) Octavio R. AMADEO, ob. cit., pág. 237

ta donde prevalece su conciencia ante la disminución de su popularidad por el "Acuerdo", lo que se traduce en una borrratina de subscriptores del diario La Nación. Ante el alarmado administrador del diario, pregunta Mitre: "¿Y, siguen borrándose los subscriptores? - Si, señor, - le contesta aquel-, y diariamente". El general, impasible como siempre le responde: "Bueno, amigo, cuando se haya borrado el último, imprimirá usted dos números, uno para usted y otro para mí." ¡Así hablaba ese político cabal! ¡Así, en esta escuela de altiva independencia, se modelo la famosa "tribuna de doctrina" que hoy es orgullo de su patria y de su estirpe!

La conducta política de Mitre le permitió acumular un capital moral inmenso, reconocido por partidarios y adversarios. Aristóbulo del Valle dijo: "Mitre no es una figura de partido; es una figura nacional". (7) Era de por sí la cabecera de la mesa, por encima del puesto escogido. A su casa y consejo acudían Presidentes y ciudadanos espectables, porque era en verdad el primer ciudadano de la República, como lo calificó Roca luego de prestar su juramento presidencial.

Señores: en Buenos Aires, los guías turísticos de hoy, para adentrar a sus clientes en la identidad y el espíritu de nuestra tierra, los llevan a visitar museos, barrios, edificios y a escuchar también la música nacional. Imagino que si hubieran deseado cumplir tal cometido en la época que evocamos se hubieran dirigido a la calle Florida. Allí habrían mostrado a un noble anciano de sereno andar, con su figura ligeramente encorvada por el peso de los años, sin que ello afectara su sencilla y señorial elegancia. Lo verían a veces con sus habituales cigarros y calzando siempre el clásico chambergo que protegía la cicatriz gloriosa del combate y la mirada lejana de sus ojos glaucos, cargados de historia. El general Mitre caminaba siempre al borde de la acera, pero no podía evitar que los transeúntes bajaran a la calle para saludarlo, como signo de respeto y admiración a su patriarcal figura.

Imagino también que siguiendo la ruta del prócer llegarían a su legendaria casona y habrían escuchado a Roca, quien pasando con un ilustre huésped frente a ella, le dijo a éste: "Aquí vive un hombre que sin congreso, ni ejército, ni escuadra, ni otra cosa que su nombre, es el poder más fuerte existente en la república".

(7) José S. CAMPOBASSI, ob cit. pág. 405.

Quizás, en otra recorrida, frente a esa casa, habrían escuchado el clásico "¡Viva Mitre!" con el cual las multitudes expresaron allí su admiración al prócer, en ocasiones memorables. ¡Viva Mitre! gritaron al morir argentinos defendiendo al pabellón nacional (8). ¡Viva Mitre! habrán gritado sus admiradores desde las galerías de este augusto recinto en ocasión de sus arengas. ¡Viva Mitre! gritaban sus partidarios de la campaña bonaerense, con su consecuente militancia. ¡Viva Mitre! gritaron antes y aún hoy en mi tierra natal muchas voces, que no olvidaron ni olvidan su apasionada defensa de las gestas y el alma de Corrientes.

El 19 de Enero de 1906, cuando muere Mitre, un gran luto cubrió a la República. Hoy lo renovamos con la necesidad de arquetipos morales de su talla. En el fragor de la borrasca, escurdiñando en las tinieblas, sentimos la angustia de los navegantes que imploran las luces orientadoras de los grandes faros. ♦

(8) Antonio Emilio CASTELLO: "Historia ilustrada de la provincia de Corrientes", Cosmos Editorial, pág. 294.

ISIDORO RUIZ MORENO

POR HORACIO A. GARCÍA BELSUNCE (*)

En nombre y representación de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, cumpla con el honroso mandato de rendir el merecido homenaje al Dr. Isidoro Ruiz Moreno, que fuera nuestro digno académico de número y ex presidente, que durante veintiséis años honró a nuestra Corporación, como lo hizo en todas las instituciones públicas y privadas a las que prestó sus tan valiosos como desinteresados servicios.

Nacido el 13 de septiembre de 1905, se graduó de abogado en la Universidad de Buenos Aires en 1929, con medalla de oro y premio Alberto Tedín Uriburu. A partir de ese entonces inició, sin solución de continuidad, una fecunda y sobresaliente trayectoria como abogado, funcionario, jurista y publicista. En 1937 fue designado profesor adjunto de Derecho Internacional Público en la cátedra de la que era titular su padre en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, cargo del que fue dejado cesante por razones políticas en el año 1952. Producida la Revolución Libertadora de 1955, el rectorado de la Universidad de Buenos Aires lo reincorporó en el año 1956, mediante una resolución que merece recordarse, en cuanto menciona expresamente los cargos que se le habían hecho para relevarlo en la oportunidad antes señalada, y entre los que destaca la resolución mencionada "el no haber adherido a la doctrina nacional justicialista, no haber aceptado la reforma constitucional de 1949, no haber concurrido a homenajes a la memoria de Eva Perón y no haber contestado a una encuesta que se había realizado por las autoridades sobre el movimiento nacional justicialista". Luego de su reincorporación ganó por concurso la jerarquía de profesor titular de la materia, como digno sucesor

(*) Disertación pronunciada por el Académico en el acto de homenaje conjunto al doctor Isidoro Ruiz Moreno, de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, de la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires y de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, 12 de octubre de 2005.

intelectual de la herencia recibida de su padre, y cumplió esas funciones hasta 1970 al llegar al límite de edad para el ejercicio de la cátedra.

En 1956 se lo nombró Consejero Político-Legal del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, con rango de embajador, desempeñándose interinamente en 1957 como Subsecretario de Relaciones Exteriores. En el año 1960 la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales designó al Dr. Ruiz Moreno miembro titular, de la cual sería Vicepresidente y luego Presidente para el período 1980-83. También lo incorporaron como miembro de número las Academias Nacionales de Ciencias de Buenos Aires y de Ciencias Morales y Políticas.

Como culminación de su trayectoria profesional y al cumplir, coincidentemente, sus 50 años de graduación, fue elegido Presidente del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires.

El ejercicio de su actividad profesional y docente, no le restaron tiempo a su vocación doctrinaria, que lo mantuvo a la vanguardia de la especialidad en el Derecho Internacional Público. A su tesis de 1934 sobre "Derecho público aeronáutico", le sucedieron sus obras "El derecho internacional público ante la Corte Suprema" y "El pensamiento internacional de Alberdi", la que recibió en 1948 el premio de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires a la mejor obra del bienio 1945-46. A éstas siguieron sus libros posteriores "Historia de las relaciones exteriores argentinas" y "Estudios sobre la historia diplomática Argentina".

Como merecido reconocimiento a su trayectoria como jurista y, en particular como internacionalista, fue condecorado por los gobiernos del Perú y de Panamá, y en 1977 recibió el "Laurel del Plata" otorgado por el Rotary Club de Buenos Aires y en 1983 el premio de la "Fundación Alejandro E. Shaw", con el que se distinguía a las personalidades más destacadas en las ramas de las ciencias, las letras y las artes, confiriéndosele al Dr. Ruiz Moreno el que correspondía a las ciencias jurídicas.

A casi veinte años de su fallecimiento, ocurrido el 10 de mayo de 1986, a los 80 años de edad, corresponde que me haya detenido en la mención sumaria de sus títulos y antecedentes, para revivir en los que fuimos sus alumnos y luego sus colegas en los ámbitos profesionales, docentes y académicos, el recuerdo de quién fue realmente un paradigma o arquetipo en cada una de las varias facetas de su personalidad, que así como sobresalía su talla, se destacaba su preclara inteligencia, el juicio meditado y reflexivo, y su generosidad de espíritu.

La limitación que el tiempo impone a este homenaje, me impide entrar en la consideración de las opiniones, tesis o doctrinas sentadas por el Dr. Isidoro Ruiz Moreno en el campo del derecho internacional público. No obstante, tengo el deber de recordar su posición, defendida con convicción y firmeza, a pesar de tratarse de un tema opinable y controvertido, como el que expusiera en su discurso de incorporación a la Academia que represento, el 3 de agosto de 1961, bajo el título "Los derechos de la victoria".

Después de señalar que la Corte Suprema argentina ha impuesto el acatamiento a los actos de los gobiernos "de facto" por "el derecho de la revolución triunfante", examina a la luz de los antecedentes históricos, nacionales e internacionales, si puede desconocerse la validez de ese principio en el ámbito jurídico internacional. Comienza por recordar la posición de Mariano Varela, Ministro de Relaciones Exteriores de Sarmiento, que sostuvo que "la victoria no da derechos".

Ante la oposición desatada por la doctrina de Varela, Sarmiento invitó a una consulta al General Bartolomé Mitre a la que asistieron Vélez Sarsfield, Gorostiaga y Avellaneda. Dijo en aquella ocasión el ex presidente Mitre, que "el gobierno argentino no podía sostener que la victoria no da derechos, cuando precisamente ha comprometido al país en una guerra para afirmarlo por las armas. Que si la victoria no daba derechos, la guerra no había tenido razón de ser, puesto que en definitiva ella no había resuelto nada. Que sostener tal doctrina era asumir ante el país una tremenda responsabilidad, declarándole que su sangre derramada, su tesoro gastado, todos sus sacrificios hechos, no habían tenido más objeto que volver a poner todo en cuestión ... El derecho de imponer nace del derecho de hacer la guerra. Se hace la guerra porque no se puede obtener por la paz la solución de una cuestión internacional". Carlos Pellegrini, refiriéndose a la opinión de Varela, dijo que se trataba de "una frase que lanzamos para contrariar al Brasil, que no era cierta ni en el momento en que se decía ni en ningún momento de la historia".

Sostiene Ruiz Moreno que en derecho internacional, la violencia o presión sobre el vencido, es la característica de casi todos los tratados de paz y que la cuestión del vicio del consentimiento no se presenta en el derecho internacional como en el derecho interno. Cita la opinión de Lauterpacht cuando dijo que "si la guerra es un procedimiento basado en el derecho en vista de asegurar su efectividad, sería difícil explicar cómo un tratado obtenido por la guerra, pudiera ser por esta sola razón, considerado sin validez". Señala que la Corte de Justicia Internacional ha aplicado los tratados de paz de 1815 y 1819 obtenidos por la victoria de las armas y

que estas sentencias, entre otras, demuestran que la justicia internacional ha declarado que la victoria sí da derechos.

Esta opinión que hay que ubicarla en el contexto internacional de la época en que fue dada (comienzo de la década del '60 del siglo XX), no es por cierto una verdad dogmática incontrovertible, principalmente cuando la carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA) ha elevado a la categoría de principio, en su art. 5, inc. e), que "la victoria no da derechos". Por ello, Ruiz Moreno termina la conferencia de su mencionada incorporación académica, diciendo que queda la esperanza de que sea efectiva la fuerza moral y material de la Organización de las Naciones Unidas, cuya carta consagra la obligación, para sus miembros, "de abstenerse de recurrir a las amenazas o al uso de las fuerzas contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado o en cualquier otra forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas".

Paralelo al jurista meduloso y profundo, Ruiz Moreno fue también un ciudadano ilustre y ejemplar. Defendió sus convicciones cívicas con estilo republicano y austero y no dudó en sacrificar en función de ellas posiciones y oportunidades de importancia material. Defendió los principios de nuestra organización institucional, la intangibilidad de la Constitución histórica de 1853 y sus postulados básicos: la libertades civiles y políticas, la idoneidad en el desempeño de los cargos públicos y la vocación de servir al país en su ejercicio y nunca servirse de ellos.

Cada vez que aparecieron corrientes que, efectiva o potencialmente, pusieron en peligro las instituciones nacionales, se alzó la voz de Ruiz Moreno para dar el toque de alarma, pero su actitud no paró allí, sino que invariablemente integró y lideró todos los movimientos cívicos que tuvieron por fin la lucha por el orden jurídico, por la ética política y republicana, por la dignidad de la cátedra universitaria, por la majestad de la justicia y por el respeto de los derechos de las naciones soberanas.

Permitidme, señores académicos, que incurriendo en un exceso del mandato que he recibido, tribute mi modesto, pero muy sentido homenaje personal, a mi profesor del año 1942, al académico que me diera, con inmerecidos elogios, la recepción en las academias nacionales de Ciencias de Buenos Aires y de Derecho y Ciencias Sociales, corporación esta última en la que tuve el honor, veinte años después, de sucederlo en el ejercicio de su presidencia, y al amigo de siempre, a quién admiré como hombre, en la más amplia extensión y comprensión espiritual del concepto. ♦

BARTOLOMÉ MITRE

CENTENARIO DE SU FALLECIMIENTO

POR ALBERTO RODRÍGUEZ GALÁN (*)

I.- La obra del Teniente General Bartolomé Mitre, a cien años de su desaparición física, se proyecta en el quehacer de los argentinos. Y es así, por ser referente en todos los campos de su actuación y protagonista del cambio de un país con resabios coloniales, en una Nación moderna, pujante y con futuro de grandeza. Tuvo la fortuna de contemplarla, y de recibir el agradecimiento de sus conciudadanos en ocasión de su memorable jubileo al cumplir, en 1901, sus ochenta años.

De ahí que el mayor homenaje que podemos ofrecerle hoy, es refirmar nuestra fe en aquel futuro de grandeza. El lo abrigó en momentos graves, ocurrido Pavón, consolidado institucionalmente el país por la Constitución Nacional reformada, y evitó que la semilla de la discordia prendiera nuevamente, al recordar a los que no pensaban como él que "... debemos tomar a la República Argentina tal cual la han hecho Dios y los hombres, hasta que los hombres con la ayuda de Dios la vayan mejorando".

Cabe difundir ahora la proyección de su obra y de su ideario, en el marco de su generación -la de 1837- y destacar su actuación como constituyente, legislador y gobernante y su pensamiento como político e historiador.

II.- Consolida la paz interior: a) salvó el proceso constituyente culminado en la Plaza de la Victoria con el juramento de la Constitución Nacional, -21 de octubre de 1860-, mediante la efectiva vigencia del poder político federal sobre todo el territorio de la Nación con la participación de hom-

(*) Discurso pronunciado por el Académico Presidente, en el homenaje llevado a cabo en el Senado de la Nación, el 7 de diciembre de 2005.

bres del interior sin distinción de tendencias; b) con la solución de todas aquellas situaciones provinciales que conspiraran -son sus palabras- contra la "... emancipación gradual de los pueblos bajo los auspicios del poder de Buenos Aires impidiendo que las fuerzas que han pasado sobre ellos, vuelvan a sofocarlos".

III.- Se sancionan los códigos de fondo y se instala el Poder Judicial federal e independiente que da protección y estabilidad a los negocios.

Una nueva política surgía, corporizada en un obrar coherente y oportuno de los poderes políticos, al dictar normas que reglamentaron el ejercicio la Ley Suprema de la Nación. El Congreso Nacional sancionó el 13 de octubre de 1862 la Ley N° 27 de Organización del Poder Judicial de la Nación que el presidente Mitre promulgó el 16, a sólo cuatro días de asumir la primera magistratura de la República.

Esta Ley y sus complementarias estaban inspiradas en dos propósitos fundamentales: asegurar la paz pública y afirmar la jurisdicción de los tribunales federales hasta donde la propia jurisdicción alcanzase. Comenzó así la ejecución del sistema que la Constitución Nacional histórica de 1853-1860 preveía en sus artículos 94, 100 y 101.

El Presidente no demora el nombramiento de los magistrados que han de integrar el más alto cuerpo de justicia de la Nación, y ésta es una de las decisiones políticas más brillantes de su gobierno.

Se ha dicho que Mitre, "antes de partidista y político era argentino".

Lo demostró al estimular la integración de la fórmula presidencial con el Vicepresidente Marcos Paz, un liberal del interior -de vieja extracción federal-, lo afirmó al integrar su ministerio, por encima de los partidos, con personalidades descollantes en la ciencia y en la cultura, y ese criterio adquirió relevancia al llamar a los estrados de la Corte a figuras notables de la Confederación.

Salvador María del Carril, Francisco Delgado, Francisco Pico, son nombres, para Joaquín V. González, que prueban el sentido que tenía el patrio de su misión, después de sellada la unión nacional.

Convocó, entonces, a antiguos adversarios, que "debían interpretar con su criterio jurídico la doctrina constitucional en los casos de Corte".

Y a sólo seis días de haber asumido la presidencia el 18 de octubre de 1862, designa miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación al doctor Valentín Alsina –su Presidente-, al doctor José Barros Pasos, a los juristas antes nombrados, del Carril y Delgado, al doctor Francisco de las Carreras, y como Procurador General de la Nación al doctor Francisco Pico. Al renunciar el doctor Valentín Alsina, a los pocos días de nombrado, para reintegrarse a su banca en el Senado de la Nación, nombra Presidente del Alto Cuerpo al Ministro de las Carreras. Más tarde, se completará con sus cinco miembros al designarse Ministro, en junio de 1865, al doctor Benjamín Gorostiaga.

Constituidos los tres Poderes del Gobierno federal el presidente de la República, en su mensaje al inaugurar las sesiones en el Congreso el 1° mayo de 1863, expresó: "En cumplimiento de la ley y penetrado el gobierno de la necesidad de completar nuestro sistema político instaló la Suprema Corte de Justicia Federal, que tan grande y benéfica influencia está destinada a ejercitar en el desenvolvimiento de nuestras instituciones como poder moderador".

Esta calificación de poder moderador que Mitre atribuyó a la Corte Suprema, encierra el más alto elogio que haya merecido su quehacer político-jurídico en su vida institucional.

IV.- Simultáneamente se comienzan a acortar las distancias mediante el telégrafo y el ferrocarril, y se establecen en la Ciudad de Buenos Aires y en las capitales de las provincias los Colegios Nacionales a los que acceden miles de estudiantes que adquieren, con una educación esmerada, la concepción clara de su nacionalidad por sobre los localismos.

No lo detiene ni la grave situación interna, ni la contienda con el Paraguay, contienda que nunca quiso y que no pudo evitar por la agresión de las fuerzas militares de ese país al territorio de la Provincia de Corrientes.

V.- Demócrata cabal, como político estaba persuadido de que la única fuente de poder es la que otorga el pueblo, y no trepidó, ni desde el gobierno, ni desde el llano, en afirmar las excelencias del régimen de la democracia representativa y republicana que contribuyó a plasmar.

La carta de Tuyú Cué, que sacrificó la candidatura presidencial de su querido amigo y ministro Rufino Elizalde, y el manifiesto del levantamiento de 1874, dan cuenta del áspero camino que trazó para que en su

patria se afianzaran los principios que guiaron toda su vida pública: Libertad – Orden – Autoridad.

Más tarde, en octubre de 1891, no vaciló, en la plenitud de su prestigio, en permitir que su nombre fuera la prenda de unión de los partidos que propiciaban un Acuerdo Nacional, para la sucesión del Presidente Carlos Pellegrini, y tampoco vaciló en renunciar a la candidatura a la Presidencia de la República, cuando advirtió que había “dejado de ser fórmula de solución nacional”.

En carta del 6 de julio de 1891 que dirige a Bernardo de Irigoyen le dice: “Estoy decidido a no dar a mi país en las angustiosas circunstancias que atraviesa, una sola hora de inquietud por causa mía y si no puedo ser una solución, estaré al servicio del orden y de la paz que es en estos momentos una necesidad imperiosa”. Esta afirmación le hace formular a Paul Grousac una reflexión optimista para el futuro del país de entonces, porque “si al fin las cosas son más sabias que los hombres –dirá- la actitud de un ilustre repúblico como el General Mitre, libera al país de la hegemonía de un soldado vencedor o de un caudillo prestigioso”.

No fue ni lo uno ni lo otro, y su gesto como político le valió el reconocimiento y la gratitud nacional.

Cumplía así un mandato de su conciencia republicana.

VI.- Como historiador reivindica para la Revolución que independizó a América su origen y motivación genuinamente criolla. “Cuando estalló en 1810 –dirá- con sorpresa y admiración del mundo se afirmó que la América del Sur sería inglesa o francesa y después de su triunfo que sería indígena y bárbara. Por la voluntad y la obra de los criollos fue americana, republicana y civilizada”.

En 1864, al contestar un suelto de Dalmacio Vélez Sarsfield publicado en “El Nacional” sobre su “Historia de Belgrano”, Mitre le advierte que ha demostrado en su libro de un modo experimental, pintando la vida real de una época memorable, compulsando documentos hasta entonces desconocidos, humanizando los héroes, haciendo conocer por igual su grandeza histórica y sus debilidades humanas.

Un ilustre descendiente, don Jorge A. Mitre, afirmaba que los hombres, cuando no pueden hacer la historia, la escriben, y agregaba, no fue el caso del General Mitre, hizo la historia y la escribió. La carta a Vélez lo confirma.

Sus obras, "Historia de Belgrano y la Independencia Argentina" e "Historia de San Martín y de la emancipación americana" lo consagran como el historiador argentino por excelencia.

VII.- Como legislador, su actuación en el Senado Nacional, función que asume en 1869, terminado su mandato presidencial, fue intensa y relevante.

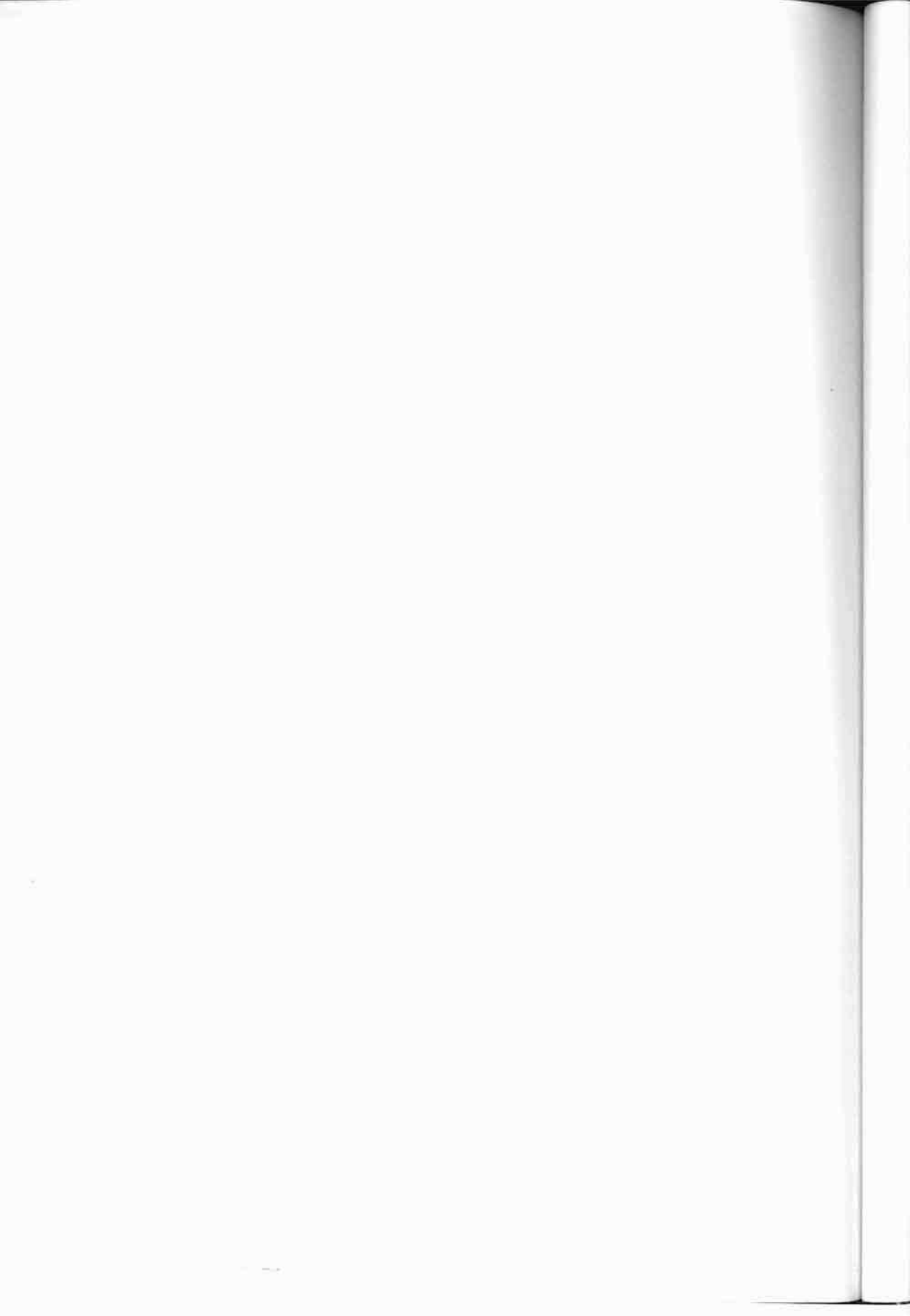
Comprende diversidad de temas, que exteriorizan conocimientos sorprendentes. No es el caso de abordarlos ahora. Sólo voy a destacar uno: el debate que origina la intervención del poder federal en las provincias con motivo de los sucesos de San Juan. Mitre trae a colación la legislación de los Estados Unidos de América en la materia, la jurisprudencia atinente de su Corte Suprema, y la doctrina de sus constitucionalistas que la informan; revela destreza en el manejo del idioma al presentar libros recientemente editados en aquél país, con precisión de páginas y fechas.

Un jurista no podía hacerlo mejor y motivó el respeto de los que compartían el debate.

Señoras y señores

Ricardo Rojas dijo: "El General Mitre es una de esas glorias, que por altas y complejas, no caben sino en un libro, o en una palabra: su nombre ha recorrido íntegramente el escalafón militar desde alférez hasta brigadier, toda la carrera política desde diputado hasta presidente, todos los géneros literarios desde la polémica hasta el madrigal, todos los esfuerzos intelectuales, desde el aprendizaje de las lenguas indígenas hasta la investigación de biografías heroicas, como las tan documentadas de Belgrano y San Martín".

A casi cien años del 19 de enero de 1906, las palabras de Ricardo Rojas, un paladín de la libertad, contienen un mensaje que debemos recibir hoy los argentinos, el reconocimiento de un gran maestro hacia un prócer que debemos conocer para admirarlo y un llamado a los que pretenden denostarlo, porque Bartolomé Mitre es un constructor de nuestra nacionalidad y hacerlo es abjurar de ella. ♦



VI

DUELOS DE LA ACADEMIA



DOCTOR MANUEL RÍO

RESOLUCIÓN N° 4/2005

Buenos Aires, 10 de agosto de 2005

VISTO que el día 7 de agosto ha fallecido el académico emérito doctor Manuel Río,

CONSIDERANDO que el doctor Manuel Río ha sido académico titular desde el año 1963 y que ha honrado a esta Academia con sus reconocidos méritos y su prestigio,

EL PRESIDENTE DE LA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES RESUELVE:

ARTÍCULO 1°. Publicar un aviso en el diario La Nación del miércoles 10 de agosto, por el que se participa el fallecimiento del doctor Manuel Río.

ARTÍCULO 2°. Rendir honores al doctor Manuel Río en la primera sesión privada a realizarse el día 11 de agosto de 2005.

ARTÍCULO 3°. Regístrese, comuníquese a los señores académicos y archívese.

Juan Carlos Cassagne
Académico Secretario

Alberto Rodríguez Galán
Académico Presidente

HOMENAJE AL DOCTOR MANUEL RÍO

POR ALBERTO RODRÍGUEZ GALÁN (*)

Señores académicos:

Ha muerto Manuel Río, filósofo y jurista. Fue por sobre todo un ser superior.

Se incorporó a nuestra casa como Académico titular el 27 de agosto de 1963. Sucedió en el sitial "Carlos Pellegrini" al doctor Adolfo Bioy y lo hace con una comunicación cuyo título expresa su personalidad: "El contenido virtual de la justicia, la honra, la gratitud, la lealtad".

Maestro por antonomasia, desde su cátedra de filosofía en el curso de ingreso de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires el doctor Río transmitía a sus alumnos, con una modestia singular, una espiritualidad sustentada por un saber profundo que nos conmovía y nos modelaba. Lo propio hacía en la Facultad de Filosofía de la misma Universidad al dictar, "Historia de la filosofía antigua y medieval" particularizada en el tema, "El Agustínismo medieval", alternancia que una vez más evidenciaba su alta calidad intelectual.

Sobrevienen más tarde tiempos adversos, y abogará por causas nobles, en momentos en que la libertad es conculcada. Asume con el doctor Manuel V. Ordoñez la defensa del diario La Prensa en los procesos que culminaron con su clausura. Asiste a los prelados Monseñores Tato y Novoa con motivo de su expulsión del país, lo que origina su detención.

