

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS
SOCIALES DE BUENOS AIRES

ANALES

SEGUNDA EPOCA
AÑO LVIII - NUMERO 51
2013



LA LEY

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: 4812-9327 y 4815-6976
(1014) Buenos Aires - Argentina
www.academiadederecho.org.ar
I.S.B.N. : EN TRAMITE

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

- *La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Su creación.*
- *CENTENARIO 1908 - 7 de octubre - 2008.*
- *Homenaje al Académico doctor Segundo V. Linares Quintana.*

SERIE I - ANUARIOS

Anales - Primera época, N° 1 (1915) - Segunda época, N° 1 a 51

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 Río.*
- 7.- *El Congreso de Panamá, por Mariano J. Drago.*
- 8.- *La esencia del Derecho, la Justicia, la Ley, por Manuel Río.*
- 9.- *Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas, por Miguel S. Marienhoff.*
- 10.- *La Nación Argentina hecha ley, por Segundo V. Linares Quintana.*
- 11.- *Historia del Derecho Político, por Ambrosio Romero Carranza.*
- 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.*
- 32.- *Atribuciones de los Superiores Tribunales de Provincia, por Aída R. Kemelmajer de Carlucci.*
- 33.- *¿Se ha convertido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en una Cuarta Instancia?, XVIII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.*
- 34.- *Protección jurídica del consumidor, XVIII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.*

SERIE III – COMUNICACIONES

Comunicaciones – N° 1.

SERIE IV – INSTITUTO DE DERECHO CIVIL

- 1.- *Estudios sobre Derecho Civil.*
- 2.- *Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de la Nación.*
- 3.- *La reforma constitucional de 1994 y su incidencia en el Derecho Civil.*
- 4.- *Estudios sobre derecho ambiental.*
- 5.- *Estudios sobre daño moral.*
- 6.- *Estudios sobre el Proyecto de Código Civil de 1999.*
- 7.- *Nuevos estudios sobre el Proyecto de Código Civil de 1998.*
- 8.- *Estudios sobre las posibles implicancias de la ley de convertibilidad 23.928.*
- 9.- *Estudios sobre la “pesificación” y la emergencia económica.*
- 10.- *Los vicios de la voluntad.*
- 11.- *Los vicios de la voluntad. Parte II.*
- 12.- *Capacidad civil de las personas.*
- 13.- *Estudios sobre Derecho Sucesorio Hereditario.*
- 14.- *Sociedad Conyugal.*
- 15.- *Teoría y práctica de los contratos.*

INSTITUTO DE DERECHO INTERNACIONAL Y DE LA NAVEGACIÓN

- *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 INTERNACIONAL PUBLICO

- *Cooperación en la Explotación de Petróleo y Gas en el Mar.*

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.*
- *La Empresa a la búsqueda de un necesario equilibrio.*
- *Cuestiones de derecho empresarial.*
- *Contratos y sociedades en el Proyecto de Código Civil y Comercial.*

INSTITUTO DE DERECHO EMPRESARIAL

SECCIÓN DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

- *Descentralización Productiva.*

INSTITUTO DE DERECHO EMPRESARIAL

SECCIÓN DERECHO DE LA NAVEGACIÓN

- *Las Reglas de Rotterdam.*

INSTITUTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

- *La impugnación judicial de los actos administrativos en el orden nacional.*
- *Estudios de Derecho Administrativo en Homenaje al Profesor Julio Rodolfo Comadira.*

INSTITUTOS DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y DE DERECHO ADMINISTRATIVO

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

INSTITUTO DE DERECHO CONSTITUCIONAL

- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2009.*
- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2010.*
- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2011.*
- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2012.*

INSTITUTO DE DERECHO PROCESAL

- *La justicia y la enseñanza del derecho. Aportes para su reforma y modernización.*
- *Proyecto de Procesos Colectivos.*

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS
SOCIALES DE BUENOS AIRES

Presidente

Académico Dr. Gregorio Badeni

Vicepresidente

Académico Dr. Jorge R. Vanossi

Secretarios

Académico Dr. Roberto E. Luqui

Académico Dr. Emilio P. Gnecco

Tesorero

Académico Dr. Rafael M. Manóvil

COMISIÓN DE PUBLICACIONES

Director de Publicaciones
Académico Dr. José Domingo Ray

Vocales
Académico Dr. Alberto Rodríguez Galán
Académico Dr. Jaime Luis Anaya

ACADÉMICOS DE NÚMERO

por orden de antigüedad

	<i>Nombre del sitial</i>	<i>Fecha</i>
Dr. Julio H. G. Olivera	Juan B. Alberdi	6 mayo 1964
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. Horacio A. García Belsunce	Félix Gregorio Frías	9 septiembre 1982
Dr. Alberto Rodríguez Galán	Carlos Pellegrini	9 mayo 1985
Dr. Juan Carlos Cassagne	Antonio Bermejo	23 octubre 1986
Dr. Félix Alberto Trigo Represas	Nicolás Avellaneda	18 junio 1987
Dr. Jaime Luis Anaya	Rodolfo Rivarola	10 agosto 1989
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 septiembre 1996
Dr. Julio César Rivera	Dalmacio Vélez Sarsfield	25 noviembre 1999
Dr. Santos Cifuentes	Bartolomé Mitre	14 septiembre 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
Dr. Horacio P. Fargosi	Carlos Calvo	27 julio 2006
Dr. Enrique Manuel Falcón	Domingo F. Sarmiento	12 julio 2007
Dr. Roberto Enrique Luqui	José Manuel Estrada	27 septiembre 2007
Dr. Fernando N. Barrancos y Vedia	Roberto Repetto	13 diciembre 2007
Dr. Mariano Gagliardo	Juan A. Bibiloni	22 mayo 2008
Dr. José W. Tobías	José N. Matienzo	25 septiembre 2008
Dr. Emilio P. Gnecco	Mariano Moreno	8 octubre 2009
Dr. Rafael M. Manóvil	José María Moreno	8 octubre 2009
Dr. Eduardo Sambrizzi	José Figueroa Alcorta	14 junio 2012
Dr. Alfonso Santiago (h)	Estanislao Zeballos	14 junio 2012
Dr. Daniel Funes de Rioja	Esteban Echeverría	11 julio 2013

ACADÉMICOS EMÉRITOS

Dr. Carlos María Bidegain	10 septiembre 2009
Dr. Julio César Otaegui	8 septiembre 2011

MIEMBROS CORRESPONDIENTES

por orden de antigüedad

Fecha

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. Ernesto F. Garzón Valdés	Alemania	11 diciembre 1997
Dr. Wolfgang Schöne	Alemania	23 julio 1998
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
Dra. Giovanna Visintini	Italia	25 agosto 2005
Dr. Asdrúbal Aguiar	Venezuela	27 abril 2006
Dr. Angel Rojo Fernández-Río	España	10 agosto 2006
Dr. Diogo de Figueiredo Moreira Neto	Brasil	26 abril 2007
Dr. Felipe Osterling Parodi	Perú	26 junio 2008
Dr. Francisco Orrego Vicuña	Chile	11 diciembre 2008
Dr. Mariano R. Brito Checchi	Uruguay	23 julio 2009
Dr. Daniel Hugo Martins	Uruguay	24 junio 2010
Dr. Måns Jacobsson	Suecia	9 septiembre 2010
Dr. Francesco Berlingieri	Italia	9 septiembre 2010
Dr. Santiago Muñoz Machado	España	9 junio 2011
Dr. Andrei Gennadievich Lisitsyn-Svetlanov	Rusia	13 octubre 2011

ANTIGUOS ACADÉMICOS DE NÚMERO

Dr. Carlos Alberto Acevedo
Dr. Carlos A. Adrogué
Dr. Eduardo Aguirre Obarrio
Dr. Jorge A. Aja Espil
Dr. Juan Álvarez
Dr. Octavio R. Amadeo
Dra. Margarita Argúas
Dr. Marco R. Avellaneda
Dr. Antonio Bermejo
Dr. Juan A. Bibiloni
Dr. Germán J. Bidart Campos
Dr. Eduardo L. Bidau
Dr. Eduardo Bidau
Dr. Rafael Bielsa
Dr. Bernardino Bilbao
Dr. Adolfo Bioy
Dr. Guillermo A. Borda
Dr. Ernesto Bosch
Dr. Rodolfo Bullrich
Dr. Carlos O. Bunge
Dr. Eduardo B. Busso
Dr. Jorge Bustamante Alsina
Dr. Pablo Calatayud
Dr. Francisco Canale
Dr. Ramón S. Castillo
Dr. Alfredo Colmo
Dr. Jorge E. Coll
Dr. Julio César Cueto Rúa
Dr. Tomás R. Cullen
Dr. Mauricio P. Daract
Dr. Calixto S. de la Torre
Dr. Antonio Dellepiane
Dr. Atilio Dell'Oro Maini
Dr. Mariano de Vedia y Mitre
Dr. Juan José Díaz Arana
Dr. Manuel María Diez
Dr. Luis M. Drago
Dr. Mariano J. Drago
Dr. Wenceslao Escalante
Dr. Felipe A. Espil

Dr. Rómulo Etcheverry Boneo
Dr. José Figueroa Alcorta
Dr. Salvador Fornieles
Dr. Vicente C. Gallo
Dr. Guillermo Garbarini Islas
Dr. Juan Agustín García
Dr. Juan M. Garro
Dr. Juan A. González Calderón
Dr. Dimas González Gowland
Dr. Aquiles H. Guaglianone
Dr. Elías P. S. Guastavino
Dr. Carlos Güiraldes (h.)
Dr. Alberto Hueyo
Dr. Carlos Iburguren
Dr. Eduardo Labouge
Dr. Héctor Lafaille
Dr. Héctor P. Lanfranco
Dr. Hilario Largaña
Dr. Tomás Le Bretón
Dr. Ricardo Levene
Dr. Juan Francisco Linares
Dr. Segundo V. Linares Quintana
Dr. Mario Justo López
Dr. José María López Olaciregui
Dr. Baldomero Llerena
Dr. Osvaldo Magnasco
Dr. Carlos C. Malagarriga
Dr. Miguel S. Marienhoff
Dr. Félix Martín y Herrera
Dr. Roberto Martínez Ruiz
Dr. Agustín N. Matienzo
Dr. José N. Matienzo
Dr. Jorge M. Mayer
Dr. Carlos L. Melo
Dr. Leopoldo Melo
Dr. Manuel A. Montes de Oca
Dr. Augusto Mario Morello
Dr. Rodolfo Moreno (h.)
Dr. Carlos M. Muñiz
Dr. José Luis Murature

Dr. Rómulo S. Naón
Dr. Benito A. Nazar Anchorena
Dr. Luis Esteban Negri Pisano
Dr. Manuel Obarrio
Dr. Pedro Olaechea y Alcorta
Dr. Francisco J. Oliver
Dr. Manuel V. Ordóñez
Dr. Alfredo Orgaz
Dr. Adolfo Orma
Dr. Alberto G. Padilla
Dr. Lino E. Palacio
Dr. Jesús H. Paz
Dr. José M. Paz Anchorena
Dr. Federico Pinedo
Dr. Norberto Piñero
Dr. Ángel S. Pizarro
Dr. Luis Podestá Costa
Dr. Ernesto Quesada
Dr. Juan P. Ramos
Dr. Enrique Ramos Mejía
Dr. Francisco Ramos Mejía
Dr. Juan Carlos Rébora
Dr. Roberto Repetto
Dr. Manuel Río
Dr. Marco Aurelio Risolía
Dr. Horacio C. Rivarola
Dr. Rodolfo Rivarola
Dr. Ambrosio Romero Carranza
Dr. José M. Rosa

Dr. José María Ruda
Dr. Enrique Ruiz Guiñazú
Dr. Isidoro Ruiz Moreno
Dr. Isidoro Ruiz Moreno (h.)
Dr. Alejandro Ruzo
Dr. Diego L. Saavedra
Dr. Carlos Saavedra Lamas
Dr. Antonio Sagarna
Dr. Raymundo M. Salvat
Dr. Matías G. Sánchez Sorondo
Dr. José Manuel Saravia
Dr. Juan Silva Riestra
Dr. Sebastián Soler
Dr. Juan B. Terán
Dr. José A. Terry
Dr. David de Tezanos Pinto
Dr. Gastón Federico Tobal
Dr. Ernesto J. Ure
Dr. Enrique Uriburu
Dr. Antonio Vázquez Vialard
Dr. Benjamín Victorica
Dr. Federico N. Videla Escalada
Dr. Ernesto Weigel Muñoz
Dr. Raymundo Wilmart de Glymes
Dr. Mauricio Yadarola
Dr. Carlos J. Zavala Rodríguez
Dr. Clodomiro Zavalía
Dr. Estanislao S. Zeballos

I

INCORPORACIONES

PALABRAS DE APERTURA

POR GREGORIO BADENI (*)

En la sesión pública de esta tarde se incorpora a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires el doctor Daniel Funes de Rioja.

Nuestro nuevo académico fue nombrado por sus pares en la sesión privada del 11 de julio del corriente año, aceptando así la propuesta presentada por los académicos Juan R. Aguirre Lanari, Alberto Rodríguez Galán, Alberto Rodríguez Varela y Jorge Reinaldo Vanossi.

Sucede a quien fuera nuestro académico emérito y presidente, el doctor Segundo Víctor Linares Quintana, ilustre jurista y maestro de maestros del Derecho, en el sitio cuyo patrono es Esteban Echeverría.

La presentación del doctor Funes de Rioja estará a cargo del académico doctor Jorge Vanossi, y luego, el beneficiario disertará sobre los “Aspectos institucionales y jurídicos de la dimensión social de la globalización”.

En nombre de esta Corporación asumo la grata tarea de dar la más cordial bienvenida a una persona altamente calificada y a un estimado amigo con quien compartimos nuestros primeros pasos de la carrera docente en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

Su designación como miembro de número es consecuencia de la valoración hecha por los señores académicos sobre sus destacados méritos intelectuales y éticos puestos de manifiesto en la cátedra universitaria, en la creatividad y originalidad expuestas en su obra jurídica, así como también en el desempeño de actividades privadas y públicas en el ámbito del derecho y las ciencias sociales con la excelencia propia de quienes se destacan por su avasallante personalidad e inteligencia, y sin claudicar en la defensa de los valores que nutren a nuestro sistema político constitucional.

(*) Palabras del Académico Presidente en la apertura del acto público de incorporación del Académico Titular Daniel Funes de Rioja, el 14 de noviembre de 2013.

Académico Funes de Rioja, con la certeza que sabrá preservar los nobles ideales que inspiraron a quienes nos precedieron en esta Academia, le expreso nuestras congratulaciones sabiendo que aquella excelencia será la guía con la cual afrontará los desafíos y las empinadas funciones académicas que asume.

DISCURSO DE RECEPCIÓN

POR JORGE REINALDO VANOSI (*)

Cumplo con la honrosísima misión de presentar al distinguido hombre de leyes Doctor Daniel Funes de Rioja, cuyos títulos y antecedentes descuellan en su rica “hoja de vida”. Mucho podemos decir al respecto.

Bachiller egresado del Colegio Nacional Buenos Aires en 1963. Abogado graduado en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires en 1966, o sea, en tres años de cursado. Doctor en Derecho y Ciencias Sociales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en 1972, en la especialidad Ciencia Política y Constitucional, con calificación Sobresaliente. Volcó sus inquietudes al ámbito académico, a través de la Carrera Docente; primero accediendo al cargo de Profesor Adjunto Interino de Derecho Constitucional en la Cátedra del Dr. Linares Quintana, en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de La Plata en los años 1973 y 1974.

Más adelante, se desempeñó como Profesor Adjunto Ordinario de Derecho Constitucional Primero, en la Cátedra del Dr. Aguirre Lanari de la Facultad de Derecho de la UBA, durante de década 1976/1986.

Tiempo después obtiene la categoría de Profesor Titular de la Cátedra de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la UCA, hasta 1995.

Al mismo tiempo, expande su ámbito en la enseñanza del Derecho, al asumir la condición de Profesor de Derecho del Trabajo en la Licenciatura de postgrado en Administración de Empresa -UADE - en 1983 y participando como Jurado en Concursos para la Cátedra de Derecho Laboral en 1986.

No cesa en su empeño de contribuir al mejor adiestramiento de las nuevas camadas; y, así, asume la tarea de Profesor de Derecho del Trabajo en Cursos de Entrenamiento para Abogados del Foro de Estudios para la Administración de Justicia en 1980-84; como asimismo en la Escuela de Abogacía de Buenos Aires en 1985.

(*) Discurso de recepción del Académico Daniel Funes de Rioja en el acto público del 14 de noviembre de 2013.

A nivel de enseñanza especializada, prolonga su afán constitucional y cumple la noble tarea de Profesor del Curso de Constitucionalismo Social de la UBA en el año 1991, en el ciclo superior profundizado.

Y multiplica la faena docente, haciéndose cargo de la titularidad de la Cátedra de Teoría General del Derecho y del Estado en la UADE, desde 1994, donde también asumió la responsabilidad de Director del Curso de Postgrado en Dirección de Recursos Humanos.

Suma a ello la delicada tarea de miembro del Jurado “Premio Estímulo 1997 -Eugenio A. Blanco”, otorgado por la Academia Nacional de Ciencias de la Empresa.

Con su ciclópea energía de trabajo y emprendimientos, aborda entre otras funciones, las de Director del Centro de Estudios Laborales de la UADE -Res. Normativa 5/91 del 26.6.91; la de Director Académico del Curso de Postgrado en Relaciones Laborales e Industriales en el Tercer Milenio, organizado por la UCA -2000-; la de Presidente del Consejo Consultivo del Centro de Evaluación y Estudios de Economía Social para el Alivio de la Pobreza (CESyP) -UTDT, 2006; y la de Director de la sección laboral de la “Revista Impuestos” de la Editorial “La Ley”.

Llega a la dignidad honrosísima del título académico con la elección de Académico Titular de la Academia Nacional de Ciencias de la Empresa, nominado el 5/11/2003, corporación en la que se desempeña como Académico Secretario desde el 25/03/2004 hasta el 08/04/2010 y, a partir del 24/04/2013, como Académico Vicepresidente.

Muy fecunda ha sido su labor y la intensa actuación desarrollada en el ámbito profesional y en los altos cargos internacionales. Así, podemos mencionar que ha sido el Socio Fundador del Estudio Funes de Rioja & Asociados; repartiendo su tiempo y su energía como Presidente del Departamento de Política Social desde junio 1991 y Miembro del Comité Ejecutivo (Vicepresidente 4to.), a partir de mayo de 2013 de la Unión Industrial Argentina, entidad señera de la producción y el desarrollo en nuestro país.

Asimismo, multiplica su esfuerzo con envidiable despliegue, en su ejercicio de Presidente de la Coordinadora de las Industrias de Productos Alimenticios (COPAL) desde 2009; de Presidente de la Federación de Industrias de Productos Alimenticios y Afines (FIPAA) desde 2005; de Miembro del Consejo Nacional de Empleo, el Salario Mínimo y la Productividad y portavoz empresarial, desde 1985.

En la Organización Internacional del Trabajo (OIT) se desempeñó como Miembro del Consejo de Administración, desde 1995; Vicepresidente de la

Comisión de Normas Internacionales del Trabajo, en el Consejo de Administración -1995/2001; Vicepresidente de la Comisión de Verificación de Poderes -1991/5; y de Presidente del Grupo Empleador en el Consejo de Administración y en la Conferencia Internacional del Trabajo, desde 2001.

Ahondando su veteranía en la materia, asumió la difícil tarea de Portavoz empleador en la discusión del Pacto Global para el Empleo en 2009; y de Miembro de la Comisión Mundial sobre la Dimensión Social de la Globalización, entre 2001 y 2004.

Como Vicepresidente Ejecutivo de la OIE lideró las reuniones de Presidentes de Organizaciones Empresariales Iberoamericanas, en los últimos diez años. Como reconocimiento de esa perseverante dedicación no podemos dejar de subrayar que otros jalones que ilustran su versación en esos ámbitos internacionales y en los más altos niveles, lo llevan como Presidente electo -a partir del 2014- de la Organización Internacional de Empleadores (OIE) con sede en Ginebra, voz institucional del mundo empresarial en los temas laborales, tanto de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), cuanto del sistema de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y el G20; por lo que muy merecidamente será el primer Presidente iberoamericano desde su fundación en 1920.

No es un dato menor que sea Presidente también del Comité Empresarial de Asesoramiento Técnico de Asuntos Laborales de la Organización de Estados Americanos (CEATAL/OEA); y así participa en la Conferencia de Ministros de la OEA, como portavoz empresarial.

Desde 2010 es portavoz empresarial frente a los Ministros de trabajo en el G20 y representó a los empresarios en la Reunión de Ministros de trabajo del G20 en París, 2011; México, 2012 y Moscú, 2013. Asimismo, actúa brillantemente como expositor en la Universidad D'ETE -MEDEF, Francia sobre el tema "Los acuerdos sociales en el Programa del B20". Y no será ese el único destello en su carácter de conferencista y expositor; puesto que como Vicepresidente Ejecutivo de la OIE, participó en el Foro Internacional que se llevó a cabo en el Senado de París, Presidido por el Senador Yves Pozzo di Borgo, a exponer sobre "*Les normes internationales du travail FACE aux défis de la globalisation*"; Fundación Jean Lecanuet, marzo de 2013.

Toda esa rica perspectiva internacional no le priva de acudir como expositor en la Academia Nacional de Ciencias de la Empresa, para volcar su experiencia junto con Monseñor Jorge Casaretto, sobre "*La Doctrina Social de la Iglesia y el Consejo Económico Social*"; abril de 2013.

Ambos hemisferios del planeta lo cuentan como protagonista de importantes reuniones. Así, en el ámbito del G20 y desde el 2010 en el B20, fue

portavoz de los empleadores ante el G20 y L20 en las reuniones de Ministros de Trabajo, e invitado por diversas instituciones empresariales y fundaciones, así como por el Consejo Económico y Social de España, realizando viajes de estudio para un más amplio conocimiento de los sistemas laborales de Bélgica, Alemania, Francia, España, Italia, Japón, China y Nueva Zelanda.

Y seguirán a la brevedad nuevos éxitos -y muy merecidos- de su perseverancia, su esfuerzo y su talento, puesto que en mayo de 2014 se convertirá en el Presidente de la Conferencia Internacional del Trabajo que se desarrollará en Ginebra -Suiza-, durante junio de dicho año; y también será Presidente de la Organización Internacional de Empleadores a partir del 2014; con la previa trayectoria de llegar a ello luego de haber sido Vicepresidente del Consejo de Administración de la Organización Internacional del Trabajo desde 2001 y Presidente del Grupo Empleador del Consejo de Administración y de la Conferencia misma.

Tales esfuerzos motivaron como justo reconocimiento que fuera sucesivamente distinguido por el Gobierno de Francia con las Palmas Académicas -1999-; por el Gobierno de Chile con la condecoración de la Orden de Bernardo O'Higgins, en el grado Gran Oficial -2002-; por el Gobierno de Colombia con la Condecoración de la Orden de San Carlos en el Grado de Gran Oficial -Decreto del Presidente Álvaro Uribe, Nro.1787 del 2 de junio de 2006; y por el Gobierno de Nueva Zelanda - Prime Minister's Latin American Fellow el 31 de julio de 2012.

Tanta actividad no le ha quitado tiempo para volcar su pluma, clara y certera, en publicaciones sobre los variados temas de su versación polifacética y sesuda a la vez. Mencionemos algunos títulos y aportes:

- Co-autor con el Dr. Segundo V. Linares Quintana del trabajo "La prohibición legal de patentamiento de composiciones farmacéuticas" - Ed. Plat, Buenos Aires (1969).

- "La Constitución y la Ley Sindical", Rev. Derecho del Trabajo (1980).

- "La libertad de agremiación y el pluralismo sindical", Rev. Derecho del Trabajo (1981).

- "Grupos empresariales y sindicales y poder político", Rev. Trabajo y Seguridad Social, octubre de 1981.

- "Potestades de la Nación y las Provincias en materia de salarios", Rev. Trabajo y Seguridad Social, marzo de 1982.

- Un dilema básico: la relación Poder-Territorio en la República Argentina”, Rev. del Colegio de Abogados de Buenos Aires; t. LXII, N° 2, Año 1982.

De igual manera ha participado en varias obras colectivas, entre las que cabe destacar:

- Co-autor del libro “Mediación, una transformación en la cultura”; Ed. Paidós (1996).

- Co-autor con François Perigot del documento de la Organización Internacional de Empleadores, sobre “La dimensión social de la globalización”, marzo de 2004.

- Co-autor del libro “Ensayos sobre El futuro del Derecho del Trabajo”, conjuntamente con los Dres. Ackerman, Carcavallo, Goldin, Izquierdo, Rainolter, Rocha y von Potobsky; Ed. Zavalía (1997).

- Autor del artículo “Derecho Laboral Argentino y su perspectiva futura”, publicado en el Libro editado con motivo de los 50 años de la fundación de la Cámara Japonesa de Comercio e Industria en la Argentina.

- Co-autor del libro de Debates Académicos del Año 2007, Tomo I, sobre “El Empleo y productividad en Argentina: un dilema no resuelto”.

- Publicación de la Fondation Jean Lecanuet - Un forum pour le monde, con relación al debate producido sobre “Les Normes Internationales du Travail Face Aux Défis de la Globalisation”, Senado de Paris, Presidido por el Senador Yves Pozzo di Borgo; conjuntamente con el Emb. Gilles de Robien, el Presidente Adjunto de la Confederación Sindical Internacional, Luc Cortebeeck, el Prof. Jean-Claude Javillier, el Director General de RRHH de Danone, Muriel Pénicaud y Daniel Funes de Rioja Vicepresidente Ejecutivo de la OIE - junio 2013.

Tampoco ha sido ajeno a la conducción de importantes publicaciones, en el carácter de Director de la Revista Argentina Laboral, publicada a partir de 1998/2002; y de Director de la sección laboral de la Revista Impuestos de la Editorial La Ley; desde 2010.

Por último *-the last but not least-*, también ha colaborado con los medios de prensa, a través de trabajos para distintos diarios y revistas del país (La Nación, Clarín, Ámbito Financiero, El Cronista, Página 12, Infobae, Apertura, entre otros), así como también en revistas jurídicas y técnicas nacionales y extranjeras, entre ellas la Revista de Derecho del Trabajo, La Ley, etc.

En síntesis, podemos afirmar sin exageración que su nítida personalidad, con ribetes sobresalientes, aseguran que su incorporación a esta corporación

-además de revestir el carácter de un acto justo y merecido- nos asegura que un caballero de su porte y jerarquía intelectual brindará a este cuerpo -además del don de su invariable señorío- el aporte intelectual de un hombre de derecho que está permanentemente dedicado y preocupado a la atención de las grandes cuestiones sociales, jurídicas y económicas que forman parte de la esencia cultural de nuestra contemporaneidad ¡Bienvenido sea! ◆

ASPECTOS INSTITUCIONALES Y JURÍDICOS DE LA DIMENSIÓN SOCIAL DE LA GLOBALIZACIÓN

POR DANIEL FUNES DE RIOJA (*)

Sumario: Introducción. Palabras Preliminares. **CAPÍTULO I.** La globalización y sus retos. A) La globalización como hecho y como proceso. B) Una visión inclusiva e integradora. C) La gobernabilidad global y sus condicionantes. D) La respuesta de las instituciones locales; E) La institucionalidad internacional y sus efectos. **CAPÍTULO II.** La Organización Internacional del Trabajo. a) Origen, valores y finalidad. Estructura. b) La normativa. c) El mandato de control. d) Vínculo entre los instrumentos de la OIT y Naciones Unidas, relativo a derechos humanos laborales. e) La eficacia de la acción de la OIT en la mundialización. **CAPÍTULO III.** La jurisprudencia nacional e internacional frente a las normas y mecanismos internacionales de control. A) Aspectos generales. B) La evolución jurisprudencial en la materia. **CAPÍTULO IV.** La gobernabilidad empresaria y la responsabilidad social de las empresas. a) La gobernanza corporativa. b) La responsabilidad social de las empresas. Palabras finales a modo de conclusión.

Introducción

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

Distinguidos Académicos

Señoras y Señores

Es para mi un gran honor y una distinción que me enorgullece, haber sido designado para ocupar el Sitial Esteban Echeverría y en el lugar de

(*) Disertación pronunciada por el Académico, en oportunidad de su incorporación a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en acto público del 14 de noviembre de 2013.

quien me precediera durante largos años, el Dr. Segundo V. Linares Quintana. A tal efecto, mi especial reconocimiento a los Académicos que me presentaron: Dres. Jorge R. Vanossi, Alberto Rodríguez Galán, Juan R. Aguirre Lanari y Alberto Rodríguez Varela.

Para referirme a Esteban Echeverría debería resaltar que fue alumno del Colegio de Ciencias Morales hasta 1823, cuando lo abandonó para dedicarse al comercio. Posteriormente -entre los años 1826 y 1830- fue becado por el gobierno de Rivadavia, para formarse profesionalmente en París donde recibió la influencia literaria del movimiento romántico francés.

Ya en Buenos Aires, en 1837, se realizaron una serie de reuniones convocadas por Echeverría para exponer y discutir temas de índole político y literario. En ellas se destacaron: Juan Bautista Alberdi, Juan María Gutiérrez y Marcos Sastre. Esto dio origen a la Asociación de Mayo, fundada en junio de 1838, para la que Echeverría redactó las *Palabras simbólicas*, también conocidas como *Credo* o *Creencia de la Joven Argentina*.

Los principios desarrollados por Esteban Echeverría en el que se llamó Dogma Socialista de la Asociación de Mayo, perseguían —entre otras banderas— la de la fraternidad, la igualdad, la libertad, las tradiciones progresistas, la emancipación del espíritu americano y, por supuesto, la creencia en Dios y en el cristianismo.

Decía Echeverría que *“Sin asociación no hay progreso, o más bien ella es la condición forzosa de toda civilización y de todo progreso”. Y que “La política debe encaminar sus esfuerzos a asegurar por medio de la asociación a cada ciudadano su libertad y su individualidad”*.

Sostenía que *“La fraternidad es la cadena de oro que debe ligar todos los corazones puros y verdaderamente patriotas; sin esto no hay fuerza, ni unión, ni patria”*.

Precisaba que *“La moral regla los actos del hombre privado: el honor, los del hombre público. La moral pertenece al fuero de la conciencia individual y es la norma de la conducta del hombre con relación a sí mismo y a sus semejantes. El honor entra en el fuero de la conciencia del hombre social y es la norma de sus acciones con relación a la sociedad”*.

Y dejaba su principal legado diciéndole a la juventud argentina *“He aquí el mandato de Dios, he aquí el clamor de la patria, he aquí el sagrado Juramento de la Joven Generación*.

Al que adultere con la corrupción, —anatema.

Al que incense la tiranía, o se venda a su oro, —anatema.

Al que traicione los principios de la libertad, del honor y del patriotismo, —anatema.

Al cobarde, al egoísta, al perjuro, —anatema.

Al que vacile en el día grande de los hijos de la patria, —anatema.

Al que mire atrás y sonría cuando suene la trompeta de la regeneración de la patria, —anatema.

Ninguna mayoría, ningún partido o asamblea, tiene derecho para establecer una ley que ataque las leyes naturales y los principios conservadores de la sociedad, y que ponga a merced del capricho de un hombre la seguridad, la libertad y la vida de todos.

No hay libertad donde el hombre no puede cambiar de lugar a su antojo.

Donde no le es permitido disponer del fruto de su industria y de su trabajo.

Donde puede ser vejado e insultado por los sicarios de un poder arbitrario.

Donde sin haber violado la ley, sin juicio previo ni forma de proceso alguno, puede ser encarcelado o privado del uso de sus facultades físicas o intelectuales.

Donde se le coarta el derecho de publicar de palabra o por escrito sus opiniones.

Donde su seguridad, su vida y sus bienes, están a merced del capricho de un mandatario.

Donde se le ponen trabas y condiciones en el ejercicio de una industria cualquiera, como la imprenta”.

Sus palabras, más allá de su tiempo y su circunstancia adquieren la relevancia de lo contemporáneo.

Mi ilustre predecesor en el sitial, Segundo V. Linares Quintana fue propuesto por los Dres. Rafael Bielsa, Jorge Coll, Agustín Matienzo, Horacio Rivarola y Gastón Tobal y, consecuentemente designado en esta Academia el 28 de mayo de 1956 realizándose la ceremonia de incorporación el 7 de mayo de 1957.

En ocasión de la Sesión Pública respectiva, fue presentado por el Dr. Carlos Saavedra Lamas, con una disertación sobre el tema “El sistema constitucional argentino de protección a la libertad”, donde resaltara glosando a Echeverría que *“la vida sin libertad es muerte”*, para afirmar que *“La libertad ha sido siempre una idea fuerza en la Nación Argentina. En un sentido estricto y específico, un Estado no es constitucional por el mero hecho de tener una Constitución, cualquiera sea la forma y el contenido de esta, sino que únicamente merece el calificativo de tal, el Estado que se rige por una Constitución orientada al propósito esencial del amparo y la garantía de la libertad humana mediante la limitación del poder público. De donde resulta que la libertad constituye el substrato teleológico de la Constitución, del Estado constitucional y, por ende, del derecho constitucional...”*

Para nosotros, así queda plasmada la esencia de su pensamiento liberal y la enseñanza de su prédica constitucional y republicana.

Tuvo una intensa vida profesional y académica, tanto en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires como en la de La Plata. Escribió múltiples obras de doctrina, algunas de las cuales se han convertido en pilares de formación en el campo del Derecho Constitucional. En particular, su Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional obtuvo la máxima distinción a la labor científica que otorga nuestro país, al serle concedido el Primer Premio Nacional de Ciencias. Esta -su obra cumbre- fue prologada por Karl Loewenstein que resumiera su juicio sobre tal monumental obra, de la siguiente manera:

“No resulta fácil admitir —y, en efecto, no tiene parangón en la literatura jurídica contemporánea— que un solo autor, sin duda, haya compilado esos nueve volúmenes, escribiendo cuatro mil quinientas páginas, ordenadas en más de seis mil secciones y documentadas por más de seis mil notas. Pero lo que específicamente suscita admiración, no es tanto la tremenda dimensión de la empresa como la capacidad del autor para organizar un extraordinario material jurídico y fáctico, de modo que constituya un sistema lógico, a la vez que una presentación integral del Estado y de su proceso político al promediar el siglo XX”

Fue también Miembro Titular de la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires y de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas.

Pero, por sobre todas las cosas, quienes tuvimos la posibilidad de conocer al Dr. Linares Quintana tanto en su actividad profesional y docente, como así también en su quehacer de publicista y conferencista, podemos destacar que fue un gran Maestro y un generoso guía de varias

generaciones de entusiastas discípulos y, luego, colegas en las Cátedras de Derecho Constitucional.

No es casual que haya presidido esta Academia y otras Instituciones de relevancia y prestigio, pues tuvo la virtud de escuchar, mesura al opinar y una gran vocación por alentar a quienes lo rodeaban académicamente para perseverar en la investigación y en la enseñanza, virtudes estas solo de los grandes hombres.

Sepan con estas palabras reconocer mi profunda emoción al acceder a esta prestigiosa Institución.

Al legado intelectual y cívico de Esteban Echeverría, mi firme compromiso.

A la calidad académica y aptitud científica de Segundo V. Linares Quintana y a sus dotes y cualidades humanas y de liderazgo, mi homenaje y testimonio.

A los valores y principios que ambos practicaron, enseñaron y predicaron, mi incondicional respeto.

Palabras preliminares

Las consecuencias de la mundialización se ven profundamente influenciadas por la manera en que todos los actores de la sociedad, ya se trate del Gobierno, de las empresas, de los sindicatos o de los ciudadanos en general, entienden, aceptan y aplican los valores que sirven de base a las opciones políticas y económicas que la realidad global implica.

Por tales valores entendemos aquellos conceptos que constituyen la esencia de la libertad, en lo individual, en lo político y económico así como el respeto a la ley, la responsabilidad, la integridad, la dignidad humana, la igualdad y la propiedad y el pleno respeto al Estado de Derecho así como la transparencia en el accionar público.

Dichos valores han sido generalmente reconocidos y consagrados en diversos instrumentos que han merecido apoyo internacional. No solo no hay escasez de compromiso internacional respecto de los valores para el modelo democrático de economía de mercado sino que es más bien lo contrario. Sin embargo, el problema que se plantea con los valores es que estos solo se hacen realidad cuando se aplican.

Por ello, la cuestión fundamental es la siguiente: ¿Hay voluntad y capacidad en el mundo de aplicar estos valores al funcionamiento de sus

sociedades? Tal vez este es el punto más difícil, pues plantea un desafío a la universalidad en su compatibilidad con las distintas culturas y situaciones políticas, económicas y sociales de cada país. Se ha afirmado que la comunidad internacional y sus instituciones han dado por supuesto que el modelo puede aplicarse en todos los países del mismo modo. Al hacer esta suposición, se ha olvidado probablemente que, para muchos países, las grandes transformaciones que afectan al funcionamiento de su sociedad —las que repercuten directamente sobre las vidas y mentalidades de sus ciudadanos— necesariamente reflejan evolución y cambios culturales.

Uno de los principales motivos que explican el fracaso del comunismo es que fue incapaz de reconocer plenamente el papel que desempeña la responsabilidad individual, como valor social básico y fundamental y el hecho de que incumbe a todos los actores de la sociedad la tarea de contribuir a la mejora efectiva de la misma, a la defensa de sus valores y a su desarrollo.

En el campo socio laboral no puede concebirse una convivencia basada en la equidad, el respeto recíproco y el desarrollo sustentable, si no hay normas y principios claros y acatados por todos.

Ello aplica tanto en lo local o nacional como en lo internacional o global, debiendo reflejarse no solo en normas sino también en mecanismos que aseguren su efectiva vigencia.

Atendiendo tales principios y la manera adecuada de implementarlos en cada país (enforcement), así como de controlar su acatamiento (compliance), tal articulación es esencial en el marco de una globalización justa pues no habrá un proceso global integrador y progreso inclusivo, si no hay una dimensión social debidamente institucionalizada.

He aquí el objetivo central de nuestra reflexión.

CAPÍTULO I

LA GLOBALIZACIÓN Y SUS RETOS

A) La globalización como hecho y como proceso

Más allá de cualquier definición con la que se quiera caracterizar su naturaleza, el proceso de globalización es un dato de la realidad. La cuestión es —centralmente— la de definir sus propósitos y notas más relevantes, así como las causas y circunstancias que animaron su ac-

tual vigencia. Deberán ser consideradas como causas, tanto la caída del Muro de Berlín, el impacto y la velocidad del cambio tecnológico y de las comunicaciones, la volatilidad de los mercados financieros, los procesos de apertura económica y de integración, los fenómenos en el mundo del trabajo que van acompañando dichas transformaciones tecnológicas y productivas, las migraciones transfronterizas, la incorporación de jóvenes y mujeres y la aparición de nuevas calificaciones y oficios, así como la influencia del cambio climático.

Aunque existe la percepción de que muchos de los problemas sociales y económicos del mundo actual son causados por la globalización, en realidad es la falta de ella en muchos países lo que —a nuestro entender— sigue provocando tales efectos.

En términos prácticos y sin entrar en un debate ideológico, está claro que por la globalización ha habido un giro generalizado -incluso en Asia y África y desde ya en Latinoamérica- hacia la afirmación del sistema democrático y a una mayor preocupación por la calidad institucional.

Es también un dato relevante el de la disminución de la pobreza. Si tenemos en cuenta que en 1985 los datos sobre China revelaban un índice de pobreza de alrededor del 80% y que en el 2010 este guarismo se redujo sustantivamente hasta alrededor del 30%, explicado por tasas de crecimiento que triplicaron la ratio de los países desarrollados y que justifican hoy que el 75% del crecimiento mundial provenga de los países emergentes, está claro que este impacto es particularmente sensible y medible.

Otra de las cuestiones remarcables es la irrupción o ascenso de grandes sectores de la población a la clase media en el mundo en desarrollo, fenómeno que prácticamente ha duplicado las poblaciones calificadas desde el punto de vista técnico como tal.

En el trabajo titulado “Reflexiones sobre: La Comisión Mundial de la OIT sobre la Dimensión Social de la Globalización”, que publicáramos con Francois Perigot (Organización Internacional de Empleadores, marzo/2004), señalábamos que *“A menudo se describe a la globalización en términos negativos, como algo que ha incrementado la marginación y la desigualdad. Sin embargo, lo cierto es que ha ocurrido lo contrario. Ha sacado a millones de personas de la pobreza y ha tenido una repercusión positiva sobre las condiciones de vida reales...nos encontramos con que los niveles de pobreza se están reduciendo en términos globales- y, en algunos casos, de manera espectacular. Según el PNUD, la actual era de la globalización representa el segundo gran salto en la historia de la humanidad, con una mundialización que saca de la pobreza a millones*

de personas y hace que aumente la esperanza de vida, se reduzca la mortalidad infantil, se eleve la tasa de alfabetización y disminuya la pobreza”.

Es así que el crecimiento de la economía mundial entre el 2003 y 2007 fue en promedio del 3.6% en el cual los países desarrollados crecieron a tasas del 2.7% mientras los emergentes lo hicieron a tasas del 7.6%. No cabe duda pues, de la relevancia del desarrollo de los países emergentes en esta etapa de la globalización y del acortamiento de la brecha con respecto a los grandes países industrializados.

Nuestra región no ha sido ajena a estas altas tasas de crecimiento económico, impulsadas por el valor de las commodities, mayor inclusión y tendencia social ascendente. En particular, Brasil es un buen ejemplo, con el alto impacto que tiene dicho fenómeno en su desarrollo, teniendo en cuenta la densidad poblacional de ese país, que acentúa el resultado producido por tales cambios.

En la Memoria que el Director General de la OIT, Guy Ryder, presentara a la 102° Conferencia Internacional del Trabajo bajo el título “Ante el centenario de la OIT: realidades, renovación y compromiso tripartito”, destacó que *“La realización, cinco años antes de lo previsto, de la primera meta del objetivo 1 de los Objetivos de Desarrollo del Milenio de las Naciones Unidas (reducir a la mitad la pobreza extrema antes de 2015) puede atribuirse a una serie de factores, en particular al esfuerzo histórico realizado por China. Además, ello ha permitido que el objetivo formulado por el Banco Mundial de eliminar la pobreza extrema en el mundo antes de 2030 pueda verse ahora como un objetivo realista que es posible alcanzar. Conforme nos aproximamos a ese objetivo se va haciendo más evidente que su completa realización depende de la capacidad de las estrategias de lucha contra la pobreza (entre las que se cuenta el trabajo decente) para llegar de forma efectiva a los grupos más desfavorecidos y vulnerables”* (pág. 9).

Interactuando con tales procesos, la revolución en materia de comunicaciones vino a estimular la mayor inclusión social, la mayor participación democrática y el acceso a la información (incluso a la referida al funcionamiento del respectivo Estado), aspectos estos que serán relevantes en el desarrollo futuro, especialmente en aquellos países donde todavía subsisten regímenes de carácter no democrático, populista o sustentados por un fundamentalismo religioso.

B) Una visión inclusiva e integradora

Es indudable que más allá de los aspectos negativos resultantes de la crisis financiera internacional y sus consecuencias sobre la economía real

cuyo origen podemos ubicar en el año 2008, hay campo propicio para el mejoramiento de esta globalización, dándole un contenido que permita la promoción económica y social de países y pueblos y un mayor estímulo a un comercio internacional de doble vía que acelere una integración de base complementaria y que, desde el punto de vista laboral, respete reglas universales que impidan el abuso derivado del dumping social.

Es por ello que la búsqueda de la “*globalización para todos*”, pretende la aceleración del proceso de inserción regional y mundial mediante mejores acuerdos comerciales, mayor crecimiento, mejor tecnología y un rol gubernamental concentrado en las funciones esenciales del Estado, garantizando adecuada infraestructura física y social, conciliando progreso y desarrollo económico-social.

Más allá de que es necesario facilitar el acceso a esos beneficios resultantes de la integración económica global, tanto para los países que hoy no lo son como para los sectores sociales que aparecen como marginados y más vulnerables, lo cierto es que la globalización ha involucrado a más países en el comercio y la producción; ha ayudado a determinados países a implementar reformas exitosas tanto financieras y comerciales como institucionales, con el objeto de establecer un modelo sustentable de economía de mercado, mientras que -en términos generales- el libre comercio posibilita el crecimiento económico y la incorporación de valor agregado y su generalización -de producirse a través de reglas adecuadas- ha de contribuir a reducir la pobreza, mejorando el empleo y la calidad de vida, a la par que garantizando una división más equitativa del trabajo en los países, a partir de sus ventajas comparativas.

En tal sentido, las prácticas de libre iniciativa y mercado benefician -a nuestro criterio- a los consumidores y promueven una mayor inversión directa que -consecuentemente- coadyuvan a generar crecimiento y empleo.

Se impone considerar qué políticas se requieren para permitir que ello suceda en los países y sectores -hasta ahora- no beneficiados, así como también identificar los problemas y los obstáculos para desarrollar posibles soluciones.

La respuesta debe dirigirse hacia la “nueva cultura de la globalización”. Por lo tanto los factores políticos, económicos, sociales, institucionales y de recursos humanos necesitan ser compatibles y fundados en el respeto a la dignidad del hombre, la justicia, la equidad y la solidaridad para ajustarse a las nuevas realidades.

Nos tocó participar en la Comisión Mundial sobre la Dimensión Social de la Globalización donde estaban representados, en términos generales,

los distintos actores e intereses contrapuestos que existen en el mundo real. Copresidida por dos Jefes de Estado -en ese entonces en ejercicio-, una del norte y el otro del sur, integraron la Comisión miembros procedentes de países de distintas partes del mundo, en todas las etapas de desarrollo y pertenecientes a muy diversos ámbitos: gobiernos, clase política, parlamentos, empresas y compañías multinacionales, organizaciones de trabajadores, círculos universitarios y sociedad civil:

S.E. Tarja Halonen

S.E Benjamin Mkapa

Giuliano Amato

Ruth C.L. Cardoso

Heba Handoussa

Eveline Herfkens

Ana McLaughlin Korologos

Lu Mai

Valentina Matvienko

Deepak Nayya

Taizo Nishimuro

François Perigot

Surin Pitsuwan

Julio Maria Sanguinetti

Hernando de Soto

Joseph Stiglitz

John J. Sweeney

Victoria Tauli-Corpuz

Aminata D. Traoré

Zwelinzima Vavi

Ernst Ulrich von Weizsäcker

Bill Brett

Eui-yong Chung

Daniel Funes de Rioja

Juan Somavia

Alain Ludovic Tou

Entre las cuestiones centrales que hacen a los aspectos positivos y negativos de la globalización y que han generado -como lógica consecuencia- movimientos o tendencias pro y antimundialización una de las mayores preocupaciones es la relativa al tipo de globalización de la que hablamos.

Se coincidió en que era urgente adoptar medidas para crear un proceso de globalización justo e integrador y la única manera de llegar a lograrlo era mediante acuerdos entre una gran diversidad de actores respecto de la línea de acción a adoptar, intentando aprovechar mejor las posibilidades que brinda la propia globalización.

En ese sentido quedó en claro que se trataba de aquella que irradie los efectos positivos de la incorporación tecnológica y del libre comercio exterior estimulado por la eliminación o disminución —según sea el caso— de barreras arancelarias y para-arancelarias y fuertemente respaldado por la importante reducción del costo de los fletes internacionales, dando paso a reglas de juego justas y equitativas, a una mayor transparencia en la regulación internacional (incluso la financiera), a garantizar la libre circulación de las personas y la ampliación de los mercados de trabajo, sujetos estos últimos a dos claras premisas:

-el respeto a los derechos fundamentales en el trabajo;

-la existencia universal de pisos de protección social adecuados a las circunstancias de desarrollo económico y social de cada país.

C) La gobernabilidad global y sus condicionantes

Así, debe estructurarse un marco institucional que haga posible la gobernabilidad global (*global governance*), complementando con claras políticas locales, que favorezcan un proceso de mayor inclusión política, económica y social (*local governance*), con trabajo productivo y decente y empresas sustentables, integrando tales cuestiones políticas, económicas y sociales con las referidas a la ética y los valores del y para el proceso de globalización, con acceso a la educación y a la tecnología.

La estrategia al respecto no se agota en el mercado, ya que el mismo no resuelve de por sí todos los problemas, pero las soluciones deben lograrse dentro del contexto de la economía de mercado y con actores públicos y privados consustanciados con los valores de la iniciativa privada y el respeto a la ley y a principios de buena gobernanza con los de la responsabilidad social voluntaria (*corporate governance and social responsibility*), reconociendo que no hay fórmula única de crecimiento sustentable ni modelos exclusivos de viabilidad para un proceso de integración (*no one size fits all response*).

Desconocer estos factores o darles un tratamiento incompleto ha llevado a muchas naciones al aislamiento y a la falta de desarrollo económico y social.

Por ende, entendemos que debe adoptarse una *“visión universalista”*, con una finalidad de *“integración”* y esta perspectiva implica crear el marco para la *“convivencia”* deseable en la nueva etapa del proceso de mundialización, sustituyendo el paradigma confrontativo del siglo pasado por el de la cooperación o colaboración que deriva del desafío de la globalización, así como la necesidad de articulación público-privada para conciliar competitividad económica con la social.

Asimismo, es preciso tener en cuenta que la vía para asegurar el adecuado funcionamiento de la gobernabilidad, se ha de basar en el desarrollo de respuestas comunes en diversos campos:

1) Ratificando la democracia y el Estado de Derecho como sistema, así como la libertad como valor principal y condenando toda clase de terrorismo;

2) Reconociendo los derechos humanos fundamentales, incluidos -en especial- los principios y derechos fundamentales en el trabajo y asegurando su adecuado cumplimiento;

3) Continuando con el proceso de liberalización del comercio y la afirmación de la economía de mercado, para garantizar el acceso a los mercados, eliminando las barreras comerciales irrazonables, para lo que se requieren reglas que rijan para todos (*fair globalisation*) y en tal sentido, no se puede —por un lado— exigir apertura económica si por el otro se mantienen barreras arancelarias o para-arancelarias que actúan como mecanismos proteccionistas constituyendo una restricción más en el camino hacia el desarrollo;

4) Promoviendo políticas de inversión, competitividad, acceso a la tecnología, al fomento de la iniciativa privada y al desenvolvimiento de las empresas.

Las políticas fiscales y los marcos regulatorios deben ser predecibles, transparentes y estimular la inversión, especialmente en la pequeña y mediana empresa.

Deberá tenerse en cuenta que una razonable protección del derecho de propiedad, es importante en la generación de capital e inversión;

5) Poniendo énfasis en que la creación de empleo productivo constituye el eje del progreso social y es el resultado de adecuadas definiciones, en un entorno favorable de políticas económicas y sociales;

6) Mejorando las redes de seguridad social para proteger al trabajador y a su familia pero con clara inducción a la inserción o reinserción en el trabajo, sin dañar la competitividad, factor esencial para crear y mantener empleos;

7) Asegurando, mediante la educación y la formación profesional, una política de recursos humanos para la empleabilidad como parte de una estrategia para reducir la brecha entre la llamada "*sociedad del conocimiento*" y los países o los grupos marginados económica o socialmente, habida cuenta que el mejoramiento de la calidad de los empleos y el progreso social están ligado al crecimiento económico, a la tecnología y a la productividad;

8) Adoptando regulaciones laborales modernas y que promuevan la formalización, para responder a las necesidades del sistema productivo y la promoción de la inversión, dado que las legislaciones vigentes en muchos países no son hoy útiles en el marco de la transformación tecnológica y los cambios en la organización de la producción y del trabajo y por exceso de regulación y fiscalidad, contribuyen a la existencia de mercados duales, como consecuencia de la anomia y la informalidad;

9) Confirmando la importancia del diálogo social para alcanzar estos objetivos, haciéndolo real y efectivo en la práctica.

D) La respuesta de las instituciones locales

En el análisis particular de la gobernabilidad local (*local governance*), vemos que entre los países en transición y en desarrollo ha habido -al menos hasta ahora- ganadores y perdedores.

En nuestra visión, hay naciones que han quedado rezagadas y ello no ha sido -exclusivamente- por culpa de la globalización sino también por no haber concretado los pasos institucionales y reformas estructurales necesarias para una inserción eficaz. En todo caso, estamos convencidos de

que la globalización debería brindarles una “*oportunidad*”, a partir de la concepción del “Estado eficaz” en el logro de sus fines y la administración eficiente de los recursos públicos para cumplir las funciones que le son propias.

Donde no funcionan las instituciones, aparece fuertemente cuestionada la legalidad y el respeto a los derechos individuales. En tales circunstancias, la falta de un Estado eficaz por la baja calidad de los servicios públicos, la gestión administrativa no eficiente, la presión fiscal exorbitante, la corrupción o la arbitrariedad, por no tener una administración de Justicia independiente e imparcial, son componentes que obstan a un posible desarrollo y a la integración regional o global.

En lo social, surge la particular incidencia de ciertos factores:

- La regulación laboral en el desenvolvimiento de las relaciones socio-laborales y el empleo. Tanto los esquemas del Derecho individual como colectivo, vienen variando como consecuencia de los cambios operados en este “*nuevo mundo*”.

- Se requiere un modelo de capacitación permanente de los recursos humanos para responder a los retos de la innovación y la tecnología y a las nuevas formas de organización del trabajo.

- El paradigma confrontativo que caracterizaba la guerra fría y la economía cerrada, del que debe llegarse al colaborativo que privilegia el diálogo social y la negociación colectiva (*win win bargaining*) para arribar a consensos.

- De la regulación rígida y fordista ha de evolucionarse a privilegiar la protección del trabajador (y no de puestos de trabajo ya superados por razones tecnológicas o de organización de la producción), alentando la registración de las relaciones laborales y de las empresas como tales, cualquiera sea su dimensión.

Aparecen -en el marco de estos cambios sociales y económicos-, nuevas cuestiones:

- El empleo de los jóvenes en países exitosos, fenómeno que dio en llamarse el “*baby boom*” o irrupción de los jóvenes en el mercado laboral, mientras que otras naciones verificaban tasas de desempleo juvenil duplicando o triplicando las *ratios* de sus respectivas poblaciones;

- La situación de la mujer frente a prácticas discriminatorias basadas en diversas razones, incluso culturales o religiosas;

- El desplazamiento cada vez más anticipado de los trabajadores de cierta edad por requerimientos propios del avance tecnológico y frente a la brecha de capacitación (*glass ceiling*);

- El envejecimiento de la población activa en las naciones más desarrolladas y su impacto en la financiación de los sistemas de seguridad social;

- Las migraciones sean por razones económicas o sociales o como consecuencia -por ejemplo- del cambio climático y su impacto en las relocalizaciones, especialmente en el sector primario y la agro-industria;

- Las consecuencias socio-laborales del cambio tecnológico, que lleva a la búsqueda de nuevas metas de formación y calificaciones (*skills development*).

Todas estas reflejan la “*nueva realidad*” donde la mera protección histórica que defendía a los que tenían trabajo (*insiders*), pero constituía un factor de exclusión de los que pugnaban por entrar al primer empleo o superar las ya mencionadas “*vallas invisibles*”, marca un punto de crisis en los viejos esquemas del Derecho del Trabajo, mientras la informalidad y la anomia se convierten en el “otro sendero”, el de la marginalidad y la exclusión, en un contexto de dualidad del mercado laboral.

Es cierto que la responsabilidad política de generar las condiciones necesarias para la creación de empleo es primariamente estatal, pero no cabe duda que los trabajadores y los empresarios tienen interés y responsabilidad en dicho tema y la mejor manera de formular los campos de cooperación de los actores sociales es por medio del diálogo social para promover las políticas que permitan nuevos empleos, mejores calificaciones laborales y -como contrapartida- más tecnología y desarrollo empresarial, así como mejoras en la productividad para el acceso a nuevos mercados.

En concreto, la apertura económica que la globalización implica, obliga a pensar en términos de sistemas laborales funcionales con la organización productiva y descarta de plano la subsistencia de modelos de legislación laboral que, por su estructura y contenido hiperprotectorio e incluso por su impacto elevado en los costos productivos, sólo pueden desenvolverse en regímenes de alta protección económica y arancelaria que desalientan toda forma de competencia externa o sólo la posibilitan cuando hay fuertes subsidios a la actividad productiva, poco compatibles con el equilibrio fiscal y la asignación eficiente de los recursos públicos.

En materia de relaciones laborales colectivas, está claro que democracia política, pluralismo social y economía competitiva de mercado, son

renuentes a diseños basados en principios de concentración de interlo-
cución o hegemonía y descartan todo monopolio de representación im-
puesto por la ley.

No contemplar todos estos aspectos o hacerlo de manera incompleta,
lleva a agudizar los problemas del aislamiento político y el subdesarrollo
económico.

E) La institucionalidad internacional y sus efectos

Desde principios de los años '90, hay en el mundo desarrollado una re-
novada preocupación sobre una serie de problemas, relacionados con las
dinámicas del empleo, el desempleo y los movimientos de relocalización
de las actividades productivas, las migraciones transfronterizas y las vin-
culaciones con el comercio mundial.

Ello fue explicado por nuestro prestigioso economista Javier Villanueva
quien subrayó glosando al President Report de 1994, que *".. el comercio
internacional y la inversión conducen a que las ocupaciones relacionadas
con la mano de obra poco calificada y con salarios bajos se desplace a paí-
ses pobres a cambio de ocupaciones mejor pagadas y de alta calificación"*.
Como contrapartida podemos agregar que también migran, pero hacia
los países de mayor innovación y capacidad tecnológica, quienes poseen
las habilidades y calificaciones para los "nuevos" empleos.

Enrique S. Mantilla en su trabajo *La Dimensión Sociolaboral de la Inte-
gración - ALCA 2005*, recuerda que *"los Acuerdos Comerciales Internacio-
nales son ámbitos donde se plasma también el debate que se está dando
en diferentes foros a nivel mundial sobre la Dimensión Sociolaboral y la
Globalización."*

Al decir del autor citado: *"El telón de fondo de esta confrontación de
ideas sobre las relaciones entre Comercio y Normas Laborales son las cau-
saciones circulares e interrelaciones entre:*

-La desigual dinámica poblacional y el empleo por regiones;

-La promoción de normas laborales a escala mundial;

-La globalización de los mercados y el neoregionalismo;

-La movilidad del capital y las inversiones;

-El cambio tecnológico;

-Las crecientes preocupaciones ambientales."

Alude a que los foros más influyentes, aunque no los únicos, sobre el comercio y normas laborales son: la Organización Mundial del Comercio (OMC) y la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y, la polémica más destacada ha sido la de las llamadas “cláusulas sociales”.

Recuerda que la Dimensión Sociolaboral es materia en desarrollo en los Acuerdos Comerciales Regionales en el Área de las Américas y en otras regiones y que, en particular, la Conferencia Internacional de Ministros de Trabajo de la Organización de Estados Americanos (OEA), tiene una agenda concreta en la materia.

Finalmente precisa que ninguno de los requisitos establecidos para reconocer internacionalmente un Acuerdo de Libre Comercio y una Unión Aduanera, exige la existencia de regulaciones comunes en el área sociolaboral.

Esto es tanto porque la OMC no tiene competencia para reglamentar o dar directivas en materia sociolaboral, como porque no es necesario tener normas específicas, ante la existencia de un sistema normativo multilateral como es el de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

Coincidimos con esta apreciación que quedó claramente establecida en la Reunión Ministerial de la OMC en Singapur, 1996, cuando en la Declaración Final adoptada el 13 de diciembre de 1996, en el numeral 4 expresó:

“Renovamos nuestro compromiso de respetar las normas fundamentales del trabajo internacionalmente reconocidas. La Organización Internacional del Trabajo (OIT) es el órgano competente para establecer esas normas y ocuparse de ellas, y afirmamos nuestro apoyo a su labor de promoción de las mismas. Consideramos que el crecimiento y el desarrollo económicos impulsados por el incremento del comercio y la mayor liberalización comercial contribuirán a la promoción de esas normas. Rechazamos la utilización de las normas del trabajo con fines proteccionistas y convenimos en que no debe cuestionarse en absoluto la ventaja comparativa de los países, en particular de los países en desarrollo de bajos salarios. A este respecto, tomamos nota de que las Secretarías de la OMC y la OIT proseguirán su actual colaboración.”

Pero el tema de las denominadas “cláusulas sociales” pareciera tener otra dimensión surgida de preocupaciones políticas y económicas en los países industrializados. De allí, el debate sobre las mismas que tanto Francia como EE.UU. intentaron introducir como parte de los acuerdos de la Organización Mundial del Comercio y que quedó superada, como se ha dicho, en 1996 en la Reunión Ministerial de la OMC en Singapur.

En los últimos años, como lo explicó el entonces Director General de la OIT, Juan Somavía, en la Memoria a la 89ª Conferencia Internacional del Trabajo, un foco de especial atención es la “governabilidad de la globalización” que *“no solo tiene que ver con el gobierno, sino de la manera en que la sociedad en su conjunto administra sus asuntos, que incluye la forma en que los valores y las metas sociales influyen en el comportamiento de la población, lo cual se refleja en nuevas reglas y objetivos para los inversores, nuevas metas para las compañías y nuevos instrumentos para el diálogo social”*.

Como respuesta a la reunión de Singapur y dentro de este clima de consensos sobre nuevos instrumentos y prácticas, es que debe entenderse la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales dada a conocer por la OIT en 1998, en la cual, por unanimidad, los Estados Miembros de la misma reiteraron su compromiso con el respeto de normas fundamentales sobre libertad de asociación, libertad sindical, reconocimiento de la negociación colectiva, eliminación de todas las formas de trabajo forzoso, abolición efectiva del trabajo infantil y la no discriminación en materia de empleo y ocupación, así como garantizar un mecanismo ad hoc de seguimiento para su debida y general observancia.

El referido Director General de la OIT, tuvo oportunidad de subrayar que desde *“la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social celebrada en Copenhague en 1995 hasta la adopción de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo de 1998, se forjó un consenso internacional sobre el contenido de las normas del trabajo fundamentales que representaría el cimiento social para la economía global. Esta serie de principios y derechos constituye una expresión específica de los derechos humanos básicos en el mundo del trabajo”*.

También expresó que la comunidad internacional ha reafirmado en múltiples ocasiones la competencia de la OIT en cuanto al establecimiento y administración de las normas laborales. Con relación al debate sobre la cláusula social, *“tanto en la Declaración Ministerial de Singapur de la OMC de 1996, como en la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo se afirma que las normas del trabajo no deberían utilizarse con fines comerciales proteccionistas y que no debería ponerse en cuestión la ventaja comparativa de cualquier país. Esto es, la ventaja comparativa de que disfrutaban algunos países en virtud de una abundancia relativa de mano de obra más barata se ha confirmado como ventaja legítima en el comercio, como sucedió históricamente en el caso de los países actualmente industrializados”*.

Teniendo en cuenta que la Declaración fue adoptada como un “Instrumento Promocional” y con el consenso que fuera un objetivo común del

sistema multilateral, donde todos los Estados Miembros de la OIT se comprometieron para que fuera eficaz y universal en su aplicación, se destacó que:

- "La Declaración debería reforzar y respaldar todas las actividades de cooperación técnica de la OIT, que han de responder forzosamente a toda una serie de necesidades de los mandantes en el plano nacional y regirse por los cuatro objetivos estratégicos de la Organización, los cuales están interconectados, por lo que el ejercicio de los derechos fundamentales en el trabajo facilitará los progresos que se consigan en relación con los demás objetivos estratégicos, que facilitarán a su vez dicho ejercicio";

- "El seguimiento de la Declaración abre también el camino para un debate político más profundo en la propia OIT sobre el desarrollo y los derechos en el trabajo, y puede contribuir a que se aprecien mejor los problemas y perspectivas de los diferentes países y regiones y sugerir mejores modos de abordarlos. La eficacia del seguimiento contribuirá decisivamente a reducir las tensiones políticas derivadas del ajuste mundial. Su transparencia, lo que aporte a las actividades de cooperación técnica, la importancia que dé a la promoción y al desarrollo, la incorporación de una perspectiva de igualdad entre los sexos y un mayor interés de la población por el progreso social y un desarrollo duradero son los elementos fundamentales para que todos aprecien plenamente el planteamiento de la OIT en lo tocante a la reforma social en un mundo interdependiente".

En definitiva, después de que se dejase deliberadamente de lado la discusión de la idea de establecer un vínculo obligatorio entre la liberalización del comercio internacional y el respeto de las normas del trabajo, se hizo evidente que la verdadera cuestión no consistía en imponer al conjunto de los Miembros de la OIT, contra la filosofía de la propia Organización, el mismo nivel de protección social cualesquiera que fuesen sus grados de desarrollo y sus particularismos históricos o culturales. Se trataba de hacer que los propios interesados pudiesen disponer de los medios necesarios para reivindicar, teniendo en cuenta las posibilidades y las particularidades de cada país, una contrapartida equitativa a su trabajo.