Para entonces, ya había abandonado la enseñanza oficial por estimar que no era posible, en ese ámbito, expresar libremente su pensamiento.

(*) Palabras pronunciadas por el Académico Presidente en la sesión privada del 11 de agosto de 2005.

Continuará su magisterio en el campo privado y dictará un memorable curso de Historia Argentina, y más tarde otro sobre "Aristóteles" en el Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, que originó intervención policial con el consiguiente desconcierto de los asistentes. No obstante su dictado continuó hasta finalizar. Eran avatares de la época.

En 1956 el gobierno provisional lo designa embajador de la República ante la Santa Sede y también alternará su eficaz e importante trabajo diplomático con el dictado de clases, invitado por diversas universidades europeas. Reelabora la edición argentina de su "Estudio sobre la libertad humana", la que es editada en 1961 en francés, con el título "Liberté: Choix, Amor, Création", para ser publicada en la Colección "Sagesse et Cultures", dirigida por Jacques Maritain, quien en su prólogo califica el libro de "...síntesis admirablemente constructiva, que sirva para esclarecer el problema de la libertad en la variedad de sus aspectos fundamentales". Más tarde, en 1969, nuestra institución pública la obra con una advertencia del autor en la que señala que la traducción francesa le dio ocasión para su revisión, incorporando recursos bibliográficos más amplios en Roma y en París, pero manteniendo la doctrina.

Hace veinticinco años, al ocupar el sitial del doctor Río, por haber sido designado emérito manifesté: "Formulo votos para que el académico emérito Manuel Río siga prestando al mundo de la cultura, por muchos años, los valores de su conducta moral e intelectual".

Así lo hizo, porque cumplió con su credo y con su patria. Con su credo por la fidelidad a su Iglesia, con su patria, por las generaciones que educó y formó, y por los servicios que le prestó desde el llano, por la vigencia de su libertad y de su Constitución y, desde el gobierno, como diplomático por la brillante gestión que ejerció.

Pido, en su homenaje, unos instantes de silencio en su memoria.



DOCTOR JORGE A. AJA ESPIL

RESOLUCIÓN N° 5/2005

Buenos Aires, 31 de agosto de 2005

VISTO que el día 31 de agosto ha fallecido el académico doctor Jorge A. Aja Espil,

CONSIDERANDO que el doctor Jorge A. Aja Espil ha sido académico titular desde el año 1984 y que ha honrado a esta Academia con sus reconocidos méritos y su prestigio,

EL PRESIDENTE DE LA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES RESUELVE:

ARTÍCULO 1°. Publicar un aviso en los diarios La Nación y Clarín del jueves 1° de setiembre, por el que se participa el fallecimiento del doctor Jorge A. Aja Espil.

ARTÍCULO 2°. Enviar una nota de pésame a la familia y una ofrenda floral.

ARTÍCULO 3°. Designar al señor académico presidente doctor Alberto Rodríguez Galán para hacer uso de la palabra en el acto de inhumación de sus restos,

ARTÍCULO 4°. Rendir honores al doctor Jorge A. Aja Espil en la primera sesión privada a realizarse el día 8 de setiembre de 2005.

ARTÍCULO 5°. Regístrese, comuníquese a los señores académicos y archívese.

Juan Carlos Cassagne
Académico Secretario

Alberto Rodríguez Galán
Académico Presidente

PALABRAS DEL ACADÉMICO PRESIDENTE DOCTOR ALBERTO RODRÍGUEZ GALÁN EN EL SEPELIO DEL DOCTOR JORGE A. AJA ESPIL (*)

Como amigo de todas las horas y como testigo de su vida plena desde las aulas de la Universidad, vengo a despedir transido de dolor, a Jorge Aja Espil.

Lo hago en nombre de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la que brilló por su pensamiento original y creativo, en el que no se sabía qué valorar más, si su calidad de jurista por la profundidad en el conocimiento del derecho o la del hombre, por el hondo sentido moral que conformaban y trasuntaban sus actos.

Abogado, doctor en Jurisprudencia de la Universidad de Buenos Aires, con tesis recomendada al Premio Facultad, ejercerá la profesión en el reputado estudio de los doctores Felipe Espil, García Arias y Santos Muñoz, y comenzará su destacada carrera docente que, tras numerosos concursos, desde jefe de trabajos prácticos y profesor adjunto, culminará como profesor titular de Derecho Constitucional Argentino y Comparado.

Por su inquietud intelectual y por su temprano prestigio como constitucionalista, es llamado por el gobierno del presidente Arturo Frondizi a prestar su asesoramiento al ministro del interior doctor Vítolo, y en tal carácter participa en la mentada interpelación del senador Alfredo L. Palacios al aludido ministro, debate donde se compatibilizó el talento del interpelado con la contribución certera del joven y sólido jurista.

Pero a esa calidad Aja Espil unía una formación cultural explicitada en artículos y conferencias, en la dirección de un reputado diario de asuntos jurídicos, y en una permanente reafirmación en los medios, de su credo democrático.

(*) Palabras pronunciadas por el Académico presidente el 1° de septiembre de 2005

Sentía la democracia como una manera superior de convivencia, basada en la razón, en la libertad y en el sentido de servicio a su país. Y el constitucionalista trascenderá al campo internacional y devendrá en un hábil e informado diplomático.

Embajador en Colombia, entre 1971 y 1973, su gestión trascendió en el tiempo, y fortaleció las relaciones mutuas, al punto tal que por muchos años se la recordaba con encomio en la intelectualidad política, diplomática y cultural de esa Nación, de la que regresa con la Gran Cruz de la Orden de Boyacá, máxima condecoración que la misma otorga, y como académico correspondiente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, amén de múltiples distinciones de organizaciones culturales de ese querido país. De ello puedo dar fe por haberlo sucedido en ese cargo nueve años después.

Pero un desafío mayor le aguardaba en la diplomacia.

En 1976 es designado Embajador Extraordinario y Plenipotenciario ante el gobierno de los Estados Unidos de América, función que ejercerá durante un lustro.

Será el espectador, desde un sitio neurálgico, del mundo conflictivo de la guerra fría.

Su recia formación intelectual, el respeto que concitó su nombre, -su tío el Embajador Felipe Espil de feliz memoria en la Casa Blanca-, importaba para Jorge un desafío que superará con el éxito de la fina inteligencia y experiencia que acreditaba.

Se convertirá en un observador sagaz, cuyo resultado volcará más tarde en uno de sus libros más destacados "*El mundo en la década del 80*" y en numerosos artículos en diarios y publicaciones especializadas.

Simultáneamente, extendía su presencia en diversas conferencias internacionales, e integraba como miembro argentino el Comité Jurídico Interamericano de Río de Janeiro, de la Organización de Estados Americanos (OEA) durante diecisiete años (1967-1984), del que fue vicepresidente y presidente durante diez.

Y es ahí donde el jurista, unido al diplomático, confiere a la gestión una vez más autoridad y acierto y motivará que Aja Espil se convierta en un hombre de consulta conocido y respetado en todo el continente.

Nunca vaciló en participar en desafíos, propios de los altos intereses que representaba y en defender los principios que regían su vida pública y privada, y nunca faltó a los compromisos que contraía en lo personal, como a su deber cuando los intereses públicos entraban en juego.

Enseñó y defendió la Constitución histórica como el más acabado programa político de los argentinos. Sabía con Mitre que era el fruto de un largo y cruento peregrinar, por eso admiraba a los hombres de 1837 que la gestaron y a los de 1880 que construyeron el país sobre sus principios los que él, un hacedor, trató de imitar con los logros que nos deja.

Por eso fue el arquetipo del ciudadano.

Estudió el derecho. Enseñó el derecho, defendió el derecho en el campo privado y lo resguardó cuando fue llamado al ejercicio de altas funciones políticas y diplomáticas.

Lo hizo con idoneidad y firmeza, con la misma firmeza y lealtad con las que supo mantener vivos vínculos entrañables con sus amigos, desde el llano o desde la cumbre, hoy testigos de su vida admirable y de la fortaleza con que asumió sus últimos momentos.

Querido Jorge, descansa en la paz de los justos. ♦

PALABRAS DEL ACADÉMICO DOCTOR HORACIO A. GARCÍA BELSUNCE, EN REPRESENTACIÓN DE LA ACADEMIA NACIONAL DE CIENCIAS MORALES Y POLÍTICAS, EN EL SEPELIO DEL DOCTOR JORGE A. AJA ESPIL (*)

En representación de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, vengo a cumplir con el honroso y a la vez triste mandato, de despedir los restos mortales de su académico titular y ex-presidente, doctor Jorge A. Aja Espil.

Su polifacética personalidad brilló con idoneidad ética e intelectual como abogado, jurista, docente universitario, publicista, funcionario, diplomático y académico. En tales actividades conjugó sabiamente la autoridad severa en su ejercicio, tanto para con sus pares como para con sus subordinados, con la equidad y señorío en su trato, con su concentración al trabajo y, con el ejemplo, bien conocido por todos, de cuánto se exigía a sí mismo, para poder exigir a los demás.

Se graduó de abogado en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires en el año 1945 y obtuvo el título de doctor en jurisprudencia en la misma Facultad con tesis recomendada al Premio Facultad.

En 1960 fue designado por concurso profesor adjunto de Derecho Constitucional en la Facultad en la que se había graduado, asumiendo en 1969 la jerarquía de profesor titular ordinario de Derecho Constitucional Argentino y Comparado.

(*) El 1° de septiembre de 2005

Fue miembro argentino del Comité Jurídico Internacional de Río de Janeiro, de la Organización de los Estados Americanos desde 1967 a 1984, ocupando la vicepresidencia y luego la presidencia en dos períodos. Fue miembro fundador y del primer Comité Ejecutivo de la Asociación de Ciencias Políticas desde 1957 y miembro de la Asociación Argentina de Derecho Comparado y de su Consejo Académico.

En el ámbito de su profesión fue director del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires en dos períodos e integró el Comité Directivo de la Federación Argentina de Colegios de Abogados desde su fundación. Fue miembro del Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales (CARI), ocupando hasta hace muy poco tiempo su vicepresidencia. Presidió el Rotary Club de Buenos Aires e integró el Tribunal de Honor del Jockey Club.

En 1982 fue designado miembro titular de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, cuya presidencia ejerció, con rasgos sobresalientes, en dos períodos alternativos. En 1984 fue elegido miembro titular de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales y en 1995 de la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires.

Las relaciones internacionales en sus aspectos políticos y jurídicos fueron materia de su predilección, de las que se ocupó y en las que representó a la Nación Argentina con brillo y jerarquía. Fue subsecretario de Relaciones Exteriores del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto en el período 1962-1963, Embajador Extraordinario y Plenipotenciario ante el gobierno de Colombia en 1971-1973 y culminó su trayectoria diplomática como Embajador Extraordinario y Plenipotenciario ante el gobierno de los Estados Unidos de América desde 1976 a 1981.

Como justo reconocimiento de sus funciones diplomáticas, fue condecorado por los gobiernos del Perú y de Colombia.

Los hombres sobreviven por sus obras y por ello, la mejor manera de honrar la memoria de este argentino ilustre es, al despedirlo en su camino a la eternidad, acercarnos a sus obras para compartir con él sus inquietudes respecto de innumerables aspectos de la vida del hombre en relación con sus semejantes, en su condición de miembro de una sociedad política y jurídicamente organizada y de un mundo que a pesar de las integraciones que avanzan superando fronteras, no ha logrado la paz como desideratum de la Humanidad.

Su libro *El mundo en la década del '80*, trae los testimonios de su vida internacional. Sus páginas trasuntan la cordura de su pensamiento y la mezcla de garra y astucia de un observador sagaz y el sólido fundamento de sus decisiones y acciones consiguientes.

En su trabajo *Ubicación del Derecho en el universo de la Ciencia*, conferencia que pronunciara en 1996 en su incorporación pública a la Academia de Ciencias de Buenos Aires, afirma que la ciencia es el quehacer del hombre que tiene por objeto descifrar la realidad, para saber cómo son las cosas de la naturaleza y el cómo y el por qué del espíritu humano y concluye en que la Ciencia Jurídica apunta al contenido de la conducta humana y que el Derecho sin filosofía es ciencia ciega.

Permanece aún fresca en mi memoria su comunicación en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales titulada *Poderes inherentes del Poder Judicial*, que hiciera el 27 de noviembre de 2003. Fue su última investigación y disertación. Volcó en ella toda la fuerza de su razonamiento jurídico, de su capacidad de análisis del derecho y de la jurisprudencia norteamericana, y evidenció en esa ocasión su fortaleza espiritual que luchaba por imponerse al mal incurable que lo afectaba.

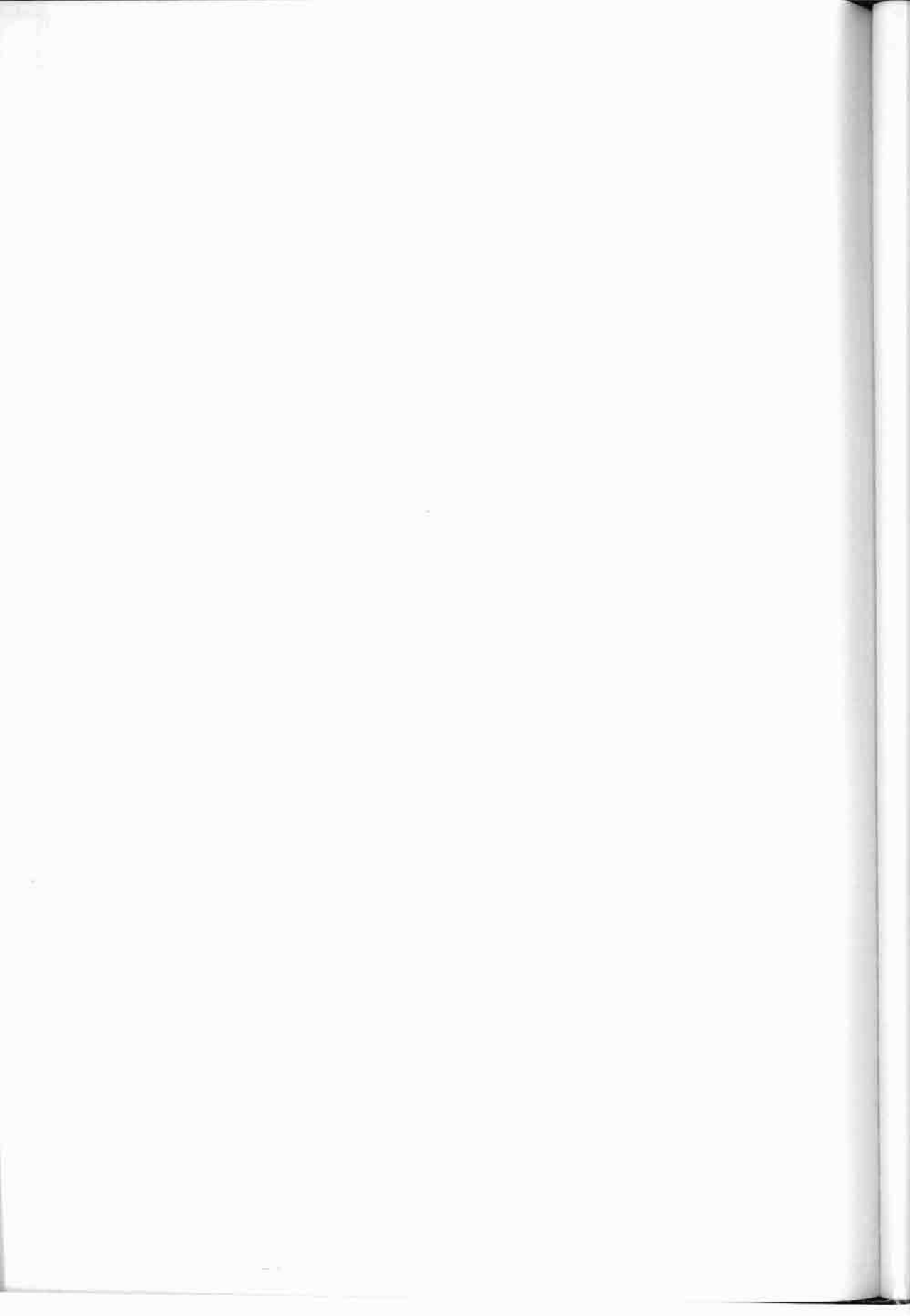
Con ese temple lo recordaremos y la luz de su espíritu iluminará el sitio que deja vacante por su ausencia material, para guía y ejemplo de quién sea llamado a sucederlo.

Querido y gran amigo Jorge: Ruego al Señor que la Paz de la vida eterna gratifique tus desvelos en esta vida terrenal y de consuelo y resignación a Ruth, a tus hijos y nietos y a todos los que hemos gozado de tu amistad, que ha sido un regalo de la vida. ♦



VII

DECLARACIONES Y DICTAMENES



**DICTAMEN ACERCA DEL PROYECTO DE LEY SOBRE
REGISTROS NACIONALES DE SOCIEDADES POR ACCIONES,
SOCIEDADES EXTRANJERAS, ASOCIACIONES CIVILES,
FUNDACIONES Y SOCIEDADES NO ACCIONARIAS**

Buenos Aires, 25 de abril de 2005

Señor Presidente de la H. Cámara
de Diputados de la Nación
D. Eduardo Camaño
S _____ / _____ D

Señor Presidente:

Tenemos el agrado de dirigirnos a usted con objeto de hacerle llegar un dictamen de esta Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires sobre el Proyecto de Ley sobre Registros Nacionales de Sociedades por Acciones, Sociedades Extranjeras, Asociaciones Civiles, Fundaciones y Sociedades No Accionarias, a fin de que sea elevado – salvo mejor opinión del señor Presidente –, para su consideración, a las Comisiones de Legislación General, de Asuntos Constitucionales, de Justicia y de Presupuesto y Hacienda de esa H. Cámara.

Lo hacemos en virtud de lo dispuesto en el art. 2º, inc. 3) del Estatuto de esta Academia, que reza: “*Son sus fines (...) propender al progreso del país mediante el perfeccionamiento de su régimen legal*”, y como una colaboración a la labor de la H. Cámara.

El Proyecto de Ley aprobado inicialmente por esa H. Cámara de Diputados concuerda con el art. 8 de la ley 19.550 de Sociedades Comerciales y no afecta los poderes no delegados por las provincias por lo que respeta el art. 121 de la Constitución Nacional.

El H. Senado de la Nación aprobó dicho Proyecto de Ley con modificaciones en los artículos 12 y 10, y lo devolvió a Diputados, según lo establece el art. 81 de la Constitución Nacional.

La modificación del artículo 12 contraría a la Constitución Nacional, artículos 75 inc.12 y 121, puesto que:

1) La segunda parte del art.12 dispone que la inscripción de las sociedades constituidas en el extranjero y sus modificatorias se sujetarán en materia de control, reglamentación y registración a la normativa y competencia exclusiva y excluyente de la Inspección General de Justicia que es un organismo con jurisdicción en la Capital Federal y el entonces Territorio Nacional de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur (ley 22.315 arts. 1, 20, 21).

2) La registración de las sociedades comerciales hace al tráfico mercantil y está regulada en el Código de Comercio, artículo 36, inc. 3) y en la Ley 19.550 de Sociedades Comerciales, arts. 5, 6, 7 y 167, ley que integra el Código de Comercio según el artículo 384 de la misma.

3) La Constitución de 1994 en su art.75, inc.12 prescribe que corresponde al Congreso dictar los Códigos y entre ellos el de Comercio *sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones.*

4) La Constitución de 1853/60 en su art.67, inc.11 disponía de igual forma, y la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de conformidad con el texto y con la doctrina de 1860, ha declarado reiteradamente que las provincias conservan el poder de aplicar dentro de sus respectivas jurisdicciones dichos códigos (González Calderón, Juan A., "Curso de Derecho Constitucional", p. 679, Buenos Aires, Editorial Guillermo Kraft Ltda, 1943).

Consecuentemente la modificación que sustrae a las provincias la registración mercantil es inconstitucional.

5) El art. 121 de la Constitución de 1994 prescribe que las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno Federal y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación, norma igual a la del art. 104 de la Constitución de 1853/1860.

Corresponde destacar que las provincias, en uso de sus poderes no delegados, han creado reparticiones administrativas a las que les han asignado las funciones de registración, previstas en el art. 5 de la ley 19.550, y también de fiscalización de cierto tipo de sociedades (1). Lo mismo hizo el legislador nacional mediante la ley 22.315 al crear la inspección General de Justicia como autoridad de aplicación de dicha normativa en el ámbito de la Capital Federal y respecto del entonces Territorio Nacional de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur.

En igual sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en un pronunciamiento dictado el 6 de agosto de 1956, en los autos: "Cía. Azucarera Ingenio Cruz Alta S.A. c/Provincia de Tucumán" (2), aceptó la constitucionalidad respecto de la normativa local que disponía no dar curso a ninguna gestión promovida ante reparticiones de la administración provincial por sociedades anónimas y toda otra persona jurídica que no figurasen inscriptas en el Registro de la Inspección de Sociedades e imponía un tributo a la constitución y prórroga de sociedades que alcanzaba a las sociedades existentes cuando inscribieran los contratos pertinentes. A juicio del alto tribunal dichas normas locales se justificaban "por la necesidad de organizar y asegurar el eficaz y permanente 'control' de las sociedades anónimas que funcionan en la Provincia".

En consecuencia, la modificación que priva a las provincias de poder no delegado es inconstitucional.

6) En el debate se adujo a favor de la reforma del art. 12 del Proyecto que la Constitución de 1994, en su art. 75, inc. 13, dispone que incumbe al Congreso reglar el comercio con las naciones extranjeras y de las provincias entre sí y en su artículo 126 que las provincias no ejercen el poder delegado a la Nación.

Normas similares tenía la Constitución de 1853/60 en sus artículos 67, inc. 12 y 126.

Tal argumento es inconducente porque la registración mercantil en el país para actuar en el mismo es ajena al comercio con las naciones extranjeras.

(1) Así lo hizo la Provincia de Bs. As. Mediante el decreto-ley 8671/76 y sus modificaciones, de creación de la Dirección Provincial de Personas Jurídicas.

(2) Fallos: 235:517.

Una aplicación generalizada de ese precepto conduciría a federalizar, en desmedro de las facultades locales, no sólo los casos de registración de sociedades extranjeras, sino también las de origen nacional, ya que todas ellas en el giro de su actividad pueden desarrollar actividades económicas interprovinciales o internacionales. Ello sería un error. Es que debe distinguirse la regulación concerniente al control de la sociedad, de carácter provincial, de la correspondiente a los diferentes negocios o actividades que se lleven a cabo.

Distinto es lo que ocurre respecto del control de las sociedades por acciones que hacen oferta pública de sus títulos-valores, pues en tal caso es razonable que ello esté centralizado en una única autoridad de carácter federal, como es la Comisión Nacional de Valores (3). La existencia de un mercado único y de un claro supuesto de tráfico interjurisdiccional exigen dicha solución. No media en el caso avasallamiento a las autonomías provinciales, sino el legítimo ejercicio por parte del Gobierno Federal de facultades constitucionales propias.

7) También en el debate se arguyó, a favor de la reforma, que las leyes 21.768 y 22.680 implicaron una delegación a las provincias de la organización de la registración mercantil, cuestión de incumbencia del Poder Legislativo, sin que ello fuera inconstitucional, por lo que tampoco es inconstitucional que el Poder Legislativo regule la registración comercial de las sociedades constituidas en el exterior.

Dicho argumento es erróneo.

Las leyes referidas modificaron el art. 34 del Código de Comercio, que atribuía el Registro Público de Comercio a los Tribunales de Comercio locales y dispusieron que en cada jurisdicción las leyes locales podían poner indistintamente el Registro Público de Comercio a cargo de un organismo judicial o administrativo.

Empero las mismas no desplazaron la jurisdicción provincial sobre la registración.

8) La tercera parte de dicho artículo 12 faculta a la Inspección General de Justicia, en ejercicio de sus funciones en materia de sociedades consti-

(3) Art.1º, ley 22.169.

tuidas en el extranjero, para dictar las reglamentaciones pertinentes y exigir a las sociedades la reglamentación necesaria para verificar el debido cumplimiento de la ley conforme a su actuación en cada caso.

Esto merece la observación anterior pues sustrae materia mercantil a las provincias.

Por otra parte, la modificación del artículo 10 del Proyecto de Ley confiere a la Inspección General de Justicia la función de autoridad de aplicación de la ley con facultades reglamentarias.

Tal delegación legislativa debe ajustarse al art. 76 de la Constitución Nacional que dispone: *"Se prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, salvo en materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca. La caducidad resultante del transcurso del plazo previsto en el párrafo anterior no importará revisión de las relaciones jurídicas nacidas al amparo de las normas dictadas en consecuencia de la delegación legislativa"*.

Saludamos al señor Presidente de la H. Cámara de Diputados de la Nación con distinguida consideración.

Jorge H. Alterini
Académico Secretario

Alberto Rodríguez Galán
Académico Presidente

DICTAMEN SOBRE LOS TRATADOS INTERNACIONALES Y LA SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL

Ante la doctrina judicial sustentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en las causas "Arancibia Clavel" (que motivó el dictamen de esta Corporación de fecha 7 de diciembre de 2004), "Espósito" y "Simón", en las que el Alto Tribunal se pronunció a favor de la primacía de los tratados y convenciones de derechos humanos sobre la Constitución Nacional, la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires considera necesario expresar su opinión y dictamina:

1. El Art. 75, inc. 22, 2º párrafo de la Constitución Nacional establece que los tratados y convenciones de derechos humanos que allí se mencionan tienen jerarquía constitucional, pero siempre que cumplan tres requisitos:

a) En las condiciones de su vigencia (reservas y cláusulas interpretativas que introdujo el gobierno argentino en el momento de su ratificación).

b) No derogan ningún artículo de la primera parte de la Constitución.

c) Sólo pueden tomarse como complemento de los derechos y garantías constitucionales para la interpretación de los mismos. Tanto es así que, en el seno de la Convención Constituyente de 1994, la Comisión de Integración y Tratados Internacionales había redactado un proyecto por el que daba primacía absoluta a los tratados por sobre el derecho interno, es decir que establecía el suprainternacionalismo. Pero fue cambiado por el texto del Art. 75, inc. 22 vigente. Este, obviamente, tiene una redacción muy distinta a la del proyecto de la Comisión de Integración y Tratados Internacionales.

2. El Art. 27 de la Constitución Nacional no ha sido derogado ni se encuentra subordinado a los tratados internacionales. Por otra parte, los

propios tratados de derechos humanos enumerados en el Art. 75, inc. 22, 2° párrafo establecen los principios de legalidad, irretroactividad de la ley penal, ley penal más benigna, cosa juzgada, derechos adquiridos, etc. Más aún, uno de ellos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ha dado jerarquía constitucional al principio de ley penal más benigna, que hasta entonces sólo tenía nivel legal (Art. 2 del Código Penal).

3. Los principios de legalidad, irretroactividad de la ley penal, ley penal más benigna, cosa juzgada, derechos adquiridos, no sólo están en el texto de la Constitución Nacional, sino en su espíritu y, más aún, constituyen la esencia del constitucionalismo clásico de los siglos XVIII y XIX. Principios que no han sido modificados por las etapas posteriores del constitucionalismo, que tienen varios siglos de vigencia y que nunca han sido cuestionados.

4. La Convención sobre imprescriptibilidad de las penas, a la que en el año 2003 se le otorgó jerarquía constitucional, de conformidad con el Art. 75, inc. 22, 3° párrafo de la Constitución Nacional, obtuvo esa calidad por el Congreso que, por emanar de un poder constituido, no puede alterar las prescripciones que la propia Constitución (poder constituyente) dispone que no se pueden derogar, entre las cuales se encuentran los principios de nuestro derecho público constitucional antes enunciados, cuyo rango es superior a tenor del Art. 27 de la Constitución Nacional.

5. La doctrina judicial que asigna primacía a los tratados de derechos humanos y a la costumbre internacional sobre las normas de la Constitución Nacional implica conculcar su Art. 31, que establece el orden de relación jurídica del sistema normativo argentino, y si aceptáramos que la reforma constitucional ha modificado dicho Art. 31, la reforma sería nula de nulidad absoluta, porque así lo disponen los arts. 6° y 7° de la ley 24.309 que convocó a la Convención reformadora y que disponen que ella no puede introducir modificación alguna en la primera parte de la Constitución (Arts. 1 al 35 inclusive), lo que así corresponde de *lege ferenda*.

Buenos Aires, 25 de agosto de 2005

Juan Carlos Cassagne
Académico Secretario

Alberto Rodríguez Galán
Académico Presidente

PRONUNCIAMIENTO SOBRE LA INDEPENDENCIA JUDICIAL

La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, ante los cambios en la integración del Consejo de la Magistratura y del Jurado de Enjuiciamiento, considera necesario manifestar:

Con relación a la integración del Consejo de la Magistratura, al que incumbe nombrar los jueces y pedir su remoción, salvo los ministros de la Corte Suprema, la reducción de sus miembros es razonable, y así lo postuló la Academia en su declaración del 25 de abril de 1996; siempre que se respete el equilibrio que prevé la cláusula constitucional, lo que no ocurre en el caso.

La Academia dijo en aquella ocasión que "para la integración del Consejo debe privar el criterio de idoneidad y de prescindencia política, resguardando la separación de poderes, lo que no se cumple si la mayoría de los miembros serán designados por los poderes políticos, quebrándose así el objetivo de 'asegurar la independencia de los jueces' que consagra el artículo 114, apartado 6, de la Constitución Nacional".

Con el cambio se reduce el número total de miembros de 20 a 13, pero mientras que los representantes del Poder Legislativo y del Poder Ejecutivo bajan de ocho a seis, los de los jueces de cuatro a tres y los de los abogados de cuatro a dos; los académicos de dos a uno.

Es harto relevante que el presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación deja de integrar el cuerpo, lo que no es adecuado, como ya dijo la Academia en agosto de 1995 al afirmar que "su presencia resguarda, como cabeza de poder, a la Corte Suprema de Justicia de la Nación - artículo 108 de la Constitución -, lo que hace necesario que el Consejo sea presidido por su titular".

El equilibrio previsto en la Constitución ha desaparecido por el mayor peso de los políticos, en desmedro de los jueces y abogados.

Con referencia a la modificación del Jurado de Enjuiciamiento, cabe tener en cuenta que el artículo 115 de la Constitución Nacional prevé una integración paritaria por tres estamentos, legisladores, magistrados y abogados de la matrícula.

El cambio reduce el número de abogados, por lo que crea un desequilibrio, y además establece una designación por sorteo, que no es apropiada para una labor que exige idoneidad, moral y técnica, y experiencia.

La inconstitucionalidad del cambio es palmaria frente a los artículos 114 y 115 de la Constitución Nacional.

Criterios concordantes fueron sostenidos por la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y por prestigiosas organizaciones.

Asimismo, el cambio es inconstitucional porque debilita al Poder Judicial ante los Poderes Políticos, lo que viola la forma republicana de gobierno prescripta en el artículo 1° de la Constitución.

Juan Carlos Cassagne
Académico Secretario

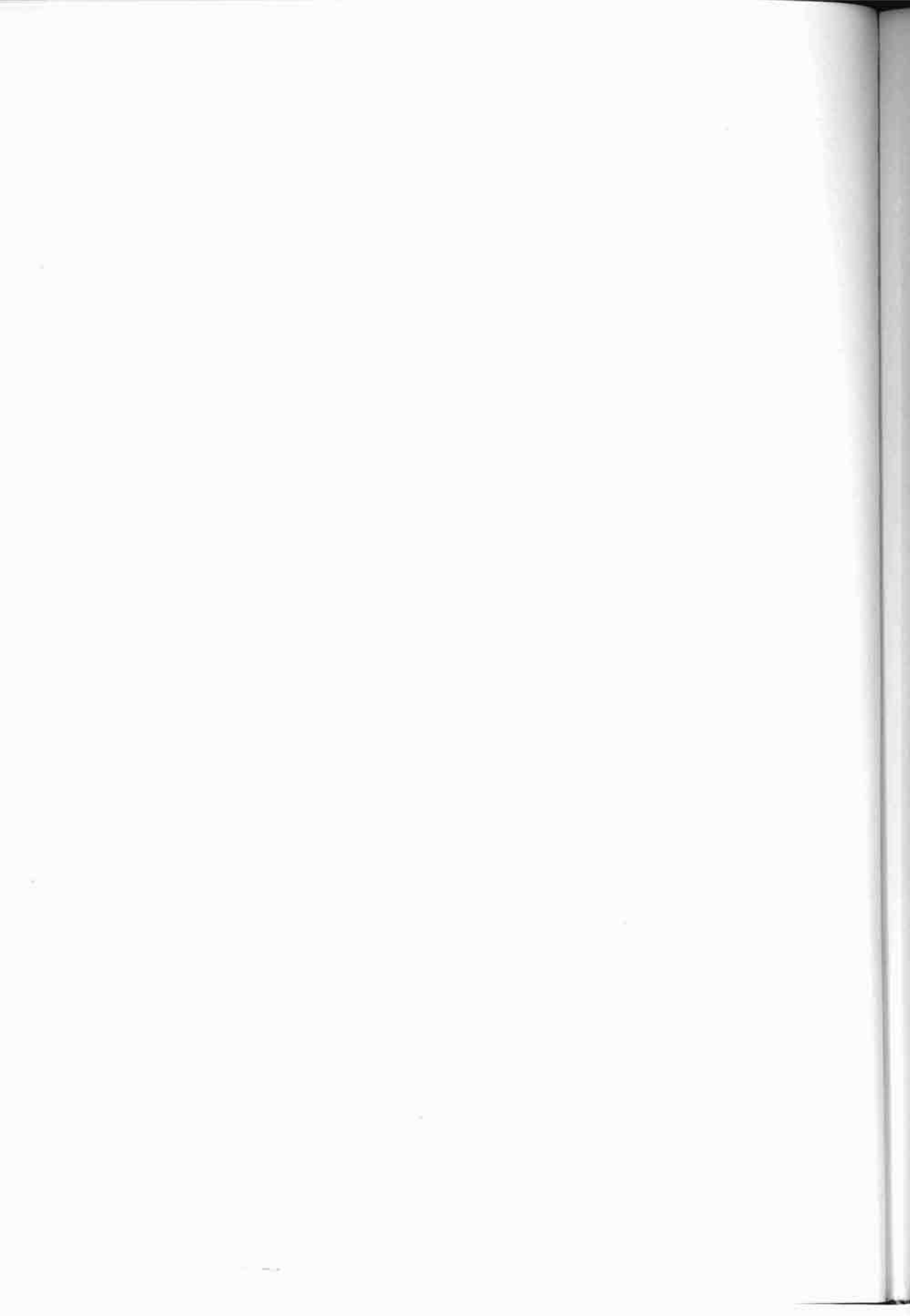
Alberto Rodríguez Galán
Académico Presidente

Buenos Aires, 22 de diciembre de 2005



VIII

MEMORIA Y BALANCE



MEMORIA 2005

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 2005.

I. ASAMBLEA ANUAL ORDINARIA

El 17 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 2005. Dichos documentos fueron aprobados por unanimidad por el plenario académico.

II. REUNIONES DE LA MESA DIRECTIVA

La Mesa Directiva se ha reunido en 18 ocasiones, labrándose las actas correspondientes. A continuación damos la información de las principales decisiones adoptadas por ella en el ejercicio que corresponde a esta memoria.

Inversiones de la Academia

En la reunión del 10 de febrero el Presidente informó que, junto con el Vicepresidente, doctor Julio César Otaegui, y el Tesorero, doctor Eduardo Aguirre Obarrio, concurren al Banco de la Nación Argentina a fin de formalizar la aceptación de la oferta de canje presentada por el Estado para los títulos en default. Así se hizo con los títulos Bonos Externos 1992, por el valor de 295.362,50, y Bonos Global 08, por el valor de 213.082, ambos en la opción "descuento", moneda dólar. La Academia tiene, además, el valor de 160.700 Boden 2012, que no estaban comprendidos en esa operación.

En la reunión del 9 de junio el Presidente informó a los integrantes de la Mesa Directiva que ese mismo día se recibió la liquidación de la oferta de canje de títulos de la Academia. La Mesa Directiva analizó la documentación recibida, según la cual, por 295.362,50 Bonex/92 corresponden 100.571 Bonos Discount dólar, valor nominal, y por 213.082 Global/08 corresponden 71.976 Bonos Discount dólar, valor nominal, y resolvió su aceptación.

En la reunión del 8 de setiembre el Presidente informó que se cobró la amortización de los bonos Boden 12, por 20.087 dólares. Después de intercambiar opiniones acerca de la inversión más conveniente, los presentes decidieron someter a consideración del plenario la sugerencia del académico doctor Horacio A. García Belsunce, de adquirir con esa suma títulos públicos Boden 2014, la que resultó aprobada.

Aprobación de documentos a presentar en la Asamblea ordinaria

El 28 de febrero se cumplió con la formalidad estatutaria de aprobar los documentos a que se refiere el art. 14, incs. a) y b) del Estatuto a efectos de presentarlos a la asamblea ordinaria anual y se decidió convocarla para el día 17 de marzo siguiente para tratar el orden del día de que da cuenta el capítulo I que antecede.

"Academia Nacional de Ciencias Penales". Nota a la Secretaría de Cultura de la Nación

El 14 de abril el Presidente hizo saber a los miembros de la Mesa Directiva que, en respuesta a la nota enviada al señor Secretario de Cultura el 10 de febrero de 2005, en la que se advertía sobre la referencia en dos notas del diario "La Nación" a una supuesta "Academia Nacional de Ciencias Penales" y en la que se solicitaba que se adopten las medidas correspondientes, se recibió un expediente que concluye con una nota por la que la Inspección General de Justicia informa que en sus registros no figura la "Academia Nacional de Ciencias Penales". Los integrantes de la Mesa Directiva cambiaron ideas acerca del trámite impreso a aquel expediente y acordaron proponer al plenario su devolución con una nota a la Secretaría de Cultura, que debería ser agregada al mismo, si así se considera pertinente, en la que se sugiere la intervención del fiscal de turno del fuero penal, para que dictamine si se ha infringido en lo actuado el art.247 del Código Penal. El plenario manifestó su acuerdo con esa decisión.

Por ello, en la reunión del 28 de abril el Presidente dio lectura a la nota que, de acuerdo con lo resuelto en la sesión privada anterior, y en relación con la utilización del nombre "Academia Nacional de Ciencias Penales", se hizo llegar al señor Secretario de Cultura, doctor José Nun:

"Buenos Aires, 26 de abril de 2005

*"Al Señor Secretario de Cultura
Doctor Don José Nun
Presente*

"Tenemos el agrado de dirigirnos al Señor Secretario para poner en su conocimiento que esta Academia recibió el expediente N° 832/2005, cuyas actuaciones hemos analizado.

"Ese expediente se inició a raíz de la nota que enviamos, referida a la publicación del diario "La Nación", y al enterarnos de que existía una institución llamada "Academia Nacional de Ciencias Penales", que organiza cursos y coloca avisos y noticias de ellos en muchas secretarías judiciales.

"Como es sabido, la denominación "Academia Nacional" corresponde a una asociación civil que obtenga el reconocimiento del Gobierno Nacional. Nos habíamos dirigido a usted porque no sabíamos si la mentada Academia Nacional llevaba el adjetivo debida o indebidamente.

"Con nuestra nota se inició el trámite, que motivó diversos pases hasta que a fs. 10 vta. la Inspección General de Justicia aprecia que no hay inscrita ninguna asociación bajo ese nombre.

"En derecho administrativo puede considerarse que existe una prohibición implícita, toda vez que el sistema exige 1) un acto de acogimiento de parte de la institución que pretende obtener su reconocimiento como Academia Nacional dentro del régimen del Decreto Ley 4362/55 y 2) un acto administrativo que la declare comprendida en dicho ordenamiento. Sin perjuicio de que los precedentes tienen carácter vinculante como fuente del derecho administrativo (conforme a la doctrina francesa y española, y según se explica en el Derecho Administrativo de Juan Carlos Cassagne, T° I, págs. 203-204, 7° edición, LexisNexis, Buenos Aires, 2002 y los autores allí citados), en todos los casos el acto previsto en el régimen del citado decreto ley (art. 4°) precisa siempre una declaración de voluntad oficial para surtir efectos.

"Asimismo una Academia Nacional implica, precisamente, grados académicos nacionales. Y el Código Penal, entre los Delitos contra la Administración Pública, en su capítulo III°, Usurpación de autoridad, títulos u honores, artículo 247, segundo párrafo, dice: Será reprimido con multa de seiscientos cincuenta a doce mil quinientos pesos, el que públicamente llevare insig-

nias o distintivos de un cargo que no ejerciere o se arrogare grados académicos, títulos profesionales u honores que no le correspondieren.

"De donde se advierte la fuerte sospecha de que el nombre "Academia Nacional" se está utilizando sin la debida autorización y, en consecuencia, conviene, según nuestra opinión, que la justicia averigüe si hay personas que se arrogan grados académicos que no les corresponden.

"Por eso nos permitimos sugerir a usted, Señor Secretario, salvo su mejor opinión personal, que disponga hacer denunciar el hecho ante la Cámara Federal Penal a efectos del correspondiente sorteo.

"Y pedimos asimismo que la presente nota se agregue al expediente 832/2005, que acompañamos.

"Saludamos al Señor Secretario con nuestra más alta consideración

*Jorge H. Alterini
Académico Secretario*

*Alberto Rodríguez Galán
Académico Presidente*

Propuesta del doctor Augusto M. Morello

En la reunión del 12 de mayo el Presidente informó que recibió una propuesta del académico doctor Augusto M. Morello con un proyecto de reglamentación de un régimen de becas, primera etapa. Luego de hacer diversas reflexiones acordaron proponer al plenario que el proyecto, dada su complejidad técnica y orgánica, se haga llegar a los directores de institutos de la Academia para conocer su opinión.

En la reunión del 26 de mayo, los miembros de la Mesa Directiva consideraron dos textos recibidos que expresan las opiniones de los doctores Horacio A. García Belsunce y Jaime L. Anaya sobre la nota acerca de la "Reglamentación del régimen de becas", presentada por el doctor Morello.

En la reunión del 9 de junio la Mesa Directiva tomó conocimiento de las notas de los doctores Juan Carlos Cassagne y Antonio Vázquez Vialard acerca de la propuesta del doctor Morello que se sumaron a las mencionadas en el párrafo anterior, en tanto que en la reunión del 14 de julio la Mesa Directiva conoció la nota de respuesta de los doctores José D. Ray, director del Instituto de Derecho de la Navegación, y Juan R. Aguirre Lanari, director del Instituto de Derecho Constitucional. Allí se resolvió que, una vez que se reciban las opiniones de los otros directores de institutos, se informe al plenario.

Compromiso ante la ciudadanía

En la reunión del 14 de julio el Presidente informó sobre una nota enviada por el Fondo Nacional de las Artes en la que se solicitó a la Academia la adhesión al "Compromiso ante la ciudadanía". Los miembros de la Mesa Directiva resolvieron proponer al plenario la adhesión de la Academia, con algunas salvedades. El Presidente se refirió a los antecedentes del tema y solicitó al Vicepresidente, doctor Julio César Otaegui, que informe al plenario. Después de escuchar al doctor Otaegui, los académicos presentes decidieron que la Academia responda en los siguientes términos: *"La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires adhiere al 'Compromiso ante la ciudadanía' dentro del marco de sus finalidades"*.

En la reunión del 28 de julio, los miembros de la Mesa Directiva tomaron conocimiento de la respuesta del Director del Fondo Nacional de las Artes, Carlos Gorostiza, agradeciendo la adhesión de la Academia al "Compromiso ante la ciudadanía", promovido por esa institución.

Bicentenario patrio

En la reunión del 11 de agosto el Presidente recordó que, el 13 de mayo, la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas invitó a la Corporación a participar en los actos para conmemorar el bicentenario patrio. Por ese motivo, propuso nombrar dos académicos titulares para integrar las comisiones y el organismo ejecutivo que se constituirán oportunamente. La Mesa Directiva acordó elevar al plenario las designaciones de los doctores Alberto Rodríguez Varela y Víctor Tau Anzoátegui, que resultaron aprobadas. Los académicos designados aceptaron ese nombramiento.

Reconocimiento a la Academia

En la reunión del 11 de agosto el Presidente informó que la Academia hizo llegar, en el mes de junio, separatas, obras y anales al Centro de Estudiantes de Derecho de la Unidad Penal N° 31 de Florencio Varela, dependiente de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, a raíz de un pedido de colaboración. Agregó que el Centro de Estudiantes mencionado envió una nota de agradecimiento y un diploma por el que reconoce el aporte de la Corporación. Añadió que los integrantes de aquél han invitado a los señores académicos a realizar un recorrido por las instalaciones. La Mesa Directiva agradeció la distinción recibida.

Tratados internacionales y la supremacía de la Constitución

En la reunión del 25 de agosto el Presidente puso a consideración de los miembros de la Mesa Directiva un proyecto de dictamen sobre los tratados internacionales y la supremacía de la Constitución Nacional, ante la doctrina judicial sustentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en las causas "Arancibia Clavel" (que motivó el dictamen de esta Corporación de fecha 7 de diciembre de 2004), "Espósito" y "Simón", en las que el Alto Tribunal se pronunció a favor de la primacía de los tratados y convenciones de derechos humanos sobre la Constitución Nacional. El Presidente informó que se reunió con los doctores Eduardo Aguirre Obarrio y Jorge R. Vanossi para la redacción de un borrador, y añadió que luego se pidió la opinión de los doctores Horacio A. García Belsunce, Gregorio Badeni y Juan R. Aguirre Lanari. Puesto a consideración de la Mesa Directiva, y luego de un intercambio de opiniones, sus integrantes aprobaron el proyecto de dictamen y resolvieron elevarlo al plenario para su estudio, de lo que se informa en el punto VIII de esta Memoria.

Comisión de publicaciones

En la reunión del 27 de octubre el Presidente hizo saber a los miembros de la Mesa Directiva que, para cubrir la vacante como vocal de esa Comisión, producida por el fallecimiento del doctor Jorge A. Aja Espil, el Director de Publicaciones, académico doctor José D. Ray, propuso designar al académico doctor Jaime L. Anaya. El plenario aprobó la nueva integración de la Comisión de publicaciones: Presidente, doctor José D. Ray; vocales, doctores Julio César Cueto Rúa y Jaime L. Anaya.

Contribución del Ministerio de Educación, Ciencia y Tecnología

En la reunión del 27 de octubre el Presidente leyó la nota del Ministerio de Educación, Ciencia y Tecnología, dando cuenta de un aumento de las transferencias que realiza a la Academia, y estimó sustancial el incremento recibido, de un 45% de la contribución mensual. Los miembros de la Mesa Directiva resolvieron contestar la nota y agradecer el interés demostrado por el señor subsecretario, licenciado Santos Horacio Fazio.

La independencia judicial

En la reunión del 22 de diciembre la Mesa Directiva analizó el proyecto de ley que modifica la integración del Consejo de la Magistratura y del Jurado

de Enjuiciamiento, que había sido objeto de media sanción por el H. Senado de la Nación. El Presidente advirtió que dicho proyecto había pasado a la H. Cámara de Diputados de la Nación, por lo que su sanción era inminente.

Añadió que era pertinente un pronunciamiento del cuerpo ajustado a la doctrina que en la materia se formuló oportunamente en los dictámenes del 31 de agosto de 1995 y del 25 de abril de 1996.

A tal efecto, informó que con el señor académico Vicepresidente, doctor Julio César Otaegui, lo redactaron, y que se solicitó la opinión de los restantes miembros de la Mesa Directiva.

Los presentes aprobaron el pronunciamiento, que fue puesto en conocimiento de los señores académicos, y enviado a medios de comunicación y revistas especializadas. El texto se transcribe en el punto VIII de esta Memoria.

III. SESIONES ORDINARIAS

Durante el período transcurrido se llevaron a cabo tres sesiones públicas y quince sesiones privadas, de las que se da cuenta en los subcapítulos siguientes.

Sesiones públicas

Incorporación del académico doctor Gregorio Badeni

El 22 de setiembre se recibió en sesión pública al nuevo académico titular doctor Gregorio Badeni. El Presidente reseñó la actuación del beneficiario, entregándole el diploma y la medalla que lo acreditan como miembro de número de la Corporación, y a continuación hizo su presentación el académico doctor Juan R. Aguirre Lanari. El doctor Badeni disertó sobre el tema "*Supremacía de la Constitución, jerarquía de los tratados internacionales e interpretación constitucional*".

Incorporación del académico correspondiente en Italia doctor Francesco Galgano

El 23 de setiembre el Cuerpo se reunió en sesión pública con el fin de recibir al señor académico correspondiente en Italia doctor Francesco Galgano. El Presidente se refirió a la relevancia del beneficiario e hizo entrega del diploma y la medalla que acreditan su carácter de miembro correspondiente de la Corporación.

A continuación hizo su presentación el académico doctor Julio César Rivera. El doctor Galgano habló acerca de "*La reforma del Derecho Societario en Italia*".

Incorporación del académico correspondiente en la República Federal de Alemania profesor doctor Rudolf Dolzer

El 6 de octubre se recibió en sesión pública al académico correspondiente en la República Federal de Alemania profesor doctor Rudolf Dolzer. El Presidente reseñó la actuación del beneficiario, entregándole el diploma y la medalla que lo acreditan como académico correspondiente de la Corporación, y a continuación hizo su presentación el académico doctor Roberto E. Guyer. El doctor Dolzer disertó sobre el tema "*La Dimensión Legal Internacional de la Globalización Económica*".

Sesiones privadas

En las sesiones privadas celebradas en el año académico se ofrecieron comunicaciones a cargo de los integrantes del cuerpo, las que versaron sobre temas novedosos o de particular interés y/o complejidad y se complementaron con un agudo debate entre los asistentes. A ellas nos referiremos más adelante.

En las mismas fueron tratados asimismo temas de los que se informa en esta Memoria, obviando aquellos que ya han sido mencionados en el capítulo correspondiente a las reuniones de la Mesa Directiva. En su caso se ha hecho mención a su aprobación por el plenario académico, indicando la respectiva fecha de la sesión, por lo que se omite la referencia a la aprobación de determinadas consultas y/o declaraciones, aludidas en el capítulo VIII.

Homenaje conjunto de las academias nacionales al General Bartolomé Mitre al cumplirse el centenario de su muerte

En la reunión del 28 de abril el Presidente informó que recibió una nota de su par de la Academia Nacional de la Historia, doctor Miguel Angel De Marco, consultando acerca de la realización de un homenaje conjunto al prócer, a efectuarse el segundo martes de junio en esa Academia.

Dicho acto se concretó el 14 de junio y se refirieron a la personalidad del General Mitre los señores académicos Miguel Angel de Marco, por

la Academia Nacional de la Historia; Jorge Cruz, por la Academia de Letras; Juan R. Aguirre Lanari, por la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, y Enrique Mayocchi, por la Academia Nacional de Periodismo.

Origen de la Academia

En la reunión del 9 de junio el doctor Víctor Tau Anzoátegui se refirió al tema "¿Cuál es la fecha de creación de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires?" A su término, el doctor Horacio A. García Belsunce propuso que los académicos analicen los antecedentes presentados por el doctor Tau Anzoátegui, a fin de considerarlos en una sesión extraordinaria. Por su parte, el doctor Juan Carlos Cassagne sugirió que aquellos que deseen aportar sus opiniones las anticipen por escrito antes de esa reunión. El Presidente agregó que la fotocopia del expediente de la Academia abierto en la Inspección General de Justicia queda a disposición para su consulta, como así también todos los documentos con que cuenta la Academia, que han sido debidamente ordenados para facilitar su análisis. A pedido del Presidente, el plenario lo facultó para establecer la fecha de la aludida sesión extraordinaria.

En la reunión del 10 de noviembre el Presidente informó que recibió el trabajo del doctor Tau Anzoátegui sobre el origen de la Academia, obra que le ha permitido conocer dos publicaciones de la Academia Nacional de Ciencias Exactas, Físicas y Naturales que presentan aspectos comunes en la creación de ambas corporaciones, como así también la determinación de que el primer Presidente de esta Academia fue el doctor Manuel Obarrio, cuyo retrato no ha sido incorporado al recinto. Por tal motivo, luego de un cambio de ideas, se acordó hacer los trámites pertinentes ante la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires para obtener una reproducción del retrato del doctor Obarrio, todo ello con la conformidad de su descendiente, el académico doctor Eduardo Aguirre Obarrio. El Presidente agregó que, como se había determinado con anterioridad, el tema del origen de la Academia será tratado en una sesión extraordinaria a realizarse el año próximo.

Finalmente, en la reunión del 7 de diciembre se informó que el trabajo final elaborado por el doctor Tau Anzoátegui, junto con sus anexos, fue distribuido entre los ex presidentes y los miembros de la Mesa Directiva.

A continuación, se sometió el tema a consideración del plenario y, después de un intercambio de opiniones, se decidió confirmar el criterio adoptado: se distribuirá el trabajo del doctor Tau Anzoátegui, los académicos darán a conocer su opinión por escrito y, posteriormente, en 2006, se convocará a una sesión extraordinaria para tratar el tema. El doctor Tau Anzoátegui manifestó que su trabajo no es un dictamen sino una investigación sobre el origen de la Academia y una pequeña historia de los primeros tiempos.

Régimen previsional de los abogados creado en la Ciudad de Buenos Aires

En la sesión del 27 de octubre el Presidente informó sobre la nota presentada por el abogado Eugenio H. Cozzi al académico doctor Jaime L. Anaya, donde se cuestiona la forma, los medios y la puesta en ejecución del régimen establecido por la ley 1181, fundacional de la Caja de Seguridad Social de Abogados de Buenos Aires (Cassaba), recientemente reglamentada, y se sugiere la posibilidad de que la Academia dictamine sobre el particular. El Presidente agregó que encomendó su estudio al académico doctor Antonio Vázquez Vialard, a quien solicitó que informe al plenario sobre sus conclusiones. El nombrado expresó que no se trata de un asunto de seguridad social sino, básicamente, de un tema de derecho constitucional, referido a las facultades legislativas del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y a las facultades reglamentarias de Cassaba. Agregó el doctor Vázquez Vialard que no consideraba oportuno un pronunciamiento público de la Academia porque el tema no tiene entidad suficiente y porque el Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires ha interpuesto una demanda declarativa de inconstitucionalidad. Después de escuchar las opiniones de los académicos doctores Juan Carlos Cassagne y Horacio A. García Belsunce, el plenario decidió no emitir un dictamen sobre el tema.

Nota del académico doctor Augusto M. Morello sobre "Reafirmar la igualdad"

En la reunión del 27 de octubre se analizó la nota que se ha hecho circular entre los señores académicos y se manifestó que la opinión de la Mesa Directiva es que la mejor forma de canalizar las inquietudes expresadas en su texto es ponerlo en conocimiento de los directores de los institutos de la Academia, a fin de requerirles sus pronunciamientos según pautas precisas. El doctor Morello hizo diversas re-

flexiones sobre seguridad jurídica, libertad e igualdad y expresó la necesidad de que la Academia no deje de preocuparse por esta última. El doctor García Belsunce, por su parte, señaló que el contenido del documento es incuestionable como expresión de deseos, pero que sería necesario que los institutos aporten sugerencias acerca de medidas concretas para salir de la situación actual. El doctor Julio H. G. Olivera agregó que sería útil una declaración de principios que incluyera al amor a la igualdad como una virtud republicana. El plenario aprobó la sugerencia de la Mesa Directiva de remitir la cuestión a todos los institutos y solicitarles que se pronuncien según las pautas señaladas.

Al 31 de diciembre se recibieron por secretaría dos respuestas, del director del Instituto de Derecho Constitucional, doctor Juan R. Aguirre Lanari, y del doctor José D. Ray, en su carácter de director del Instituto de Derecho de la Navegación.

V Congreso Iberoamericano de Academias de Derecho

En la reunión del 7 de diciembre el Presidente informó que los días 23 al 26 de noviembre se llevó a cabo el V Congreso Iberoamericano de Academias de Derecho en la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, Zaragoza, España, que tuvo como temas la "Problemática jurídica de los movimientos migratorios" y "Medidas de protección de las personas mayores".

Añadió que asistió, en representación de la Corporación, la académica doctora Aída R. Kemelmajer de Carlucci, quien disertó sobre "*Algunos aspectos relativos a la protección de los ancianos en la jurisprudencia argentina*". También concurrió el doctor Santos Cifuentes, que habló acerca de "*La capacidad y el living will (autotutela o autocuratela)*".

El Presidente hizo saber a los presentes que la doctora Kemelmajer de Carlucci envió una nota por la que informó acerca del encuentro y sobre su participación en representación de la Academia. A continuación, el doctor Cifuentes brindó detalles de su desarrollo. Por otra parte, le agradeció que hiciera llegar, con destino a la biblioteca de la Corporación, dos publicaciones de la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación: una edición facsímil de los Estatutos de la Academia de Jurisprudencia Práctica de la ciudad de Zaragoza de 1773, y el Anuario 2002, 2003 y 2004.