En el caso de la Dimensión Sociolaboral, resulta claro que se puede utilizar la normativa de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y en la práctica, los Estados Partes de un Acuerdo pueden decidir, incluso, ratificar un conjunto igual de Convenios Internacionales del trabajo, lo que implica una armonización normativa, sin necesidad de producir normas propias.

El Director General de la OIT en la Memoria ya citada en la 102ª Conferencia, destaca que *"La OIT desarrolla su labor dentro de un sistema multilateral cuya capacidad para responder eficazmente a los problemas*

mundiales está siendo objeto de una creciente atención. La opinión pública se está preocupando cada vez más por estos problemas y se está impacientando por la incapacidad de resolverlos adecuadamente, ya sea a nivel nacional o internacional.

Los resultados recientes de los procesos multilaterales formales no han sido positivos. Las negociaciones comerciales internacionales no han dado ningún resultado; las discusiones sobre el cambio climático no han respondido a las expectativas generales. Es muy revelador que la primera respuesta de la comunidad internacional al estallido de la crisis financiera de finales de 2008 fuese convocar una cumbre del G-20 en lugar de actuar a través de las estructuras multilaterales existentes. De igual modo, las iniciativas regionales, internacionales o subregionales se están presentando cada vez más como una alternativa a los procesos multilaterales. Las consecuencias para la gobernanza de la globalización son considerables” (pág. 23).

La crisis internacional iniciada en el año 2008, de origen netamente financiero, pero luego trasladada en sus efectos a la economía real, está poniendo a prueba el futuro de la globalización. Desde nuestra perspectiva, reafirma la necesidad de un proceso inclusivo, universal, basado en una “ética” que garantice transparencia y equidad y medios de acción acordados e implementados por y para todos.

CAPÍTULO II

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO

a) Origen, valores y finalidad. Estructura

No cabe duda que, con la creación de la OIT en 1919, el contenido del derecho internacional laboral evolucionó ostensiblemente.

La OIT fue fundada por los Estados signatarios del Tratado de Versalles, que dio fin a la Primera Guerra Mundial.

Su creación constituyó la respuesta de la comunidad internacional a profundas preocupaciones referentes a la paz, la seguridad y la justicia. Así, en términos del Preámbulo de la Constitución de la OIT, las Altas Partes contratantes se declaran “*movidas por sentimientos de justicia y de humanidad y por el deseo de asegurar la paz permanente en el mundo*”, destacando que “*solo puede basarse en la justicia social... si cualquier Nación no adoptare un régimen de trabajo realmente humano, esta omisión constituiría un obstáculo a los esfuerzos de otras Naciones que deseen mejorar la suerte de los trabajadores en sus propios países...*” (sic).

El gran experto internacional en normas laborales, Nicolás Valticós, destacaba que la referida Declaración en la que se definen los objetivos de la Organización no es solamente un programa y fuente de inspiración de su actividad, sino que *“también habría de permitirle emprender, aún a falta de otras obligaciones formales de los Estados miembros derivados de la ratificación de los Convenios, una acción especial en ciertos aspectos como el de la libertad sindical y el de la acción contra la discriminación considerando que, por el hecho de participar en la Organización y aceptar su Constitución, de la que formaba parte la Declaración, los Estados suscribían sus objetivos”* (pág. 93 - Derecho Internacional del Trabajo).

Como agencia especializada de Naciones Unidas para promover la justicia social y los derechos humanos en el trabajo, su misión principal necesariamente consiste en elaborar las normas internacionales del trabajo y controlar el cumplimiento de las mismas. Dichas normas constituyen el componente jurídico de la estrategia adoptada para administrar la globalización, erradicar la pobreza y promover el desarrollo sostenible a través de condiciones de trabajo dignas y seguras.

Se trata de la única institución del sistema multilateral dotada de una estructura tripartita, lo que implica una representación de los gobiernos, los empleadores y los trabajadores.

Con ese tripartismo, para garantizar dichas condiciones, interviene ante sus Estados Miembros a fin de asegurarse que las normas internacionales del trabajo sean adecuadamente respetadas, tanto en el derecho como en la práctica. Para ello, la actividad normativa de la OIT es reforzada por un vasto programa de cooperación técnica, ayudando a los Estados miembros a la aplicación efectiva de las normas y principios de la Organización y complementada por mecanismos de supervisión y control de dicho cumplimiento.

Desde el punto de vista operacional, dispone de tres órganos principales: una Asamblea General — la Conferencia Internacional del Trabajo; un Órgano Ejecutivo — el Consejo de Administración y una Secretaría permanente — La Oficina Internacional del Trabajo. Los dos primeros mencionados están compuestos por representantes de los gobiernos, los empleadores y los trabajadores, mientras que el último es la estructura administrativa y técnica de gestión de la Organización.

La Conferencia es la que discute y adopta las normas internacionales de trabajo y desempeña un papel importante en el control de su aplicación. Además, sirve de foro en el cual se pueden tratar cuestiones sociales relativas al trabajo y al empleo que sean importantes para todo el mundo.

También adopta las resoluciones que sirven de principios directivos para la política general y las actividades de la Organización, así como discute y aprueba el programa y presupuesto a la vez que elige a los miembros del Consejo de Administración y, por último, decide la admisión de nuevos Estados Miembros o su expulsión.

El Consejo de Administración toma las decisiones relativas a la política de la OIT; decide el orden del día de la Conferencia; prepara el programa y el presupuesto de la Organización que después se somete a la Conferencia; elige al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo y dirige las actividades de la Oficina. También desempeña un papel importante relacionado con el control de la aplicación de las normas internacionales del trabajo, especialmente a través de los mecanismos al respecto que funcionan en su órbita.

Por último, la Oficina Internacional del Trabajo con sede permanente en Ginebra, es la secretaría de la Organización. Representa el punto focal del conjunto de las actividades, que prepara bajo la supervisión del Consejo de Administración. Actúa bajo la dirección de un Director General elegido por el Consejo de Administración para un período renovable de cinco años. La Oficina prepara los documentos y los informes que constituyen el material base para las conferencias y las reuniones de la OIT y administra programas de cooperación técnica en el mundo entero particularmente en apoyo a las actividades de la Organización relativas a las normas internacionales del trabajo. Asimismo, es responsable de un centro de investigación y de documentación que publica toda una serie de obras y revistas especializadas que versan sobre asuntos sociales y relativos al trabajo. La estructura de la Oficina comprende también un cierto número de oficinas descentralizadas.

b) La normativa

Dijimos que la Conferencia de la OIT es la que genera las normas internacionales del trabajo y se expresa mediante distintos instrumentos que caben en su mandato (Convenios, Recomendaciones, Declaraciones, Códigos de Buenas Prácticas, etc.). Sin embargo son los Convenios los de mayor gravitación pues, aprobados por dicha Asamblea y una vez ratificados por los Estados miembros, tienen fuerza vinculante para cada país en particular.

Los Convenios -que son normas mínimas, cuya condición debe ser la universalidad y la flexibilidad para poder ser aplicados por todos los países- crean obligaciones internacionales, mientras que las Recomendaciones son orientaciones de política y, por ende, no ratificables. Los Conve-

nios -al decir de Georges Scelle- *“son leyes internacionales adoptadas por un órgano legislativo internacional y para adquirir fuerza legislativa interna, solo requieren la aparición de un acto-condición que constituye la ratificación y que sería en realidad una adhesión a un acto preexistente”* (L’Organisation internationale du Travail et le BIT pp 182-185).

De tal forma, el contenido de los Convenios se convierte en instituto aplicable en el plano nacional, sea en forma automática por la mera ratificación o, por reglamentación complementaria (según lo contemple el sistema jurídico nacional). Pero, a partir de dicha incorporación al Derecho positivo, quedan sujetos a un doble contralor: el jurisdiccional a nivel nacional y el de los organismos de supervisión de la OIT, a nivel internacional.

Entre los Convenios, se destacan los llamados “fundamentales” que son aquellos que por naturaleza se refieren a los derechos humanos en el plano laboral y que abarcan la libertad de asociación (Nro.87) y la negociación colectiva (Nro.98), la no discriminación (Nros.100 y 111), la erradicación de toda forma de trabajo forzoso (Nros. 29 y 105) y la eliminación de las peores formas de trabajo infantil (Nros.138 y 182).

Estos derechos implican asimismo valores fundamentales y, tal como se ha expresado previamente, fueron recogidos en la Declaración de 1998 que reafirmó su contenido moral en el marco del proceso de globalización y por lo tanto tienen “fuerza moral vinculante” para los Estados miembros.

Sin perjuicio de los Convenios fundamentales, se han designado otros cuatro Convenios como instrumentos “prioritarios”, impulsando su ratificación para el adecuado funcionamiento del sistema (Convenios sobre inspección de trabajo -Nros. 81 y 129-; consulta tripartita -Convenio 184- y política de empleo -Convenio 122-).

Por su parte, otro tipo de normas que tiene la potestad la Conferencia de emitir son las Recomendaciones, que constituyen orientaciones de políticas por lo que no imponen conductas tipificadas. Hay de dos tipos, aquellas que van unidas y son complementarias de un Convenio y las llamadas “Autónomas” para cuestiones más generales y no de carácter prescriptivo.

Los Estados están obligados a someter a sus órganos legislativos los Convenios aprobados por la OIT. Dicha obligación forma parte del mandato constitucional que establece al respecto un vínculo entre cada Estado miembro de la OIT en cuanto a participación (como se ha dicho, tripartita), contribución al financiamiento de la Organización, obligación de sumisión respecto a los instrumentos (los referidos Convenios), deber de

información con la periodicidad y bajo las circunstancias que emanan de la propia Constitución y Reglamentos de la OIT, así como la responsabilidad de aceptar los procedimientos de supervisión con las formalidades y alcances que en cada caso corresponden.

c) El mandato de control

Al lado de la función normativa que la distingue claramente de otras instituciones multilaterales, la Organización Internacional del Trabajo cuenta —como ya se ha dicho— con un sistema para monitorear el respeto de sus normas que es realmente único y efectivo y, en especial, analizando ello en comparación con los sistemas empleados por las otras agencias de las Naciones Unidas. La efectividad deriva de la diversidad de los mecanismos de control, su combinación e impacto, especialmente como “sanción moral”, sin olvidar que la aplicación del art.33 de la Constitución de la Organización llevó a concretas y eficaces sanciones ejemplares tanto en el caso de Sudáfrica como —en años recientes— en el de Myanmar.

En particular, destacamos que estos mecanismos de supervisión se caracterizan porque constituyen un eslabonamiento “en cadena”, que va desde la información a la sanción, a saber:

1) Las **Memorias** de los Estados miembros conteniendo la información en relación a las medidas para implementar los Convenios o los obstáculos a dicha ratificación. Ello constituye el punto de partida del sistema de control y las obligaciones al respecto surgen de los arts.19; 22 y 35 de la Constitución de la OIT.

En virtud del art.19, la Comisión de Expertos realiza cada año un Estudio General sobre la legislación y la práctica acerca de un tema indicado por el Consejo de Administración y en base a las Memorias recibidas de los Estados miembros y a las informaciones proporcionadas por las organizaciones de trabajadores y empleadores.

En particular, en cuanto a los informes sobre los Convenios ratificados, de conformidad con el art.22 de la Constitución de la OIT, que solían ser enviados cada año, son ahora presentados a intervalos de dos años para los llamados Convenios fundamentales y “prioritarios” y cinco años para los restantes. Si la consideración de estos informes de los gobiernos se traslada o no a los de la Comisión de Expertos, depende de la evaluación de los mismos como parte del proceso de control antes aludido. Las peticiones de las organizaciones de empleadores y trabajadores proveen frecuentemente no solo la base para los contenidos de evaluación, sino también el impulso para dicho análisis (art. 23);

2) Las **reclamaciones** que en virtud de los arts. 24 y 25 de la Constitución de la OIT, las asociaciones de empleadores y trabajadores tienen derecho a presentar, en relación al incumplimiento de un convenio ratificado por un Estado miembro. Se establece un Comité tripartito del Consejo de Administración que examina la reclamación, la respuesta del gobierno y se pronuncia sobre los aspectos jurídicos y prácticos del caso y cuando la respuesta del gobierno no se considera satisfactoria, el Consejo de Administración puede publicar la reclamación y la respuesta;

3) Las **quejas** contra un Estado Miembro por incumplimiento de un Convenio ratificado, efectuada por otro Estado Miembro que hubiese ratificado el mismo Convenio, por un delegado a la Conferencia Internacional del Trabajo o por el Consejo de Administración actuando de oficio y en virtud de la cual se constituye una Comisión de Encuesta (arts 26 y ss. de la Constitución de la OIT).

La Comisión creada, será responsable de la investigación y formulará recomendaciones sobre las medidas que deben tomarse para el cumplimiento efectivo de la norma por parte del Estado miembro;

4) Las **sanciones** emergentes del art.33 por incumplimiento reiterado y grave de debido respeto a normas fundamentales. En particular, cuando un país se niega a cumplir con las Recomendaciones de una Comisión de Encuesta, el Consejo de Administración puede aplicar las previsiones de este artículo e incluso recomendar *“a la Conferencia las medidas que estime conveniente para obtener el cumplimiento de dichas Recomendaciones”*.

5) El **Comité de Libertad Sindical** organismo permanente tripartito -del Consejo de Administración- especialmente constituido en 1951 para examinar quejas sobre las violaciones de la libertad de asociación de trabajadores o empleadores, como consecuencia de denuncias respecto de países que hayan o no ratificado los Convenios Nros. 87 y 98 sobre libertad sindical y negociación colectiva y sean referidas a este Comité.

6) La **Comisión de Expertos de Aplicación de Convenios y Recomendaciones**, está integrada por un grupo de especialistas designados por el Consejo de Administración y nace como una reacción de la OIT en la Conferencia de 1926 al creciente flujo de información que tuvo lugar durante los primeros años luego de su fundación, en respuesta a la obligación de enviar memorias ya mencionada.

Los términos de referencia de su mandato establecen que su tarea es puramente técnica y no judicial, asesorar a la Conferencia y, en especial, a

su Comisión de Aplicación de Normas “en relación a los hechos” y dejando a la Conferencia “decidir sobre su actitud y cuál es la acción apropiada que podría tomar o indicar”. Asimismo, se estableció claramente que “la Comisión de Expertos no tendría capacidad judicial ni sería competente para brindar interpretaciones de las disposiciones del Convenio ni decidir a favor de una interpretación sobre otra (“The Standard-setting and monitoring activity of the ILO: Legal questions and practical experience” - Alfred Wiskirchen publicada en *Internacional Labour Review*, Vol. 144 (2005), N° 3).

En la realización de su tarea, la Comisión efectúa dos tipos de comentarios:

a) Las observaciones sobre cuestiones fundamentales planteadas por la aplicación de un determinado Convenio por parte de un Estado y que se publican en el Informe anual que se presenta a la Conferencia.

b) Las solicitudes directas en relación a aspectos técnicos que forman parte del diálogo entre la Organización y el gobierno de cada país, para constatar el cumplimiento de un Convenio ratificado, los obstáculos a la ratificación e incluso las necesidades de asistencia técnica;

7) La **Comisión de Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Conferencia** también de carácter tripartito, pero en el seno de la Conferencia, examina el Informe de la Comisión de Expertos, invita a los gobiernos seleccionados para tal fin en cada Conferencia a efectos de responder a requerimientos e inquietudes y comunicar información, adopta conclusiones en las que recomienda a los gobiernos medidas específicas o que acepten la asistencia técnica de la Oficina y, discute y aprueba su Informe final que es sometido al pleno de la Conferencia.

Se constituye en cada Conferencia anual y evalúa un cierto número de casos que conforman una lista acordada entre trabajadores y empleadores.

Los casos tratados surgen como resultado del ya aludido Informe de la Comisión de Expertos o por iniciativa propia. En concreto, son situaciones de incumplimiento persistente, de normativa ratificada (o de evolución y progreso, según sea el caso) sometidas a análisis tripartito con la finalidad de promover la rectificación de la conducta imputada y hacer que la Oficina proporcione la asistencia técnica necesaria o concluir en un juicio crítico condenatorio de tales desviaciones o incumplimientos.

Nicolás Valticós destaca que “*aunque la comisión siempre ha señalado que su papel no era el de un tribunal... esta lista especial no ha dejado de ser considerada por los gobiernos interesados como una especie de sanción moral*” (pág. 507 *Derecho Internacional del Trabajo*).

La aludida “lista especial”, es la nómina de países que reciben un “párrafo especial” en el informe de la Comisión, donde se puntualizan los incumplimientos donde el aludido carácter de sanción moral es percibido como tal por la comunidad internacional. Tanto es el grado de influencia que tiene esta condena moral, que -incluso- se encuentra contemplada como posible causa de exclusión de beneficios en recientes tratados de comercio e integración.

8) La posibilidad de un Tribunal de interpretación: El mecanismo, aún no instrumentado, del art. 37.2 de la Constitución de la OIT que abre la posibilidad de articular uno propio de interpretación. *“En ocasión de las reformas hechas a la Constitución de la OIT en 1946, se añadió un segundo párrafo al artículo 37 de la Constitución para dar mayor flexibilidad a los métodos de interpretación. Esta disposición prevé la posibilidad de instituir un tribunal en vista a arreglar prontamente toda cuestión o dificultad relativa a la interpretación de un convenio. Estas cuestiones podrán presentarse al tribunal por medio del Consejo de Administración o de acuerdo con los términos de un convenio. El Tribunal estaría vinculado por las sentencias o recomendaciones consultivas de la Corte Internacional de Justicia”* (Nicolás Valticós, ob. cit., pág. 150).

9) Recurso a la Corte Internacional de Justicia: Finalmente, la posibilidad de llegar a la Corte Internacional de Justicia a la que se puede recurrir al no encontrar una definición interpretativa de la norma internacional en cuestión en la propia OIT. Este camino solo fue utilizado en una oportunidad, con respecto al Convenio sobre trabajo nocturno de mujeres pues, en concreto, se ha preferido buscar —a través del diálogo tripartito— construir soluciones por consenso, regla básica y prioritaria dentro de los usos y prácticas del funcionamiento de la Organización.

Se ha dicho -y entendemos con apropiado criterio- que los mecanismos de supervisión de la OIT fueron diseñados para y por el multilateralismo. Es decir que la OIT ha sido concebida tanto para crear normas de alcance universal como para generar la credibilidad necesaria respecto de su efectiva observancia y aplicación, a través de mecanismos de contralor serios y eficientes.

En todo caso, la arquitectura definida tiene como propósito asegurar el real impacto global de los instrumentos, tanto desde el punto de vista jurídico como económico y social y valorar su acatamiento o respeto así como el progreso realizado en relación con el objetivo específico perseguido por la norma de que se trate. Entre estos últimos cabe computar los efectos posibles indirectos o perjudiciales que puedan generar tales instrumentos en otros objetivos de la OIT. (por ejemplo, normas

de rígido carácter que puedan terminar desalentando la promoción o sustentabilidad del empleo). O bien los problemas originados por los alcances interpretativos de los Convenios Nro.158 (sobre la terminación de la relación del trabajo) y 169 (sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes).

La evidencia del número creciente de ratificaciones de los Convenios Fundamentales, muestra que los ordenamientos jurídicos nacionales se abren cada vez más, al derecho internacional de los derechos humanos. Así, varias constituciones recientes reconocen a los tratados internacionales ratificados en la materia un valor constitucional.

d) Vínculo entre los instrumentos de la OIT y Naciones Unidas, relativos a derechos humanos laborales

Tanto los instrumentos de la OIT, como los de las Naciones Unidas relativos a los derechos humanos deben ser concebidos como interdependientes y complementarios, en la medida en que comparten valores idénticos y pretenden alcanzar objetivos comunes.

Los diferentes instrumentos internacionales relativos a los derechos humanos —incluyendo allí sus disposiciones relativas a cuestiones laborales— deben ser utilizados bajo una perspectiva “integrada”, favoreciendo así la aplicación de las disposiciones que mejor proteja los derechos de la persona y de los trabajadores.

La Declaración Universal de Derechos Humanos contiene un cierto número de disposiciones que tratan específicamente temas laborales. Su artículo 2 establece el principio de no discriminación en el goce de su contenido, afirmando que *“Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”*.

El artículo 8 reconoce el derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes frente a los actos que atenten contra los derechos fundamentales.

Adoptado por la Asamblea General en 1966, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos constituye, junto con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la piedra angular de los instrumentos internacionales vinculantes en materia de derechos humanos que abarcan una vasta gama de derechos y libertades.

El artículo 8 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone que nadie sea sometido a esclavitud o a servidumbre, ni constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio.

El artículo 22, párrafo 1, reconoce en términos generales, la libertad de asociación, el derecho a fundar sindicatos y afiliarse a ellos. El párrafo 2, contiene una cláusula que prevé que este derecho solo puede estar sujeto a las restricciones que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública, del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás.

Dicho Pacto —incluso— puede permitir abarcar nuevos motivos de discriminación que no estaban explícitamente mencionados ni en el artículo 1, párrafo 1 (a) del Convenio núm. 111 de la OIT, ni en la legislación nacional respectiva.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que fue también adoptado en 1966, luego de cerca de veinte años de debates sobre su redacción, entró en vigor en 1976. El órgano encargado de supervisar su puesta en práctica es el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR). Creado en 1987 para cumplir con las funciones de vigilancia asignadas al Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas en la Parte IV del Pacto, se integra con 18 expertos independientes en el dominio de derechos humanos.

El artículo 6 del Pacto reconoce el derecho al trabajo, que incluye el derecho a escoger o aceptar libremente un empleo. Exige de los Estados parte tomar medidas para lograr la plena realización de este derecho, especificando que debe *“figurar la orientación y formación técnico profesional, la preparación de programas, normas y técnicas encaminadas a conseguir un desarrollo económico, social y cultural constante y la ocupación plena y productiva, en condiciones que garanticen las libertades políticas y económicas fundamentales de la persona humana”*.

El artículo 7 reconoce el derecho que tiene toda persona de gozar de condiciones justas y favorables de trabajo, que aseguren principalmente:

- Un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, que asegure a todos los trabajadores condiciones de existencia digna para ellos y para sus familias;
- La seguridad y la higiene en el trabajo;
- El descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las vacaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos.

Además, instrumentos como la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, son también orientativas en la definición, por ejemplo, del concepto de acoso sexual a los efectos de su tipificación en el campo laboral.

En conclusión, los diferentes instrumentos internacionales de derechos humanos del sistema de Naciones Unidas, deben aplicarse conforme a un enfoque integral que privilegie las disposiciones que aseguren la mejor protección del bien jurídicamente a tutelar.

e) La eficacia de la acción de la OIT en la mundialización

Francis Maupain -en la conferencia dictada en el Consejo Económico Social de Francia titulada: “*Face a la mondialisation l’oit est-elle ou peut-elle être efficace?* —Présentation en Conseil Economique et Social, París, 31 octubre 2002—, decía que el punto de partida de la reflexión sobre el impacto de la acción de la OIT en la mundialización era el de saber si para una organización internacional la eficacia se traducía en la posibilidad de imponer a sus miembros el respeto a sus compromisos. Más que ello —dice Maupain— es la capacidad demostrable y verificable de hacer progresar a sus miembros hacia sus objetivos, incluso poniendo en duda los métodos punitivos de la Organización Mundial del Comercio que al decir de Steve Chamovitz “*no son solamente de una eficacia dudosa sino que representan la negación misma del objetivo perseguido de la liberalización de los intercambios*”.

Sobre el particular, cierto es que los objetivos de la OMC son en gran parte de naturaleza negativa, pues se trata de dismantelar los obstáculos a la libertad de intercambio, mientras que en el caso de la OIT se trata a la inversa; de un objetivo positivo que es el de promover el mejoramiento de la condición de los trabajadores y por tanto debe ser desarrollado también de manera positiva.

En cuanto a si los valores de una organización como la OIT son pertinentes en el contexto de la mundialización, el autor destaca su interrelación incluso con los objetivos de las otras organizaciones del sistema internacional, tanto en el plano económico, comercial o financiero y que -en dicha interdependencia- no cabe duda que el empleo forma parte también de los objetivos del Fondo Monetario Internacional (podríamos agregar o de la OCDE o del Banco Mundial) para concluir en que todas estas organizaciones (incluso las que en el ámbito de Naciones Unidas se ocupan de derechos humanos) tienen los mismos miembros y, por ende,

hay un conjunto de principios y valores que constituyen un común sustrato en lo que hace, en particular, a la dimensión social de la globalización.

Estos principios, que compartimos, hacen parte de la llamada “coherencia de políticos” en el sistema multilateral y sirven como plataforma común y articulada de su accionar.

El prestigioso profesor de la Sorbonne -Jean Claude Javillier- en la publicación del debate en el Senado de Francia organizado por la Fundación Jean Lecanuet, titulado *Les normes internationales du travail face aux défis de la globalisation* (revue trimestrielle, nouvelle serie juin 2013) formula una interesante apreciación en línea con la cuestión normativa y su eficacia en este mundo global, al preguntarse si “*¿Los desafíos son normativos?*”, para afirmar que “*Estamos en presencia de actores múltiples, de cambios profundos que hacen que nuestras categorías jurídicas, nuestros conceptos, nuestras instituciones y procedimientos sean puestas a duras pruebas.*”

Es el fin del mundo que he vivido —agrega—, el fin del mundo geopolítico binario que ha descrito Daniel Funes de Rioja (en la misma mesa de debate), *el fin de las normas en sistemas jurídicos diferentes y con culturas bien diferenciadas.*

Es el fin del mundo cerrado —política y normativamente, salvo raras excepciones— y también de la escalada del mundo anglosajón, del mundo de la lengua inglesa o del “globish”. Es claro que tanto los conceptos como las culturas determinan maneras de tratar las cosas y de trabajar. Debemos reaprender la universalidad a través de estas mutaciones culturales y lingüísticas.

Con el fin de estos mundos cerrados, he descubierto a qué punto se conoce la verdadera e irreductible diversidad del mundo, de las civilizaciones y las culturas (y particularmente del mundo árabe y del mundo chino)?

Para luego referirse a la economía informal a la que caracteriza señalando: “*Terrible ambivalencia de esa economía informal: permite a algunos sobrevivir mientras que es el centro de todas las violencias, de la exclusión y de la pobreza.*”

Concluyendo que “*es difícil encontrar nuevos consensos, sobre todo en materia de control de aplicación de normas... Debemos integrar la problemática de los países emergentes que quieren hacer valer sus puntos de vista y sus problemáticas normativas. Y, al final siento una profunda satisfacción: el redescubrimiento de la universalidad por medio de la diversidad. El universalismo normativo no desciende jamás del cielo regla-*

mentario, como lo pensaban algunos juristas. Tampoco viene de conceptos abstractos. Parte de las realidades del mundo. Nos hace falta entonces redescubrir estas realidades y diversidades en el marco del respeto de las culturas y de las instituciones. Esto quiere decir, sin duda, que numerosos conceptos deben ser repensados. Pero hace falta tiempo y, sin duda, integrar también una dimensión media oriental y asiática, para medir adecuadamente estas mutaciones normativas y procedimentales. Esta sabiduría es indispensable si queremos poner en causa un patrimonio mundial normativo, del cual lamentablemente mucho no se habla.”

CAPÍTULO III

LA JURISPRUDENCIA NACIONAL E INTERNACIONAL FRENTE A LAS NORMAS Y MECANISMOS INTERNACIONALES DE CONTROL

A) Aspectos generales

Es creciente la toma de conciencia promovida entre otras cosas, por los órganos de control de la OIT, de que los tratados internacionales ratificados en materia de derechos humanos están dirigidos al Estado en su conjunto, incluyendo al Poder Judicial. Así la acción de los tribunales puede comprometer la responsabilidad internacional del Estado y, al mismo tiempo, el poder judicial puede contribuir a un mayor respeto del derecho internacional.

El uso judicial más frecuente del derecho internacional de los derechos humanos no emana únicamente de la mejor comprensión de la obligación que incumbe a los tribunales de contribuir al respeto de las obligaciones internacionales del Estado. Cada vez más, se acentúa la tendencia a utilizar la normativa internacional como recurso útil para resolver mejor los litigios que son puestos en su conocimiento y que el análisis de los pronunciamientos de los órganos de control puede ser un apoyo importante en la interpretación del derecho interno como punto de referencia o fuente de inspiración.

La globalización económica probablemente constituye, en este plano, un contexto propicio para una mayor consideración del derecho internacional del trabajo. Desde el punto de vista jurídico, el hecho de que las relaciones económicas y, por consiguiente, ciertas relaciones de trabajo, se internacionalicen, no influye en la capacidad de los tribunales nacionales de referirse a los instrumentos internacionales, pero las normas de la OIT y de las Naciones Unidas tienen —por naturaleza— vocación de ser aplicadas al conjunto de las relaciones de trabajo, sea que estas contengan o no un elemento de internacionalidad.

Sin embargo, la importancia concedida a la utilización judicial del derecho internacional del trabajo, no tiene como fin sustituir la aplicación del derecho nacional ya que los derechos laborales plasmados en la normativa nacional son, por naturaleza, más precisos y detallados que los instrumentos internacionales y, además, la finalidad del derecho internacional del trabajo es la de establecer principios generales y directrices útiles para su desarrollo.

En tal contexto el papel de las llamadas “fuentes internacionales” en la resolución de litigios puede variar de un caso a otro según los factores que hemos de analizar. Al respecto, es factible considerar que el derecho internacional puede ser utilizado por los tribunales nacionales en las formas siguientes:

- 1) Para resolver directamente el caso sometido a litigio;
- 2) Para interpretar disposiciones de derecho interno en dicha dilucidación.

El primer supuesto, o sea la utilización del derecho internacional del trabajo para resolver directamente el litigio sin que sea necesario a priori recurrir a otras fuentes complementarias de derecho, puede darse tanto **para llenar una laguna del derecho nacional** (en ausencia de reglas de derecho interno, frente a lo cual los tribunales se refieren directamente al contenido de los instrumentos internacionales ratificados para cubrir ese vacío), como **para descartar una disposición del derecho nacional menos favorable para los trabajadores** (de conformidad con la regla de la norma más favorable lo que no implica la invalidación de la disposición nacional por parte del tribunal), también **para invalidar una disposición de derecho interno** en los países monistas que conceden a los tratados internacionales un valor superior al de las leyes nacionales, donde los tribunales competentes basan directamente la invalidez o la inaplicabilidad de una norma en la violación de un convenio internacional ratificado.

La utilización del derecho internacional del trabajo como fuente de inspiración en el desarrollo de principios jurisprudenciales, se observa tanto en el caso de laguna de la legislación nacional en los países monistas como en los dualistas, donde los tribunales pueden llenar las “lagunas del derecho escrito nacional” con el reconocimiento a través de principios jurisprudenciales.

También, cuando la creación de principios jurisprudenciales se constituye en una fuente “habitual” de desarrollo del derecho nacional del trabajo. Por ejemplo, en los países del common law, las disposiciones y orientaciones del derecho internacional del trabajo son utilizadas por ciertos tribunales como uno de los fundamentos jurídicos de los principios que ellos con-

tribuyen a concretar, o como prueba de la existencia de dichos principios, ya que el derecho internacional de los derechos humanos, en cuanto resulte pertinente, ha de tener un papel fundamental en el desarrollo del common law. No obstante los Tribunales deberán mostrar la debida cautela cuando el Parlamento no considere —por razones de oportunidad política— incorporar las disposiciones de un instrumento internacional al derecho interno.

Sin embargo, la resolución directa del caso planteado con base en el derecho internacional del trabajo solo es jurídicamente posible si se cumplen varias condiciones:

1) En primer lugar, la utilización del derecho internacional del trabajo para resolver directamente un litigio requiere que la fuente internacional utilizada sea reconocida como jurídicamente vinculante en el Derecho Interno. Por ejemplo, las disposiciones de los tratados ratificados en los países monistas así como, bajo ciertas condiciones, las reglas de derecho internacional consuetudinario en países de ambos sistemas.

2) En segundo lugar, la resolución directa solo es factible si la disposición internacional aplicada presenta una claridad y una precisión suficientes como para permitirle al tribunal resolver sobre tal fundamento. En materia de derecho internacional del trabajo, tal apreciación es particularmente importante visto el carácter a menudo general o programático de los convenios y los tratados internacionales en la materia.

Al respecto, la mayoría de los debates se concentran generalmente en la determinación del carácter directamente aplicable o autoejecutiva (self-executing) de las disposiciones de los tratados internacionales, o sea aquellas que surten efecto por sí mismas y el Estado pertinente queda dispensado de adoptar una legislación para que cobren eficacia.

El término “self executing” puede ser utilizado en dos contextos, a saber:

a) En países que, como los Estados Unidos o Sudáfrica, toman elementos tanto de los sistemas monistas como de los dualistas, se utiliza cuando se trata de determinar si un tratado ratificado se integra directamente al derecho nacional o si requiere previamente de una ley de incorporación destinada a desarrollar sus disposiciones. En esta acepción, la calificación de autoejecutivo permite determinar, si un tratado será incorporado al derecho interno, para luego, consecuentemente, saber si los tribunales pueden aplicar directamente sus disposiciones.

Para ello, se tienen en consideración tres criterios:

I) la intención de las partes signatarias del Tratado de adoptar disposiciones que no requieren legislación previa para su puesta en práctica;

II) la precisión y el detalle de los términos utilizados por el tratado y,

III) la competencia de los tribunales frente a los sujetos cubiertos por el tratado en el respeto de la separación de poderes.

b) El segundo caso -que es el de países puramente monistas- también permite calificar de autoejecutiva una disposición internacional considerada lo suficientemente clara y precisa como para reconocer derechos directamente exigibles ante los tribunales, incluso en ausencia de legislación nacional que desarrolle su contenido.

Sin embargo cabe aclarar que una disposición internacional que requiere un desarrollo legislativo por parte del Estado puede, pese a ello, crear derechos directamente aplicables a los individuos. Tal es el caso de disposiciones de tratados internacionales que reconocen a los individuos derechos subjetivos y que son directamente exigibles por estos ante los tribunales, sin perjuicio de que el Estado desarrolle y reglamente su contenido. Es así como una norma puede ser operativa cuando está dirigida a una situación de la realidad en la que puede ser aplicada inmediatamente, sin necesidad de instituciones que deba establecer el Congreso.

Existen disposiciones de tratados internacionales que no tienen por objeto reconocer directamente derechos subjetivos a los individuos y, pese a ello, permiten a los tribunales resolver directamente el asunto de ciertos litigios. Incluso disposiciones de carácter “programático” o textos redactados con carácter general que obligan a los Estados a poner en práctica una política requiriendo la adopción de medidas legislativas y reglamentarias, son susceptibles de constituir un fundamento jurídico suficiente para resolver un litigio que ponga en duda la validez de una norma de derecho nacional que sea directamente contraria a las orientaciones de la política general requerida por el instrumento internacional.

Por otro lado, la utilización “interpretativa” del derecho internacional del trabajo es aplicable tanto en los sistemas monistas como en los dualistas, siempre que no se trate de solucionar directamente el litigio con la aplicación de una disposición internacional, para aclarar “...*el significado de su legislación nacional o consolidar su interpretación*”.

Por ende, el uso interpretativo es jurídicamente posible tanto en países monistas como dualistas. Esta lectura también se hizo en cuanto a las recomendaciones de la OIT, que son textos orientativos, sin eficacia vinculante, pero que “*pueden operar como criterios interpretativos o aclaratorios de los convenios*”.

B) La evolución jurisprudencial en la materia

De la excelente investigación de análisis jurisprudencial comparado relativo a los principios antes mencionados, efectuado por el Centro Internacional de Formación de Turín de la OIT (2013), hemos seleccionado los fallos que, a nuestro entender, constituyen los precedentes más relevantes que han ido afirmando tales criterios en la experiencia comparada y que -por ende- pasamos a analizar.

La CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, en autos “Rossi, Adriana María c. Estado Nacional - Armada Argentina”, 9 de diciembre de 2009, (Fallos 322:2715) cita a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para resaltar cómo la libertad de asociación contiene una obligación de protección para el Estado y compara ello con la disposición del artículo 52 de la Ley de Asociaciones Sindicales para concluir que hay un incumplimiento de dicha obligación, alegando que: *“Bien podría decirse, en palabras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos referentes a la libertad sindical y a la libertad de asociación previstas en el artículo 16 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que a la obligación estatal “negativa” de no interferir, se yuxtapone una obligación “positiva” del mismo Estado esto es, la de adoptar las medidas apropiadas para proteger y preservar el ejercicio de la actividad sindical “sin temor” por parte de los representantes sindicales”*.

Por su parte el mismo Tribunal, en el expediente: “Pérez, Aníbal Raúl c. Disco S.A.”, (Fallos 332:2042), dispuso: *“la naturaleza jurídica de una institución debe ser definida, fundamentalmente, por los elementos que la constituyen... desde el Tratado de Versalles (Sección I, primer párrafo), hasta la actualidad y reafirma la reciente Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa, como modo de hacer frente a los desafíos del siglo XXI.”* La Corte agrega que la definición de remuneración en el ordenamiento jurídico argentino *“en manera alguna podría “entenderse de alcances menores que la acuñada en el Art. 1° del Convenio núm. 95 [de la OIT] sobre la protección del salario”*.

También la Corte Suprema, en el expediente “Asociación de Trabajadores del Estado (A.T.E.) c. Ministerio de Trabajo s/Ley de Asociaciones Sindicales”, 11 de noviembre de 2008 (Fallos 331:2499), en el tema libertad sindical, dispuso que: *“Este orden conceptual se corresponde con la interpretación del Convenio N° 87 y la labor de dos órganos de control internacional de la OIT. [...] Al efecto, en fecha reciente, la Comisión de Expertos ha “recordado” al Estado argentino, “que la mayor representatividad no debería implicar para el sindicato que la obtiene, privilegios que excedan de una prioridad en materia de representación en las negociaciones co-*

lectivas, en la consulta por las autoridades y en la designación de los delegados ante los organismos internacionales (Observación individual sobre el Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87), Argentina (ratificación: 1960), 2008)”, aunque “el simple hecho de que la legislación de un país establezca una distinción entre las organizaciones sindicales más representativas y las demás organizaciones sindicales no debería ser en sí criticable”.

En el Expte. “A.T.E. y otros c. Estado Nacional - P.E.N. s/Acción de amparo”, 29 de agosto de 2000”, sentencia Nro.19.896, el Juzgado Nacional del Trabajo Nro.20 reconoció que la rebaja salarial que dispone el Dec. 430/00 y el Dec.461/00 vulnera claramente una disposición expresa del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que, como es sabido, tiene jerarquía constitucional (art.75 (22) CN). Fallo de Primera Instancia del Dr. Piropo.

Por otro lado, en autos “Ekmekdjian, Miguel A. c. Sofovich, Gerardo y otros” la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 7 de julio de 1992, (Fallos 315:1492), dispuso que: *“Para reconocer la superioridad de los tratados ratificados sobre las leyes internas en vista de la ausencia de disposición constitucional expresa al respecto, la Corte se basó en la ratificación por parte de Argentina de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, al declarar:*

a) Esta convención ha alterado la situación del ordenamiento jurídico argentino contemplada en los precedentes de Fallos: 257:99 y 271:7 (La Ley, 43-458; 131-773), pues ya no es exacta la proposición jurídica según la cual ‘no existe fundamento normativo para acordar prioridad’ al tratado frente a la ley. Tal fundamento normativo radica en el artículo 27 de la Convención de Viena, de acuerdo con el cual “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.

b) La necesaria aplicación del artículo 27 de la Convención de Viena impone a los órganos del Estado argentino asignar primacía al tratado ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria o con la omisión de dictar disposiciones que, en sus efectos, equivalgan al incumplimiento del tratado internacional en los términos del citado artículo 27”.

El TRIBUNAL ADMINISTRATIVO FEDERAL de Alemania, con fecha 28 de mayo de 1991, confirmó la jurisprudencia que había venido manteniendo al respecto, según la cual *“las disposiciones de tratados internacionales son de aplicación directa si su formulación, objetivos y contenido están suficientemente determinados y son apropiados para crear efectos jurídicos en ausencia de desarrollo legislativo interno”.*

El TRIBUNAL FEDERAL de AUSTRALIA, en el expediente “Commonwealth de Australia c. Comisión de derechos humanos e igualdad de oportunidades”, 15 de diciembre de 2000, con relación al tema de la protección frente a la discriminación en el empleo y la ocupación, dictaminó “(...) *Esta Ley fue promulgada con objeto de dar cumplimiento a las obligaciones internacionales de Australia derivadas del Convenio núm. 111 de la OIT. En consecuencia, los párrafos 1 y 2 del artículo 1 dedicho Convenio han de ser la fuente de interpretación de la noción de “discriminación” incluida en el artículo 3, 1) de la Ley. Además, dicho artículo retoma en sustancia los citados párrafos del Convenio. La definición del término “discriminación” de la Ley debe interpretarse, por tanto, de conformidad con la interpretación que se le atribuye en el derecho internacional en el Convenio núm. 111 de la OIT.*”

Asimismo en autos: “Konrad c. Victoria Police y otros”, 6 de agosto de 1999, (1999) FCA 988, el uso del Convenio núm. 158 de la OIT como guía para la interpretación de la ley nacional permitió que el Tribunal Federal determinara que la legislación interna australiana relativa a la terminación de la relación de trabajo era efectivamente aplicable a los agentes de policía.

En cuanto al TRIBUNAL SUPREMO de AUSTRALIA, en el expediente “Qantas Airways Limited c. Christie”, 19 de marzo de 1998 HCA 18, dictaminó: “...se trata de un enfoque de obligado cumplimiento puesto que la Ley nacional incluye una remisión específica al Convenio de la OIT sobre terminación de la relación de trabajo, en virtud de la cual los términos utilizados en la Ley deberán tener ‘el mismo significado’ que en el Convenio”.

El mismo TRIBUNAL, en el asunto caratulado: “Ministro de Inmigración y Asuntos Étnicos c. Teoh”, 7 de abril de 1995 dictaminó: “*Es bien sabido que las disposiciones de un tratado internacional ratificado por Australia no entran a formar parte del derecho australiano hasta que no han sido debidamente incorporadas a nuestra legislación interna mediante un decreto. (...) Sin embargo, el hecho de que aún no se hayan incorporado las disposiciones de la Convención al derecho australiano no significa que su ratificación no tenga consecuencias para éste. En caso de ambigüedad de un decreto o una ley subordinada, el Tribunal debe favorecer la interpretación que más se ajuste a las obligaciones contraídas por Australia en virtud de los tratados y convenios internacionales de los que forma parte....*”

El TRIBUNAL DE TRABAJO de BRUSELAS -Bélgica-, 20ª Sala, “D.D. c. SA Vancreduc-Topfilm R.G.”, 20 de febrero de 1992, afirmó que, aunque

el Convenio Nro.158 de la OIT no había sido ratificado por Bélgica, de modo que las normas allí planteadas no eran, por consiguiente, jurídicamente vinculantes en el país, no era menos cierto que podía ser una fuente de inspiración para la jurisprudencia en la medida en la que traducía un cierto consenso a nivel internacional sobre el tema de los derechos y obligaciones mínimos recíprocos de los empleadores y los trabajadores.

En BRASIL, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL TRABAJO, Sub-sección 1° especializada en conflictos individuales, con relación a los autos: "Sao Paulo Transporte S.A. c. Gilmar Ramos Da Silva", 5 de marzo de 2003, dispuso: *"El Tribunal argumenta que existen en el ordenamiento jurídico brasilero normas jurídicas suficientes que prohíben las conductas discriminatorias. Estas normas jurídicas incluyen no solo la propia Constitución Federal sino también los Convenios de la OIT núm. 111 y 117, y la Declaración OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo de 1998"*.

En cuanto a la CORTE SUPREMA de CANADÁ, en autos: "Asociación de Negociación Colectiva de Servicios de Salud y de Apoyo c. Columbia Británica", 8 de Junio de 2007, 2007 SCC 27, [2007] 2 SCR391; estableció que *"... la incorporación de acuerdos internacionales en el derecho interno es propiamente el papel del Parlamento federal o las legislaturas federales. Sin embargo, las obligaciones internacionales de Canadá pueden ayudar a los tribunales encargados de la interpretación de las garantías de la Carta"*. En conclusión, la Corte basándose en la Carta Canadiense de Derechos y Libertades interpretada a la luz del Convenio Nro. 87 de la OIT y la Comisión de Expertos y el Comité de Libertad Sindical de la OIT declara inconstitucionales los artículos 6 (2), 6 (4) y 9 de la Parte 2 de la ley (leídos en consonancia con el artículo 10) pues violan de manera sustancial e injustificada el derecho a la negociación colectiva.

Por su parte, el TRIBUNAL SUPREMO de CANADÁ, con relación al expediente "Dunmore c. Ontário (Fiscal general)", 20 de diciembre de 2001, 2001 SCC94; [2001] 3 S.C.R. 1016, concluyó que, desde el momento en que se probaba que la exclusión de un grupo de una *"protección acordada por la ley imposibilitaba el ejercicio efectivo de una libertad reconocida por la Carta, incumbía al Estado ampliar el ámbito de aplicación de la protección legal. A fin de apoyar el reconocimiento de la obligación positiva del Estado de ampliar el régimen de protección de la libertad sindical a los trabajadores agrarios, el Tribunal hizo referencia a varios convenios de la OIT. Sobre la base de los artículos 2 y 10 del Convenio núm. 87 de la OIT, así como de los Convenios núm. 11 y 141, el*

Tribunal subrayó el carácter central del principio de no discriminación en el reconocimiento efectivo de la libertad sindical.”

La CORTE SUPREMA de Chile, en autos: “Víctor Amestica Stuardo Víctor y otro c. Santa Isabel S.A”, 19 de octubre de 2000, Expte. Nro. 10.695 se expidió destacando que “(...) *Los Convenios Internacionales del Trabajo* núm. 87,98 y 135, por lo que es de toda evidencia que frente a eventuales dudas que pudiere ofrecer nuestro derecho interno, se deben considerar los preceptos de la normativa internacional, especialmente teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 5 de la Constitución Política de la República” interpretando el Código de Trabajo a la luz de los Convenios núm. 87, 98 y 135 de la OIT, señalando que el fuero sindical, para generar su pleno efecto en la autonomía de la organización sindical, comprende también el periodo inmediatamente anterior a la constitución del sindicato.

La CORTE CONSTITUCIONAL de Colombia, 14 de mayo de 2008 sentencia C-465/08 declaró que, de acuerdo con lo establecido en el Art. 53 de la Constitución, todos los convenios de la OIT que han sido debidamente ratificados forman parte de la legislación interna y que, de acuerdo al análisis jurisprudencial concreto, algunos convenios de la OIT integran el bloque de constitucionalidad -y son por ende, parámetros para revisar la constitucionalidad de las normas legales- como es el caso del Convenio núm. 87 de la OIT.

El mismo Tribunal el 5 de abril de 2000, sentencia C-385/00 dictaminó que: “*no cabe duda que los preceptos acusados se encuentran en contraposición con el aludido convenio que ni siquiera remotamente admite la posibilidad de que a los trabajadores extranjeros se les pueda restringir el derecho de asociación sindical*”.

De acuerdo con lo anterior, con base en la lectura de la Constitución Nacional y en los artículos pertinentes del Convenio núm. 87 de la OIT, la Corte Constitucional (que hace referencia al citado Convenio) pronunció la invalidez de las disposiciones de derecho interno que restringían la libertad sindical de los trabajadores extranjeros.

La CORTE CONSTITUCIONAL de COLOMBIA, Sala Séptima de Revisión, en el expediente: “Alfonso Ruiz y otros c. Empresa Sucesores de José de Jesús Restrepo y Cía. S.A.”, 13 de marzo de 1995, sentencia T-102/95 dispuso: “*El principio constitucional de igualdad de los trabajadores ha sido desarrollado por el Convenio Internacional del Trabajo núm. 111 (...) relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación. Dicho Convenio es, pues, en Colombia fuente de derecho de aplicación directa en*

virtud del artículo 53 de la Constitución Política, al decir: “los Convenios Internacionales del Trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna”, cuyo contenido es norma interpretativa de los derechos constitucionales en virtud del artículo 93 de la Carta Fundamental.”

Con relación a la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA de Costa Rica, Sala Constitucional, “Antonio Blanco Rodríguez y otros c. el Presidente de la República, la Ministra de Gobernación y Policía, el Instituto de Desarrollo Agrario y la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas”, 11 de agosto de 1999, resolución núm. 06229 -aa, “...la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica aplicó el Convenio núm. 107 de la OIT que reconoce los derechos de propiedad de las poblaciones indígenas para hacer valer el territorio ocupado tradicionalmente por ellos, descartando el Decreto del Ejecutivo, de rango inferior, que reducía la reserva indígena, vulnerando los derechos fundamentales de dichas poblaciones.”

En cuanto al TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA, Recurso de amparo, 23 de noviembre de 19081, núm.38/1981 al dictaminar se apoyó en el artículo 7, 1) de la Recomendación núm. 143 de la OIT que sugiere extender a los candidatos la protección reforzada atribuida a los representantes de los trabajadores.

Utilizando los convenios de la OIT, así como las fuentes no vinculantes que los complementan, con el fin de interpretar las disposiciones constitucionales, el Tribunal constitucional de España estableció la nulidad radical de los despidos antisindicales aún cuando los afectados no sean representantes sindicales y afirmó la inversión de la carga probatoria en caso de alegarse discriminación antisindical.

Con respecto al TRIBUNAL SUPREMO DE NEW HAMPSHIRE —USA—, en el expediente: “Estado de New Hampshire c. Robert H.” 30 de octubre de 1978, núm. 78-090, dispuso:

“En el ámbito internacional, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas establece, en su artículo 23, párrafo 1, que ‘la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado’ (1966). Del mismo modo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas estipula, en su artículo 10, párrafo 1, que ‘se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles (1966)’, dando prevalencia a tales instrumentos.”

A su vez, el Tribunal Constitucional de la Federación de Rusia, expidiéndose sobre la constitucionalidad de las cláusulas 2 y 3 del artículo

11, 1) de la Ley de la Federación de Rusia de junio de 1993 relativa a los organismos federales de la policía fiscal, dijo que ello es “conforme a los principios y normas del derecho internacional generalmente aceptados, en especial con respecto la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, según la cual ‘toda persona tiene deberes respecto a la comunidad, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad’ (artículo 29, 1) y ‘en el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática’ (artículo 29, 2). Una disposición similar sobre la posibilidad de restringir los derechos del hombre y del ciudadano se recoge en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 19 de diciembre de 1966 (artículo 4).”

Asimismo sobre la constitucionalidad del artículo 12 de la Ley de la URSS de 9 de octubre de 1989 relativa a la resolución de los conflictos colectivos laborales, 17 de mayo de 1995 sostuvo que: “La restricción del derecho de huelga tampoco contradice los principios y normas generalmente aceptados del derecho internacional. Por tanto, sobre la base de lo establecido en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la prohibición del derecho de huelga es admisible con respecto a las personas integrantes de las fuerzas armadas, la policía y la administración del Estado (apartado 2 del artículo 8) 308. Por lo que respecta a otras personas, las restricciones sólo son posibles si resultan necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos (subapartado “c” del apartado 1 del artículo 8). Por otra parte, los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos reservan la regulación del derecho de huelga al ámbito de la legislación interna, si bien ésta no puede ir más allá de las restricciones autorizadas en la misma.” Y el Tribunal instó a la Asamblea Federal de Rusia a reformular el artículo de la ley sobre la restricción del derecho de huelga, teniendo en cuenta los artículos pertinentes de la Constitución Nacional y los principios y normas del derecho internacional generalmente aceptadas, a fin de delimitar el ámbito de aplicación de las restricciones al derecho de huelga.

En Francia, el CONSEJO DE ESTADO, “Groupe d’information et de soutien des immigrés y Fédération des associations pour la promotion et l’insertion par le logement”, 11 de abril de 2012 dispuso que, tras haber establecido la invocabilidad de los tratados introducidos en el orden

jurídico interno de acuerdo con el art. 55 de la Constitución para apoyar una demanda que pretende que se anule un acto administrativo cuando estos crean derechos que los particulares pueden invocar directamente, el Consejo de Estado analizó la compatibilidad del decreto con el Convenio núm. 97 de la OIT, dejó sin efecto la disposición en cuestión del decreto por su ilegalidad al contradecir el referido Convenio.

La CORTE DE CASACIÓN del mismo país, en el expediente “Arnaud Dupont c. Sociedad Lezidis s/despido” 11 de enero de 2012, recurso núm. 10-17945; dispuso anular la sentencia por falta de conformidad con el Convenio núm.158 de la OIT *“en el artículo 2, b) del Convenio núm. 158 de la Organización Internacional del Trabajo ya que excluye del ámbito de aplicación de este convenio, relativo a las garantías ligadas al despido, a los trabajadores en período de pruebas con la condición de que la duración del mismo esté fijada por adelantado y que sea razonable.”* En el expediente: “Sr. Samzun c. Sra. de Wee s/despido”, 1 de julio de 2008, recurso núm. F 07-44.124, el mismo Tribunal basándose en tratados ratificados resolvió este litigio mediante la aplicación directa de los artículos 4, 7 y 9 del Convenio núm. 158 de la OIT y basándose en los artículos 4, 7 y 9 del Convenio núm. 158 de la OIT, la Corte de Casación desestimó las disposiciones del texto nacional declarándolo contrario a la norma internacional.

El TRIBUNAL SUPREMO de la INDIA, con relación a la causa: “Vishaka y otros c. el Estado de Rajasthan y otros”, 13 de agosto de 1997, [1997] 6 SCC 241 dispuso que *“deben tomarse en consideración los convenios y normas internacionales para interpretar el derecho interno cuando no hay contradicción entre ambos y existe una laguna en la legislación nacional”*, destacando que *“no existe motivo alguno para no utilizar dichos convenios y normas internacionales para interpretar los derechos fundamentales expresamente reconocidos en la Constitución de la India, los cuales incluyen el concepto básico de igualdad de género en todos los ámbitos de la actividad humana.”*

Una vez justificada la referencia a los instrumentos internacionales, el Tribunal Supremo de la India se basó ampliamente en la Recomendación General del Comité sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de las Naciones Unidas para determinar los actos y situaciones constitutivos de acoso sexual. Por otra parte, el Tribunal siguió las directrices del Comité de las Naciones Unidas relativas a la formulación de medidas destinadas a proteger a la mujer frente al acoso y a la determinación de las reparaciones judiciales para las víctimas.

El TRIBUNAL SUPREMO de la INDIA, nuevamente, en autos “Mackinnon Mackenzie c. Audrey D’Costa y otro”, 26 de marzo de 1987, [1987] 2

SCC 469 dijo que *“El artículo 39, d) de la Constitución de la India establece que el Estado, en particular, llevará a cabo sus políticas de forma que se asegure la igualdad de remuneración entre hombres y mujeres para un trabajo de igual valor”*, porque *“la India es parte del Convenio relativo a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor, aprobado por la Conferencia General de la OIT el 29 de junio de 1951.”*

El TRIBUNAL DE APELACIÓN de TURIN, respecto a los autos *“Lanificio Tallia Gruppo c. Ceria Mary”*, 29 de mayo de 1964 afirmó que el artículo 119 del Tratado Constitutivo de la CEE, ratificado por el Parlamento de Italia mediante la Ley núm.1203 del 14 de octubre de 1957, establece que *“la igualdad de retribución, sin discriminación por razón de sexo, significa: a) que la retribución establecida para un mismo trabajo remunerado por unidad de obra realizada se fija sobre la base de una misma unidad de medida; b) que la retribución establecida para un trabajo remunerado por unidad de tiempo es igual para un mismo puesto de trabajo tras establecer el principio de igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor, el Convenio núm.100 de la OIT, aprobado por el Parlamento de Italia mediante la Ley núm.741 del 22 de mayo de 1965, añade que “la expresión igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor designa las tasas de remuneración fijadas sin discriminación en cuanto al sexo”*, invocando el Derecho internacional para reforzar su solución.

Por su parte, la SUPREMA CORTE DE JUSTICIA de Italia, Segunda Sala, *“Federación Democrática de Sindicatos de Servidores Públicos”*, 4 de marzo de 2005, amparo en revisión 1878/2004 en relación a la libertad sindical, confirmó el fallo recurrido, donde se había utilizado el Convenio núm. 87 de la OIT y la jurisprudencia de los órganos de control de la OIT para reforzar la argumentación jurídica y declara que la *“Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado es inconstitucional en tanto que el derecho a la libertad sindical se expresa también con relación a los sindicatos con los mismos aspectos positivos o negativos que se reconocen a los restantes trabajadores.”*

El TRIBUNAL SUPREMO de NORUEGA con relación al expediente *“Diasos c. el Director Administrativo de Diakonhjemmet”*, 27 de noviembre de 1986 que trataba sobre protección frente a la discriminación en el empleo y la ocupación, tuvo en cuenta tratados ratificados y sentenció: *“Incuestionable que al interpretar el artículo 55, A) de una ley nacional se tenga en especial consideración el Convenio de la OIT.”*

Por su parte, el TRIBUNAL DE APELACIÓN DE NUEVA ZELANDA “Van Gorkom c. el Fiscal General y otro”, 10 de febrero de 1977 núm.1977 1 NZLR 535 estableció que una diferencia de trato entre hombres y mujeres no era conforme al derecho interno ni era compatible con el espíritu de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y de la Declaración sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer. De ese modo, reconoció que estos instrumentos desempeñan un papel en la interpretación del derecho interno.

El CONSEJO CENTRAL DE APELACIÓN de Países Bajos, 29 de mayo de 1996, LJN: AL0666 dispuso con relación a la protección de la maternidad y seguridad social que, en virtud de los artículos 93 y 94 de la Constitución de los Países Bajos, las normas incluidas en esos instrumentos tienen efectos jurídicos vinculantes *erga omnes*, y que las demandantes podían invocar legítimamente la protección del Convenio núm. 102 y 103 de la OIT.

La CORTE SUPREMA DE JUSTICIA de Perú, Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente, 26 de mayo de 2011, expediente 1426-2010, reconoce también que en el ámbito internacional resulta necesario al remitirse a los convenios núm. 87 y 98 de la OIT, que incluyen a los trabajadores privados y a los públicos, con las únicas excepciones previstas en la Constitución del Estado y amparadas también en las normas internacionales, y en particular que: *“el artículo 4° del Convenio núm. 98 constituye un precepto hermenéutico fundamental al cual debe acudirse para informarse respecto del contenido esencial de la negociación colectiva.”*

Asimismo, el TRIBUNAL CONSTITUCIONAL de ese país, Sala Segunda, en los autos “Sindicato Único de Trabajadores Marítimos y Portuarios del Puerto del Callao (SUTRAMPORPC)”, 17 de Agosto de 2009, Expediente N°03561-2009-PA/TC, sostuvo que: *“los Convenios Nros. 98; 151 y 154 desarrollan y complementan el derecho de negociación colectiva para que su ejercicio sea real y efectivo y que dichos convenios forman parte del bloque de constitucionalidad del artículo 28° de la Constitución.”*

CAPÍTULO IV

LA GOBERNABILIDAD EMPRESARIA Y LA RESPONSABILIDAD SOCIAL DE LAS EMPRESAS

“Para definir la responsabilidad social en un mundo globalizado, se requiere un elemento adicional: un compromiso empresarial tanto con la Justicia como con el valor del accionista. Se requiere una definición mucho más amplia de los actores sociales para incluir, no solo a los emplea-

dos, accionistas, proveedores, clientes y la comunidad, sino también a la categoría de Nación y la comunidad global. Esto puede ser definido como "la responsabilidad globalizadora". Implica cuestiones tales como la responsabilidad y la transparencia." (Globalization & Social Commitment - The factor of human motivation. Michael Smith: Caux Initiatives for Business).

a) La gobernanza corporativa

Como parte del proceso de mundialización y de la actividad transnacional de las empresas, han surgido lógicas preocupaciones en lo ético, así como en lo funcional y operativo sobre cuestiones relativas al control y transparencia de dichas corporaciones.

La debilidad institucional de ciertos Estados, por la corrupción enraizada en la estructura del poder político o las prácticas monopólicas sea de hecho o de derecho, no son justificativos ni legitiman conductas empresariales desviadas, contrarias a la ley o que distorsionen la transparencia del mercado.

Es indudable que ciertos comportamientos que han provocado escándalos empresariales de magnitud en el ámbito internacional, sea por el abuso de recursos contables o por serias falencias ético-empresariales, han ayudado a poner énfasis en la preocupación por la buena gobernanza corporativa.

No nos referimos pues, a la obvia obligación de cumplimiento de las normas que les son aplicables a las empresas, sino fundamentalmente a la promoción y adopción de códigos de buenas prácticas o de conducta bajo la forma de pautas internas o procedimientos cuya observancia está dirigida a velar por el buen desenvolvimiento de la empresa.

La finalidad de estos mecanismos es la de garantizar -además- la correspondencia de su accionar con los valores de la sociedad democrática y la economía de mercado y en particular en relación con respecto a sus interlocutores (stakeholders).

La Cámara de Comercio Internacional propone la siguiente definición de la responsabilidad corporativa, desde el punto de vista empresarial: *"El compromiso voluntario de la empresa para administrar su actividad en forma responsable"*

Ello implica ciertos "pasos" en tal desarrollo, a saber:

-Asumir el compromiso de priorizar una conducta empresarial responsable;

-Especificar el objetivo de la empresa y los valores empresariales, con sentido pragmático y realista;

-Definir los procesos de implementación y sistemas de gestión;

-Identificar los actores claves;

-Adoptar cursos de acción con relación a códigos y normas externos a la empresa;

-Establecer un monitoreo interno y utilizar un lenguaje de comunicación que todos puedan comprender.

La publicación en 1999 de los Principios de Gobierno Corporativo por parte de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) agregó ímpetu a la mejora de las prácticas en materia de gobierno corporativo en las empresas. El informe se refiere a los derechos de los accionistas, el trato equitativo de los mismos, el rol de las partes interesadas (interlocutores, actores, stakeholders) en el gobierno corporativo, la divulgación y la transparencia y las responsabilidades del directorio. Por ende, los principios de la OCDE implican que los grupos de interés tienen un rol clave en asegurar el flujo de capital externo a las empresas y que los mismos están protegidos por la ley y tienen acceso a la divulgación.

Le siguió el Informe King referente a los lineamientos de gobierno corporativo para los 56 países del Commonwealth. Según los lineamientos del “Commonwealth Association for Corporate Governance” (Asociación de Gestión Empresarial del Commonwealth) (CACG), un buen gobierno corporativo requiere que el directorio gobierne la empresa con integridad y emprendimiento de modo que afiance y enaltezca la empresa que debe gestionar. Al tratar los asuntos de las partes interesadas (interlocutores, actores, stakeholders) y los asuntos éticos, conduce al interrogante sobre si la Responsabilidad Social Empresaria (RSE) y el gobierno corporativo abarcan los mismos temas y cubren el mismo terreno.

Hay una promoción creciente de un concepto amplio e inclusivo de gobierno corporativo que se extiende a la responsabilidad corporativa y tiene un criterio más abarcativo de “stakeholder” (interlocutor, actor, parte interesada) que aquel utilizado por la OCDE. Estas ideas están plasmadas en el Informe King para Sudáfrica, los principios de prácticas corporativas del Commonwealth y la UK’s Tomorrow’s Company.

El Banco Mundial señala que no hay un modelo único de gobierno corporativo pues, a lo largo del tiempo, varían según el país, sector e incluso dentro de una misma empresa. Entre los más prominentes, están los mo-

delos de EE.UU. y del Reino Unido que se enfocan en controles dispersos así como también los modelos más centralizados de Alemania y Japón que reflejan una estructura de propiedad más concentrada.

Una Encuesta de Opinión de Inversores de Junio de 2000 realizada por la consultora McKinsey revela la creencia de los inversores en cuanto a que, a la hora de tomar decisiones de inversión, el “gobierno” de la empresa es tan importante como la performance financiera de la misma. La encuesta revela que en Latinoamérica, Europa, los Estados Unidos y Asia, los inversores (más del 80 por ciento de aquellos entrevistados) estarían dispuestos a pagar más por una empresa con buenas prácticas de gobierno.

McKinsey define “Buen Gobierno” como lo siguiente:

- Una mayoría de directores externos;
- Directores externos que sean verdaderamente independientes, sin lazos gerenciales;
- Directores que tengan participaciones significativas;
- Una alta proporción de la paga de director en acciones/opciones;
- Un director de evaluación en el lugar;
- Gran capacidad de respuesta a los requerimientos de los inversores sobre información en relación al gobierno corporativo (a las prácticas de gobierno).

A nuestro entender, es imperativo que la vigencia del Estado de Derecho, la democracia participativa, la administración eficiente del Estado, la transparencia en la acción de gobierno y el respeto a los derechos individuales, tengan como contrapartida que la economía de mercado y la empresa privada, se desenvuelvan inspiradas en su accionar no solo en el respeto a la ley, sino también basadas en reglas y principios éticos que deben nutrir y hacen a la esencia de la iniciativa privada.

Podemos concluir en que la noción de gobierno corporativo se ajusta adecuadamente a las inquietudes actuales de los estamentos corporativos más altos y está siendo mejor definida gracias al trabajo del Banco Mundial y la OCDE; pero aún difícilmente engloba las inquietudes referidas a la noción de RSE.

b) La responsabilidad social de las empresas

Las nociones de RSE no han avanzado tanto como la escuela de gobierno corporativo. Michael Hopkins sostiene que “hay una luz en el horizon-

te gracias al trabajo de King y a la definición del Código de Ética Cadbury al destacar que el objeto del gobierno corporativo es alinear —en la medida de lo posible— los intereses de los individuos, las corporaciones (empresas) y la sociedad; para concluir diciendo que *“a medida en que la reflexión sobre temas de gobierno corporativo se está tornando más popular, también los códigos de ética desarrollados por empresas individuales y asociaciones están adquiriendo esa cualidad”* (*The Planetary Bargain Corporate Social Responsibility Matters — p. 7 y ss.*).

Para enunciar la cuestión de la Responsabilidad Social de las Empresas, primero debemos reconocer los límites de la acción empresarial. El rol primario de las empresas es proveer bienes y servicios a sus clientes en una forma económica y eficiente. Las empresas deben ser operadores confiables con relación a sus dueños, empleados, proveedores y otras partes involucradas. El respeto por las normas de la sociedad, tanto explícitas como implícitas es naturalmente parte de su responsabilidad social fundamental.

La realidad es que en los últimos años se ha venido produciendo un amplio debate, principalmente en el ámbito internacional sobre una variedad de temas sociales y ambientales que ha motivado una apelación a instaurar pautas de conducta aplicables sea a empresas individuales, sus contratistas y proveedores e —incluso— para su implementación a nivel global.

En respuesta a los crecientes requerimientos éticos del mercado, ha surgido una importante cantidad de certificaciones voluntarias, códigos de conducta, normas de control y modelos de balance social. *“La fuerza de estos instrumentos voluntarios reside en la presión de mercado en la cual se apoyan. La naturaleza voluntaria de esas iniciativas es necesaria, ya que permite la flexibilidad requerida y estimula a las empresas a entrar en acción o tomar medidas”*. (*The Global Market and The Planetary Bargain Corporate Social Responsibility Matters, by Nordic Employers Confederations*).

Dado que en la actualidad la red global de los negocios es más pronunciada y notoria, las decisiones que se toman en un país impactan en otros, a través de las cadenas de suministro.

Por otro lado, las comunicaciones modernas hacen que la sociedad evalúe rápidamente, tanto la acción empresarial como la ausencia de la misma.

Históricamente, cabe recordar que hace más de medio siglo que existen pautas o códigos internacionales. Sin embargo, durante la década de los

90, cuatro nuevos temas salieron a la luz: el nivel de atención concitado por los problemas sociales y particularmente el trabajo infantil; el aumento del interés y actividad de los gobiernos, sindicatos y Organizaciones no Gubernamentales en los códigos y etiquetas “sociales”; el impacto en los medios y la publicidad generada al respecto y la rapidez y alcance de la respuesta empresaria a tales inquietudes, acorde con la preocupación por la gobernanza empresarial.

Por ello se hace necesario despejar cualquier “confusión” sobre cuáles son las verdaderas responsabilidades de las empresas y las de otros actores del mundo moderno. En tal sentido, es frecuente que algunos gobiernos intenten transferir a las empresas responsabilidades que no son de las mismas, con lo que se corre el riesgo de imponer mediante la regulación legal lo que es una acción netamente voluntaria.

Las iniciativas en la materia no sirven para reemplazar la legislación social y cualquier reflexión tiene que incluir un examen de las responsabilidades de los otros actores. Es preciso que el cometido correspondiente a cada uno de los mismos se entienda y se respete, al igual que los límites de sus campos de actuación respectivos.

Claramente —a nuestro criterio—, una cosa es la responsabilidad del Estado y otra es la de las empresas: el problema no es la inexistencia de un marco legislativo, sino la falta de ejecución o cumplimiento del mismo.

En el proceso de consultas suscitadas por el Libro Verde en la materia, la Comisión Europea la define como: *“un concepto mediante el cual el compromiso social y ambiental de las empresas se integra a su estrategia comercial y a la interacción con sus “stakeholders” sobre una base voluntaria.”*

Tal conceptualización —como cualquier otra— tiene sus seguidores y detractores. Sin embargo, dada su fuente, posee argumentos de peso que pueden ser de utilidad.

En primer lugar, reconoce que la Responsabilidad Social de la Empresa es voluntaria.

En segundo lugar, refleja las preocupaciones de la empresa en relación con sus mercados en particular.

El Foro Ecuménico sobre Responsabilidad Social de la Argentina ha sostenido que:

“La relación empresa- sociedad se ha definido históricamente en torno a un contrato implícito de carácter esencialmente económico. En el marco

de este contrato, las empresas estarían “obligadas” a cumplir determinadas funciones como la generación de empleo, la producción con la máxima eficiencia posible de bienes y servicios que satisfagan necesidades, la inversión de parte de sus excedentes y el cumplimiento de las responsabilidades legales, en especial las de carácter fiscal.

Cuando los problemas ambientales, sociales y culturales de una comunidad se potencian al grado que hoy alcanzan; cuando tales problemas, por otra parte, no pueden ser compensados o controlados a través de la acción del Estado; y cuando la sociedad civil, a su vez, no dispone de los medios suficientes como para actuar con eficacia en su solución, la importancia estratégica de las empresas aparece como una posibilidad concreta que puede llegar a contribuir decididamente a solucionarlo, al menos, moderar estos problemas.

Ante una realidad como la descrita, es pertinente preguntarse si la única responsabilidad social que compete a las empresas, como afirmara alguna vez Friedman, consiste en incrementar sus beneficios, o si, por el contrario, es importante plantear la conveniencia de configurar un nuevo contrato que complemente al anterior.

Por ello, tomando plena conciencia de la implicancia de sus operaciones, una empresa socialmente responsable sólo podrá ser aquella que, avanzando un paso más allá del cumplimiento legal y de la maximización tradicional de los beneficios, integre voluntariamente en sus prácticas operativas y comerciales consideraciones de índole ética, social y medioambiental.”

La Organización Internacional de Empleadores que constituye la “voz global” de los empresarios en el campo social, apoya las acciones voluntarias de las empresas que tratan de ir más allá del estricto cumplimiento de la legalidad en diversas áreas sociales, económicas y medioambientales.

Los componentes fundamentales de las iniciativas sobre el tema son:

-La empresa como fuente primordial de creación de riqueza, innovación y empleo, forma parte de la sociedad y se compromete a desarrollar sus actividades de manera responsable y sostenible, junto a los demás actores;

-La Responsabilidad Social Empresaria es una respuesta positiva de la empresa al entorno actual.

-La Responsabilidad Social Empresaria es un concepto pluridimensional que evoluciona de manera continua dentro de la diversidad del mer-

cado. Esta diversidad del mercado convierte a la innovación en un aspecto fundamental para el desarrollo y la puesta en práctica de las distintas iniciativas en materia de Responsabilidad Social Empresaria.

-Cualquier esfuerzo por reglamentar o normalizar un proceso por definición dinámico de acción voluntaria, acabaría por ahogar esta característica tan fundamental.

-Si la conducta de una empresa es contraria a la ley, los actores involucrados deben responder ante la misma. Por el contrario, si la conducta se relaciona con el esfuerzo de la empresa de hacer más de lo que la ley requiere, dicha empresa no será legalmente responsable.

-Los Gobiernos no deben utilizar la Responsabilidad Social Empresaria como medio para delegar sus propias responsabilidades en las empresas, así como las empresas no deben invocar “gobiernos débiles” como excusa para no respetar la ley.

Como **fuentes** de estas iniciativas, puede citarse que hay muchas que se han venido gestando a la luz de lo que el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo definió como Los Objetivos del Milenio. En ese contexto, recordamos que para el 2015, se contempla lograr las siguientes metas:

- Erradicar el hambre y la extrema pobreza.
- Adquirir educación primaria a nivel universal.
- Promover la igualdad de géneros y una mayor participación de las mujeres.
- Reducir la mortandad infantil.
- Mejorar la salud maternal.
- Combatir el SIDA, malaria y otras enfermedades.
- Asegurar un medioambiente sustentable.
- Promover un compromiso global para el desarrollo.

Asimismo, existen normas de política social establecidas a nivel internacional relacionadas específicamente con las empresas multinacionales: las emanadas de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico y la Declaración Tripartita de Principios sobre las empresas multinacionales y la política social de la Organización Internacional del Trabajo.

En cuanto a su **contenido**, la responsabilidad social se refiere a los principios generales de comportamiento ético, a la cuestión ambiental, los aspectos sociales, como así también —y no menos importante— a la filantropía.

En el World Economic Forum, el entonces Secretario General de las Naciones Unidas -Kofi Annan- promovió el Pacto Global (*Global Compact*), donde se recogen los nueve principios derivados de la Declaración Universal de Derechos Humanos; de la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales del Trabajo de la Organización Internacional del Trabajo; de la Cumbre de Copenhague de 1995 sobre Desarrollo Sustentable y -por último- de la Cumbre de Río de Janeiro sobre Medioambiente (1992).

Sus postulados son los siguientes:

- En materia de derechos humanos:
 - Los reconocidos internacionalmente y,
 - No ser cómplices en las violaciones a los mismos.
- En el campo de las normas laborales:
 - Libertad de asociación y el derecho a la negociación colectiva.
 - Eliminación de toda forma de trabajo forzoso.
 - Abolición efectiva del trabajo infantil.
 - Eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.
- Respecto a las cuestiones medioambientales:
 - Apoyar un enfoque preventivo que lo favorezca.
 - Promover comportamientos responsables en dicha materia.
 - Favorecer el desarrollo y difusión de tecnologías respetuosas del medioambiente.

Palabras finales a modo de conclusión

En lo fundamental, un elemento clave del modelo democrático y de economía de mercado es la libertad. En particular, la libertad económica debe proporcionar el entorno que permite a los individuos escoger sus propias opciones en la sociedad.

Estamos convencidos que el modelo de economía de mercado y la democracia que lo acompaña puede lograr el desarrollo y la equidad en la sociedad con crecimiento económico, educación y empleo.

Por primera vez en la historia, atravesamos una época en que existe una convergencia de puntos de vista respecto de la forma óptima de llevar a la práctica la “gobernanza nacional”. El desafío consiste ahora en trasladar todo esto al plano global, siendo el primer paso el abandono del unilateralismo.

En tal sentido, no cabe duda de que la globalización ha hecho que el multilateralismo sea esencial, pero aún estamos inmersos en el mundo que se concibió para otro tiempo: un tiempo en que existían enormes diferencias en términos de modelos políticos y económicos, con centros de poder distintos de los actuales que impedía concretar fórmulas de integración a partir de realidades tan diversas.

El sistema multilateral debe ser un sistema de derechos y obligaciones, con responsabilidades claras y explícitas de quienes tienen roles preponderantes a nivel regional o global.

Para que un proceso de articulación en dicha dirección tenga éxito, tiene que fundamentarse en una estrategia capaz —en los planos local, nacional, regional y global— de crear un sistema de valores para sus ciudadanos, que puede determinar en qué momento promover los cambios y adaptar las políticas a las “nuevas realidades de la mundialización” y garantizar —asimismo— equidad y justicia en la comunidad global.

Específicamente en el plano laboral hay una base de “ética global” que importa respetar (y hacer respetar). Para ello —como hemos visto— hay normas y principios internacionalmente consagrados y un sistema de control de los mismos que aparece configurado como eficaz para garantizar su resultado, así como un entramado de iniciativas y acciones voluntarias.

Esto requiere que la totalidad de los actores, tanto nacionales como internacionales, asuma sus responsabilidades individuales y colectivas. Caso contrario, muchos de los valores y objetivos universales a los que aspiramos quedarían simplemente en eso: nuevas expectativas inalcanzables.

Concretamente, el derecho internacional del trabajo debe alimentarse más que nunca de las civilizaciones y culturas del mundo en todas sus dimensiones, lo que debería conducir a nuevos desarrollos institucionales, procedimentales y normativos.

Como señalara el ya citado Jean Claude Javillier, “El derecho, como la democracia, jamás se adquiere. El combate por el derecho internacional y por el estado de derecho en todos los continentes y lugares, es permanente y jamás tendrá fin”.

A este efecto, el sistema normativo de la OIT y sus mecanismos de control deben ser —al decir de Francis Maupin— “un Rolls Royce puesto a punto” —es decir adecuado— para tan relevante como necesaria función para que los principios y las normas fundamentales del trabajo se correspondan con la realidad y la práctica de la “aldea global” que emerge del proceso de mundialización.”

En definitiva y para que los beneficios de la globalización pueden llegar a más personas y repartirse mejor entre los países con una fuerte dimensión social, basada en valores universales compartidos y en el respeto de los derechos humanos y la dignidad de la persona; una globalización justa, integradora, gobernada democráticamente y que ofrezca oportunidades y beneficios tangibles a todos los países y a todas las personas, basada en:

- Un enfoque centrado en las personas (“La raíz es el hombre”);*
- Un Estado capaz de gestionar su integración en la economía global;*
- Un desarrollo sostenible con reglas justas y equitativas;*
- Una globalización solidaria y de mayor responsabilidad ante las personas con instituciones y grupos intermedios más comprometidos;*
- Un multilateralismo efectivo.*

Como síntesis de nuestra visión, cabe afirmar que desde fin de la Primera Guerra Mundial y en el marco de una “anterior” ola de mundialización caracterizada por migraciones hacia América (y en particular a nuestro país), se va generando el Derecho Internacional del Trabajo como construcción colectiva producto del acuerdo entre los Estados y del diálogo social con los actores de la producción y del trabajo, animados de la convicción común sobre su pertinencia ética y su necesidad instrumental como factor de organización social.

La reciente ola de globalización que por razones políticas y tecnológicas -como ya se ha mencionado- siguió a la caída del Muro de Berlín encontró, con idéntica justificación, su correlato en el plano de la dimensión social de la globalización en la Declaración de Principios y Derechos de la OIT de 1998 y su mandato para el reforzamiento de la ac-

tividad normativa y la eficacia de la supervisión y contralor de su cumplimiento en la de 2008. Es así como desde la perspectiva sociolaboral se pretende construir un multilateralismo efectivo que pueda articularse con los otros mecanismos que la comunidad internacional posea, rediseñe o construya para que la globalización sea justa, tenga reglas estables y contribuya al desarrollo económico y social de todos.

Tanto la referida Declaración de 2008 de la OIT que insta al respeto y aplicación de los principios y derechos fundamentales en el trabajo, señalando que son “condiciones propicias necesarias para la realización de todos los objetivos estratégicos de la OIT” y que su violación “no puede invocarse ni utilizarse de modo alguno como ventaja comparativa legítima y que las normas del trabajo no deberían utilizarse con fines comerciales proteccionistas” como la Declaración de San Petersburgo de los Jefes de Estado del G20 del 6 de septiembre de 2013 que reafirmaron su voluntad de respeto pleno a los derechos fundamentales en el trabajo, muestran el innegable compromiso y voluntad política de la comunidad internacional al respecto.

Convencidos de ello, queremos concluir señalando -como Stéphane Hessel el célebre autor de “Indignados”-, que esta sociedad global puede y debe lograr tales valores y metas.

El camino es complejo y, en muchos casos, áspero y contradictorio por lo que —como resumiera el autor aludido— “Les deseo a todos que tengan su motivo de indignación ya que cuando algo te indigna como a mí me indignó el nazismo, te conviertes en alguien militante, fuerte y comprometido. Pasas a formar parte de esa corriente de la historia y la gran corriente debe seguir gracias a cada uno. Esa corriente tiende hacia mayor justicia, mayor libertad y mayores derechos cuyo programa recoge la Declaración Universal de 1948 y son universales. Si se encuentran con alguien que no se beneficia de ellos, compadézcanlo y ayúdenlo a conquistarlos”.

Este es, pues, a nuestro entender, el desafío tanto de la sociedad civil y política como del jurista, abogados a instrumentar tal arquitectura y bregar por su implementación efectiva. ◆

II

SESIONES PÚBLICAS

PALABRAS DE APERTURA

POR GREGORIO BADENI (*)

En la sesión pública de esta tarde, la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires tiene el honor de brindar la más cordial bienvenida a su miembro correspondiente en la República de Venezuela, el doctor Asdrúbal Aguiar.

Nuestro estimado amigo es una calificada y prestigiosa personalidad en los ámbitos científicos del continente americano por sus relevantes cualidades morales e intelectuales. Pero su talento y energía también se proyectan sobre el análisis de los sistemas gubernamentales y una ineludible lucha por la preservación de los principios democráticos y republicanos, así como también en su constante defensa de los derechos humanos en general y de la libertad de expresión en particular.

En marzo del corriente año tuve el agrado de encontrarme nuevamente con Asdrúbal en las jornadas de la Sociedad Interamericana de Prensa realizadas en Puebla. En esa oportunidad, y con su habitual generosidad, me entregó la última obra de su autoría en la cual describe, sobre la base de un enfoque empírico, el desarrollo del proceso sociopolítico y jurídico venezolano desde 1999. Es una investigación que se destaca por su profundidad y erudición, tal como acontece con las restantes y numerosas obras intelectuales concretadas por su autor.

En esa obra, con la autoridad propia de los auténticos paladines de la libertad, Aguiar manifiesta su concordancia con los pronunciamientos formulados desde 1999, por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre el deterioro de la democracia en Venezuela. Para nuestro académico correspondiente la democracia exige, para ser tal, no solo que los gobiernos sean frutos de procesos electorales incuestionables sino que además se respeten los derechos humanos; el régimen plural de partidos; la separación e independencia de los poderes públicos; la transparencia, probidad y responsabilidad de los gobernantes; el respeto por los derechos sociales; por la libertad de expresión y de prensa; la subordinación del gobierno a las instituciones republicanas y la vigencia de un estilo de

(*) Palabras del Académico Presidente en la apertura del acto público del 18 de julio de 2013.

vida basado sobre la libertad y la tolerancia. Citando a Norberto Bobbio nos recuerda que las mayorías en la democracia tienen como límite a la misma democracia, y que su existencia no puede posponer los derechos de las minorías ni impedirles que se transformen en mayorías.

La presentación del doctor Aguiar estará a cargo del académico doctor Juan R. Aguirre Lanari, cuya particular afición hacia Venezuela todos conocemos. En la conferencia que pronunció en nuestra Academia el 6 de diciembre de 1984 decía que al norte de nuestra América del Sur vive un pueblo de gloriosa historia, agregando que la solidaridad que nos expresó ese pueblo en 1982 acarrea el deber de enseñar a nuestros hijos y a nuestros nietos que la República Argentina tiene una deuda de honor con los venezolanos de cumplimiento ineludible. Precisamente, la presencia del doctor Aguiar en este acto es una contribución, pequeña por cierto, destinada a compensar aquella deuda expresando nuestra adhesión al esfuerzo patriótico desplegado en Venezuela para restablecer la libertad, la dignidad y en definitiva, las instituciones democráticas.

Señor académico, muchas gracias por su disposición para concretar este acto que, sin duda alguna, revestirá una importancia que trascenderá a nuestra Corporación.◆

ASDRÚBAL AGUIAR, INTELECTUAL Y POLÍTICO

POR JUAN R. AGUIRRE LANARI (*)

En algunos de mis discursos sobre Bartolomé Mitre, tuve ocasión de recordar las palabras de un célebre pensador y escritor hispano, José Ortega y Gasset, expresadas en un trabajo que llevaba el título de “Mirabeau o el Político”, las que ahora quiero repetir.

Distinguía Ortega los ideales, las cosas, según estimamos que debieran ser, de los arquetipos, esto es, las cosas según su ineluctable realidad. Y discurrendo sobre el político ideal, afirmaba que sería un hombre que, además de ser un gran estadista, fuese una buena persona. Y esto le parecía 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 político 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”. Destaqué entonces, con respeto hacia el autor que nos visitó muchas veces, admirándonos y traduciendo su afecto hacia nosotros con críticas de tono paternal, que la antinomia orteguiana no se aplicaba en el caso de Mitre, quien era intelectual y político en alto grado.

Salvando las distancias correspondientes, quiero afirmar que tampoco cabe dicha antinomia a nuestro invitado de hoy, como tampoco en muchos otros casos, tales como su admirado compatriota Andrés Bello y nuestro inquieto y genial Sarmiento, exponentes sin duda de ambas calidades.

Los méritos intelectuales de Asdrúbal Aguiar fueron destacados oportunamente por nuestro presidente, académico Gregorio Badeni, al recibirlo en nuestra Corporación al ser distinguido con el carácter de miembro correspondiente de la misma. El abultado currículum de Aguiar fue sintetizado de manera admirable en dos páginas por el presentante. Por mi parte, y descontando desde luego que también todos ustedes lo conocen en tal aspecto, haré una síntesis de la síntesis efectuada por Badeni, en cuanto a los títulos intelectuales de Asdrúbal.

(*) Discurso de recepción del Académico correspondiente en la República de Venezuela, doctor Asdrúbal Aguiar, en el acto público del 18 de julio de 2013.

Se recibió de abogado en 1970, a los 21 años, en la Universidad Central de Venezuela, con honores en cuanto a su calificación y en la tesis académica.

Su labor como estudioso no se limitó a Venezuela, sino que también incursionó en cursos de investigación realizados en Estados Unidos, Italia, Francia, Alemania, Bélgica y Holanda, entre otros. Como profesor universitario recorrió todas las instancias hasta alcanzar la máxima jerarquía profesoral. En nuestro propio país fue profesor en los cursos de Doctorado en Derecho que se desarrollaron en la Universidad de Buenos Aires y la Universidad del Salvador.

Es además autor de más de 10 libros sobre temas de su especialidad, como así también de una innumerable cantidad de artículos periodísticos, siempre leídos con respeto y provecho por quienes admiran sus calidades intelectuales.

Para no extender en demasía esta faz y concretándome al orden político, en el cual quiero poner énfasis personal en circunstancias que detallaré, debo agregar también que en lo público Asdrúbal Aguiar ha tenido una exitosa trayectoria. Polemista de raza, su pluma es constante en la prensa de su país y del extranjero. Además, ejerció la función pública con probidad y eficacia.

Con justicia destacó Badeni que Aguiar concibe a la democracia como “cultura de la diversidad, pero también ética de la vida humana”. En ejercicio de dicha vocación fue gobernador de Caracas; ministro de la Secretaría de la Presidencia de la República; Ministro de Relaciones Interiores, habiendo asumido, en varias oportunidades, y en carácter de Encargado, la Presidencia de su país.

Su prestigio como diplomático y pensador lo llevó a ser designado, en 1992, por la Asamblea General de la OEA, como juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para también desempeñar tareas relevantes en distintos grupos y comités de la UNESCO.

Pero hay un hecho en su vida, a través del cual lo conocí, donde comprometió mi afecto personal y mi gratitud de argentino.

Asdrúbal Aguiar fue viceministro de Relaciones Exteriores durante la Cancillería de mi querido y admirado amigo José Alberto Zambrano Velasco. También fue discípulo intelectual de otro grande y hombre público de Venezuela, Arístides Calvani, trágicamente desaparecido y recordado con profunda simpatía y respeto por quienes lo conocimos.

Se desarrollaron por ese entonces los dramáticos episodios originados en la guerra por nuestras Islas Malvinas. Luego detallaré las circunstancias a las que aludí anteriormente.

Por ahora, quiero agregar una reflexión complementaria. En 1984 decidí escribir sobre “El sistema político de Venezuela”.

Sentía la necesidad de testimoniar mi admiración por la democracia venezolana, que a mi juicio y al de todos, era el respaldo cierto del venturoso porvenir que augurábamos a esa bella tierra. Hoy le dedico un ejemplar a Asdrúbal y quedan algunos a disposición de quienes lo deseen. En realidad, leyendo el título de la exposición de Asdrúbal, la misma parece una réplica de mi estudio. Confío en que el ayer vencerá al presente.

En mi opúsculo trazo los perfiles de la organización constitucional de Venezuela, originada en un acuerdo político que se llamó el Pacto de Punto Fijo. Con la experiencia reciente y lejana de sus actores, fundamentaron las bases de la democracia que imperó muchos años en Venezuela. Lo suscribieron por la Unión Republicana Democrática Jóvito Villalba, Manuel López Rivas e Ignacio Luis Arcaya; por el Partido Social Cristiano (COPEI) Rafael Caldera, Lorenzo Fernández y Pedro del Corral, y por Acción Democrática Rómulo Betancourt, Raúl Leoni y Gonzalo Barrios. A muchos de ellos, que todavía vivían durante mi permanencia en Venezuela como embajador, los conocí y expresé mi reconocimiento de argentino.

Ha llegado el momento de destacar la extraordinaria solidaridad que Venezuela nos prestó en la cuestión Malvinas. Al frente de su gobierno, estaba quien me honró con su amistad, el presidente Luis Herrera Campins, campeón de esa solidaridad.

Recordaré dos decisiones ejemplares del mismo, en defensa de nuestra situación. Dispuso que el avión presidencial partiera a Europa, con una relevante delegación presidida por el ministro Gonzalo García Bustillo e integrada por diputados que representaban a todos los partidos políticos venezolanos.

En su cometido, entrevistaron a las más altas autoridades de naciones europeas para abogar por la causa argentina.

Terminado el conflicto bélico, Herrera Campins siguió mostrándonos su solidaridad. Organizó un núcleo de importantes empresarios venezolanos, convenciéndolos de que volaran a la Argentina con la mejor disposición para celebrar contratos de intercambio comercial que pudieran paliar nuestra situación económica, sobre la que pesaba el embargo dispuesto por naciones europeas, lográndose en tres días de negociaciones fraternales, un volumen importante de negocios hasta el momento no habituales entre ambos países.

Durante muchos años, en mis viajes a Venezuela, visitaba al ex presidente Herrera Campins para renovarle mi agradecimiento y gozar de su trato. No

tengo palabras suficientes para expresar dicho sentimiento, que debe ser también el de nuestro pueblo. El fue el gran impulsor de la viril posición de Venezuela en la defensa de la Argentina. Nuestro país le debe homenajes, porque los ganó con lucidez y limpios títulos.

En el selecto núcleo que Herrera Campins comandaba, estuvo siempre la presencia de Asdrúbal. Y también la de todos los prestigiosos integrantes de la oposición, que dieron un memorable ejemplo de lo que Rafael Caldera había llamado antes la “solidaridad pluralista de América Latina”.

Debemos recordar no sólo el apoyo que nos dieron en todas las gestiones diplomáticas, sino también las expresiones públicas que admiraron por su elocuencia.

Calles, paseos, escenarios deportivos y eventos de todo tipo se multiplicaron, alentados por el fervor popular, que sentía nuestra causa como propia. Voceros de ese sentimiento fueron los medios periodísticos de Venezuela, a quienes les rindo el más profundo homenaje de reconocimiento, porque sin excepción alguna, se expresaron a favor de sus hermanos argentinos.

Conociendo las muchas alternativas que afectan a esa prensa, cuya libertad es pilar ineludible de toda democracia, no podemos hoy menos que expresar nuestro deseo de que los hechos se encaucen en beneficio de esa libertad de expresión que yo conocí y que todo el mundo admiró.

En los acontecimientos relatados anteriormente, el trabajo silencioso de Asdrúbal fue permanente e indubitable.

Muchas veces, con profunda emoción, frente a las expresiones de solidaridad hacia nuestro país, sólo atinaba a decir “gracias, muchas gracias”. Más de una vez, tuve el orgullo de escuchar como respuesta voces venezolanas que me decían: “No nos diga gracias, porque nos acordamos de Drago”. Recordaban así la injusta agresión a Venezuela por potencias extranjeras y la casi solitaria voz del canciller argentino defendiendo sus derechos y, precavidamente, los de otras naciones hermanas, al sentar su célebre doctrina oponiéndose al cobro compulsivo de las deudas en materia internacional.

Esa es la memoria histórica de los pueblos, que nosotros no podemos desoír.

Siempre he afirmado que teníamos una deuda con Venezuela que debía ser enseñada a nuestros hijos y nietos, como ejemplo de hermandad latinoamericana.

Hoy la reitero y por eso, al recibir a este gran venezolano, le vuelvo a dar las gracias con un fraterno y afectuoso abrazo. ◆

LA HISTORIA INCONSTITUCIONAL DE VENEZUELA (1999-2013)

POR ASDRÚBAL AGUIAR (*)

Señores Presidente y demás miembros de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales; señores miembros de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas; señores Invitados especiales; Señoras, señores,

Al recibir de manos del consecuente y noble amigo Gregorio Badeni, académico Presidente su invitación para este encuentro y compartir mis recientes escritos acerca la vida jurídica e institucional de Venezuela, no dudé un instante en aceptarla. Es un honor inmerecido, que le agradezco emocionado en unión de Mariela, mi esposa, aquí presente.

Las generosas palabras de bienvenida del ilustre venezolano en los afectos, quien es el académico Juan Aguirre Lanari, me obligan, además y aún más, en mis afectos hacia su patria, la Argentina. La mención que hace del apoyo solidario y sin medias tintas que Venezuela ofrece a sus compatriotas durante la guerra de las Malvinas y en el gobierno de Luis Herrera Campíns, y el respaldo igual que la Argentina nos otorga a los venezolanos a través de su Canciller, Luis María Drago, una vez como las potencias europeas bombardean nuestras costas a inicios del siglo XX, me llega al corazón. Por lo que debo decirle al ex Canciller Aguirre que los venezolanos comprometidos con la libertad recibimos su histórico recuerdo, en esta hora crucial en la que acusamos la soledad de la indiferencia latinoamericana, como el agua refrescante.

Tengo una deuda postrera y felizmente insoluble con las academias argentinas, con estos museos alejandrinos que me acogen en su seno durante mi providencial autoexilio bonaerense, años atrás; pues me han permitido emular a tientas la ejemplar trayectoria de otros ilustres compatriotas quienes me

(*) Disertación del Académico correspondiente en la República de Venezuela, en el acto público del 18 de julio de 2013.

Ex Encargado de la Presidencia de Venezuela (1998) Miembro de la Academia Científica y de Cultura Iberoamericana, de la Academia Internacional de Derecho Comparado de La Haya, y de las Academias Nacionales de Ciencias Morales y Políticas y de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

preceden y a cuya memoria rindo homenaje: el eximio escritor don Arturo Uslar Pietri y el estadista de la paz, Rafael Caldera, ambos fallecidos después de una vida fértil, útil y nonagenaria, de servicio a nuestra democracia. La sola mención de ellos me hace comprender, cabalmente, la gravedad del compromiso que asumo al hablar ante este auditorio de privilegio.

I. El juramento en falso

Sea cuales fueren los rótulos bajo los que calificuemos la circunstancia política actual e institucional de Venezuela y al margen del rico debate que suscita la teoría del golpe de Estado al momento de definirlo, un hilo conductor e histórico le caracteriza, con independencia de sus móviles, como el acto llevado a cabo por órganos del mismo Estado.

No se reduce el golpe de Estado, como se cree, a un levantamiento o insurrección que la experiencia demuestre luego ineficaz, y tampoco es una simple acción de la soldadesca sobre el centro del poder constituido tal y como ocurre entre nosotros, los venezolanos, el 4 de febrero y el 27 de noviembre de 1992.

La presencia militar en los golpes y en su práctica es algo común. Pero ella ha lugar no sólo cuando a propósito de un golpe el estamento militar participa, sino también cuando asume neutralidad o se hace cómplice por indiferencia del acto golpista ejecutado por un gobernante, el parlamento, o los mismos jueces supremos.

Las obras de Gabriel Naudé (*Consideraciones políticas sobre el Golpe de Estado*, 1639), Curzio Malaparte (*Técnica del Golpe de Estado*, 1931), o la más actual, de Edward Luttwak, con igual título que la de éste (1969), son emblemáticas en cuando a dicho fenómeno fáctico de la política, y también jurídico, pues como lo recuerda el maestro de la dogmática del Derecho Hans Kelsen, ha lugar cuando ocurre la violación de la legalidad del orden existente y su mutación con un claro propósito: el reforzamiento del poder por quien lo ejerce. “Lo decisivo es que la constitución válida sea modificada de una manera, o remplazada enteramente por una nueva constitución, que no se encuentra prescripta en la constitución hasta entonces válida” (*Teoría Pura del Derecho*, 1935).

La consideración anterior viene al caso por los golpes a nuestra constitucionalidad —léase a nuestros derechos fundamentales y ciudadanos— deliberadamente impulsados desde el Palacio de Miraflores, en Caracas, desde el año final del siglo pasado, durante la primera década del presente siglo y en los tres años que lleva la segunda; apoyados éstos, sin reservas, acompañándolos o silenciándolos, por distintos parlamentos, el Ministerio

Público, la Defensoría del Pueblo, la Contraloría de la República, el Poder Electoral, y el Poder Judicial, cooptados en su totalidad y sin matices por el gendarme Presidente y por su actual sucesor, Nicolás Maduro Moros, bajo la mirada complacida de la Fuerza Armada.

Tales golpes de Estado o graves rupturas a la constitucionalidad, revisados de conjunto no abrigan otro propósito que reforzar el poder personal del mismo Presidente a costa de la democracia —fingiéndola— y su desmantelamiento; por encima de los dictados precisos de la Constitución y mediante su violación sistemática; provocando mutaciones constitucionales a través de la manipulación o el desconocimiento ora de las formas del Derecho, ora de la voluntad popular legítima expresada en elecciones o actos de participación política constitucionalmente tutelados.

Al efecto, he aquí lo típico y novedoso de la experiencia golpista venezolana del siglo XXI. Se usan o subvierten las mencionadas formas del Derecho para consumir “golpes de Estado” sucesivos y continuados, vaciando de contenido ético y finalista al mismo Derecho: medios en apariencia legítimos con miras a fines ilegítimos y fines supuestamente legítimos a través de medios claramente ilegítimos, con lo cual se trastoca de raíz a la ética democrática. En el pasado, durante la primera mitad del siglo XX, instaladas las dictaduras y presentes sus llamados “gendarmes necesarios”, cuando menos tienen el pudor de modificar previamente el orden constitucional para ajustarlo a sus necesidades autocráticas y luego afirmar que lo acatan, a pie juntillas.

En su intento por reforzar su poder político personal, con arrestos de primitivismo, el antes llamado Comandante Presidente, hoy fallecido, luego de golpear aviesamente a la Constitución de 1961 jurando no reconocerla —la llama moribunda al momento de prestar su juramento y con ello invitar a desconocerla— y a pesar de ser elegido bajo sus cánones, fuerza luego una mora en la Constitución que la sucede, la de 1999; ello, para favorecer sobre el vacío constitucional inducido el desmantelamiento de los poderes públicos legítimamente constituidos a partir de 1998.

II. No huelga recordar los antecedentes, y a cabalidad

Al inaugurar su mandato, el 2 de febrero, dicta un decreto —sin esperar que lo haga el Congreso electo junto a él como estaba previsto— convocando a un referéndum popular. Le pide al pueblo le otorgue directamente y sin más, en lo personal, autoridad para fijar las bases de un proceso comicial que lleve al país hacia la constituyente. Y su propósito confesado, como reza la iniciativa, es “transformar el Estado y crear un nuevo orden jurídico” sin cumplir con la exigencia previa de la reforma de la citada Constitución de 1961.

Llegada la hora se abstiene el 53,7 por ciento de los votantes inscritos y Chávez —dado el modelo electoral establecido para la circunstancia— al obtener el 65% de los votos sufragados se hace con el 98% de los escaños de la nueva Asamblea: 125 constituyentes oficiales y 6 constituyentes opositores. La representación proporcional de las minorías, esencial en la democracia, fenece en ese instante preciso.

Lo cierto es que tal Asamblea Constituyente —sin encontrarse apoderada para ello— sostiene, una vez instalada, que es depositaria de la soberanía popular originaria y afirma no encontrarse atada por la Constitución en vigor. Y sin avanzar aún en la redacción de la nueva Carta, interviene y paraliza al Congreso de la República y, lo que a la sazón más importa a quienes desde entonces controlan los rieles del poder en Venezuela, destituye sin fórmula de juicio a todos los jueces. Les sustituye con jueces provisorios, de libre nombramiento y remoción.

Cabe decir que la Constitución naciente —aprobada por el 80% pero del 40% de venezolanos, quienes sufragaron durante el respectivo referéndum— se afirma sobre el ideario del “césar democrático” o gendarme necesario, que tanto defiende Simón Bolívar al prosternar la obra constitucional liberal, democrática y republicana de nuestros Padres Fundadores, hombres de levita e ilustrados. A la caída de la Primera República, una vez como traiciona al Precursor Francisco de Miranda, su superior, a quien entrega ante las autoridades españolas a cambio de un pasaporte que le permite viajar a Cartagena, desde allí manifiesta el mismo Bolívar que “filósofos por jefes, filantropía por legislación, dialéctica por táctica, y sofistas por soldados”, es lo característico de la obra germinal de los civiles egresados de nuestra primera universidad, la Universidad de Santa Rosa de Lima y Tomás de Aquino creada en 1721.

No por azar, pues, la Constitución de 1999, cambiando lo cambiable, en su lenguaje contemporáneo no dista del credo bolivariano. Según éste los venezolanos “no estábamos preparados para tanto bien”, el de la república democrática, por lo que, en su defecto, propone en 1819, desde Angostura, la forja de un senado hereditario integrado por las armas, a las que todo debe —según él— la patria, y pide un presidente vitalicio a la manera del monarca británico. Y en 1826, al otorgar la Constitución de Chuquisaca, se repite al disponer la erección de un presidente vitalicio e irresponsable con la facultad de nombrar su sucesor en la persona del Vicepresidente.

Por cierto, fallecido el autor de nuestra vigente Constitución, le sucede su vicepresidente —impuesto *in articulo mortis*— hoy en ejercicio ilegítimo del gobierno venezolano, Nicolás Maduro Moros.

La Constitución de 1999 *in comento*, en su artículo 3 dispone que es al Estado a quien compete, como función esencial, desarrollar la personalidad

de los venezolanos; educarlos para que adecuen sus proyectos de vida a los nuevos valores instalados, como reza el artículo 103; que no son otros, como principios ordenadores del andamiaje constitucional, que los constantes, según el artículo 1, en la doctrina y el pensamiento del Libertador. Por si fuese poco, dicha Constitución, a objeto de asegurar su modelo de gendarmería recreado en pleno siglo XXI y procurar el advenimiento de “hombre nuevo” venezolano, autoriza la delegación sin límites, sin justificaciones de emergencia, de las funciones legislativas a manos del Presidente; y hace de la seguridad nacional —cuyo eje vertebral es una Fuerza Armada que vota y delibera, y asume la responsabilidad de militarizar a los civiles— el elemento articulador del Texto Fundamental, como se aprecia en su Título VII.

Lo anterior, sin embargo, no le basta a Chávez. De allí la citada mora que ocurre en cuanto a la publicación oficial del novísimo texto adoptado por la Asamblea Nacional Constituyente y aprobado por el pueblo. Afirmando ésta que ahora sí, finalmente, ha muerto la Constitución de 1961, de seguidas aclara que el primero entrará en vigencia una vez publicado en el diario oficial, lo que sólo ocurre pasado un mes y algunos días más.

Entre tanto, la Asamblea recordando ser la depositaria provisional de todos los poderes constitucionales de la República, sin esperar *e ipso facto* procede a la clausura de todos poderes públicos constituidos o reconstituidos luego de las elecciones de 1998 en las que es electo el mismo Chávez.

Los titulares de éstos —magistrados supremos en ejercicio y sin concluir sus mandatos, el fiscal general, el contralor— son sustituidos por otros provisorios, designados a dedo, tanto como se cierran las legislaturas estatales y cuerpos municipales. A la par se organiza una Comisión Legislativa o Congreso integrado por diputados electos a dedo por la Constituyente, quienes asumen las tareas legislativas para lo sucesivo y hasta tanto sean electos los nuevos miembros de la Asamblea Nacional unicameral creada por la Constitución de 1999.

III. Las consecuencias ominosas eran de esperarse

Una vez en vigencia la Constitución así procreada, mediante un aborto revolucionario y de la que se elaboran cuatro textos distintos, tres de los cuales no los conocen sus constituyentes sino los enmendadores o censores oficiales, en pleno año 2000 la Defensora del Pueblo provisional, Dilia Parra, le recuerda a la Asamblea su deber de relegitimar a los poderes públicos provisorios dándole cumplimiento estricto a la naciente forma de democracia participativa instalada; en pocas palabras, permitir que los comités de ciudadanos postulen libremente a quienes han de ocupar las distintas funciones dentro del Estado y en calidad de titulares. Pero el presidente de

la Constituyente, don Luis Miquilena, responde que la cuestión debe ser consultada ante la Sala Constitucional integrada por los magistrados provisionales que ella misma ha nombrado antes y éstos, a la vez, resolviendo en causa propia y mediante sentencia sentencian que las reglas constitucionales aprobadas no rigen para quienes, al igual que ellos, ya se encuentran ejerciendo sus cargos respectivos.

De modo que, de un zarpazo el poder total, uno y fuerte, la dictadura encubierta, desde entonces se vuelve a entronizar en Venezuela, y se viste de uniforme. No es una cuestión actual o sobrevenida. La degeneración constitucional luego acusada es apenas la prolongación de ese pecado original. Chávez, bajo la cobertura de las formas del derecho y la anuencia de sus pares en el Continente, se transforma en dictador y ejerce su dictadura con el concurso dominante de la Fuerza Armada; cuyos oficiales y suboficiales, a la sazón, pasan a ocupar la mayoría de los cargos de la administración pública central y descentralizada, hasta el presente y ahora presente el sucesor de éste.

El desencuentro no resuelto aún entre el Estado venezolano y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que lleva a la denuncia reciente del Pacto de San José, se explica en lo anterior: *“El engranaje constitucional [en vigencia desde 1999] no prevé, en supuestos importantes, mecanismos de pesos y contrapesos como forma de controlar el ejercicio del poder público y garantizar la vigencia de los derechos humanos. Las principales facultades legislativas fueron derivadas bajo un régimen habilitante al Poder Ejecutivo sin límites definidos para el ejercicio de la misma”*, opina la Comisión llegado apenas el año 2002.

Ocurrirán, sucesivamente, algunos *tours de force* de Chávez con los sectores modernos de la sociedad venezolana para alcanzar —lo que no logra a cabalidad hasta el momento— que ésta se someta a su poder y sobre todo al control colonial cubano, y se avenga al modelo que finalmente habrá de sustituir la primera cubierta constitucional de estirpe bolivariana: el Socialismo del siglo XXI.

IV. Los pasos emblemáticos hacia el socialismo marxista

Antes de concluir 1999, Chávez pacta formalmente con la narco-guerrilla colombiana, las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia. Más tarde les reconocerá estatuto de beligerancia. El territorio venezolano se vuelve aliviadero y puente inmediato para sus crímenes internacionales. Y el embajador venezolano para el despropósito es el jefe de inteligencia, hoy gobernador del Estado Guárico, Capitán Ramón Rodríguez Chacín. La cuestión se encuentra documentada, no es especulativa.

Llegado el año 2000, la Constituyente no cierra aún sus actividades a pesar de encontrarse agotado su cometido. Pendiente el proceso de relegitimación de los poderes públicos sanciona un Estatuto Electoral que permite abandonar el sistema uninominal de circunstancia —usado para la elección de la misma asamblea constitucional— y restablecer el régimen de listas partidarias cerradas para el ejercicio del voto; pero se castiga otra vez a la representación de las minorías y el Congresillo designado a dedo se encarga de conformar el nuevo Poder Electoral con aliados del Presidente. Chávez se mide así en la justa de relegitimación compitiendo contra su compañero de hornada golpista, el Teniente Coronel Francisco Arias Cárdenas, actual gobernador chavista del Estado Zulia; y al vencer, como era previsible, su mandato original de 5 años, producto de las elecciones de 1998, muda, en la práctica, en otro de 8 años. Los jueces supremos declaran a la sazón que los primeros años de ejercicio presidencial no cuentan al efecto, con vistas al sexenio que se inaugura.

Entre tanto, la Sala Constitucional se encarga de la desarticulación de la sociedad civil para reorganizarla a la medida del Estado, a cuyo efecto decide establecer por vía estatutaria un régimen para las ONG; excluyendo de tal concepto y negándoles su representatividad para los fines del ejercicio del derecho de participación o de representación de intereses difusos o colectivos a las asociaciones formadas por extranjeros, las que reciben subsidios externos o financiamientos directos o indirectos del presupuesto público, las que pueden tener algún fin de tipo político, económico, transnacional o mundial. Y a renglón seguido concluye que sólo son reconocidas como tales ONG aquellas que prueben su “representatividad”, estén reguladas mediante ley, y realicen elecciones de sus autoridades bajo la dirección del Poder Electoral ahora oficialista.

El propósito del control revolucionario se muestra total, salvo por el incidente del mes de diciembre, cuando el gobierno, bajo su nueva Constitución, obliga a los sindicatos de trabajadores a realizar elecciones supervisadas por el Estado y las pierde.

Sea lo que fuere, no concluirá el año sin que el Gobierno firme su primer Convenio Integral de Cooperación con la República de Cuba, que significa liberalidades financieras y petroleras a favor de ésta; la que a cambio nutre a Venezuela con su legión de médicos y de maestros. Suman 40.000 los primeros misioneros cubanos en territorio venezolano, a los que se agregan, según información del funcionario castrista responsable, otros 30.000, miembros de los Comités de Defensa de la Revolución. Ellos, en la actualidad, fungen de comisarios en las dependencias militares y son quienes controlan los servicios de registro público, inteligencia, identificación e inmigración, se encargan del manejar los primeros anillos de la seguridad presidencial y

hasta se ocupan del transporte del propio Presidente de Venezuela en los equipos de Cubana de Aviación.

Venezuela, en suma, es colonizada pacíficamente bajo el ucuse de sus militares y por quienes, durante los años '60 del siglo pasado, la invaden por la vía de las armas y no lo logran. Es premonitorio el diagnóstico que al efecto hace el padre de nuestra República civil contemporánea, Rómulo Betancourt, al presentar su última memoria como gobernante ante el Congreso de 1964: "Venezuela es el principal proveedor del Occidente no comunista de la materia prima indispensable para los modernos países industrializados, en tiempos de paz y en tiempos de guerra: el petróleo. Venezuela es, además, acaso el país de la América Latina donde con más voluntariosa decisión se ha realizado junto con una política de libertades públicas otra de cambios sociales, con simpatía y respaldo de los sectores laboriosos de la ciudad y el campo. Resulta así explicable cómo dentro de sus esquemas de expansión latinoamericana, el régimen de La Habana conceptuara que su primero y máspreciado botín era Venezuela, para establecer aquí otra cabecera de puente comunista en el primer país exportador de petróleo del mundo".

El año 2001 Chávez afirma que "estamos haciendo un esfuerzo sobrehumano para hacer una revolución pacífica, cosa difícil pero no imposible. Pero si ésta fracasa, vendría una revolución por las armas, porque esa es la única salida que tenemos los venezolanos". Es el momento en que hace público el entendimiento que tiene del orden constitucional que impulsa en 1999: "La ley soy yo, el Estado soy yo", son sus palabras precisas ante el Congreso Internacional de Derecho Agrario.

Acto seguido, como legislador supremo que es y se siente, procede a sancionar mediante decreto 49 leyes, entre otras, la conflictiva Ley de Tierras, conforme a la cual, sin mediación judicial ni indemnización previa a los afectados, acuerda la confiscación de los predios necesarios para el desarrollo agrícola nacional. Y autoriza a la autoridad administrativa para que, sin más, proceda al desconocimiento de la constitución de sociedades, la celebración de contratos y, en general, la adopción de formas y procedimientos jurídicos mediante los cuales, en su criterio y bajo discreción no reglada, considere que se puedan burlar los propósitos de la ley.

De modo que, como saldo, durante la III Cumbre de las Américas, cuando se conviene en la redacción de la Carta Democrática Interamericana, Chávez le pone fin al tiempo del disimulo. Se separa de sus pares y protesta contra la democracia. Seguidamente declara ser "el segundo Castro latinoamericano". Entre tanto, desde Rusia afirma que "cree en la democracia pero no en las formas de democracia que nos imponen", a cuyo efecto, el Alto Mando

Militar —ausente el Comandante del Ejército— declara públicamente su adhesión al proyecto revolucionario y Chávez anuncia la conformación de una milicia popular, con un millón de civiles armados. Y Norberto Ceresole, su asesor argentino, afirma la legitimidad del pronunciamiento del “partido militar”.

Así las cosas, antes de que ocurra el paro nacional del 10 de diciembre, que reúne al sector sindical con el empresarial, la Iglesia y los partidos que restan de la vieja experiencia de la República civil de Punto Fijo, y la sociedad civil, la Sala Constitucional adopta una medida crucial. Fija, otra vez por vía estatutaria y mediante su sentencia 1.013, el conjunto de reglas que más tarde serán recogidas por la Ley de Responsabilidad Social de Radio y Televisión o Ley Mordaza, que permite el control de los contenidos informativos de la prensa por el Estado y su avance hacia el establecimiento de una hegemonía comunicacional pública.

La revolución sabe y es consciente de que no puede avanzar —mediante una democracia de utilería— sin silenciar a los jueces y a la prensa, contralores tradicionales del poder que se ejerce como río sin madre.

Llegado el mes de enero de 2002, en la antes la de la masacre de Miraflores y del sainete militar de los micrófonos, que eso fue a todas luces el llamado golpe de Estado del 11 de abril, en lo personal advierto ante el país y por escrito que se están dando “condiciones objetivas” tanto externas como internas, sociológicas y políticas, que para el momento ora son determinantes ora son la evidencia de la aceleración de un proceso inexcusable de quiebre institucional en Venezuela. Aprecio que el mismo, dado lo ocurrido hasta entonces, se orienta hacia la final y necesaria definición de roles entre el viejo Estado gendarme y la ya madura sociedad civil venezolana: aquél, bajo la conducción del soldado Chávez, Presidente de la República, quien vuelve por los fueros que pierden sus compañeros de armas a raíz del 23 de enero de 1958, cuando nace la mencionada República civil; y ésta, al despertar por esfuerzo propio —bajo la misma crisis histórica y en medio de la anomia que la acompaña por huérfana de los partidos y líderes civiles que le otorgan su tutela hasta el pasado reciente— reacciona firme, pero instintivamente, para impedir los propósitos que buscan aniquilarla en sus libertades o neutralizarla políticamente.

Lo cierto es que los militares —los integrantes del “partido militar” forjado desde 1999 alrededor de Chávez— se adelantan al juego, en lo particular quienes no se avienen dentro de éstos a la planteada sujeción o desplazamiento final de Venezuela hacia un modelo de inspiración cubana y marxista, en el marco de un proyecto colonizador que se hace también manifiesto en los cuarteles.

V. Median la Iglesia, Carter y la OEA, para evitar lo peor

La Iglesia Católica firma, llegado el 6 de marzo, unas bases para un acuerdo democrático nacional junto a los actores de la sociedad civil. Pero Chávez, quien por formación desprecia el diálogo y lo entiende como derrota bajo su idea muy bolivariana de la fatal oposición entre amigos y enemigos, estaba preparado para la circunstancia fatal mencionada, en ebullición, que sabía inevitable y también propicia. Mejor aún, la acelera y ello tiene a un testigo de excepción, su ex Vicepresidente y actual embajador en Roma, para aquel momento titular del Ministerio Público, Julián Isaías Rodríguez Díaz.

El 16 de abril de 2012 éste confiesa a la prensa, con retardo imperdonable dada sus culpas, haber sido llamado por el Presidente en los días previos al 11 de abril para imponerlo, en presencia de militares leales a su causa, de lo que ocurriría. Y para preguntarle si tenía el coraje de asumir los hechos o acaso renunciar. Al final, optan ambos por no aminorar o hacer desaparecer a tiempo el riesgo conocido, con medidas jurídicas o de alta policía oportunas. Prefieren que la vorágine tome cuerpo y concluya con 20 muertos y un centenar de heridos de bala ante la urgencia de pavimentar el piso del narco-estado en formación y de factura cubana, hoy en evidencia desdolorosa y muy dolorosa.

Luego vendrán, de concierto con el presidente de la Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia, el coronel y magistrado Eladio Aponte Aponte, el perdón de los llamados pistoleros de Puente Llaguno, militantes de la revolución e integrantes de los Círculos Bolivarianos, quienes dirigen sus balas contra una manifestación civil ejemplar y llena de cantos y banderas, que se aproxima al centro de la ciudad el fatídico día. Y llegará la injusta condena a 30 años que se le imponen por los muertos habidos —para encubrir el crimen de Estado dolosamente forjado— a unos comisarios de policía opositores; tal y como lo admite públicamente, con igual retardo y culpa, el citado juez del horror, Aponte Aponte, una vez como el dedo arbitrario del régimen al que ha servido con disciplina de soldado lo pone de lado.

El Tribunal Supremo, luego del 11 de abril, en la hora dividido tanto como lo están los militares, considera por mayoría ajustada, no obstante, que no se dieron los supuestos de una acción militar violenta para juzgar como insurrectos a los alzados; pues al fin y al cabo desobedecen al Presidente ante la realidad de la masacre y por ella ocurrir, usando los micrófonos de las televisoras, sin disponer de las armas tradicionales.

Lo cierto es que Chávez sale y regresa al poder en cosa de horas y acto seguido sus aliados en el parlamento destituyen a los jueces desleales,

mientras el primero limpia el cuadro militar pero sin hostigar a los militares. Serán perseguidos, eso sí, de modo implacable, los civiles quienes en la hora nona creen —de manos militares— llegado el instante para despachar a los cubanos de regreso a su país.

Jimmy Carter y César Gaviria, secretario de la OEA, no obstante deciden mediar al respecto. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por su parte, invita a los venezolanos a una tarea de reflexión seria sobre la grave crisis que aqueja a su democracia y al Estado de Derecho, y previene a los órganos del Estado sobre sus responsabilidades ineludibles al respecto; pero no deja de apuntar hacia dos circunstancias que, en lo inmediato, pueden trastornar de nuevo la paz social de no ser atendidas con urgencia: Una, la relativa a la investigación y prevención de los hechos de violencia atribuidos a los Círculos Bolivarianos o milicias populares, dado que “es indispensable que el monopolio de la fuerza sea mantenido exclusivamente por la fuerza de la seguridad pública, [asegurándose] el más completo desarme de cualquier grupo de civiles”. Otra, la conformación de una Comisión de la Verdad “integrada por personas de alta credibilidad y experiencia en derechos humanos... con pleno acceso a las pericias científicas y otras piezas de la investigación penal..., con plazo razonable para que agote todas las líneas de la investigación; [y basada] en un compromiso político serio de aceptación de sus conclusiones..” sobre la realidad de la Masacre de Miraflores y sus responsabilidades, que “puede realizar una contribución muy importante para la democracia venezolana”.

Ninguna de las propuestas avanzan o se aceptan por Chávez, salvo en el papel —en los célebres Acuerdos de Mayo— y apenas se aviene éste a dar, no sin trapisondas, una última batalla con el mundo opositor, la de acudir a un referendo revocatorio de su mandato.

Al efecto, sobre la marcha, le ordena a los mandos militares no acatar ninguna orden judicial que pueda contrariar sus disposiciones de Comandante en Jefe, y llegado el mes de diciembre seguidores suyos provocan otra masacre, en Plaza Altamira, con saldo de 3 muertos y veinte heridos de bala; a la vez que decide suspender las garantías constitucionales —con aval de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo— sin cumplir con las exigencias formales que demanda la Constitución al respecto y dado el paro petrolero en curso.

Llegado el 2003, Chávez destituye sin fórmula judicial ni administrativa, a través de un programa de televisión, designando por sus nombres a los afectados, 20.000 miembros de la nómina de trabajadores de la industria petrolera, quejosos del uso de los recursos de ésta para fines proselitistas y de exportación revolucionaria.

La Sala Constitucional del Supremo, acto seguido le pone piso seguro a la revolución y decide, arguyendo la omisión legislativa, el nombramiento de las autoridades electorales que se encargarán del referéndum revocatorio. A la vez, haciendo mutar las normas constitucionales, también transforma el referéndum previsto en un plebiscito constitucionalmente inexistente. Aun cuando la oposición democrática pudiese alcanzar el quórum que manda la Constitución para la revocación del mandato presidencial, bastándole hasta entonces y según el texto preciso de la Constitución un voto más al número de votos obtenido por el presidente Chávez durante su última elección, en lo adelante, según el mismo tribunal, basta que el mismo saque un voto más a su favor para que su mandato no quede revocado. Chávez había sido electo con 3.757.774 votos y la oposición obtiene 3.989.008 votos, pero no le bastan por lo ya dicho.

Más tarde, habiéndose adoptado para dicho evento referendario un sistema de votación electrónica integrado con máquinas de juego bidireccionales, compradas a la Olivetti por la empresa Smarmatic, Chávez confesará con inusitada transparencia el origen de su fraudulenta victoria: “Si no hubiéramos hecho la cedulación, ¡hay Dios mío! yo creo que hasta el referéndum revocatorio lo hubiéramos perdido, porque esta gente sacó 4 millones de votos... Entonces fue cuando empezamos a trabajar con las misiones, diseñamos aquí la primera (la Misión Identidad) y empecé a pedirle apoyo a Fidel. Le dije: Mira, tengo esta idea, atacar por debajo con toda la fuerza, y me dijo: si algo sé yo es de eso, cuenta con todo mi apoyo”.

Los observadores, Carter y la OEA, convalidan lo ocurrido y a la par, para aliviar sus conciencias declaran en sus informes sobre el referéndum realizado, entre otras cosas, lo siguiente: 1) Es cierta la “significativa asimetría de recursos” entre el Gobierno y la oposición para sus campañas; 2) el “número de electores —inscritos en el Registro Electoral— creció desmesuradamente y demasiado rápido”, aparte de que se dieron migraciones involuntarias de votantes hacia centros de votación distantes; 3) el Consejo Nacional Electoral removió a todos los miembros de las Juntas Electorales designando en su lugar a militantes “chavistas”; 4) no se hizo la auditoria convenida para el día de la elección; 5) las actas de votación no se imprimen antes de su transmisión electrónica, haciéndose posible que computadoras centrales impartan instrucciones a las máquinas; 6) la Fuerza Armada participa en la administración del proceso en las afueras y dentro de los centros de recolección de firmas y los centros electorales y “en algunos casos ese papel activo intimida a los electores”; 7) tiene lugar, en fin, “falta de transparencia en la toma de decisiones” del Poder Electoral.

Reforzadas, pues, las estructuras del poder chavista sobre sangre inocente y unos comicios amañados, cabe decir, para hacer corta la historia inconsti-

tucional, que al finalizar el año Chávez sanciona la Ley Mordaza y pone en marcha lo que denomina “La Nueva Etapa, el nuevo mapa estratégico de la revolución”; en otras palabras, anuncia ante sus compañeros de armas la sujeción plena de Venezuela al modelo cubano. Dado lo cual ocurren, en lo inmediato, las primeras visitas formales a Fidel Castro de los egresados de los Cursos de Comando y Estado Mayor de la Fuerza Armada.

VI. Es palmaria la depresión de la vida constitucional y democrática

El presidente del Poder Electoral, Francisco Carrasquero, hoy magistrado de la Sala Constitucional, en vísperas de realizarse el citado referéndum revocatorio del mandato de Chávez, a pedido de éste le hace entrega al diputado oficialista Luis Tascón de la nómina de venezolanos quienes firman su petitorio. La “lista” sirve para la presión indebida por el gobierno sobre los funcionarios públicos o beneficiarios de dádivas oficiales firmantes, en modo de que cambien su voluntad. Pero esa lista de la infamia o Lista Tascón —cuyo uso admite el Primer mandatario— a partir de 2005 es el filtro que determina el acceso de los administrados a los distintos servicios del Estado o para ingresar a su servicio. A los firmantes se les considera “muertos civiles”. El efecto disuasivo sobre la militancia democrática se torna contundente; tanto que, durante las elecciones parlamentarias de finales de año el 90% de los venezolanos inscritos en el Registro Electoral decide no acudir a las urnas. Ocurre el mayor porcentaje de abstención electoral de la historia republicana.

Y en 2006 la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en fallo que dicta por si fuese poco, se encarga de reiterar que “en el proceso automatizado el escrutinio lo realiza la máquina de votación, por lo que no se requiere la contabilización manual de votos”. Las auditorías electorales quedan, en la práctica, proscritas.

La Asamblea Nacional, entre tanto, por sobre el andamiaje constitucional y mediante ley crea el Estado de Comunas. Dicta al efecto la Ley Orgánica de los Consejo Comunales para ponerle fin a nuestra organización histórica y geopolítica municipal, adelantándose a la reforma constitucional socialista que propondrá Chávez en 2007 y cuyo intento de realización traerá sorpresas ingratas y gratas para él.

El gobierno, acto seguido, procede a clausurar Radio Caracas Televisión, la emisora privada e independiente más antigua del país, defensora abierta del credo civil y democrático. De un modo exponencial, asimismo, ocurre la confiscación indiscriminada de propiedades privadas. Y así, llegado el 2 diciembre, sometida la citada reforma constitucional a referéndum y ante la amenaza cierta de la pérdida de las liberalidades hasta el momento

ofrecidas por el sistema capitalista en vigor a todos los venezolanos, la ex esposa del presidente, Marisabel Rodríguez y su ex ministro de la defensa, Isaías Baduel, hombre de su estrecha confianza, se le sitúan a Chávez en la acera del frente. El segundo, en lo particular, hoy preso político del régimen, lo conmina a aceptar la derrota que le inflige a su proyecto socialista el pueblo, que despierta de su modorra. Los rectores electorales, sirvientes y obsecuentes, para aliviarle la carga al Primer Mandatario, optan por silenciar los resultados totales. Se limitan a informarle al país que la reforma constitucional no obtiene una mayoría. Se le niega a la oposición el conocimiento de su fuerza real.

No obstante, no pasarán los días sin que Chávez, en complicidad con la Presidenta de la Asamblea Nacional, Cilia Flores, la Presidenta del Tribunal Supremo de Justicia, Luisa Estella Morales, y la Presidenta del Consejo Nacional Electoral, Tibisay Lucena, reparando en el continente y no en el contenido —burlando incluso la prohibición constitucional que rige en la materia— impulsen una enmienda constitucional puntual, contenida en la reforma derrotada, a saber, la relativa a su reelección *sine die* y sin límites. Por lo pronto a Chávez sólo le interesa, sobre su derrota, sostenerse en el poder y fortalecerlo por sobre la constitucionalidad. Usa, otra vez, de un medio legítimo —el voto— para un fin ilegítimo, asegurarse el gobierno a perpetuidad, dentro de la mejor ortodoxia bolivariana. Al apenas inaugurarse el 2009, por consiguiente, dicho golpe de Estado y a la constitucionalidad se consuma cabalmente.

Pero como los golpes no se agotan en sus objetivos de un solo golpe y sobre sí mismos, pueden adquirir como lo hemos visto un carácter sistemático en la misma medida en que su artífice sigue violando el Estado de Derecho para reforzar su señalado poder.

Kelsen, en su celeberrimo libro sobre *Teoría General del Derecho y del Estado* (1925), recuerda bien que dentro de las dictaduras “las elecciones y los plebiscitos tienen como único objetivo ocultar el hecho de la dictadura”. No bastan las elecciones, en consecuencia, para sostener la prédica democrática. Como tampoco basta y se basta el Estado formal de Derecho sin poderes independientes que lo hagan realidad y sin titulares ajenos a las enseñanzas de Maquiavelo y Guicciardini, para quienes —en el siglo XVI— el poder no se puede ejercer según los dictados de la conciencia.

Como testimonio de la degeneración constitucional que ocurre en Venezuela a lo largo de estos 14 años y algo más, como ejemplo vivo de la desviación moderna de la democracia denunciada: el avance hacia la dictadura por las vías democráticas y la instauración del comunismo con los recursos del capitalismo, ocurren otras ejecutorias más recientes, destinadas a vaciar

de competencias o sobreponer autoridades de facto a los gobernadores y alcaldes de la oposición.