Distinción al académico ex Presidente doctor Horacio A. García Belsunce

En la sesión privada del 11 de noviembre de 2004, el señor académico doctor Horacio A. García Belsunce recibió, en su carácter de ex Presidente de la Corporación, una medalla como testimonio del desempeño del cargo.

En esa ocasión, el doctor Alberto Rodríguez Galán expresó:

"Señores académicos:

"La Mesa Directiva presidida por el doctor Horacio A. García Belsunce instituyó una medalla para ser entregada a los ex presidentes, como testimonio del desempeño del cargo.

"La recibieron los académicos doctores Segundo V. Linares Quintana, Federico N. Videla Escalada, José D. Ray y nuestro inolvidable Roberto Martínez Ruiz.

"Hoy la recibirá el académico doctor Horacio A. García Belsunce.

"Al cumplir con este mandato, no puedo menos que reiterarle las expresiones que formulé al cesar en sus funciones, y esta medalla hoy simboliza la gratitud de la Corporación por su idoneidad, su entrega, el acierto y la dignidad con que la presidió.

"Nuevamente, muchas gracias, doctor Horacio A. García Belsunce."

El doctor García Belsunce agradeció afectuosamente la distinción recibida.

Comunicaciones

En las sesiones ordinarias privadas de las que nos ocupamos en este subcapítulo han ofrecido comunicaciones los académicos titulares sobre los temas que se indican a continuación:

14 de abril: *"Una lectura de la sociedad que vivimos"*, por Augusto M. Morello.

28 de abril: *"Análisis de la declaración de inconstitucionalidad de la LRT (ley 24.522) y del proyecto del nuevo régimen: Ley de prevención, salud y seguridad laboral"*, por Antonio Vázquez Vialard.

12 de mayo: *"Centenario de la Asociación Argentina de Derecho Marítimo. Internacionalismo y unificación"*, por José D. Ray.

26 de mayo: *"La Constitución Nacional de 1826: una fuente señera y permanente"*, por Jorge R. Vanossi.

9 de junio: *"¿Cuál es la fecha de creación de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires?"*, por Víctor Tau Anzoátegui.

23 de junio: *"El principio de precaución en un documento de la UNESCO"*, por Aída R. Kemelmajer de Carlucci.

14 de julio: *"El cambio pacífico en la carta de las Naciones Unidas"*, por Roberto E. Guyer.

28 de julio: *"Prescripción de la acción penal"*, por Eduardo Aguirre Obarrio.

11 de agosto: *"Sobre el origen hispánico del sistema judicialista y de otras instituciones"*, por Juan Carlos Cassagne.

25 de agosto: *"El 'principal pagador' en el Derecho Civil y en el Derecho Comercial"*, por Félix A. Trigo Represas y Jaime L. Anaya.

8 de setiembre: *"La sociedad externa"*, por Julio César Otaegui.

27 de octubre: *"La buena fe y la titulación como desmitificadoras de las llamadas legitimación y fe pública registral"*, por Jorge H. Alterini.

10 de noviembre: *"Régimen jurídico de la capacidad de las personas"*, por Santos Cifuentes.

24 de noviembre: *"Estado actual del arbitraje en la República Argentina"*, por Julio César Rivera.

IV. DUELO DE LA ACADEMIA

Fernando J. López de Zavalía

El día 3 de enero falleció el doctor Fernando J. López de Zavalía, académico correspondiente en San Miguel de Tucumán desde el año 1976, que honró a esta Academia con sus reconocidos méritos y su prestigio. La Presidencia dictó la resolución de honores, disponiendo enviar una nota de pésame a la familia, publicar un aviso en el diario La Nación, que dio

cuenta de su fallecimiento, y rendir homenaje al académico en la sesión privada del 14 de abril. En esa ocasión los asistentes a la sesión guardaron de pie un minuto de silencio en homenaje al eminente académico fallecido.

Manuel Río

El día 7 de agosto falleció el doctor Manuel Río, académico titular desde el año 1963, y académico emérito desde el año 1984, quien prestigió a la Academia con sus dotes de filósofo y jurista. El Presidente dictó la resolución de honores, por la que dispuso publicar un aviso en el diario La Nación, por el que se participó su fallecimiento, y rendir homenaje al doctor Río en la sesión privada del 11 de agosto. En esa oportunidad, el Presidente expresó su pesar por el fallecimiento del doctor Río con estas palabras:

"Señores académicos: Ha muerto Manuel Río, filósofo y jurista. Fue por sobre todo un ser superior. Se incorporó a nuestra casa como Académico titular el 27 de agosto de 1963. Sucedió en el sitial "Carlos Pellegrini" al doctor Adolfo Bioy y lo hizo con una comunicación cuyo título expresa su personalidad: "El contenido virtual de la justicia, la honra, la gratitud, la lealtad".

"Maestro por antonomasia, desde su cátedra de filosofía en el curso de ingreso de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires el doctor Río transmitía a sus alumnos, con una modestia singular, una espiritualidad sustentada por un saber profundo que nos conmovía y nos modelaba. Lo propio hacía en la Facultad de Filosofía de la misma Universidad al dictar, "Historia de la filosofía antigua y medieval" particularizada en el tema, "El Agustínismo medieval", alternancia que una vez más evidenciaba su alta calidad intelectual.

"Sobrevienen más tarde tiempos adversos, y abogará por causas nobles, en momentos en que la libertad es conculcada. Asume con el doctor Manuel V. Ordoñez la defensa del diario La Prensa en los procesos que culminaron con su clausura. Asiste a los prelados Monseñores Tato y Novoa con motivo de su expulsión del país, lo que origina su detención.

"Para entonces, ya había abandonado la enseñanza oficial por estimar que no era posible, en ese ámbito, expresar libremente su pensamiento. Continuará su magisterio en el campo privado y dictará un memorable curso de Historia Argentina, y más tarde otro sobre "Aristóteles" en el Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, que originó intervención policial con el consiguiente desconcierto de los asistentes. No obstante su dictado continuó hasta finalizar. Eran avatares de la época.

"En 1956 el gobierno provisional lo designa embajador de la República ante la Santa Sede y también alternará su eficaz e importante trabajo diplomático con el dictado de clases, invitado por diversas universidades europeas. Reelabora la edición argentina de su "Estudio sobre la libertad humana", la que es editada en 1961 en francés, con el título "Liberté: Choix, Amor, Création", para ser publicada en la Colección "Sagesse et Cultures", dirigida por Jacques Maritain, quien en su prólogo califica el libro de "...síntesis admirablemente constructiva, que sirva para esclarecer el problema de la libertad en la variedad de sus aspectos fundamentales". Más tarde, en 1969, nuestra institución publica la obra con una advertencia del autor en la que señala que la traducción francesa le dio ocasión para su revisión, incorporando recursos bibliográficos más amplios en Roma y en París, pero manteniendo la doctrina.

"Hace veinticinco años, al ocupar el sitial del doctor Río, por haber sido designado emérito manifesté: "Formulo votos para que el académico emérito Manuel Río siga prestando al mundo de la cultura, por muchos años, los valores de su conducta moral e intelectual".

"Así lo hizo, porque cumplió con su credo y con su patria. Con su credo por la fidelidad a su Iglesia, con su patria, por las generaciones que educó y formó, y por los servicios que le prestó desde el llano, por la vigencia de su libertad y de su Constitución y, desde el gobierno, como diplomático por la brillante gestión que ejerció.

"Pido, en su homenaje, unos instantes de silencio en su memoria."

Los asistentes a la sesión privada guardaron de pie un minuto de silencio en homenaje al eminente académico fallecido.

Jorge A. Aja Espil

El día 31 de agosto falleció el académico doctor Jorge A. Aja Espil, miembro de número desde el año 1984, que honrara a esta Academia con sus reconocidos méritos y su prestigio como constitucionalista. La Presidencia dictó la resolución de honores, disponiendo publicar un aviso en los diarios La Nación y Clarín, por el que se participó su fallecimiento, enviar una nota de pésame a la familia y una ofrenda floral, designar al señor académico presidente, doctor Alberto Rodríguez Galán, para hacer uso de la palabra en el acto de inhumación de sus restos, y rendir homenaje al ilustre académico en la sesión privada que se realizó el día 8 de setiembre. En esa oportunidad, los presentes guardaron un momento de silencio en memoria del doctor Aja Espil, y el Presidente solicitó la aprobación del plenario para incluir en el acta las palabras que, en nombre de la Acade-

mia, pronunció en el cementerio de La Recoleta el 1° de setiembre, día del sepelio. Así se resolvió:

"Como amigo de todas las horas y como testigo de su vida plena desde las aulas de la Universidad, vengo a despedir transido de dolor, a Jorge Aja Espil. Lo hago en nombre de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la que brilló por su pensamiento original y creativo, en el que no se sabía qué valorar más, si su calidad de jurista por la profundidad en el conocimiento del derecho o la del hombre, por el hondo sentido moral que conformaban y trasuntaban sus actos.

"Abogado, doctor en Jurisprudencia de la Universidad de Buenos Aires, con tesis recomendada al Premio Facultad, ejercerá la profesión en el reputado estudio de los doctores Felipe Espil, García Arias y Santos Muñoz, y comenzará su destacada carrera docente que, tras numerosos concursos, desde jefe de trabajos prácticos y profesor adjunto, culminará como profesor titular de Derecho Constitucional Argentino y Comparado.

"Por su inquietud intelectual y por su temprano prestigio como constitucionalista, es llamado por el gobierno del presidente Arturo Frondizi a prestar su asesoramiento al ministro del interior doctor Vítolo, y en tal carácter participa en la mentada interpelación del senador Alfredo L. Palacios al aludido ministro, debate donde se compatibilizó el talento del interpelado con la contribución certera del joven y sólido jurista.

"Pero a esa calidad Aja Espil unía una formación cultural explicitada en artículos y conferencias, en la dirección de un reputado diario de asuntos jurídicos, y en una permanente reafirmación en los medios, de su credo democrático.

"Sentía la democracia como una manera superior de convivencia, basada en la razón, en la libertad y en el sentido de servicio a su país. Y el constitucionalista trascenderá al campo internacional y devendrá en un hábil e informado diplomático.

"Embajador en Colombia, entre 1971 y 1973, su gestión trascendió en el tiempo, y fortaleció las relaciones mutuas, al punto tal que por muchos años se la recordaba con encomio en la intelectualidad política, diplomática y cultural de esa Nación, de la que regresa con la Gran Cruz de la Orden de Boyacá, máxima condecoración que la misma otorga, y como académico correspondiente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, amén de múltiples distinciones de organizaciones culturales de ese querido país. De ello puedo dar fe por haberlo sucedido en ese cargo nueve años después.

"Pero un desafío mayor le aguardaba en la diplomacia.

"En 1976 es designado Embajador Extraordinario y Plenipotenciario ante el gobierno de los Estados Unidos de América, función que ejercerá durante un lustro.

"Será el espectador, desde un sitio neurálgico, del mundo conflictivo de la guerra fría.

"Su recia formación intelectual, el respeto que concitó su nombre, – su tío el Embajador Felipe Espil de feliz memoria en la Casa Blanca –, importaba para Jorge un desafío que superará con el éxito de la fina inteligencia y experiencia que acreditaba.

"Se convertirá en un observador sagaz, cuyo resultado volcará más tarde en uno de sus libros más destacados "El mundo en la década del 80" y en numerosos artículos en diarios y publicaciones especializadas.

"Simultáneamente, extendía su presencia en diversas conferencias internacionales, e integraba como miembro argentino el Comité Jurídico Interamericano de Río de Janeiro, de la Organización de Estados Americanos (OEA) durante diecisiete años (1967-1984), del que fue vicepresidente y presidente durante diez.

"Y es ahí donde el jurista, unido al diplomático, confiere a la gestión una vez más autoridad y acierto y motivará que Aja Espil se convierta en un hombre de consulta conocido y respetado en todo el continente.

"Nunca vaciló en participar en desafíos, propios de los altos intereses que representaba y en defender los principios que regían su vida pública y privada, y nunca faltó a los compromisos que contraía en lo personal, como a su deber cuando los intereses públicos entraban en juego.

"Enseñó y defendió la Constitución histórica como el más acabado programa político de los argentinos. Sabía con Mitre que era el fruto de un largo y cruento peregrinar, por eso admiraba a los hombres de 1837 que la gestaron y a los de 1880 que construyeron el país sobre sus principios los que él, un hacedor, trató de imitar con los logros que nos deja.

"Por eso fue el arquetipo del ciudadano.

"Estudió el derecho. Enseñó el derecho, defendió el derecho en el campo privado y lo resguardó cuando fue llamado al ejercicio de altas funciones políticas y diplomáticas.

"Lo hizo con idoneidad y firmeza, con la misma firmeza y lealtad con las que supo mantener vivos vínculos entrañables con sus amigos, desde el llano o desde la cumbre, hoy testigos de su vida admirable y de la fortaleza con que asumió sus últimos momentos.

"Querido Jorge, descansa en la paz de los justos."

V HOMENAJES A ACADEMICOS FALLECIDOS

José María López Olaciregui

El 20 de mayo, los doctores José Eduardo Russo y Mario A. De Antoni, profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires e integrantes de la Comisión de ex alumnos del doctor José María López Olaciregui, organizaron un acto en homenaje al ex académico en el Salón Rojo de la Facultad. En esa oportunidad se refirió a la personalidad del doctor López Olaciregui, en nombre de la Academia, el doctor Santos Cifuentes. El texto de su disertación se publica en los Anales.

Abrió el acto su coordinador, el doctor José Eduardo Russo, e hicieron uso de la palabra, además, los doctores Mario A. De Antoni, Carlos Chevallier Boutell, Matilde Risolía y Diego López Olaciregui.

Cerró la ceremonia el señor Decano de la Facultad, doctor Atilio Alterini. El Presidente de la Academia, doctor Alberto Rodríguez Galán representó a la Corporación y, al informar del acto al plenario, destacó su complacencia por la calidad de las exposiciones y por la presencia de numerosos asistentes que acompañaron a la familia, a los discípulos y a los amigos del doctor López Olaciregui.

Isidoro Ruiz Moreno

El 12 de octubre la Corporación, junto con las Academias Nacionales de Ciencias de Buenos Aires y de Ciencias Morales y Políticas, se reunió en sesión pública conjunta de homenaje al doctor Isidoro Ruiz Moreno, ex presidente de la entidad, de cuyo nacimiento se cumplieron 100 años. Evocaron al recordado miembro de número de las tres instituciones los señores académicos doctores Horacio A. García Belsunce, por nuestra Academia, José D. Ray, por la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires, y Jorge R. Vanossi por la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas.

VI. PROVISION DE VACANTE DE ACADEMICO TITULAR

Con motivo del fallecimiento del doctor Germán J. Bidart Campos, que ocupaba el sitial que tiene como patrono al doctor Manuel Quintana, y de acuerdo con lo establecido en el art. 6 del Estatuto, fue designado académico titular el doctor Gregorio Badeni, presentado oportunamente por los académicos titulares doctores Juan R. Aguirre Lanari, Jorge A. Aja Espil,

Carlos M. Muñiz y Jorge R. Vanossi. La designación tuvo lugar en la sesión privada del 12 de mayo y el nuevo académico se incorporó en un acto público del que se da cuenta en el punto III de esta Memoria.

VII. DESIGNACION DE ACADEMICO CORRESPONDIENTE

Federico Carpi

En la sesión privada del 12 de mayo la Academia designó académico correspondiente en Italia al doctor Federico Carpi, que fuera oportunamente presentado por los académicos titulares doctores José D. Ray, Horacio A. García Belsunce, Lino E. Palacio y Augusto M. Morello.

Gaspar Ariño Ortiz

En la sesión privada del 11 de agosto la Corporación designó académico correspondiente en España al profesor Gaspar Ariño Ortiz, presentado por los académicos titulares doctores Antonio Vázquez Vialard, Julio César Rivera, Jorge R. Vanossi y Lino E. Palacio.

Marcelo G. Kohen

En la sesión privada del 25 de agosto la Academia designó académico correspondiente en Suiza al doctor Marcelo G. Kohen, propuesto por los académicos titulares doctores Hugo Caminos, Jorge R. Vanossi, Horacio A. García Belsunce y Juan R. Aguirre Lanari.

Francesco Galgano

En la sesión privada del 25 de agosto la Corporación designó académico correspondiente en Italia al profesor Francesco Galgano, que fuera presentado por los académicos titulares doctores Augusto M. Morello, Aída R. Kemelmajer de Carlucci, Julio César Rivera y Héctor Alegria. El doctor Galgano fue recibido en sesión pública el 23 de setiembre, como se informa en el capítulo III de esta Memoria.

Giovanna Visintini

En la sesión privada del 25 de agosto la Corporación designó académica correspondiente en Italia a la profesora Giovanna Visintini, que fuera presentada por los académicos titulares doctores Augusto M. Morello, Aída R. Kemelmajer de Carlucci, Julio César Rivera y Héctor Alegria.

VIII. DECLARACIONES, CONSULTAS Y DICTAMENES

Proyecto de Ley de Registro Unico de Sociedades

En la reunión de Mesa Directiva del 14 de abril sus integrantes analizaron los trabajos que hicieron llegar los señores académicos doctores Julio César Otaegui y Juan Carlos Cassagne sobre el proyecto de Ley de Registro Unico de Sociedades, a raíz de una nota presentada oportunamente por el señor académico doctor Julio César Rivera, y resolvieron recomendar al plenario que se redacte un texto que recoja las consideraciones de ambos textos.

En la sesión privada de ese mismo día los académicos presentes acordaron encomendar a la Mesa Directiva la elaboración de un único dictamen y hacerlo llegar a las comisiones de Legislación General y de Asuntos Constitucionales de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación.

Á continuación se transcribe el texto del dictamen:

"Buenos Aires, 25 de abril de 2005

*"Señor Presidente de la H. Cámara
de Diputados de la Nación*

D. Eduardo Camaño

S _____ / _____ D

"Señor Presidente:

"Tenemos el agrado de dirigirnos a usted con objeto de hacerle llegar un dictamen de esta Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires sobre el Proyecto de Ley sobre Registros Nacionales de Sociedades por Acciones, Sociedades Extranjeras, Asociaciones Civiles, Fundaciones y Sociedades No Accionarias, a fin de que sea elevado – salvo mejor opinión del señor Presidente –, para su consideración, a las Comisiones de Legislación General, de Asuntos Constitucionales, de Justicia y de Presupuesto y Hacienda de esa H. Cámara.

"Lo hacemos en virtud de lo dispuesto en el art. 2º, inc. 3) del Estatuto de esta Academia, que reza: "Son sus fines (...) propender al progreso del país mediante el perfeccionamiento de su régimen legal", y como una colaboración a la labor de la H. Cámara.

"El Proyecto de Ley aprobado inicialmente por esa H. Cámara de Diputados concuerda con el art. 8 de la ley 19.550 de Sociedades Comerciales y no afecta los poderes no delegados por las provincias por lo que respeta el art. 121 de la Constitución Nacional.

"El H. Senado de la Nación aprobó dicho Proyecto de Ley con modificaciones en los artículos 12 y 10, y lo devolvió a Diputados, según lo establece el art. 81 de la Constitución Nacional.

"La modificación del artículo 12 contraría a la Constitución Nacional, artículos 75 inc.12 y 121, puesto que:

"1) La segunda parte del art. 12 dispone que la inscripción de las sociedades constituidas en el extranjero y sus modificatorias se sujetarán en materia de control, reglamentación y registración a la normativa y competencia exclusiva y excluyente de la Inspección General de Justicia que es un organismo con jurisdicción en la Capital Federal y el entonces Territorio Nacional de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur (ley 22.315 arts. 1, 20, 21).

"2) La registración de las sociedades comerciales hace al tráfico mercantil y está regulada en el Código de Comercio, artículo 36, inc. 3) y en la Ley 19.550 de Sociedades Comerciales, arts. 5, 6, 7 y 167, ley que integra el Código de Comercio según el artículo 384 de la misma.

"3) La Constitución de 1994 en su art. 75, inc. 12 prescribe que corresponde al Congreso dictar los Códigos y entre ellos el de Comercio sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones.

"4) La Constitución de 1853/60 en su art. 67, inc. 11 disponía de igual forma, y la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de conformidad con el texto y con la doctrina de 1860, ha declarado reiteradamente que las provincias conservan el poder de aplicar dentro de sus respectivas jurisdicciones dichos códigos (González Calderón, Juan A., "Curso de Derecho Constitucional", p. 679, Buenos Aires, Editorial Guillermo Kraft Ltda. 1943).

"Consecuentemente la modificación que sustrae a las provincias la registración mercantil es inconstitucional.

"5) El art. 121 de la Constitución de 1994 prescribe que las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno Federal y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación, norma igual a la del art. 104 de la Constitución de 1853/1860.

"Corresponde destacar que las provincias, en uso de sus poderes no delegados, han creado reparticiones administrativas a las que les han asignado las funciones de registración, previstas en el art. 5 de la ley 19.550, y también de fiscalización de cierto tipo de sociedades (1). Lo mismo hizo el legislador nacional mediante la ley 22.315 al crear la Inspección General de Justicia

(1) Así lo hizo la Provincia de Bs. As. Mediante el decreto-ley 8671/76 y sus modificaciones, de creación de la Dirección Provincial de Personas Jurídicas.

como autoridad de aplicación de dicha normativa en el ámbito de la Capital Federal y respecto del entonces Territorio Nacional de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur.

"En igual sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en un pronunciamiento dictado el 6 de agosto de 1956, en los autos: "Cía. Azucarera Ingenio Cruz Alta S.A. c/Provincia de Tucumán" (2), aceptó la constitucionalidad respecto de la normativa local que disponía no dar curso a ninguna gestión promovida ante reparticiones de la administración provincial por sociedades anónimas y toda otra persona jurídica que no figurasen inscriptas en el Registro de la Inspección de Sociedades e imponía un tributo a la constitución y prórroga de sociedades que alcanzaba a las sociedades existentes cuando inscribieran los contratos pertinentes. A juicio del alto tribunal dichas normas locales se justificaban "por la necesidad de organizar y asegurar el eficaz y permanente 'control' de las sociedades anónimas que funcionan en la Provincia".

"En consecuencia, la modificación que priva a las provincias de poder no delegado es inconstitucional.

"6) En el debate se adujo a favor de la reforma del art. 12 del Proyecto que la Constitución de 1994, en su art. 75, inc. 13, dispone que incumbe al Congreso reglar el comercio con las naciones extranjeras y de las provincias entre sí y en su artículo 126 que las provincias no ejercen el poder delegado a la Nación.

"Normas similares tenía la Constitución de 1853/60 en sus artículos 67, inc. 12 y 126.

"Tal argumento es inconducente porque la registración mercantil en el país para actuar en el mismo es ajena al comercio con las naciones extranjeras.

"Una aplicación generalizada de ese precepto conduciría a federalizar, en desmedro de las facultades locales, no sólo los casos de registración de sociedades extranjeras, sino también las de origen nacional, ya que todas ellas en el giro de su actividad pueden desarrollar actividades económicas interprovinciales o internacionales. Ello sería un error. Es que debe distinguirse la regulación concerniente al control de la sociedad, de carácter provincial, de la correspondiente a los diferentes negocios o actividades que se lleven a cabo.

"Distinto es lo que ocurre respecto del control de las sociedades por acciones que hacen oferta pública de sus títulos-valores, pues en tal caso es razonable que ello esté centralizado en una única autoridad de carácter federal, como es la Comisión Nacional de Valores (3). La existencia de un mercado único y de

(2) Fallos: 235:517.

(3) Art. 1º, ley 22.169.

un claro supuesto de tráfico interjurisdiccional exigen dicha solución. No media en el caso avasallamiento a las autonomías provinciales, sino el legítimo ejercicio por parte del Gobierno Federal de facultades constitucionales propias.

"7) También en el debate se arguyó, a favor de la reforma, que las leyes 21.768 y 22.680 implicaron una delegación a las provincias de la organización de la registración mercantil, cuestión de incumbencia del Poder Legislativo, sin que ello fuera inconstitucional, por lo que tampoco es inconstitucional que el Poder Legislativo regule la registración comercial de las sociedades constituidas en el exterior.

"Dicho argumento es erróneo.

"Las leyes referidas modificaron el art. 34 del Código de Comercio, que atribuía el Registro Público de Comercio a los Tribunales de Comercio locales y dispusieron que en cada jurisdicción las leyes locales podían poner indistintamente el Registro Público de Comercio a cargo de un organismo judicial o administrativo.

"Empero las mismas no desplazaron la jurisdicción provincial sobre la registración.

"8) La tercera parte de dicho artículo 12 faculta a la Inspección General de Justicia, en ejercicio de sus funciones en materia de sociedades constituidas en el extranjero, para dictar las reglamentaciones pertinentes y exigir a las sociedades la reglamentación necesaria para verificar el debido cumplimiento de la ley conforme a su actuación en cada caso.

"Esto merece la observación anterior pues sustrae materia mercantil a las provincias.

"Por otra parte, la modificación del artículo 10 del Proyecto de Ley confiere a la Inspección General de Justicia la función de autoridad de aplicación de la ley con facultades reglamentarias.

"Tal delegación legislativa debe ajustarse al art. 76 de la Constitución Nacional que dispone: "Se prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, salvo en materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca. La caducidad resultante del transcurso del plazo previsto en el párrafo anterior no importará revisión de las relaciones jurídicas nacidas al amparo de las normas dictadas en consecuencia de la delegación legislativa".

"Saludamos al señor Presidente de la H. Cámara de Diputados de la Nación con distinguida consideración.

"Jorge H. Alterini
"Académico Secretario

Alberto Rodríguez Galán
Académico Presidente"

En la sesión del 12 de mayo el doctor Jorge R. Vanossi pidió la palabra y brindó un informe sobre el tratamiento en las comisiones de la H. Cámara de Diputados del Proyecto de Ley sobre Registros Nacionales de Sociedades por Acciones, Sociedades Extranjeras, Asociaciones Civiles, Fundaciones y Sociedades No Accionarias, acerca del cual la Academia emitió su opinión.

Secretaría de Cultura de la Nación

En la sesión del 14 de abril el Presidente informó sobre una consulta de la Secretaría de Cultura de la Nación sobre el pedido de reconocimiento como academia nacional de la Academia de Ciencias del Ambiente. Advirtió que, en 1988, ante un pedido similar, la posición del cuerpo fue que no debe accederse porque la Academia solicitante tiene por fin el estudio de ciertas realidades que entran en lo que es objeto de estudio por parte de otras academias nacionales. El plenario resolvió remitirse a ese texto para responder la consulta, con la nota que se transcribe a continuación:

"Buenos Aires, 14 de febrero de 2005

*"Señor Subsecretario de Cultura
de la Secretaría de Cultura de la Nación
Doctor José María Paolantonio*

"De mi consideración:

"Tengo el agrado de dirigirme al señor subsecretario en respuesta a su nota por la que solicita la intervención de esta Academia en relación con el pedido de la Academia Argentina de Ciencias del Ambiente de ser reconocida e incluida dentro del régimen del decreto-ley N° 4362/55, como Academia Nacional.

"En el año 1988 esta Academia recibió una consulta de esa Secretaría, también respecto de una solicitud similar de la Academia Argentina de Ciencias del Ambiente. Por esa razón debo remitirme al texto de nuestra respuesta en esa ocasión, de fecha 10 de junio de 1988, cuya fotocopia adjunto, en el sentido de que no debe accederse a dicho pedido porque la Academia solicitante tiene por fin el estudio de ciertas realidades que entran dentro de lo que es objeto de estudio por parte de otras academias nacionales.

"Lo saludo atentamente.

*"Alberto Rodríguez Galán
"Académico Presidente"*

Academia de Ciencias Sociales de Mendoza. Solicitud de ser reconocida e incluida dentro del régimen del Decreto Ley N° 4362/55

En la sesión privada del 14 de abril el Presidente dio lectura a la nota recibida de la Secretaría de Cultura de la Nación donde da cuenta de una solicitud de la Academia de Ciencias Sociales de Mendoza para ser reconocida e incluida dentro del régimen del Decreto Ley N° 4362/55. Agregó que se pidió a esa institución mayor información sobre sus actividades, material que fue recibido oportunamente. Sometido el tema a consideración de los señores académicos, se resolvió distribuir copia del estatuto y de la nómina de los integrantes de esa institución para su análisis y tratar el tema en la próxima sesión privada.

En la reunión del 28 de abril y atento a las conclusiones del debate originado en la sesión anterior, se acordó mantener la línea sostenida por la Academia, en el sentido de que no debe accederse a la creación de nuevas academias nacionales cuyas actividades estén comprendidas en las de las academias existentes, y así hacerlo saber a la Secretaría de Cultura de la Nación. No obstante, también se acordó, respecto de la academia presentante, que debe destacarse el prestigio intelectual y ético de sus integrantes.

El plenario aprobó la propuesta sometida a su consideración en los términos que se transcriben:

"Buenos Aires, 2 de mayo de 2005

*"Señor Subsecretario de Cultura
de la Secretaría de Cultura de la Nación
Doctor José María Paolantonio*

Ref. /Expte. S. C. N° 5757/04

"Tenemos el agrado de dirigimos al señor Subsecretario en respuesta a su nota del 7 de enero, por la que solicita la intervención de esta Corporación a efectos de que esa Secretaría evalúe el pedido de la Academia de Ciencias Sociales de Mendoza de ser reconocida e incluida dentro del régimen del decreto-ley N° 4362/55, como Academia Nacional.

"De acuerdo con el criterio sustentado en anteriores oportunidades, consideramos que la creación de nuevas academias nacionales cuyas actividades estén comprendidas en las de las academias existentes conlleva una seria duplicación en el estudio de las correspondientes disciplinas y una inconveniente proliferación de corporaciones académicas en el orden nacional.

"Por estas razones, esta Academia ha resuelto expresar su opinión adversa a la solicitud formulada por la Academia de Ciencias Sociales de Mendoza, no obstante reconocer el prestigio intelectual y ético de sus integrantes.

"Saludamos al señor Subsecretario atentamente.

*"Juan Carlos Cassagne
"Académico Secretario*

*Alberto Rodríguez Galán
"Académico Presidente"*

Dictamen sobre "Los Tratados Internacionales y la Supremacía de la Constitución Nacional"

El 25 de agosto el Presidente puso a consideración de los miembros de la Mesa Directiva un proyecto de dictamen sobre "Los Tratados Internacionales y la Supremacía de la Constitución Nacional" que fuera oportunamente distribuido, ante la doctrina sustentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en las causas "Arancibia Clavel" (que motivó el dictamen de esta Corporación de fecha 7 de diciembre de 2004), "Espósito" y "Simón", en las que el Alto Tribunal se pronunció a favor de la primacía de los tratados y convenciones de derechos humanos sobre la Constitución Nacional.

El Presidente informó que se reunió con los doctores Aguirre Obarrio y Vanossi para la redacción de un proyecto, y añadió que luego se requirió las opiniones de los doctores García Belsunce, Badeni y Aguirre Lanari. Puesto a consideración de la Mesa Directiva, sus integrantes aprobaron el proyecto y resolvieron elevarlo al plenario de ese mismo día para su resolución. En la sesión privada el doctor Rodríguez Galán hizo presente que los doctores Vanossi, Aguirre Obarrio, Cassagne, García Belsunce, Badeni y Aguirre Lanari colaboraron con él para establecer los fundamentos del proyecto que aprobó la Mesa Directiva y que ha sido distribuido a todos los asistentes a la reunión. Expresó el Presidente que el proyecto de dictamen consta de una introducción y cuatro puntos que fueron consensuados por la Mesa Directiva y los académicos mencionados.

A continuación, el doctor García Belsunce señaló que en la opinión que hizo llegar a la Mesa Directiva sugirió que se agregue un punto, el quinto, en el que se mencione que la doctrina judicial que asigna primacía a los tratados de derechos humanos y a la costumbre internacional sobre las normas de la Constitución Nacional implica conculcar su artículo 31.

Luego de un cambio de opiniones del que participaron los doctores Rodríguez Galán, García Belsunce, Vanossi, Aguirre Obarrio, Otaegui, Ro-

dríguez Varela, Cifuentes, Morello, Badeni, Cassagne y Alegria, el Cuerpo resolvió aprobar el dictamen sobre los tratados internacionales y la supremacía de la Constitución Nacional, con la inclusión del punto sugerido por el doctor García Belsunce, y encomendar a la Mesa Directiva que se le dé la más amplia publicidad, por los medios que juzgue más convenientes.

A continuación se transcribe el dictamen:

“Ante la doctrina judicial sustentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en las causas “Arancibia Clavel” (que motivó el dictamen de esta Corporación de fecha 7 de diciembre de 2004), “Espósito” y “Simón”, en las que el Alto Tribunal se pronunció a favor de la primacía de los tratados y convenciones de derechos humanos sobre la Constitución Nacional, la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires considera necesario expresar su opinión y dictamina:

“1. El Art. 75, inc. 22° párrafo de la Constitución Nacional establece que los tratados y convenciones de derechos humanos que allí se mencionan tienen jerarquía constitucional, pero siempre que cumplan tres requisitos:

“a) En las condiciones de su vigencia (reservas y cláusulas interpretativas que introdujo el gobierno argentino en el momento de su ratificación).

“b) No derogan ningún artículo de la primera parte de la Constitución.

“c) Sólo pueden tomarse como complemento de los derechos y garantías constitucionales para la interpretación de los mismos. Tanto es así que, en el seno de la Convención Constituyente de 1994, la Comisión de Integración y Tratados Internacionales había redactado un proyecto por el que daba primacía absoluta a los tratados por sobre el derecho interno, es decir que establecía el suprainternacionalismo. Pero fue cambiado por el texto del Art. 75, inc. 22 vigente. Este, obviamente, tiene una redacción muy distinta a la del proyecto de la Comisión de Integración y Tratados Internacionales.

“2. El Art. 27 de la Constitución Nacional no ha sido derogado ni se encuentra subordinado a los tratados internacionales. Por otra parte, los propios tratados de derechos humanos enumerados en el Art. 75, inc. 22 2° párrafo establecen los principios de legalidad, irretroactividad de la ley penal, ley penal más benigna, cosa juzgada, derechos adquiridos, etc. Más aún, uno de ellos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ha dado jerarquía constitucional al principio de ley penal más benigna, que hasta entonces sólo tenía nivel legal (Art. 2 del Código Penal).

“3. Los principios de legalidad, irretroactividad de la ley penal, ley penal más benigna, cosa juzgada, derechos adquiridos, no sólo están en el texto de la Constitución Nacional, sino en su espíritu y, más aún, constituyen la esencia

del constitucionalismo clásico de los siglos XVIII y XIX. Principios que no han sido modificados por las etapas posteriores del constitucionalismo, que tienen varios siglos de vigencia y que nunca han sido cuestionados.

"4. La Convención sobre imprescriptibilidad de las penas, a la que en el año 2003 se le otorgó jerarquía constitucional, de conformidad con el Art. 75, inc. 22 3º párrafo de la Constitución Nacional, obtuvo esa calidad por el Congreso que, por emanar de un poder constituido, no puede alterar las prescripciones que la propia Constitución (poder constituyente) dispone que no se pueden derogar, entre las cuales se encuentran los principios de nuestro derecho público constitucional antes enunciados, cuyo rango es superior a tenor del Art. 27 de la Constitución Nacional.

"5. La doctrina judicial que asigna primacía a los tratados de derechos humanos y a la costumbre internacional sobre las normas de la Constitución Nacional implica conculcar su Art. 31, que establece el orden de prelación jurídica del sistema normativo argentino, y si aceptáramos que la reforma constitucional ha modificado dicho Art. 31, la reforma sería nula de nulidad absoluta, porque así lo disponen los arts. 6º y 7º de la ley 24.309 que convocó a la Convención reformadora y que disponen que ella no puede introducir modificación alguna en la primera parte de la Constitución (Arts. 1 al 35 inclusive), lo que así corresponde de lege ferenda."

Pronunciamiento sobre "La independencia judicial"

El 22 de diciembre, la Academia emitió un pronunciamiento sobre el que se informó en el punto II de esta Memoria. A continuación se transcribe el texto:

"LA INDEPENDENCIA JUDICIAL

"La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, ante los cambios en la integración del Consejo de la Magistratura y del Jurado de Enjuiciamiento, considera necesario manifestar:

"Con relación a la integración del Consejo de la Magistratura, al que incumbe nombrar los jueces y pedir su remoción, salvo los ministros de la Corte Suprema, la reducción de sus miembros es razonable, y así lo postuló la Academia en su declaración del 25 de abril de 1996; siempre que se respete el equilibrio que prevé la cláusula constitucional, lo que no ocurre en el caso.

"La Academia dijo en aquella ocasión que "para la integración del Consejo debe privar el criterio de idoneidad y de prescindencia política, resguardando la separación de poderes, lo que no se cumple si la mayoría de los miembros serán designados por los poderes políticos, quebrándose así el objetivo de

'asegurar la independencia de los jueces' que consagra el artículo 114, apartado 6, de la Constitución Nacional".

"Con el cambio se reduce el número total de miembros de 20 a 13, pero mientras que los representantes del Poder Legislativo y del Poder Ejecutivo bajan de ocho a seis, los de los jueces de cuatro a tres y los de los abogados de cuatro a dos; los académicos de dos a uno.

"Es harto relevante que el presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación deja de integrar el cuerpo, lo que no es adecuado, como ya dijo la Academia en agosto de 1995 al afirmar que "su presencia resguarda, como cabeza de poder, a la Corte Suprema de Justicia de la Nación – artículo 108 de la Constitución –, lo que hace necesario que el Consejo sea presidido por su titular".

"El equilibrio previsto en la Constitución ha desaparecido por el mayor peso de los políticos, en desmedro de los jueces y abogados.

"Con referencia a la modificación del Jurado de Enjuiciamiento, cabe tener en cuenta que el artículo 115 de la Constitución Nacional prevé una integración paritaria por tres estamentos, legisladores, magistrados y abogados de la matrícula.

"El cambio reduce el número de abogados, por lo que crea un desequilibrio, y además establece una designación por sorteo, que no es apropiada para una labor que exige idoneidad, moral y técnica, y experiencia.

"La inconstitucionalidad del cambio es palmaria frente a los artículos 114 y 115 de la Constitución Nacional.

"Criterios concordantes fueron sostenidos por la Excm. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y por prestigiosas organizaciones.

"Asimismo, el cambio es inconstitucional porque debilita al Poder Judicial ante los Poderes Políticos, lo que viola la forma republicana de gobierno prescripta en el artículo 1° de la Constitución.

*"Juan Carlos Cassagne
"Académico Secretario*

*Alberto Rodríguez Galán
"Académico Presidente"*

IX. INSTITUTOS

En la reunión de Mesa Directiva del 10 de febrero el Presidente dio cuenta de la renuncia presentada por el Subdirector del Instituto de Derecho Internacional Público, académico doctor Roberto Guyer, quien alegó razones personales. Los integrantes de la Mesa acordaron aceptar la renuncia presentada ad referendum de la decisión del plenario del día 14 de abril. En esa sesión, los académicos tomaron conocimiento de esa dimisión.

En la sesión del 14 de abril el Presidente se refirió a la solicitud del Director del Instituto de Derecho Constitucional, doctor Juan Ramón Aguirre Lanari, para que se designe como miembro de ese instituto al doctor Germán González Campaña, y de la propuesta del Director del Instituto de Derecho Civil, doctor Santos Cifuentes, de designar en ese Instituto a las doctoras Graciela Medina de Rivera, Delia Lipszyc y Noemí Nicolau y al doctor Carlos A. Villalba. El plenario aprobó esas designaciones hasta el 27 de mayo de 2007.

En la sesión del 9 de junio los miembros de la Mesa Directiva tomaron conocimiento de una nota del Director del Instituto de Derecho Constitucional, doctor Juan R. Aguirre Lanari, por la que propone designar Subdirector de ese Instituto al doctor Gregorio Badeni. El Presidente sometió el punto a consideración del plenario, que designó al doctor Badeni como Subdirector del Instituto de Derecho Constitucional.

Los institutos de la Academia están integrados por los miembros que se detallan a continuación:

Instituto de Derecho Administrativo. Director: académico doctor Juan Carlos Cassagne. Integrantes: doctores Pedro Aberastury, Oscar Aguilar Valdez, Carlos A. Andreucci, Alberto B. Bianchi, Viviana Bonpland, Fernando A. Borio, Carlos A. Botassi, Fabián Canda, Luis A. Carello, Ezequiel Cassagne, Jorge E. Cermesoni, Pedro J.J. Coviello, Ignacio de la Riva, Horacio Diez, Ricardo T. Druetta, Marcelo Duffy, Julio C. Durand, Rodolfo E. Facio, Guillermo E. Fanelli Evans, Máximo J. Fonrouge, Pablo Gallegos Fedriani, Fernando García Pullés, Rafael González Arzac, Osvaldo Guglielmino, Tomás Hutchinson, Benigno Ildarraz, Miriam Ivanega, María del Carmen Jeanneret de Pérez Cortés, Fernando Juan Lima, Javier López Calderón, Ismael Mata, Pedro A. Miguens, Laura M. Monti, Jorge I. Muratorio, Mariana Ortíz de Zárate, Juan Carlos Pérez Bello, Pablo Esteban Perrino, Gerónimo Rocha Pereyra, Guillermo E. Rossi, Patricia Rota de Torres, Estela B. Sacristán, Jorge H. Sarmiento García, Guido S. Tawil, Daniela B. Ugolini, Javier Urrutigoity (h), Alejandro J. Uslenghi, y Carlos A. Zubiaur.

Instituto de Derecho Civil. Director: académico doctor Santos Cifuentes. Subdirector: académico doctor Julio César Rivera. Integrantes: académicos doctores Jorge H. Alterini, Aída Rosa Kemelmajer de Carlucci, Félix A. Trigo Represas, Federico N. Videla Escalada, y doctores Gustavo A. Bossert, Alberto J. Bueres, José Julián Carneiro, María Luisa Casas de Chamorro Vanasco, Manuel O. Cobas, Rubén Héctor Compagnucci de Caso, José M.

Gastaldi, Isidoro H. Goldenberg, Delia Lipszyc, Marcelo J. López Mesa, Graciela Medina de Rivera, Noemí Nicolau, Ernesto Nieto Blanc, Fernando A. Sagarna, Eduardo Sambrizzi, Rubén S. Stiglitz, José W. Tobías, Gabriela A. Vázquez, Carlos A. Villalba y Eduardo Zannoni.

Instituto de Derecho Constitucional. Director: académico doctor Juan R. Aguirre Lanari. Director Honorario: académico doctor Segundo V. Linares Quintana. Subdirector: académico doctor Gregorio Badeni. Integrantes: académicos doctores Carlos M. Bidegain, Juan Carlos Cassagne, Augusto M. Morello, Carlos M. Muñoz, Alberto Rodríguez Galán, Alberto Rodríguez Varela, Jorge R. Vanossi, y doctores Beatriz L. Alice, Gerardo Ancarola, Fernando N. Barrancos y Vedia, Alberto B. Bianchi, Antonio Castagno, Alberto R. Dalla Via, Rodolfo A. Díaz, Pedro J. Frías, Alberto M. García Lema, María Angélica Gelli, Germán González Campaña, Ricardo Haro, Gustavo M. Hornos, Félix R. Loñ, Antonio A. Martino, Miguel M. Padilla, Eugenio Luis Palazzo, Dardo Pérez Guilhou, Humberto Quiroga Lavié, Daniel Sabsay, Néstor P. Sagüés, Horacio J. Sanguinetti, Alfonso Santiago, Mario Serrafiero y Juan Vicente Sola.

Instituto de Derecho Empresarial. Director: académico doctor Héctor Alegria. Subdirector: académico doctor Antonio Vázquez Vialard. Integrantes: académicos doctores Jaime L. Anaya, Julio C. Otaegui, y doctores Edgardo M. Alberti, Miguel Araya, Emilio H. Bulló, Ignacio A. Escuti, Raúl A. Etcheverry, Horacio P. Fargosi, Mariano Gagliardo, Pedro M. Giraldi, Osvaldo Gómez Leo, Pablo D. Heredia, Edgar I. Jelonche, Jorge Labanca, Augusto Mallo Rivas, Rafael Manóvil, María Celia Marsili, Osvaldo J. Marzorati, Carlos S. Odriozola, Alicia M. Perugini, Ana Isabel Piaggi, Guillermo Enrique Ragazzi, Eduardo A. Roca, Carlos A. San Millán, Alicia J. Stratta, Angel Vergara del Carril e Inés Weinberg de Roca.

Instituto de Derecho Empresarial, Sección Derecho del Trabajo. Integrantes: académico doctor Antonio Vázquez Vialard y doctores Julio Caballero, Hugo R. Carcavallo, Juan A. Confalonieri (h), Susana Corradeti, Carlos A. Etala, Juan Carlos Fernández Humble, Ricardo Foglia, Lorenzo Gnecco, Adrián Goldin, Roberto Izquierdo, Osvaldo Maddaloni, Luis Ramírez Bosco, Noemí Rial, Alberto Rimoldi, Jorge Rodríguez Mancini, Julio César Simón y Mario E. Zuretti.

Instituto de Derecho Internacional Público. Director: académico doctor Hugo Caminos. Integrantes: académico doctor Roberto E. Guyer, y doctores Frida Armas Pflirter, Jean Michel Arrighi, Julio Barboza, Horacio Basabe, Antonio Caçado Trindade, Alberto Daverede, Lilian del Castillo de La-

borde, Eduardo Di Marco, Silvina González Napolitano, Hortensia Gutiérrez Posse, Marcelo G. Kohen, Gisela Makowsky, Ariel Mansi, Vicente Marotta Rangel, Osvaldo Mársico, Rafael Nieto Navia, Francisco Orrego Vicuña, Felipe Paolillo, Orlando Pulvirenti, Orlando R. Rebagliati, Gladys Sabia de Barberis, Edith L. Schellemborg, Pedro Villagra Delgado, Raúl Vinuesa, Dnmas Zlata de Clément y Alberto Luis Zuppi.

Instituto de Derecho Procesal. Director: académico doctor Lino E. Palacio. Subdirector: académico doctor Augusto M. Morello. Integrantes: académicos doctores Eduardo Aguirre Obarrio, Juan Carlos Cassagne y Jorge R. Vanossi, y doctores Miguel Angel Almeyra, Roland Arazi, Roberto O. Berizonce, Silvina Catucci, Juan P. Colerio, Eduardo De Lázari, Enrique M. Falcón, Osvaldo Gozañi, Juan Carlos Hitters, Mario E. Kaminker, Jorge Kielmanovich, Angela Ledesma, Oscar Martínez, Beatriz Martorello, Mario Masciotra, Carlos A. Nogueira, Eduardo A. Oteiza, Adolfo A. Rivas, Jorge A. Rojas, Ofelia Rosenkranz, Gualberto L. Sosa, Alberto J. Tessone, Carlos A. Vallefín y Alejandro Verdguer.

Instituto de Derecho de la Navegación. Director: académico doctor José D. Ray. Integrantes: doctores Jorge Arana Tagle, Graciela Arrola de Galandrini, Guillermo Bartoletti, Griselda Capaldo, Alberto Cappagli, Eduardo Cosentino, Osvaldo Costales, Diego Chami, Angela Donato, María de las Mercedes Esquivel, Oscar Fernández Brital, María Cecilia Gómez Masia, Martín Manzano, Agustín Rodríguez Jurado, Fernando Romero Carranza y Susana Talavera.

X. LABOR DE LOS INSTITUTOS

Los comentarios que siguen a continuación resultan de los respectivos informes elevados a la Presidencia por los académicos directores de cada uno de los institutos.

Instituto de Derecho Administrativo

Bajo la dirección del académico doctor Juan Carlos Cassagne, el Instituto de Derecho Administrativo llevó a cabo, durante el año, numerosas sesiones de trabajo en las cuales, entre todos sus integrantes, se examinaron diversas cuestiones vinculadas a esta rama del derecho público.

En la primera reunión del año, que se llevó a cabo el 19 de abril, el director del Instituto comunicó el plan de acción para el año 2005 y novedades

académicas, y efectuó una breve exposición sobre el proyecto de Ley de Procedimientos Administrativos de la Provincia de Santiago del Estero.

En la segunda reunión, realizada el 31 de mayo, el doctor Oscar Aguilar Valdez abordó el tema *"Asociación público – privada para el desarrollo de proyectos de infraestructura"*.

El 28 de junio el profesor venezolano Allan Randolph Brewer Carias expuso sobre el tema *"El proceso constitucional venezolano (1999 - 2005)"*.

En la reunión llevada a cabo el 30 de agosto hizo uso de la palabra el doctor Horacio P. Diez sobre el tema *"Régimen de contrataciones de la administración nacional aprobado por el decreto 1023/01"*.

En la reunión del 30 de septiembre el doctor Alberto B. Bianchi disertó sobre el tema *"La emergencia económica y la responsabilidad del Estado por los cambios introducidos en los contratos de concesión y licencia de los servicios públicos"*.

En la siguiente, el 18 de octubre, la comunicación estuvo a cargo del señor Iñigo Sanz Rubiales, profesor titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Valladolid, España, sobre el tema *"El principio de la confianza legítima"*.

En el mismo mes se organizó una nueva reunión, el día 25, en la que expuso el doctor Domenico Sorace, profesor ordinario de la Universidad de Florencia, Italia, sobre *"La responsabilidad del Estado por la actividad legislativa en el derecho italiano"*.

El 23 de noviembre, el Instituto organizó un acto público en el cual expuso el profesor alemán Hermann-Josef Blanke sobre el tema *"La responsabilidad del Estado en Alemania"*. El disertante fue presentado por el doctor Pedro Aberastury (h). El acto contó con la presencia, entre otros, de los profesores alemanes Karl-Peter Sommermann, Vicerrector y catedrático de Derecho Público en la Escuela Superior Alemana de Ciencias de la Administración Pública, Speyer, y Lippold Freilherr von Bredow, catedrático de Derecho Público en la Escuela Superior Alemana de Ciencias de la Administración Pública, Speyer.

En la última sesión del año, realizada el 13 de diciembre, el doctor Gerónimo Rocha Pereyra habló sobre *"Reflexiones acerca de la legitimación procesal de las asociaciones de usuarios y consumidores"*.

Instituto de Derecho Civil

Bajo la dirección del académico doctor Santos Cifuentes y la subdirección del académico doctor Julio César Rivera, el Instituto publicó una obra sobre el tema "*Vicios de la voluntad*". Los trabajos que la integraron fueron reunidos en un primer tomo con el número 10. La editorial La Ley programa ahora publicar un segundo tomo, con el aporte de los doctores José Julián Carneiro y Rubén S. Stiglitz, que no habían sido incluidos en el primero.

Los temas publicados fueron los siguientes: "*Teoría General de los vicios de la voluntad*", por el académico doctor Santos Cifuentes; "*Casos de incoincidencia entre la voluntad y la declaración*", por el doctor Rubén H. Compagnucci de Caso; "*El error de derecho en el Código Civil Argentino y en el Convenio N° 169 (O.I.T.) sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes*", por la doctora Gabriela A. Vázquez; "*El vicio de error y los requisitos de excusabilidad y reconocibilidad*", por el doctor Alberto J. Bueres; "*Divergencias entre la voluntad real y su declaración en el acto jurídico matrimonial*", por el doctor Eduardo A. Sambrizzi; "*La violencia como vicio de la voluntad*", por el doctor Marcelo J. López Mesa; "*La intimidación como vicio del consentimiento*", por el académico doctor Félix A. Trigo Represas; "*La lesión. Antecedentes históricos. El antiguo Derecho Español*", por la doctora María Luisa Casas de Chamorro Vanasco; "*A propósito de la lesión subjetiva*", por el doctor Manuel O. Cobas; "*Abuso de posición dominante*", por los doctores José W. Tobías e Isidoro H. Goldenberg.

La revista jurídica La Ley comunicó al doctor Cifuentes que ese material iba a ser publicado, previa autorización de sus autores, como nota de tapa en sucesivos suplementos diarios de la revista, a lo que prestó conformidad, no sólo porque la Editorial se hace cargo de todos los gastos de la publicación del libro pertinente, sino porque de esa forma sus autores gozan de una mayor difusión de su obra.

En dos reuniones efectuadas este año, la segunda el 3 de noviembre, se programó la realización de trabajos relacionados con "*La capacidad de las personas físicas*". Varios de los miembros del Instituto ya han entregado esos trabajos y otros han informado que lo harán próximamente. De esta forma se continúa con lo que ya es tradicional y fue la línea seguida por el doctor Roberto Martínez Ruiz, ex presidente de la Corporación y ex director del Instituto, a fin de dar cabida a las investigaciones de sus miembros y realizarlas por escrito.

Los trabajos programados se relacionan con la capacidad de las personas físicas. En tal sentido los temas previstos y que se desarrollarán son los siguientes: *"La capacidad del consorcio de propietarios de la ley 13.512 para adquirir bienes"*, por la doctora Gabriela A. Vázquez; *"Inhabilitados por prodigalidad"*, por el doctor Marcelo J. López Mesa; *"Incapacidades de derecho"*, por la doctora María Luisa Casas de Chamorro Vanasco; *"Capacidad de los menores en los espectáculos públicos y en el deporte"*, por la doctora Noemí Nicolau; *"Capacidad de los menores para decidir sobre tratamientos médicos en su persona"*, por el doctor Eduardo Sambrizzi; *"El autor menor de edad"*, por los doctores Delia Lipszyc y Carlos Villalba; *"Capacidad contractual y estudio y comparación entre legitimación y capacidad"*, por el doctor José María Gastaldi; *"Capacidad laboral"*, por el doctor Manuel Osvaldo Cobas; *"La capacidad frente a los actos ilícitos"*, por el académico doctor Félix A. Trigo Represas; *"La capacidad para comprar y vender"*, por el doctor Rubén H. Compagnucci de Caso; *"Capacidad jurídica y de obrar (capacidad y estado)"*, por el doctor José W. Tobías y *"Régimen general de la capacidad"*, por el académico doctor Santos Cifuentes. El doctor Rubén S. Stiglitz también participará con un trabajo, con tema a definir.

Instituto de Derecho Constitucional

Bajo la dirección del académico doctor Juan R. Aguirre Lanari, el Instituto desarrolló una importante labor académica durante las seis reuniones llevadas a cabo en el año, contando todas ellas con un buen nivel de asistencia de sus miembros.

Como en años anteriores, se priorizó el análisis de temas de actualidad, los que se abordaron con rigor científico, analizando las diversas posiciones doctrinarias y, en muchos casos, los fallos dictados por el más alto tribunal federal.

Se realizaron reuniones los días 26 de abril, 17 de mayo, 22 de junio, 23 de agosto, 20 de setiembre y 29 de noviembre. En la primera de ellas se efectuó un intercambio de opiniones con relación a la tarea a desarrollar en el curso del año, respecto de la materia de estudio y los miembros que tendrían a su cargo las exposiciones. Asimismo, el doctor Alberto Dalla Vía dio una muy interesante y fundada explicación de la ley de financiamiento de los partidos políticos.

El 17 de mayo el profesor Mario Serrafiero efectuó una versada exposición sobre el tema *"Reelección y elección presidencial"*. El doctor Alfonso

Santiago (h), en la reunión del 22 de junio, brindó una muy pormenorizada explicación sobre *"La responsabilidad política de los jueces por el contenido de sus sentencias"*. Con fecha 22 de agosto el doctor Juan Vicente Sola hizo un análisis exhaustivo del fallo recaído en la causa "Lariz Iriondo, Jesús María". El 23 de setiembre el doctor Gerardo Ancarola reflexionó sobre "La desmemoria como base de la transición hacia regímenes democráticos". En la última reunión del año, celebrada el 29 de noviembre, el doctor Rodolfo A. Díaz disertó sobre *"El derecho constitucional provincial"*.

Todas las exposiciones tuvieron un alto nivel, fueron sólidas, claras y motivaron la participación activa de los asistentes, quienes mediante citas de precedentes, observaciones puntuales y comentarios debidamente fundados, hicieron significativos y valiosos aportes.

Instituto de Derecho Empresarial

Bajo la dirección del académico doctor Héctor Alegria, las actividades del Instituto se cumplieron con la celebración de sesiones mensuales, iniciándose con la realizada el 31 de marzo, oportunidad en la que se planificaron las actividades del Instituto durante el año 2005, que cuenta con la incorporación como nuevos miembros de los doctores Alicia Perugini, Inés Weinberg de Roca, Horacio Fargosi y Pablo Heredia.

El 31 de marzo el doctor Emilio Bulló presentó un muy interesante trabajo sobre el tema *"El control de los aseguradores en la legislación argentina. La Superintendencia de Seguros de la Nación"*.

En dicha ocasión realizó un repaso sobre la evolución legislativa del control de los aseguradores en la legislación argentina hasta llegar a la ley 20.091 que rige en la actualidad la materia.

Se refirió luego a la dimensión del control estatal en materia de seguros, sus límites y la posibilidad de compartir parcial o totalmente dicho control con otras autoridades.

También hizo notar que la autoridad estatal ha propendido progresivamente a exceder los límites fijados en la ley a su marco de actuación, sobre todo en lo que respecta a las facultades de la autoridad de contralor para autorizar el funcionamiento de nuevas compañías de seguros.