De modo que, en 2009, al apreciar Chávez la mengua de significativos espacios sobre los que despliega su acción populista y dictatorial, mediante el ejercicio de su poder personal y centralizador, una vez como sus candidatos pierden en elecciones los Estados Táchira, Zulia, Carabobo y Miranda como las Alcaldías de Maracaibo y la Mayor de Caracas: las que de conjunto suman a la mitad del electorado, le ordena a la Asamblea Nacional disponer el dictado de una Ley para reconcentrar en sus manos, como Jefe del Estado, las competencias que los gobiernos locales opositores detentan. El caso de la Alcaldía Mayor de Caracas es el más escabroso. Antonio Ledezma, regidor metropolitano obtiene una victoria inobjetable y brutal por sobre el ventajismo y la corrupción electoral del régimen, pero acto seguido el Presidente le pide a la Asamblea —a contrapelo de la Constitución— crear la figura del Jefe de Gobierno del Distrito Capital, vaciar de competencias constitucionales a la señalada Alcaldía Metropolitana, y dejar en sus manos la libre elección y remoción del nuevo gobernante capitalino.

La inhabilitación previa de candidatos opositores para dichas elecciones —que motiva otra vez la actuación del Sistema Interamericano— y la persecución judicial como el desmantelamiento señalado de las competencias de los gobernantes locales electos para blindar más su poder ya omnímodo y abusivo, le permite a Chávez consumir ese golpe efectivo que le da a la Constitución, desde el Estado; o, como lo refiere la doctrina francesa, esa otra “violación deliberada de las formas constitucionales por un gobierno, por una asamblea, o por un grupo de personas que detentan autoridad” para encumbrarse por sobre el Bien Común y la sociedad democrática.

No siéndole suficiente lo acometido, contando para ello con sus “jueces del horror” quienes recrean la experiencia de los jueces y fiscales que le ofrecen armazón jurídica a la más oprobiosa dictadura del siglo XX, la de Adolf Hitler, el círculo del avance golpista por etapas sucesivas y sistemáticas, simulando al efecto las formas de la democracia, lo cierra Chávez sin burladeros ni disimulos en el año 2010.

A inicios de febrero arrecia su autoritarismo. Desde la Plaza Bolívar de Caracas realiza expropiaciones a dedo a través de la televisión, y las ejecuta oralmente antes sus funcionarios al ritmo de su fértil imaginación: ¡Exprópiese! dice ante cada edificio o construcción aledaña que observa, sin reparar en las exigencias constitucionales que apenas admiten expropiaciones una vez como se demuestra su utilidad pública y el interés social, mediando una decisión judicial y disponiéndose, previamente, de los recursos fiscales para las indemnizaciones a sus propietarios, según lo prevé el artículo 115 de la Constitución.

Acto seguido juramenta a 35.000 miembros de su llamada guerrilla popular armada y, entre tanto, su partido oficial, el Partido Socialista Unido de Venezuela, se declara formalmente marxista. La motivación de sus estatutos es más que decidora: “Sólo es posible avanzar en la eliminación del capitalismo si se eliminan las relaciones sociales de producción basadas en la explotación del trabajo ajeno y, por consiguiente, si se eliminan los procesos de acumulación privada del capital basados en la ganancia producida por la explotación del trabajo”. Nace, así, en Venezuela, un verdadero parque jurásico.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia otra vez se desnuda en su rol militante y se dedica a constitucionalizar la inconstitucionalidad, asumiendo ser depositaria de la soberanía popular originaria. Al efecto, por sobre lo dispuesto en el artículo 297 de la Constitución, que confía la jurisdicción contencioso electoral a una Sala Electoral especializada del mismo Tribunal Supremo y ya en funcionamiento, aquélla la desapodera y la sustituye mediante su sentencia 182, arguyendo que no hay una ley que la regule. De consiguiente, para lo sucesivo, dicha la Sala Electoral no puede recibir y tramitar los recursos de amparo que los particulares interpongan contra las decisiones que adopte el Consejo Nacional Electoral (CNE), o sus órganos subalternos o cualquier otra instancia que se encargue de organizar comicios en el país. El gobierno, por lo visto, no está dispuesto a correr riesgo alguno dentro de la Justicia comicial.

Ya mantiene Chávez para el momento y bajo rejas a un número importante de disidentes, por políticos unos y a otros por capitalistas; en tanto que a los más —jóvenes profesionales sin futuro previsible— los empuja al ostracismo. De modo que, dado lo indicado, una vez como pierde de modo manifiesto la mayoría del electorado durante las elecciones parlamentarias de diciembre de 2010, pues la oposición obtiene el 52% de los votos, logra que se le asignen a ésta menos diputados que a su partido. Y a renglón seguido le exige a la Asamblea que concluye su mandato le habilite para legislar por decreto; lo que cumplen disciplinadamente ésta, antes de que sus diputados abandonen las curules que pierden y decidiendo más allá del tiempo que les corresponde como mandato; sustrayéndole parte del tiempo constitucional que, por decisión popular, ya es propio del cuerpo parlamentario recién electo.

El torrente de las leyes socialistas pendientes (propiedad de la tierra, poder popular, contraloría social, comunas, telecomunicaciones, partidos, contenidos de la información, educación universitaria, transferencia de competencias desde las gobernaciones y alcaldías al poder popular emergente, etc.) lo sanciona Chávez, así, como una suerte de dictador constitucional, de espaldas abiertas a la Constitución.

José Miguel Insulza, Secretario General de la OEA, como cabe registrarlo, cohonesto todo lo ocurrido desde cuando asume sus funciones y desde que el “demo-autócrata” venezolano y sus pares usan y abusan de las formas del Derecho y de la misma democracia para acabar con la libertad de sus compatriotas y las garantías institucionales. Su actitud resbaladiza, sus muchos silencios al respecto, los cubre arguyendo el principio de la No intervención. Y olvida a conveniencia o por ignorancia que tal principio encuentra su génesis y teleología en la Doctrina Monroe, justamente para la protección de los ideales republicanos y del modelo de gobierno que se dan nuestras naciones a partir de la Independencia. Sin su defensa a pie juntillas —que para eso es creada en 1948— la misma OEA pierde su vocación y razón de ser.

Al admitir Insulza, *in extremis*, que la castración de la naciente Asamblea Nacional de Venezuela por su predecesora, transformando en supremo legislador al inquilino de Miraflores, viola el espíritu de la Carta Democrática Interamericana, presuroso se ocupa de aclarar que lo dice a título de mera opinión personal, pero nada más. No tiene en cuenta que la Carta mencionada, cuyo texto es algo más que simple “espíritu” e interpreta de modo auténtico las obligaciones democráticas que pesan sobre los Estados según el estatuto de la organización hemisférica citada y la Convención Americana de Derechos Humanos, dice bien en su artículo 20 que cualquier Estado miembro o el Secretario General pueden solicitar —sin requerir la autorización del país afectado— la convocatoria del Consejo Permanente para que aprecie y decida acerca de “una alteración grave del ordenamiento constitucional” que afecte gravemente al orden democrático.

VII. Los tiempos del fingimiento, para bien y para mal, ya son otros

El tiempo más reciente, ocurrido lo anterior, es apenas sacramental y justificador de lo injustificable a manos de los escribanos judiciales del gobierno, en un tiempo y una hora nona en la que se hace cierta —esta vez sí y como nunca antes— la frase atribuida a don José Gil Fortoul, eximio autor de la *Historia Constitucional de Venezuela* (1907): “La Constitución es un librito amarillo que cuesta un centavo, se reforma todos los años y se viola todos los días”.

Al inaugurarse el año judicial de 2011, por voz de uno de los magistrados supremos quien previamente destaca su lealtad hacia el Comandante Presidente, se afirma desde el Tribunal Supremo de Justicia que los jueces penales, civiles y administrativos han de perseguir y sancionar a los disidentes del socialismo revolucionario en curso de afirmación. Y el argumento no les llega en un tris. En el señalado vértice de la organización judicial se dice que otro tanto ocurre en el pasado, cuando son castigados —a la sazón

parte de los mismos coautores del despropósito revolucionario o “involucionario” actual y en curso— quienes atentan contra el Estado de Derecho y las instituciones democráticas liberales a partir de 1960.

Al nomás comenzar el 2012, en circunstancia igual, otro magistrado supremo, en nombre sus pares, aboga por el Estado total, apoyándose en las tesis del arquitecto jurídico del nazismo, Carl Schmitt.

Lo que es más grave y desdorado, seguidamente el Poder Moral y la Asamblea Nacional —en medio de la reyerta interna que ocurre dentro del Estado y el gobierno, provocada por la enfermedad sobrevenida del Primer Mandatario y la incógnita acerca de su eventual sucesión política— destituyen al Presidente de la Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia, el citado Coronel Eladio Aponte Aponte, cabeza y contralor de la justicia penal venezolana hasta entonces.

Este, desnudando con cinismo inenarrable el colapso moral que sufre la República hacia el mes de abril, confiesa —asumiendo que vivirá momentos aciagos y que acepta— haber usado a los jueces bajo su mando para perseguir a los adversarios del gobierno, condenar a inocentes mediante testigos forjados, y perdonar a narcotraficantes vinculados a las más altas esferas oficial y militar. Y revela, además, la colusión semanal y sostenida entre las titulares del Supremo Tribunal y del Ministerio Público con la Vicepresidencia de la República, para ordenar la justicia según el dictado presidencial y atender a las necesidades políticas de la revolución.

No sorprende, pues, en su larga agonía, durante el año de marras, último vital del Comandante Presidente Hugo Chávez Frías, primero Comandante y luego gobernante a cuyo efecto también modifica la ley para volver a endosar la casaca, que la sede del Poder Ejecutivo venezolano se traslade a La Habana y desde allí, de facto, se gobierne a Venezuela hasta la hora postrera. Chávez presuntamente —pues está y no está grave según los suyos— firmará en Cuba, decretos y nombrará ministros cuyos decretos de nombramiento luego aparecen otorgados por el mismo Chávez en el Palacio de Miraflores.

Desde la isla, justamente, atendándose a la voluntad testamentaria del hoy fallecido mandatario, expresada el 8 de diciembre, se organiza luego su sucesión; en proceso que comparten y del que hacen cómplices los aliados de éste en América Latina. A la mejor manera del Bolívar de Chuquisaca, Chávez designa como heredero a Nicolás Maduro Moros, ciudadano de origen colombiano, formado durante su juventud en la Escuela de Formación Política de La Habana y a quien la Cuba de los Castro conoce mucho antes que a su causante.

No tiene relevancia, en suma, que éste, Maduro, se haya sometido a un escrutinio electoral el pasado 14 de abril de 2013, en elecciones cuestionadas por la oposición democrática, por el Instituto de Altos Estudios Europeos, la Red Internacional de Universidades para la Paz, y hasta por el mismo Centro Carter. Poco importa, asimismo, que el acompañante internacional de la logia instalada en UNASUR afirme la pulcritud de unos comicios en las que el sucesor designado apenas logra separarse de su contendor, el joven gobernador del Estado de Miranda, Enrique Capriles, por un 1% de votos.

Lo que cabe tener presente es que la ilegitimidad del nuevo gobernante venezolano proviene de los dos últimos golpes que le asesta a la Constitución de 1999 el señalado Tribunal Supremo de Justicia.

Llegado el 10 de enero de 2013, el presidente Chávez —moribundo según unos, fallecido en La Habana a finales del año según otros— no acude al acto de su juramentación para el nuevo período constitucional. La Sala Constitucional, en sentencia del día anterior, se encarga de decir que éste no requiere de juramento y puede prestarlo cuando a su arbitrio lo decida. Y agrega que al gobierno cuyo mandato fenece ese día de un modo fatal, según la Constitución, no obstante y por encima de ésta lo beneficia el principio de la continuidad administrativa. El Vicepresidente, Maduro Moros, por ende, sigue siendo tal y en tal calidad puede ejercer como Encargado de la Presidencia de la República.

Atrás queda, en síntesis y por decisión de la manida Sala del Tribunal Supremo, la regla constitucional cuya interpretación meridiana indica que en la república los mandatos fenecen fatalmente y ante el vacío probable, mientras se resuelve, asume provisionalmente el titular de otro órgano de la soberanía popular, en el caso el Presidente de la Asamblea Nacional, hoy el teniente Diosdado Cabello.

El Supremo, por lo demás, cierra la alternativa constitucional que le obliga designar una junta médica competente para determinar —antes de concluido el período constitucional *in comento*— sobre la ausencia absoluta o no del presidente en ejercicio, o luego la del presidente re-electo. Los jueces, en suma y a rajatabla hacen valer el testamento político del moribundo soldado de la traición, quien tiene por albaceas a los hermanos Castro.

Así las cosas, bajo una ilegítima prórroga de su mandato como Vicepresidente, violatoria de los principios republicanos, Maduro, en calidad de encargado presidencial se presenta luego como candidato a las elecciones. Y he aquí que otra vez la magistratura judicial sirviente dicta otro fallo a pedido y de conveniencia, donde declara que el señor Maduro, siendo Presidente Encargado y no encargado de la Presidencia —en pocas palabras, como Presidente a medias que es— no cabe aplicarle la norma

constitucional del artículo 229 que le prohíbe, como Vicepresidente, ser candidato presidencial.

Maduro, en fin, por obra de esa otra sentencia de la indignidad, dictada el día 12 de marzo próximo pasado y que al efecto asume a nuestro texto constitucional como un vestido *prêt-à-porter*, es, desde entonces y no sólo ahora, cuestionada su elección, un gobernante ilegítimo.

En el libro que escribo sobre la *Historia inconstitucional de Venezuela* y presento ante Ustedes, apreciados colegas de la academia argentina, describo a cabalidad las “patadas históricas” o los típicos golpes constitucionales de Estado que, en número de 178, se suceden en mi patria entre 1999 y 2012, a los que cabe agregar ahora los dos últimos, de 2013, obra todos ellos del militantismo judicial que tanto asustaba, con razón sobrada, al maestro Kelsen.

El libro en cuestión, si se quiere, más que una historia por lo cercana, es el espejo de la Venezuela actual —lo dice el historiador venezolano Elías Pino Iturrieta— y de un soldado quien se alza con las armas que le confía la república y al no más fracasar es elegido Presidente. Pero quien prefiere hipotecar el mandato que recibe y decide transferirlo para su ejercicio a los hermanos Castro, Fidel y Raúl, para vergüenza del Castro nuestro, Cipriano, El Cabito, quien inaugura como Presidente nuestro siglo XX y también enferma muriendo fuera de su lar; pero cuya dignidad y la del pueblo venezolano le hacen protestar, con el apoyo activo de la Argentina y de su Canciller Luis María Drago, contra la planta insolente del extranjero.

Desde ahora y en este punto, a las generaciones que me siguen les corresponderá escribir otra historia, que no pierda la mirada sobre el horizonte y tenga presente el ejemplo de nuestros Padres Fundadores, los ilustrados, quienes imaginan la libertad vestidos de paisanos y se niegan a los laureles o caponas que se obtienen pagando el precio de la violencia, con el armamentismo de la historia.

Desarmar a nuestra historia y recrearla sobre los odres de la civilidad republicana es el urgente desafío que tenemos planteado los venezolanos y el resto de nuestro compatriotas en el Hemisferio.

VIII. El testimonio del Padre Jorge

Para finalizar, y aquí concluyo, debo decir que corresponde tener muy presente que el desafío democratizador hoy planteado en las Américas mal puede implicar una pérdida de memoria sobre lo que hemos vivido y hasta padecido como naciones.

Monseñor Jorge Mario Bergoglio, hoy su S.S. Francisco, a quien tributo mi palabra de respeto y de gratitud desde la distancia, desde ésta su ciudad natal, Buenos Aires, y a nombre de mi familia por el apoyo solidario que de él recibimos al apenas pisar este suelo generoso, dice bien en 2005 sobre la importancia de recuperar el rumbo: la utopía, y yo agregaría, la utopía democrática. Pero el Santo Padre, como Cardenal advierte —y hago mía sus palabras— que ello implica adherir “a la ética de la solidaridad, y generar una cultura del encuentro... Se nos exige, aún más en los tiempos difíciles, no favorecer a quienes pretenden capitalizar el resentimiento, el olvido de nuestra historia compartida, o se regodean en debilitar vínculos, manipular la memoria, comerciar con utopías de utilería”, en su enseñanza precisa y bienvenida. ◆

Verba volant, scripta manent

III

COMUNICACIONES EN SESIONES PRIVADAS

EL RELATIVISMO MORAL Y EL DERECHO DE FAMILIA

POR EDUARDO A. SAMBRIZZI (*)

1. Introducción. — 2. Con respecto al inicio de la vida. — 3. En cuanto a la familia y el matrimonio. — 4. La eliminación de ciertos deberes fundamentales en el matrimonio. — 5. El denominado divorcio express y el resurgimiento del repudio. — 6. La compensación económica en el divorcio. — 7. Uniones de hecho. — 8. La voluntad procreacional como fuente de filiación. — 9. La discriminación según la fuente de la filiación. — 10. El alquiler de vientres. — 11. La procreación post mortem. — 12. El decreto 1006/2012. — 13. Colofón.

1. Introducción

El relativismo moral en el que se encuentra inmersa buena parte de la sociedad y que ha sido reiteradamente denunciado por personalidades tales como Juan Pablo II, Benedicto XVI y ahora S.S. el Papa Francisco, no le es ajeno sino por el contrario, a las ciencias en general, y en particular, a la ciencia jurídica. Lo que lamentablemente palpamos muy de cerca en esa parte del Derecho Civil que hemos dado en llamar Derecho de Familia, cuyas últimas reformas y Proyectos tanto en buena parte del mundo como también en nuestro País, nos hacen pensar que las normas morales —que deben estar presentes en toda disposición legal— han sido en buena parte olvidadas o dejadas de lado.

Lo que ha sido así posiblemente porque se parte de la errónea premisa de que las leyes deben reflejar puntualmente lo que ocurre en la sociedad —con independencia de la moralidad de la conducta social—, en lugar de enseñar pautas de conducta virtuosas a las que los hombres deben ajustarse en sus relaciones de todo tipo. Es que las normas legales tienen un efecto docente, y deben marcar el camino que se estima como moralmente correcto.

(*) Comunicación del Académico, en la sesión privada del 11 de abril de 2013.

2. Con respecto al inicio de la vida

Creo innecesario recordar las numerosas disposiciones legales vigentes en nuestro país, según las cuales la vida humana comienza desde la concepción, sea que ésta se produzca dentro o fuera del seno materno, entre las cuales se cuentan distintas Convenciones internacionales incorporadas a la Constitución en el artículo 75 inciso 22.

Pero no obstante ello, en el Proyecto de Reformas de los Códigos Civil y de Comercio presentado en el año 2012, se proyectó una norma según la cual en el caso de técnicas de reproducción humana asistida, la existencia de la persona comienza con la implantación del embrión en la mujer, por lo que de ser el Proyecto aprobado, los embriones no implantados no serán personas, sino cosas, lo que resulta sin duda funcional a determinados intereses biotecnológicos. Con la disposición proyectada se contrarían sin fundamento válido no sólo la normativa actual, sino también las conclusiones arribadas por la generalidad de la ciencia médica a nivel mundial, que demuestran que el embrión en estado de célula es un nuevo individuo de la especie humana. Así lo ha entendido, por otra parte, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de Luxemburgo (Gran Sala) en la sentencia del 18 de octubre de 2011.

Resultan sin duda innegables los efectos deletéreos que una norma como la proyectada puede llegar a tener sobre la gran cantidad de embriones crioconservados que actualmente existen en nuestro país, así como los que en adelante se crioconserven, los que, con fundamento en dicha norma, van a poder ser comercializados libremente por los laboratorios, además de destruidos o utilizados para investigación o experimentación, violándose de tal manera la dignidad inviolable del hombre, de cada hombre, quien posee una naturaleza que el mismo debe respetar y que no puede manipular a su antojo.

3. En cuanto a la familia y el matrimonio

El modelo de familia que surge del Proyecto expresa una tendencia individualista alejado de valores que en nuestro país han sido considerados fundamentales, tales como la estabilidad de la unión, el compromiso, la convivencia, la fidelidad.

En el Proyecto se mantiene la posibilidad de poder celebrarse el matrimonio entre personas del mismo sexo, dejando de lado que es una Institución que desde que el mundo es mundo y hasta hace poco tiempo, sólo podía ser contraído entre un hombre y una mujer, que juntos podían procrear, dando así una natural continuidad a la raza humana. Para lograr la aprobación de la actual ley 26.618 (Adla, LXX-D, 3065), además de la realización política de ciertas maniobras *non sanctas*, en su momento se alegó ante un país

anestesiado e inmerso en pequeñas e intrascendentes cuestiones, que de no aprobarse el matrimonio entre personas de igual sexo se incurriría en discriminación, lo que es totalmente erróneo. Debo al respecto recordar lo expresado por el Juez preopinante de una de las Salas de la Cámara Civil al rechazar el recurso de apelación que interpuso quien fue Vicepresidenta del INADI contra la sentencia que le denegó la petición de poder casarse con otra mujer, en el sentido de que la discriminación que se alegó como fundamento de la demanda sólo se habría producido si se le hubiera impedido a la demandante contraer matrimonio en las condiciones requeridas por la ley, esto es, con una persona de distinto sexo, cosa que no ocurrió.

Pues bien, en el Proyecto se mantiene el matrimonio entre personas de igual sexo, posiblemente pensando en que de tal manera se logra un pluralismo antidiscriminatorio, sin tener en cuenta, aun cuando por hipótesis erróneamente se entendiera que prohibir esos matrimonios sería discriminar, que, en todo caso, la discriminación sólo es repudiable cuando es injusta. Y es injusta cuando se dan distintas soluciones a situaciones esencialmente iguales, lo que no ocurre en el caso, puesto que no es lo mismo la unión de varón y mujer, que tienen la posibilidad de procrear, que la de dos personas que no pueden hacerlo entre sí.

4. La eliminación de ciertos deberes fundamentales en el matrimonio

El relativismo moral al que aludí al comienzo se vuelve a advertir en el Proyecto de Reformas, no bien se pone el acento en la inexistencia del deber de convivencia entre los esposos —que se omitió enumerar entre los deberes que se ponen a cargo de los mismos—, como también por considerar al de fidelidad como un deber simplemente moral, cuya violación carece totalmente de consecuencias negativas para el esposo que es infiel a su cónyuge.

De ser dichas normas aprobadas, los lazos afectivos entre los esposos quedarán debilitados y desvalorizados, vaciándose la institución del matrimonio en desmedro tanto de los cónyuges como del interés superior de los hijos, así como también se habrá dejado de lado la tradición jurídica y cultural de nuestro país.

Bien puede afirmarse que ante la inexistencia de los deberes de fidelidad y de convivencia, no se entiende claramente la razón por la que se mantiene en el matrimonio la presunción de paternidad.

5. El denominado divorcio express y el resurgimiento del repudio

En el Proyecto de Reformas se permite a los cónyuges divorciarse por iniciativa de uno sólo de ellos, sin explicitar causa alguna, en cualquier

tiempo a partir de la celebración del matrimonio, inclusive el mismo día de casados, y en tiempo record. Es lo que se conoce como divorcio express, ya que el procedimiento establecido consiste en la presentación de un escrito en el que se peticiona el divorcio y al que debe incorporarse necesariamente una propuesta denominada *reguladora*, en la que se contemplan distintas cuestiones como la atribución de la vivienda y la distribución de los bienes. Si al contestar la acción el otro cónyuge no estuviera de acuerdo con la propuesta, puede presentar otra distinta, no obstante lo cual, el juez debe decretar de inmediato el divorcio.

Además, el Proyecto suprime las causales con fundamento en la culpa, por lo que el esposo adúltero o el que maltrata a su mujer sin llegar a la comisión de un delito penal puede reclamar que se decrete el divorcio por su sola voluntad y sin que ello le irroge una consecuencia negativa. Ya nada de lo que ocurra entre ellos importa, pues la conducta de los cónyuges carece de efectos que puedan perjudicarlos; no importa el compromiso oportunamente asumido —que se deja de lado con la alegación de que se acabó el amor—, no importa el daño que se causa a los hijos ni al otro cónyuge, no importa nada.

Se cree haber presentado un Proyecto progresista —particularmente en lo relativo a las normas sobre divorcio—, sin haber quizás advertido que de tal manera se vuelve a tiempos pretéritos, puesto que la posibilidad de divorciarse en muy pocos días y sin alegar causa alguna ni consecuencias disvaliosas para quien así procede, no constituye ni más ni menos que el repudio que se practicaba en la mayor parte del mundo antiguo, ya sea por el abandono de la mujer o por su expulsión del hogar, que por lo general era practicada por el marido en forma unilateral y por su sola voluntad. La diferencia con el Proyecto de Reformas es que en éste también la mujer puede repudiar a su esposo, aunque ello también le era permitido en el antiguo Egipto. Como se advierte, en el aspecto reseñado el Proyecto nos hace retroceder más de dos mil años, a una situación que ya había sido superada en gran parte debido a la prédica constante del Cristianismo.

6. La compensación económica en el divorcio

El haber dejado de lado los aspectos morales involucrados en todas estas cuestiones, ha llevado a que para el otorgamiento de la compensación económica que el Proyecto establece a favor del esposo a quien el divorcio produce un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación y que tiene por causa adecuada el vínculo matrimonial y su ruptura, no se haya tenido en cuenta en absoluto ciertos aspectos tales como quién fue el cónyuge que peticionó el divorcio, pues me parece que no se puede “premiar” con una compensación económica al esposo que

tuvo la iniciativa de divorciarse y, en consecuencia, quien voluntariamente se puso en la situación que luego alegó para reclamar una compensación; salvo que acredite que peticionó el divorcio en razón de haber incurrido el otro cónyuge en una conducta reprochable que no condice con la relación que deben mantener los esposos.

Tampoco se ha tenido en cuenta si quien reclama la compensación económica ha incurrido en una conducta gravemente dañosa hacia el otro cónyuge, como, en cambio, contempla el Código de Familia del Salvador para la privación del derecho a la compensación. En Alemania se establece como excepción a la obligación de prestar una compensación, el hecho de que de su otorgamiento resultara una grave falta de equidad respecto del cónyuge obligado a su prestación. Similares son las soluciones en los Códigos francés y chileno. Sería inmoral que, por ejemplo, quien cometió adulterio y maltrató a su cónyuge, tenga derecho a que se le otorgue una compensación en razón del desequilibrio económico que le causó el divorcio, que él mismo provocó y solicitó que se declarara.

7. Uniones de hecho

Ese especie de afán iconoclasta que resulta del Proyecto de Reformas, que en materia de Derecho de Familia socava o restringe instituciones fuertemente arraigadas en la sociedad, se advierte con la extensión a las uniones de hecho de las ventajas que la sociedad concede a los cónyuges, lo que constituye una estimulación que incita a su mantenimiento, además de atentar contra los intereses generales de la sociedad que está interesada en preservar la existencia de una familia estable e institucionalizada, para lo cual nada mejor que haber asumido el compromiso de contraer matrimonio para toda la vida, lo que redundará asimismo en el bien de los hijos, que tienen el derecho de nacer, crecer y educarse en una familia regularmente constituida.

Dentro de las diversas formas asociativas que pueden darse en la realidad social para formar pareja y relacionarse sexualmente, debe protegerse, promoverse y fortalecerse aquella que se construye a través del compromiso firme de establecer y fundar una familia por medio de una alianza matrimonial, no siendo igualmente valiosa cualquier forma de convivencia. En cambio, la regulación de las relaciones concubinarias mediante un estatuto orgánico y completo muy similar, en el caso, al que regula el matrimonio, presenta, como efecto inevitable, un desperfilamiento o desjerarquización de la institución matrimonial, pues la regulación de una constituye la desregulación de la otra. En efecto, si todo es matrimonio, éste pierde de alguna manera su relevancia. Y eso es lo que resulta de las normas proyectadas, según las cuales, al prácticamente asimilarse las que son denominadas uniones convivenciales al matrimonio, éste queda desperfilado.

8. La voluntad procreacional como fuente de filiación

Al haber sido aprobado en el año 2011 el matrimonio entre personas del mismo sexo, en el Proyecto de Reformas se ha querido dar una “solución” a quienes tienen una imposibilidad física de gestar hijos mediante la unión de los cuerpos. Para lo cual se ha proyectado lo que se ha pretendido que constituye una nueva fuente de filiación —*la voluntad procreacional*—, que no es en realidad otra cosa que una fuente ya existente, la filiación por naturaleza.

Por aplicación de la denominada *voluntad procreacional* se considera que padres del nacido son quienes hayan prestado su consentimiento previo e informado para gestar un hijo por uno de los varios procedimientos de procreación asistida, careciendo en el Proyecto de relevancia quién o quiénes son las personas que prestan ese consentimiento, por cuanto ninguna limitación se impone al respecto: puede tratarse de dos hermanos varones que alquilan un vientre ajeno, como también, por ejemplo, de una madre y su hija que gesta al niño, lo que hará que la madre sea a su vez tanto abuela como madre, mientras que quien lo gestó, a la vez de madre por haberlo gestado, sea también hermana del recién nacido, puesto que el mismo es hijo de su madre.

Como se advierte, la voluntad procreacional como atributivo de filiación, deja de lado la relación genética, que según la actual normativa constituye uno de los pilares en el que se fundamenta la paternidad, a lo cual se arribó luego de un arduo camino. La pretendida nueva fuente de filiación constituye un retroceso importante con respecto a la determinación de la paternidad y de la maternidad, con clara afectación del derecho a la identidad del nacido, lo que constituye una flagrante violación tanto de la Convención sobre los Derechos del Niño, que tiene jerarquía constitucional (conf. art. 75 inciso 22 CN), como de la ley 26.061 (Adla, LXV-E, 4635). De ser aprobado el Proyecto, no se tendrá la seguridad de que la identidad jurídica coincida con la biológica.

En materia de procreación asistida el Proyecto deja de lado una regla de oro de nuestra legislación, como lo es aquella según la cual madre del nacido es la mujer que lo gesta. Ello, además de tener otros lamentables efectos, como por ejemplo ocurre, entre otros supuestos, en el caso de dos personas casadas —varón y mujer— que tienen un hijo por procreación asistida en que la gestante sea la mujer y ambos los aportantes de los gametos; si por alguna circunstancia fortuita no prestaron previamente el consentimiento para ser padres, no serán los padres del nacido, no resultando suficiente el consentimiento posterior. Lo que es así porque a diferencia de lo normado en el Código Civil, tratándose de procreación asistida, en el Proyecto no

se presume la maternidad ni la paternidad respecto de las personas casadas que han tenido un hijo. Con lo cual quedan afectadas las nociones de filiación y parentesco, creándose graves confusiones que no favorecen en absoluto la previsibilidad y la seguridad que debe tratar de lograrse en esta materia.

9. La discriminación según la fuente de la filiación

Además, en el Proyecto se discrimina a los hijos nacidos por procreación asistida, ya que contrariamente a los nacidos por la unión natural del hombre y la mujer, a aquéllos les está prohibido impugnar la paternidad o la maternidad, impidiéndoles de tal manera acceder a la filiación genética, de no coincidir la misma con la filiación legal.

Se vuelve de tal manera a épocas pretéritas y que se creían ya superadas, como cuando de acuerdo al Código de Vélez, los hijos adulterinos, incestuosos y sacrílegos no podían acceder a la paternidad o maternidad biológica, creándose de tal manera en el Proyecto dos categorías de hijos, los que pueden impugnar la paternidad o la maternidad, y los que no pueden hacerlo, con lo que se contraría el derecho a la igualdad consagrado no sólo en la Constitución Nacional, sino también, entre otros varios Convenios internacionales, en la Convención sobre los Derechos del niño.

10. El alquiler de vientres

El relativismo moral también se patentiza en la admisión en el Proyecto de un acto inmoral por donde se lo mire, consistente en la eufemísticamente llamada *gestación por sustitución*, que no es otra cosa que el alquiler de vientres, mediante el cual se cosifica y se explota a la mujer que carece de recursos mediante la celebración de un convenio para que geste un hijo para otra u otras personas. Por lo que la persona humana, que, indiscutiblemente se halla fuera del comercio, se convierte en el objeto de un acto jurídico. Ello llevó a que cuando en su momento se conoció la nueva modalidad del alquiler de un vientre ajeno para procrear, la totalidad de la doctrina especializada de nuestro país lo cuestionó por considerarlo inmoral y contrario a las buenas costumbres y a la dignidad del ser humano, lo que hizo que el acto fuera considerado como nulo, de nulidad absoluta.

No obstante, en el Proyecto de Reformas se deja de lado ese unánime cuestionamiento de inmoralidad, se ignora la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, y se regula el alquiler de vientres, lo que se hace por medio de disposiciones cuyas graves fallas resultan inocultables, ya que, por ejemplo, no se contempla en absoluto los efectos que tendría el incumplimiento de los requisitos que se exigen

para que el juez autorice la procreación en un vientre ajeno, cuando ese incumplimiento es advertido con posterioridad a la autorización judicial y al nacimiento. Ello sin perjuicio de poner de relieve la inocencia que resulta del hecho de establecer como requisito para que el juez autorice el alquiler de vientres, que la gestante no debe recibir retribución, cuando sabido es que la gestación para otro se hace por dinero, aquí y en los lugares donde ello es permitido. Y hasta en donde no lo es.

11. La procreación *post mortem*

También es moralmente cuestionable la procreación *post mortem*, que el Proyecto de Reformas admite, lo que lleva a que el niño nazca sin padre, llegándose de tal forma a lo que se conoce como *huérfanos por encargo*, en que se coloca al hijo en forma voluntaria en un hogar disgregado. Sabido es que las normas jurídicas tienen un trasfondo moral del que no es dable prescindir, lo que nos lleva a efectuar una necesaria evaluación ética con respecto a los procedimientos de fecundación *post mortem*, que implica un ejercicio desorbitado del derecho de procrear.

La libertad —en el caso, de procrear por un solo padre— tiene un claro límite, que se halla donde se invade el derecho de los otros, en este caso, el de los hijos a nacer en una familia constituida por el padre y la madre, no pudiéndose dejar de lado las necesidades afectivas del niño, al que en la fecundación *post mortem* se lo priva premeditadamente de la vivencia del vínculo paterno, que constituye uno de los elementos estructurantes de la personalidad. No puedo aquí dejar de recordar la Recomendación contenida en el punto 13 del Informe del Parlamento Europeo del año 1990 sobre fecundación artificial, donde se afirmó que es “... inaceptable la fecundación artificial en favor de parejas homosexuales o de mujeres solas, aun cuando la fecundación se realice con semen del marido difunto; no se deben producir huérfanos artificiales a través de la fecundación artificial”.

12. El decreto 1006/2012

Dejando por un rato de lado el Proyecto de Reformas y en tren de poner el acento en la inmoralidad de ciertas normas que conforman el Derecho de Familia, no puedo silenciar el contenido del Decreto de Necesidad y Urgencia 1006, del 2 de julio de 2012 (La Ley Online), cuya finalidad consiste en permitir que la mujer casada con otra que es madre de un hijo menor de edad nacido con anterioridad a la sanción de la ley que permitió el casamiento de dos personas del mismo sexo y que no haya sido reconocido por su padre, pueda —de común acuerdo con la madre— inscribirlo en el Registro Civil también como hijo propio, pasando de tal manera ambas mujeres a ser madres del menor.

Con lo que contradice no sólo la norma del Código Civil que establece que la filiación sólo puede derivar de la naturaleza o de la adopción, así como la que dispone que madre de una persona es la que lo gesta, sino también la que impide que dos personas del mismo sexo ostenten al mismo tiempo igual vínculo con respecto a un hijo, lo que asimismo prohíbe la ley de Registro Civil.

Fácil resulta advertir el problema que se produciría —sin solución en el Decreto—, si el padre del niño lo reconoce, o si este último inicia una acción de reclamación de la filiación extramatrimonial contra su padre, supuestos que de prosperar, el niño pasaría a tener tres progenitores, lo que no se halla permitido por el Código Civil ni por el Proyecto de Reformas.

Evidentemente el Decreto no ha tenido en cuenta en absoluto el interés superior del niño, al que se le endilga una especie de madre postiza que ninguna relación de ningún tipo tiene con el menor.

13. Colofón

Son varios, pues, los aspectos que me mueven a hablar de relativismo moral: el considerar como cosas a los embriones obtenidos por procreación asistida no implantados en la mujer; el modelo individualista de familia alejado de valores fundamentales ínsitos en nuestra tradición cultural; el mantenimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo; la eliminación de los deberes de fidelidad y de convivencia en el matrimonio; el llamado divorcio *express* y el resurgimiento del repudio en el matrimonio; la compensación económica en el divorcio sin atender a razones de equidad; la aplicación a las uniones de hecho de normas semejantes al matrimonio, desjerarquizando de tal manera a este último; la llamada voluntad procreacional como fuente de filiación y la consiguiente discriminación de los hijos nacidos por procreación asistida; el alquiler de vientres; la procreación *post mortem*; el Decreto 1006 que permite designar a una segunda madre que ninguna relación tiene con el niño.

Todo ello carece de una base moral, en que, como sostuve al comienzo, deben fundamentarse las normas jurídicas, habiéndose en el caso omitido remitir a la naturaleza y a la razón —en su mutua relación— como fuentes del Derecho. Las disposiciones proyectadas lo fueron por un puñado de personas cuyo pensamiento se encuentra muy alejado del de la mayoría del pueblo argentino. La Subcomisión que redactó las disposiciones del Proyecto en materia de Derecho de Familia no estuvo integrada por distintas corrientes de pensamiento, como en cambio debió haber sido, sino que en ella sólo existió un pensamiento único. En otras palabras, en la materia en cuestión se dejó de lado el pluralismo, debiendo además poner el acento

en que previamente a la presentación del Proyecto debió haberse consultado a especialistas en el tema de familia, no habiéndose querido efectuar modificación alguna a las normas proyectadas, a pesar de las relevantes y múltiples críticas que fueron efectuadas por la mayor parte de la doctrina. Resulta inadmisibles pretender modificar radicalmente las normas vigentes, en contra de la cultura jurídica del pueblo argentino y de sus tradiciones.

Tampoco ayudó la Comisión Bicameral del Congreso de la Nación, que sólo permitió exponer a los especialistas que concurrieron a dar su opinión sobre la Reforma, un exiguo plazo máximo de diez minutos, y los pocos legisladores que se encontraban presentes para oír las exposiciones, hasta donde me consta, en momento alguno pidieron alguna explicación o hicieron alguna pregunta sobre los diversos cuestionamientos efectuados al Proyecto por los distintos expositores.

No obstante, parecería que algo está cambiando, habiendo informado diversos medios periodísticos que varias de las reformas proyectadas posiblemente no vayan a ser aprobadas. Esperemos que los legisladores asuman en plenitud sus responsabilidades y sean fieles a la herencia y a las tradiciones patrias, y que tengan en cuenta lo expresado por Benedicto XVI en su Discurso ante el *Bundestag* alemán en el mes de septiembre de 2011, cuando afirmó que “para gran parte de la materia que se ha de regular jurídicamente, el criterio de la mayoría puede ser un criterio suficiente. Pero es evidente que en las cuestiones fundamentales del derecho, en las cuales está en juego la dignidad del hombre y de la humanidad, el principio de la mayoría no basta: en el proceso de formación del derecho, una persona responsable debe buscar los criterios de su orientación”. Y no me cabe duda alguna que en una buena parte de las cuestiones a las que me he referido, se halla en juego, cuanto menos, la dignidad del hombre. ◆

RIESGO CONTRACTUAL Y PRESUPOSICIÓN DEL ACTO JURÍDICO

POR MARIANO GAGLIARDO (*)

Señores Académicos

La importancia y extensión de los títulos de esta comunicación, una vez redactadas las ideas del sumario, me alertaron sobre la gravitación que las mismos tienen en las presentes reflexiones. Y, sobre la base de esta advertencia, tomé conciencia que bien podría ser un proyecto de formulación de una tesis doctoral o en su caso, un análisis jurídico mucho mayor que el aquí propuesto.

Con estas aclaraciones y por razones de tiempo nos dedicaremos a un limitado panorama de la cuestión.

Muchos problemas se encuentran implicados en el siguiente esquema; “el concepto de riesgo en la compraventa aparece cuando entre el momento de la perfección del contrato y su ejecución, la cosa vendida perece o se menoscaba sin culpa del obligado. Si se lo atribuye al comprador, éste se quedará sin la cosa y estará obligado a pagar el precio. Si se lo asigna al vendedor, perderá la cosa y no podrá exigir el abono del precio”.

El Derecho romano formuló el principio *periculum est emptoris*, es decir, imputó en circunstancias normales el riesgo al comprador cuando la prestación resultaba imposible objetivamente una vez perfeccionada la venta, lo que suponía que su obligación de pagar el precio se perpetuaba en beneficio del vendedor.

Debemos acostumbrarnos a pensar que el genuino criterio fue el romano o del *periculum emptoris*; un *tertium genus*, es el del derecho francés: *res perit domino*, es decir, el simple consentimiento hace dueño al comprador apenas hay convenio sobre cosa y precio, por lo que el

(*) Comunicación del Académico, en la sesión privada del 25 de abril de 2013.

riesgo pasa al comprador no por su calidad de tal —como acreedor de la cosa vendida—, sino pues el consentimiento lo transforma en propietario de la misma.

En suma; no parece conveniente pensar en un sistema autónomo de imputar el riesgo, sino mera consecuencia, también, de la inelegancia jurídica atribuida al sistema romano. Parece lógico, se ha dicho siempre, que las cosas perezcan para su titular dominial.

El riesgo en la compraventa, o se imputa al comprador (*periculum est emptoris*) o al vendedor (*periculum est venditoris*). Distintos principios rigen uno u otro y las legislaciones o se han adherido al primer o al segundo régimen. Uno y otro no son absolutos, impuestos de manera inflexible. Tienen muchas excepciones y cada cual, en alguna medida, presenta su lado justo e injusto. Sólo el casuismo y un análisis de todas sus perspectivas pueden ofrecernos una visión exacta del riesgo en la compraventa.

Se ha señalado con rigor que el tema del riesgo tiene en materia de compraventa aspectos sumamente interesantes en sede práctica. Incluso, desde un enfoque técnico, no se duda en afirmar que las doctrinas generales del riesgo en las obligaciones traen su origen en las elucubraciones de los jurisconsultos romanos sobre el *periculum rei vinditae*.

Más allá de lo que pueda haber de cierto en estas afirmaciones, es notorio que lo relativo al riesgo en el contrato de compraventa tiene a lo largo del tiempo fama de oscura en su genuina formulación tradicional.

Es del caso señalar alguna luz sobre el tema y describir una trayectoria coherente, deshacer lugares comunes repetidos de manera constante por los autores y dar un panorama general e integral de las cuestiones implicadas en el *periculum emptionis*. De manera general, no cabe duda que la esencia del riesgo en la compraventa se reduce a un esquema muy sencillo.

Sobre el particular Garrigues (RDM N° 101, p. 19) lo compendia adecuadamente en breves líneas: "el concepto de riesgo en la compraventa aparece cuando entre el momento de la perfección del contrato y su ejecución, la cosa vendida perezca o se deteriora por caso fortuito. Se pregunta uno entonces quién debe sufrir las consecuencias de esa pérdida o de ese deterioro fortuito. Si es el vendedor tendrá que entregar otra cosa que sustituya a la que sufrió pérdida o deterioro. Si el riesgo lo soporta el comprador tendrá que pagar el precio quien recibe la cosa.

Mas cuando se habla de riesgo en la venta se piensa únicamente en el comprador. Aunque parezca paradójico, es el riesgo del precio, esto es, la

necesidad de pagar el precio, aunque no se reciba la cosa. Las prescripciones dadas sobre el riesgo, puntualizan el momento a partir del cual la pérdida o deterioro fortuito de la cosa no liberan al comprador de la obligación de pagar el precio. A partir de ese momento, concluye Garrigues, se dice que el riesgo se ha transferido al comprador.

Por lo demás, creemos que la disciplina en el riesgo de la compraventa es un centro de gravedad de primer orden. Así, tiene la virtud de atraer hacia sí supuestas cuestiones que es importante abordar si se pretende llevar la investigación a buen puerto. Téngase en cuenta, las ideas que salen al paso: concepto de obligación, sinalagma y riesgo, doctrina de la perfección contractual, puesta a disposición y entrega, imposibilidad de cumplir la prestación, etc. Estas y otras tantas nociones jurídicas que surgen profusamente como incidentes en variada cuantía. No pueden eludirse en sus líneas esenciales. En ellas está implicada fatalmente la doctrina del riesgo contractual.

El primer interrogante es ¿qué se entiende por “riesgo contractual”?

Vía exclusión a la precedente formulación, cabe señalar que se dejan al margen cuatro hipótesis de contingencias:

1) Aquellos pactos que los contratantes, en el ejercicio de la autonomía contractual, pueden acordar para distribuirse el riesgo (por casos: la condición, cláusulas de garantía, etc.); 2) Ciertas instituciones previstas por el orden jurídico contemporáneas o anteriores a la celebración del acto jurídico en cuestión (en tales supuestos: inexistencia de causa, error, imposibilidad o ilicitud del objeto, etc.); 3) Defectos estructurales que inciden en el contrato por depender del comportamiento de los contratantes o que resultan eventos estructurales (por casos: incumplimiento inculpable, denuncia contractual, mutuo disenso, etc.) y; 4) Este último plano, está constituido por las diversas formas de reacción del sistema jurídico ante la frustración de la operación económica, cuando hubiere sido considerada jurídicamente relevante. Es aquí, donde a propósito del riesgo contractual, concluimos que fuere el acto jurídico suscitase la frustración de la operación económica, a raíz de ser considerados por el orden jurídico a través de varias instituciones: invalidez; ineficacia rescisión; resolución, etc. Como fuere, será el sistema jurídico el que fije las condiciones en las que se reconoce o no, los efectos de la operación económica puesta en ejecución o regulada por el instrumento contractual.

Pues bien: pautas y criterios de distribución del riesgo contractual, se encuentran no sólo en la ley, sino también en todas las demás fuentes de integración del contrato. En este último sentido, los contratantes pueden haber previsto, con mayor o menor detalle, los alcances de la frustración de

sus expectativas o, incluso, haber excluido la aplicación de determinados criterios legales de distribución del riesgo. Una hipótesis, por caso, salvo dolo que puede reglamentarse es la garantía de evicción.

Con este breve inventario de alternativas posibles de acontecer en un contrato, se llega a una primera conclusión en estas reflexiones: como punto de partida en una visión lo más certera posible de la distribución de los riesgos, debe proceder a la cabal comprensión del contenido del contrato y ello, sólo puede efectuarse mediante la interpretación, calificación e integración del referido acuerdo.

En segundo término, la expresión “riesgo contractual” en formulación estricta, se la considera como equivalente a la de “riesgo contractual” en sentido propio, limitando su ámbito, por un lado, a la sobreveniencia de eventos extraños a la voluntad de los contratantes y a sus efectos sobre la relación obligatoria contractual. Y, desde otro aspecto, vinculado al tema a la liquidación de la operación económica frustrada cuando tal circunstancia, se la considere relevante. Ello, en ambos casos, prescindiendo de las posibles previsiones establecidas por las partes en el particular contrato. No está demás señalar que en esta hipótesis, el poder dispositivo de las partes se asimila a la potestad normativa.

En tercer término, el “riesgo contractual” configura el peligro de una evolución tal de la situación que, o bien haga imposible la ejecución de la prestación o de una de las prestaciones objeto de una obligación contractual, o bien haga excesivamente onerosa la ejecución del contrato.

Se trata, por consiguiente, del riesgo de pérdida o destrucción de la cosa objeto de una prestación o la irrealizabilidad de la actividad así como del aumento de la gravosidad de la propia prestación pendiente de cumplimiento o de la disminución del valor de la contraprestación que se tiene derecho a recibir, cuando la propia prestación mantiene su entidad.

Antes de continuar, es importante retener que sólo aquellos eventos o acontecimientos que tienen lugar después de la conclusión del contrato, durante el proceso de ejecución y, además, afectan cosas o servicios objeto de prestaciones pendientes de ejecución, resultan susceptibles de “riesgo contractual”.

De manera que lo que suceda antes de la perfección del contrato no es un tema de “riesgo contractual” y quedan fuera de tal coyuntura: por caso, imposibilidad de la prestación; o es un aspecto irrelevante (lesión).

Así, lo que pueda acontecer luego de cumplida la obligación y ejecutada la prestación que era su objeto, tampoco es una cuestión de “riesgo contrac-

tual”, pues la destrucción o pérdida de la cosa ya recibida o la disminución de su valor, no afecta al proceso de cumplimiento de un contrato. El sujeto que padece estos “eventos”, no lo hace en calidad de contratante-acreedor, sino como propietario o poseedor. Por lo demás, no corresponde hablar de imposibilidad o pérdida de valor de una prestación, pues ya fue ejecutada y quedó extinguida la pertinente obligación.

Como cuarta afirmación, cabe sostener que el “riesgo contractual” sólo tiene importancia ante la pérdida o destrucción de cosas que todavía son debidas. Por caso: no interesa al “riesgo contractual”, la pérdida de cosas cuya entrega es recaudo del contrato mismo, de su perfección; es la hipótesis del contrato real pues la pérdida de la cosa debida no llegó a perfeccionarse por ausencia —como se señaló— de entrega.

Mientras que si el contrato es sinalagmático, la destrucción o pérdida del valor de una cosa ya prestada no afecta al sinalagma funcional. Por lo cual, quien recibe una prestación ha de cumplir su correlativa obligación, aunque se destruya o deteriore la que recibió —excepto que la otra parte fuere culpable y deba responder por ello—, y si ya la había cumplido, no tiene derecho.

3) Las cosas que no son objeto de una prestación, por no existir contrato, pues la prestación ya fue ejecutada, se destruyen o se pierden, aumentan o disminuyen de valor para su dueño, sin que incida el “riesgo contractual”.

4) Existe un riesgo extracontractual, precontractual o *post* contractual: el primero, consistiría en el peligro de que iniciados tratos preliminares no se llegue a concluir el contrato; el segundo, lo constituiría el peligro de pérdida o de oscilación del valor de las prestaciones ya ejecutadas, siendo que el resultado económico derivado de la actuación de la relación contractual. En ambos supuestos, el riesgo no es contractual pues porque no existe contrato o bien la prestación afectada ya se ejecutó.

5) El contrato garantiza la satisfacción de la variedad de intereses comprometidos, diversos de la obtención de la prestación pactada a cargo de la otra parte. Una vez cumplidas las recíprocas prestaciones, carece de relevancia lo que luego suceda, salvo que se hubieren acordado cláusulas de garantía (evicción) o cálculo de beneficios o rendimientos.

Téngase en cuenta que aun en el caso de una obligación de resultado: transporte a Bariloche, no se compromete a la diversión nocturna.

6) El orden jurídico impone a cada contratante deudor el cumplimiento exacto e íntegro de su obligación, comprometida, sin que quede obligado

a garantizar la utilidad ulterior que el acreedor esperase obtener como resultado de la operación concertada.

7) Corolario de lo antes dicho, es que no son irrelevantes los criterios de distribución del riesgo contractual para el sistema económico o algún sector del mismo. Es que cada sistema de distribución del riesgo contractual es manifestación o resultado de decisiones de política económica o técnica legislativa, donde prevalecen determinados intereses.

A lo largo de estas ideas, se aludió a la expresión latina: *periculum*, traducida como riesgo, la que alude a destrucción, desaparición o pérdida que experimenta un patrimonio cuya reparación es jurídicamente exigible.

Gino Gorla, sin mayor esfuerzo, señala que la expresión *periculum* se utiliza en los textos romanos, prescindiendo del tipo de causa que lo determina: causa dolosa, culposa o fortuita. A estos fines, interesa el *periculum* como sinónimo de riesgo contractual y en una figura determinada, específica: la compraventa.

Y hablar de *periculum* o riesgo en la compraventa es aludir al perecimiento, deterioro o pérdida de la cosa comprada.

Es, pues, *periculum* en la compraventa un perecimiento o deterioro de una mercancía comprada y aún no entregada debido a eventos fortuitos. Sin embargo, el *periculum* no agota allí su configuración. Pues se trata de un hecho sobre un vínculo contractual pues alguien debe responder de la pérdida o menoscabo.

Referirse a *periculum obligationis* es atribuir a una de las partes —deudor o acreedor— el acontecimiento fortuito.

Y para concluir, viene el caso precisar el alcance de la “presuposición” del acto jurídico en el marco del “riesgo contractual”.

La teoría de la presuposición fue desarrollada por Bernard Windscheid, allá por el año 1925: su formulación —relacionada con el *pacta sunt servanda*—, sostenía que quien manifestara un querer bajo una presuposición querría, al igual que quien emite una declaración de voluntad condicionada, que el efecto querido llegase a existir y producirse sólo si se diese un cierto estado de relaciones o de circunstancias. Pero como el declarante, por hipótesis, no había llegado a hacer depender la producción del efecto de ese estado de cosas, la consecuencia de ello sería que el efecto jurídico subsistiera y perduraría, no obstante haber venido a menos la presuposición.

Ante esta situación Windscheid continuaba su razonamiento afirmando que en estos casos ello no correspondía al verdadero y propio querer del autor de la declaración de voluntad y, por tanto, la subsistencia del efecto jurídico, si bien formalmente justificada, no tendría sustancialmente razón que la justificase. Corolario de ello, aquel que resulte perjudicado por la declaración de voluntad, podría defenderse con una excepción contra la reclamación que la otra parte le dirigiese en base a la declaración de voluntad, o bien dirigirse el declarante contra aquel a cuyo favor se hubiese producido el efecto jurídico, mediante una acción dirigida a hacerlo cesar.

Por ello, la teoría de la presuposición puede ser considerada, desde otra perspectiva, como un instrumento con los que cierta doctrina ha tratado de fundamentar la solución a los problemas que se plantean cuando perfecto el contrato, sobrevienen eventos que determinan alteraciones tales que dejan insatisfechos los intereses o que frustran las expectativas de uno de ambos contratantes.

No es pues de extrañar que sea el siglo pasado —etapa de la post-guerra— cuando proliferaran las construcciones doctrinales dirigidas a legitimar excepciones no previstas legalmente a la regla, sí sancionada expresamente, de que los pactos han de ser observados. En plena guerra mundial, el legislador italiano reconocía la “excesiva onerosidad” como causal de resolución o revisión de los contratos de ejecución no instantánea.

Desde esta perspectiva histórica, fue Windscheid quien con su teoría de la presuposición, se adelantó en Alemania luego de la gran guerra a replantear las bases del negocio jurídico y reconsiderar las pautas del “riesgo contractual”.

Es que, además de lo que las partes ponen en el contrato, está aquello que ellas presuponen, que forma parte del contenido negocial aun en ausencia de una declaración formal al respecto.

La grave alteración de esas circunstancias, motivada por hechos extraordinarios, debe provocar una lógica reacción del ordenamiento jurídico, en aras de soslayar la iniquidad que conlleva el cumplimiento literal de lo acordado. ◆

LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

POR GREGORIO BADENI (*)

I

El reconocimiento legal de la libertad natural de expresión configura una de las conquistas más importantes concretadas por el ser humano en el curso de su permanente brega por la libertad, la dignidad y el progreso, tanto individual como social. Con mayor razón en un sistema político democrático constitucional que presupone la coexistencia de una amplia pluralidad de conceptos, juicios e ideas que se manifiestan en la convivencia social. Bien se ha dicho que “En la lucha eterna del hombre a través de los siglos para la conquista o la reconquista de la libertad, la pluma y luego la imprenta ocupan un lugar sin duda tanto o más importante que la espada. Cientos de imprentas clausuradas o destruidas marcan otros tantos jalones en la incesante lucha del hombre por salir de las tinieblas de la ignorancia y la esclavitud bajo regímenes autocráticos que temen más a la imprenta que a la más mortífera de las armas”. (1)

La expresión del pensamiento a través de la palabra oral o escrita, mediante imágenes, símbolos o actitudes, refleja un anhelo intenso de participación social que enriquece al individuo y al grupo social. Pero, si por obra de la coacción gestada por la perversión del poder se restringe o prohíbe el ejercicio de la libertad de expresión, no solamente se coarta el desenvolvimiento individual sino que, y ello es más grave, se entorpece el progreso de la sociedad al privarla de la posibilidad de conocer, aceptar o rechazar la obra creativa de sus integrantes.

(*) Comunicación del Académico Presidente, en la sesión privada del 9 de mayo de 2013.

(1) LINARES QUINTANA, Segundo V., “Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional”, T. IV, p. 408, Ed. Plus Ultra, Buenos Aires 1977/88.

El ejercicio de la libertad de expresión a través de los medios técnicos de comunicación social masiva iniciado a fines del siglo XVIII fue objeto de una evolución inteligente e intensa similar a la experimentada en la base tecnológica sobre la cual se desarrollan las más diversas actividades humanas. Los medios gráficos, el cinematógrafo, la radio, la televisión, la internet, la integración vertical y horizontal de los medios de comunicación, la convergencia forjada por la innovación tecnológica, la capacidad de generar sinergías para optimizar los costos, la cantidad y calidad de los servicios de comunicación en beneficio de la sociedad, son realidades que se presentan en un marco esencialmente dinámico y que nos permiten afirmar que nos hallamos inmersos en una nueva etapa de la historia de la humanidad: la edad de la comunicación social.

Ese proceso de comunicación no admite fronteras, no está supeditado al poder de los Estados ni de los grupos de poder o de presión, rechaza las ideologías esquemáticas y los preconceptos forjados por una visión estática de la vida social. Es una etapa que, en su proyección política, económica y social, coincide con la tendencia hacia la consolidación de una sociedad internacional y del surgimiento de una comunidad internacional, en un proceso creciente de desregulación de los medios técnicos de comunicación social masiva que excluye toda intromisión gubernamental destinada a delimitar los contenidos de la libertad de expresión.

La relevante importancia adquirida por los medios técnicos de comunicación social masiva en modo alguno significa que la libertad de expresión esté desprovista de tutela cuando se concreta por otras vías como son las actitudes. En este aspecto cabe recordar la protección brindada por la Suprema Corte de los Estados Unidos al ejercicio de la libertad de expresión en un tema socialmente tan sensible como es el debido respeto por los símbolos nacionales. (2)

El intenso, y a veces descontrolado, desarrollo tecnológico de los medios técnicos de comunicación social, y por añadidura de la libertad de expresión, se opera dentro del cauce generoso previsto en nuestra Constitución cuando implanta la democracia constitucional, y otro tanto en las normas de los tratados internacionales sobre derechos humanos. A ellas

(2) "Texas v. Johnson" (491 U.S. 397 de 1989); "United States vs. Eichman" (496 U.S. 310 de 1990). En este último caso el juez William J. Brennan sostuvo que la ley cuestionada pretendía reprimir la expresión de la crítica y que si bien "estamos conscientes que la profanación de la bandera ofende profundamente a muchas personas... castigar la profanación de la bandera diluye esa misma libertad que hace este emblema tan venerado y tan digno de admiración".

cabe añadir algún pronunciamiento judicial emblemático (3) y la sanción de leyes como las 26.032 y 26.388 que, a la zaga de los hechos, reconocieron una realidad que el legislador no puede ni tiene medios eficaces para desarticular. (4)

En cierto modo esa realidad, debido a su dinamismo e intensidad, nos impone un desafío cotidiano cual es el de tolerar y respetar el uso y abuso de la libertad de expresión con la convicción de que este último, en un lapso inmediato o mediato medido con los parámetros de la historia de la humanidad, jamás podrá ser desterrado por obra de las leyes sino de la educación para vivir en libertad y la condena espontánea de la sociedad.

En modo alguno propiciamos otorgar carácter absoluto a la libertad de expresión. En nuestro marco constitucional es una libertad que, conforme al art. 14 de la Ley Fundamental, debe ser ejercida de acuerdo con la legislación reglamentaria y respetando los límites resultantes de su art. 19, pero esa reglamentación no se puede traducir en una restricción que importe la desnaturalización del derecho (art. 28 C.N.) o la aplicación de límites específicos para la libertad de expresión o la empresa periodística (art. 32 C.N.). Solución que implementaron nuestros constituyentes 109 años antes de ser suscripta la Convención Americana sobre Derechos Humanos con las previsiones expuestas en su art. 13.

Sin embargo, con recurrente frecuencia los gobernantes en los sistemas políticos que se desvían hacia el autoritarismo acuden a los más variados procedimientos para restringir la libertad de expresión en general, y la actividad periodística en particular, cuando su manifestación colisiona con los valores o intereses de los detentadores del poder.

En la reunión celebrada entre el 8 y 12 de marzo del corriente año por la Sociedad Interamericana de Prensa en Puebla, México, Enrique Krauze describió las modalidades de esta patología autoritaria en los países latinoamericanos, particularmente en aquellos donde la democracia constitucional fue, o tiende a ser sustituida por la democracia populista. En los sistemas políticos vigentes en tales países, entre los cuales incluyó a Vene-

(3) Caso "Reno" resuelto por la Suprema Corte de los Estados Unidos el 26 de junio de 1997 (521 U.S. 844) y los resueltos por nuestra Corte Suprema de Justicia: "Mallo" (Fallos: C.S. 295:216), "Colombres" (Fallos: C.S. 295:216) y "Servini de Cubría" (Fallos: C.S. 315:1943) entre otros.

(4) Sin embargo, se empecina en hacer lo contrario como cuando fue sancionada la ley N° 26.522 que, además de vulnerar la esencia de la libertad de expresión, regula los medios audiovisuales de comunicación con un criterio autocrático o, en el mejor de los casos, decimonónico.

zuela, Bolivia, Nicaragua, Ecuador y Argentina, el acceso al poder se concreta conforme a los principios de las democracias constitucionales, pero su ejercicio se distancia sensiblemente de los valores que las tipifican, así como también del Estado de Derecho. Mediante la acción desplegada por líderes carismáticos y el sustento brindado por ciertos intelectuales y la burguesía cultural, se opera una metamorfosis de la libertad por el rechazo del diálogo, del pluralismo y la difusión de la intolerancia que se traduce en firmes embates contra la prensa libre y los periodistas que no comulgan con el régimen.

Estos embates contra la prensa se exteriorizan en el marco de una acción que pretende desarticular las instituciones democráticas con la complicidad de jueces obsecuentes o militantes en su labor interpretativa de las leyes. Entre tales instituciones se encuentra la prensa cuyo monopolio aspira a concretar el gobierno. Especialmente la prensa radial y televisiva por tener mayor gravitación social que la prensa gráfica. Asimismo, y para concretar ese monopolio, se procura transferir la dirección de esos medios de prensa a grupos de empresarios afines al gobierno o a individuos timoratos proclives a implantar la censura sugerida por el gobierno. Para Krauze, la mediocridad intelectual y de valores que nutre a los déspotas del siglo XXI es el factor que desencadena su miedo a la libertad cuando fracasan en sus maniobras de cooptación. El individuo mediocre con poder extraordinario es el principal adversario del pluralismo y la libertad que representa. Teme y odia a la libertad porque sabe que su expansión puede destruir su poder y sus privilegios.

En el marco de este panorama prosigue el debate sobre las bondades y defectos que presentaría el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación aunque, en general, limitado a su proyección jurídica y sin ponderar las consecuencias políticas y sociales que puedan traer aparejadas algunas de sus cláusulas. Entre ellas, las que incorporan ciertas restricciones a la libertad de expresión y aquellas que mantienen las ya vigentes.

II

El art. 53 del Proyecto incluye entre los derechos personalísimos reglamentados por el Código el derecho a la propia imagen. Establece que para captar o reproducir la imagen o la voz de una persona se requiere su consentimiento. Ese consentimiento no es necesario cuando el sujeto activo participa en actos públicos; o existe un interés científico, cultural o educacional prioritario; o cuando la captación o reproducción se traduce en el ejercicio regular de un derecho a informar sobre acontecimientos de interés general.

Con ligeras variaciones se reproduce la parte pertinente del art. 31 de la ley 11.723. La diferencia esencial reside en que la Ley de Propiedad Intelec-

tual exige el consentimiento para la comercialización de la imagen, mientras que el art. 53 del Proyecto lo proyecta sobre toda otra hipótesis con las excepciones enunciadas en su texto. En otras palabras, el bien jurídico protegido por la ley 11.723 es el derecho de propiedad sobre la propia imagen, mientras que el art. 53 del Proyecto ampara el derecho a la propia imagen en su carácter de derecho personalísimo.

Hay dos diferencias adicionales. El art. 53 exige el consentimiento no solamente para la reproducción de la imagen, tal como lo hace la ley 11.723, sino su captación, añadiendo la reproducción o captación de la voz del sujeto activo.

La ampliación proyectada aparentemente es razonable, pero puede suscitar diversos conflictos de derechos que, en definitiva, deberán ser resueltos judicialmente mediante la interpretación armónica de las normas jurídicas involucradas en el caso concreto. Tal podrá ser el caso de la cámara oculta que registre imágenes que no se obtienen en actos públicos, ni respondan a una finalidad científica, cultural o educacional, así como tampoco importen el ejercicio del derecho a informar sobre acontecimientos de interés general sino el afán de velar por la seguridad. Otro tanto con la captación de la voz del sujeto activo en el curso de una conversación telefónica o por skype. Quedará la duda sobre la licitud de las captaciones o grabaciones preventivas o de las empleadas en salvaguarda de los legítimos derechos del sujeto pasivo o de un tercero que no respondan al propósito de informar sobre acontecimientos de interés general.