Asimismo mencionó otras autoridades con funciones de control y diversas normas concurrentes. También expresó su preocupación respecto del tema de las inversiones como uno de los problemas acuciantes en la materia.

La exposición motivó el interés de los miembros del Instituto, generándose un amplio intercambio de ideas sobre diversas aristas de los planteos introducidos por el doctor Bulló, en el que participaron los académicos doctores Alegria y Otaegui, y los doctores Manóvil, Piaggi, Marzorati y Ragazzi.

En la sesión del mes de abril, el doctor Horacio Fargosi disertó sobre el tema "*Consideraciones sobre la reforma al régimen societario*".

A modo de introducción destacó la interrelación y diferencias existentes entre la economía y el derecho, poniendo de relieve la discontinuidad de la legislación societaria con la economía. En tal sentido, señaló que al momento de sancionarse la ley de sociedades comerciales 19.550 – año 1972 – el mundo se encontraba con una economía post-industrial, con predominio de una interacción entre capital y asalariados, y sin la gran volatilidad imperante en la actualidad. Y ello se reflejó en el juego de poderes internos que marca las relaciones entre el Directorio y la Asamblea.

Luego hizo notar que actualmente el centro de atención es la recurrencia al capital de riesgo, sin perjuicio de que haya regulación de las relaciones interorgánicas, citando las experiencias de la legislación societaria italiana, española y francesa, que a su vez ya han recogido la experiencia del derecho anglosajón.

Puntualizó que en el derecho italiano se ha operado una profunda reforma en el ámbito societario, que se focaliza en la autonomía estatutaria, previendo la posibilidad de utilización de las formas societarias que resulten más convenientes a la empresa salvo que haya recurrencia al ahorro público.

Otro de los temas sobre los que puso mayor énfasis es el del interés del grupo, su existencia, las relaciones intergrupales, con normas específicas de coordinación y regulación del grupo societario.

En suma, concluyó su exposición señalando que sería oportuno considerar la implementación de una reforma a la ley societaria más profunda que la proyectada.

La exposición suscitó una activa participación de los miembros del Instituto, y se generó un muy interesante intercambio de ideas y puntos de vista con relación a la temática abordada.

En mayo, el doctor Pablo Heredia expuso sobre un proyecto de ley de reforma a la ley de concursos y quiebras que ya tiene media sanción del Senado de la Nación. Se refirió en particular a los principales cambios que dicha reforma introduciría en el régimen vigente.

Con relación al pronto pago, expuso las novedades previstas y acotó que si bien compartía el criterio de que la decisión final que recaiga tendrá efectos de cosa juzgada material, consideraba prudente que entonces se confiriera expresamente a los demás acreedores la posibilidad de apelar la decisión que recaiga sobre el pedido de pronto pago.

También objetó que se previera los supuestos de temeridad o malicia como excepciones al principio de irresponsabilidad del trabajador por las costas en el trámite de pronto pago, apartándose del criterio objetivo de la derrota y con aparente olvido de que en los casos de temeridad o malicia procesales se aplican multas e intereses.

Expresó en cambio satisfacción porque se hubiere recogido el criterio sostenido en su momento por el juez Guillermo Mosso en punto a la forma en que se efectivizará el pronto pago en relación con el resultado de la explotación de la concursada.

Luego se refirió al nuevo art. 21 del proyecto, a su modo de ver la columna vertebral del proyecto, y cuyo sentido respaldó por entender que apunta a preservar el principio de los jueces naturales y a facilitar el acceso a la justicia al justiciable, y una mayor economía de gastos.

En particular puntualizó que la nueva norma modifica el momento inicial del fuero de atracción, estableciéndose el mismo a partir de la publicación de edictos; que las ejecuciones de garantías reales no se atraen al juzgado del concurso, recogiendo el criterio jurisprudencial actualmente imperante; y que sólo se suspenderá el remate de la cosa gravada o la adopción de medidas cautelares que impidan su uso por el deudor una vez que se acredite la presentación del pedido de verificación.

Asimismo abordó el tratamiento del proyecto a los procesos de conocimiento en trámite, y a la posibilidad de iniciar nuevas acciones laborales.

Reparó luego en que por aplicación de lo dispuesto en los arts. 21 y 56 proyectados, la sentencia que pudiese dictarse ante el tribunal de su radicación originaria servirá como título verificadorio, mas no como pronunciamiento verificadorio, en línea con el criterio sustentado por la Corte Suprema de Justicia en el caso "Collón Curá".

Señaló después la novedad prevista en el nuevo art. 56, en relación con la verificación tardía, en virtud de la cual si se siguieren juicios fuera de la sede del concurso, una vez obtenida sentencia firme, el acreedor tendrá 6 meses para hacerla valer en el concurso, agregando que no está claro si dicho plazo es de prescripción o de caducidad.

Destacó que se modifican en el proyecto los efectos de la suspensión que provoca el Acuerdo Preventivo Extrajudicial, previstos en el art. 52, siguiendo el criterio sustentado por la Sala C en el caso "Microómnibus Norte".

Tras su exposición, se generó un rico intercambio de ideas entre los asistentes, con intervenciones de los académicos doctores Alegria y Otaegui, y el doctor Ignacio Escuti.

El doctor Edgardo M. Alberti expuso en la sesión de junio sobre el tema "*Reflexiones sobre el orden público en el exequátur a propósito de la reciente sentencia de la Cámara Comercial en el caso 'OGDEN'*", del 20 de septiembre de 2004.

Abordó en primer lugar el concepto de orden público, y observó que se trata en nuestra comunidad jurídica de una norma abierta cuyo contenido es cambiante según las circunstancias del caso que se presente.

Luego opinó que en nuestro medio no existe una práctica consolidada en la aplicación del trámite de exequátur de sentencias extranjeras, y que aquí se regula como un tema de derecho procesal, lo que tiene apoyo en el derecho positivo, ya que es regulación privativa de las legislaciones procesales locales.

Analizó a continuación la norma del art. 517 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Especial consideración realizó respecto a que dicha norma no aclara si la referencia al orden público allí contenida remite al orden público internacional, o al orden público interno.

Tras referir brevemente los antecedentes del fallo comentado de la Sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, hizo mérito de que el tribunal realizó un control de idoneidad del laudo arbitral bajo revisión, ingresando en el examen de las costas excesivas y de la inadecuación lógica entre la solución sustancial dada al caso y el régimen de costas del laudo. Recordó que el fallo vio afectados el derecho de acceso a la justicia y a la debida fundamentación de las decisiones jurisdiccionales.

La solución comentada, acotó el doctor Alberti, propiciaría, como eventual reacción, que en el futuro los tribunales extranjeros apliquen arraigo cuando nacionales argentinos litiguen ante aquéllos. Apuntó además que se plantea la paradoja de que el derecho argentino acepta la imposición de costas al vencedor, que es justamente la solución que la Cámara no aceptó respecto del laudo en comentario, y que el régimen de costas es materia ajena al recurso extraordinario, según inveterada doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Finalmente postuló que el fallo en cuestión no constituye un precedente, porque el recurso extraordinario fue rechazado.

La acabada exposición del doctor Alberti motivó un nutrido intercambio de ideas entre los asistentes, siendo de destacar la intervención del doctor Etcheverry en cuanto sostuvo que el caso podría considerarse un supuesto de arbitrariedad y no tanto bajo el criterio de afectación del orden público.

En el mes de agosto el Instituto realizó una sesión pública en la que el doctor Mariano Gagliardo disertó sobre las *"Reformas varias y pendientes en materia de Sociedades Anónimas"*.

La exposición se centró en identificar algunos de los problemas relativos a las reformas societarias que se debaten en el ámbito del Derecho Mercantil nacional e internacional.

Empezó por señalar que en un lapso relativamente breve, el mundo asistió a dos grandes acontecimientos, que transformaron la economía mundial a través de sendos procesos irreversibles: la revolución industrial, y la globalización.

Y en ese proceso, la sociedad anónima se ha ido adaptando con su estructura jurídica a las diversas necesidades de la realidad económica y social. En ese sentido, y en particular, ponderó los logros de la ley de

sociedades comerciales 19.550, en su texto ordenado según decreto 841/84 comprensivo también de la reforma de la ley 22.903 y algunas otras entidades menores.

Destacó la labor de las comisiones redactoras intervinientes, que tuvieron un espíritu de unidad sistemática intelectualmente exteriorizada en las normas dictadas, las que reflejan un genuino realismo; lenguaje común; claridad; concisión; flexibilidad y persistencia en las tradiciones institucionales.

Luego se refirió al Anteproyecto de reforma a dicha ley societaria elaborado por la Comisión integrada por el académico doctor Jaime L. Anaya, y los doctores Raúl A. Etcheverry y Salvador D. Bergel ponderando su realismo, aguda penetración en las soluciones proyectadas en función de los problemas vigentes y las bases firmes con que se recurre a la experiencia para convenir en una adecuada normativa con visión de futuro, destacando en particular algunas de las innovaciones del mismo: la consagración de la sociedad unipersonal para el tipo de sociedad anónima y sociedad de responsabilidad limitada con adecuadas consideraciones en otros preceptos del Anteproyecto; la precisión de las convenciones parasociales; actualización del régimen de participaciones societarias en otra sociedad; adecuado tratamiento de la responsabilidad por la apariencia; incorporación de nuevas pautas y actualización del precepto relativo al buen hombre de negocios; reglamentación del régimen de los aportes irrevocables; extensión de matices y alternativas en el dispositivo relativo a la transmisibilidad de acciones; adaptación a las nuevas exigencias de las previsiones respecto del obrar del directorio y sus proyecciones; acertada inclusión de pautas relativas al arbitraje en materia de conflictos societarios, etc.

También delineó una serie de preceptos a proyectar, a saber, prever los subtipos sociales que proceden de la autonomía estatutaria cuando dentro del género identificado por el tipo se distinguen internamente situaciones específicas que implican una regulación diferenciada; la conveniencia u oportunidad de introducir de manera general para todas las sociedades las llamadas acciones de ahorro sin voto y con privilegios económicos.

Otros aspectos que consideró de interés son el número máximo de puestos que una persona puede ocupar en un mismo directorio, actuando de manera contemporánea como miembro titular y suplente; la variedad de supuestos de separación de los directores de sociedades anónimas; el

análisis de la conveniencia o no de aceptar la configuración como sociedad de cualquier ente asociativo, ya sea con finalidad lucrativa, ya sea con cualquier otro propósito; y el instituto de la cooptación como una alternativa para las vacantes anticipadas en el directorio.

Finalmente se refirió a las variadas tendencias de reformas legislativas del derecho comparado, particularmente en el derecho societario italiano, alemán y español, y al gobierno corporativo con el marcado propósito de presentar a la consideración general, aquellas instituciones jurídicas susceptibles de resultar compatibles y aplicables en nuestro ámbito, teniendo en cuenta los debidos condicionamientos del medio local.

Para la sesión del mes de setiembre, fue invitado el doctor Carlos A. Molina Sandoval para exponer sobre el tema *"El arbitraje en la dinámica del conflicto societario y su especial aplicación en los grupos societarios"*.

El expositor comenzó por reseñar la legislación comparada existente sobre el arbitraje societario, mencionando particularmente la reciente sanción de normativa sobre la materia en Chile -2004- e Italia -2003-.

Luego refirió sucintamente las normas existentes en nuestro país sobre el arbitraje societario, entre las que mencionó una resolución de la Inspección General de Justicia que admitió el recurso al arbitraje societario como cláusula estatutaria para dirimir conflictos entre socios, luego comentó el art. 38 del decreto 677/01, e hizo referencia finalmente al texto proyectado de reforma al art. 154 de la ley de sociedades, que también contiene una previsión sobre arbitraje.

Asimismo, destacó la importancia de delinear los límites a la materia arbitrable en el ámbito societario, generándose un interesante cambio de ideas con relación a la arbitralidad de las cuestiones relacionadas con los balances.

El tema tratado motivó un gran interés en los miembros del Instituto que asistieron a la reunión, y un intercambio de opiniones, en el que el académico doctores Alegria y los doctores Jelonche y Marzorati expusieron sus puntos de vista sobre la rica temática abordada.

El tema *"Aspectos jurídicos de la denominada emergencia económica"* fue abordado por el doctor Augusto Mallo Rivas en la última sesión del año del Instituto, llevada a cabo en el mes de octubre.

El expositor planteó que lo vivido en la Argentina a fines de 2001 y principios de 2002 fue más un colapso de la economía nacional, antes que un estado de emergencia el que, recordó, ya se encontraba el país con el dictado de la ley 25.344, luego prorrogada por un decreto presidencial por el término de un año.

Hizo luego un prolijo repaso por la historia de la emergencia en la Argentina en la doctrina de la Corte Suprema de Justicia, y relacionó la evolución de dicha doctrina en los últimos años con la reforma constitucional del año 1994, que criticó por quebrar el equilibrio de poderes previsto en la Constitución Nacional de 1853.

También analizó el tratamiento dado a la emergencia bajo los últimos gobiernos constitucionales del doctor Carlos Menem y del doctor Fernando de la Rúa, para finalizar con la legislación de emergencia sancionada a principios de 2002.

En vistas a las experiencias vividas en el país, estimó que si una crisis económica es previsible, las medidas deben ser tomadas con la necesaria intervención del Congreso Nacional, a modo de contrapeso frente al aval que en forma recurrente en los últimos tiempos se ha dado desde el más Alto Tribunal a la actuación presidencial en la emergencia.

También postuló que sería deseable prever un sistema jurídico del régimen de emergencia. En ese sentido, señaló que varios países sudamericanos como Chile, Brasil, Colombia y Venezuela tienen reglamentada la competencia y facultades del Presidente de la Nación sobre la base de la doctrina del dominio eminente, lo que permite que coexistan una "Constitución normal" y una "Constitución de la crisis".

La lograda exposición del doctor Mallo Rivas generó un gran interés entre los asistentes, lo que llevó al director del Instituto a solicitarle al conferenciante que considerase la posibilidad de volver a disertar sobre el tema en sesión pública, en el año 2006.

Sección Derecho del Trabajo del Instituto de Derecho Empresarial

Bajo la dirección del académico doctor Antonio Vázquez Vialard, esta sección comenzó sus actividades en el mes de marzo y las finalizó en noviembre.

Se realizaron reuniones mensuales 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:

1° de marzo, "*Núcleos centrales del proyecto de reforma de la Ley de Riesgos de Trabajo*", por el doctor Raúl H. Ojeda.

El 3 de mayo, "*Judicialización de las controversias en materia de derecho colectivo*", por el doctor Jorge Rodríguez Mancini.

El 7 de junio, "*Medios jurídicos para combatir el desempleo*", por el doctor Carlos Alberto Etala.

El 5 de julio, "*Hacia una versión realista de las relaciones laborales*", por el doctor Alberto Rimoldi.

El 2 de agosto, "*Formas de flexibilización que se da en algunos países de Europa*", por la doctora Susana Corradeti.

El 6 de setiembre, "*Fallo de la CNAT, Sala VI, Asociación del Personal Superior del Congreso de la Nación c/Ministerio de Trabajo s/Ley de Asociaciones Profesionales, publicado en T y SS 05-526*", por el doctor Hugo Carcavallo.

El 4 de octubre, "*Pautas características del sistema jubilatorio. Proporcionalidad y movilidad del haber*", por el doctor Luis Ramírez Bosco.

El 8 de noviembre, "*Descentralización y grupos económicos - Filialización*", por el doctor Lorenzo Gnecco.

Instituto de Derecho Internacional Público

Bajo la dirección del académico doctor Hugo Caminos el Instituto realizó varias sesiones que tuvieron como objetivo - en el primer trimestre - definir y adoptar el método de trabajo. Al respecto, fueron consideradas

distintas propuestas tendientes a lograr una metodología que permita realizar un estudio serio de los temas elegidos, como la mayor participación de los miembros. Como resultado de este debate preliminar, se aceptó una propuesta del director consistente en la elección de un relator especial por cada tema, cuya tarea sería la preparación de un primer informe sobre los alcances doctrinarios y jurisprudenciales del tema y de un cuestionario para ser sometido a los miembros del Instituto. Sobre la base de las respuestas al cuestionario y de su debate, el relator elaboraría un segundo informe que, a su vez, sería objeto de consideración en el plenario. El resultado final consistiría en la redacción de un informe con las conclusiones de la investigación y las recomendaciones adoptadas. El método antedicho se inspira en el que sigue el Institut de Droit International.

Se propusieron varios temas de investigación que fueron analizados teniendo como meta dos cuestiones esenciales: a) que el tema fuese original y signifique un aporte a la disciplina del derecho internacional público; b) que se trate de un estudio de interés para el desarrollo de la ciencia del derecho en el país y de su eventual aplicación para la evolución del derecho internacional público.

Sobre las bases antedichas se eligieron dos temas centrales: "*Nacionalidad de los buques*" y "*Análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en relación con el derecho internacional público*". En una sesión ulterior se constituyeron los respectivos grupos de trabajo, siendo designadas como relatoras especiales las doctoras Frida Armas Pflirter y Gladys Sabia de Barberis respectivamente.

Los grupos se reunieron en varias ocasiones definiéndose el marco doctrinario y el cuestionario de cada uno de los dos temas que deberán ser sometidos a los miembros del instituto.

En la última sesión de trabajo, realizada el 6 de diciembre, las relatoras especiales expusieron su labor preliminar y se adoptaron los documentos arriba mencionados, lo cual permitirá comenzar la tarea de investigación.

Asimismo, se resolvió continuar con estos trabajos y celebrar la próxima reunión plenaria el 19 de abril de 2006. Además, se incorporó un tercer tema de investigación: "*La evolución del concepto de amenaza a la paz en la práctica del Consejo de Seguridad*", y fue designado como relator especial el doctor Osvaldo Mársico.

Finalmente, corresponde mencionar el acto público organizado por el Instituto el 6 de julio, en el que disertó el profesor doctor Marcelo G. Kohen, catedrático del Derecho Internacional Público del prestigioso Instituto Universitario de Altos Estudios Internacionales de Ginebra, Suiza, sobre el tema "*La práctica y la teoría de las fuentes del derecho internacional*". El orador fue presentado por el director del Instituto en una sesión pública que contó con la asistencia de miembros de la Academia y de profesores de la materia.

Instituto de Derecho de la Navegación

Con la dirección del académico doctor José Domingo Ray el Instituto realizó las siguientes actividades:

Los miembros del Instituto concretaron sus trabajos en la Conferencia con la que se celebró el Centenario de la Asociación Argentina de Derecho Marítimo y sobre el Convenio de Montreal referente al Transporte Aeronáutico.

En el mes de mayo el académico doctor Ray se refirió a la fundación del Comité Marítimo Internacional y a la rama nacional creada por el ex académico de la Corporación Estanislao Zeballos en 1905, en una comunicación que llevó el título "*El internacionalismo y la uniformidad del Derecho Marítimo*".

Los trabajos que se presentaron y comentaron en la Conferencia mencionada se publicarán en la Revista de la Asociación Argentina de Derecho Marítimo en 2006.

En la última reunión del Instituto se estableció como tema de trabajo para el año próximo la responsabilidad en derecho marítimo y aeronáutico y las causales de exoneración y limitación.

Finalmente, con respecto al régimen de becas y trabajos en los institutos y sobre el acceso a la igualdad, iniciativas del doctor Augusto M. Morello, el Instituto hizo conocer su punto de vista, sobre lo que se informa en los puntos II y III, respectivamente, de esta Memoria.

Instituto de Derecho Procesal

Bajo la dirección del académico doctor Lino E. Palacio y la subdirección del académico doctor Augusto M. Morello el Instituto centró su actividad

en torno de los procesos colectivos que era el tema dominante en el XXII Congreso Nacional de Derecho Procesal celebrado en Mendoza los días 22 al 24 de septiembre de 2005.

En orden a esta temática el doctor Pablo Grillo Ciocchini expuso sobre el informe preliminar y los aspectos más trascendentes, que se refieren a la legitimación, prueba, efectos de la sentencia, poderes y deberes de los jueces, variaciones sobre la cosa juzgada y una línea de política legislativa y judicial que cuenta con el respaldo del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y una trabajada elaboración de los colegas brasileños respecto de la cual se han formulado criteriosas aportaciones sin omitir en el derecho comparado el régimen de las acciones de clase de la legislación estadounidense.

En los debates intervinieron los doctores Alejandro Verdaguer, Alberto Tessone y Eduardo Oteiza quienes, desde diversas ópticas, llevaron a cabo criteriosas observaciones que luego en Mendoza y con los mismos partícipes posibilitaron conclusiones que serán de la máxima utilidad.

Sobre los desarrollos de ese evento presentará una crónica documentada el profesor de la Universidad del Salvador doctor Mario Masciotra.

Corresponde destacar que el mayor número de integrantes del Instituto ha realizado una intensa actividad docente y participativa en numerosos eventos universitarios al igual que el que normalmente lleva a cabo en Mar del Plata la asociación Amigos del Derecho Procesal que centró su estudio en rededor de las medidas cautelares, cuestiones actuales, temática del libro homenaje al doctor Axel Bremberg que, bajo la dirección del académico doctor Morello, publicará la Editorial La Ley en el mes de febrero de 2006.

En el mes de noviembre se llevó a cabo el tercer encuentro, con participación de un buen número de sus miembros, en Mar del Plata, en donde se abordó como eje temático cuestiones modernas de la prueba.

Finalmente, el Instituto ha programado la publicación de un tomo de *Estudios* de los señores académicos, desde el año 1994 al presente, que responderá al título "*La justicia y la enseñanza del Derecho. Aportes para su reforma*". Fue entregada el 4 de noviembre ppdo. a la Editorial La Ley y se estima que verá la luz en el mes de marzo de 2006.

XI. REUNION CONJUNTA CON LA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CORDOBA

Los días 13 y 14 de octubre tuvo lugar, en nuestra sede, la XVI Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y de Buenos Aires, que tuvo como tema "El derecho de la salud". El discurso inaugural estuvo a cargo del doctor Alberto Rodríguez Galán quien, luego de dar la bienvenida a los académicos de Córdoba y destacar la relación entre ambas corporaciones, disertó sobre la significación y contenido del tema a tratarse. Las exposiciones de los señores académicos que hablaron en la primera jornada se detallan a continuación:

Doctor Olsen A. Ghirardi: *"La persona humana y el derecho a la salud"*.

Doctor Augusto M. Morello: *"El rol del amparo en la frontera de la salud"*.

Doctor Antonio María Hernández: *"Reflexiones constitucionales sobre el derecho a la salud"*.

Doctor Juan Carlos Cassagne: *"Derecho a la salud y el derecho de huelga"*.

El viernes 14 de octubre, en tanto, expusieron los señores académicos doctores:

Doctor Juan Carlos Palmero: *"Genoma e intimidad"*.

Doctor Alberto Rodríguez Varela: *"La persona por nacer frente al derecho de la salud"*.

Doctor Félix A. Trigo Represas: *"La responsabilidad civil de los establecimientos asistenciales"*.

Doctora Aída R. Kemelmajer de Carlucci: *"Nuevos perfiles de la responsabilidad médica. Análisis comparativo de la ley francesa de 2002 y la jurisprudencia argentina"*.

La clausura estuvo a cargo del señor académico Presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, doctor Olsen A. Ghirardi.

En agasajo a los académicos visitantes se realizó una comida en el Salón Dorado del Jockey Club, que fue ofrecida por el académico Presidente, doctor Alberto Rodríguez Galán.

Luego de la Reunión Conjunta, el doctor Olsen A. Ghirardi hizo llegar una nota a la Corporación en la que expresó su agradecimiento "más ferviente por las atenciones recibidas" durante las jornadas, felicitó a la Academia por la "eficaz organización" del encuentro, y destacó el "éxito obtenido dadas las admirables exposiciones realizadas y el profundo debate efectuado".

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 académicos titulares doctores José D. Ray, Horacio A. García Belsunce, Santos Cifuentes, Antonio Vázquez Vialard y Víctor Tau Anzoátegui.

En la sesión del 10 de noviembre el Presidente hizo saber que el plazo para que el jurado eleve su dictamen vencía el 9 de diciembre y que cuatro de sus integrantes, doctores García Belsunce, Cifuentes, Tau Anzoátegui y Vázquez Vialard, presentes en esa sesión, solicitaron una prórroga hasta el 9 de abril para expedirse, debido al número inusual de obras recibidas, que en esta ocasión son veintiocho. El Cuerpo concedió la prórroga solicitada.

Premio Estímulo Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires

Para el premio del rubro la Academia decidió en sesión privada elegir el tema titulado "Globalización y regionalización" y designó para integrar el jurado a los académicos titulares doctores Augusto M. Morello, Jaime L. Anaya, Jorge R. Vanossi, Jorge H. Alterini y Roberto E. Guyer.

El plazo para la presentación de los trabajos vencerá el día 2 de junio de 2006.

Premio Miguel S. Marienhoff

En la sesión del 28 de julio el Presidente informó al plenario acerca de la iniciativa del académico secretario, doctor Juan Carlos Cassagne, de instituir un premio en memoria del doctor Miguel S. Marienhoff y dio lectura a los considerandos de la Resolución proyectada para ese fin. El doctor Julio H. G. Olivera pidió la palabra para solicitar que se mencione en esa

resolución, además, el valioso dictamen del doctor Marienhoff acerca de la naturaleza jurídica de las academias. El plenario aprobó la institución del Premio con el agregado sugerido por el doctor Olivera.

Posteriormente, la doctora Rosario Marienhoff, hija del ex académico titular doctor Miguel S. Marienhoff, hizo llegar una nota por la que agradeció la comunicación de la resolución N° 3/2005 de la Academia por la que instituyó el premio en memoria de su padre, y lo propio hizo la doctora Patricia Marienhoff, asimismo hija del ex académico titular, con un texto por el que agradeció a la Academia la creación del premio, y al doctor Juan Carlos Cassagne, la donación de la medalla objeto de la distinción.

La primera convocatoria al Premio, con el correspondiente llamado a concurso, se realizará durante el primer semestre del año 2007.

Premio Rodríguez Ribas

En la reunión del 14 de julio la Mesa Directiva consideró los proyectos redactados por el doctor Augusto M. Morello para instituir el Premio Rodríguez Ribas y decidió someter el tema al plenario. En una sesión privada que se llevó ese mismo día, el Presidente solicitó la opinión de los académicos sobre los textos que se distribuyeron entre los presentes. Luego de intercambiar ideas, los proyectos quedaron aprobados.

La primera convocatoria al Premio, con el correspondiente llamado a concurso, se realizará durante el año 2007.

XIII. BIBLIOTECA

El día 30 de junio venció el contrato de locación de obra de la bibliotecaria, doctora María Luz Rezk, quien, el 28 de julio hizo llegar una nota por la que informó que a esa fecha restaba imprimir los catálogos por temas y por autor, el tema "a/Publicaciones", y completar fichas para el fichero manual.

Posteriormente, en la reunión de Mesa Directiva del 11 de agosto el Presidente puso en conocimiento de los presentes la respuesta del señor académico doctor Antonio Vázquez Vialard a la consulta realizada sobre la situación de la doctora Rezk. Luego de un intercambio de opiniones, y sobre la base de la respuesta del doctor Vázquez Vialard, la Mesa Directiva resolvió comunicar a la doctora Rezk que concluyó su contrato de loca-

ción de obra, agradecer el informe de las tareas pendientes e informar al plenario lo decidido.

El 27 de octubre el Presidente informó que la doctora Rezk entregó carpetas y disquetes con el catálogo de la biblioteca.

Después de la última sesión del año, el 26 de diciembre se recibió una carta documento por la cual la doctora Rezk formula diversas intimaciones relacionadas con su situación contractual.

XIV. PUBLICACIONES

Como en años anteriores, "La Ley Sociedad Anónima Editora e Impresora" continúa editando las publicaciones de la Academia, los Anales, las separatas correspondientes a los trabajos de los académicos y las obras que integran la colección de la Corporación.

Durante el corriente año se han publicado separatas de las conferencias y comunicaciones de los señores académicos mencionadas en el capítulo IV que antecede y, además, se han publicado las siguientes obras: "Anales" número 42; "Los vicios de la voluntad", obra número 10 del Instituto de Derecho Civil; "Evolución del derecho de los grupos de sociedades", del doctor Rafael Manóvil y "Algunas reflexiones sobre el alcance de la protección de las inversiones en el marco de los tratados firmados por la Argentina", del doctor Osvaldo Marzorati, ambos del Instituto de Derecho Empresarial.

La Academia agradece a "La Ley S. A. Editora e Impresora" su valiosa colaboración en la difusión de la labor de la Corporación.

XV. DISTINCIONES Y LABOR EXTRA - ACADEMICA DE LOS SEÑORES ACADEMICOS

El doctor Juan R. Aguirre Lanari fue designado presidente de la "Comisión de Homenaje a Bartolomé Mitre en el Centenario de su desaparición 1906-2006", y miembro correspondiente de la Academia Chilena de Ciencias Sociales, Políticas y Morales.