Probablemente, algunos de tales conflictos podrían ser subsanados ampliando las causales que permiten la captación o reproducción de las imágenes o voces.

El art. 53 dispone que la captación o reproducción de imágenes y voces requiere del consentimiento emanado del titular o sus herederos hasta 20 años de la muerte del originariamente sujeto activo y siempre que ella no sea ofensiva. Disposición similar contiene el art. 35 de la ley 11.723. En ese momento cesa el derecho de propiedad intelectual y queda permitida la libre reproducción de la imagen o voz del originario sujeto activo, sin perjuicio para sus herederos de requerir el resarcimiento por la reproducción ofensiva de la imagen o de la voz. Aparentemente, transcurridos veinte años, el derecho al resarcimiento solamente podría ser ejercido por los herederos forzosos del causante.

El art. 1770 del Proyecto reproduce el art. 1071 bis del Código Civil. (5)

(5) El art. 1071 bis del Código Civil fue incorporado por la ley 21.173. Con ella

En resguardo de los derechos personalísimos a la vida privada e intimidad de las personas establece que quien arbitrariamente se entrometa en la vida ajena y publique retratos o mortifique a otros en sus costumbres o sentimientos, o perturbe de cualquier modo su intimidad, deberá ser obligado a cesar en tales actividades, a pagar una indemnización por el daño ocasionado, y a pedido del agraviado, se podrá ordenar la publicación de la sentencia condenatoria en un diario o periódico si la medida es procedente para una reparación adecuada.

En su momento, el nuevo texto del Código Civil incorporado en 1975, mereció severos reparos porque implícitamente se refería a daños generados por las publicaciones emitidas por los medios gráficos de prensa; por su innecesaria referencia a la “publicación de retratos” que ya estaba regulada en la ley 11.723; y por la obligación impuesta a los medios de prensa gráfica de publicar la sentencia dictada.

Al margen del debido acatamiento de la cuestionable doctrina de la Corte Suprema de Justicia que declaró la validez constitucional del replicato compulsivo resultante del art. 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (6), subsiste una inquietud no resuelta por el Proyecto: ¿puede ser judicialmente obligado un medio de prensa a publicar la sentencia cuando el agravio no fue inferido ni se difundió por ese medio? En tales casos, y aunque la publicación sea onerosa y quede a cargo del ofensor condenado, ¿se puede obligar a un medio de prensa a publicar aquello que no quiere publicar? ¿No nos enfrentaremos con un acto de

se modificó el texto de la ley 20.089 presentado por la bancada de la Unión Cívica Radical que, en el proyecto propiciado ante la Cámara de Diputados disponía una hipótesis de responsabilidad objetiva al establecer que ella se concretaba “aún sin culpa ni dolo”. A pesar de la supresión de esa referencia, y por un presunto error, se remitió al Senado el texto originario del proyecto y no el que se había aprobado por la Cámara de Diputados. A su vez, el Senado aprobó el material recibido y tras remitirlo al Poder Ejecutivo, este dispuso su promulgación. Tal situación generó una firma corriente doctrinaria propiciando la nulidad de la ley o, al menos, su inconstitucionalidad respecto a la referencia “aún sin culpa ni dolo”. La cuestión no llegó a ser tratada judicialmente debido a la sanción de la ley 21.173.

(6) Fallos: C.S. 315:1492; 321:885; 321:2314. En la Opinión Consultiva 7/86. La Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró que el derecho de rectificación o respuesta del art. 14 de la Convención es operativo. La Suprema Corte de los Estados Unidos se pronunció por la invalidez de este presunto derecho en el caso “Miami Herald vs. Tornillo” (418 U.S. 241 de 1974). Asimismo en “Turner Broadcasting” (520 U.S. 180 de 1997) y “Arkansas Educational Television Commission vs. Forbes” (523 U.S. 666 de 1998) declaró carentes de validez constitucional las limitaciones impuestas a la televisión por cable contra la voluntad de sus titulares por vulnerar la Enmienda I.

censura expresamente vedado por el art. 13 de aquella Convención y el art. 14 de nuestra Ley Fundamental? ¿No estaremos enfrentando una prescripción específica que restringe la libertad de imprenta y que prohíbe categóricamente el art. 32 de la Constitución?

Considerando las vicisitudes que afronta en el país la prensa independiente, aquellas preguntas no responden a hipótesis elaboradas en una campana de cristal. El 11 de diciembre de 1972, al resolver el caso “Fernández Valdez, Manuel” (7) la Corte Suprema de Justicia por el voto de los jueces Roberto Chute, Marco Aurelio Risolía y Margarita Argúas, con la disidencia de los jueces Eduardo Ortiz Basualdo y Luis Cabral, impuso al diario “El Independiente” de La Rioja la obligación de publicar una sentencia dictada en una causa por calumnias e injurias donde, los hechos que las configuraban, no habían sido emitidos por ese periódico. Sobre la base de ese pronunciamiento, el 18 de diciembre de 1973 el Superior Tribunal de la provincia de Misiones condenó a la empresa editora del diario “El Territorio” a publicar una solicitada de carácter político que se había negado a difundir. (8)

Estos pronunciamientos son resabios de una cultura autoritaria que conserva vigencia y que debió ser prevista en el Proyecto.

Resulta razonable dispensar una adecuada protección a los derechos a la vida privada e intimidad de las personas frente a un entrometimiento arbitrario. Pero también resulta indispensable complementar el art. 1770 del Proyecto con la doctrina jurisprudencial forjada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación y que tiene plena vigencia a 37 años de ser sancionada la ley 21.173. El dinamismo social es intenso y el legislador no puede ignorarlo si pretende dotar de realismo al ordenamiento jurídico.

Siendo que uno de los fines invocados para justificar la sustitución del Código Civil reside en la necesidad de adecuar sus preceptos a la doctrina jurisprudencial de nuestro Tribunal Superior, correspondería precisar que, tratándose de informaciones u opiniones referentes a funcionarios públicos, figuras públicas o simples particulares, el resguardo del derecho a la vida privada, la intimidad y el honor se reduce sensiblemente cuando aquellas informaciones u opiniones involucran la conducta de los protagonistas en cuestiones de interés institucional o de un relevante y justificado interés público. Todo ello en salvaguarda de los valores que conforman la esencia de un sistema político republicano y democrático, cuando la libertad de expresión se ejerce en una dimensión institucional

(7) Fallos: C.S. 284:345.

(8) J.A. 1974-21-731.

o estratégica, y no solamente para satisfacer el derecho a la información en una dimensión individual.

Así lo tiene resuelto la Corte Suprema de Justicia en numerosos pronunciamientos (9) emitidos receptando la estructura del estándar de la real malicia en materia civil. (10) La continuidad y uniformidad de los contenidos obrantes en esos fallos (11) permiten afirmar la consolidación de la real malicia con el carácter de doctrina jurisprudencial vinculante para los tribunales judiciales del país. (12)

Cuando resulta aplicable el estándar de la real malicia, la responsabilidad ulterior de quien ejerció la libertad de expresión prevista en los arts. 14 de la Constitución y 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos está condicionada, no solamente a la producción del daño y una relación de causalidad, sino también a la prueba por el accionante sobre la falsedad en que se incurrió al emitir la información o describir los hechos sobre los cuales se basa la opinión, y que esa falsedad era conocida por el emisor, configurando una hipótesis de dolo directo, o que pudo ser conocida obrando con un mínimo de diligencia cuando, esa información, por estar desprovista de seriedad suscitó dudas en el emisor sobre su veracidad, y a pesar de ello, se abstuvo de realizar una elemental verificación que le habría permitido constatar la falsedad, lo cual configuraría una hipótesis de dolo eventual.

Se podrá alegar que el estándar de la real malicia está incorporado al art. 1718 del Proyecto cuando justifica el hecho que causa un daño por ser

(9) “Amarilla” (Fallos: C.S. 321:2528); “Baquero Lazcano” (Fallos: C.S.326:4136); “Spinoza Melo c. Mitre” (Fallos: C.S. 329:3775); “Oyharbide” (Fallos: C.S. 330:2168); “Patitó c. La Nación” (Fallos: C.S. 331:1530); “Brugo c. Lanata” (Fallos: C.S. 332:2567); “Vaudagna c. Rocha” (Fallos: C.S. 333:680); “De Salvo c. Diario La Mañana” (del 19 de mayo de 2010, que no fue publicado en los tomos de fallos de la Corte); “Locles c. Arte Gráfico” (Fallos: C.S. 333:1331); “Alsogaray c. Editorial La Pina (Fallos: C.S. 334:1714); “Melo c. Majul” (Fallos: C.S. 334: 1722).

(10) *New York Times v. Sullivan* (376 U.S. 255 de 1964).

(11) La Corte Suprema de Justicia tiene resuelto que, a los fines del recurso extraordinario, constituye cuestión federal suficiente el desconocimiento o la aplicación errónea de la doctrina de la real malicia.

(12) Se elaboraron proyectos de leyes introduciendo la real malicia en la legislación, tanto penal como civil, aunque no fueron tratados por las Cámaras del Congreso. Entre ellos merece ser destacado el proyecto que elaboró el senador Juan R. Aguirre Lanari y cuyo tratamiento requirió en cuatro sesiones legislativas, sin que su reclamo mereciera la debida consideración del Senado.

el ejercicio regular de un derecho; o porque su producción constituye un caso de legítima defensa propia o de terceros; o para evitar un mal, actual o inminente de carácter institucional. Es una interpretación aceptable aunque, en cierto modo, fuerza la letra de la norma.

El art. 1771 del Proyecto dispone que en los daños causados por una acusación calumniosa solamente se responde por dolo o culpa grave. Sin embargo, el art. 1724 se limita a definir la culpa, el dolo directo y el dolo eventual, pero no la culpa grave. Además, establece que el denunciante o querellante responde por los daños derivados de la falsedad de la denuncia o querrela si se prueba que no tenía razones justificables para creer que el damnificado estaba implicado en los hechos.

Vélez Sársfield, en la nota del art. 1072 del Código Civil, expresó que la palabra delito en el derecho civil designa toda acción ilícita por la cual una persona a sabiendas e intencionalmente perjudica los derechos de otra, mientras que en el derecho criminal es toda acción tipificada como delito por la ley penal. Pero, en ambos casos, el delito presupone una acción dolosa.

Ahora bien, en el art. 1771 del Proyecto la calumnia, que es un delito penal doloso, deja de ser necesariamente tal cuando es un delito civil porque el Proyecto exige, indistintamente, el dolo o la culpa grave aunque sin definir específicamente a esta última para esta categoría de actos ilícitos. En tal sentido, la segunda parte del art. 1771 establece la responsabilidad del denunciante o querellante por los daños causados por la falsedad de la denuncia o querrela si se prueba que el accionado no tenía razones justificables para creer que el damnificado estaba implicado. Prueba que, en el mejor de los casos, se relaciona con el sentido común y las circunstancias particulares del caso para decidir objetivamente cuáles son las razones justificables. Ello importa prescindir del dolo, tanto directo como eventual.

En este aspecto el Proyecto acarrea cierta incongruencia en el ordenamiento jurídico positivo que colisiona con el principio de seguridad jurídica. En efecto, el texto proyectado debería ser coherente con los principios resultantes de la ley 26.551 sancionada el 18 de noviembre de 2009. Recordemos que esa ley fue consecuencia de la condena impuesta al Estado Argentino por la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuando, el 2 de mayo de 2008, resolvió el caso "Kimel".

El texto del art. 1771 del Proyecto no concuerda con el art. 109 del Código Penal conforme a la modificación introducida por la ley 26.551. Establece que no incurre en el delito de calumnia quien emite expresiones

referidas a asuntos de interés público o las que no sean asertivas, resultando irrelevante la prueba del dolo. Cláusula similar contiene el art. 110 del Código Penal con referencia al delito de injurias, con el agregado que no constituyen delito de injuria los calificativos lesivos al honor cuando guardan relación con un asunto de interés público.

Corresponde tener en cuenta que la finalidad del legislador cuando sancionó la ley 26.551 fue la de aceptar la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no para generar un privilegio en beneficio de quien ejerce la libertad de expresión, sino para tutelar su manifestación sobre cuestiones que atañen a la subsistencia de una república democrática como son todas aquellas relacionadas con el funcionamiento de sus instituciones o que merecen un amplio y justificado interés social forjado por el pueblo. Todo ello conforme a la interpretación del art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La incongruencia normativa a la que nos referimos reside en que quien ejerza la libertad de expresión formulando manifestaciones calumniosas estará exento de responsabilidad penal si ellas no son asertivas o si se relacionan con asuntos de interés público. En cambio habrá responsabilidad civil si, con motivo de la acusación calumniosa por parte del emisor se prueba que no tenía razones justificables para creer que el damnificado estaba implicado en los hechos denunciados y aunque las conductas se relacionen con temas institucionales o de relevante interés público.

También merece una consideración especial el art. 1711 del Proyecto. Dispone que procede la acción preventiva cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño a criterio del juez interviniente. Su fundamento reside en que toda persona, en cuanto de ella dependa, tiene el deber de evitar la producción de un daño injustificado o, en su caso, de adoptar las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud.

Con referencia a la libertad de expresión, cierta doctrina judicial acepta el temperamento seguido en el art. 1711 y sobre la base de criterios subjetivos y opinables avala medidas cautelares o autosatisfactivas con las cuales se prohíbe la difusión de cierta información o imágenes relacionadas, generalmente, con menores de edad o con situaciones que involucran los derechos a la intimidad o privacidad. Sin embargo, al margen de estos supuestos, también fue aceptada la censura con referencia a cuestiones de índole política, o que involucran actos de los funcionarios públicos, o situaciones que se estima inconveniente que lleguen al conocimiento público.

La Corte Suprema de Justicia tuvo oportunidad de establecer que sería viable prohibir la publicación del nombre de las personas tratándose de menores de edad, o si los jueces lo consideran aceptable por razones de decoro, por la naturaleza del proceso judicial o si afectan la intimidad de las personas. (13) Otro tanto hizo en el caso “Sabalain c. Maradona”. (14) Pero la censura admitida judicialmente no se limitó a impedir la difusión del nombre de ciertas personas involucradas en hechos de interés institucional o de relevante interés público. Así, la Corte confirmó la validez de una norma que prohibía la publicación de ideas expuestas en apoyo de una agrupación política (15), sentencia que fue objeto de una aguda crítica expuesta por el recordado jurista Rafael Bielsa. (16) También merece ser citada la sentencia de la sala II de la Cámara Nacional Civil y Comercial Federal que, como medida cautelar, ordenó que se abstuvieran de emitir imágenes o conceptos relacionados con la jueza federal María Servini de Cubría en el marco de un programa humorístico de Mauricio Borenstein (Tato Bores), que fue objeto de una severa crítica social. (17)

La norma proyectada otorga a los jueces la potestad de censurar informaciones y opiniones sobre los más variados temas, otorgando legitimación activa a quienes acrediten un interés razonable en la prevención del daño (art. 1712). No sólo con referencia al derecho a la intimidad, a la vida privada, al honor sino también en cuestiones de carácter social, político, religioso, cultural, y en definitiva, sobre cualquier manifestación del pensamiento.

Semejante disposición que permite la censura propia de los regímenes totalitarios, es incompatible con la esencia de la democracia republicana expuesta en normas seculares de nuestra Constitución (arts. 14 y 32) que prohíben la censura como garantía efectiva para la libertad de expresión.

Por otra parte, aquella también colisiona con la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Su art. 13 prohíbe categóricamente la censura previa, pero dejando a salvo las responsabilidades ulteriores establecidas por ley y necesarias para asegurar el respeto de los derechos, la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o morales públicas.

(13) “Weskott” (Fallos: C.S. 328:2740).

(14) Fallos: C.S. 324:975), donde se soslayó la argumentación expuesta por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “La última tentación de Cristo”.

(15) Fallos: C.S. 240:223.

(16) LA LEY, 91-497.

(17) E.D. 147-229.

Interpretando esa norma de la Convención, la Corte Interamericana de Derechos Humanos destacó que: “El artículo 13.2 de la Convención define a través de qué medios pueden establecerse legítimamente restricciones a la libertad de expresión. Estipula, en primer lugar, la prohibición de la censura previa, la cual es siempre incompatible con la plena vigencia de los derechos enumerados por el artículo 13, salvo las excepciones contempladas en el inciso 4 referentes a espectáculos públicos, incluso si se trata supuestamente de prevenir por ese medio un abuso eventual de la libertad de expresión. En esta materia toda medida preventiva significa, inevitablemente, el menoscabo de la libertad garantizada por la Convención”. (18)

El carácter absoluto de la prohibición referente a la censura, también fue expuesto en 1996 por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Martorell”. Otro tanto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia que emitió el 5 de febrero de 2001 al resolver el caso “La última tentación de Cristo”.

Más recientemente la Corte Interamericana, en la sentencia condenatoria impuesta al Estado Argentino el 29 de noviembre de 2011 (19), destacó: “Respecto al contenido de la libertad de pensamiento y de expresión, la jurisprudencia de esta Corte ha sido constante en señalar que quienes están bajo la protección de la Convención Americana tienen el derecho de buscar, recibir y difundir ideas e informaciones de toda índole, así como también el de recibir y conocer las informaciones e ideas difundidas por los demás. Sin embargo, la libertad de expresión no es un derecho absoluto. El artículo 13.2 de la Convención, que prohíbe la censura previa, también prevé la posibilidad de exigir responsabilidades ulteriores por el ejercicio abusivo de este derecho. Estas restricciones tienen carácter excepcional y no deben limitar, más allá de lo estrictamente necesario, el pleno ejercicio de la libertad de expresión y convertirse en un mecanismo directo o indirecto de censura previa”. (20)

Esta postura categórica de la Corte Interamericana respecto a la prohibición de la censura y a la interpretación que corresponde asignar al art.

(18) Opinión Consultiva 5/85 del 13 de noviembre de 1985.

(19) Caso “Fontevicchia y D’Amico” resuelto con motivo de la sentencia dictada por nuestra Corte Suprema en el caso “Menem c. Editorial Perfil” (Fallos: C.S. 324:2895 del 25 de septiembre de 2001).

(20) La Corte Interamericana se remitió a los fundamentos que expuso en la Opinión Consultiva 5/85 y en las sentencias dictadas en los casos “Herrera Ulloa c. Costa Rica” y “Tristán Donoso c. Panamá”.

13 de la Convención resulta vinculante para los órganos gubernamentales del Estado Argentino conforme lo tiene resuelto ese organismo internacional, así como también nuestra Corte Suprema de Justicia. (21)

Estos antecedentes revelan que la sanción del art. 1711 del Proyecto y sus normas complementarias, en la medida que avalan la censura previa como consecuencia del ejercicio de las acciones preventivas, podrá ser objeto de una resolución condenatoria para el Estado Argentino emanada de la Corte Interamericana. (22)

Sin perjuicio de los loables fines perseguidos con la elaboración del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, que podrá sustituir la obra ejecutada por Dalmacio Vélez Sársfield y sancionada en 1869, con sus reformas orgánicas introducidas a lo largo de los 142 años de su vigencia, su eventual sanción no debe perder de vista la necesidad de fortalecer a las instituciones democráticas y republicanas y, entre ellas, a la libertad de expresión por su trascendente rol social y político. Esto claro está si aceptamos que la armónica regulación de la convivencia social está condicionada a la solidez de esas instituciones. ♦



(21) Fallos: C.S. 315:1492; 318:514; 319:1840, entre otros.

(22) Sin embargo, considerando el carácter pendular de algunos pronunciamientos de la Corte Interamericana, no cabe descartar la posibilidad que modifique su doctrina con la complacencia de las democracias populistas que se expanden en América latina.

EL CONSEJO DE LA MAGISTRATURA EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL PROVINCIAL ARGENTINO

UN ANÁLISIS COMPARATIVO

POR ALFONSO SANTIAGO (*)

Presentación

Estoy particularmente agradecido por poder exponer en este distinguido ámbito del derecho argentino algunas de las investigaciones realizadas sobre el régimen constitucional del Consejo de la Magistratura en el derecho constitucional provincial argentino.

Lo relativo a la integración y funciones del Consejo de la Magistratura nacional ha tenido una especial relevancia en estos últimos días a propósito de las reformas legales impulsadas por el Poder Ejecutivo y sancionada por el Congreso de la Nación. Esta Academia ya se ha pronunciado críticamente sobre ellas.

Antes de introducirme en el análisis comparativo del régimen de cada una de las provincias, quisiera hacer unas breves reflexiones iniciales sobre las dos realidades que enmarcan esta exposición: el origen histórico de la institución del Consejo de la Magistratura, por un lado, y el derecho público provincial o derecho constitucional provincial argentino, por el otro.

A) La institución del Consejo de la Magistratura en el derecho comparado

Como lo enseñara el Académico Dr. Alberto Spota en una brillante exposición en la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas el 28 de junio de 1996, el Consejo de la Magistratura es una institución que surge en el

(*) Comunicación del Académico, en la sesión privada del 23 de mayo de 2013.

ámbito de las monarquías o repúblicas parlamentarias europeas donde regía y aún rige un modelo de administración de justicia y no el modelo de origen norteamericano que considera al Poder Judicial como un Poder de Estado.

Quisiera rescatar algunos de los conceptos expuesto en esa clara y fundada disertación, porque conocer la génesis y filiación de las instituciones constitucionales es clave para comprender su sentido y las posibilidades y riesgos de lo que ellas son portadoras.

Los Consejos de la Magistratura surgen como un modo de desconcentrar o descentralizar en ellos algunos aspectos de la gestión judicial en los sistemas de mera administración de justicia y que era y es aún ejercida en nombre del Rey. Constituyen un intento de garantizar la independencia judicial moderando en algunos ámbitos, como en los del nombramiento y ascensos de los magistrados, el disciplinar y el presupuestario, la dependencia directa de los jueces del monarca o Poder Ejecutivo. Su origen histórico se remonta a la Europa monárquica y pactista de fines del siglo XIX y principios del siglo XX. Afirma con claridad Spota: "En Europa hay administración de justicia. No hay poder judicial. En los Estados Unidos y entre nosotros, (el juez) administra justicia y tiene capacidad de control de constitucionalidad, y por ello es Poder Judicial. Consecuentemente, el Consejo de la Magistratura se ha desarrollado en un sistema en el cual la judicatura, los jueces son únicamente y exclusivamente administración de justicia (...). El Consejo de la Magistratura es una institución absolutamente ajena, no sólo al sistema político de distribución de poderes a la manera norteamericana, que es el que nosotros tenemos, sino además a la esencia de ese sistema político, pues el Consejo de la Magistratura corresponde a estructuras en las cuales el juez administra justicia y nada más".

El Constituyente de 1994 introdujo mediante el art. 114 una institución ajena a la genética propia de nuestro sistema institucional, difícilmente compatible con su adecuado funcionamiento y que, a diferencia de su finalidad histórica, más que fortalecer la independencia y eficaz prestación del servicio de justicia, condiciona gravemente el logro de esos fines constitucionales. En los sistemas que siguen el modelo norteamericano, el Poder Judicial se autoadministra, ejerce facultades disciplinares sobre sus integrantes y dirige su formación. Con la incorporación del Consejo de la Magistratura, estas funciones pasan a ser ejercidas por un órgano que está inserto en el Poder Judicial, pero no forma parte de su estructura ordinaria, y muchos de cuyos integrantes provienen de otros poderes. El Consejo de la Magistratura es un auténtico Caballo de Troya que puede amenazar y dañar la independencia judicial, complica grandemente todo su funcionamiento y debilita a la Corte Suprema como cabeza del Poder Judicial. Cierta ignorancia y falta de sentido institucional, unido a lo que el Académico Vanossi ha denominado la cultura del reparto, llevó al

Constituyente del '94 a crear un organismo con amplísimas facultades sobre el funcionamiento del Poder Judicial y que tras la reciente reforma legal de su composición y modo de elección de sus integrantes, se ha constituido en la mayor amenaza a su independencia y buen desempeño.

En referencia a sus orígenes históricos en el derecho comparado, cabe señalar que el Consejo de la Magistratura surge en Italia con la Ley Orlando de 1907 y luego es receptado en Portugal en 1912, si bien hay quienes señalan que en Francia hacia 1883 ya se encuentran antecedentes de esta institución. (1) A partir de la segunda posguerra mundial, el Consejo de la Magistratura es incorporado al texto constitucional en Francia (cfr. constituciones de 1946 y 1958) y en Italia (cfr. art. 104 de la Constitución de 1947) y luego se expande luego hacia otros países Turquía (1961), Grecia (1975), España (1978), etc. (2)

Cuando en 1994 la CN argentina incorpora el Consejo de la Magistratura había otros cinco países latinoamericanos que ya lo habían establecido con distintas denominaciones y en diferentes épocas, a saber:

1) Venezuela, Consejo de la Magistratura, cfr. art. 217 de la Constitución de 1961, luego reformada en 1973 y 1983;

2) Colombia, Consejo Superior de la Judicatura, cfr. arts. 254 a 257 de la Constitución de 1991;

3) El Salvador, Consejo Nacional de la Judicatura, cfr. art. 187 Constitución de 1983 con las reformas de 1991 y 1992;

4) Perú, Consejo Nacional de la Magistratura, cfr. arts. 245 a 249, Constitución de 1979, y

5) Paraguay, Consejo Nacional de la Magistratura, cfr. arts. 262 a 264 Const. de 1992.

En la Argentina existían algunos antecedentes previos a 1994. Fue la Provincia del Chaco la primera que lo incorporó en su constitución de 1957. A nivel nacional a través del Decreto 1179/91 creó una "Comisión Asesora de la Magistratura" integrada por siete miembros que repre-

(1) Cfr. CORCUERA, Santiago H. y RASCIONI, Nora V., "El Consejo de la Magistratura, órgano del Poder Judicial de la Nación"; Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005, p. 5.

(2) Cfr. SAGÜÉS, Néstor P., "El tercer poder. Notas sobre el perfil político del Poder Judicial"; Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005, p. 258. Ver también VENTURA, Adrián, "Consejo de la Magistratura. Jurado de Enjuiciamiento", Depalma, Buenos Aires, 1998, p. 41 y ss.

sentaban al Ministerio de Justicia, a la Secretaría Legal y Técnica de la Presidencia, a la Secretaría General de la Presidencia, a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional, al Colegio Público de Abogados de la Capital Federal y a la Federación Argentina de Colegio de Abogados. Los resultados de esta Comisión no fueron demasiado esperanzadores, ya que el excesivo predominio de los representantes del Poder Ejecutivo y el carácter no vinculante de sus decisiones provocó que en algunos casos el Presidente terminara nombrando como jueces a personas no incluidas en las listas elaboradas por esta Comisión.

B) El derecho constitucional provincial argentino

Como me ha enseñado el Académico Dr. Jorge Vanossi, a lo largo de las dieciséis décadas de historia constitucional argentina, se han sucedido distintos ciclos constitucionales provinciales. De modo general, se puede señalar que cada diez o veinte años aproximadamente se han dado diversas olas de reforma de los textos constitucionales provinciales, pudiéndose distinguir ocho ciclos de reformas constitucionales provinciales.

1) Las primeras constituciones provinciales se dictan con posterioridad a la sanción de la Carta Magna nacional en 1853.

2) Durante la década de 1870 se producen las primeras reformas provinciales, entre las que se destaca la enmienda de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires de 1871, que volverá a reformarse en 1891.

3) En 1907 se destaca la reforma de la Constitución de Tucumán que incorpora los algunos primeros elementos del constitucionalismo social.

4) A comienzo de la década del '20, sobresalen las reformas constitucionales de las provincias de Santa Fe (1921), Córdoba y San Juan (1927)

5) En los años '30 tienen lugar las reformas constitucionales de las provincias de Entre Ríos (1933), Buenos Aires (1934) y Santiago del Estero (1939).

6) Luego de la reforma constitucional de 1949 las provincias adaptaron sus constituciones al nuevo texto nacional. A fines de la década del '50 sancionan los textos constitucionales de las nuevas provincias, tras la provincialización de varios territorios nacionales y el restablecimiento de la constitución de 1853-60, decidida por la Convención Constituyente de 1857.

7) A mediados de la década del '80, tras el retorno a la democracia, nueve provincias actualizaron sus cartas magnas y la nueva Provincia de Tierra del Fuego dictó por primera vez su propia Constitución.

8) Por último, tras la reforma de 1994, a fines de la década del '90 y comienzos del nuevo siglo se sancionan nuevas constituciones locales, entre las que destacan la de la Ciudad de Buenos Aires (1996), Santiago del Estero (2005), Neuquén (2006), Tucumán (2006) y Corrientes (2007).

Estos son, a grandes rasgos, los ocho ciclos que se han sucedido en el derecho constitucional provincial en nuestro país.

C) El Consejo de la Magistratura en el derecho constitucional provincial argentino

La República Argentina es un país federal y en esa organización política existen veintitrés poderes judiciales provinciales, uno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y un Poder Judicial de la Nación.

En la mayoría de los casos existe un órgano que participa en el procedimiento de selección de los magistrados de las instancias inferiores, conocido comúnmente como Consejo de la Magistratura. Los miembros de las Cortes Supremas y Superiores Tribunales de Justicia provinciales generalmente tienen un modelo de selección y designación distinto al de los restantes jueces y en la gran mayoría de los casos mantienen la nominación exclusivamente política.

Si bien el Consejo de la Magistratura es receptado por primera vez en la Constitución del Chaco de 1957, correspondiente a la sexta etapa de los ciclos constitucionales antes referidos, será a partir del retorno a la democracia en 1984 y fundamentalmente luego de la reforma constitucional de 1994, que el Consejo de la Magistratura se incorporará en la casi totalidad de las constituciones provinciales argentinas.

Las provincias han ido incorporando el Consejo de la Magistratura a su organización constitucional de acuerdo con la siguiente secuencia temporal.

- 1°) Chaco (sanción Constitución 07/12/1957)
- 2°) Santiago del Estero (reforma constitucional 15/03/1986)
- 3°) San Juan (reforma constitucional 23/04/1986)
- 4°) San Luis (reforma constitucional 26/03/1987)
- 5°) Río Negro (reforma constitucional 03/06/1988)
- 6°) Santa Fe (decreto N° 2952/1990 - 28/08/1990)
- 7°) Tierra del Fuego (sanción Constitución 17/05/1991)

- 8°) Provincia de Buenos Aires (reforma constitucional 13/09/1994)
- 9°) La Pampa (reforma constitucional 06/10/1994)
- 10) Chubut (reforma constitucional 11/10/1994)
- 11) Ciudad de Buenos Aires (sanción Constitución 01/10/1996)
- 12) Corrientes (sanción ley N° 5123 - 01/11/1996; reforma constitucional 8/VI/2007)
- 13) Mendoza (enmienda constitucional 17/09/1997)
- 14) Salta (reforma constitucional 07/04/1998)
- 15) La Rioja (reforma constitucional 24/04/1998)
- 16) Santa Cruz (reforma constitucional 27/11/1998)
- 17) Córdoba (sanción ley N° 8802 - 23/09/1999)
- 18) Formosa (sanción ley N° 1310 - 01/06/2000)
- 19) Catamarca (sanción ley N° 5012 - 25/10/2000)
- 20) Misiones (enmienda constitucional 14/10/2001)
- 21) Entre Ríos (decreto N° 39/2003 GOB - 13/12/2003, reforma constitucional 2008, sanción ley 9996)
- 22) Neuquén (reforma constitucional 17/02/2006)
- 23) Tucumán (Decreto Acuerdo N° 82/14; reforma constitucional 6/VI/06)

De las veinticuatro jurisdicciones estudiadas, se advierte que en veintidós de ellas y en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires existe un Consejo de la Magistratura. La Provincia de Jujuy es la única que no tiene, ni ha tenido nunca un Consejo de la Magistratura.

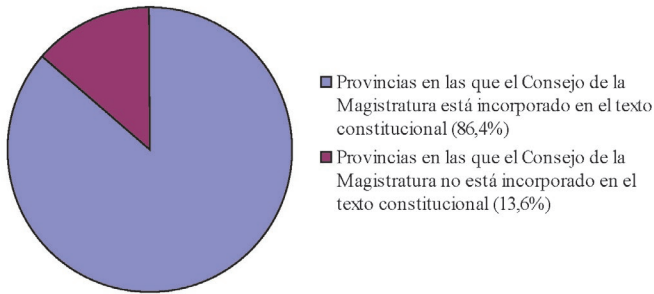
D) Análisis de algunas variables que pueden ser comparadas

Conociendo que el Consejo de la Magistratura existe en la casi totalidad de las provincias, haremos un análisis comparativo acerca del régimen constitucional y legal por el que se rigen. Para ello hemos seleccionado nueve variables que nos parecen particularmente relevantes y que, a continuación, iremos desarrollando. (3)

a) Norma de creación: Constitución, ley o decreto

(3) Los datos y gráficos que aquí figuran están tomados de la investigación realizada bajo mi dirección por el Mag. Javier Solano Ayala, a quien agradezco su autorización para utilizarlos en esta disertación.

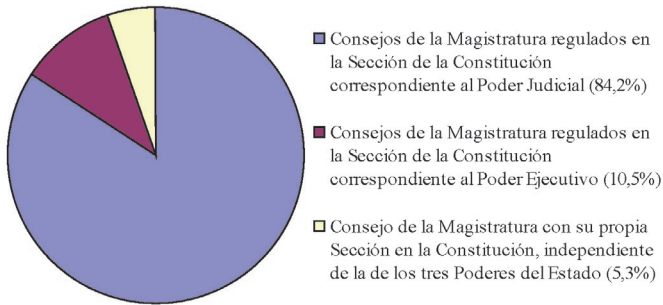
De las veintitrés jurisdicciones que tienen Consejo de la Magistratura, en veinte de ellas dicho órgano se encuentra incorporado en el texto constitucional, mientras que en las tres provincias restantes no está previsto en la Constitución (en Córdoba y Catamarca el Consejo de la Magistratura es creado y regulado por ley y en Santa Fe es creado y regulado por decreto del Poder Ejecutivo), Ello se refleja en el siguiente gráfico:



Consideramos conveniente que si existe un Consejo de la Magistratura, su existencia y régimen constitucional fundamental esté contemplado en la propia constitución provincial.

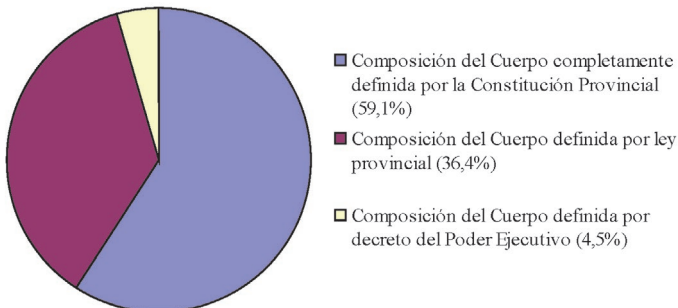
b) Ubicación dentro de la estructura de la Constitución provincial

De los veinte Consejos de la Magistratura incorporados en las respectivas Constituciones, diecisiete de ellos se encuentran regulados en la Sección o Capítulo correspondiente al Poder Judicial. En cambio, en las Constituciones de las provincias de Entre Ríos y Misiones, el Consejo de la Magistratura se encuentra regulado en la Sección correspondiente al Poder Ejecutivo. Por su parte, el Consejo de la Magistratura del Neuquén, al ser un órgano extrapoder, tiene su propia Sección en la Constitución provincial, que es independiente de las Secciones correspondientes a los tres poderes del Estado. Esto se ve reflejado en el siguiente gráfico:



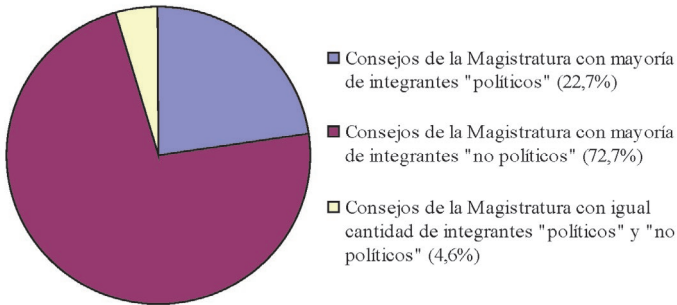
c) Regulación de la composición del Consejo de la Magistratura

En relación con la composición del Consejo de la Magistratura, es preferible que ésta esté definida completamente por la Constitución y no por una ley, ya que esto asegura una cierta estabilidad en la integración del Cuerpo. La rigidez propia de una norma constitucional evita que la composición del Consejo pueda ser modificada por una norma inferior, como una ley o un decreto. De los veintitrés Consejos de la Magistratura existentes a nivel provincial, en trece de ellos su integración es completamente definida por la Constitución Provincial, en nueve de ellos su integración es definida por una ley provincial (en cuatro de ellos la Constitución determina los estamentos o sectores que deben estar representados en la integración del Cuerpo), y en sólo uno su integración es determinada por decreto del Poder Ejecutivo (Provincia de Santa Fe), lo que se puede visualizar en el siguiente cuadro:

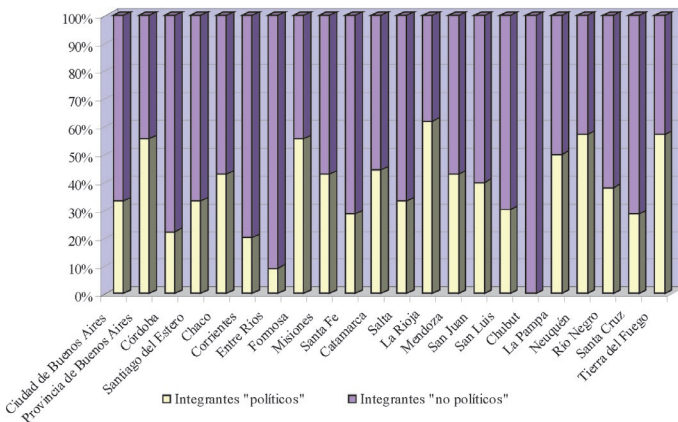


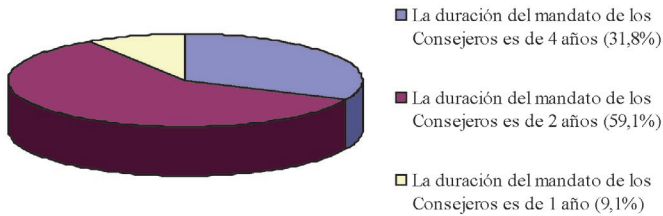
d) Integrantes del Consejo de la Magistratura

Teniendo en cuenta el sector del que provienen los integrantes del Consejo de la Magistratura, éstos pueden distinguirse en integrantes “políticos” e integrantes “no políticos”. Se considera integrantes políticos a los representantes de los poderes resultantes de la elección popular, es decir los Poderes Ejecutivo y Legislativo. En cambio, son integrantes no políticos los representantes del Poder Judicial, de los abogados, del ámbito académico y científico, y de la ciudadanía en general. Diecisiete de los veintitrés Consejos de la Magistratura provinciales tienen mayoría de integrantes “no políticos”; cinco Consejos de la Magistratura tienen mayoría de integrantes “políticos”; mientras que, p. ej., en el Consejo de la Magistratura de la Provincia de La Pampa existe un equilibrio absoluto entre los integrantes “políticos” y los “no políticos”. Esta información se ve reflejada en el siguiente gráfico:



En el siguiente gráfico, se puede apreciar la relación de integrantes “políticos” y de integrantes “no políticos” existente en la composición de cada uno de los Consejos de la Magistratura provinciales:





Algunas situaciones más curiosas y llamativas respecto de la conformación del Consejo de la Magistratura se dan en las siguientes provincias:

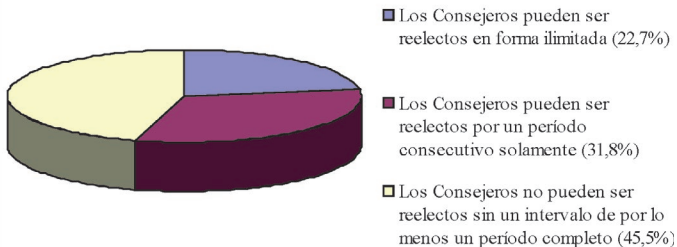
- En el Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut, cinco de sus catorce integrantes son ciudadanos no abogados ni empleados judiciales elegidos por sufragio universal;

- el Consejo de la Magistratura de la Provincia de Santa Cruz cuenta entre sus integrantes con un representante del pueblo de la Provincia;

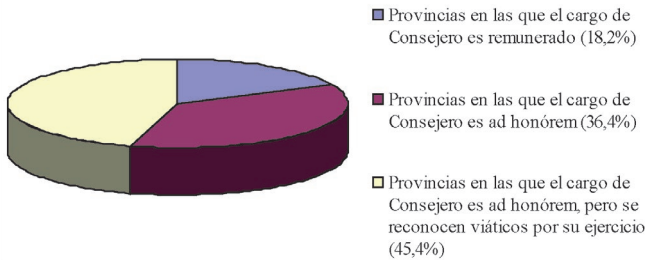
- y el Consejo de la Magistratura de la Provincia de Entre Ríos cuenta con dos representantes de organizaciones sociales, profesionales y sindicales.

e) Duración del mandato de los consejeros y posibilidad de ser reelegidos

La duración del mandato de los miembros de los Consejos de la Magistratura provinciales varía entre períodos de un año, de dos años y de cuatro años, según el siguiente cuadro:

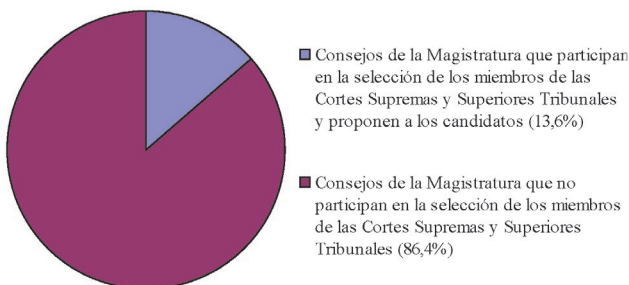


En algunas provincias se permite la reelección ilimitada de los miembros del Consejo de la Magistratura; en otras se permite la reelección por un período consecutivo solamente. Finalmente, hay provincias en las que no pueden ser reelectos sin un intervalo de, por lo menos, un período completo. Esto se puede observar en el siguiente gráfico:



f) Retribución de los consejeros

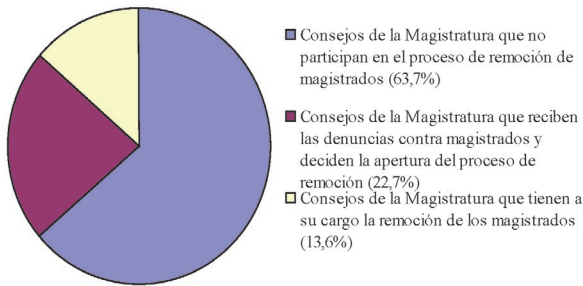
La función de Consejero por lo general es ad honorem, pero en algunas provincias su ejercicio da derecho a viáticos y reintegro de gastos cuando la misma debe desarrollarse fuera de la ciudad donde los integrantes del Cuerpo tienen sus respectivos domicilios. En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y en las provincias del Chubut, Neuquén y Santa Cruz, los miembros del Consejo de la Magistratura perciben remuneraciones por el ejercicio de sus funciones. Esto se puede apreciar en el siguiente gráfico:



g) Participación del Consejo de la Magistratura en la designación de los jueces de los tribunales superiores

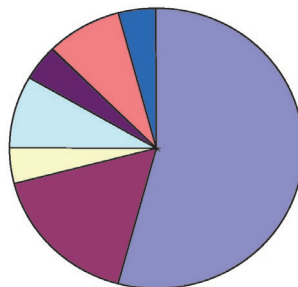
En la mayoría de las provincias, los miembros de las Cortes Supremas y Superiores Tribunales de Justicia tienen generalmente un modelo de selección y designación distinto al de los restantes jueces, manteniendo la nominación

exclusivamente política. Sin embargo, hay tres provincias excepcionales en donde los Consejos de la Magistratura participan en la selección de los jueces de los Máximos Tribunales, que son: Chaco, San Juan y Tierra del Fuego.



h) Participación del Consejo de la Magistratura en los procesos de remoción de los magistrados inferiores

La función principal de todos los Consejos de la Magistratura provinciales es la selección de los magistrados de las instancias inferiores. Por lo general, el proceso de remoción de los magistrados se encuentra a cargo de un órgano distinto, denominado Jurado de Enjuiciamiento. En algunas pocas provincias, el Consejo de la Magistratura es el que debe recibir las denuncias contra magistrados y decidir la apertura del proceso de remoción, el cual es continuado luego por el Jurado de Enjuiciamiento. E incluso en un porcentaje menor de provincias (Chaco, Río Negro y Tierra del Fuego), el Consejo de la Magistratura realiza ambas actividades, es decir que selecciona y destituye a los magistrados de las instancias inferiores, resultando de esta forma un alto grado de concentración de poder en un mismo órgano. El detalle de esta información se puede observar en el siguiente gráfico:



- Provincias en las que propone el Consejo y designa el Poder Ejecutivo con acuerdo del Poder Legislativo (Provincia de Buenos Aires, Córdoba, Corrientes, Entre Ríos, Misiones, Santa Fe, Catamarca, Salta, Tucumán, Mendoza, San Luis, La Pampa, Santa Cruz)
- Provincias en las que propone el Consejo de la Magistratura y designa el Poder Legislativo (Ciudad de Buenos Aires, Formosa, La Rioja, San Juan)
- Provincias en las que propone el Consejo de la Magistratura y designa el Poder Ejecutivo (Santiago del Estero)
- Provincias en las que propone el Consejo de la Magistratura y designa el Superior Tribunal de Justicia (Chaco y Tierra del Fuego)
- Provincias en las que propone el Superior Tribunal de Justicia y designa el Poder Ejecutivo con acuerdo del Poder Legislativo (Jujuy)
- Provincias en las que designa el Consejo de la Magistratura con acuerdo del Poder Legislativo (Chubut y Neuquén)
- Provincias en las que designa el Consejo de la Magistratura (Río Negro)

i) Distintos órganos que intervienen en la designación de los magistrados inferiores

Finalmente, en este último gráfico se pueden observar los distintos órganos que intervienen en la designación de los magistrados de instancias inferiores en cada una de las provincias del país, y la función que cumplen (proponer, designar o prestar acuerdo):

E) Algunas conclusiones

Del estudio comparativo que hemos realizado podemos extraer las siguientes conclusiones:

1) Luego de la reforma de la Constitución Nacional de 1994, se ha generalizado la instauración de Consejos de la Magistratura en las constituciones provinciales. Ello significó incorporar a la estructura de los poderes judiciales locales una institución en principio ajena a su filiación norteamericana originaria;

2) Los Consejos de la Magistratura provinciales, con la excepción del de la Ciudad de Buenos Aires, tienen funciones más acotadas y limitadas que las que el art. 114 de la CN, en sus distintos incisos, le otorga al Consejo de la Magistratura de la Nación. Sus funciones están centradas principalmente en los procesos de selección de los magistrados judiciales inferiores;

3) El 60% de los textos constitucionales provinciales define completamente la composición de los consejos de la magistratura. Entendemos que este es un criterio acertado para evitar la eventual manipulación de su integración como medio para afectar la independencia judicial;

4) En las constituciones provinciales analizadas predominan una integración equilibrada en la representación de los distintos sectores y en la mayoría de ellas los integrantes que no provienen de la elección popular son mayoritarios;

5) En más de la mitad de las provincias los tres poderes intervienen en la designación de los magistrados judiciales.

Es de esperar que la continuidad del funcionamiento de los Consejos de la Magistratura provinciales contribuya gradualmente a la transparencia y seriedad de los procesos de selección de los magistrados provinciales inferiores. Para ello es preciso recordar que, junto a los cambios institucionales ha de darse una mejora en la cultura y conductas institucionales (*leges sine moribus vanae*, las leyes sin las buenas costumbres) y que es necesario proteger permanentemente a estas instituciones de los riesgos de la politización, la partidización y el corporativismo, de modo tal que no se distorsione las finalidades que tuvieron los constituyentes y legisladores provinciales al momento de incorporarlas a los sistemas institucionales locales. ♦

PROTECCIÓN DEL INTERNADO CON PADECIMIENTOS MENTALES O ADICCIONES

POR EMILIO P. GNECCO (*)

1. Las personas de existencia visible tienen determinado en el Código Civil un ámbito de desenvolvimiento que ha llevado a ir caracterizándolas básicamente como capaces o incapaces. Es decir que desde el punto de vista del derecho y dentro de ciertas variantes de grado se ha permitido considerar a las personas como dotadas o no de la capacidad para poder adquirir derechos o contraer obligaciones (capacidad de obrar) y que son reputados como capaces “todos los que no están expresamente declarados incapaces” (art. 52 del CC), principio refirmado a su turno en el art. 3616 del CC, primer párrafo, que dice: “La ley presume que toda persona está en su sano juicio mientras no se pruebe lo contrario...” Le está permitido por lo tanto a estas personas capaces, “todos los actos y todos los derechos que no les fuesen prohibidos expresamente” (art. 53 del CC).

2. Recordemos rápidamente que dentro de ese esquema son incapaces (absolutos) las personas por nacer, los menores impúberes, los dementes y los sordomudos que no saben darse a entender por escrito y que son personas con capacidad restringida o limitada, según se estableciera al declarárselos, los inhabilitados (adictos, alcohólicos, disminuidos en sus facultades que no lleguen a la demencia y pródigos: art. 152bis del CC). Sabemos que en nuestro tiempo se ha tratado de ir sustituyendo la idea de la incapacidad (absoluta) de obrar con la intervención de un curador, por una idea que parta de la básica “capacidad” respecto de todas las personas y que se genere, para aquellas que presenten discapacidades, un sistema que llaman de apoyos y salvaguardias. (1) Sin entrar en este tema que no es propiamente el de esta exposición, recordemos con Rivera que precisamente “el legislador frente a determinadas circunstancias declara a la persona

(*) Comunicación del Académico, en la sesión privada del 13 de junio de 2013.

(1) GIOVANNETTI, Patricia S. y ROVEDA, Eduardo G., “La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y a ley de salud mental”, LA LEY, 2013-A, 148.

incapaz a fin de protegerla en el ejercicio de sus derechos nombrándole un representante para que éste ejerza aquellos derechos en nombre y por cuenta del representado". (2) Aún en los casos de no alcanzarse una verdadera incapacidad o estar ante lo que podría presentarse como una incapacidad transitoria, quien resultare nombrado más que representar ejercerá una función de asistencia. Y recordemos también, que la jurisprudencia reiteradamente ha puesto de manifiesto que "las incapacidades de hecho se instituyen en el interés mismo de la persona", aunque señalando que "es tan pernicioso para el sujeto tutelarlos más allá de lo necesario -dado que con ese criterio se le cercenaría incluso la posibilidad de realizar actos que lo benefician- como protegerlo insuficientemente". (3)

Pero concentrándonos entonces en la cuestión que basa nuestra comunicación, debemos decir que en ese cuadro de capacidades e incapacidades, quedan de todos modos fuera de las incapacidades reconocidas según lo expuesto, las personas que, por adicción a drogas o bebidas alcohólicas o por encontrarse con ciertas alteraciones mentales que no llegan a conformar plenamente la demencia y sin estar sujetas a juicio alguno, puedan ser internadas en establecimientos a los fines de ser evaluadas y tratadas: precisamente es respecto de estas personas internadas que me permito efectuar algunas reflexiones, sin dejar de reconocer las disposiciones legales que se han venido dictando y los interesantes trabajos que alrededor de los temas sobre las personas con discapacidades han sido realizados. (4) La situación de estos internados (básicamente capaces sin duda, art. 52 citado), en mi entender no ha estado quizá convenientemente atendida legalmente, siendo que considero que debe serlo dentro de un propio sistema de protección, por razones que veré de señalar.

(2) RIVERA, Juan C., "Instituciones de derecho civil" t. I p. 428.

(3) CNCiv., sala I en LA LEY, 1997-E, 6.

(4) Entre otros, TOBIÁS, José W., "Derecho de las personas", 2009; "Enfermedad mental y derecho privado" en LA LEY, 1997-F, 1393; "Internación y externación de quienes tienen "padecimientos mentales" y la ley 448 de salud mental de la Ciudad de Buenos Aires" en LA LEY, 2003-B, 1388 y con MAYO, Jorge A. "La nueva ley 26.657 de salud mental..." en LA LEY 14/02/2011; CIFUENTES, Santos, "Ley 26.657 de salud mental" en Anales de Ac. Nac. de Der. y C. Sociales, 2011 p. 282; MOLINAS, Andrés "Incapacidad civil de los enfermos mentales", t. 2; CIFUENTES, Santos; RIVAS MOLINA, Andrés y TISCORNIA, B. "Juicio de insania y otros procesos sobre la capacidad" 2ª ed.; KRAUT, Alfredo J. y DIANA, Nicolás, "Derecho de las personas con discapacidad mental..." en LA LEY 08/06/2011; CROVI, Luis D. "Capacidad de las personas con padecimientos mentales" en LA LEY, 25/10/2011; PAGANO, Luz María, "Las internaciones involuntarias en la ley de Salud mental 26.657" en ED, 11/02/2011.

3. Respecto de las personas por nacer y a los fines de los actos que correspondiera, son sus representantes: sus padres y a falta o incapacidad de éstos, los curadores que se les nombre (art. 57 del CC); respecto de los menores (no emancipados, pues con la emancipación adquieren plena capacidad civil), sus padres o tutores; y de los dementes y también de los sordomudos los curadores que se les designe. Entre tanto, respecto de los inhabilitados actuará a su respecto un curador sin cuya conformidad no podrá el inhabilitado disponer de sus bienes por actos entre vivos y tampoco podrá realizar actos de administración que la sentencia de inhabilitación del magistrado hubiera limitado (art. 152bis del CC).

Tal la cobertura que las normas despliegan sobre estos incapaces, y que implica una protección “al efecto de suprimir los impedimentos de su incapacidad”, siendo de tener en cuenta que a más de los representantes necesarios establecidos por el Código los incapaces son al mismo tiempo, o sea, promiscuamente, representados por el Ministerio de Menores e Incapaces que “será parte legítima y esencial en todo asunto judicial o extrajudicial, de jurisdicción voluntaria o contenciosa, en que los incapaces demanden o sean demandados, o en que se trate de las personas o bienes de ellos, so pena de nulidad de todo acto y de todo juicio que hubiese lugar sin su participación” (art. 59 del CC).

4. Acercándonos más a nuestra inquietud, y tomando el caso de los dementes, debe además señalarse, dentro de esa idea de protección, que hay dos aspectos normativamente atendidos expresamente: uno, que contempla que interpuesta la demanda por quien estuviera en condiciones de hacerlo (arts. 144 y 470 del CC) se le nombrará al accionado por demencia un curador provisorio (que los defienda y represente en el juicio: art. 147 del CC o un curador interino a los bienes: art. 471 del CC) y declarado demente, y con ello declarado incapaz, se le nombrará al mismo un curador “definitivo” (arts. 468 y 470 del CC); y dos, que además, declarada la incapacidad (demencia) del demandado son de ningún valor los actos posteriores de administración del incapaz (art. 472 del CC) y en cuanto a los anteriores a la declaración de incapacidad podrán ser anulados si la causa de la interdicción declarada por el juez existía públicamente en esa época (si la demencia no era notoria la nulidad no puede hacerse valer contra contratantes de buena fe y a título oneroso) (art. 473 del CC).

A su turno en el caso del inhabilitado (que podrá serlo el alcohólico o el adicto a estupefacientes que “estén expuestos a otorgar actos jurídicos perjudiciales a su persona o patrimonio; o los disminuidos en sus facultades sin llegar a la demencia cuando el juez estime que de su plena capacidad “pueda resultar presumiblemente daño a su persona

o patrimonio”, o al pródigo que expusiere a su familia a la pérdida de su patrimonio -en este último caso debe haber cónyuge, ascendiente o descendientes y dilapidación de parte importante del patrimonio-, la misma norma señala que se le nombrará curador y se aplicará en lo pertinente las normas sobre la declaración de demencia. Sin la conformidad del curador los inhabilitados no podrán disponer de sus bienes por actos entre vivos, pero “podrán otorgar por sí solos los actos de administración” que no se hayan limitado en la sentencia de inhabilitación” (art. 152 bis del CC).

5. Nuestra preocupación se ciñe a la persona, que no es demente ni inhabilitado y que sin juicio alguno promovido en relación con padecimientos respecto de su salud (deficiencias mentales no confirmativas de la demencia o adicciones a bebidas alcohólicas o drogas), se encuentra sometida al estado de internación para su debida atención y tratamiento.

Y tal preocupación se torna latente a través de la incorporación de reformas a nuestra legislación común, como ocurrió respecto del artículo 482 del Código, primero por la ley 17.711 de 1968 y más recientemente por la ley 26.657 de 2010, respecto de la cual no haremos un examen sino en la medida que nos interese a nuestro propósito. Esta ley 26.657, sobre la cual han efectuado muy interesantes comentarios críticos que compartimos, nuestros destacados y estimados académicos Cifuentes y Tobías que he dejado citados, se denominó de “Derecho a la protección de la salud mental” (que derogó la anterior 22.914) y mantuvo con la reforma que propuso, la posibilidad de la “internación involuntaria” (compulsiva) en un “establecimiento de salud” de una persona que padezca “enfermedades mentales o adicciones”, requiriéndose que tales personas (en un primer caso “declaradas ya incapaces”), se encuentren “en riesgo cierto e inminente para sí o para terceros”.

Pero al mismo tiempo también, ahora sin necesidad de que justifiquen una declaración de incapacidad o inhabilidad, si se tratara de personas con enfermedades mentales o adicciones que requirieran “asistencia en establecimientos adecuados”, permite al juez, a pedido de quienes enumera el art. 144 del Código (pueden pedir la demencia: esposo o esposa, no separados o divorciados, parientes, Ministerio de Menores, Cónsul o cualquiera del pueblo si fuera furioso o incomode a vecinos) y previa información sumaria, “disponer la evaluación” de las mismas con tal finalidad (justificar la internación para asistencia y tratamiento. Artículo 43 de la ley citada 26.657). No lo dice la norma, pero es natural que como resultado de la evaluación el juez pueda disponer la “internación involuntaria” del enfermo (enfermo mental o adicto) en establecimiento adecuado, con lo cual estamos también ante el “internado” que no ha jus-

tificado la declaración de incapacidad (interdicción) ni inhabilitación pero que se encontrará en un establecimiento para ser tratado.

Y aún más, a diferencia de redacciones anteriores que señalaban que la “autoridad policial” “podría” proceder a la internación de los “enfermos mentales, alcohólicos crónicos o toxicómanos” “cuando pudieran dañar su salud o la de terceros o perturbar la tranquilidad pública”, la nueva ley de 2010 establece como obligación (“deberán”) y extendido a las “autoridades públicas”, el “traslado a un establecimiento de salud para su evaluación” (que lo será por un equipo interdisciplinario) de las personas que presenten tales deficiencias o alteraciones (“que se encuentren en riesgo cierto e inminente para sí o para terceros”). Desde ya que “disponer” un traslado por parte de la autoridad pública implica disponer “compulsivamente” si se quiere, que la persona se lleve a un establecimiento de salud y en los hechos se la “interne” a los fines de la evaluación. Según fuentes relacionadas con las autoridades sanitarias de la Nación, y confirmando constataciones que efectuáramos cuando nos desempeñamos como juez de primera instancia, existe una gran población de internados involuntariamente (compulsivamente) en hospitales públicos prolongándose tal internación por largos períodos. (5)

La redacción completa del art. 482 del CC, dispuesta por la ley 26.657 dice así: “No podrá ser privado de su libertad personal el declarado incapaz por causa de enfermedad mental o adicciones, salvo en los casos de riesgo cierto e inminente para sí o para terceros, quien deberá ser debidamente evaluado por un equipo interdisciplinario del servicio asistencial con posterior aprobación y control judicial./ Las autoridades públicas deberán disponer el traslado a un establecimiento de salud para su evaluación a las personas que por padecer enfermedades mentales o adicciones se encuentren en riesgo cierto e inminente para sí o para terceros./ A pedido de las personas enumeradas en el artículo 144 el juez podrá, previa información sumaria, disponer la evaluación de un equipo interdisciplinario de salud para las personas que se encuentren afectadas de enfermedades mentales y adicciones, que requieran asistencia en establecimientos adecuados aunque no justifiquen la declaración de incapacidad o inhabilidad”.

Desde ya que la ley que aludimos 26.657 se ocupa expresamente de las “Internaciones” (Cap. VII) y en cuanto a la internación involuntaria (en la voluntaria existe un “consentimiento prestado en estado de lucidez y con comprensión de la situación”: art. 16 inc. c) de la ley) se la considera “como recurso terapéutico excepcional en casos en que no sean posibles los

(5) ORTIZ DE ROZAS, A. F. y ROVEDA, E. G., “Manual de derecho de familia”, 2011 p. 461 y ss.

abordajes ambulatorios”; agregándose que solo podrá realizarse cuando “a criterio del equipo de salud (interdisciplinario) mediare situación de riesgo cierto e inminente para sí o para terceros” (art. 20 de la Ley).

Se requiere para la internación involuntaria hacerse constar: Además de los requisitos comunes a toda internación (que son los del art. 16: evaluación y diagnóstico interdisciplinario con los motivos que justifiquen la internación; la búsqueda de datos de identidad y familiares...) a) dictamen profesional del servicio asistencial que realice la internación, determinando la situación de riesgo cierto e inminente, con intervención de dos profesionales uno de los cuales deberá ser psicólogo o psiquiatra; b) ausencia de otra alternativa eficaz para su tratamiento; c) informe sobre instancias previas implementadas si las hubiera (art. 20 ley).

La intervención del juez competente se produce por cuanto esta internación involuntaria le debe ser notificada en un plazo de 10 horas, quien dentro de los 3 días deberá: a) autorizar la internación; b) requerir informes ampliatorios; c) denegar la internación (art. 21 de la ley). Incluso el juez puede ordenar directamente la internación (nos estamos siempre refiriendo a los casos de personas que no se encuentran sometidos a juicio alguno de demencia o inhabilitación) si el servicio de salud se negare a hacerlo. Asimismo transcurridos los primeros 7 días de la internación involuntaria el juez debe dar parte al órgano de revisión creado (art. 25 de la ley). Tal Órgano que debe ser multidisciplinario (con representantes del Ministerio de Salud, de la Sec. de Der. Humanos, del Ministerio Público, de profesionales de la salud etc., etc.: arts. 38, 39 de la ley), se ocupará de requerir informaciones para evaluar las condiciones que se efectúan los tratamientos; supervisar las condiciones de la internación; evaluar si se justifica la internación involuntaria y que no se prolonguen demasiado; informar sobre esas evaluaciones a la autoridad de aplicación; requerir intervención judicial en situaciones irregulares; denunciar a jueces ante el Consejo de la Magistratura por actuaciones irregulares... (art. 40 de la ley).

Debe decirse que la ley contempla la designación de un abogado desde el momento de la internación (incluso el Estado debe proporcionarle uno), pero tal defensor se circunscribe a controlar las actuaciones y poder oponerse a la internación o solicitar la externación (art. 22 de la ley). También se señala en la ley que el juez debe solicitar periódicos informes (no dejando transcurrir entre los mismos más de 30 días) para evaluar si persisten las razones de la internación o disponer la externación. Luego de 90 días del tercer informe si continúa la internación involuntaria el juez deberá hacer una nueva evaluación por intermedio de un nuevo equipo interdisciplinario, optando siempre por la evaluación que menos restrinja la libertad de la persona internada (art. 24 de la ley).

6. Hay proyectándose en este campo de las afecciones mentales de las personas, ciertas posiciones en los tiempos actuales como la idea de la desaparición de los establecimientos neuropsiquiátricos (arts. 27 de la ley 26.657), toda una cuestión con posiciones no siempre coincidentes, y correlato de ello, lo que en la misma ley se sostiene en cuanto a que la internación de los afectados a que hacemos referencia deberá efectuarse en hospitales generales, lo cual trae aparejada una serie de consideraciones, cuando menos el requerimiento de que tales establecimientos deben sin la menor duda contar -cosa que no siempre ocurre- con un "servicio" especializado al respecto, sin el cual resulta imposible la internación y tratamiento en beneficio de este tipo de pacientes.