Asimismo, el doctor Aguirre Lanari hizo uso de la palabra, en representación de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, en el acto conjunto de homenaje al General Bartolomé Mitre, que se llevó a cabo el 14 de junio en la Academia Nacional de la Historia.

El doctor Eduardo Aguirre Obarrio recibió el "Premio Justicia 2005" que entregó la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales (UCES).

El doctor Héctor Alegria habló sobre "*El derecho concursal frente a crisis sistémicas: breve panorama actual y evolución de la interpretación en Argentina*", en el I Congreso Internacional de Derecho Comercial y de los Negocios, organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires; acerca de "*Acuerdos privados*", en ocasión de celebrarse el Primer Congreso Hispanoamericano de Derecho Concursal, en Barranquilla, Colombia; participó de la XLI Conferencia de la Federación Internacional de Abogados y en las IX Jornadas Rioplatenses de Derecho, organizadas por el Colegio de Abogados de San Isidro y el Colegio de Abogados de Uruguay (R.O.U.), en donde actuó como integrante del comité académico.

Además, el doctor Alegria fue designado árbitro por la Cámara de Comercio Internacional (International Chamber of Commerce), en el arbitraje 13518/CCO, se desempeñó como profesor de la Maestría en Magistratura de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, y dictó conferencias en esa casa de Altos Estudios, en la Universidad del Museo Social Argentino, en la Universidad Católica Argentina, en la Universidad Argentina de la Empresa y en la Universidad Austral, entre otras.

Finalmente, el doctor Alegria publicó artículos sobre "*La nueva ley de concursos brasileña*", en el Suplemento de Concursos y Quiebras, a su cargo, de Editorial La Ley; acerca del "*Contrato de consultoría*", en la Revista de Derecho Privado y Comunitario, de la editorial Rubinzal - Culzoni, y sobre "*Perfiles actuales del derecho concursal*", en el suplemento especial "70 Aniversario" de La Ley, entre otros.

El doctor Jorge H. Alterini condujo la delegación argentina que participó del Congreso Internacional de Derecho Registral convocado por el Centro Internacional de Derecho Registral (CINDER), que tuvo lugar en Fortaleza, Brasil.

El doctor Jaime L. Anaya concluyó el Anteproyecto de reformas a la Ley de Sociedades 19.550, cuyo texto se entregó al Ministerio de Justicia a fines de abril. Además, expuso en el Primer Congreso de Derecho Comercial y de los Negocios, donde disertó sobre "*La prospectiva del Derecho Societario*", y en el Tercer Congreso Iberoamericano de Derecho Civil sobre "*Las Sociedades Externas*", entre otros.

El doctor Anaya también publicó un trabajo en *El Derecho* sobre "*Nacionalidad de las sociedades y estatuto personal de las sociedades comerciales*".

El doctor Gregorio Badeni fue designado Presidente de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, miembro de número de la Academia Nacional de Periodismo, y miembro correspondiente de la Academia Chilena de Ciencias Sociales, Políticas y Morales.

Además, el doctor Badeni recibió el Diploma de Honor como Benemérito de la Cultura otorgado por la Academia Argentina de Artes y Ciencias de la Comunicación

Durante el corriente año el doctor Badeni publicó el libro "*Doctrina de la real malicia*", y brindó conferencias en el Rotary Club de Buenos Aires, sobre "*El sistema constitucional argentino*"; en el Club Universitario de Buenos Aires, sobre "*El sistema político*"; en el Centro Internacional para Periodistas (ICFJ), San José de Costa Rica, sobre "*Marcos legales de la libertad de expresión a nivel internacional y local*"; y en el encuentro de la Sociedad Interamericana de Prensa (SIP), que tuvo lugar en Buenos Aires, sobre "*Papel del abogado en los medios de prensa*", entre otras.

Además, publicó artículos en los diarios *La Nación*, *La Prensa* y *Perfil*, de Buenos Aires, y en el diario jurídico *La Ley*, entre otros.

El doctor Carlos M. Bidegain fue designado miembro correspondiente de la Academia Chilena de Ciencias Sociales, Políticas y Morales.

El doctor Hugo Caminos participó de la 44° Sesión de la Organización Legal Consultiva Asiática-Africana, en Nairobi, Kenia y asistió, en Cracovia, Polonia, a la 73° sesión bianual del Institut de Droit International.

También dictó un curso en el Instituto de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de Salónica, Grecia, y participó de reuniones del Tribunal Internacional del Derecho del Mar, en Hamburgo, y del homenaje en memoria del egiptólogo Ricardo A. Caminos, bajo los auspicios de la Embajada Argentina en Londres y de la Egypt Exploration Society del Reino Unido.

El doctor Santos Cifuentes participó del V Congreso Iberoamericano de Academias de Derecho, en Zaragoza, España.

Brindó conferencias en la Universidad Kennedy sobre *"El derecho a la intimidad"*; en la Universidad Austral, acerca de *"El derecho a la imagen y la publicidad"*, y en la Feria del Libro, organizada en la Sociedad Rural Argentina sobre *"Daños en la propiedad intelectual"*.

Asimismo, el doctor Cifuentes publicó artículos en *El Derecho*, acerca de *"Protección de la imagen"* y en *La Ley*, *"Sobre la fidelidad conyugal de los separados"* y *"Sobre el tema de la transexualidad"*.

El doctor Horacio A. García Belsunce fue designado miembro correspondiente de la Academia Chilena de Ciencias Sociales, Políticas y Morales.

Además, brindó conferencias en el Centro Argentino de Ingenieros, en *"Homenaje a la Revolución Libertadora de 1955 en su cincuentenario"*; en el Ateneo de la República, sobre la *"Crisis Institucional"*; en la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, en el acto público de *"Homenaje al doctor Isidoro Ruiz Moreno en el centenario de su nacimiento"*, sobre lo que se informó en el punto V de esta Memoria, y en el Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, sobre *"La crisis institucional"*.

El doctor García Belsunce, finalmente, publicó los trabajos *"Algo más sobre el fallo de la Corte Suprema en 'Bustos, A. R. c/E. N. s/amparo'"*, en *El Derecho*; *"Tributos aplicables a la facturación por la venta de energía eléctrica en la provincia de Buenos Aires"*, también en *El Derecho*, y, en el Diario *La Nación*, una nota de opinión sobre *"Instituciones en crisis"*.

El doctor Segundo V. Linares Quintana fue designado miembro correspondiente de la Academia Chilena de Ciencias Sociales, Políticas y Morales.

El doctor Augusto M. Morello publicó las obras *"La Corte Suprema en el sistema político"*, *"Formación de los operadores jurídicos"*, *"El arbitraje. Sus desafíos"*, y *"El proceso justo"*, segunda edición, y el tomo X, volúmenes a, b y c, de *"Actualización de Códigos procesales de la provincia de Buenos Aires y de la Nación"*, tercera edición.

El doctor Carlos M. Muñiz fue designado miembro correspondiente de la Academia Chilena de Ciencias Sociales, Políticas y Morales.

El doctor Julio H. G. Olivera fue designado Presidente de la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires.

El doctor Julio César Otaegui participó del I Congreso Internacional de Derecho Privado y III Iberoamericano de Derecho Civil, que se celebró en Córdoba, en homenaje a los doctores Fernando J. López de Zavalía, Luis Moisset de Espanés y Félix A. Trigo Represas.

Además, concurrió a las Jornadas de Derecho de Grupos de Sociedades, en Caracas, organizadas por la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela, y asistió a un Congreso sobre el Anteproyecto de Modificaciones a la Ley de Sociedades Comerciales, en Mar del Plata.

El doctor Lino E. Palacio publicó la tercera edición de su obra sobre *"El recurso extraordinario federal"*, por la Editorial Lexis Nexis, que también actualizó, en reediciones del corriente año, dos de los tomos de su obra *"Derecho Procesal Civil"*.

También el doctor Palacio fue designado miembro honorario de la Asociación de Abogados de la Procuración del Tesoro de la Nación.

El doctor José D. Ray presidió la Conferencia que se realizó con motivo del Centenario de la Asociación Argentina de Derecho Marítimo, a la que concurrieron juristas nacionales y extranjeros, entre ellos el presidente del Comité Marítimo Internacional, Maitre Jean-Serge Rohart, y Mans Jacobsson, del Fondo Internacional de Indemnización de Daños debidos a la Contaminación por Hidrocarburos.

El 29 de agosto el doctor Ray hizo uso de la palabra en el acto organizado por el Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, por el Día del Abogado, ocasión en la que recibió una medalla al cumplir 60 años en el ejercicio de la profesión.

También evocó la personalidad del ex académico doctor Isidoro Ruiz Moreno en la sesión conjunta de Academias que se realizó el 12 de octubre (ver punto V de esta Memoria) en representación de la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires. En esa Corporación presidió la Comisión Interdisciplinaria y la de Derecho y Ciencias Sociales.

En el mes de noviembre el doctor Ray fue invitado a una cena organizada por la Asociación Argentina de Derecho Marítimo al dejar la presidencia de esa institución luego de haber cumplido 30 años al frente de la misma. Allí recibió un testimonio con la inscripción de su designación como Presidente Honorario de la Asociación.

La Editorial LexisNexis editó este año la obra "*Estudios de Derecho Marítimo*", en homenaje al doctor Ray. El volumen reúne trabajos de especialistas de Derecho Marítimo y constituye un reconocimiento a la alta docencia que llevó a cabo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires su actual Profesor Emérito y ex Presidente de esta Academia.

El doctor Alberto Rodríguez Galán fue designado miembro honorario de la Asociación de Abogados de la Procuración del Tesoro de la Nación, miembro correspondiente de la Academia Chilena de Ciencias Sociales, Políticas y Morales, e integró, como vicepresidente, la "Comisión de Homenaje a Bartolomé Mitre en el Centenario de su desaparición 1906-2006".

Con motivo de su gestión en los años 1955 - 1957 la Inspección General de Justicia distinguió con un homenaje al doctor Rodríguez Galán.

El doctor Alberto Rodríguez Varela fue nombrado Profesor Emérito por el Consejo Superior de la Pontificia Universidad Católica Argentina, y miembro correspondiente de la Academia Chilena de Ciencias Sociales, Políticas y Morales.

El doctor Víctor Tau Anzoátegui asistió al Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, en Córdoba, España.

El doctor Félix A. Trigo Represas fue homenajeado en el I Congreso Internacional de Derecho Privado y III Congreso Iberoamericano de Derecho Civil. También recibieron esa distinción los doctores Luis Moisset de Espanés y, en forma póstuma, Fernando López de Zavallá, ex académico correspondiente de la Corporación.

El doctor Trigo Represas también recibió un homenaje en las "Primeras Jornadas Conversatorias Latinoamericanas de Derecho Privado y Enseñanza Universitaria", celebradas en el Colegio de Escribanos de la provincia de Córdoba, se desempeñó 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 y actuó como Profesor Emérito de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de esa Casa de Estudios.

Durante el año, el doctor Trigo Represas dictó charlas y participó de jornadas en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario de la Pontificia Universidad Católica Argentina de Rosario, en el Colegio de Abogados

de San Isidro, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo y en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, entre otras.

Finalmente, el doctor Trigo Represas publicó las obras "*Responsabilidad civil de los profesionales*", en coautoría con el doctor Marcelo J. López Mesa; "*Responsabilidad de los medios de prensa*", en el libro "*Edición Homenaje al Profesor Jorge Mosset Iturraspe*", preparado por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral; "*Obligaciones*", en el "*Código Civil comentado*", de la editorial Rubinzal – Culzoni, obra en dos tomos en co-dirección y en co-autoría con el doctor Rubén H. Compagnucci de Caso, entre otras.

El doctor Jorge R. Vanossi fue designado miembro correspondiente de la Academia Chilena de Ciencias Sociales, Políticas y Morales.

XVI. SEDE DE AVENIDA ALVEAR 1711

En la reunión del 28 de abril el doctor Rodríguez Galán informó que los presidentes de las academias que ocupan la Casa se reunieron con la administradora, señora Pilar Lastra, el 17 de abril y trataron diversos temas. Se analizó el presupuesto presentado para cambiar todas las puertas del ascensor principal decidieron solicitar dos presupuestos más y resolvieron llevar a consideración de los plenarios respectivos un gasto de aproximadamente \$ 3.000 para cada academia con este fin. Asimismo, estimaron la posibilidad de realizar un acto en conmemoración de los 25 años que se cumplen desde la afectación de esta Casa a las academias nacionales que tienen aquí su sede.

Con la presencia en la reunión del señor Horacio Galli, asesor de la Secretaría de Cultura, los Presidentes intercambiaron ideas acerca de los deterioros advertidos en el frente del edificio y acordaron solicitar una audiencia al señor Secretario de Cultura, doctor José Nun, a fin de presentarle sus saludos y formular reservas respecto de accidentes que pudieran producirse por el mal estado que presenta el frente de la casa.

Los académicos presentes tomaron conocimiento y aprobaron el gasto estimado para el arreglo del ascensor.

En la reunión de Mesa Directiva que se celebró el 26 de mayo el Presidente informó que el día 2 de mayo tuvo lugar una reunión de Presidentes de academias nacionales que ocupan el edificio con el señor Secretario de

Cultura, doctor José Nun. En esa oportunidad, se le hizo partícipe al señor Secretario de la preocupación originada en el estado de aquel, y de los riesgos que resultan de los deterioros y de la posibilidad de desprendimientos de materiales de su frente. El Secretario solicitó un informe técnico para hacerlo llegar a la Comisión Nacional de Museos, Monumentos y Lugares Históricos. Ese estudio, realizado por el arquitecto Avogadro, ya ha sido distribuido para su aprobación por las academias involucradas.

El 12 de julio los Presidentes se reunieron para tratar temas relacionados con la administración de la Casa. Se resolvió que la Administración solicite a la empresa Tonika las medidas de las puertas del ascensor cuyo presupuesto fue aprobado, y que totalizó, para todas las academias, la suma de \$ 6.350, recabar otros presupuestos de empresas encargadas de la vigilancia de la casa y que cada Academia considere el gasto estimado para el arreglo de las persianas del patio interior. La Mesa Directiva aprobó ese gasto estimado en \$ 3.636.

Respecto del piso que ocupa la Academia, en 2005 se realizaron los siguientes trabajos: 1) se restauró la tarima del salón de actos públicos; 2) se cambió el sistema de iluminación de una de las oficinas de secretaria, a la que se le colocó una alfombra y fue pintada; 3) se pintó el hall de entrada y un pasillo; 4) fueron restaurados dos escritorios de estilo; 5) se compró una mesa "tres en una", en pluma de caoba, como auxiliar para la presidencia; 6) se adquirió una computadora; 7) se esmaltó un lavatorio de uno de los baños y fue refaccionado otro, en el que se realizaron trabajos de plomería y pintura.

En la reunión del 7 de diciembre la Mesa Directiva aprobó los siguientes presupuestos de trabajos a realizar en los meses de verano: Cerraduras y llaves: \$ 820. Plastificado de pisos en el salón de actos y en la sala de sesiones: \$ 2.100. Reparación del plastificado anterior: \$ 1530. Pintura de dos salones y el pasillo principal: \$ 3.100.

XVII. ESTADO DE SITUACION ECONOMICO FINANCIERA

El activo corriente al 31 de diciembre de 2005 septuplica al activo corriente al 31 de diciembre de 2004, mientras que el pasivo no ha tenido modificaciones significativas.

El activo no corriente al 31 de diciembre de 2005 se ha incrementado en un 3,62% con respecto al activo no corriente del ejercicio anterior, no habiendo pasivo no corriente en ambos ejercicios.

El patrimonio neto al 31 de diciembre de 2005 se incrementó en un 17% con relación al 31 de diciembre de 2004 por los resultados por tenencia de títulos, y diferencia de cambio generada por activos.

El estado de resultados al 31 de diciembre de 2005 arroja un superávit superior en un 64% con relación al superávit al 31 de diciembre de 2004.

De la comparación de orígenes y aplicaciones de fondos del ejercicio con el presupuesto financiero aprobado por el cuerpo académico en la asamblea del 17 de marzo de 2005, resulta un incremento de los ingresos del 63% y un incremento de los egresos del 31%, habiendo un desvío positivo.

XVIII. REFLEXIONES FINALES

Las actividades de la Academia durante el ejercicio que culminó el 31 de diciembre de 2005 se materializaron del modo y forma detallados en la memoria que se presenta y en el marco del artículo 2° del estatuto.

La labor destaca no sólo la excelencia en los trabajos de los señores académicos, sino también el grado de compromiso con el país, al señalar, en dictámenes y pronunciamientos, la supremacía de la Constitución Nacional sobre los tratados, la crisis institucional que origina la falta de seguridad jurídica en todos los campos, y la violación de la forma republicana de gobierno que determina la división de los poderes en el ejercicio de sus facultades constitucionales.

En esa inteligencia y en el marco estatutario antes indicado, la Academia emitió el dictamen sobre "Los tratados internacionales y la supremacía de la Constitución", que ratifica su doctrina expuesta con motivo del fallo de la Corte Suprema en la causa "Arancibia Clavel", el 7 de diciembre de 2004, como así también observó implícitamente la inconstitucionalidad del fallo del Alto Tribunal en la causa "Simón, Pedro y otros s/ privación ilegítima de la libertad", en el que declaró la inconstitucionalidad de las leyes llamadas de Punto Final y Obediencia Debida, sancionadas en 1986 y 1987 con la sola disidencia del ministro doctor Carlos Fayt. Asimismo, fue también materia de análisis por la Corporación la anterior anulación por ley del Congreso (ley 25.779) de aquellas dos leyes, en flagrante violación de la Constitución Nacional, al desconocer la mentada división de los poderes a que antes se ha aludido, y configurar una manifiesta usurpación de facultades judiciales por el Congreso. Por otra parte, cabe el criterio de que la seguridad jurídica implica que los crímenes de lesa humanidad deben ser punidos sin exclusiones fundadas en la condición no estatal de victimarios.

La Academia analizó también el proyecto de ley en revisión por la H. Cámara de Diputados que modificaba la integración del Consejo de la Magistratura, lo que motivó un pronunciamiento sobre "La independencia judicial". Calificó al proyecto como repugnante a los artículos 114 y 115 de la Constitución Nacional y ratificó anteriores dictámenes del cuerpo, de agosto de 1995 y de abril de 1996, que consideraban necesaria la presidencia del Consejo por el titular de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, como cabeza de poder (artículo 108 de la Constitución), y razonable la reducción del número de sus miembros, siempre que se respetara el equilibrio que prevé la cláusula constitucional, lo que no ocurría en el caso. Se observó también las modificaciones que introducía el aludido proyecto en el Jurado de Enjuiciamiento, que afectaban la paridad de los tres estamentos que lo componen, legisladores, magistrados y abogados de la matrícula, al reducir el número de estos últimos y establecer su designación por sorteo, en detrimento de su idoneidad moral y técnica, todo ello en colisión con los artículos 114 y 115 de la Ley Suprema y con la forma republicana de gobierno, prescripta por su artículo 1°.

En otro orden, la Memoria revela el trabajo de los institutos en sus respectivos campos, los que, como en años anteriores, han contribuido en forma significativa a la labor del cuerpo. La jerarquía intelectual de los miembros que los componen, su activa participación en reuniones, estudios e investigaciones, y sus publicaciones, han refirmado el prestigio alcanzado en los medios especializados.

Debe destacarse también el dictamen de la Corporación sobre el Proyecto de Ley sobre Registros Nacionales de Sociedad por Acciones, Sociedades Extranjeras, Asociaciones Civiles, Fundaciones y Sociedades No Accionarias, elevado al presidente de la H. Cámara de Diputados de la Nación, para conocimiento y consideración por sus comisiones de Legislación General, de Asuntos Constitucionales, de Justicia y de Presupuesto y Hacienda; dictamen presentado en virtud de lo dispuesto por el artículo 2°, inc. 3) del estatuto, y originado por una nota del académico doctor Julio César Rivera, y trabajos sobre el particular de los académicos doctores Julio César Otaegui y Juan Carlos Cassagne; sobre esas bases la Mesa Directiva elaboró un texto, que se transcribe en el capítulo VIII, que constituye un importante aporte de la Academia al Congreso en una materia de trascendental importancia.

El plenario académico, por otra parte, resolvió asimismo hacer llegar al señor Secretario de Cultura de la Nación una nota en la que se le solicitó la adopción de medidas frente a la denominación de "Academia Nacional"

asumida por supuestas entidades que no han sido reconocidas en ese carácter por el gobierno nacional. La referida nota y datos de su trámite se incorporan al capítulo II por la gravedad que revisten estas violaciones al decreto-ley N° 4362/55 que regula el reconocimiento y función de las academias nacionales. También se advirtió sobre el delito en que habrían incurrido sus autores y se solicitó además que la referida nota se agregara al expediente N° 832/2005 de esa Secretaría, cuya vista había sido oportunamente concedida a nuestra institución.

Un acontecimiento destacable lo constituyó la XVI Reunión Conjunta con la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, de la que se da cuenta en el capítulo XI. La importancia del tema "El derecho de la salud", y las valiosas exposiciones realizadas motivaron gran interés y refirmaron los vínculos que relacionan a ambas corporaciones.

Como se manifestó en las reflexiones del ejercicio anterior, las materias a que se hace referencia en esta Memoria también son las que han motivado ahora la mayor preocupación del cuerpo, porque atañen a la seguridad jurídica, porque preservan la doctrina de la Academia frente a ciertos fallos judiciales o respecto de órganos llamados a proponer nombramientos o remoción de magistrados y a administrar el Poder Judicial, y cuya composición fue objeto de cambios por los poderes políticos del gobierno.

Todo ello sin mengua de la labor en otros campos del derecho, y que denota la participación del cuerpo en todo lo que atañe al progreso del país mediante el perfeccionamiento de su régimen legal, como lo establece el artículo 2°, inc. 3) del estatuto.

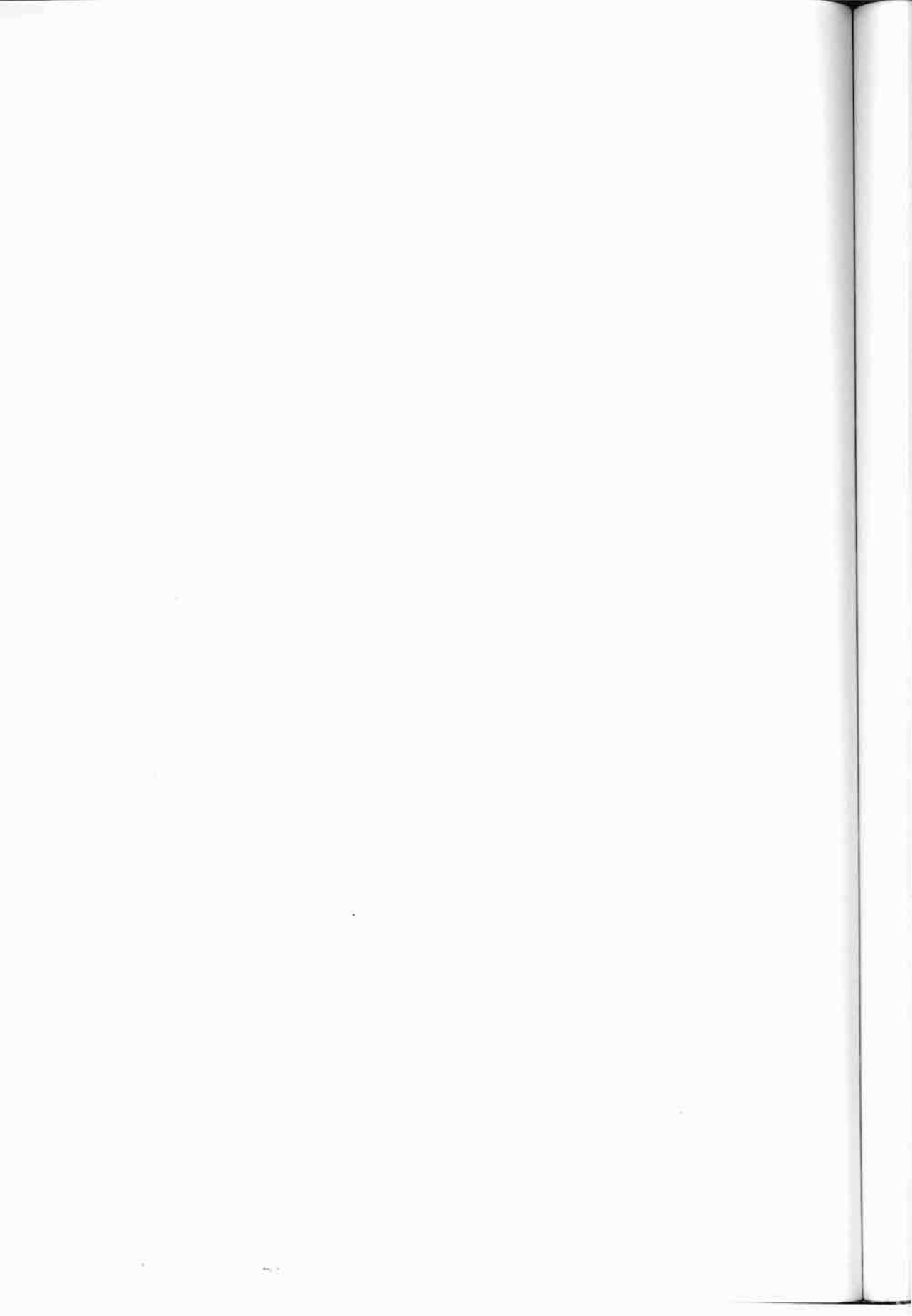
La dedicación y el consenso en su obrar de los señores académicos han posibilitado los eficaces resultados que se exponen, lo que motiva el reconocimiento de la Mesa Directiva, que pondera también el trabajo de los integrantes de la secretaría técnica y administrativa, por su idoneidad y colaboración.

La Academia ratifica así su inquebrantable voluntad de servicio con el país, voluntad que también sustentan cada uno de sus miembros.

Buenos Aires, 1° de marzo de 2006

Juan Carlos Cassagne
Jorge H. Alterini
Académicos Secretarios

Alberto Rodríguez Galán
Académico Presidente



BALANCE DEL EJERCICIO 2005

Domicilio legal: Avda. Alvear N° 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 1º de enero de 2005
y finalizado el 31 de diciembre de 2005

FECHA DE AUTORIZACION DEL PODER EJECUTIVO: 25 de Octubre de 1940

Nº DE INSCRIPCION EN LA INSPECCION GENERAL DE JUSTICIA: X - 2045

Estados Contables

correspondientes al ejercicio económico
iniciado el 1º de enero de 2005
y finalizado el 31 de diciembre de 2005

Indice

Balance General
Estado de Recursos y gastos
Estado de Evolución del Patrimonio Neto
Notas
Anexos
Informe del Auditor

Balance General
al 31 de diciembre de 2005 (Nota 1)

\$

ACTIVO

ACTIVO CORRIENTE

Caja y bancos (Nota 2)	62.171,30
Otros créditos (Nota 3)	90.698,76
Total del Activo Corriente	<u>152.870,06</u>

ACTIVO NO CORRIENTE

Inversiones (Nota 4)	919.774,06
Bienes de uso (Anexo I)	115.979,76
Total del Activo No Corriente	<u>1.035.753,82</u>
Total del Activo	<u>1.188.623,88</u>

PASIVO Y PATRIMONIO NETO

PASIVO

PASIVO CORRIENTE

Remuneraciones y cargas sociales (Nota 5)	5.071,91
Otras Deudas (Nota 6)	9.011,01
Total del Pasivo Corriente	<u>14.082,92</u>

PASIVO NO CORRIENTE

No posee	—
Total del Pasivo	<u>14.082,92</u>

PATRIMONIO NETO

(Según estado correspondiente)	1.174.540,96
Total del Pasivo y Patrimonio Neto	<u>1.188.623,88</u>

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 2005
y finalizado el 31 de diciembre de 2005 (Nota 1)

	\$
<u>RESULTADOS ORDINARIOS</u>	
<u>RECURSOS</u>	
Para fines generales (Anexo II)	193.610,60
<u>GASTOS</u>	
Generales de administración (Anexo III)	(180.605,80)
Amortización de Bs. De Uso (Anexo I)	(20.343,88)
SUBTOTAL	<u>(7.339,08)</u>
Resultados Financieros y por Tenencia (Nota 7)	177.129,10
Resultado del ejercicio - SUPERAVIT	<u>169.790,02</u>

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 1° de enero de 2005
 y finalizado el 31 de diciembre de 2005 (Nota 1)

Concepto	Capital Social (Nota 8)	Ajuste del Capital	Resultados no asignados	Total
\$				
Saldos al inicio	624.788,29	276.675,35	103.287,30	1.004.750,94
Capitalización del Resultado Anterior	103.287,30	—	(103.287,30)	—
Resultado del ejercicio Superávit			169.790,02	169.790,02
Saldos al cierre	728.075,59	276.675,35	169.790,02	1.174.540,96

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 2005 y
finalizado el 31 de diciembre de 2005

NOTA 1 – NORMAS CONTABLES

A continuación se detallan las normas contables más relevantes utilizadas por la Entidad para la preparación de los presentes Estados Contables, las que han sido aplicadas uniformemente respecto del ejercicio anterior.