7. En el Proyecto de reformas al Código Civil de 1998 si bien no se reproducía en la Sección correspondiente a la curatela (Quinta del Cap. III del Tít. I del Libro Segundo "De la parte general") una norma semejante, subsiste la figura del "internado" en el art. 33 (Sección Segunda "Interdictos por causas psíquicas" del Cap. II, Libro II Tít. I) que trata precisamente de la "internación" del que ha sido denunciado o interdicto por sentencia judicial, y sobre todo, especialmente para el tema que nos ocupa, en las siguientes normas: Art. 34. Que faculta al tribunal a "disponer la internación de personas no denunciadas ni declaradas interdictas..." si se dan los siguientes extremos: a) que se trate de una persona que se encuentre en estado de causar un daño a si misma o a terceros; b) que un médico psiquiatra se haya expedido sobre la necesidad de la internación; c) que un juez la haya entrevistado personalmente, salvo que razones de extrema urgencia lo hayan impedido; d) que lo solicite una de las personas enumeradas en el artículo 28 (cónyuge no divorciado ni separado, parientes consanguíneos hasta 4to. grado y los por afinidad hasta el 2do. grado, el Ministerio Público, el propio interesado, y si el denunciado es un menor solo están legitimados los padres, el tutor y el Ministerio Público) o la autoridad policial". Art. 35. La sentencia que dispone la internación en el caso del artículo anterior, debe especificar su duración y finalidad. Si vencido el plazo de la internación subsisten las causas que la motivaron, ella solo podrá ser reiterada en el caso de que la persona sea denunciada como interdicta o inhabilitada por alguno de los legitimados para hacerlo. Y finalmente, en el art. 36, dice que la autoridad policial puede disponerla internación de personas cuyo estado no admita dilaciones. En este caso debe comunicarlo inmediatamente al tribunal en lo civil, quien debe actuar de acuerdo a lo previsto por el art. 34".

Y en el Proyecto de 2012 si bien tampoco se repite una norma similar en la Sección que trata de la Curatela, también se encuentra prevista la persona del "internado sin consentimiento" (art. 41): "La internación sin consentimiento de una persona, tenga o no restringida su capacidad, procede solo si se cumplen los recaudos previstos en la legislación especial y las reglas generales de esta Sección. En particular: a) debe estar fundada en una

evaluación de un equipo interdisciplinario de acuerdo a lo dispuesto en el art. 37 (... aspectos: diagnóstico y pronóstico, época en que se manifestó la situación recursos personales, familiares y sociales existentes, régimen para la protección, asistencia y promoción de la mayor autonomía posible, dictamen de equipo interdisciplinario), b) existencia de riesgo cierto de un daño para la persona o terceros, c) ser un recurso terapéutico lo más breve posible, d) garantizarse el debido proceso, e) fijarse, si se aprueba la internación, la finalidad, duración y periodicidad de la revisión. Se contempla también expresamente el caso de la internación por autoridad pública: art. 42, La autoridad pública puede disponer el traslado de una persona cuyo estado no admita dilaciones y se encuentre en riesgo cierto e inminente de daño para sí o para terceros a un centro de salud para su evaluación. En ese caso si fuese admitida la internación, debe cumplirse con los plazos y modalidades establecidos en la legislación especial. Las fuerzas de seguridad y servicios públicos de salud deben prestar auxilio inmediato”.

8. Pues bien y a esta altura debe señalarse, que en todos los casos expuestos nadie podría pensar que la persona con padecimientos mentales, drogadicto o alcohólico que ha sido internado en un establecimiento a los fines de su tratamiento, pueda estar en condiciones (capacitado) para realizar por sí mismo actos que comprometan su persona o su patrimonio.

Con anterioridad a reformas sufridas por la legislación (por ejemplo las de 1968 por la ley 17.711) se entendía que la norma de internación que ya traía el art. 482 del CC (el demente no sería privado de su libertad personal sino en los casos que fuera de temer que se dañe a sí mismo o a terceros) contemplaba principalmente el caso del incapaz de obrar declarado tal en juicio o siendo objeto de un proceso de demencia (antecedente de la norma argentina el art. 466 del CC Chileno). La internación se entendía que podía ser solicitada por el curador definitivo si era menester para una mejor asistencia del enfermo. Es decir, que el magistrado habría de resolver sobre la necesidad o conveniencia de la internación al decretar la interdicción (demencia) o como medida urgente durante el juicio de insania. Pero la doctrina y la jurisprudencia consideraron aún antes de las reformas de las normas, que la posibilidad de la internación debía entenderse también aplicable “al demente de facto o de hecho” (no sometido a interdicción y curatela), cuya internación podía efectuarse -como recordamos recientemente- aun por denuncia ante autoridad administrativa en casos de urgencia, medida de internación que se comprendía que debía sujetarse a normas precisas que la reglamentaran y que contemplaran la debida protección y aun representación del internado. (6)

(6) SPOTA, A. G., “Tratado de derecho Civil. Parte General”, t. I v-3, 2, p. 498 y ss.

Entonces, las reformas que sobre cayeron sobre las normas del código en esta materia, llevaron a que las restricciones impuestas al ejercicio de los derechos (capacidad de obrar) por la interdicción (declaración de incapacidad) plena o atenuada (inhabilitación) sobre personas que padecieran demencia o disminución de sus facultades o fueran viciosos o pródigos, conducía a la necesidad de plantearse el supuesto de un estado de internación transitorio (para sujetarse a un tratamiento) al que puede someterse a personas que no alcancen a dar lugar a una declaración de interdicción. Tal la apertura que significó la ley 17.711.

Las reformas trataron de llenar un vacío respondiendo a la necesidad de proveer a una rápida asistencia en propio beneficio del enfermo, de terceros y en resguardo de la tranquilidad pública. La verdad, que no obstante la vigilancia, en los hechos estas internaciones que podían efectuarse compulsivamente, duraban tiempos considerables sin que sobre tal persona recayera decisión judicial alguna de interdicción (incapacidad) o inhabilitación. No se descarta la posibilidad de que en algunos casos la internación pueda ser de corta duración y que al encontrarse los familiares cerca del internado enfermo se la pueda controlar en alguna medida (aunque es común el abandono de los internados por sus allegados), pero es indiscutible que en atención a los padecimientos de quienes llegan al extremo de tener que ser internados y al tratamiento a que deben ser sometidos se requieran generalmente permanencias de cierto tiempo.

9. Por otra parte la internación, para alcanzar su objetivo en beneficio del internado debe ir asimismo acompañada de un tratamiento adecuado para la cura o rehabilitación del enfermo internado (según los grados de afectación o gravedad no se descartaba en un tiempo como terapéutica la aplicación de tratamientos rigurosos, con el suministro de distintas drogas (psicofármacos) y, además, en el caso de los viciosos, el necesario aislamiento y la progresiva supresión del tóxico, todo lo cual no puede sino incidir sobre la personalidad y la voluntad del sujeto internado. En esa situación no puede sostenerse, como ya lo adelantamos, que la persona internada se encuentre en posición normal para atender sus intereses. El régimen de recuperación al que se somete al internado supone por sí mismo también un estricto control sobre su desplazamiento, razón por la cual su libertad personal se encontrará necesariamente restringida y por lo mismo el ejercicio de sus derechos resultara en la práctica muy difícil: la internación se constituye implícitamente en una interdicción, pues se le impide el ejercicio a plenitud de sus derechos al enfermo. (7) El hecho

(7) FANTONI, A. A. L., "Los semialienados en la legislación civil argentina" en JA., 68-V, Sec. Doctr., p. 834 y ss.

de que la persona internada en estos casos padece de alguna deficiencia mental (aunque no llegue a la demencia) o sufre la dependencia de drogas o bebidas alcohólicas, agrava sin duda su situación de internado desde el punto de la incapacidad de obrar que padece, en relación por ejemplo con la del penado que sabemos (con pena superior a los 3 años) se encuentra afectado por una incapacidad civil transitoria como accesoria de la pena principal que lo priva, mientras dure la pena, de la administración de los bienes y del derecho a disponer de ellos por actos entre vivos, quedando el penado sujeto a la curatela establecida en el Civil para los incapaces (art. 12 del CPenal). Si independientemente de su salud mental o física que puede ser óptima, la persona encarcelada se encuentra restringida en su obrar y con curador solo por estar sujeta a un régimen penitenciario en la cárcel, con más razón sería en el caso de la persona que sufre una internación por estar disminuido en sus facultades o ser drogadicto o alcohólico. Este último si bien no está en un régimen carcelario, está internado y enfermo, con padecimientos que requieren tratamiento. De todas formas aun en la de carácter penal la curatela dispuesta tiene “intención tutelar”, contemplando una situación de encierro del condenado que le impide realizar por sí los actos de la vida civil y atender sus negocios”. (8) Se trata en este caso del penado de una suspensión transitoria de la capacidad que siempre será relativa, pues además de permitírsele al penado efectuar ciertos actos extrapatrimoniales (ej.: celebrar matrimonio y reconocer hijos), en la esfera patrimonial puede hacerse oír ya sea frente al curador que lo representa o ante el órgano judicial que concede la curatela, sin que ello perturbe el ejercicio de esta institución protectora. (9) Se configura de tal manera un sistema de protección por asistencia. Ese “hacerse oír” obviamente no parece que pueda ocurrir en igual medida en relación a la persona de un internado en establecimiento de salud, que se encuentra con padecimientos mentales o con adicciones que con seguridad impedirán una comunicación normal del enfermo.

10. Es interesante destacar que el derecho francés se ha venido ocupando desde siempre expresamente de la situación del deficiente mental que pudiera ser internado en un hospital (de alienados) sin estar interdicto, destacando la repercusión que tal internación tiene sobre la situación jurídica del internado. (Si se tratara de alienados sujetos a interdicción se les reconoce una incapacidad equiparada a la de los menores). Normas que se mantuvieron durante mucho tiempo, hablaban de la internación que podía efectuarse de oficio por el prefecto, alcaldes y aun comisarios cuando se tratara de alienados peligrosos debiendo darse aviso al juez rá-

(8) SOLER, S., “Derecho penal argentino”, t. II, p. 453; MOYANO, J. A., “La incapacidad civil de los penados”, Córdoba, p. 85.

pidamente (dentro de las 24 horas) Se ejercía un control sobre el internado con un parte de ingreso dentro de las 24 horas con certificado médico del establecimiento, luego se elevaba otro informe sobre la internación en los 15 días, con obligación de llevar un registro con observación médica mensual y visita de funcionarios (Fiscal) y vigilancia del Presidente del Tribunal Civil, delegado del Ministerio de Salud y Juez de paz y Alcalde.

Pero lo importante era que los internados en nosocomios dependientes de la Asistencia pública de París quedaban sujetos a una tutela de esa Asistencia, además se preveía la designación de un administrador provisional (nombrado por la Comisión de los establecimientos públicos y que procedía al cobro de los créditos del internado, pagaba sus deudas, autorizaba alquileres y con venia del tribunal podía incluso vender bienes muebles, siendo que los parientes del internado podían excluir de la administración al designado por la Comisión). Los poderes eran para actos de administración, pero si se prolongaba mucho tiempo la internación los tribunales podían conceder al administrador provisorio poderes especiales de disposición. Se preveía la posibilidad de designar a un mandatario "ad litem" (para actuación ante tribunales) o un curador a la persona del internado no sujeto a interdicción para velar por el buen empleo de los fondos del enfermo, acelerar su curación y asegurar su salida. El régimen terminaba con la externación. En cuanto a los actos que el internado pudiera haber celebrado durante su internación se determinaba la presunción en contra de su validez, de tal forma que se establecía la posibilidad de impugnar por nulidad tales actos (nulidad relativa). Se producía ni más ni menos que una suspensión transitoria en la capacidad del internado. (10) Se otorgaba así en el derecho francés una asistencia a los internados (deficientes mentales), con la intención manifiesta de dotarlo de la mayor protección posible no solo para evitar desde un principio internaciones arbitrarias, sino también para una adecuada atención de los intereses del mismo en su propio beneficio e indirectamente en el de su familia y en el de terceros. (11)

11. Manteniéndonos en nuestro derecho, digamos que si la internación sobreviene a una declaración de demencia o inhabilitación el asunto parece

(9) SPOTA, A. G., "Tratado de derecho civil. Parte general", t. I, v. 3, pp. 64 y 259; LLAMBIAS, J. J., "Tratado de derecho civil", t. I, pp. 425 y 572.

(10) MAZEAUD, H. L. y MAZEAUD, J., "Lecciones de derecho civil. Parte primera" (Trad. Alcalá Zamora y Castillo), v. IV, pp. 317 - 343).

(11) V. Desde la doctrina clásica de PLANIOL, M. y RIPERT, G., "Traité pratique de Droit civil français" avec le concours de R. Savatier, t. I "Les personnes", p. 735, nro. 707 y ss.; BAUDRY-LACANTINERIE, G.; CHENEAUX, G. y BONNECARRERE,

atendido y existirá en ambos casos el nombramiento de un curador. Tampoco parece haber problema con una internación dispuesta como medida urgente y necesaria durante la tramitación del juicio de demencia o inhabilitación, pues el juez puede allí nombrar un curador provisorio interino a sus bienes o un interventor en la administración del enfermo (arts. 147, 148, 471 del CC y 629, 637bis y conc., del CPC de la Nac., sin perjuicio del control directo que supone la tramitación del expediente). La cuestión, reiteramos, aparece cuando se procede a la internación, compulsiva de una persona no interdicta ni inhabilitada, ni sujeta a juicio alguno con tal finalidad, al solo objeto de someterla a un tratamiento de rehabilitación. En tal supuesto el internado que resulta ser básicamente una persona con capacidad (no ha sido expresamente declarada incapaz), debería considerarse que se encuentra afectado por una incapacidad de obrar transitoria y sujeto por ello a una curaduría mientras dure la internación sin cuya conformidad no podría disponer de sus bienes, siendo que los actos de administración o disposición que hubiera podido el enfermo realizar antes de la internación deberían poder ser anulados si la causa de la necesaria internación (por la importancia de la afectación mental o de la drogadicción o alcoholismo) existiera públicamente en la época que se realizaron (art. 473 del CC), mientras que los posteriores a la internación y durante ésta, serían de ningún valor.

Spota ya señalaba en su Tratado que debía “determinarse la incapacidad de obrar del internado en el nosocomio, declarando la nulidad relativa de los actos que celebre y previendo una representación del mismo (administrador o Comisión protectora) para actos de administración simple y de conservación de los bienes del enfermo y atender a su persona...” (12)

La situación de internación involuntaria de una persona producto de un comprobado estado de deficiencia o perturbación de las facultades mentales, o vicios de drogas o alcoholismo (que puede ser transitorio), es lo que lleva a la necesidad de proveer a la inmediata protección o si se prefiere asistencia provisoria, que implicará una suspensión transitoria de la capacidad de obrar del internado. La incapacidad responde a la concurrencia de factores no solo biológicos sino también jurídicos, sociales y económicos, de tal forma que se ha entendido, por destacados juristas, que procedería dar “curador”, no obstante que la “incapacidad de cuidar de su persona y administrar sus bienes” no fuera producto de un estado definido

P., “Traité théorique et pratique de Droit Civil. Les personnes”, t. IV, p. 904, nro. 11031 y ss.

(12) “Tratado de derecho civil” cit., v. 3, 2 p. 497 y sus citas; ROJAS, N., “Proyecto sobre asistencia a los alienados”, Arc. Med. Legal, año XVI nro. 2.

(13) SPOTA CIT., ÍDEM, DE ÍDEM.

de demencia o sordomudez, pues “la curatela no solo es institución que ampara al alienado típico, sino también a la persona que sin serlo se halla por diversas causas (entre ellas, debilidad o insuficiencia mental, etc.) en imposibilidad de administrar sus bienes o cuidarse a sí mismo en lo que sea más elemental”, (13) y tal es el caso de la persona internada para su tratamiento por estar afectada en sus facultades mentales ser drogadicta o alcohólica (art. 482 del CC). El sentido protector y de asistencia de la curaduría, en general se desprende de la obligación primordial del curador respecto del cuidado de la persona del enfermo para que recobre, de ser posible, su plena capacidad, al mismo tiempo que cuidar de la conservación y administración de sus bienes.

12. Para finalizar, y resumiendo, señalo que sin duda se comparte toda esta preocupación que reflejamos por dotar de la mayor garantía a la internación de personas con padecimientos que, como las que hemos dejado caracterizadas, no se encuentran sujetas a juicio de insania o inhabilitación, internación que las somete a un tratamiento dirigido primordialmente a lograr su cura o restablecimiento. Pero también reiteramos que esa persona disminuida en sus facultades, drogadicto o alcohólico, tiene que entenderse que se encuentra con una “incapacidad de obrar transitoria” durante su internación y que existe la necesidad de recurrir a medidas de “protección” y “asistencia” a su respecto, que como también pudimos señalar antes, conciernen, por un lado, a la posible actuación de un curador provisorio mientras dure la internación para que lo asista (sin cuya conformidad no podría disponer de sus bienes por actos entre vivos) y por otro, al mismo tiempo, la aceptación de una presunción de invalidez de los actos de administración o disposición que hubiera realizado el internado por sí solo. ◆

EL PRINCIPIO PRECAUTORIO EN EL DERECHO AMBIENTAL EN LA JURISPRUDENCIA ARGENTINA

POR AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI (*)

“La mayoría de los casos llegan a los tribunales porque los demás organismos del Estado, por acción u omisión, incumplen con el mandato constitucional previsto en el art. 41 de la Constitución Nacional. Son las autoridades las que no exigen la realización de mecanismos de control como es la evaluación de impacto ambiental, las que dan autorizaciones para realizar actividades contaminantes en zonas protegidas, algunas, incluso, patrimonio común de la humanidad, etc.”

Sumario: 1. Preliminares. 2. Etimología. 3. Concepto. 4. Naturaleza jurídica (principio, regla, guía). 5. Requisitos para la configuración del PP y para la aplicación de medidas. 6. Principales posiciones frente al PP. 7. Pros y contras del PP. 8. Prevención y precaución engarzadas en la prudencia. 9. Implicancias procesales de la aceptación del PP. 10. Medidas posibles. 11. El principio de precaución en la ley 25.675 (65) (art. 4º) y sus fuentes. 12. El PP en los tribunales argentinos. Otros casos. 13. Casos vinculados a campos electromagnéticos. 14. Algunas reflexiones de cierre. (1)

(*) Comunicación de la Académica, en la sesión privada del 27 de junio de 2013.

(1) Me he referido al principio de precaución, en Responsabilidad civil, principio de precaución y transgénicos, en CASABONA, Carlos María, Principio de Precaución, Biotecnología y Derecho, Comares, Granada, 2004, p. 319; en Rev. Conceptos, Boletín de la Universidad del Museo Social Argentino, Año 79- N° 1, 2004-9; y en BUXÓ, María J., y CASADO, María (directoras), Riesgo y Precaución. Pasos hacia una bioética

No hay decisión sin riesgo. Esto no se puede cambiar. Pero a la política le corresponde la función específica de una transformación del riesgo. (2)

En la modernidad avanzada, la producción social de riqueza va acompañada sistemáticamente por la producción social de riesgos. Por lo tanto, los problemas y conflictos de reparto de la sociedad de la carencia son sustituidos por los problemas y conflictos que surgen de la producción, definición y reparto de los riesgos producidos de manera científico-técnica. (3)

El derecho, dador histórico de certeza y seguridad jurídica, se enfrenta hoy al desafío de dar seguridad a partir de hechos inciertos, controvertidos, y es ahí donde se inserta el sistema de precaución. (4)

ambiental, publicación del Seminario (29/3/2003), Barcelona, España, 2005, p. 169. También tuve la fortuna de trabajar en la preparación del documento encomendado por el COMEST (Comisión Mundial de Ética del Conocimiento Científico y la Tecnología) finalmente aprobado por la Unesco en 2005; he relatado esa experiencia en mi artículo El principio de precaución en un documento de la UNESCO, en Anales de la Academia Nacional de Derecho de Buenos Aires, Año L, Segunda Época, N° 43, 2005, p. 271. El documento que se comenta se encuentra en <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001395/139578s.pdf>. El grupo de especialistas fue dirigido por Matthias Kaiser e integrado por los doctores Jeroen Van der Sluijs, Sharon Beder, Vittorio Hossle, Anne Kinzig y la autora de este trabajo. Ulteriormente, como integrante del Comité Nacional de Ética en Ciencia y Tecnología, colaboré en la preparación del documento titulado Anotaciones para una ética en la ciencia y la tecnología N° 2, julio 2010 El Principio de Precaución. El documento se encuentra en <http://www.cecte.gov.ar>. Intento avanzar tomando como punto de partida lo expresado en esos trabajos y en la bibliografía allí citada, que procuro no repetir. Me limito, como señala el título, a los supuestos de aplicación en el derecho ambiental y no en otros ámbitos, sin dejar de reconocer qué difícil es separarlo, desde que aparece imbricado con las normas sanitarias y de otro tipo (CORTI VARELA, Organismos genéticamente modificados y riesgos sanitarios y medioambientales, Madrid, Reus, 2010, p. 33 y ss.; PÉDROT, Philippe, and BOUSCAUT, Frédéric, Precautionary principle and normativity, en Journal Internacional de Bioéthique, 2012 n° 1 p. 41. Los autores señalan las implicancias recíprocas entre ambiente y salud). Para la cuestión en el derecho internacional del mar, ver TRIPELLI, Adriana, El principio del enfoque de precaución según el tribunal internacional del derecho del mar. Opinión Consultiva. Caso 17, en Rev. de Derecho ambiental, n° 33, 2013, p. 131.

(2) LUHMANN, Niklas, La moral de la sociedad, Madrid, Trotta, 2013, p. 328.

(3) BECK, Ulrich, La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad, trad. de Jorge Navarro, Daniel Jiménez y Rosa Borrás, Barcelona, Paidós, 2006, p. 29. Comienzo por esta cita pues Ulrich Beck es citado por la mayoría de los autores que escriben sobre el principio de precaución, estén o no de acuerdo con el autor y con la formulación del principio.

(4) DÍAZ FERNÁNDEZ, Hugo, Aportes a la construcción del sistema de precaución, Rev. de Derecho ambiental, n° 33, 2013, p. 29.

1. Preliminares

Ortega y Gasset enseñó que “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”. (5)

No debe extrañar, pues, que un premio Nobel de química, Illya Prigogine, escriba un libro titulado “El final de las certidumbres”, y que en las últimas tres décadas, sociólogos y juristas vengan debatiendo sobre el impacto social de la tecnología moderna y el paso de los riesgos individuales a la llamada “*Sociedad del riesgo*”.

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. Los riesgos, reconoce, no son un invento de la Edad Moderna. Quien, como Colón, partió para descubrir nuevos países y continentes, aceptó riesgos. Pero se trataba de riesgos personales, no de situaciones globales de amenazas generales. (6) En la *sociedad tradicional* el riesgo es *individual*; en la *industrial* es 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. Agrega que “la posibilidad de de-

(5) 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, Ariel, 1999, p. 29.

(6) BECK, Ulrich La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad, trad. de Jorge Navarro, Daniel Jiménez y Rosa Borrás, Barcelona, Paidós, 2006, p. 32. Compulsar también STELLA, Federico, Il rischi da ignoto tecnologico e il mito delle discipline, en obra colectiva, Il rischi da ignoto tecnologico, Milano, Giuffrè, 2002, p. 15; BERGEL, Salvador, Introducción del principio precautorio en la responsabilidad civil, en Derecho Privado, libro homenaje a Alberto Bueres, Buenos Aires, 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, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 2001, p. 55.

terminar 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*". (7)

No afirmo ni niego algunas de las argumentaciones de los críticos de Beck que sostienen que estos riesgos globales también existieron en el pasado, a punto tal que algunas civilizaciones se suicidaron ecológicamente; tales "ecocidios", dicen, fueron provocados por la deforestación, la erosión del suelo o su salinización, caza o pesca excesiva, introducción de especies alógenas en la fauna o flora autóctona o incluso la explosión demográfica; así, la caída de algunas civilizaciones de pueblos originarios de México pudo obedecer a que, dado un fuerte aumento de la población, los habitantes arrancaron masivamente los pinos que cubrían las colinas a fin de utilizar la madera como combustible; las lluvias provocaron que tierras ácidas de las colinas se deslizaran progresivamente sobre las tierras fértiles de los valles, provocando una disminución de la producción agrícola; al modificar el ciclo del agua, esta deforestación provocó sequías y todo este proceso terminó por alterar la salud de la población. (8)

Aun cuando esa descripción fuese correcta, también lo es el formidable avance tecnológico del último siglo (se afirma que en los últimos cincuenta años se han producido más inventos que en cinco siglos) y una importante cantidad de ellos han generado nuevos riesgos. De allí que la preocupación de los autores por estos temas se hayan incentivado en los últimos años en todos los países. De allí que la preocupación de los autores por estos temas se haya incentivado en todos los países en las últimas décadas. (9)

(7) Conf. ROVIRA DEL CANTO, Enrique, Delincuencia informática y fraudes informáticos, Granada, Comares, 2002, pp. 18/19 y 42.

(8) MÉRIC, Jérôme, PESQUEUX, Yvon et SOLÉ, Andreu, La société du risque. Analyse et critique, Paris, Économica, 2009, p. 12.

(9) En las notas de este trabajo intento mostrar, sin pretensión de completividad, la bibliografía posterior a mis trabajos citados en nota 1. En la Argentina, la cuestión fue abordada especialmente en las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho civil, reunidas en Tucumán, en setiembre de 2011 (Ver las conclusiones, muy pocas unánimes, en JA, 2011-IV-1093). Un análisis de esas conclusiones se encuentra en TANZI, Silvia, Principios de prevención y precaución. XXIII Jornadas Nacionales de Derecho civil. Tucumán, setiembre de 2011. Breve estudio de las conclusiones de la comisión n° 3. Derecho de daños, en Rev. Responsabilidad civil y seguros, año XIII n° 11, noviembre 2011, p. 275. El tema ha tenido un desarrollo inmenso en la Unión Europea; es imposible referenciar toda la bibliografía existente, pero no puedo omitir la cita de RUIZ JARABO COLOMER, Dámaso, La justicia de la Unión Europea, Madrid, Civitas, 2011, capítulo 11, pp. 359/393. Como es sabido, el autor se desempeñó como Abogado General del Tribunal de la Unión Europea, por lo que la obra tiene el valor agregado

En esta sociedad del riesgo global “hacen agua las construcciones de seguridad y control que caracterizan las etapas históricas que le precedieron. La temática del riesgo adquiere un marcado carácter político, en tanto no

de haber sido escrito por quien, de algún modo, contribuyó a forjar la jurisprudencia de ese prestigioso tribunal. El libro está precedido de un maravilloso prólogo, escrito por Ami Barav, quien destaca cómo el Abogado General utilizó a la literatura como valioso instrumento de interpretación de las normas. Puede también compulsarse CARRETERO GARCÍA, Ana, La protección de la salud de los consumidores: el principio de precaución en la jurisprudencia del TJCE, en *Rev. Española de Derecho Europeo*, n° 16, 2005 p. 547; NOVELLI, Mariano y TABARES, Juliana, Problemática del principio precautorio en la Unión Europea, en *Rev. de Derecho Ambiental* n° 32 (2012) p. 275; SANZ LARRUGA, Francisco J., El principio de precaución en la jurisprudencia comunitaria, en *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, año 2002-I 117-131; BERMEJO GARCÍA, Romualdo y otra, Algunas cuestiones en torno a los organismos modificados genéticamente y su evolución: hacia el futuro con cautela, en ESCUDERO ESPINOSA, J.F. (director), *La bioseguridad en la encrucijada europea. La aplicación jurídica en Francia y en España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, p. 24 y ss. Para la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ver RUOZZI, Elisa, *La tutela dell'ambiente nella giurisprudenza della Corte Europea dei diritti umani*, Napoli, Jovene, 2011, pp. 79/83. Para el PP en Francia, en distintos ámbitos (responsabilidad civil, salud, transgénicos, etc.) ver BOUTONNET, Mathilde, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, Paris, Ed. LGDJ, 2005; AURENGO, André et autres, *Politique de santé et principe de précaution*, Paris, Ed. Puf, 2011; FOUCHER, Karine, *Principe de précaution et risque sanitaire*, Paris, Harmattan, 2002; GROSIEUX, Patrick, *Principe de précaution et sécurité sanitaire*, Marseille, Ed. Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2003; NAKSEU NGUEFANG, Georges, *Principe de précaution et responsabilité internationale dans le mouvement des OGM*, Bruxelles, Ed. Bruylant, 2012; Ministère de l'Écologie et du Développement Durable, *Le principe de précaution saisi par le droit. Les enjeux sociopolitique de la juridicisation du principe de précaution*, Paris, Ed. La documentation française, 2006 (El libro concluye con un anexo de jurisprudencia de organismos internacionales, comunitarios y franceses (pp. 159/202); NOIVILLE, Christine, *Du bon gouvernement des risques*, Paris, Ed. Puf, 2003. En Italia, BARONE, Antonio, *Il diritto del rischio*, Milano, Giuffrè, 2006; BASSAN, Fabio, *Gli obblighi di precauzione nel Diritto Internazionale*, Napoli, Jovene, 2006; BUTTI, Luciano, *The precautionary principle in environmental law*, Milano, Giuffrè, 2007; COMMANDÉ, Giovanni (a cura di), *Gli strumenti della precauzione: nuovi rischi, assicurazione e responsabilità*, Milano, Giuffrè, 2006; DI BENEDETTO, Danila, *La disciplina degli organismi geneticamente modificati tra precauzione e responsabilità*, Napoli, Ed. Scientifiche italiane, 2011; IZZO, Umberto, *La precauzione nella responsabilità civile*, Padova, Cedam, 2004; MARINI, Luca, *Il principio di precauzione nel Diritto Internazionale e Comunitario*, Padova, Cedam, 2004; MONTINARO, Roberta, *Dubbio scientifico e responsabilità civile*, Milano, Giuffrè, 2012; NANNA, Concetta M., *Principio di precauzione e lesioni da radiazioni non ionizzanti*, Napoli, Scientifiche italiane, 2003; SOLLINI, Matteo, *Il principio di precauzione nella disciplina comunitaria della sicurezza alimentare*, Milano, Giuffrè, 2006. En EE.UU., SCHEJTMAN, Flavia, *Una mirada al principio de precaución ambiental en los Estados Unidos de América*, en *Rev. de Derecho Ambiental* n° 26 (2011) p. 37.

existe la opción de externalizar los riesgos, que ya superan las bases y las categorías con las que hemos pensado y actuado hasta el presente”. “¿Cómo afrontar las consecuencias del calentamiento global que ya ha dejado de ser una hipótesis de estudio para convertirse en una dramática realidad? ¿Cómo imaginar los riesgos que importa la aplicación de las técnicas de ingeniería genética en el hombre? ¿Cómo prever las consecuencias del futuro que puede traer el cultivo indiscriminado de variedades transgénicas?”. (10)

¿Hay que aplicar siempre la sabiduría popular y decir “*Better safe than sorry*” (11)?

En este contexto, y especialmente en el del análisis del nuevo concepto de “generaciones futuras” (12) se ubica y desarrolla el principio de precaución (de ahora en adelante, PP).

2. Etimología

La palabra *precaución* es el sustantivo correspondiente al verbo *preca-verse*. Tiene raíz en el latín y significa *prae* (antes) y *cautio o cavere* (tomar cuidado o cautela).

O sea, sugiere cuidados anticipados, cautela para que una actitud o acción no venga a resultar en efectos indeseables. (13)

3. Concepto

Encontrar una definición precisa del principio precautorio es una tarea compleja, especialmente porque contiene, necesariamente, una noción incierta *per se*, cual es la de *incertidumbre* científica. (14)

(10) BERGEL, Salvador, Enfoque ético y jurídico del principio de precaución. El ser y los avances tecnológicos, en Protección jurídica de la persona. Homenaje al Dr. Julio César Rivera, Buenos Aires, La Ley, 2010, p. 23.

(11) La pregunta sería trasladable a la expresión “Vale más equivocarse del lado de la seguridad” (BESALÚ PARKINSON, Aurora V.S., Responsabilidad por daño ambiental, Buenos Aires, Hammurabi, 2005, p. 549).

(12) Para este tema ver GAILLARD, Émilie, Générations futures et droit privé, Paris, LGDJ, 2011, con prólogo de Mireille Delmas-Marty; MARKUS, Jean Paul (sous la direction de) Quelle responsabilité juridique envers les générations futures?, Paris, Dalloz, 2012.

(13) DRNAS DE CLÉMENT, Zlata, El principio de precaución ambiental. La práctica argentina, Córdoba, Lerner, 2008, p. 23. MILARÉ, Edis, Principios fundamentales de derecho del ambiente, en Revista de Tribunales, vol. 756, octubre 1998, p. 60.

(14) CANS, Chantal, Le principe de précaution; nouvel élément du contrôle de légalité, en Revue française de Droit Administratif, 1999 n° 4, Sirey, Paris.

De cualquier modo, para el mejor desarrollo del tema, cabe recordar algunas definiciones.

Para algunos es un *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. (15)

Geneviève Viney afirma que se trata de “la *actitud* que debe observar toda persona que toma una decisión concerniente a una actividad de la que se puede *razonablemente esperar un daño grave* para la salud o la seguridad de las generaciones actuales o futuras, o para el medio ambiente. Se impone especialmente a los poderes públicos, que deben hacer prevalecer los imperativos de salud y seguridad por encima de la libertad de intercambios entre particulares y entre Estados”. (16)

Otros dicen que consiste en no esperar la prueba absoluta de una relación de causa a efecto cuando elementos suficientemente serios incitan a pensar que una sustancia o una actividad podrían tener consecuencias dañinas irreversibles para la salud o para el medio ambiente y, por lo tanto, no son sostenibles. (17)

Una autora argentina afirma que consiste en “una obligación por parte del sujeto decisor de agotar las vías para alcanzar las certezas necesarias en torno a la existencia o no del riesgo sospechado antes de autorizar una actividad y cubrir las seguridades básicas acordes al potencial riesgo dudoso afrontado”. (18)

La fórmula del documento aprobado por la Unesco en 2005 describe (19):

“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.

(15) BELVEZE, Henri, Lignes directrices pour l'application du principe de précaution, en obra colectiva, dirigida por Edwin Zaccai y Jean N. Missa, Le principe de précaution. Significations et conséquences, Bruxelles, Ed. de l'Université, 2000, p. 42.

(16) VINEY, Geneviève, Le principe de précaution. Le point de vue d'un juriste, Les Petites Affiches, 30/11/2000, p. 70.

(17) ZACCAI-MISSA, Le principe de précaution. Significations et conséquences, Bruxelles, Université de Bruxelles, 1994.

(18) DRNAS DE CLÉMENT, Zlata, El principio de precaución ambiental. La práctica argentina, Córdoba, Lerner, 2008, p. 28.

(19) Ha criticado esta definición, TOLOSA, Pamela, Principio precautorio y de prevención: función preventiva y problemas de información, JA, 2011-IV-1065.

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”.

De estas definiciones surge que el PP tiene una naturaleza compleja, en tanto se encuentran imbricadas cuestiones científicas, económicas, sociales, culturales, éticas, todas las cuales requieren actuar con eficiencia y con soporte jurídico.

Bien se ha dicho que “desde la filosofía hacia la teoría social la irrupción de la racionalidad precautoria se ha problematizado de diferentes maneras” y que en el ámbito del Derecho implica “articular una serie de tecnologías jurídicas heterogéneas, como la fijación de mínimos de tolerancia, la generalización de autorizaciones administrativas previas, las regulaciones de alertas tempranas, el diseño de mecanismos de participación ciudadana en los procesos de toma de decisiones, la revisión de la actuación de los expertos en esos procesos, las obligaciones de seguir investigando, de seguimiento de productos, etc.” (20) Efectivamente, desde la perspectiva del derecho, los riesgos tecnológicos borran las fronteras entre las diversas

(20) SOZZO, Gonzalo y BERROS, María V., Principio precautorio, RCyS, año XIII n° 3, marzo 2011, p. 29; también en Una agenda para el principio precautorio, en Rev. Crítica de Derecho privado, La Ley Uruguay, n° 6, 2009, p. 763 y ss.

ramas del Derecho. Se alerta en torno a 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. (21)

Éticamente, el PP se basa en la convicción de que a veces, nuestra ignorancia puede hacernos moralmente culpables. Parte de la base de que el hombre de ciencia debe buscar activamente información, y en esa búsqueda no debe tener una perspectiva estrecha. (22) No es ajeno al planteo el deber de equidad intergeneracional. (23)

En todo caso, y desde todas las ópticas, el punto de partida es, especialmente para el ambiente, que en la medida de lo posible, los atentados deben evitarse antes de que se produzcan; en este sentido, el PP implica la detección precoz de todo peligro para el ambiente mediante una investigación multicompreensiva y sincronizada que preste una especial atención a las relaciones causa-efecto”. (24)

4. Naturaleza jurídica (principio, regla, guía)

Se discute si el PP es típicamente un principio general, fuente del derecho interno e internacional y, consecuentemente, de aplicación obligatoria, o es sólo una guía, una directiva, un enfoque para abordar determinadas cuestiones. En el derecho argentino interno, en materia ambiental, no hay dudas acerca de su obligatoriedad en tanto el artículo 4º de la ley 25.675 lo incluye expresamente. En otros ámbitos, en cambio, sirve de orientación.

(21) STELLA, Federico, *Il rischi da ignoto tecnologico e il mito delle discipline*, en obra colectiva, *Il rischi da ignoto tecnologico*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 3. En su apoyo, el autor cita al alemán Klaus Lüderssen. En la misma obra (pp. 85/109), alerta sobre el peligro de la penalización, STORTONI, Luigi, *Angoscia tecnologica ed exorcismo penale*.

(22) KAISER, Matthias, *Ethics, science, and precaution - A viewpoint from Norway*, en www.etikkom.no. Para el tema, ver magnífico trabajo de CORTINA, Adela, *Fundamentos filosóficos del principio de precaución*, en CASABONA, Carlos María, *Principio de Precaución, Biotecnología y Derecho*, Comares, Granada, 2004, p. 8 y ss. La autora muestra el tema desde tres perspectivas éticas y analiza la cuestión de la responsabilidad del ser humano frente al medio ambiente según las concepciones de Rawls, Kant, Jonas y Amartya Sen.

(23) BERROS, María, *El principio de precaución en diálogo con el principio de equidad intergeneracional: algunos desafíos abiertos hacia el porvenir*, en *Rev. de Derecho Ambiental* n° 31 (2012) p. 23.

(24) CORTINA, Adela, *Fundamentos filosóficos del principio de precaución*, en CASABONA, Carlos María, *Principio de Precaución, Biotecnología y Derecho*, Comares, Granada, 2004, p. 4.

La cuestión no es meramente teórica. Además de la obligatoriedad, cambia la técnica de la interpretación; mientras en las reglas prepondera el método de la subsunción, en el de los principios, el de la ponderación. (25)

5. Requisitos para la configuración del PP para la aplicación de medidas

Previo a tomar posición a favor o en contra del PP exige tener en cuenta que su aplicación exige los siguientes recaudos:

a) La precaución supone incertidumbre *científica*, o sea, existencia de sospechas científicamente fundadas; el mero temor existente en el imaginario colectivo es insuficiente. (26)

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.

El hombre de derecho se encuentra aquí con la primera dificultad, pues no siempre es fácil encontrar independencia y capacidad en un mismo sujeto.

b) La aplicación de medidas fundadas en la noción de precaución implica la perspectiva de un daño *grave o irreversible*, aunque sea a largo plazo. Sólo así se justifica tomar medidas restrictivas de las actividades económicas generadoras de riqueza. (27)

(25) Para esta cuestión ver, principalmente, los trabajos que se publican en la obra colectiva de CARBONELL, Miguel (coord.), *Argumentación jurídica. El juicio de ponderación y el principio de proporcionalidad*, México, Ed. Porrúa, 2012. Vuelvo sobre el principio de proporcionalidad infra 5.c).

(26) Compulsar BERIZONCE, Roberto O., *La incertidumbre científica como presupuesto del principio precautorio*, en *Rev. de Derecho Procesal*, Rubinzal Culzoni, 2012-2-351; MORALES LAMBERTI, Alicia, *Incertidumbre científica y decisiones judiciales: implementación del principio precautorio*, en *Rev. de Derecho Ambiental* n° 20 (2009) p. 239; FALBO, Anibal J., *El rol del derecho ante la incertidumbre científica en los casos ambientales*, JA, 1995-IV-976; del mismo autor, *La tutela del ambiente frente a la incertidumbre*, *Rev. de Derecho Ambiental* n° 13 (2008) p. 161.

(27) Para este requisito ver COSSARI, Maximiliano, *Principio precautorio: reflexiones acerca de la gravedad e irreversibilidad de los daños como requisitos indispensables para su aplicación*, en DJ, año XXVII, n° 51, 21/12/2011, p. 1 y ss. El autor sostiene que la irreversibilidad del daño es un elemento para juzgar la gravedad; a mayor perspectiva de irreversibilidad, el daño debe considerarse de una entidad mayor y, por tanto, hay razonabilidad en tomar medidas más contundentes. Las fórmulas varían; así, la

La precaución, dice Kaiser, del mismo modo que otros principios éticos (como el de la dignidad, la equidad, la justicia), necesita ser interpretada y especificada caso por caso, y sufrirá variantes según la información disponible. En efecto, algunos principios éticos (por ej., el del respeto a la dignidad humana), a veces requieren una dosis de paternalismo; en otros casos, en cambio, una conducta paternalista es directamente opuesta al respeto de la dignidad. Algo parecido sucede con la precaución: puede ocurrir que la polución de un río no genere medidas especiales; en otras circunstancias, por el contrario, puede llevar a modificar su cauce, restaurar especies de peces, reducir la salinidad, etc. Es necesario ver el caso, y manejarlo conforme a las circunstancias. Si el principio de precaución se fundara sólo en prevenir el daño que se puede causar a otro, permanecería sin prescribir qué clase de sacrificio estamos dispuestos a soportar en cada caso particular. De allí que este principio exige, además de la incertidumbre científica, tener en cuenta que existen escenarios o modelos de posible daños que son científicamente razonables; consecuentemente, los daños potenciales deben ser suficientemente graves o irreversibles, especialmente para las futuras generaciones, y la demora en actuar debe perjudicar la eficiencia del accionar futuro. (28)

c) Las medidas que se tomen deben respetar el principio de *proporcionalidad*. En este tema, como en tantos otros, el principio de proporcionalidad obliga al operador jurídico a tratar de alcanzar el justo equilibrio entre los intereses en conflicto. (29) 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. (30) Así, por ej., por aplicación

ley de protección del ambiente uruguayo n° 17283 se refiere, como lo señalado en el texto, a “daño grave o irreversible” (MIRANDE, Santiago, Precaver el desarrollo de lo desconocido, en Rev. Crítica de Derecho privado, La Ley Uruguay, n° 6, 2009, p. 629).

(28) KAISER, Matthias, Ethics, science, and precaution — A viewpoint from Norway, www.etikkom.no.

(29) 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, Economica, 1999, p. 65; XYNOPOULOS, Georges, Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité 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, pp. 378/384; LAMBERT, Pierre, Marge nationale d’appréciation et contrôle de proportionnalité, en obra colectiva dirigida por Frédéric Sudre, L’interprétation de la Convention européenne des droits de l’homme, Bruxelles, Ed. Bruylant, 1998, p. 63.

(30) Compulsar GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás, Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal, Madrid, Colex, 1990, p. 17; conf. LÓPEZ

del PP, cabe ordenar que se “coloquen sensores para controlar las emisiones gaseosas a la atmósfera, presuntamente originadas en un complejo industrial situado en una destilería” y rechazar la petición de “clausurar provisoria y preventivamente la actividad”, en tanto sería una medida a todas luces excesiva. (31)

d) Las medidas deben ser tomadas respetando el principio de transparencia. El carácter transparente impide 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.

e) Finalmente, son medidas sujetas a revisión, conforme se vayan adquiriendo nuevos conocimientos. Efectivamente, dada la velocidad de los progresos científicos, el eje mismo del PP está en la provisionalidad de las medidas precautorias, que deben ser revisadas a la luz de los distintos estadios de certidumbre/incertidumbre que brindan los avances científicos. (32)

Como síntesis de lo expuesto, la Comisión n° 3 de las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho civil, reunidas en Tucumán, en setiembre de 2011, enumeró en el punto 3 de la recomendación los siguientes presupuestos de activación del principio precautorio: a) riesgo, amenaza o peligro de daño grave o irreversible; b) incertidumbre científica o ausencia de información científica.

Además, estableció como condiciones de aplicación de las medidas precautorias: a) proporcionalidad o razonabilidad; b) transparencia; c) provisionalidad; d) eficacia en función de los costos.

6. Principales posiciones frente al PP

En abstracto, y sin realizar demasiadas distinciones, tres tendencias pueden visualizarse en torno a cómo debe funcionar el PP:

FRAGOSO ÁLVAREZ, Tomás, Las intervenciones telefónicas en el proceso penal, Madrid, Colex, 1991, p. 39. Para la eficacia o invalidez de la renuncia a estas garantías, ver FRUMER, Philippe, La renonciation aux droits et libertés, Bruxelles, Ed. Bruylant, 2001.

(31) Cám. Fed. La Plata, sala 2°, Mazzeo Alicia, 30/6/2003, reseñado por DRNAS DE CLÉMENT, Zlata, El principio de precaución ambiental. La práctica argentina, Córdoba, Lerner, 2008, p. 187.

(32) DRNAS DE CLÉMENT, Zlata, El principio de precaución ambiental. La práctica argentina, Córdoba, Lerner, 2008, p. 31.

a) *Posición radical o formulación fuerte*: Esta tendencia es muy “amiga” del PP y, por lo tanto, propicia su aplicación de manera amplia y generosa; puede calificarse de minoritaria. Para esta tendencia:

(A) El PP tiene por objetivo alcanzar el “riesgo cero”;

(B) Provoca una inversión completa del *onus probando*;

(C) Ante la menor sospecha de riesgo, impone una moratoria o una abstención definitiva;

(D) Rechaza limitaciones ligadas con los costos económicos.

b) *Posición minimalista o formulación débil*: Esta tendencia se ubica en el polo opuesto de la anterior. Tiene desconfianza hacia el PP y, consecuentemente, trata de “arrinconarlo”. Quizás, una de las voces más autorizadas sea la de Cass Sunstein, un casi enemigo del PP. (33)

Esta tendencia propone:

(A) Aplicar el PP sólo en presencia de un riesgo muy probable y susceptible de provocar daños serios o irreversibles;

(B) No invertir nunca el *onus probando*;

(C) Considerar sistemáticamente los costos económicos, que deben ser equilibrados con una ventaja resultante de las medidas de precaución; éstas no deben ser tomadas si la ventaja es menor a lo que sería la realización del riesgo.

No se puede negar que el jurista se siente incómodo frente a la incertidumbre y, acostumbrado a la certeza, cree incorrecto tomar medidas frente a la incerteza: “En algunos ámbitos, el avance de la incertidumbre es estimulante y abre nuevos horizontes. Así ocurre en los dominios del arte, que ha visto fecundos movimientos de liberación de cánones y ortodoxias. En cualquier caso, las artes, la filosofía, la sociología y las relaciones sociales bien pueden permitirse la incertidumbre. Aunque en muchos momentos la rechacen y procuren desembarazarse de ella, pueden concederle un amplio

(33) SUNSTEIN, Cass *Leyes de miedo. Más allá del principio de precaución*, trad. De Hagen, Madrid, Ed. Katz, 2009. En la Argentina, mantiene una posición restrictiva PRIETO MOLINERO, Ramiro, *El principio de precaución*, LA LEY, 2011-F, 943. Quizás haya que ubicar en esta posición a la Corte Internacional de la Haya. Ver su decisión del 20/4/2010 en el caso Argentina v/Uruguay, *Rev. de Derecho Ambiental* n° 23 (2010) p. 63, con nota de CARNOTA, Walter, *Escenarios procesales alternativos ante la ignorancia del principio precautorio por parte de la Corte Internacional de Justicia de La Haya* (p. 119 y ss.).

margen, convivir con ella y hasta encontrarle un inexplicable atractivo. La convivencia con la incertidumbre siempre será posible mientras no haya que tomar decisiones. Y es aquí, justamente, donde el Derecho muestra su abierta incompatibilidad con ella, pues pertenece al Derecho, y ahí está su limitación y su grandeza, el cometido irrenunciable de decidir y resolver, de generar y mantener certidumbres”. “La seguridad jurídica se ve presionada y conmovida por la expansión de la incertidumbre que trae consigo la postmodernidad, la segunda modernidad, la modernidad líquida o como se la quiera llamar. La incertidumbre, la complejidad se genera y se expande extramuros del Derecho, pero acaba por tenderle un estrecho cerco y, abriendo brechas, introducirse en él. Asistimos a genuinos procesos de deconstrucción”. (34)

c) Posición intermedia: Trata de equilibrar ambos extremos. En general, quienes la sostienen (35), entre los que me encuentro, marcan los siguientes presupuestos para la aplicación:

(A) Subordina la utilización del principio de precaución a un riesgo científicamente creíble, admitido como plausible por parte significativa de la comunidad científica; por eso, como regla, no deben aplicarse medidas prohibitivas ni extremadamente limitativas del ejercicio del derecho cuando la incertidumbre puede ser superada a corto plazo.

(B) Deja librada la carga de la prueba a ser distribuida por el juez en función de la verosimilitud y de los recursos que cada parte dispone para

(34) ESTEVE PARDO, José, *El desconcierto del Leviatán. Política y derecho antes las incertidumbres de la ciencia*, Madrid, Ed. Marcial Pons, 2009, pp. 11/12.

(35) Ver, entre otros, ANDORNO, Roberto, *El principio de precaución. Un nuevo estándar jurídico para la era tecnológica*, LA LEY, 2002-D, 1326; del mismo autor, *Validez del principio de precaución como instrumento jurídico para la prevención y la gestión de riesgos*, en CASABONA, Carlos María, *Principio de Precaución, Biotecnología y Derecho*, Comares, Granada, 2004, p. 17; ANDRADA, Alejandro y HERNÁNDEZ, Carlos, *Soja. Principio precautorio y agroquímicos*, en *Rev. de Derecho de Daños*, 2011-1-437; BELLOTTI, Mirta L., *Principio de precaución*, LA LEY, 2010-C, 983 (el trabajo se refiere concretamente a la aplicación en el territorio Antártico); BERROS, Valeria, *Apreciaciones en torno a la aplicación del principio precautorio y la prueba. Circulación de saberes y apertura de agendas para el derecho*, en *Rev. de Derecho Ambiental* n° 34, Abril/Junio 2013, p. 155; CAFFERATTA, Néstor, *Principio precautorio y derecho ambiental*, LA LEY, 2004-A, 1202. Del mismo autor, *Del principio precautorio en América Latina*, JA, 2009-IV-1254; GOLDENBERG, Isidro y CAFFERATTA, Néstor, *El principio de precaución*, JA, 2002-IV-1443; NOVELLI, Mariano y TABARES, Julieta, *El principio precautorio*, LA LEY, 2012-B, 880; RAMOS MARTÍNEZ, María F., *Principio precautorio y responsabilidad del Estado*, en *Rev. Doc. Judicial*, año XXVIII, n° 42, 17/10/2012, p. 1 y en *Rev. Responsabilidad civil y seguros*, año XIV n° 8, agosto 2012, p. 157.

producir la prueba (36); de algún modo, se abre con confianza a la doctrina de las cargas probatorias dinámicas.

(C) Privilegia las medidas positivas, especialmente, los estudios que permitan avanzar en precisar el riesgo.

(D) Una moratoria puede ser dispuesta cuando sea necesaria para evitar consecuencias graves e irreversibles, moralmente inaceptables.

(E) La evaluación costo-beneficio posibilita tener en cuenta no solamente los costos económicos apreciados con flexibilidad sino otros factores (sociales, culturales, éticos, etc.). Como regla, este tipo de medidas no deben ser aplicadas si es daño es reversible con costos menos onerosos que las medidas.

De este modo, para esta tendencia, el PP:

(i) No se basa en el riesgo cero; su fin es disminuir o hacer más aceptable los riesgos, pero no pretende la eliminación de todos los riesgos posibles.

(ii) No se funda en la ansiedad ni en la emoción, sino en reglas racionales de decisión, basadas en la ética; su finalidad es usar lo mejor posible el sistema científico para tomar decisiones más sabias frente a procesos complejos.

(iii) No puede garantizar consistencia en todos los casos.

(iv) No exige la inversión de la carga de la prueba en todos los casos.

(v) No llama a la abstención total, a no hacer nada; por el contrario, impulsa a generar tecnología limpia. “No es ni la inacción ni la deliberación sin fin. Es un modo de acción de un tipo particular requerido por el contexto de incertidumbre en el cual la decisión debe tomarse” (37)

(36) No puede negarse que éste es uno de los temas centrales para la aplicación del principio.

(37) BERGEL, Salvador, Introducción del principio precautorio en la responsabilidad civil, en Derecho Privado, libro homenaje a Alberto Bueres, Buenos Aires, Hammurabi, 2001, p. 1018. El autor completa su razonamiento de este modo: “El principio de precaución requiere de la vigilancia y de la puesta en marcha de medidas proporcionales a la gravedad del riesgo, aun cuando éste no sea más que potencial. Impone la flexibilidad, ya que la incertidumbre puede ser disipada con la evolución de los conocimientos, de modo que las medidas tomadas podrán ser revisadas, agravadas o aliviadas, con la apreciación del riesgo, e incluso anuladas si este último es finalmente considerado insignificante”.

En resumen, “la precaución puede ser concebida como la unidad de un miedo y de una razón que, separadamente, en las condiciones de la modernidad, podrían llevar a la locura. Locura de la razón científica y técnica, que pretende manejar todo, pero locura también del miedo, que librado a sí mismo, sin disponer de los datos proporcionados por la razón, lleva rápidamente a la violencia entre los grupos humanos, enfermos en la búsqueda de chivos emisarios. La precaución consiste en acoger el miedo que emana de la sociedad, en no negar el riesgo; pero reside también en no dejar que la sociedad quede atada a ese miedo; por eso, debe trabajarse sobre el miedo para que no destruya los valores sobre los que se asientan los vínculos sociales”. (38)

7. Pros y contras del PP

La adhesión a cada una de las tendencias antes descritas supone balancear y dar mayor o menor importancia a cada una de las características antes reseñadas.

Se acusa al PP de ser: (a) vago o impreciso; (b) de alguna manera inútil, pues basta la noción de diligencia y los nuevos instrumentos para medir el riesgo, como es la evaluación de impacto ambiental (en adelante EIA); (c) perturbador del avance científico; (d) demagógico, pues está dispuesto a ceder a lo que la gente cree, aunque no tenga base científica; (e) costoso, en tanto impide la existencia de productos necesarios sólo por temor al riesgo; (f) encubridor de medidas proteccionistas del mercado, etc. (39) Se afirma que el PP perjudica el avance científico, se aplica con pautas irracionales, pues se focaliza en el escenario de lo peor, o aplicación de la Ley de Murphy que dice que lo que puede ir mal, seguramente irá a peor, todo lo cual lo convierte en una expresión de la tecnofobia. (40)

Quienes lo defienden tienen un punto de vista distinto. Distinguen entre el riesgo “*permitido*, conocido, mensurable y previsible, del *desconocido*, incommensurable, imprevisible. Argumentan que dado que la sociedad post-industrial supone el tránsito del modelo de previsión (conocimiento del riesgo y de los nexos causales) al de incertidumbre del riesgo, al de la

(38) GODARD, Olivier, De la nature du principe de précaution, en obra colectiva, dirigida por Edwin Zaccai y Jean N. Missa, Le principe de précaution. Significations et conséquences, Bruxelles, Ed. de l'Université, 2000, p. 22.

(39) Para una respuesta razonada y acabada a cada uno de estos argumentos, ver CAFFERATTA, Néstor, Críticas al principio precautorio: reflexiones fundamentales, en Rev. Responsabilidad civil y seguros, año XIV n° 3, marzo 2012, pp. 5/21.

(40) MUÑOZ, Emilio, Los cultivos transgénicos y su relación con los bienes comunes, cit. por RAMÍREZ GARCÍA, Hugo Saúl, Biotecnología y Ecofeminismo, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, p. 73.

incalculabilidad del daño y del posible nexo causal entre uno y otro (41), el Derecho debe abrir nuevas vías de cautela (42), porque “ausencia de evidencia no es evidencia de ausencia de riesgo”.

El PP no es anti-ciencia; no existe oposición entre precaución y ciencia, sino intento de responder a una situación paradójica, cual es el llamado “doble filo de la confianza en la ciencia”; exige, pues, investigar, y esa actitud supone avance científico (43) si así no fuese, si el PP frenara el avance científico sería nefasto desde que el mundo que habitamos y el que se aventura en el futuro, está ligado cada vez más al desarrollo de la ciencia; piénsese en la alimentación, la energía, la vivienda, los fármacos, las tecnologías de la comunicación etc. (44)

(41) ROMEO CASABONA, Carlos M., Los genes y sus leyes. El derecho ante el genoma humano, Granada, Ed. Fund. BBVA y Comares, 2003, p. 35.

(42) EE.UU. y la Argentina se enfrentan al problema de su federalismo, puesto que en algunas materias no está claro quién es competente para regular (Nación o provincia). Para el tema en EE.UU. ver ILLARI, Silvia, La tutela ambientale ripartita. Federalismo ed ecosistema negli Stati Uniti, Padova, Cedam, 2002. Un problema similar tienen Italia y España con las regiones. Para el tema de los productos agrícolas en Italia, ver TOCHIA, Luisa, La potestà normativa regionale nel settore agro-alimentare, en obra colectiva, Agricoltura e alimentazione tra diritto, comunicazione e mercato, Milano, Giuffrè, 2003, p. 183 y ss. En la Argentina, las cuestiones de competencia también alcanzan a la Corte Suprema en su jurisdicción originaria, tal como se verifica, entre otros, en la decisión del 20/03/2012 recaída en el expediente A. 262. XLV. Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas c. Buenos Aires, Provincia de y otros s/ amparo ambiental, en el que un grupo de abogados reclamaba al Poder Ejecutivo Nacional (P.E.N.): (i) que establezca un plazo no mayor a ciento ochenta días a los efectos de que la comisión creada mediante el decreto 21/2009 proceda a “la investigación, prevención, asistencia y tratamiento en casos de intoxicación o que afecten de algún modo la salud de la población y el ambiente, con productos agroquímicos en todo el Territorio Nacional” (artículo 1°); (ii) que disponga una campaña publicitaria en periódicos locales y nacionales, y en medios audiovisuales, a fin de informar a la población de todo el país acerca de los efectos negativos del glifosato y del endosulfán, obligando a destinar una partida del presupuesto nacional para financiar esta publicidad durante por lo menos seis meses; (iii) que a través del Ministerio de Salud de la Nación investigue los daños causados con el glifosato en todo el territorio de la República, en particular en las ciudades y poblados cercanos a los sembradíos de soja transgénica; (iv) que a través de la comisión referida realice un relevamiento puntual de las personas afectadas por los herbicidas, y (v) que disponga etiquetar con un certificado que exponencialmente permita advertir las características de los alimentos elaborados con soja transgénica”.

(43) CORTINA, Adela, Fundamentos filosóficos del principio de precaución, en CASABONA, Carlos María, Principio de Precaución, Biotecnología y Derecho, Comares, Granada, 2004, p. 6.

(44) LÓPEZ VILLAR, Juan, Derecho y transgénicos: regulando incertidumbre, Barcelona, Ed. Atelier, 2008, p. 24 y ss.

Los extremos no llevan a buen puerto.

Cabe recordar que el 5/11/2000, en Italia, los investigadores convocaron a miles de científicos para pronunciarse en favor de la libertad de la investigación científica en materia de organismos genéticamente modificados; el disparador fue un decreto firmado por el ministro de agricultura, miembro del Partido de Los Verdes, que limitaba la investigación a lugares más o menos severamente confinados. El llamado fue el resultado de un coloquio en el cual la recordada prestigiosa Rita Levi Montalcini (Premio Nobel) repitió la conocida frase: “*La ciencia da miedo a los que no la conocen*”; también señaló que de la investigación en cuestión sólo podía hablarse bien, pues hasta ese momento no había ninguna prueba del peligro de esas experimentaciones.

Aproximadamente al mismo tiempo, en Montpellier, Francia, se llevaba a cabo un proceso en el cual la *Cirad* demandó indemnizaciones considerables a la Confederación Agrícola por haber destruido parcelas de experimentación de arroz transgénico; el proceso sobre la destrucción quedó eclipsado por el debate sobre la legitimidad de la investigación pública sobre los organismos genéticamente modificados. Uno de los acusados (Riesel) dijo que “el tiempo perdido en la investigación había sido tiempo ganado para la conciencia”. (45)

Entre una y otra posición, casi con desesperación, un juez describe la siguiente realidad: “Lo llamado a decidir se desarrolla en un contexto difícil en el que juegan controversias científicas, intereses económicos, presiones y contrapresiones de orden público y empresario, riesgos reconocidos socialmente que, precisamente por tales, tienen la propiedad de transformar lo apolítico en político, en desinformación interesada, descoordinación en la gestión pública, insolidaridad con los posibles afectados, olvido consciente de lo reclamado constitucionalmente como objetivo; omisiones de fiscalizaciones en serio con adecuados estudios, etc., cuestiones todas que, a su vez, lejos de generar compromisos de identificación de los niveles de riesgos reales, se diluyen en una suerte de lucha de intereses parcelarios. Los fumigadores dicen que las contaminaciones, si se producen, derivan de los improvisados en el tema y no de los que en su mayoría ajustan su accionar a las directivas; las empresas productoras de agroquímicos sostienen su atoxicidad apoyadas en estudios encargados por ellas mismas; el Estado pregona su preocupación por el medio ambiente, creado estamentos dedicados, pero olvida que la mejor manera de comprometerse es efectuando los debidos controles; los productores sostienen que si los productos que

(45) Prólogo al libro *La liberté de la recherche et ses limites. Approches juridiques*, obra colectiva bajo la dirección de HERMITTE, Marie Angèle, Paris, Ed. Romillat, 2001, p. 11.

aplican se encuentran autorizados por la autoridad de aplicación, nadie puede endilgarles acción antijurídica alguna, por lo que no puede impedirseles trabajar y producir como les corresponde. Así planteada la cuestión, tal vez todos tengan parte de razón, ya que tampoco es posible pensar que la sociedad, las empresas y el Estado conjugan siempre una misma forma de pensar, pero lo que se muestra diáfano es que las posiciones divergentes, antes de disiparnos las dudas de utilización de los agroquímicos, sobre todo en zonas urbanas, las acrecientan porque todos conocen los potenciales riesgos de su utilización, al tomar distintos recaudos en tal tarea y, en este punto, la preeminencia no la tienen los intereses sectores de nadie sino, por el contrario, está del lado de la salud pública y del medio ambiente. Por lo tanto, la aplicación del principio precautorio deviene ineludible, porque la sola existencia de los niños afectados así lo determina". (46)

8. Prevención y precaución engarzadas en la prudencia

La prudencia reflexiona sobre el alcance y consecuencia de los actos cumplidos. La precaución y la prevención sobre el futuro. (47) De cualquier modo, son todas figuras imbricadas. Los jueces recurren con frecuencia a la prudencia y otras análogas cuando aplicar el PP. En este sentido, se lee en una sentencia capitalina: En estas instancias, las decisiones políticas deben tomarse a partir de una *reflexión sensata*, una discusión abierta, y otros valores públicos, además de toda la información científica que pueda estar disponible". (48)

(46) Cám. Apel. CC Santa Fe sala II, 6/12/2009, Peralta Viviana c. Municipalidad de San Jorge s/Amparo, ED, 237-1033; Rev. de Derecho ambiental, n° 27, 2011, p. 21, con nota de LORENZETTI, Pablo, Agroquímicos versus principio precautorio: una opción trágica? y en LA LEY, 2010-B, 750, con nota de MARCHIARO, Enrique, Agroquímicos y derecho subnacional. En el caso, el amparista solicitaba el cese de la fumigación en campos de propiedad privada. Se sostuvo que el "roundup" con el que se fumiga es perjudicial para la salud de los seres humanos. El tribunal confirma, en lo principal (aunque no en materia de legitimación pasiva) lo decidido por el tribunal de primera instancia. La sentencia también fue difundida por la prensa no especializada. Así, por ej., el 10/7/2010, Página 12 publicó un artículo de opinión titulado "La ciencia y el modelo de apropiación" del investigador del Conicet Andrés E. Carrasco.

(47) BERGEL, Salvador, Introducción del principio precautorio en la responsabilidad civil, en Derecho Privado, libro homenaje a Alberto Bueres, Buenos Aires, Hammurabi, 2001, p. 1015. Roberto Andorno coincide en que la prudencia está a la base del PP (ANDORNO, Roberto, Validez del principio de precaución como instrumento jurídico para la prevención y la gestión de riesgos, en CASABONA, Carlos María, Principio de Precaución, Biotecnología y Derecho, Comares, Granada, 2004, p. 17).