1.1. Preparación y presentación de los Estados Contables

Los presentes Estados Contables están expresados en pesos argentinos y fueron confeccionados conforme a las normas contables de exposición y valuación contenidas en las Resoluciones Técnicas emitidas por la Federación Argentina de Consejos Profesionales de Ciencias Económicas, aprobadas con ciertas modificaciones por el Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

La Entidad no se encuentra comprendida en las disposiciones del artículo 299 de la Ley N° 19.550, por lo que ha optado por no presentar el estado de flujo de efectivo por el ejercicio finalizado el 31 de diciembre de 2005 ni la información contable correspondiente al mismo período del ejercicio anterior en forma comparativa, tal como lo permiten las normas vigentes.

1.2. Estimaciones Contables

La preparación de estados contables a una fecha determinada requiere que la Mesa Directiva de la Entidad realice estimaciones y evaluaciones que afectan el monto de los activos y pasivos registrados y los activos y pasivos contingentes revelados a dicha fecha, como así también los ingresos y egresos registrados en el ejercicio. La Mesa Directiva de la Entidad realiza estimaciones para poder calcular a un momento dado, por ejemplo, las depreciaciones. Los resultados reales futuros pueden diferir de las estimaciones y evaluaciones realizadas a la fecha de preparación de los presentes estados contables.

1.3. Consideración de los efectos de la inflación

Los presentes estados contables han sido preparados sin reconocer los cambios en el poder adquisitivo de la moneda hasta el 31 de diciembre de 2001, debido a la existencia de un período de estabilidad monetaria. Desde el 1 de enero de 2002 y hasta el 1 de marzo de 2003 se reconocieron los efectos de la inflación, debido a la existencia de un período inflacionario. A partir de esa fecha se ha discontinuado la reexpresión de los estados contables.

Este criterio no está de acuerdo con normas contables profesionales vigentes, las cuales establecen que los estados contables deben ser reexpresados hasta el 30 de septiembre de 2003. Sin embargo, al 31 de diciembre de 2005, este desvío no ha generado un efecto significativo sobre los estados contables.

El índice utilizado a los efectos de la reexpresión de las partidas es el índice de precios internos al por mayor publicado por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos.

1.4. Criterios de valuación

a. Caja y bancos

El efectivo disponible se ha computado a su valor nominal.

b. Créditos y cuentas a pagar

Los créditos y pasivos en moneda se exponen a su valor nominal incorporando, cuando corresponda, los intereses devengados a la fecha de cierre del ejercicio, lo que no difiere significativamente de los valores representativos de sus valores actuales al cierre del ejercicio.

c. Bienes de uso

Los bienes de uso han sido valuados a su costo de adquisición reexpresado siguiendo los lineamientos indicados en el punto 1.3., neto de sus depreciaciones acumuladas. Las depreciaciones han sido calculadas por el método de la línea recta en base a la vida útil estimada de los bienes, aplicando tasas anuales suficientes para extinguir sus valores al final de su vida útil.

El valor de estos activos no supera su valor de utilización económica al cierre del ejercicio.

d. Cuentas del patrimonio neto

Los movimientos de las cuentas del patrimonio neto han sido reexpresados siguiendo los lineamientos detallados en la nota 1.3.

La cuenta "Capital social" ha sido expresada a su valor nominal histórico. La diferencia entre el valor expresado en moneda homogénea y el nominal histórico ha sido expuesta en la cuenta "Ajuste del capital", integrante del patrimonio neto.

NOTA 2 - CAJAY BANCOS

Al 31 de diciembre de 2005, la composición del rubro es la siguiente:

	<u>\$</u>
Caja	553,29
Banco de la Nación Argentina Cta. cte. en pesos	27.490,87
Banco de la Nación Argentina caja de ahorro en dólares	<u>34.127,14</u>
	62.171,30

NOTA 3 - OTROS CREDITOS

Al 31 de diciembre de 2005, la composición del rubro es la siguiente:

	<u>\$</u>
Cupón 4 renta por Bonos DICY y DICA	10.800,77
Valores Negociables vinculados al P.B.I.	
Por DICA 298430 títulos a \$ 0.1450;	
Por DICI 2135780 títulos a \$ 0.1620	77.871,99
Anticipo proveedores	100,00
Anticipo sueldos 01/2006	<u>1.926,00</u>
	<u>90.698,76</u>

NOTA 4 - INVERSIONES

Al 31 de diciembre de 2005, la composición del rubro es la siguiente:

	<u>\$</u>
BODEN 2012 U\$\$	
Valor Nominal 160.700;	
Valor Residual 140.612,50 a \$ 2,7225	382.817,53
 BODEN 2014 \$ Valor Nominal =	
Valor Residual 57.800 a \$ 1,0120	58.493,60
 Títulos Discount en dólares vinculados al PBI ley argentina (DICA)	
Valor Nominal =	
Valor Residual 100571 a \$2.75	276.570,25
 Títulos Discount en dólares vinculados al PBI ley de Nueva York (DICY)	
Valor Nominal =	
Valor Residual 71.976 a \$2.805	201.892,68
	<u>919.774,06</u>

La Mesa Directiva de la Entidad ha tomado la decisión de adherirse al canje de la deuda en febrero 2005, reemplazando los BONEX 92 y Bonos Global 8 por los Títulos discount en Dólares ley argentina, y ley de Nueva York vinculados al P.B.I.

NOTA 5 - REMUNERACIONES Y CARGAS SOCIALES

Al 31 de diciembre de 2005, la composición del rubro es la siguiente:

	<u>\$</u>
cargas sociales	5.071,91

NOTA 6 - OTRAS DEUDAS

Al 31 de diciembre de 2005, la composición del rubro es la siguiente:

	<u>\$</u>
Provisión para vacaciones, S.A.C., y cargas sociales	9.011,01

NOTA 7 – RESULTADOS FINANCIEROS Y POR TENENCIA

Al 31 de diciembre de 2005, la composición del rubro es la siguiente:

	\$	\$
<u>Resultados por Tenencia de Títulos</u>		
Diferencia de cotización de bonos al 31/12/05	49.112,03	
Canje cupón pendiente BONEX92	(5.907,25)	
Valorización valores negociables vinculados al PBI	77.871,99	
Valorización cupón 4 no cobrados del DICA y DICY	<u>10.800,77</u>	131.877,54
<u>Diferencia de Cambio</u>		
Diferencia de cotización caja de ahorro en U\$S al 31/12/05		3.214,38
<u>Generados por Activos</u>		
Renta BODEN 2012 en U\$S	11.435,34	
Renta BODEN 2014 en \$	633,49	
Renta DICA y DICY en U\$	29.939,41	
Intereses por caja de ahorro en U\$S	<u>28,94</u>	42.037,18
Resultado Financiero y por Tenencia		177.129,10

NOTA 8 - 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 2004 de \$ 624.788,29 aumentado por el superávit del ejercicio anterior, que ha sido incorporado al Capital por la suma de \$ 103.287,30.

En consecuencia, la cuenta Resultados no Asignados refleja el resultado del presente Ejercicio.

NOTA 9

De acuerdo a lo dispuesto por la Resolución N° 6/94 art. 2° 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 10

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 11

De acuerdo a lo establecido por Resolución N° 13/90 de la Inspección General de Justicia, se detallan en Anexo complementario, las contribuciones recibidas del Ministerio de Educación Ciencia y Tecnología de la Nación.

NOTA 12

Las indemnizaciones por despidos se cargan a resultados en el momento de su conocimiento.

A la fecha de emisión de los estados contables se ha recibido un reclamo laboral de la Sra. María Luz Rezk mediante el envío de una carta documento.

Hechos posteriores al cierre: con fecha 28/2/2006 ha tenido lugar la audiencia de conciliación, quedando establecido un cuarto intermedio hasta el día 17/3/2006.

Bienes de Uso

ANEXO I

DETALLE	VALOR AL INICIO	AUMENTOS/ BAJAS		VALOR AL CIERRE	AMORTIZACION		BAJAS	ACUM. AL CIERRE	NETO AL RESULT.
		COMPRAS	BAJAS		ACUM. AL COMIENZ.	DEL EJERCICIO			
	\$	\$	\$	\$	\$	\$	\$	\$	\$
Inmuebles	92.442,57			92.442,57	30.028,01	2.046,37		32.074,38	60.368,19
Muebles y Utiles	246.718,56	6.005,70		252.724,26	190.355,41	14.830,40		205.185,81	47.538,45
Biblioteca	70.357,01	208,00		70.565,01	59.024,78	3.467,11		62.491,89	8.073,12
TOTALES	409.518,14	6.213,70		415.731,84	279.408,20	20.343,88		299.752,08	115.979,76

Recursos para fines generales**ANEXO II**DETALLE

	\$
Contribuciones	193.113,00
Venta de publicaciones	497,60
TOTAL	<u>193.610,60</u>

Gastos Generales de Administración**ANEXO III**DETALLE

	\$
Sueldos del personal	96.501,47
Cargas Sociales	19.497,22
Mantenimiento y refacciones	13.138,60
Diversos Administración	51.468,51
TOTAL	<u>180.605,80</u>

Títulos públicos

ANEXO IV

Denominación y característica de los valores	Emisor	Valor Nominal	Cantidad V.Residual	Valor de Cotización \$	Valor de libros \$
	INVERSIONES NO CORRIENTES				
RG12	BODEN 2012 EN DOLARES	160.700	140.612,50	2,7225	382.817,53
DICA	BONOS CON DESCUENTO U\$S LEY ARGENTINA	100.571	100.571	2,75	276.570,25
DICY	BONOS CON DESCUENTO U\$S LEY NUEVA YORK	71.976	71.976	2,805	201.892,68
RS14	BODEN 2014 EN PESOS	57.800	57.800	1,012	58.493,60
	TOTAL DE TITULOS				919.774,06
	TOTAL DE INVERSIONES				919.774,06

**ANEXO RESOLUCION N° 13/90
DE LA INSPECCION GENERAL DE JUSTICIA**

Art. 1°) inc. a): CONTRIBUCIONES ESTATALES RECIBIDAS DE LA SECRETARIA DE HACIENDA

<u>MES Y AÑO</u>	<u>\$</u>
01/2005	11.926,00
02/2005	13.245,00
03/2005	13.245,00
04/2005	13.245,00
05/2005	13.245,00
06/2005	13.245,00
07/2005	14.925,00
08/2005	13.245,00
09/2005	13.245,00
10/2005	17.694,00
11/2005	32.704,00
12/2005	23.149,00
 TOTAL CONTRIBUCIONES ESTATALES RECIBIDAS	 <u>193.113,00</u>

Art. 1°) inc. b) : "CONTRATOS ESTATALES"

Tipo de contrato: Comodato

Fecha del contrato: 5 de junio de 1990, aprobado por Resolución N° 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 1° 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 2005
- 1.2. Estado de Recursos y Gastos por el ejercicio finalizado el 31 de diciembre de 2005.
- 1.3. Estado de Evolución del Patrimonio Neto por el ejercicio finalizado el 31 de diciembre de 2005.
- 1.4. Anexo N° 13/90 de la Inspección General de Justicia.
- 1.5. Anexos 1 a 4 y Notas 1 a 12 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 Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Estas normas requieren que el auditor planifique y desarrolle la auditoría para formarse una opinión acerca de la razonabilidad de la información de carácter significativo que contengan los Estados contables preparados de acuerdo con las normas contables vigentes y consideradas en su conjunto. Una auditoría incluye el examen, sobre bases selectivas, de los elementos de juicio que respaldan la información expuesta en los estados contables, y la evaluación de las normas contables utilizadas en su preparación y, como parte de ello, de la razonabilidad de las estimaciones de significación hechas por la Mesa Directiva, y no tiene por objeto, ni necesariamente permite, detectar delitos o irregularidades intencionales.

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 2005, 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 en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

4.-INFORMACION ESPECIAL REQUERIDA POR DISPOSICIONES VIGENTES

A efectos de dar cumplimiento a las disposiciones vigentes, informo que:

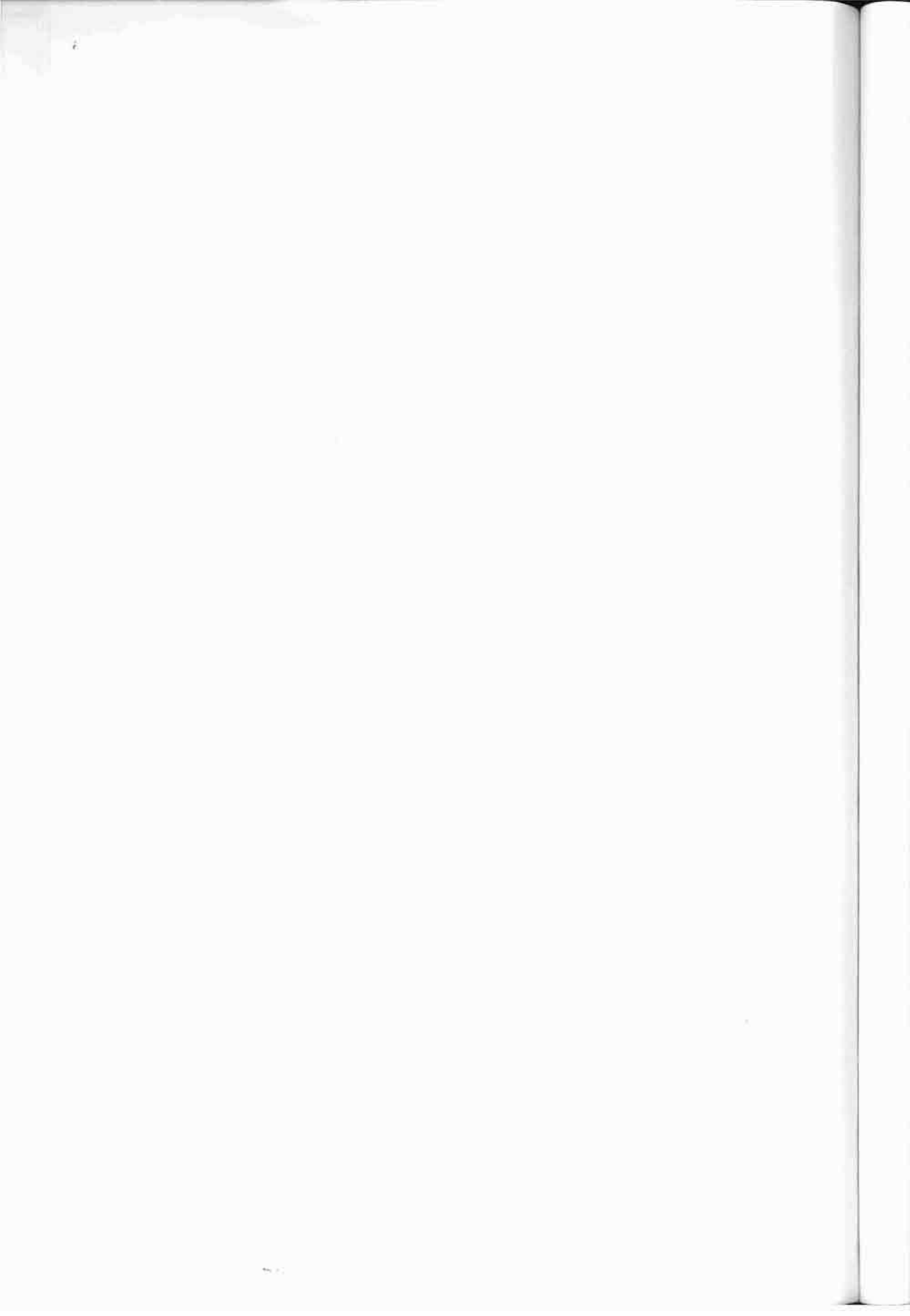
- 4.1. Los estados contables que se mencionan en 1., surgen de registros contables llevados en sus aspectos formales de conformidad con las normas legales vigentes.
- 4.2. Los estados contables adjuntos han sido preparados dando cumplimiento a la Resolución General N° 4/2003 de la Inspección General de Justicia.
- 4.3. Al 31 de Diciembre de 2005, la deuda devengada a favor de la Administración Nacional de la Seguridad Social en concepto de aportes y contribuciones asciende a \$3.984,65 (pesos tres mil novecientos ochenta y cuatro), no siendo exigibles a dicha fecha.

Buenos Aires, 1° de Marzo de 2006

ANGELES MARIA NAVEYRA
CONTADOR PUBLICO U.C.A.
C.P.C.E.C.A.B.A. T°209 F°031

IX

SITIALES ACADEMICOS



*Fecha de
designación*

ROQUE SAENZ PEÑA - SITIAL N° 1

Carlos Saavedra Lamas	25-07-25
Mauricio Yadarola	20-08-59
Aquiles A. Guaglianone	27-12-61
Roberto Martínez Ruiz	19-10-78
Héctor Alegria	9-10-03

NICOLAS AVELLANEDA - SITIAL N° 2

Enrique Ruiz Guiñazú	23-10-25
Margarita Argúas	09-10-68
Félix Trigo Represas	18-06-87

ANTONIO BERMEJO - SITIAL N° 3

Clodomiro Zavalía	09-09-26
Isidoro Ruiz Moreno (h)	05-07-60
Juan Carlos Cassagne	23-10-86

ROBERTO REPETTO - SITIAL N° 4

Benito Nazar Anchorena	09-09-26
Sebastián Soler	09-12-71
Julio C. Cueto Rúa	15-09-81

JUANA BIBILONI - SITIAL N° 5

Juan P. Ramos	12-11-26
Ernesto J. Ure	05-07-60
Guillermo Garbarini Islas	12-09-74
Mario Justo López	30-10-80
Antonio Vázquez Vialard	13-09-90

JOSÉ A. TERRY - SITIAL N° 6

Juan J. Díaz Arana	12-11-26
Juan Francisco Linares	24-11-66
Jorge Reinaldo Vanossi	11-08-94

BARTOLOMÉ MITRE - SITIAL N° 7

Mariano De Vedia y Mitre	09-11-27
Salvador Fornieles	24-07-58
Ambrosio Romero Carranza	18-10-67
Santos Cifuentes	14-09-00

JUAN BAUTISTA ALBERDI - SITIAL N° 8

Juan A. González Calderón	25-07-28
Julio H. Olivera	06-05-64

SALVADOR MARÍA DEL CARRIL - SITIAL N° 9

Matías G. Sánchez Sorondo	16-07-30
Eduardo Bidau	20-05-59
Juan R. Aguirre Lanari	19-10-78

DOMINGO FAUSTINO SARMIENTO - SITIAL N° 10

Jorge Eduardo Coll	18-06-34
Héctor Lanfranco	09-10-68
Lino E. Palacio	18-06-87

LISANDRO SEGOVIA - SITIAL N° 11

Rafael Bielsa	14-05-36
José María López Olaciregui	26-06-67
Guillermo A. Borda	10-12-92
Roberto E. Guyer	10-4-03

JOSÉ N. MATIENZO - SITIAL N° 12

Agustín N. Matienzo	22-10-36
Manuel V. Ordoñez	15-10-74
Carlos M. Muñiz	10-08-89

MANUEL OBARRIO - SITIAL N° 13

Atilio Dell'Oro Maini	06-06-39
José Domingo Ray	22-05-75

JOSE FIGUEROA ALCORTA - SITIAL N° 14

Gastón Federico Tobal	13-10-39
Federico Pinedo	10-09-68
Manuel María Diez	13-07-72
Eduardo Aguirre Obarrio	28-10-93

MARIANO MORENO - SITIAL N° 15

Ricardo Levene	17-09-40
José Manuel Saravia	21-07-59
Augusto M. Morello	23-10-86

ALFREDO COLMO - SITIAL N° 16

Pablo Calatayud	24-06-42
Elías P. S. Guastavino	30-10-80
Jorge Horacio Alterini	14-12-00

JOSE MARIA MORENO - SITIAL N° 17

Tomás A. Le Breton	13-11-42
Juan Carlos Rébora	21-07-59
Miguel S. Marienhoff	07-09-65
Carlos María Bidegain	08-04-99

EDUARDO ACEVEDO - SITIAL N° 18

Carlos A. Acevedo	20-12-44
Felipe A. Espil	24-11-66
José María Ruda	01-08-74
Hugo Caminos	23-11-95

RODOLFO RIVAROLA - SITIAL N° 19

Horacio C. Rivarola	20-12-44
Carlos Zavala Rodríguez	15-07-71
Jaime L. Anaya	10-08-89

MANUEL QUINTANA - SITIAL N° 20

Juan Silva Riestra	28-10-47
Germán Bidart Campos	15-07-71
Gregorio Badeni	12-5-2005

CARLOS PELLEGRINI - SITIAL N° 21

Adolfo Bioy	28-05-56
Manuel Río	06-05-63
Alberto Rodríguez Galán	09-05-85

DALMACIO VELEZ SANSFIELD - SITIAL N° 22

Eduardo B. Busso	28-05-56
Jorge Bustamante Alsina	09-05-85
Julio César Rivera	25-11-99

LUIS MARIA DRAGO - SITIAL N° 23

Mariano Drago	28-05-56
Carlos A. Adrogué	26-06-67
Alberto Rodríguez Varela	16-07-75

ARISTOBULO DEL VALLE - SITIAL N° 24

Alberto Hueyo	28-05-56
Marco A. Risolía	06-05-63
Afda Kemelmajer de Carlucci	24-09-96

JOSE MANUEL ESTRADA - SITIAL N° 25

Eduardo Labougle	28-05-56
Carlos C. Malagarriga	21-10-65
Federico Videla Escalada	30-11-72

ESTEBAN ECHEVERRIA - SITIAL N° 26

Segundo Linares Quintana	28-05-56
--------------------------	----------

FELIX GREGORIO FRIAS - SITIAL N° 27

Alberto G. Padilla	28-05-56
Horacio A. García Belsunce	09-09-82

CARLOS CALVO - SITIAL N° 28

José M. Paz Anchorena	28-05-56
Alfredo Orgaz	28-08-58
Luis E. Negri Pisano	25-07-75
Jorge Aja Espil	26-07-84

ESTANISLAO ZEBALLOS - SITIAL N° 29

Luis A. Podestá Costa	28-05-56
Jorge M. Mayer	28-08-63
Julio César Otaegui	23-09-99

LUCIO VICENTE LOPEZ - SITIAL N° 30

Francisco Ramos Mejía	28-05-56
Enrique Ramos Mejía	09-10-68
Víctor Tau Anzoátegui	13-12-01



INDICE

ANALES 2005

I. INCORPORACIONES

Palabras de apertura del acto por el Académico Presidente doctor Alberto Rodríguez Galán	3
Discurso de recepción por el Académico doctor Juan R. Aguirre Lanari	5
<i>Supremacía de la Constitución, jerarquía de los tratados internacionales e interpretación constitucional.</i> Disertación pronunciada por el Académico doctor Gregorio Badeni, en oportunidad de su incorporación como Académico Titular, en la sesión pública del 22 de setiembre de 2005	11

II. COMUNICACIONES EN SESIONES PRIVADAS

<i>Una lectura de la sociedad que vivimos.</i> Comunicación del Académico doctor Augusto M. Morello, en la sesión privada del 14 de abril de 2005	43
<i>El internacionalismo y la uniformidad del Derecho Marítimo (Centenario de la Asociación Argentina de Derecho Marítimo).</i> Comunicación del Académico doctor José Domingo Ray, en la sesión privada del 12 de mayo de 2005	65

<i>La Constitución Nacional de 1826: una fuente señera y permanente.</i> Comunicación del Académico doctor Jorge Reinaldo Vanossi, en la sesión privada del 26 de mayo de 2005	77
<i>El principio de precaución en un documento de la UNESCO.</i> Comunicación de la Académica doctora Aída R. Kemelmajer de Carlucci, en la sesión privada del 23 de junio de 2005	92
<i>El cambio pacífico en la Carta de las Naciones Unidas.</i> Comunicación del Académico doctor Roberto E. Guyer, en la sesión privada del 14 de julio de 2005	116
<i>Prescripción de la acción penal.</i> Comunicación del Académico doctor Eduardo Aguirre Obarrio, en la sesión privada del 28 de julio de 2005	122
<i>Sobre el origen hispánico del sistema judicialista y de otras instituciones del derecho público Iberoamericano y comparado.</i> Comunicación del Académico doctor Juan Carlos Cassagne, en la sesión privada del 11 de agosto de 2005	148
<i>El "principal pagador" en el Derecho Civil y en el Derecho Comercial.</i> Comunicación de los Académicos doctores Jaime Luis Anaya y Félix A. Trigo Represas, en la sesión privada del 25 de agosto de 2005	169
<i>De la sociedad constituida en el extranjero o sociedad externa.</i> Comunicación del Académico doctor Julio César Otaegui, en la sesión privada del 8 de setiembre de 2005	191
<i>La buena fe y la titulación como desmitificadoras de las llamadas legitimación y fe pública registral.</i> Comunicación del Académico doctor Jorge H. Alterini, en la sesión privada del 27 de octubre de 2005	207
<i>Régimen general de la capacidad y el denominado Livin Will.</i> Comunicación del Académico doctor Santos Cifuentes, en la sesión privada del 10 de noviembre de 2005	222
<i>El principio de autonomía del arbitraje. Claroscuros del derecho argentino.</i> Comunicación del Académico doctor Julio César Rivera, en la sesión privada del 24 de noviembre de 2005	233

III. XVI REUNION CONJUNTA DE LAS ACADEMIAS NACIONALES DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CORDOBA Y DE BUENOS AIRES

Programa 261

IV. OTRAS DISERTACIONES Y TRABAJOS

Reflexiones formuladas con motivo de la celebración del Día del Abogado. Discurso pronunciado por el Académico doctor José D. Ray, en el Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, el 29 de agosto de 2005 265

Medidas de protección de personas ancianas en la jurisprudencia argentina. Ponencia de la Académica doctora Aída R. Kemelmajer de Carlucci presentada en el V Congreso Iberoamericano de Academias de Derecho, en Zaragoza, España, en noviembre de 2005 271

V. HOMENAJES

Su Santidad Juan Pablo II. Palabras pronunciadas por el Académico doctor Horacio A. García Belsunce, en el Círculo de Armas, el 6 de abril de 2005 311

Mitre, el político. Discurso pronunciado por el Académico doctor Juan R. Aguirre Lanari en el homenaje de las Academias Nacionales, llevado a cabo en la Academia Nacional de la Historia el día 14 de junio de 2005 313

Isidoro Ruiz Moreno. Disertación del Académico doctor Horacio A. García Belsunce en el acto público de homenaje de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, de la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires y de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, el 12 de octubre de 2005 323

Bartolomé Mitre. Centenario de su fallecimiento. Discurso pronunciado por el Académico Presidente doctor Alberto Rodríguez Galán, en el Senado de la Nación, el 7 de diciembre de 2005 327

VI. DUELOS DE LA ACADEMIA

<i>Manuel Rífo</i> . Resolución de fecha 10 de agosto de 2005	335
Palabras del Académico Presidente doctor Alberto Rodríguez Galán, en la sesión privada del 11 de agosto de 2005	336
<i>Jorge A. Aja Espil</i> . Resolución de fecha 31 de agosto de 2005	339
Palabras pronunciadas por el Académico Presidente doctor Alberto Rodríguez Galán, en el sepelio del doctor Jorge A. Aja Espil, el 1 de setiembre de 2005	340
Palabras pronunciadas por el Académico doctor Horacio A. García Belsunce, en representación de la Academia Nacional de Cien- cias Morales y Políticas, en el sepelio del doctor Jorge A. Aja Espil, el 1 de setiembre de 2005	343

VII. DECLARACIONES Y DICTAMENES

Dictamen sobre el Proyecto de Ley sobre Registros Nacionales de Sociedades por Acciones, Sociedades Extranjeras, Asociaciones Civiles, Fundaciones y Sociedades No Accionarias	349
Dictamen sobre Los Tratados Internacionales y la Supremacía de la Constitución Nacional	354
Pronunciamiento sobre La Independencia Judicial	356

VIII. MEMORIA Y BALANCE

Memoria 2005	361
Balance del ejercicio 2005	423

IX. SITIALES ACADÉMICOS

Sitiales académicos	441
---------------------------	-----