(48) Cámara Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires Sala I, Defensoría del pueblo de la ciudad de Buenos Aires contra GCBA y otros sobre amparo, 27/03/2008, La Ley Ciudad Autónoma de Buenos Aires t. 2008, n° 1, p. 116.

La prevención y la precaución constituyen dos funciones distintas, con un denominador común: necesidad de actuar antes de la producción de un daño. Se diferencian por responder a dos racionalidades distintas y actúan sobre distintos tipos de riesgos.

Al riesgo *verificado* corresponde la *prevención*.

Al riesgo *potencial*, la *precaución*.

En otras palabras, la noción de *riesgo cierto* es suficiente para describir la prevención; la introducción de la incertidumbre científica, en cambio, incorpora el nuevo paradigma de la precaución. (49)

La *prevención* implica que la peligrosidad de la cosa o de la actividad es conocida; se ignora sobre si 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 un daño se producirá necesariamente, pero hay conciencia del peligro actual que la circulación supone. O sea, el principio de prevención actúa sobre riesgos futuros, pero ciertos, concretos, sabidos, mensurables; se aplica porque se sabe, con certeza científica, que determinada actividad es riesgosa. En este sentido, se ha decidido que “la circunstancia de que no se hayan producido daños no resulta óbice para la procedencia de la presente acción tendiente a la declaración de inconstitucionalidad de un decreto de la provincia de Corrientes que autoriza el aprovechamiento de los bosques nativos, pues en materia ambiental uno de los principios rectores es la prevención, y de seguirse con el decreto impugnado se habilitarán zonas para la explotación de recursos naturales en la provincia con la alteración del ecosistema y con la producción de daños eventualmente irreversibles”. (50)

La *precaución*, en cambio, supone incertidumbre sobre la propia peligrosidad por insuficiencia de los conocimientos científicos para dar respues-

(49) La bibliografía relativa a la distinción entre prevención y precaución es muy extensa. Compulsar, entre muchos, SEGUI, Adela, Tutela jurídica privada frente a riesgos de daños ambientales: ¿De la prevención a la precaución? en Rev. de Derecho Ambiental n° 31 (2012) p. 35; MÜLLER, Enrique, Los principios rectores del derecho ambiental. El principio precautorio y su relación con el principio de prevención, en Rev. Crítica de Derecho privado, La Ley Uruguay, n° 6, 2009, p. 641. Para la obligación de informar en la prevención y la precaución, aunque a veces, sin marcar la distinción, MARIÑO LÓPEZ, Andrés, La obligación de informar al consumidor. El paradigma de la precaución, LA LEY, 2013-A, 844.

(50) ST Justicia de Corrientes 13/4/2010, Fundación Reserva del Iberá c. Estado de la provincia de Corrientes s/amparo, ED, 238-1172 (aun cuando el fallo también hace una referencia incidental al principio de precaución).

ta. El *riesgo* (no solo el daño) no es actual sino *potencial*, pero aun así, se reclama al derecho no quedarse inmóvil frente a la probabilidad de daños graves y en muchos casos irreparables.

Mientras la *prevención* es un asunto de *expertos* (hay que confiar en su saber), la precaución es también un asunto que también compete a la *sociedad* en su conjunto y debe ser gestionado en su seno para orientar la toma de decisiones políticas sobre asuntos de relevancia fundamental.

La doctrina sostiene que se torna necesario diferenciar cuándo se está en presencia de un caso que ha de ser gestionado a partir de una lógica preventiva (supuestos tenidos en cuenta en las leyes) y cuándo esa gestión atiende a la precaución. “La confianza que presenta la racionalidad de la prevención respecto de la ciencia se deconstruye para pasar a un esquema en el cual la ciencia deja de ser probabilística para ser considerada como un modelo de ciencia *inestable y parlamentaria*”. (51)

La jurisprudencia reconoce la diferencia teórica entre prevención y precaución y así lo explicita; no obstante, a la hora de aplicar uno u otro principio, la distinción no siempre resulta del todo clara. (52) Así, por ej., el 14/4/2010, un tribunal de primera instancia de la ciudad de Mendoza (53), acogió una acción de amparo interpuesta por una empresa contra otra y su subcontratista y ordenó cesar en las labores mineras iniciadas en el inmueble de propiedad de la actora “hasta tanto se resuelva en sede administrativa el conflicto existente entre ambas empresas” (la actora sostenía que esa actividad perjudica las aguas y, además, ella no ha dado autorización para la servidumbre de paso). La sentencia se fundó en el PP porque “la demandada no ha logrado demostrar que la recarga del acuífero no se encuentra en el inmueble de la actora, y en razón de ello existe un grado de duda razonable con respecto a la probabilidad que la actividad minera pueda ocasionar daño al agua y a los restantes recursos naturales existentes en el lugar”. El comentarista, en cambio, sostuvo que no había incertidumbre científica; por lo tanto, el juez debió fundarse en el principio de prevención y no en el de precaución.

(51) SOZZO, Gonzalo y BERROS, María V., Principio precautorio, en Rev. Responsabilidad civil y seguros, año XIII n° 3, marzo 2011, p. 33.

(52) Para evitar estos problemas, debe consultarse a ANDORNO, Roberto, Pautas para una correcta aplicación el principio de precaución, JA, 2003-III-962.

(53) Juzgado civil n° 11 de Mendoza, 14/4/2010, Aguas Danone de Argentina S.A. c. Deptomin S.A. y otros, ED, 237-495, con nota de DOINY CABRÉ, Pedro Cristóbal, El caso “Aguas Danone”. Los principios preventivo y precautorio en el derecho ambiental.

Más adelante, al analizar específicamente la jurisprudencia, relato otros supuestos dudosos.

9. Implicancias procesales de la aceptación del PP

Se ha dicho que “el desafío de encontrar las vías para el ingreso del PP se encuentra aún sin resolver”. (54)

A veces sin demasiadas teorizaciones por parte de los jueces, lo cierto es que el PP ha modificado sustancialmente el concepto tradicional de las medidas cautelares y sus requisitos, desde que, de algún modo, la incerteza científica parece oponerse a la noción de “verosimilitud” requerida en otras materias que no son las ambientales. En este sentido, la Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires, con cita de calificada doctrina, ha dicho que la necesidad de “restablecer situaciones de hecho o impedir desde el comienzo el avance de la destrucción o de la polución, saca a las medidas cautelares de su quicio tradicional para hacerlas jugar en una función cuya justificación es connatural a situaciones regidas no sólo por el derecho privado sino por el público”. (55)

También ha impactado sobre el recaudo de la definitividad de la decisión que abre el recurso extraordinario. La Corte Federal ha dicho que cuando se peticiona la protección del ambiente con base en el principio de prevención o de precaución, no se trata de una medida cautelar, sino de un proceso urgente autónomo y definitivo y, consecuentemente, existe definitividad. (56) No obstante, como se verá a lo largo de este análisis, en algunas ocasiones, la mayoría olvida la regla, aunque la minoría la recuerde expresamente. la regla se olvida aunque sea recordada por los votos disidentes.

Otro tanto ocurre con los requisitos del amparo. En este sentido, el Superior tribunal bonaerense ha dicho que “configura un yerro jurisdiccional exigir la acreditación de un daño concreto para la viabilidad de la acción intentada” pues la conclusión surge clara ni bien se repara en el PP desde que, en el caso, se pretende el cese de la fumigación a escasa distancia de la vivienda de los actores, lugar donde viven menores, situación que se presenta como de peligro inminente o daño potencial para la salud de los

(54) SOZZO, Gonzalo y BERROS, María V., Principio precautorio, RCyS, año XIII n° 3, marzo 2011, p. 33.

(55) SC Buenos Aires 8/8/2012, DJ, Año XXIX, n° 3, 16/1/2013 p. 20, LA LEY, 2012-E, 537 (voto del Dr. Hitters), LLBA, 2012-851 y resumen de Budassi, I. y Blanco, M., Amparo ambiental. Principio precautorio. Prueba del daño, en JA, 2012-IV-728.

(56) Fallos: 331:1622.

actores y lesiva al medio ambiente; en suma “el principio precautorio configura una pauta interpretativa que el juez debe ponderar especialmente si, en el caso, el demandado no cuenta con una autorización administrativa para fumigar”. (57) Por la misma razón, si la ley prohíbe la fumigación en determinadas áreas cercanas a la planta urbana y/o núcleo poblacional de carácter permanente, no corresponde hacer lugar al amparo deducido por los productores agrícolas ubicados en esa zona que pretenden fumigar y piden la suspensión de la vigencia de la normativa. (58)

También influye sobre la noción de la “presunción de legitimidad del acto administrativo”, en el sentido que, para dar espacio al PP “se requiere flexibilizar esta suerte de ficción legal” y “la cuestión no puede analizarse sólo desde el poder administrador y sus prerrogativas, sino también desde los derechos fundamentales”. (59) En este sentido, se ha decidido que “La precaución distingue al derecho ambiental de otras disciplinas tradicionales que en el pasado sirvieron para lidiar con la degradación del medio ambiente, especialmente el derecho penal y el derecho civil, porque éstas tienen como prerequisites fundamentales certeza y previsibilidad, exactamente dos de los obstáculos de la norma ambiental”.

Por aplicación de estas nociones se ha decidido que “en materia de daños ambientales no se exige la certeza para otorgar la tutela preventiva sino que se apunta a la probabilidad; por aplicación del principio precautorio y con la finalidad de impedir o prohibir una actividad peligrosa o ilícita que constituye una amenaza seria al ambiente cabe, entonces, confirmar la medida que dispuso la suspensión de toda actividad de exploración, explotación, construcción u operación relacionada con el proyecto geotérmico hasta que se realice el estudio de impacto ambiental que brinde los datos necesarios a efectos de prevenir los peligros temidos”. (60)

10. Medidas posibles

Los requisitos exigidos (especialmente, el recaudo de proporcionalidad) imponen que el juez pueda optar entre una amplia variedad de medidas. O

(57) SC Buenos Aires 8/8/2012, LA LEY, 2012-E, 537 (voto del Dr. Hitters).

(58) Cám. Civ. Com. Córdoba, 18/12/2012, reseñado por OCAMPO, Patricia A., Actualidad de Derecho procesal civil, Ver Abeledo Perrot Córdoba, Mayo de 2013, n°5, p. 628.

(59) MENDIVIL, Andrea, ¿No innovar contra la administración? El juego del principio precautorio y la presunción de legitimidad a partir del caso Salas, LA LEY, 2009-F, 465.

(60) Cámara en todos los fueros III Circunscripción judicial, Neuquén, 27/12/2010, Caminata Juan c/Provincia de Neuquén s/amparo, ED, 242-1072.

sea, conforme las circunstancias, el abanico de medidas va desde las más fuertes, a las meramente exhortativas. 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 monitoreo, etc.

Así, por ej., un tribunal santafecino, con buen juicio, prohibió la fumigación en el lugar (cercano a un barrio), fijó un plazo de seis meses desde que la sentencia quede firme, y ordenó que en dicho plazo, el Ministerio de Agricultura de la provincia y la Universidad Nacional del Litoral presenten al juez de primera instancia informes sobre el grado de toxicidad de los productos identificados y si era o no conveniente continuar con las fumigaciones; también impuso al Ministerio de Salud provincial realizar un estudio en los barrios comprometidos que permita discernir si durante ese período las posibles afecciones denunciadas disminuyeron o no. O sea, la Cámara fue “en búsqueda de la certeza perdida”. (61)

Ahora bien, el principio de precaución es suficiente para tomar ese amplio espectro de medidas (suspensión, seguimiento, prohibición parcial, etc.) pero no siempre alcanza para las acciones de indemnización de daños y perjuicios, en las que es menester una prueba más acabada de la relación causal entre el daño ya producido y el riesgo que se denuncia. Así, la Casación francesa ha decidido: “Siendo que la Carta de Medio ambiente y el principio de precaución ponen en cabeza de quien peticiona la indemnización de un daño frente al titular de la servidumbre la carga de probar que el perjuicio constituye una consecuencia directa de ésta, debe desestimarse la demanda resarcitoria incoada por el propietario de una explotación ganadera por los daños que sufrieron los animales por la supuesta incidencia de una línea de alta tensión propiedad del emplazado que pasaba cerca de los campos de la primera, en tanto existe una evidente

(61) Cám. Apel. CC Santa Fe sala II, 6/12/2009, Peralta Viviana c. Municipalidad de San Jorge s/Amparo, ED 237-1033, Rev. de Derecho ambiental, n° 27, 2011, p. 21, con nota de LORENZETTI, Pablo, Agroquímicos versus principio precautorio: una opción trágica? y en LA LEY, 2010-B, 750, con nota de MARCHIARO, Enrique, Agroquímicos y derecho subnacional. En el caso, el amparista solicitaba el cese de la fumigación en campos de propiedad privada. Se sostuvo que el “roundup” con el que se fumigaba era perjudicial para la salud de los seres humanos. El tribunal confirma, en lo principal (aunque no en materia de legitimación pasiva) lo decidido por el tribunal de primera instancia.

falta de certeza sobre la mencionada incidencia y no surge la existencia de un nexo de causalidad". (62)

Lo expuesto no significa que el principio de precaución no genere impacto alguno en el ámbito de la responsabilidad civil. Así, por ej., si finalmente el daño se produce y nada se hizo bajo el argumento que había incerteza científica, el Estado podría llegar a ser responsable por no haber cumplido con el deber de actuar (63); por el contrario, si toma medidas pero finalmente ningún daño se produce, la responsabilidad sólo podrá operar si se dan todos los recaudos exigidos para la responsabilidad del Estado por acto lícito. (64)

11. El principio de precaución en la ley 25.675 (65)(art. 4º) y sus fuentes

En la República argentina no puede dudarse de la fuerza normativa del PP en materia ambiental. En efecto, el art. 4º de la ley 25.675 dispone: *"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"*.

La normativa no surgió de la nada. Por el contrario, con anterioridad estaban sancionadas las siguientes leyes:

(62) Corte Casación, 3ª Civil, Francia, 18/05/2011, Gaec c. Rte Réseau Transport, en Rev. Responsabilidad civil y seguros, año XIV, n° 4, abril 2012, p. 287, con nota de SEGUI, Adela, Incerteza científica, principio de precaución y responsabilidad civil en un fallo de la Casación francesa. Otra autora argentina parece adherir a la tesis que aplica el PP al tramo indemnizatorio (Ver GARRIDO CORDOBERA, Lidia, XXIII Jornadas Nacionales de Derecho civil. Principio de precaución, en Rev. Responsabilidad civil y seguros, año XIII n° 12, diciembre 2011, p. 235).

(63) Compulsar KHEIR BEK, Lamiaa, Les fonctions de la responsabilité du fait des produits défectueux : entre réparation e prévention. Étude comparée entre le droit français et le droit américain, Aix-Marseille, Ed. Presses Universitaires, 2011, p. 192 y ss.

(64) El proyecto de código civil y comercial de la Argentina recepta la función preventiva del daño, mas no extiende a todos los ámbitos el principio precautorio. El art. 1708 dispone: Funciones de la responsabilidad. Las disposiciones de este Título son aplicables a la prevención del daño, a su reparación, y a los supuestos en que sea admisible la sanción pecuniaria disuasiva. Un autor sostiene que "las normas del proyecto permiten extender las fronteras de la responsabilidad civil hasta la precaución" VILLAFANE, Leonardo, Principio precautorio y responsabilidad civil por daños, en Rev. de Derecho ambiental, n° 34, Abril/Junio 2013, p. 80.

(65) Publicada en el Boletín Oficial el 28/11/2002.

—n° 24.295, del 07/12/1993, que aprobó la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, cuyo Art. 3.3 dice: “Las partes deberían tomar medidas de precaución para reducir al mínimo las causas del cambio climático y mitigar los efectos adversos. Cuando haya amenaza de daño grave e irreversible, no deberían utilizarse la falta de total certidumbre científica como razón para postergar tales medidas, tomando en cuenta que las políticas y medidas para hacer frente al cambio climático deberían ser eficaces en función de los costos a fin de asegurar beneficios mundiales al menor costo posible”.

— n° 24.375, de setiembre de 1994, que incorporó al ordenamiento local el Convenio sobre la Diversidad Biológica que dispone: “Cuando exista una amenaza de reducción o pérdida sustancial de la diversidad biológica no debe alegarse la falta de pruebas científicas inequívocas como razón para aplazar las medidas encaminadas a evitar o reducir al mínimo esa amenaza”.

Los autores también mencionan entre los antecedentes, las leyes 23.724, que aprobó el Convenio de Viena para la protección de la capa de ozono; 23.922, que aprobó el Convenio de Basilea sobre control de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos; 25.278, que aprobó el Convenio de Rotterdam sobre procedimiento de consentimiento fundamentado previo aplicable a ciertos plaguicidas; n° 26.011 que aprobó el Convenio de Estocolmo, etc. (66)

Obviamente, la fuente más importante es el Principio 15 de la Declaración de Río sobre el medio ambiente, cuya redacción no puede ser ignorada por la Argentina, desde que en la reunión intervinieron delegados argentinos, que consagra el PP en los siguientes términos: “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”. (67)

(66) Ver estos datos en BESTANI, Adriana, Principio de precaución, Buenos Aires, Astrea, 2013, p. 104 y ss.; compulsar también SARTORI, Susana y DRNAS DE CLÉMENT, Normativa argentina en materia de principio de precaución, en DRNAS DE CLÉMENT, Zlata, El principio de precaución ambiental. La práctica argentina, Córdoba, Lerner, 2008, p. 93. Para los tratados vinculados a la actividad nuclear, FIGUEREDO, Micaela, La implementación de los principios precautorios y de desarrollo sustentable en el derecho nuclear. Una aproximación a la situación de la Argentina, en Rev. de Derecho Ambiental n° 24 (2010) p. 1 y ss.

(67) La definición fue el producto de más de dos años de negociación (Ver ESTRADA OYUELA, Raúl y AGUILAR, Soledad, El principio o enfoque precautorio

12. El PP en los tribunales argentinos. Otros casos

Hasta aquí he mencionado algunos supuestos resueltos por jueces argentinos. Corresponde ahora completar ese panorama. Aclaro que me limito a reseñar los casos de acciones deducidas para evitar daños futuros; no abordo aquellos en que los daños ya se han producido y se reclama su indemnización.

12.1. *El PP en la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina.* (68)

La Corte Federal argentina ha tenido oportunidad de pronunciarse en diversos casos. Adelanto una conclusión provisoria: la Corte Federal está aún en camino hacia una construcción sólida del PP.

a) Asociación de superficiarios de la Patagonia c. YPF, 13/07/2004. (69)

Los votos de los Dres. Vázquez, Maqueda y Zaffaroni propiciaron acoger la pretensión de imponer a la demandada la obligación de contratar un seguro. Mencionaron y aplicaron el PP, pero quedaron en minoría. O sea, el PP no fue recogido por la solución mayoritaria. No obstante, abrió el camino.

De cualquier modo, señalo que, finalmente, después de ocho años, el 20/3/2012, la Corte declaró su incompetencia para seguir entendiendo en la causa.

en el Derecho Internacional y en la Ley general del ambiente, La Ley, Suplemento de Derecho ambiental, 22/9/2003, p. 1). Es, por eso, fruto de una transacción entre las diversas posiciones. Así, por ej., declara que los Estados deben aplicar ampliamente el criterio de precaución, pero parece cerrar esa amplitud cuando se refiere que deben hacerlo conforme a sus capacidades. Además, manda tener en cuenta los costos, y correctamente, no los limita a los económicos.

(68) Todas las decisiones citadas en el texto se encuentran en la página web de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (www.csjn.gov.ar). Para un panorama hasta el año 2011 ver BESTANI, Adriana El principio de precaución en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en JA, 2011-IV-1003; de la misma autora, Principio de precaución, Buenos Aires, Astrea, 2013, p. 332 y ss. Para la cuestión hasta el año 2009, SBDAR, Claudia, Revisión judicial de los instrumentos de gestión y política ambiental. Su análisis desde la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, LA LEY, 2009-F, 1146.

(69) CSN, 13/7/2004, Asociación de superficiarios de la Patagonia c. YPF, en Rev. Derecho Ambiental, Nov. 2004 p. 169, con nota de MORELLO, Augusto M. y CAFFERATA, Néstor, Las medidas cautelares hoy y de LUGONES, Narciso J., La ventana que abre la Corte Suprema para el ambientalismo argentino; LA LEY, 2004-F, 386, con nota de MORELLO, Augusto, Dificultades en el tránsito del proceso individual al colectivo; JA, 2005-IV-307, con nota de FAGGI, Emilio S., El medio ambiente en la justicia; DJ, 2004-3-482 (resumen).

b) *Werneke Adolfo y otros*, 14/10/2008. (70)

La Cámara Federal de Bahía Blanca hizo lugar a un amparo deducido contra el Ministerio de Asuntos Agrarios y Producción de la Provincia de Buenos Aires y ordenó suspender la actividad de pesca artesanal y el otorgamiento de permisos de pesca en la Reserva Natural de Bahía San Blas. (71) Para resolver de este modo, declaró inaplicable la ley de la provincia de Buenos Aires 13.366 por contrariar la cláusula constitucional de protección del ambiente. Se fundó, expresamente, en el principio de precaución. Afirmó que “la falta de un estudio que permita establecer con rigor científico si es posible o no explotar los recursos ictícolas de la zona (Bahía San Blas, zona de reserva natural y de usos múltiples) y en su caso los volúmenes admisibles, así como también las especies cuya captura debe ser específicamente prohibida, no puede dar lugar al rechazo de una medida cautelar que persigue la protección del espacio de biodiversidad en una zona de reserva natural de usos múltiples, si el carácter irreversible del proceso encierra el riesgo de negar a las generaciones futuras el acceso al uso o goce del recurso”. Argumentó que el dictado de una ley provincial que autoriza determinada actividad no es óbice para la actuación del principio precautorio que surge de la ley nacional de protección general del ambiente que aconseja, en el caso, la suspensión precautoria de la pesca artesanal en una zona de reserva natural de usos múltiples, pues no se puede predicar por norma que no existe daño al ecosistema cuando hay pruebas que aseveran la probabilidad en contrario, resultando en tal caso necesarios estudios científicos insospechados de parcialidad. Ingresó en el difícil problema de la carga probatoria; afirmó, quizás con demasiada audacia, que “Cuando una acción o proceso pueden generar un daño ambiental de naturaleza irreversible, como ocurre con la pesca comercial y artesanal en zona de reserva natural de usos múltiples, para resolver un pedido de medida cautelar rige el principio precautorio que *se caracteriza por invertir la carga de la prueba*, la cual recae sobre quien pretende alterar el *statu quo* por medio del desarrollo de un proyecto o actividad industrial”.

La decisión fue recurrida por la provincia de Buenos Aires y por un grupo de pescadores artesanales de Bahía San Blas y de un pueblo vecino. Por mayoría, la Corte decidió rechazar formalmente el recurso, por no existir cuestión federal en tanto el tribunal había dado prioridad a la ley federal por sobre la provincial.

(70) Fallos: 331:2223.

(71) Cám. Fed. de Bahía Blanca, sala 1°, 11/5/2006, ED, 216-414; Rev. de Derecho ambiental, n° 8, 2006, p. 159, con nota de GARCIA MINELLA, Gabriela, Bahía San Blas: un lugar en el mundo (p. 171) y de VEZZULLA, Juan M., La protección del desarrollo sustentable en el caso “Bahía San Blas”. Un enfoque sistemático e intergeneracional (p. 186).

Los Dres. Maqueda y Zaffaroni, adhirieron al dictamen de la Procuración y propiciaron la apertura del recurso extraordinario y la confirmación de la sentencia. Interesan los conceptos vertidos en el dictamen de la Procuración referidos al PP:

-El tema que se somete a consideración del Tribunal se circunscribe a determinar si la aplicación que la Cámara efectuó del principio precautorio que establece el art. 41 de la ley 25.675 tiene la virtualidad que aquélla le asigna y que controvierten los apelantes.

-Con relación al requisito relativo a la inversión de la carga probatoria, cuya aplicación se discute en autos, se ha dicho que cuando se afirma que el principio de precaución implica una “inversión de la carga de la prueba” no debe entenderse esta exigencia en su sentido literal o estricto. Es decir, ello no supone que el introductor del riesgo deba eliminar cualquier duda acerca de la peligrosidad del producto o actividad en cuestión y probar un “riesgo cero”. Precisamente, en un terreno dominado por las incertidumbres científicas sería contradictorio exigir la prueba científica de que no existe ningún riesgo, porque ello supondría reclamar una prueba imposible, una prueba negativa (*probatio diabólica*). De lo que se trata, en realidad, es de promover un rol más activo del introductor del riesgo en el esfuerzo orientado a determinar su grado de probabilidad y magnitud. Es decir, el principio de precaución faculta a las autoridades públicas a exigir a quien introduce productos o desarrolla actividades potencialmente riesgosas que aporte sus propias conclusiones científicas sobre la base de las cuales estima que tales productos o actividades no traen aparejados riesgos desproporcionados al público o al medio ambiente.

-A partir de tales pautas, la aplicación que la cámara efectuó del mencionado principio para resolver los temas que le fueron sometidos a su conocimiento, es una de las interpretaciones posibles de aquella directriz legal en el marco de una contienda judicial. Ello es así, porque, sobre la base de los informes técnicos existentes en la causa —cuya apreciación no puede ser revisada en esta instancia— el a quo consideró que estaba probada la degradación ambiental en la zona objeto del amparo y, aunque faltan evidencias incontrastables de que aquélla se produzca por efecto de la pesca artesanal, entendió que el principio del derecho ambiental al que se está aludiendo le imponía el deber de actuar de modo consecuente con la obligación de no seguir produciendo aquel daño, al menos hasta que existan estudios científicos que demuestren lo contrario.

-Los recurrentes ni siquiera demuestran que la interpretación asignada por la Cámara comporte un apartamiento evidente del alcance del principio que tiene consagración legal y, por el otro, aquélla se en-

cuentra alineada con la doctrina del Tribunal en la materia. En efecto, V.E. ha destacado que la interpretación de la ley 25.675 debe efectuarse de acuerdo con el principio precautorio que dispone que cuando haya peligro de daño grave o irreversible la ausencia de información o certeza científica no debe utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente” (Fallos: 327:2967, disidencia parcial de los jueces Vázquez, Maqueda y Zaffaroni).

c) Salas, Dino y otros c. Provincia de Salta y Estado Nacional, 29/12/2008 (72), 26/03/2009 (73) y 13/12/2011. (74)

Este es el primer caso en el que una sentencia de la Corte aplica el PP.

Asociaciones de pueblos originarios y otras personas individualmente se quejaron de la tala indiscriminada de árboles, actividad que venía realizándose con autorizaciones otorgadas por el gobierno provincial. La Corte Federal invocó el principio de precaución, citó a una audiencia pública, suspendió provisionalmente las tareas de tala y desmonte y ordenó que se rindieran una serie de informes.

El gobierno provincial recurrió la decisión. El 26/03/2009, la Corte Federal insistió en el PP y ordenó que los estudios de impacto ambiental se realizaran comprendiendo el conjunto de la zona y no por sectores.

(72) SALAS, Dino, 29/12/2008 Fallos 331-3258, LA LEY, 2009-A, 420; ED, 235-1176, con notas de KRANNICHFELDT, Leticia, Hacia la protección jurídica de los bosques nativos y de ISOLA, Alfredo E., Amparo ambiental; en LA LEY, 2009-C, 471 (resumen) con nota de DI PAOLA, María E., y ESAIN, José, La Corte suspende el ecocidio en el bosque salteño; en LA LEY, 2009-F, 465 (resumen) con nota de MENDIVIL, Andrea, ¿No innovar contra la administración? El juego del principio precautorio y la presunción de legitimidad a partir del caso Salas. Se ha sostenido que el antecedente del caso Salas puede encontrarse en la sentencia de la CSJ del 8/9/2003, Comunidad Indígena del Pueblo Wichi c/Secretaría del medio ambiente y desarrollo sustentable (LA LEY, 2004-C, 277). En este precedente también se habían impugnado permisos de tala de bosques por falta de Evaluación de impacto ambiental. La sentencia deja sentada las bases de la obligatoriedad del EIA (Ver SBDAR, Claudia, Revisión judicial de los instrumentos de gestión y política ambiental. Su análisis desde la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, LA LEY, 2009-F, 1148).

(73) Fallos 332-663 y en LA LEY, 2009-B, 683 (resumen) con nota de AGUIRRE ASTIGUETA, Sebastián, El principio precautorio ante el conflicto entre desarrollo y preservación.

(74) CSJN, 13/12/2011, LA LEY, 2012-B, 191, con nota de AGUIRRE ASTIGUETA, Intervención cautelar de la Corte en materia ambiental.

El 04/09/2010, ante una denuncia de incumplimiento de la cautelar ordenada, decidió que el planteo debía ser realizado ante las autoridades locales. (75)

El 13/12/2013, la Corte tuvo por cumplidas las medidas dispuestas, levantó la prohibición dictada a través de la cautelar por “no subsistir las circunstancias que determinaron el dictado, pues ha desaparecido el peligro de daño irreversible que determinación la decisión” y entendió que a partir de allí, se desprendía del conocimiento de la causa en la medida que “no corresponde a la competencia originaria prevista en el art. 117 de la CN”.

En suma, después de haber dictado las resoluciones antes reseñadas, la Corte se declaró incompetente para seguir entendiendo, pero mientras tanto, a través de un activismo judicial ambiental, intervino cautelarmente para dar solución, aunque sea transitoria, a un agudo problema ambiental existente en la provincia de Salta. (76)

d) CSN, 28/09/2010, Alarcón Francisco y otros c. Central Dock Sud. (77)

Un grupo de vecinos promovió acción contra Central Dock Sud S.A. y contra Edesur S.A. con el objeto de obtener: (i) el resarcimiento de los daños y perjuicios derivados de la instalación de un electroducto de alta tensión que se extiende a lo largo de la calle Sargento Ponce de la localidad de Dock Sud. Alegaron que la línea de alta tensión mencionada provoca un menoscabo en el ambiente y en la salud, a la par que invocaron la existencia de riesgo de electrocución, incendio y explosiones y, particularmente, la amenaza de contraer enfermedades por la exposición a los campos electromagnéticos emitidos por la instalación del electroducto. (ii) el cese de la contaminación y perturbación ambiental, para cuyo fin postularon que se prohíba la utilización de las líneas transmisoras de electricidad y el retiro de las torres y cableados existentes.

Asimismo, en el escrito de demanda peticionaron el dictado de una medida cautelar consistente en el cese de la utilización de las líneas de alta tensión situadas en el frente de las viviendas de los actores y el retiro de las torres y cableados existentes.

La sala II de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata confirmó la sentencia de primera instancia y rechazó la medida cautelar solicitada por los actores; no obstante, dispuso una medida precautoria distinta a

(75) JA, 2010-IV-289.

(76) Compulsar BENAVENTE, María, El legado del caso “Salas”, en Rev. de Derecho Ambiental n° 30 (2012) p. 25.

(77) ED, 240-1127, Doc. Judicial, boletín 2011 n° 2, p. 23.

la solicitada: intimó a las empresas demandadas para que en el plazo de ciento veinte días realizaran gestiones con los actores tendientes a prevenir los posibles daños que la electro polución provoca en su ambiente y estableció que ambas partes debían concertar los acuerdos necesarios para la preservación de los derechos de los actores contemplando, inclusive, su traslado a viviendas adecuadas en lugares a los que consientan desplazarse, cuyos costos, eventualmente, podrán ser deducidos de la indemnización que se solicita. Asimismo, estableció que las empresas demandadas debían presentar a ese tribunal un informe detallado sobre los resultados que se obtengan. El tribunal argumentó con base en investigaciones científicas a nivel mundial que vienen desarrollándose sobre las consecuencias que se derivan de la exposición prolongada a los campos electromagnéticos (CEM) originados por los cables de alta tensión, aun cuando esa exposición lo sea dentro de los niveles permitidos legalmente. Advirtió que en la actualidad no existen certezas científicas resultantes de esas investigaciones y que, incluso, algunos resultados son frecuentemente contradictorios. Empero, la Organización Mundial de la Salud recomienda que, hasta tanto finalicen las investigaciones sobre el tema, se cumplan las normas de seguridad internacionales y nacionales, entre las cuales se encuentra la resolución 77/98 de la Secretaría de Energía de la Nación que adopta las directrices internacionales sobre la materia. Añadió que la ley general del ambiente establece los principios de política ambiental, entre ellos el principio precautorio. Indicó que el tribunal había receptado ese principio en una causa similar, invocada por los actores, en la que hizo lugar a la suspensión de una obra de cableado, prevista por Edesur, que había sido autorizada por el ente regulador, hasta tanto las demandadas informaran acerca de las medidas que deberían adoptar a fin de eliminar el posible efecto negativo sobre la salud de la población de los campos electromagnéticos generados por los cables de alta tensión. Empero, existían diferencias sustanciales entre ambas causas que impedían adoptar la misma solución ya que, a diferencia de lo que sucede en este proceso, en el otro la obra aún no se había llevado a cabo. Concluyó que, por tanto, no podía acoger la medida cautelar de cese de la utilización de una línea de alta tensión que se encontraba funcionando, máxime si se consideran los daños que se provocarían en la normal prestación de un servicio público esencial para la comunidad, aspecto este último que entendió que no podía dejar de atender y resguardar al momento de decidir. Por ello, con sustento en lo dispuesto en el art. 32 de la ley 25.675 y en el art. 204 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, dispuso una medida precautoria distinta a la solicitada por los actores, en la búsqueda de una solución que, a su entender, no podía esperar el dictado de la sentencia definitiva. Fundó la decisión en el principio precautorio, de prevención del daño y de la responsabilidad del generador de los efectos degradantes en relación

a los costos de las acciones preventivas y correctivas de recomposición. Señaló que la existencia de un amplio debate y estudios científicos a nivel mundial sobre la contaminación electromagnética constituía una pauta indicativa de importancia, que permitía razonablemente buscar soluciones precautorias adecuadas en virtud del riesgo para la salud de los actores.

La decisión que dispuso la cautelar fue recurrida por la parte demandada. Cuatro jueces que hicieron mayoría (Petracchi, Maqueda, Zaffaroni y Argibay) rechazaron el recurso fundados en la inexistencia de sentencia definitiva.

Tres jueces (Lorenzetti, Highton y Fayt), entendieron que la sentencia reunía los caracteres de definitividad. Recordaron que en anteriores pronunciamientos, la Corte había sostenido que cuando se petitiona la protección del ambiente con base en el principio de prevención o de precaución, no se trata de una medida cautelar, sino de un proceso urgente autónomo y definitivo, (causa Mendoza; Fallos: 331:1622). De tal modo, hay sentencia definitiva, a los efectos del recurso extraordinario, cuando se resuelven cuestiones relativas a la aplicación de los principios referidos, contemplados en la ley general del ambiente.

Levantado ese valladar formal, este voto propició la revocatoria de la sentencia en cuanto había establecido la medida cautelar antes descripta, con estos argumentos:

— La aplicación del principio precautorio, como *principio jurídico de derecho sustantivo*, es una *guía de conducta* que establece que, cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la ausencia de información o certeza científica no debe utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente (art. 4° de la ley 25.675);

— Sin embargo, el límite de las facultades judiciales está dado por el respeto a los principios del debido proceso y de la defensa en juicio. Cabe recordar, por un lado, que este Tribunal debe intervenir cuando las elaboraciones de los magistrados anteriores en grado llevan a un pronunciamiento *ultra petita* que lesiona los referidos principios y, por otro lado, que no corresponde a los jueces extender el principio *iura novit curia* a apartarse de lo que resulte de los términos de la demanda o de las defensas planteadas por los demandados. A la luz de esas pautas, se advierte con claridad, que la sentencia impugnada, en cuanto dispuso que se realizaran gestiones con los actores tendientes a prevenir los posibles daños que la electro-polución provoca en su ambiente y estableció que ambas partes debían concertar los acuerdos necesarios para la preservación de los derechos de los actores,

“contemplando inclusive el traslado de los mismos a viviendas adecuadas en lugares a los que consientan desplazarse, cuyos costos, eventualmente podrán ser deducidos de la indemnización que se solicita”, ha excedido el marco de las facultades previstas en el art. 41 de la ley 25.675 con afectación de los principios del debido proceso y de la defensa en juicio. En ese contexto, la decisión apelada presenta un defecto grave de fundamentación y de razonamiento.

e) CSN, Schroder, Juan y otros c. Invap. 04/05/2010. (78)

Un vecino de provincia de Buenos Aires, interpuso acción de amparo ante la justicia federal de Bahía Blanca contra INVAP Sociedad del Estado, con el objeto de que, con sustento en el artículo 41 de la Carta Magna y en el artículo 3º de la ley 25.018, se declarara la nulidad de una cláusula del convenio firmado entre la entidad mencionada y ANSTO (Australian Nuclear Science and Technology Organization), en tanto interpretó que según dicha cláusula, INVAP y el Estado Nacional intentarían ingresar al territorio nacional combustible quemado de un reactor nuclear vendido a Australia, residuos y desechos radiactivos.

El juez de primera instancia rechazó la demanda, pero la Cámara Federal de Bahía Blanca, revocó la sentencia de grado, hizo lugar a la pretensión y declaró que “es inconstitucional la intención de la accionada de ingresar al territorio del país combustible quemado, de un reactor nuclear vendido a Australia, residuos y desechos radiactivos”. Asimismo ordenó al Poder Ejecutivo Nacional que adoptara las medidas necesarias para hacer efectiva la prohibición de ingreso establecida.

Interpuesto el recurso extraordinario, la Corte Federal llamó a una audiencia pública de carácter informativo, en la cual las representaciones de cada una de las partes fueron interrogadas sobre diversos aspectos del planteo traído a su conocimiento.

La Corte entendió que:

- en la causa no se aporta ninguna prueba de la existencia de residuos de esa naturaleza;
- una interpretación ajustada al derecho vigente impide declarar la inconstitucionalidad de una intención.

(78) ED, 238-1129; resumen del fallo en LA LEY, 2010-D, 29; resumen en LA LEY, 2010-E, 203, con nota de JIMÉNEZ, Eduardo P., Combustible gastado o desechos radioactivos; DJ, año XXVI, n° 26, 30/06/2010 (síntesis).

Es legítima la declaración de nulidad de una cláusula contractual cuando se demuestre con evidencia clara y concreta que ésta se opone al ordenamiento ambiental que es de orden público, pero no cabe hacerlo respecto de una intención que indica que un acto puede o no llevarse a cabo;

- en el estado actual de la causa no se verifica un supuesto en que sea aplicable el principio de precaución en tanto no existe prueba alguna sobre la existencia de un peligro de daño grave o irreversible derivado de estos combustibles.

Aunque revocó la sentencia, la Corte aclaró, con voto disidente de la Dra. Carmen Argibay que “la conclusión alcanzada no frustra ni retacea las facultades que asisten, entre otros al demandante, para efectuar un seguimiento riguroso de la evolución del cumplimiento del contrato y, de verificar un peligro de daño ambiental que pueda configurar un caso contencioso con el alcance subrayado en el considerado 10, actuar preventiva o precautoriamente mediante las acciones judiciales pertinentes”.

f) CSN, 26/05/2010 “Asociación Multisectorial del Sur en Defensa del Desarrollo Sustentable c/ Comisión Nacional de Energía Atómica”. (79)

Según relató el actor (Presidente de la Asociación Multisectorial del Sur en Defensa del Desarrollo Sustentable) el Complejo Minero Fabril de San Rafael “inició sus actividades a gran escala en 1981, y cesó la extracción de mineral hacia 1995. Es propiedad del Gobierno de la Provincia de Mendoza, que lo cedió en préstamo a la CNEA. Hasta el momento se han acumulado en el lugar 2.400.000 tn de colas de tratamiento, 1.000.000 de tn estéril y 600.000 tn. de marginal (PRAMU, 2001). Mientras operó Sierra Pintada, el diuranato de amonio se remitía en tambores de 200 litros y por ruta desde la mina en actividad de CFC (antigua denominación de Dioxitek S.A.). Sierra Pintada, recibía en tanto residuos radiactivos de baja actividad provenientes de Dioxitek”.

Sobre la base de esos hechos, solicitó que la demandada: (i) dé cumplimiento a las previsiones de la Ley 25.675 que “establece los presupuestos mínimos para el logro de una gestión sustentable y adecuada del ambiente, la preservación y protección de la diversidad biológica y la implementación del desarrollo sustentable”; (ii) se inscriba debidamente en el Registro Nacional de Generadores y Operadores de Residuos Peligrosos (leyes 24.051, 25.612 y cc.), y como generador local en virtud de la ley provincial 5917”. Dijo que previo a ordenar estas medidas era necesario: (A) *despejar la incertidumbre jurídica* del régimen legal de la ley de residuos radiactivos [...]

(79) CSJN, 26/05/2010, LA LEY, 2010-D, 30, ED, 238-1136 y JA, 2011-I-466.

teniendo en cuenta que la CNEA es generador y responsable por el manejo, transporte, manipulación y disposición final de residuos peligrosos y no sólo radiactivos de baja radiactividad que tienen otro tratamiento legal y aplicarle la ley 24.051; (B) Determinar “si del transporte de residuos de baja radiactividad que envía la empresa DIOXITEK de Córdoba a Sierra Pintada contienen también residuos peligrosos lo cual implica transporte interjurisdiccional debiendo la CNEA estar inscripta en el registro nacional de generadores de residuos peligrosos”; (C) Establecer “Si del total de pasivos ambientales depositados en Malargüe y Sierra Pintada existen residuos peligrosos; así también en las minas abandonadas de Agua Botada y Huemul”.

En definitiva, petición: “*Oportunamente se haga lugar a la demanda incoada declarando, que se aplica el principio precautorio al proyecto de reapertura del Complejo Minero Fabril San Rafael (Sierra Pintada) por parte de la CNEA a quien debe obligar a realizar un tratamiento previo e integral de todos los pasivos ambientales existentes en el sur de la provincia de Mendoza, por explotación de yacimientos mineros actualmente abandonados. “Ordene a la CONEA se abstenga de insistir con la disposición de reinicio de actividades del complejo fabril minero San Rafael sin que previamente se proceda a la pertinente restauración ambiental, toda vez que en caso contrario continuarían desarrollándose las actividades denunciadas que le provocan un efecto nocivo al medio ambiente, con grave afectación de la salud para la población actual y futura”.*

El juez de primera instancia acogió la medida de no innovar y ordenó a la Comisión Nacional de Energía Atómica (CONEA) que se abstenga de modificar el estado actual del yacimiento minero Sierra Pintada, y de ingresar o egresar del complejo minero cualquier carga distinta a la estrictamente útil para su mantenimiento y conservación.

La Cámara Federal de Mendoza revocó la decisión porque: (i) en la acción declarativa (acción principal deducida) no procede este tipo de medidas cautelares y (ii) no se han cumplido estaban cumplidos los requisitos clásicos para despachar este tipo de medidas.

La queja ante la Corte se construyó sobre estos agravios: Si la Comisión Nacional de Energía Atómica reabre los yacimientos mineros de uranio, se producirá un gravamen de imposible reparación ulterior (daño a la vida y a la salud de personas expuestas); se violará impunemente la ley 25.675 que exige para este tipo de actividades un estudio de impacto ambiental previo, la contratación de un seguro ambiental y la concreción del fondo de restauración; también se incumplirán las disposiciones que regulan el transporte interjurisdiccional.

El voto de tres ministros (Highton, Argibay y Petracchi) siguió el dictamen de la Procuración y rechazó formalmente el recurso; argumentó que las

medidas cautelares no generan decisiones definitivas susceptibles de ser revisadas por el recurso extraordinario y que la reforma constitucional de 1994 no eliminó el recaudo de la definitividad.

El Dr. Lorenzetti se sumó a la mayoría y rechazó el recurso, pero con otra línea argumental. Sostuvo que:

- Cuando se peticiona la protección del ambiente con base en el principio de prevención o de precaución no se trata de una medida cautelar, sino de un proceso urgente autónomo y definitivo;

- Ese proceso se distingue de otros, como se pasa a explicar;

- La pretensión declarativa se satisface con la mera declaración que pone fin a un estado de incertidumbre respecto de una relación jurídica, de modo tal que su efecto es producir cosa juzgada. Como su propósito es la obtención de seguridad jurídica sobre un punto controvertido, no es susceptible de ejecución procesal forzada;

- La pretensión declarativa no debe confundirse con la acción de amparo. Se asemejan cuando se solicita la declaración de inconstitucionalidad de una norma, pero no cuando, a la inversa, se pretende la aplicación de la norma;

- Los jueces tienen amplias facultades en cuanto a la protección del ambiente y pueden ordenar el curso del proceso, e incluso darle trámite ordinario a un amparo. El límite de estas facultades está dado por el respeto al debido proceso, porque los magistrados no pueden modificar el objeto de la pretensión examinando un tipo de acción como si se tratara de otro distinto. Ello es lo que *ocurriría si en lugar de resolver sobre la falta de certeza se hiciera un análisis del riesgo ambiental y se dispusieran medidas excediendo totalmente el marco legal de la acción.*

- El principio precautorio no puede confundirse con la acción declarativa. El primero es un principio jurídico de derecho sustantivo; la segunda es una regla de derecho procesal. De tal modo, una vez que se acredita el daño grave e irreversible, el principio obliga a actuar aun cuando exista una ausencia de información o certeza científica, debiéndose efectuar un juicio de ponderación con otros principios y valores en juego.

- El principio es una guía de conducta, pero los caminos para llevarla a cabo están contemplados en la regulación procesal, que establece diferentes acciones con elementos disímiles, precisos y determinados, que no pueden ser ignorados.

- En el caso, ha quedado en evidencia que no se encuentran acreditados los recaudos de verosimilitud del derecho y el peligro en la demora, pre-

supuestos de procedencia para el dictado de la medida cautelar solicitada. Tampoco existe ninguna correlación entre la medida de no innovar dictada por el juez de primera instancia y el objeto de la acción declarativa planteada, conclusión de la Cámara que no ha sido rebatida de un modo suficiente.

El voto en disidencia de los Dres. Fayt, Maqueda y Zaffaroni propició revocar la decisión y hacer lugar a las medidas solicitadas, con estos fundamentos:

- El fallo apelado es descalificable como acto judicial, toda vez que sus motivos han desatendido la concreta cuestión a resolver.

- Mal pudo el tribunal a quo dejar sin efecto la medida cautelar dictada por el juez de grado con sustento en que la medida de no innovar referida a la cesación de los daños fue concedida sin más respaldo que las afirmaciones de la requirente cuando, precisamente, la actora persigue prestaciones obligatorias que derivarían directamente de las normas legales invocadas.

- La cámara omitió realizar un balance provisorio entre la perspectiva del acaecimiento de un daño grave e irreversible y el costo de acreditar el cumplimiento de las medidas solicitadas, principalmente a la luz del principio precautorio, conforme el cual, 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 (art. 4º de la ley 25.675).

En suma, esta sentencia trata el PP pero, por decisión mayoritaria, implícitamente, al dejar firme la sentencia de cámara, podría estimarse que se lo considera no aplicable al caso. De cualquier modo, la validez de esta sentencia es bastante dudosa a la luz de la propia jurisprudencia de la Corte Federal, desde que la mayoría se ha “alcanzado” con cuatro votos, pero no tienen la misma línea argumental. (80)

g) Leño, Julia Rebeca y otros c. Provincia de Jujuy, 29/03/2011. (81)

(80) A título anecdótico, señalo que la CNEA ha sido sancionada por el Departamento General de Irrigación de Mendoza por la contaminación del agua utilizada en la actividad minera dado que se comprobó la existencia de altos valores de uranio en el agua freática en la zona subyacente. Esta sanción fue confirmada por la Suprema Corte de la provincia de Mendoza el 17/5/2012 (Rev. de Derecho Ambiental n° 34, Abril 7 Junio 2013, p. 279, con nota de PINTO, Mauricio, Contaminación minera y recurso hídrico: a propósito de la eficacia en el control.

(81) CSN 29/,3/2011, Doctrina Judicial n° 23, 2011, p. 42.

Un grupo de vecinos de Tilcara, Provincia de Jujuy, interpuso acción de amparo contra ese Estado local con el objeto que ordene a la autoridad administrativa con jurisdicción en la Quebrada de Humahuaca que, (i) se abstenga de otorgar cualquier permiso de cateo, exploración o de explotación minera a cielo abierto o en cualquiera de sus procesos, se utilicen sustancias químicas como cianuro, mercurio, ácido sulfúrico, uranio y otras sustancias tóxicas similares; (ii) revoque los permisos concedidos o en trámite. Como medida precautoria, solicitó la suspensión de los pedidos de cateo y exploración de minerales efectuados por la empresa "Uranio del Sur S.A.". Invocaron Se invocó el art. 41 de la C.N. y el principio de precaución.

El juez de primera instancia rechazó la demanda. El caso llegó al Superior Tribunal de Jujuy que, por mayoría, el 23/2/2010 ((82), revocó la decisión, pero tras considerar que en el trámite de la causa se había incurrido en una grave irregularidad que violaba el derecho de defensa de una parte legítima (la empresa a la que se habían otorgado las autorizaciones), ordenó la remisión de los autos al tribunal de origen para que, previa citación de la empresa "Uranio del Sur S.A." y de reconocerle la facultad de acreditar que la actividad cuya autorización pretendía no ofrecía un riesgo al medio ambiente, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a derecho.

El juez Tizón, en minoría, sostuvo que la petición cautelar debía ser acogida; invocó el principio de precaución y afirmó que "el emplazado no ha arrimado prueba alguna tendiente a demostrar que dichas tareas no producirán contaminación, por lo que cabe presumir que al menos existe la posibilidad o el peligro cierto de que ellas conllevan daño ambiental". Enfáticamente dijo: "Resulta un absurdo contrasentido permitir nuevas explotaciones mineras a cielo abierto en un territorio declarado patrimonio cultural de la humanidad, acto o declaración que, como se sabe, es revocable, y tal revocación causaría seguramente daños a la infraestructura turística ya realizada".

La decisión mayoritaria de la Corte provincial fue recurrida, tanto por los actores como por el gobierno provincial. El Superior Tribunal de Jujuy concedió el recurso, pero la Corte Federal declaró la nulidad de esa resolución judicial porque la Corte local omitió pronunciarse categórica y circunstanciadamente (con toda menudencia, sin omitir ninguna circunstancia o particularidad, según la definición de la Real Academia) sobre la observancia de los requisitos sustanciales y esenciales del recurso extraordinario, cuales

(82) ST Justicia 23/2/2010, Leño, Julia R. c. Estado provincial, JA, 2010-III-307; LLNoroeste, 2010-421. El fallo se publica en resumen, con nota de AGUIRRE ASTIGUETA, Sebastián, Otra vez el principio precautorio: explotaciones mineras en la Puna.

son —en el caso— la presencia del recaudo de sentencia definitiva y de una cuestión federal de la naturaleza invocada por los recurrentes.

h) Comunidad del Pueblo Diaguita de Andalgalá c. Provincia de Catamarca p/ amparo ambiental, 17/04/2012. (83)

La Comunidad del Pueblo Diaguita de Andalgalá interpuso amparo ambiental contra la provincia de Catamarca, Minería Agua Rica LLC (sucursal Argentina), el Estado Nacional, la provincia de Tucumán, Salta, La Rioja y/o quien resulte titular de la concesión minera a cargo de la explotación del yacimiento Agua Rica, a efectos de que se ordene el cese inmediato de todo tipo de actividad y/o explotación llevada a cabo por la coaccionada Minera Agua Rica LLC, sucursal Argentina. Alegó que existiría una grave e inminente afectación a la salubridad y habitabilidad del ambiente donde reside dicha comunidad. Sostuvo que el caso sería de materia federal por la interjurisdiccionalidad de los posibles daños ambientales, y de competencia originaria de la Corte Federal por las partes demandadas, ya que habría una omisión por parte de las provincias en cuanto a la obligación que tienen del ejercicio del poder de policía; asimismo, interpretó que el pueblo originario —al contar con un status jurídico diferente— no debía ser considerado como vecino de las provincias. Sostuvo que la coaccionada pretende causar con su actividad “daños aceptables” a los seres humanos y al medio ambiente, cuando, “el objetivo de la política ambiental, no es causar daños aceptables sino evitarlos”. Solicitó se pondere el principio precautorio.

La Corte, por mayoría, siguiendo el dictamen de la procuración general, se declaró incompetente.

En disidencia, el Dr. Ricardo Lorenzetti hizo especial referencia a varias cuestiones de especial interés para la aplicación del PP, que reseño:

— Según los informes incorporados a la causa existirían importantes riesgos en relación a la cantidad de agua superficial, específicamente una reducción del agua en el río Minas que tiene el potencial de disminuir los flujos de agua en dirección aguas abajo del Río Andalgalá en un promedio de 5% (hasta alcanzar un máximo de 8% durante la temporada seca). Este hecho podría tener efectos adversos en la agricultura, la economía local y la calidad de la vida humana; asimismo, el hábitat y la vida acuática también podrían verse afectados por los cambios de caudales de agua.

(83) CSN 17/4/2012, LA LEY, 2012-C, 101 y 324; 2012-D-654 (resumen) con nota de GÓMEZ, Antonio G., Competencia federal y megaminería.

— En contra del dictamen de la Procuración general al que la mayoría adhirió, recordó que en ningún precedente, a los fines de fijar su competencia, la Corte ha exigido la presentación de una evaluación científica o estudio que pruebe la efectiva contaminación o degradación del recurso interjurisdiccional (Fallos: 329:2469). Por el contrario, esa jurisprudencia señala que para que en principio, se configure el presupuesto del art. 7° segundo párrafo de la Ley General del Ambiente, basta que en la exposición de los hechos en la demanda se observe que el daño afecta directamente un recurso interjurisdiccional.

— En este caso, la aplicación del principio precautorio obliga a suspender el proyecto hasta tanto se efectúe un estudio de impacto acumulativo de sus cuatro componentes. El estudio referido deberá ser realizado por las provincias involucradas y a través de las cuales éstos pasan, en forma conjunta con la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación, la que deberá resguardar el respeto de los presupuestos mínimos en la materia. Asimismo, se deberá dar amplia participación a las comunidades que habitan en la zona afectada. Dicho estudio deberá concentrarse en el análisis del impacto ambiental acumulativo de la explotación del yacimiento Agua Rica, sobre el clima, el paisaje, y el ambiente en general, así como en las condiciones de vida de los habitantes. Asimismo, deberá proponer una solución que armonice la protección de los bienes ambientales con el desarrollo en función de los costos y beneficios involucrados. En tal sentido, deberá identificar márgenes de probabilidades para las tendencias que señale, valorar los beneficios relativos para las partes relevantes involucradas y las generaciones futuras (conf. Fallos: 332:663).

— “Se trata de que el proceso de autorización permisiva no se base solamente en la decisión de autoridades locales que remiten a un informe de la propia empresa, sino que sea más complejo. La magnitud de la explotación requiere una reflexión profunda, científicamente probada, socialmente participativa y valorativamente equilibrada. No se trata de prohibir irracionalmente, sino de autorizar razonablemente”.

12.2. El PP en los Superiores Tribunales provinciales

a) Suprema Corte de Mendoza, sala I,

— 15/3/2005 “Y.P.F. en j° Oikos c. Gob. de la Prov. de Mza. p/acción de amparo.” (84)

(84) LA LEY, 2005-D, 450, con nota aprobatoria de MOULES, Andrés G., Cosas que no tienen repuesto. El medio ambiente. Cuando los principios de derecho ambiental se trasuntan en el propia sentencia.

En el caso, una asociación protectora del ambiente petitionó se ordenara al Ministerio de Ambiente y Obras Públicas abstenerse de emitir la declaración de impacto ambiental que completaba una autorización para una explotación petrolera mientras no se purgaran los vicios administrativos del procedimiento en el que tramitaba.

Se discutía si la explotación petrolera autorizada por resolución de PE provincial estaba o no dentro de un área natural protegida (la reserva fáunica Laguna Llanquanelo); ante la incertidumbre de si estaba o no, se suspendió la ejecución del acto hasta tanto cesara esa incertidumbre con la delimitación del área protegida. De este modo, el Superior tribunal de la provincia confirmó las resoluciones de grado que habían decidido *supeditar la explotación petrolera autorizada por la resolución administrativa impugnada a la efectiva previa delimitación del área natural*.

La sentencia se fundó en la prohibición legal expresa de explotación dentro de las áreas naturales protegidas y en la garantía constitucional (art. 41 CN), que impone a todas las “autoridades”, “proveer a la protección de esos derechos”.

— 14/12/2007, *Cuyoplacas c. Municipalidad de Las Heras*.

El debate procesal giraba en torno al grado de contaminación ambiental causado por la actividad empresarial de la actora. Después de rendir prueba pericial, la sala I señaló: “Una vez más, ha quedado expuesta la dificultad que implica evaluar situaciones de riesgo ambiental a *través de métodos científicos, por expertos independientes*, o sea, no comprometidos ni ideológicamente, ni económica, ni cultural, ni socialmente con el productor del riesgo. El adelantamiento de la prueba petitionado por la empresa y acogido favorablemente por el tribunal, que ha tomado algo más de 10 meses no obstante el empeño puesto en la dirección del proceso, ha dejado pendiente, por el momento, un cierto grado de *incerteza* científica. Precisamente, es esta incerteza la que impide hacer lugar a la cautelar solicitada desde que el acto administrativo atacado se funda en el principio de precaución, recogido en el art. 4º de la ley 25.675”.

b) *C.J. Salta*,

—10/2/2005, *Fabroni c. Refinería del Norte S.A. y Municipalidad de la ciudad de Salta*. (85)

Al igual que en el caso Cuyo Placas de Mendoza, antes referenciado, en este se discutía el traslado de una fábrica. La Corte de Salta afirmó que

(85) Rev. de D. Administrativo, n° 57, 2006, p. 829.

“Según los mandatos del principio precautorio, la incertidumbre científica constituye un llamado a la cautela. El fundamento precautorio actúa como una virtual inversión del *onus probandi* de orden científico, con mayor o menor rigor, según el grado de irreversibilidad de las acciones, o a la singularidad de los recursos naturales comprometidos”.

Subrayo que la Corte no afirma la inversión de la carga probatoria; se queda en un estadio menor al decir que “el fundamento” actúa como una “virtual inversión”, “con mayor o menor rigor”, según las circunstancias.

— 25/7/2007, *Thomas Horacio c. Bocanera S.A.* (86)

La demanda tuvo por objeto el cese de la actividad de desmonte y movimiento de tierra en la zona donde se encuentran los yacimientos arqueológicos de lo que se conoce como la antigua ciudad de Esteco, ubicada en el departamento de Metán, provincia de Salta.

El tribunal consideró legitimado para interponer el amparo al diputado provincial que representa al pueblo de la localidad donde se encuentra el inmueble en el que se aduce existen ruinas arqueológicas de valor cultural.

Afirmó que “si bien no se ha producido probanza alguna científica o técnica que permita cuantificar el daño ambiental invocado, existe la certeza y actualidad de los riesgos que involucra, en grado tal, que justifica la promoción del amparo, especialmente, porque no se ha realizado el estudio de impacto ambiental”. “La actuación del Poder Judicial, ante la amenaza o concreción de daños al medio ambiente, es procedente en el marco de la acción de amparo, aun cuando la actividad a la que se imputa el efecto dañoso cuenta con autorización o habilitación administrativa, porque el ejercicio del poder de policía por el organismo pertinente a través de otorgamiento de permisos para determinada actividad de riesgo ambiental nunca puede tener como consecuencia otorgar un *bill de indemnidad* a favor del autorizado”.

c) *Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, D.J.E. p/acción de amparo* 8/8/2012. (87)

(86) La Ley Noroeste 2007-892, con nota de CATALANO, Mariana, Amparo. Preservación de ruinas de valor arqueológico, histórico, cultural y turístico. Principio precautorio. Función ambiental de la propiedad.

(87) SC Buenos Aires, 08/08/2012, DJ, Año XXIX, n° 3, 16/1/2013 p. 20; LA LEY, 2012-E, 537, 2012-F, 277, con nota de MARCHIARO, Enrique J., El caso M de la Corte Suprema de la provincia de Buenos Aires y la presencia del derecho municipal en materia de fumigaciones, JA, 2012-IV-279, con nota de PASTORINO,

El Superior Tribunal de la provincia revocó la sentencia de la cámara de apelaciones e hizo lugar al amparo deducido; de este modo, dio plena vigencia a una ordenanza municipal que prohíbe fumigar en una zona ecológica protegida y, enuncia los requisitos bajo los cuales, excepcionalmente, la fumigación puede ser realizada. La sentencia cita los precedentes de ese mismo tribunal; en especial, el caso *Boragina*, del 15/7/2009 en el que dijo que rige el PP en el supuesto de una materia tan cara a la tutela ambiental, como es la calidad del agua; el caso *Capparelli*, del 2/11/2009, en el que señaló que el PP exige que se pruebe, al menos, la probabilidad de ocurrencia de un daño grave, porque si nada se demuestra, la actividad es inocua y debe ser aprobada.

d) STJ de Río Negro

— 17/3/2005. *Bordenave, Sofía, p/mandamus.* (88)

Se dedujo un amparo colectivo para poner en vigencia una ordenanza municipal del año 2001 según la cual los productos transgénicos que se comercializan deben estar en un listado que informa sobre esa calidad.

El Municipio se defendió, como es habitual en este tipo de demandas, invocando la ineptitud de la vía elegida y la inexistencia del peligro en la demora. El argumento “nuevo” fue que la disposición municipal cuya puesta en práctica se demandaba, es de *imposible cumplimiento* y resulta contraria a la política nacional en materia de exportación.

El estado municipal, de tal modo, se puso en contradicción con sus propios actos; en efecto, la resolución administrativa que había dictado y no había ejecutado se había fundado en “los criterios de la Unión Europea, actualizados al 22-9-2003, según el informe del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto de la Nación...”; el “principio de precaución” o “principio de cautela”, incluyendo en sus fundamentos de la Ordenanza N° 1121 a fs. 61”.

El Superior Tribunal provincial hizo lugar al amparo. Argumentó que: (A) los conflictos a nivel internacional y nacional, la confrontación de intereses

Leonardo, Avatares de la realización del desarrollo sostenible: a propósito de una decisión de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires sobre aplicación de agroquímicos, y LLBA, 2012-851. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013 n° 3, Marzo 2013, p. 381, reseñada por ESAIN, José, Actualidad de Derecho Ambiental. Esta sentencia ya ha sido referenciada a lo largo de este trabajo.

(88) La Ley Patagonia 2004/2005 p. 1251, con nota de CANTAFIO, Fabio, Alimentos transgénicos: algunas reflexiones sobre el fallo Bordenave, Sofía p/ Mandamus.

políticos, económicos, etc., son públicos y notorios, pero ajenos a la decisión jurisdiccional, pues los derechos reclamados constituyen nuevos derechos que deben ser protegidos por los jueces; (B) Las leyes están para ser cumplidas; (C) Si la disposición es de imposible cumplimiento, el municipio debe modificarla o derogarla, pero no incumplirla.

— 16/8/2005, *CO.D.ECI de la Provincia de Río Negro s/Acción de amparo*. (89)

El debate procesal giró en torno a si se había cumplido o no con una ley provincial que dispone respetar la pluralidad étnica en el estudio de un proyecto (Calcatreu). El tribunal invocó el PP e hizo lugar al amparo, pero no estaba implicada la incerteza científica por lo que este principio no tenía vinculación con el caso a decidir, aunque se lo mencionara.

e) *S. T. de Córdoba sala Contencioso administrativa, 16/2/2012*. (90)

En el caso, la administración había decidido revocar la habilitación para funcionar y hacer cesar el funcionamiento de un crematorio en el cementerio municipal.

El tribunal analiza un aspecto muy espinoso del principio de precaución, cual es el de la carga de la prueba y dice: “Cuando se afirma que el principio de precaución implica una inversión de la carga de la prueba, no debe entenderse en sentido literal o estricto. Es decir, no supone que el introductor del riesgo deba eliminar cualquier duda acerca de la peligrosidad del producto o actividad en cuestión y probar un riesgo cero. En un terreno dominado por las incertidumbres científicas sería contradictorio exigir la prueba científica de que no existe ningún riesgo, porque ello supondría reclamar una prueba imposible, una prueba negativa, o diabólica. De lo que se trata es de promover un rol más activo del introductor del riesgo en el esfuerzo orientado a determinar su grado de probabilidad y magnitud. Es decir, el principio de precaución faculta a las autoridades públicas a exigir a quien introduce productos o desarrolla actividades potencialmente riesgosas que aporte sus propias conclusiones científicas sobre la base de las cuales estima que tales productos o actividades no traen aparejados riesgos desproporcionados al público o al medio ambiente”.

En realidad, la invocación de este principio era innecesaria, pues al terminar su abordaje, el tribunal afirma enfáticamente: “Existe un juicio de

(89) LA LEY, 2006-C, 220, con nota de JIMÉNEZ, Eduardo P. Las comunidades originarias que habitan el suelo argentino deben ser plenamente respetadas en sus derechos fundamentales.

(90) Foro de Córdoba n° 152, Marzo 2012, p. 224 y ss.

universal consenso en el sentido que la cremación de cadáveres es considerada fuente de contaminación ambiental”.

Si hay consenso, no parece haber incertidumbre científica y, consecuentemente, en todo caso, debió invocar el principio de prevención.

12.3. El PP en otros tribunales

a) Cám. Contencioso Adm. de Córdoba, 2º, 25/3/2010, Benatti V c/ Provincia de Córdoba. (91)

El tribunal sostuvo que “el PP constituye una herramienta útil a disposición de la administración para adoptar discrecionalmente decisiones eficaces para impedir la degradación del medio ambiente, pero no permite justificar, por sí y sin otra causa, el traslado de los costos consiguientes a un administrado en particular, sino que éstos deben ser soportados por la comunidad; es así porque, precisamente, tal principio se adopta en el supuesto de ausencia de certeza científica que acredite la existencia del daño ambiental o bien su autoría, requisitos éstos que necesariamente deben comprobarse con un grado de certeza indubitable para poder atribuir responsabilidad al administrado”.

En el caso, el acto administrativo había dispuesto el cese definitivo de la actividad de incineración de residuos patógenos que desarrollaba una empresa. La Cámara entendió que esta medida (clausura) sólo puede ser tomada si se invoca y prueba mal funcionamiento o vicios en el procedimiento técnico de incineración y, consecuentemente, descartó la aplicación del PP. (92)

La motivación de la sentencia implica que el PP se dirige sólo al Estado y no a los particulares. Se trata de un tema discutible. (93) Cabe señalar que la

(91) Rev. de Derecho Ambiental n° 23 (2010) p. 201, con nota desaprobatoria MORALES DELAMBERTI, Alicia. Principio precautorio: causalidad, proporcionalidad y ponderación de la prueba en la actuación administrativa (p. 231).

(92) La autora que comenta esta sentencia (ver nota anterior) relata que la misma empresa gestionaba, además, un crematorio que también fue clausurado por razones ambientales. La clausura de los crematorios en los cementerios han dado lugar a otras decisiones que han aplicado el principio de prevención. Ver, por ej., SC Buenos Aires, 05/11/2008, Manuel Aguirre S.A. v/Subsecretaría Política Ambiental de la provincia de Buenos Aires, en Rev. de Derecho Ambiental n° 21 (2010) p. 228, con nota de MOLINA, Magdalena, El principio de prevención ambiental y la actividad administrativa en un fallo de la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires.

(93) Compulsar SOZZO, Gonzalo y BERROS, María V., Principio precautorio, en Rev. Responsabilidad civil y seguros, año XIII n° 3, marzo 2011, p. 31; de los mismos autores, Una agenda para el principio precautorio, en Rev. Crítica de Derecho privado, La Ley Uruguay, n° 6, 2009, p. 773.

comisión n° 3 de las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho civil (Tucumán, Setiembre 2011) tomó partido en el debate a favor de la posición contraria, o sea, que también se aplica a los particulares.

b) Cám. Federal de Apelaciones de La Plata, sala 3°, 10/3/2009, Romero A. c/Colgate Palmolive Argentina. (94)

La actora interpuso acción de amparo ambiental contra una empresa; indicó que en el terreno de propiedad de la demandada se encuentran enterrados elementos contaminantes (asbestos, principalmente); en consecuencia, solicitó se la emplazara para que informara si dicho material estaba enterrado y, en caso afirmativo, se la intimara para que disponga el tratamiento de los residuos, la limpieza del precio y la disposición final de esos desechos peligrosos.

No obstante que se acreditó la existencia de ese material, la demanda fue rechazada en primera instancia. Esa sentencia fue revocada por la Cámara de Apelaciones de La Plata quien condenó a la empresa a adecuar su accionar a la legislación en la materia, debiendo designarse un perito ambiental y practicarse informe por parte de la autoridad de control a los fines de decidir respecto de la disposición final de las sustancias.

La decisión de la cámara contiene amplias referencias al asbesto o amianto. (95) Menciona el principio de precaución; los requisitos necesarios para su aplicación; lo distingue del principio de prevención, y detalla su regulación legislativa interna e internacional. Sin embargo, todas estas referencias parecen ser simplemente complementarias, en tanto la revocatoria de la sentencia de primera instancia se funda, principalmente, en el incumplimiento, por parte de la empresa, de la obligación de información y de otros deberes a su cargo, respecto de los residuos peligrosos.

(94) Rev. de Derecho Ambiental n° 33 (2013) p. 231, con nota de FALBO, Aníbal, El carácter igualador del derecho ambiental y la información ambiental.

(95) Afirma: ambos vocablos son sinónimos, provienen del griego y significan inextinguible e incorruptible, respectivamente. Cuando el asbesto se extrae de las formaciones rocosas y se lo procesa, adquiere la forma de fibras muy pequeñas, generalmente invisibles al ojo humano; una fibra es aproximadamente 12.000 veces más pequeña que un cabello humano. Existen treinta variedades, pero sólo seis son de importancia comercial; debido a que las fibras son tan pequeñas y ligeras, pueden permanecer flotando en el aire durante muchas horas, luego de ser liberadas de los materiales que las contienen. Si estas fibras son inhaladas, pueden causar graves problemas de salud.

13. Casos vinculados a campos electromagnéticos

Además, del caso *Alarcón Francisco y otros c/Central Dock Sud*, resuelto por la CSN el 28/9/2010, antes referido, cabe ahora resumir, separadamente, algunas decisiones que han abordado la aplicación del principio de precaución a los riesgos derivados de los campos electromagnéticos. La jurisprudencia argentina, al igual que la de otros países, no es uniforme. (96)

La tendencia *negatoria* decide que:

“No procede la acción de amparo tendiente a que se proceda a la erradicación de antenas de telefonía celular, toda vez que no se ha logrado demostrar la potencialidad del electromagnetismo para producir los daños a la salud o al medio ambiente aducido por los accionantes, tornando el planteo de amparo en meramente conjetural y por ende carente de base fáctica”. (97)

“No puede acogerse favorablemente la acción de daño temido si las pericias evidencian que las medidas de seguridad que deben cumplir las antenas de telefonía celular cuestionadas, conforme los parámetros nacionales e internacionales, a los fines de no causar daños a la salud, se adecuan a dichos límites, encontrándose por debajo de los máximos permitidos”. (98)

En cambio, la posición *afirmativa*, que puede ser calificada de mayoritaria, resuelve:

“Hacer lugar a la medida cautelar formulada con el fin de que la Dirección Provincial de Energía de Corrientes, en su calidad de propietaria de transformadores que contienen PCBs, cumpla con los requisitos previstos en la ley 25.670 de Gestión y Eliminación de dichos compuestos, toda vez que se

(96) Para la jurisprudencia española, ver DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo, Un singular contraste, en la jurisprudencia española, sobre el significado jurídico del “estado de la ciencia”: resoluciones judiciales sobre riesgos de exposición a campos electromagnéticos, en *Rev. Responsabilidad civil y seguros*, año XIII n° 4, abril 2011, p. 3 y ss.

(97) TS Córdoba, 11/3/2003 Castellani Carlos y otros s/amparo (por mayoría), LLC, 2003-1200 —reseña— con nota crítica de CAFFERATTA, Néstor, Principio precautorio en un fallo del Tribunal Superior de Córdoba. La sentencia está transcripta en sus partes principales en DRNAS DE CLÉMENT, Zlata, *El principio de precaución ambiental. La práctica argentina*, Córdoba, Lerner, 2008, pp. 183/186.

(98) Cám. 5° CC Córdoba, 20/3/2007, Derecho Ambiental n° 11, 2007, p. 95, con nota desaprobatoria de MORALES LAMBERTI, Alicia, Campos electromagnéticos, poder de policía ambiental y principio precautorio en la reciente Doctrina judicial de la provincia de Córdoba.

ha probado la verosimilitud del derecho invocado. Aunque no haya certeza científica con relación al efecto negativo que poseen los transformadores que contienen PCBs sobre la salud de la población, el solo peligro de que pueda causar un daño grave e irreversible es justificativo para que se tomen medidas que impliquen la aplicación de restricciones o prohibiciones a las actividades presumiblemente riesgosas con base en estudios científicos objetivos de evaluación preliminar en los términos de la ley 25.675". (99)

"Ordenar a la Dirección de Energía de Corrientes trasladar y reemplazar los transformadores que se encuentran en la cercanía de la casa de una mujer que padece cáncer pues, si bien no existe prueba científica de la existencia de PCB's en ellos, hay claras y precisas presunciones de que podrían haber contenido dicha sustancia prohibida por la legislación nacional". (100)

"Suspender los trabajos vinculados al tendido subterráneo de doble terna de cables destinados a la alimentación de una subestación hasta tanto las facultades de Medicina e Ingeniería de la Universidad de La Plata se expidan sobre los posibles efectos negativos a la salud de los campos electromagnéticos, dado que los informes oficiales de organismos internacionales permiten concluir razonablemente que los habitantes de la Municipalidad podrían exponerse a los daños potenciales que podría generar la exposición continua y prolongada de los campos electromagnéticos que produciría el cableado de alta tensión". La suspensión opera hasta que las facultades de Medicina e Ingeniería de la Universidad de La Plata, se expidan sobre los posibles efectos negativos a la salud de los campos electromagnéticos. (101)

"Hacer lugar a la medida cautelar solicitada por los vecinos de un barrio a fin de que se ordene el cese de las obras destinadas a la instalación de una antena de comunicaciones móviles, pues el hecho de que dicha instalación no haya obtenido la autorización correspondiente, sumado a que el terreno en el

(99) Cám. Civ. y Com. Corrientes, sala IV, 5/10/2005, JA 2005-IV-330; RCyS, año VIII, n° 5, Mayo 2006, p. 97, LL Litoral, 2006-135.

(100) Cám. Civ. y Com. Corrientes, sala IV, 22/6/2012, LL Litoral, 2012-657.

(101) Cám. Fed. La Plata, 30/8/2007, sala 1ª, Edesur c. Municipalidad de Berazategui, Rev. de Derecho Ambiental n° 13, 2008, p. 155, con nota aprobatoria de FALBO, Aníbal, La tutela del ambiente ante la incertidumbre (p. 161 y ss.). En el caso, se dispone la suspensión de los trabajos vinculados al tendido subterráneo de doble terna de cables destinados a la alimentación de una subestación. Un caso similar había sido resuelto por la sala II de ese mismo tribunal el 8/7/2003 (Ver resumen de esa decisión en DRNAS DE CLÉMENT, Zlata, El principio de precaución ambiental. La práctica argentina, Córdoba, Lerner, 2008, p. 192).

cual se ubicaría la antena se encuentra en una zona urbana y en las cercanías de un jardín de infantes, resultan razones suficientes para tener por acreditada la verosimilitud del derecho a la luz del principio de precaución”. (102)

“Ordenar el retiro de una la cámara transformadora que funciona en una escuela. Sin embargo, dado que esa cámara provee de energía eléctrica a los vecinos de la zona, terceros ajenos a esta contienda y cuyos derechos en cuanto usuarios y consumidores deben ser adecuadamente preservados y respetados, la demandada Edesur S.A. debe arbitrar todos los medios necesarios para garantizar el normal suministro eléctrico de los usuarios del área, una vez retirada o puesta fuera de servicio la mencionada cámara transformadora; a tal efecto, debe presentar en el plazo de 30 (treinta) días hábiles el respectivo cronograma de trabajos, y una vez aprobado el cronograma de trabajos e iniciadas las obras, presentar informes quincenales dando cuenta del grado de avance en el cumplimiento de la sentencia, todo ante el juez de primera instancia. (103)

“Rechazar la medida cautelar de no innovar dispuesta respecto del decreto por el cual la municipalidad dispuso clausurar y desactivar antenas de telefonía celular hasta tanto la empresa de telefonía móvil acompañe un estudio científico detallado sobre la potencial nocividad en la salud pública de los campos electromagnéticos generados por la instalación de antenas, puesto que la falta de certeza científica de los daños que pudieran provocar no puede utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces”. (104)

“Rechazar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por un municipio contra la resolución que, al admitir un amparo, dispuso la desactivación, desmantelamiento y prohibición de instalar antenas de telefonía, radiotelefonía, televisión, radares y demás elementos que irradian ondas electromagnéticas en la zona municipal y el traslado a otro lugar donde no exista peligro potencial para la salud y el ambiente, en tanto, en el ámbito científico, aún no existe certeza acerca de la inocuidad de las emisiones electromagnéticas de las antenas”. (105)

(102) Cám. Fed. La Plata, sala III, 25/10/2007, Agüero c. Municipalidad de Cañuelas, LA LEY, 2008-E, 601, con nota de ARANCET, Alejandra, Contaminación urbana electromagnética y en ELDial AA43D1.

(103) Cámara Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires Sala I, “Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires contra GCBA y otros sobre amparo”, 27/03/2008, La Ley Ciudad Autónoma de Buenos Aires 2008, n° 1 p. 116.

(104) Voto mayoritario, Cám. Fed. La Plata sala I, 28/6/2007, Telefónica Comunicaciones Personales S.A. c/Municipalidad de Lanús, LLBA, 2007-1040.

(105) STJujuy, 16/4/2007, LL Noroeste 2007-709. Un caso similar fue resuelto por la Cámara Federal de San Martín, provincia de Buenos Aires el 22/12/2000,

14. Algunas reflexiones de cierre

El 28/11/2002, el Boletín oficial de la República argentina publicó la ley general del ambiente 25.675 que consagra expresamente el principio de precaución.

Un análisis de la jurisprudencia publicada en las revistas de mayor difusión en la Argentina muestra que en algo más de doce años, los jueces han manejado con prudencia esta figura jurídica que tanto temor genera en algunos espíritus excesivamente conservadores del *statu quo*, defensores, en la mayoría de los casos, del “Dios Mercado”. Es verdad que el camino definitivo no está trazado y aún quedan muchas líneas generales por fijar, pero estimo que no tardará demasiado en terminarse.

De cualquier modo, estas sentencias muestran un hecho muy preocupante, cual es, que la mayoría de los casos llegan a los tribunales porque los demás organismos del Estado, por acción u omisión, incumplen con el mandato constitucional previsto en el art. 41 de la Constitución Nacional. En efecto, según esa norma, “todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo”... “*Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales*”. Son esas autoridades las que no exigen la realización de mecanismos de control como es la evaluación de impacto ambiental, las que dan autorizaciones para realizar actividades contaminantes en zonas protegidas, algunas, incluso, patrimonio común de la humanidad, etc. Afortunadamente, ahí están las asociaciones, alertas a estas violaciones, para denunciarlas a la Justicia, quien no debería, pero en definitiva tiene, la última palabra para que las políticas públicas equilibren de la mejor manera posible la satisfacción de las generaciones presentes, sin olvidar a las futuras.

Son esas autoridades las que no controlan, las que dan autorizaciones para realizar actividades contaminantes en zonas declaradas patrimonio

al hacer lugar al amparo deducido por una persona que padecía un mal que “presuntamente podía estar vinculado con el tóxico de un transformador cercano a su domicilio”. El caso es citado por DRNAS DE CLÉMENT, Zlata, El principio de precaución ambiental. La práctica argentina, Córdoba, Lerner, 2008, p. 172. La autora afirma que el tribunal citó erróneamente el principio de prevención, pues debió invocar el de precaución, dado que no existía certeza científica sobre si el transformador era o no la causa de la enfermedad.

común de la humanidad, etc. Afortunadamente, ahí están las asociaciones, alertas a estas violaciones, para denunciarlas.

Si la Administración cumpliera, la Justicia no debería ser quien equilibre, de la mejor manera posible, los intereses de las generaciones presentes y los de las futuras. Mientras eso no suceda, los jueces deberán seguir teniendo protagonismo en las políticas públicas referidas al ambiente, mal que les pese a los burócratas de turno. ◆

EXISTEN TRES CLASES DE INFLACIÓN (Y TENEMOS LAS TRES)

POR JULIO H. G. OLIVERA (*)

Señor Presidente:

Esta comunicación se basa sobre un trabajo que expuse el 10 de junio de 2011 ante el Grupo Fénix, Facultad de Ciencias Económicas, Universidad de Buenos Aires, en mi calidad de Profesor Titular Emérito de Teoría Económica, por invitación del Coordinador General del Plan Fénix, Profesor Honorario Abraham Leonardo Gak.

I. Uno de los hechos que suscita mayor inquietud pública es el fenómeno inflacionario. Existen tres clases de inflación reconocidas en el ámbito del Análisis Económico: la inflación de demanda, causada por un exceso de la demanda total respecto de la oferta total de productos y servicios; la inflación de costos, derivada del aumento de la tasa de salarios a un ritmo mayor que la productividad del trabajo asalariado; y la inflación estructural, originada por el cambio de los precios relativos en un contexto de inflexibilidad descendente de los precios monetarios.

En la República Argentina se dan actualmente los tres tipos de inflación: inflación de demanda, inflación de costos e inflación estructural. El fenómeno primario es probablemente la inflación estructural, asociada al incremento de los precios relativos de productos agropecuarios y recursos energéticos; pero además operan factores de inflación de costos y de inflación de demanda que no pueden reducirse a simples mecanismos de propagación de cambios en los precios relativos.

En tales circunstancias toda política antiinflacionaria eficiente debe satisfacer dos criterios básicos: 1) debe actuar conjuntamente sobre los tres tipos de inflación; 2) debe actuar sobre la inflación sin crear o agra-

(*) Comunicación del Académico, en la sesión privada del 11 de julio de 2013.

var otros desequilibrios y, especialmente, sin generar mayor desempleo. Las políticas antiinflacionarias usuales no cumplen uno u otro de estos requisitos; por ejemplo, la política monetaria restrictiva no actúa sobre la inflación estructural y la política fiscal restrictiva tiende a ocasionar desocupación.

En las condiciones históricas contemporáneas, se agrega a esos dos requisitos la necesidad de que la política antiinflacionaria sea compatible con la “globalización” del proceso económico: el hecho de que los mercados de productos y de factores de producción han dejado de ser mercados nacionales, restringidos a cada país, como supone el enfoque keynesiano de la política económica, para convertirse en mercados mundiales de productos y factores.

Subsiste sin embargo un grado de libertad para las políticas económicas nacionales, pues la globalización no alcanza a los bienes públicos. La provisión de los bienes públicos continúa siendo responsabilidad de los Estados nacionales individualmente considerados. Esta limitación de la economía global no constituye meramente un dato histórico. Aun en el plano de la teoría y de los conceptos abstractos, la existencia misma del Estado tiene por fundamento racional la provisión de bienes públicos.

Ha de recordarse que la noción moderna de bienes públicos comprende no solamente los bienes públicos materiales (los bienes que integran el “dominio público”), sino los bienes públicos inmateriales o intangibles, como la educación, la salud, la justicia y la seguridad. El denominador común de los bienes públicos, materiales e inmateriales, y su diferencia específica con los bienes privados reside en que el consumo que de ellos hace una persona no reduce la cantidad disponible para las demás.

La importancia de los bienes públicos por lo que concierne a la política antiinflacionaria estriba en que una mayor y mejor provisión de bienes públicos actúa con eficacia estabilizadora sobre las tres clases de inflación: sobre la inflación de demanda, elevando la oferta de bienes disponibles; sobre la inflación de costos, acrecentando la productividad del trabajo; y sobre la inflación estructural, aumentando la movilidad de los recursos productivos entre regiones y entre industrias. Por iguales vías, los efectos sobre el nivel y la calidad de la ocupación son definitivamente positivos.

Debe reconocerse que la instrumentación de esta línea de política antiinflacionaria requiere un cuidadoso cálculo de economicidad, que incluya no solamente las consecuencias inmediatas, sino los efectos de

largo plazo. Gastar es fácil; gastar bien es difícil; y gastar sin otra consideración que el interés público, más difícil todavía.

II. Me permitiré agregar, a modo de apéndice, una breve bibliografía sobre los bienes públicos.

El “locus classicus” del concepto moderno de los bienes públicos es el artículo de Paul A. Samuelson, “The pure theory of public expenditure”(1).

La necesaria distinción entre el gasto público y la provisión de bienes públicos se encuentra en el capítulo noveno del libro de Edmond Malinvaud “Leçons de théorie microéconomique” (2).

Al parecer, la relación cuantitativa y cualitativa entre la provisión de bienes públicos y la estabilidad del nivel de precios no ha sido hasta ahora examinada en la literatura económica. ♦

(1) Ver en The Review of Economics and Statistics, noviembre de 1964.

(2) MALINVAUD, Edmond, “Leçons de théorie microéconomique”, París, 1969

LA TEORÍA DE LA INVALIDEZ EN LA HORA ACTUAL Y LAS SOLUCIONES DEL PROYECTO DE CÓDIGO

POR JOSÉ W. TOBÍAS (*)

I. Preliminar

El tema en verdad es difícil. Afirmaba hace 40 años uno de los autores argentinos que más ahondó en la teoría de la invalidez que la necesaria nitidez conceptual no se había logrado. (1) Recordaba, a propósito, expresiones de Sandulli en el sentido que se estaba en presencia de una “selva virgen” (2), además de “oscura” como acotaba Lafaille. (3) Fedele, a su vez, destacaba que los magníficos desarrollos doctrinarios en la construcción de la teoría del negocio jurídico iniciados por la pandectística alemana, no habían tenido el esperado paralelo en el fundamental capítulo de la invalidez. (4)

Hoy quizás pueda decirse que los estudios, sobre todo posteriores, han posibilitado al menos una mayor claridad en algunos aspectos centrales permitiendo delinear con mayor precisión el perfil de la invalidez, su autonomía frente a otras categorías y el rol que le compete en el plano del derecho positivo.

El propósito de la comunicación es mencionar lo que considero son esos aspectos centrales junto con la indicación de sus manifestaciones particulares, confrontándolos -a su vez- con las soluciones que propone el

(*) Comunicación del Académico, en la sesión privada del 25 de julio de 2013.

(1) NIETO BLANC, Ernesto E., “Nulidad en los actos jurídicos”, Abeledo Perrot, p. 14.

(2) Citado por SCOGNAMIGLIO, Renato, “Contribución a la teoría del negocio jurídico”,... edición, traducción y notas de Leyssset León, Grisley, p. 452 y s.

(3) LAFAILLE, Héctor, “Apuntes de Derecho Civil (Primer curso)”, t. II, Buenos Aires, Librería y Casa Editorial de J. Menéndez e Hijo, 1922, p. 239, nota 4.

(4) FEDELE, Alfredo, “La invalidità del negozio giuridico di diritto privato”, Librería Científica SC G. Giappichelli, Torino, p. 63, citado por NIETO BLANC, Ernesto E., Nulidad en los actos jurídicos, Abeledo Perrot, p. 15.

Proyecto de Código Civil y Comercial 2012. Esto último permitirá advertir si ellas guardan correspondencia con las nuevas tendencias elaboradas por la doctrina nacional y extranjera en la materia de que se trata.

El estudio que aquí se intenta se ha circunscrito al derecho privado (en especial al civil), por entenderse que es allí donde la invalidez se ha regulado específicamente y presenta un contorno más neto y definido. Ello no supone desconocer su proyección a otras ramas del derecho ni tampoco las importantes contribuciones de sus especialistas. Sin embargo, las particularidades de esas ramas le otorgan a la invalidez características singulares y específicas, de modo que la posible proyección a ellas de los aspectos que aquí se consideran, no serán materia de la comunicación.

II. El deslinde de la categoría de la invalidez con la de la ineficacia (en sentido estricto)

Un primer punto central se relaciona con la consolidación del deslinde entre la teoría de la invalidez y la teoría de la ineficacia (entendida ésta en su significado estricto). Estas precisiones han llevado a la consideración de que la invalidez es una especie de ineficacia -entendida en un sentido amplio- y que a la par de la invalidez es ubicable otra especie diversa, la de la ineficacia en sentido estricto.

Los desarrollos que han conducido a esta diferenciación son suficientemente conocidos:

El fin del acto (o negocio) jurídico es producir efectos de esa naturaleza. Tanto etimológicamente como en el ámbito del derecho, ese carácter se denomina "eficacia". Si por cualquier circunstancia el acto no produce los efectos que le son propios, habrá que decir que es ineficaz.

Ahora bien, ella -la ineficacia- puede provenir de causas diversas: fallas en la estructura constitucional del acto -es el supuesto de la invalidez- o de causas extrínsecas o ajenas a su estructura. Esta última es la categoría de la ineficacia en sentido estricto.

La doctrina no siempre distinguió las categorías de la ineficacia y la invalidez y muchas veces se las confundió. Se atribuye a Windscheid la paternidad de la distinción. Afirmaba este autor que un negocio puede ser ineficaz sin que "un defecto paralice su potencia" y citaba los ejemplos de la condición a que se lo sujeta y la ratificación a la que queda subordinada. (5)

(5) NIETO BLANC, Ernesto E., Ineficacia y nulidad, ED, 116-726; LLOVERAS DE RESK, María E. en "Código Civil y normas complementarias", dirigido por Alberto J. Bueres, Hammurabi, t. 2C, p. 208, nota 11.

Las precisiones de ese jurista hicieron camino (6): es que si por cualquier circunstancia un acto no produce los efectos que le son propios, habrá que decir que es ineficaz (no produce efectos). A veces, las causas provendrán de defectos en la estructura del acto y se estará en presencia de un supuesto de invalidez; otras veces el acto será válido -no tiene defectos en su estructura constitutiva- pero por razones externas a ella no producirá efectos (caso del testamento mientras el testador no fallezca).

Muchas veces la diferencia señalada se presentara evidente y de fácil percepción. Tal el caso de la muerte del testador que opera como requisito de eficacia del testamento o el de los actos sujetos a plazo o condición. En otros, la determinación de la naturaleza del requisito -estructural o funcional- es compleja. Se discute, por ejemplo si la necesidad del asentimiento conyugal del artículo 1277 es requisito de validez o eficacia (7) y parecida discusión plantea la naturaleza del asentimiento del curador a los actos de disposición celebrados por el inhabilitado. (8) La cuestión no es de dogmática sino de derecho positivo y la solución debe extraerse del ordenamiento jurídico a través del análisis del contexto de la norma y de su espíritu. (9)

Lo cierto es que los esfuerzos doctrinarios han logrado una sistematización de los casos de ineficacia, distinguiendo tres tipos básicos.

a) *Ineficacia simple*. El acto jurídico es válido pero no produce sus efectos propios por un impedimento extrínseco, ajeno al esquema estructural del

(6) Observa NIETO BLANC, Ernesto (Ineficacia y nulidad, ED, 116-730), que la importancia que ha adquirido el tema en la doctrina actual puede apreciarse con la mera comprobación que en el nuevo "Novo Digesto Italiano" no se contemplan las voces "eficacia" ni "ineficacia", mientras que en el "Novissimo Digesto Italiano" y la "Enciclopedia del Diritto", son extensos y completos los desarrollos que se leen a su respecto v.g. SCALISI, Vincenzo, vo. Ineficacia (dir. priv.), Enciclopedia del Diritto, Giuffrè.

(7) Las distintas posiciones en ZANNONI, Eduardo A., "Derecho civil. Derecho de familia", Buenos Aires, Astrea, 1978, t. 2, núm., p. 570 y ss. 2ª ed., Astrea, p. 554.

(8) TOBIAS, José W., "La inhabilitación en el Derecho Civil", 2ª ed., Astrea, p. 268 y siguientes. En lo referido a los convenios de liquidación de la sociedad conyugal formulados con anterioridad a la sentencia de divorcio, véase el plenario de la CNCiv. LA LEY, 1983-A, 483 que puso fin en el ámbito de la Capital Federal a las discusiones suscitadas con anterioridad acerca de si la sentencia funcionaba como un requisito de validez o eficacia, frente a las normas prohibitivas de los artículos 1218 y 1219 del Código Civil.

(9) NIETO BLANC, Ernesto E., "Ineficacia y nulidad", ED, 116-730; GOLDENBERG, Isidoro H. - TOBIAS, José W. - DE LORENZO Miguel F., "Reformas al Código Civil. Parte General", dirigido por Atilio A. Alterini, Roberto M. López Cabana, Abeledo Perrot, Buenos Aires, p. 284.

acto. Son los señalados ejemplos del testamento cuyos efectos se producirán con la muerte del testador, la condición y el plazo suspensivo, el precio de la venta cuya fijación se deja a la determinación de un tercero. Conviene aclarar que un sector de la doctrina engloba a los actos sujetos a condición suspensiva dentro de los que califican como “ineficacia sustancial”. (10)

b) *Ineficacia sobreviniente o sucesiva o eventual*. El acto es válido y eficaz desde su origen o desde el hecho al que está supeditada su eficacia pero por circunstancias sobrevinientes puede perder esa eficacia. Son los casos de la rescisión, revocación o resolución.

c) *Ineficacia relativa o inoponibilidad*. El acto jurídico (válido) es eficaz entre las partes y respecto de los terceros, salvo respecto de algunos terceros a los que no les resulta oponible. Es la llamada inoponibilidad positiva. Esta especie puede presentarse en el aspecto inverso configurándose una inoponibilidad negativa: el acto es inválido pero su invalidez es inoperante frente a ciertos terceros. Son los casos de los artículos 473 y 1051 del Código Civil.

Debe observarse que las distinciones así desarrolladas, han sido cuestionadas en base a posiciones que estiman equivalentes todos los requisitos para la producción de los efectos. (11) Sin embargo, un adecuado análisis no puede prescindir de distinguir los requisitos que dan lugar a un acto válido de aquellos que apuntan a su eficacia. En verdad, la unificación de los elementos, presupuestos y requisitos como causales indiscriminadas del efecto final atribuido al acto jurídico dificultan las tareas de calificar las figuras jurídicas y determinar su contenido. (12)

Estas razones se perciben más nítidamente cuando se aprecia que los distinguos no son de mera teoría sino que tienen singular relevancia práctica. Así, en el negocio válido pero ineficaz no cabe la figura de la confirmación pues es presupuesto de ella la invalidez del acto; la tutela del subadquirente de buena fe y a título oneroso del artículo 1051 del Código Civil sólo funciona en la hipótesis de nulidad en el acto antecedente y no en los casos de ineficacia, siendo dudoso determinar si es posible predicar la conversión respecto del acto jurídico ineficaz. (13)

(10) ALTERINI, Jorge, CORNA, Pablo M., AGELANI, Elsa E., VAZQUEZ, Gabriela A., “Teoría General de las ineficacias”, La Ley, p. 18.

(11) DIEZ-PICAZO, Luis - GULLON, Antonio, “Sistema de derecho civil”, vol. I, 7ª ed. Tecnos, p. 583.

(12) Sobre el tema, NIETO BLANC, Ernesto E., “Ineficacia y nulidad”, ED, 116-730.

(13) Sobre el tema, TOBIAS, José W., “La conversión del negocio inválido”, en “Derecho económico empresarial en Homenaje al Dr. Héctor Alegría”. Coordinadores: Diana Farhi - Marcelo Gebhardt, La Ley, t. III, p. 658 y ss.

El Proyecto de Código recoge la diferenciación contemplando un concepto amplio de ineficacia, abarcativo de la invalidez y una especie de ineficacia. El Capítulo 9 del Título IV del Libro primero, se denomina "Ineficacia de los actos jurídicos" y el artículo 382 que da comienzo al Capítulo, dice "Categorías de ineficacia. Los actos jurídicos pueden ser ineficaces en razón de su nulidad o de su inoponibilidad."

Independientemente de la crítica terminológica (si el acto es inválido no se lo puede calificar de jurídico, pues es tal sólo el que produce efectos de esa naturaleza) el texto sólo contempla dos especies de ineficacia en sentido amplio: la nulidad y la inoponibilidad. Omite enunciar -indebidamente- la ineficacia simple -la que abrió camino a la distinción conceptual- y a la sobreviniente (con sus especies rescisión, resolución y revocación).

Probablemente se haya tenido en cuenta que ninguna está contemplada en el Capítulo (la sobreviniente lo está en el Libro tercero, Título II, Capítulo 13 y la simple en disposiciones dispersas del Código). Pero en un artículo de naturaleza sobre todo doctrinaria -cuyo título es "Categorías de ineficacia"- era esperable que mencionara todas las especies de ineficacia.

III. Un avance de la ineficacia sobre la invalidez

Un segundo aspecto que me parece central es éste: a la par del señalado deslinde conceptual entre ineficacia e invalidez se asiste a otro fenómeno: la consideración que determinados supuestos que antes se encuadraban dentro de la invalidez, hoy son incluidos dentro de algunos de los tipos de ineficacia.

Un caso paradigmático -no reciente- es el del fraude pauliano. Calificado en el Código como acto nulo cuando es presumido por la ley (artículo 1044) y como anulable en caso contrario (artículo 1045), hay una coincidencia generalizada en entender que se está en presencia de un supuesto de inoponibilidad al acreedor que ejercitó la acción de fraude. (14) Otros

(14) LLAMBÍAS, Jorge J., "Tratado de derecho civil. Parte general", 20ª ed., Lexis Nexis, t. I, p. 487; BORDA, Guillermo A., "Tratado de derecho civil. Parte general", 12ª ed., actualizada por Guillermo J. Borda, La Ley, t. II, p. 390; RIVERA, Julio C., "Instituciones de Derecho Civil. Parte General", 3ª edición, Lexis Nexis, t. II, p. 843; COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén, "El negocio jurídico", Astrea, p. 510 y s.; CIFUENTES, Santos, "Negocio jurídico", Astrea, 2ª ed., p. 696 y s.; BREBBIA, Roberto H., "Hechos y actos jurídicos", Astrea, t. II, p. 368 y ss.; SAUX, Edgardo, "Disgresiones elementales sobre la ineficacia de los actos jurídicos", en Estudios de Derecho Civil en su Parte General, Centro de Publicaciones Universidad Nacional del Litoral, p. 163.

(15) CARIOTA FERRARA, Luis, "El negocio jurídico", traducción de Manuel Albaladejo García, Aguilar, Madrid, 1956, p. 306.

casos son lo que cierta doctrina italiana engloba bajo la denominación de “validez o invalidez suspendida” (15): con fundados argumentos, sin embargo, se estima que ellos tienen una explicación técnico legal más adecuada en el sector de la ineficacia (así, por ejemplo, la fijación del precio por un tercero en la compraventa a la que se refiere el artículo 1350 del Código) (16) e, incluso, para algunos autores, habría en la simulación un supuesto de ineficacia antes que de invalidez. (17)

IV. Un esbozo de crisis de los remedios ablativos y su reemplazo por remedios conservatorios

Un tercer aspecto -quizás el más relevante- se relaciona con un esbozo de crisis de los remedios ablativos, que tiende a favorecer, en cambio, a remedios conservatorios del acto imperfecto. (18) La invalidez como remedio destinado a privar de efectos al acto, no siempre provoca un resultado justo en relación a las expectativas que el intento negocial generó a las partes como a los terceros y muchas veces, incluso, afectara en mayor grado a aquel en cuyo interés se estableció la nulidad. (19)

Es advertible, en ese orden, una búsqueda del legislador tendiente a salvar las imperfecciones estructurales del acto, de modo de posibilitar que cumpla sus efectos propios o, al menos, algunos parciales o, en todo caso, los efectos de otro acto. Con fundamento en argumentos variados (el principio de la conservación del negocio, el del resguardo de la autonomía privada, el de la buena fe, el de la confianza o el de la invocación del *adagio utile per inutile non vitiatur*), a la par de los institutos tradicionales como la confirmación, la prescripción o la ratificación, se buscan otros procedimientos tendientes a salvar o purgar las imperfecciones de modo de evitar las consecuencias de la invalidez.

En rigor, ello ha planteado la cuestión acerca de si cabe aceptar la existencia de un principio general de economía jurídica o *favor actus* o *favor*

(16) NIETO BLANC, Ernesto E., “Nulidad en los actos jurídicos”, Abeledo Perrot, p. 81 y ss.

(17) AURICCHIO, Alberto, “La simulazione nel negozio giuridico. Premesse generali”, Napoli 1957, p. 65, citado por NIETO BLANC, Ernesto, Ineficacia y nulidad, ED, 116-726.

(18) TOBIAS, José W. - DE LORENZO, Miguel F., “Apuntes sobre la acción autónoma de reajuste en los términos del artículo 1198 del Código Civil” en TOBIAS, José W., “Estudios de la Parte General del Derecho Civil”, La Ley, p. 520 y ROPPO, Vincenzo, Il contratto, Milano, p. 1037.

(19) GALGANO, Francesco, “Representanza e gestione, a cura di Giovanna Visintini”, Padova, 1992, p. 198.

(20) TOBIAS, José W., DE LORENZO, Miguel F., “Apuntes sobre la acción autónoma de reajuste en los términos del artículo 1198 del Código Civil” en TOBIAS, José W., Es-

contractus que resultaría de un numeroso conjunto de manifestaciones particulares. (20)

El Proyecto de Código Civil y Comercial contiene algunas nuevas manifestaciones particulares de esa dirección, que estimo conveniente mencionar muy brevemente.

a) La conversión del negocio jurídico.

Dispone el artículo 384 del Proyecto que un acto nulo puede convertirse en otro válido cuyos requisitos esenciales satisfaga, si el fin práctico perseguido por las partes permite suponer que lo hubieran querido si hubieran previsto la invalidez.

El texto ya había sido propuesto por el Proyecto del Ejecutivo de 1992 (artículo 381) y el Proyecto de 1998 (artículo 689) y son sus fuentes los Códigos italiano (artículo 1424), alemán (artículo 140), portugués (artículo 293) y griego (artículo 182).

El Proyecto recoge la llamada variante subjetiva de la conversión, que tiene su origen en las teorías voluntaristas del negocio jurídico. Además de concurrir los elementos objetivos de otro acto, se hace necesario recurrir a la voluntad hipotética de las partes: la que hubieran querido -y en realidad, no existió- si hubieran previsto la nulidad. (21)

La variante indicada contrasta con la tesis objetiva de la conversión, propia de las teorías preceptivas u objetivas del negocio jurídico. Ellas consideran a la conversión una “corrección de calificación”: evalúan si con los requisitos del acto inválido es posible construir otro acto que se adecue a la finalidad económico-social del negocio; se deja a salvo, sin embargo, la hipótesis en que se pueda deducir una voluntad contraria de las partes a la conversión. (22)

El instituto que se considera -conversión en sentido propio o sustancial- debe distinguirse de otras variantes de conversión (más conocidas en

tudios de la Parte General del Derecho Civil, La Ley, p. 520 y autores y jurisprudencia citados en nota 52.

(21) En el derecho italiano, uno de sus exponentes principales, CARIOTA FERRARA, Luis, *El negocio jurídico*, traducción de M. Albaladejo, Aguilar, p. 310 y ss. Ver también PUGLIATTI, Salvatore, “I fatti giuridici. Revisione e aggiornamento di Angelo Falzea”, Giuffrè, p. 158 y ss.

(22) El exponente principal de la tesis objetiva es BETTI, Emilio, “Teoría general del negocio jurídico”, *Revista de Derecho Privado*, traducción de A. Martín Pérez, p. 375 y ss. En España, DE LOS MOZOS, José L., “La conversión del negocio jurídico”, José María Bosch Editor, SA, Barcelona, p. 74 y ss. En nuestro país, COMPAGNUCCI

nuestro derecho): 1) *La conversión formal*: si un negocio puede celebrarse bajo formas diversas y es inválido bajo la forma elegida, será válido bajo la otra forma diversa, cuyos requisitos formales cumpla (se ha celebrado un testamento cerrado inválido como tal pero válido como ológrafo). No hay aquí un negocio distinto (ni por el tipo, la naturaleza o el contenido) sino el mismo acto válido bajo otra forma distinta a la elegida. 2) *La conversión legal*: es la ley la que impone la conversión y no hay necesidad de investigar si satisface los requisitos de otro negocio ni investigar cuál habría sido la voluntad hipotética. El ejemplo paradigmático en nuestro derecho es el de los artículos 1185 y 1188 del Código Civil: el acto en que se requiere una forma a título solemne relativo es inválido como tal si se incumple la forma impuesta, pero válido como acto en que las partes se obligan a cumplirla.

Lo cierto es que la conversión (en sentido propio o sustancial) apunta a salvar la imperfección del acto, atribuyéndole el de ser otro negocio válido acorde con el fin práctico perseguido y la voluntad hipotética de las partes. Se ha creído encontrar el fundamento con la invocación de la *regla utile per inutile non vietatur* o en los principios de conservación, de la buena fe o del resguardo de la autonomía privada. El más convincente es el último: se busca favorecer el mantenimiento de una iniciativa negocial que se estima digna de tutela y que, tal como se celebró, no puede desplegar los efectos a que estaba dirigida por padecer de defectos en su estructura constitucional.

b) El objeto inicialmente imposible que se vuelve posible.

La búsqueda de mecanismos tendientes a evitar las consecuencias de la invalidez puede también encontrarse en el artículo 280 del Proyecto relacionado con el objeto del negocio jurídico: el acto sujeto a plazo o condición suspensiva es válido aunque el objeto haya sido inicialmente imposible si deviene posible antes del vencimiento del plazo o del cumplimiento de la condición.

La solución ya había sido propuesta por el Proyecto del Ejecutivo de 1992 (artículo 578) y el Proyecto de 1998 (artículo 252) y su fuente es el artículo

DE CASO, Rubén, "El negocio jurídico", Astrea, p. 370. Se la ha calificado como "teoría objetiva clásica" (DI MARZIO, Fabrizio, "La nullità del contratto", Cedam, p. 493). En la misma línea objetiva, otra tendencia evita prescindir de la realidad singular del negocio a convertir y computa la correspondencia de los fines prácticos tenidos en mira en el negocio inválido para ver si son realizables por medio de otro negocio (BIANCA, C. Massimo, "Diritto civile. Il contratto, 3", Guffrè Editore, Milano, p. 594; BIGLIAZZI-GERI, Lina, voz Conversione en Enciclopedia del Diritto, t. 10, Milano, p. 535. Se la ha calificado como "teoría objetiva contemporánea" (DI MARZIO, Fabrizio, "La nullità del contratto", Cedam, p. 494).

1347 del Código Civil italiano. Se trata de un supuesto de convalidación por un hecho que es posterior a la celebración del acto y anterior al acaecimiento del plazo y la condición; en concreto, no deberá encontrarse ya excluida la eventualidad de que el objeto llegue a ser posible. Caracterizado en el derecho italiano como un supuesto de invalidez o validez suspendida (23), la convalidación del acto inicialmente imperfecto por imposibilidad del objeto se produce por un hecho sobreviniente -el objeto se volvió posible- anterior al acaecer del plazo o la condición. La consideración de la hipótesis desde la óptica clásica, en cambio, lleva a concluir que el acto, por su falla estructural de origen, es imperfecto y por lo tanto inválido.

Otra hipótesis de convalidación parecida es la que contempla el artículo 1885 del Proyecto: si quien constituye o transmite un derecho real que no tiene, lo adquiere posteriormente, la constitución o transmisión queda convalidada.

c) El error vicio de la voluntad y los remedios conservatorios.

Una modificación de significación -constitutiva de otro mecanismo que prescinde de la invalidez pese a la imperfección del acto- puede encontrarse en el tratamiento del error como vicio de la voluntad. En la variante propuesta por el Proyecto, se mantiene la necesidad que el error sea esencial y se prescinde de la excusabilidad. Tratándose de actos bilaterales o unilaterales recepticios, el esquema de la excusabilidad se traslada, del que yerra hacia el destinatario de la declaración: se requiere que además de esencial, el error sea reconocible. Si el cocontratante o el destinatario de la declaración no conoció el error o no lo pudo conocer actuando con una normal diligencia, el acto viciado por el error -y por ende involuntario- produce sin embargo la plenitud de sus efectos (artículos 265 y 266). Es la solución del Código Civil italiano (artículo 1431) que prioriza la tutela de la confianza.

En el mismo ámbito del error vicio, puede encontrarse otra disposición del Proyecto que propone un mecanismo para purgar el vicio del acto y hacerle producir sus efectos. El artículo 269, bajo el título "Subsistencia del acto", dice: "La parte que incurre en error no puede solicitar la nulidad del acto, si la otra ofrece ejecutarlo con las modalidades y el contenido que aquella entendió celebrar". Se persigue salvar la imperfección del acto afectado por un error esencial y reconocible posibilitando al cocontratante ejecutar el acto del modo que entendió celebrarlo aquél que incurrió en el error esencial (se ha querido comprar el caballo X por \$100 y por error en la redacción del instrumento se dijo el caballo Y; no habrá facultad de anular el contrato si el vendedor ofrece dar por los mismos \$ 100 el caballo X).

(23) CARIOTA FERRARA, Luis, "El negocio jurídico", traducción de Manuel Albala-dejo García, Aguilar, Madrid, 1956, p. 306.

d) El principio de conservación en la interpretación del contrato.

Nuevos supuestos tendientes a evitar las consecuencias de la invalidez, con fundamento esta vez en el principio de conservación, pueden ubicarse en la teoría general del contrato. El artículo 1066 del Proyecto, bajo el título “Principio de conservación” dice: “si hay duda sobre la eficacia del contrato o de alguna de sus cláusulas, debe interpretarse en el sentido de darles efectos...”

El texto, insertado como se dijo, en la teoría general del contrato, bien podría extenderse, con fundamento en la analogía, a los actos jurídicos no contractuales. Consagra la vigencia del principio de conservación en materia de interpretación y, aunque el análisis de la propuesta requeriría de mayores estudios, puede inicialmente decirse: ante la duda acerca de la validez o invalidez del acto, habrá que pronunciarse por la validez; habiendo certeza interpretativa acerca de la validez y dudas sobre su eficacia o ineficacia, habrá que pronunciarse por la eficacia del acto.

e) La invalidez parcial y la integración del acto jurídico.

Como es sabido, en el Código vigente la nulidad parcial está contemplada en el artículo 1039, que consagra la regla de la separabilidad de las partes del acto. Considerada clásicamente como una hipótesis secundaria, pues la regla general debía ser la nulidad completa o total incumbiéndole la prueba de que las partes eran separables a quien lo invocara (24), la indicada regla se encuentra en retroceso y tiende a invertirse. (25)

Sucede que las particularidades de la contratación contemporánea con las características de la contratación masiva o en serie, los contratos con cláusulas predispuestas o de adhesión, los contratos de consumo, las modernas técnicas de marketing y publicidad, acentúan la importancia de la nulidad parcial y de mantener por ello las partes del acto jurídico no viciadas.

La invalidez total, en efecto, terminaría afectando en ocasiones a la parte del acto en cuyo interés se estableció la nulidad de una cláusula del

(24) BORDA, Guillermo A., “Tratado de derecho civil. Parte general”, 12ª ed., actualizada por Guillermo J. Borda, La Ley, t. II, p. 415; ARÁUZ CASTEX, Manuel, Derecho Civil. Parte general, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, t. II, núm. 1751; BIBILONI, Juan A., Anteproyecto, Abeledo, t. I, p. 112; al parecer, CIFUENTES, Santos, “Negocio jurídico”, Astrea, 2ª ed., p. 745 y s. Alguna jurisprudencia equivocada -no reciente- ha sostenido que la nulidad parcial es inaplicable en la materia contractual CNCiv., sala A, 22/9/60, LA LEY, 101-658.

(25) LLOVERAS DE RESK, María E. en Código Civil y normas complementarias, dirigido por Alberto J. Bueres, Hammurabi, t. 2C, p. 300 rectificando una opinión anterior; BREBBIA, Roberto H., Hechos y actos jurídicos, Astrea, t. II, p. 580.

contrato, impidiéndole el acceso al bien o servicio motivo de la contratación, colocándola en la alternativa de no cuestionar la parte inválida para evitar privarse del bien o servicio en cuyo interés celebró el acto.

El Proyecto de Código propone una disposición (artículo 389) según la cual la nulidad de una disposición no afecta a las otras disposiciones válidas si son separables. A mi juicio, el texto permite afirmar -lo mismo que el del artículo 1039 del Código vigente- que la regla general es el de la invalidez parcial, incumbiéndole a quien invoca la nulidad total, la prueba de la no separabilidad.

La conservación de las partes válidas plantea el problema de la manera de cubrir el vacío creado por la invalidez de una parte del contenido del acto para que el resto pueda producir sus efectos. Aparece aquí una novedad relevante del Proyecto -ya contemplada para los contratos de consumo por el artículo 37 de la ley 24.240- y que se extendería a todo acto jurídico: es la facultad que el citado artículo 389 otorga al juez para integrar el acto "cuando fuere necesario".

Como se advertirá, el principio de conservación se expresa aquí en la regla de la separabilidad de las partes o cláusulas del acto jurídico complementada con la facultad que se otorga al juez de integrar el acto a fin de llenar el vacío causado por la declaración de nulidad parcial.

f) La acción de adecuación en la imprevisión.

La búsqueda de remedios conservatorios del acto o de sus efectos se manifiesta no sólo en el ámbito de la invalidez, sino en el de la ineficacia. (26) Tal sucede con el artículo 1091 del Proyecto de Código que regula la imprevisión en materia contractual.

Son conocidos los problemas interpretativos que causa el actual artículo 1198 en la indicada materia de la imprevisión. Una corriente -aferrada a una rigurosa interpretación gramatical del texto (sostenida incluso por un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (27)- considera que

(26) GALGANO, Francesco, "Representanza e gestione, a cura di Giovanna Visintini", Padova, 1992, p. 198.

(27) "KAMENSZEIN, Víctor J. y otros c. Freid de Goldring, Malka y otros", LA LEY, 1992-C, 491; JA, 1992-IV-166. La sentencia relativizada con una efectiva argumentación por: BORDA, Guillermo J., Efectos de las medidas económicas en materia contractual, LA LEY, 2002-F, 1453; Sup. E. Dep. Banc., Pesificación II, noviembre/2002, p. 17 y ARIZA, Ariel, Revisión judicial de los contratos en la emergencia económica, en "Emergencia y revisión en los contratos", Lexis Nexis, JA, diciembre 2002, p. 35. En un pronunciamiento posterior, el mismo Tribunal pareció reconsiderar el criterio. CS, in re, "Figuroa, Roberto M. y otro c. Banco de la Nación Argentina", 21/05/2002 (LA LEY, 2002-F, 726; DJ, 2002-3-942) que por mayoría rechazó el recurso extraordinario (art.

la parte perjudicada sólo goza de una acción de resolución, pudiendo el beneficiado impedirla ofreciendo mejorar equitativamente los términos del contrato. (28)

Este criterio, que deja al beneficiado como árbitro de la permanencia o no del contrato negando igual derecho al perjudicado, es dejado de lado por el señalado artículo del Proyecto. La parte perjudicada por la imprevisión, en efecto, goza a su opción de la acción de rescisión total o parcial del contrato o de su adecuación. (29) Sorprendentemente, sin embargo, priva al demandado de la facultad de impedir la resolución ofreciendo mejorar equitativamente los efectos del contrato; la ausencia de esta opción se presenta incompatible con la opción de adecuación que se otorga al demandado por lesión en otro artículo, igual al actual artículo 954 (siendo que la opción se confiere al explotador de la situación de inferioridad, con

280, Código Procesal) dejando firme un fallo de la Cám. Apel. Federal de Mar del Plata que había declarado procedente la acción autónoma de revisión en un contrato de mutuo con garantía prendaria.

(28) ABALLEYRA, Rodolfo, Una herejía jurídica. La desinterpretación del artículo 119º del Código Civil, LA LEY, 1983-C, 935; VAZQUEZ, Alejandro, Teoría de la imprevisión. Opción del afectado, ED, 97-847; LOPEZ de ZAVALIA, Fernando, Teoría de los contratos. Parte 3 General, t. 1, Ed. Zavalía, Buenos Aires, p. 479; MASNATA, Héctor, La excesiva onerosidad sobreviniente y el contrato, ED, 23-887; BELLUSCIO, Augusto C. en Código Civil y leyes complementarias, director A. Belluscio, Astrea, t. 5, p. 938; ABATTI, Enrique L. y ROCCA, Ival (h.), Teoría de la imprevisión: novísima perspectiva que dan la ley 25.561 y los decretos 214 y 230/02. Es admisible la acción directa por reajuste?, ED, 197-622 y ss. Comp. MORELLO, Augusto M., La adecuación del contrato, Platense, La Plata, 1994, p. 11 y ss.; ALTERINI, Atilio A., Contratos. Teoría General, Buenos Aires, 1998, p. 455; CASIELLO, Juan José, La adecuación del contrato, LA LEY, 1995-B, 1265, texto y notas 6 y 7; MOSSET ITURRASPE, Jorge, Sobre una supuesta "herejía" jurídica en torno a la acción por revisión del artículo 1198 (El derecho como religión, como ciencia y como arte), LA LEY, 1983-D, 805 y "Contratos", p. 377, Buenos Aires, 1987; LAVALLE COBO, Jorge E., Código Civil y leyes complementarias, directores: Belluscio-Zannoni, t. 5, p. 937 § 47; FLAH, Lily y SMAYEVSKY, Miriam, Teoría de la imprevisión, Buenos Aires, 1980, p. 33; CAMELO DIAZ, Gustavo en STIGLITZ, Rubén, Contratos Civiles y Comerciales. Parte General, vol. II, p. 139.

(29) Lo habían previsto los anteriores Proyectos: el de Unificación del año 1987 (artículo 1198) contemplaba a favor de la parte perjudicada por la excesiva onerosidad tanto la resolución como la modificación del acuerdo, encomendándole al juez la adecuación equitativa de las prestaciones salvo que la economía o finalidad del contrato excluyera el reajuste; el Proyecto del Ejecutivo de 1992 (art. 899) admitía la adecuación por vía de acción, quedando a criterio del juez resolver sobre su precedencia tomando en cuenta la equidad, la naturaleza del contrato, la factibilidad de su cumplimiento y la finalidad económica perseguida por las partes con su celebración; El Proyecto de la Comisión Federal, de su lado, también previó una acción de adecuación (art. 1198); y finalmente, el Proyecto de 1998 (art. 1060) contempla

mayor razón debería otorgarse cuando la excesiva onerosidad proviene de acontecimientos externos imprevisibles e inevitables).

V. El acto (o negocio) incompleto

Un cuarto aspecto es el que excluye de la categoría de la invalidez al llamado acto o negocio incompleto. Es ésta una categoría que requeriría nuevos análisis por haber sido muy poco desarrollada por la doctrina argentina; incluso un autor prestigioso la ha desestimado por inútil. (30)

El tema, en cambio, ha sido estudiado por la doctrina italiana (31) y alemana. Von Tuhr, por ejemplo, caracteriza al negocio incompleto o inacabado, como aquel en que existen los elementos esenciales del *factum* y “aun pueden producirse el o los elementos faltantes”. (32) Cuando estos se produzcan, quedaría completado el antecedente previsto por la norma para que advengan los efectos jurídicos: así, el acto se encontraría en el ínterin en “estado de pendencia”. Si el requisito ya no puede producirse, entonces el acto sería definitivamente inválido. A la situación de imposibilidad, se asimilaría aquella en que la posibilidad que el elemento faltante se produzca sea muy poco probable. (33)

En parecido sentido, Enneccerus define al negocio incompleto o pendiente como aquel en el cual no existen “aún en su totalidad las declaraciones de voluntad y los demás elementos de que se compone el negocio”, con lo que el concepto de nulidad quedaría circunscrito a aquel acto “al que se niega definitivamente la consecuencia jurídica que se califica de querida”. (34)

La noción de negocio incompleto podría identificarse con la denominada invalidez o validez sucesiva (o pendiente o incierta o eventual) -en la cual también al momento en que se evalúa la situación falta un

la posibilidad de plantear extrajudicialmente o pedir ante un tribunal la rescisión o adecuación del contrato afectado por la excesiva onerosidad.

(30) LLAMBIÁS, Jorge J., Efectos de la nulidad y de la anulación de los actos jurídicos, Arayu, Buenos Aires, 1953, § 3, p. 10.

(31) BETTI, Emilio, Teoría general del negocio jurídico, Revista de Derecho Privado, traducción de A. Martín Pérez, p. 364, calificándolo como “validez suspendida o pendiente”; MESSINEO, Francesco, Manual anual de derecho civil y comercial, Milano, Giuffrè, 1950, t. II, p. 487.

(32) VON THUR, Andreas, “Derecho civil. Teoría general del derecho civil alemán”, traducción de Tito Ravá, vol. II, Depalma, 1947, p. 303.

(33) VON THUR, Andreas, Derecho civil. Teoría general del derecho civil alemán, traducción de Tito Ravá, vol. II, Depalma, 1947, vol. II, p. 305, nota 18.

(34) ENECCERUS, Ludwig. - KIPP, Theodor. - WOLF, Martín, Tratado de Derecho Civil. Parte General, Bosch, Barcelona, 39 ed., 1934, vol. II, p. 355; LEHMANN, Heinrich,

requisito de validez- si no fuera porque se limita el reconocimiento de esta última al supuesto en que es la propia ley la que prescribe que el requisito faltante puede realizarse con posterioridad (35), por considerarse que los requisitos de validez, a diferencia de los de eficacia, fuera de una prescripción expresa de la ley, deben darse al momento en que el negocio se realiza.

Es indispensable no confundir el negocio incompleto con la ineficacia simple: en el primer caso es un requisito de validez el que está pendiente (un requisito estructural) y en el segundo, el acto está completo en su estructura -es válido- y hay ausencia de un requisito de eficacia (v.g. plazo suspensivo o condición suspensiva). Algunos casos que se mencionan como de validez sucesiva son, en realidad, de eficacia simple o pendiente. (36) Cariotta Ferrara menciona, entre otros, a los negocios sobre cosas futuras. Pero es un caso en que, al menos en nuestro derecho, la venta se estima sujeta a la condición suspensiva que la cosa llega a existir (artículo 1131). Nieto Blanc niega la vigencia de la validez o invalidez sucesiva y analiza diversos supuestos que considera son requisitos de eficacia. (37)

Son supuestos en que se configuraría la categoría la de los actos celebrados por personas con la capacidad limitada por la necesidad de la asistencia, pendiente de ser dada. (38)

En mi opinión, no existe dificultad en admitir la autonomía de la categoría y en encuadrar la noción de negocio incompleto como la del que se halla "en un período de formación y tanto puede llegar a ser válido como inválido". (39) Si fuera necesario juzgarlo con anterioridad a la conclusión de su ciclo definitivo, sería inválido debido a que en ese momento no es-

Tratado de derecho civil. Parte General, traducción y notas de José M. Navas, "Revista de Derecho Privado", Madrid, 1956, p. 249.

(35) CARIOTA FERRARA, Luís, El negocio jurídico, traducción de Manuel Albaladejo García, Aguilar, Madrid, 1956, p. 305.

(36) CARIOTA FERRARA, Luís, El negocio jurídico, traducción de Manuel Albaladejo García, Aguilar, Madrid, 1956, p. 306.

(37) NIETO BLANC, Ernesto E., Nulidad en los actos jurídicos, Abeledo Perrot, p. 81 y ss.

(38) VON THUR, Andreas, Derecho civil. Teoría general del derecho civil alemán, traducción de Tito Ravá, vol. II, Depalma, 1947, vol. II, p. 305, nota 18; ENECERUS, Ludwig. - KIPP, Theodor. - WOLF, Martín, Tratado de Derecho Civil. Parte General, Bosch, Barcelona, 39 ed., 1934, vol. II, p. 355; LEHMANN, Heinrich, Tratado de derecho civil. Parte General, traducción y notas de José M. Navas, "Revista de Derecho Privado", Madrid, 1956, p. 249.

(39) NIETO BLANC, Ernesto E., Nulidad en los actos jurídicos, Abeledo Perrot, p. 124.

tarían reunidos los antecedentes normativos previstos para que advengan las consecuencias jurídicas. (40)

Sin duda, “el estado de pendencia” puede causar incertidumbre acerca de su suerte final, lo que explica las previsiones expresas de algún Código que ha contemplado la cuestión. (41) En cualquier caso, el problema debe resolverse según las circunstancias del caso. Así, por ejemplo, tratándose de un acto celebrado por un inhabilitado pendiente de la asistencia de su curador, el requerimiento categórico dirigido por alguna de las partes sin que medie una contestación, deberá interpretarse como una negativa a prestar su asentimiento con la conclusión del “estado de pendencia” resultando el acto definitivamente inválido. (42)

VI. La invalidez como categoría límite

Corresponde referirse a un último aspecto, aunque admitiendo que es controvertido. La señalada reducción de la categoría de la invalidez como consecuencia de su deslinde con la ineficacia en sentido estricto, junto con la perceptible ampliación de supuestos tendientes a evitar la invalidez o sus consecuencias así como la diferencia entre el acto inválido y el acto incompleto, presentan como contrapartida una característica que se podría considerar inversa a la que se viene considerando (en el sentido que ampliaría -en vez de reducir- los supuestos de invalidez). Se relaciona con el interrogante acerca de si la invalidez es una categoría límite o si más allá de ella -y antes de lo que podría llamarse la “nada jurídica”- hay un espacio que cubriría la denominada “inexistencia”. La última disyuntiva supondría entender que la inexistencia -distinta a la invalidez- sería el concepto límite y que se trataría de dos categorías autónomas, cada una con su propia caracterización.

En la imposibilidad de considerar el punto, quizás pueda decirse -en un debate no agotado- que luego de un período de auge, la teoría de la inexistencia parece encontrarse en retroceso. (43) Por lo demás, no parece haber

(40) NIETO BLANC, Ernesto E., Nulidad en los actos jurídicos, Abeledo Perrot, p. 124; en contra, CARIOTA FERRARA, Luis, El negocio jurídico, traducción de Manuel Albaladejo García, Aguilar, Madrid, 1956, p. 306, núm. 89, para quien durante el período de invalidez suspendida no es posible a las partes promover ninguna acción de invalidez del acto.

(41) En el Código Civil alemán (§ 108, II) se faculta al cocontratante de quien tiene limitada su capacidad a requerir al curador un pronunciamiento acerca de si prestará su necesario asentimiento al acto; si éste no se pronuncia en el plazo de dos semanas, se entiende denegada. Igualmente, puede el cocontratante revocar el contrato mientras no se produzca el asentimiento (§ 107).

(42) TOBIAS, José W., La inhabilitación en el derecho civil, 2ª ed., Astrea, p. 287 y s.

(43) En nuestro país, desestiman la categoría: ARÁUZ CASTEX, Manuel, Derecho Civil. Parte general, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, t. II, 1974 p. 446

recibido prácticamente consagración legislativa en el derecho comparado. (44) Tampoco la contempla el Proyecto de Código 2012 ni lo habían hecho los Proyectos de la Comisión Federal ni de 1998. Uno de los miembros de la Comisión redactora del Proyecto del Ejecutivo de 1992 había elaborado una propuesta que postulaba su acogimiento normativo, que no fue compartida por la mayoría de la Comisión. (45)

y ss. núms.; BUTELER CACERES, José, Nulidad e inexistencia, LA LEY, 104-885; BREBBIA, Roberto, La teoría de la inexistencia en la Reforma del Código Civil, LA LEY, 1993-E, 1123; CARDINI, Eugenio, Noción y calificación de la nulidad en el derecho civil, LA LEY, 138-1305; GHERSI, Carlos, Derecho Civil. Parte General, Astrea, 1993, p. 465, núm. 284; LOPEZ DE ZAVALIA, Fernando, Teoría de los contratos. Parte General, V.P. de Zavalía, Buenos Aires, p. 377; LLOVERAS DE RESK, María E. en Código Civil y normas complementarias, dirigido por Alberto J. Bueres, Hammurabi, t. 2C, p. 286 y s.; NIETO BLANC, Ernesto E., Inexistencia y nulidad, LA LEY, 94-806; RIVERA, Julio C., Instituciones de Derecho Civil. Parte General, 3º ed., t. II, p. 874; SPOTA, Alberto G., Tratado de derecho civil. Parte general, Depalma, Buenos Aires, vol. 3 (6), p. 724 y ss.; ZANNONI, Eduardo, Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos, Astrea, p. 138 y s. Afirman en cambio la distinción entre la inexistencia y la invalidez: ABELENDA, César, Nulidad de los actos jurídicos, en "Estudios de derecho privado, homenaje al doctor Pedro León", Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Córdoba, 1976, p. 19 y ss.; AGLIANO, Humberto, Clasificación de las nulidades, LA LEY, 143-875; BELLUSCIO, Augusto C., La teoría de la inexistencia y su aplicación al testamento, en "Estudios de derecho privado, homenaje al doctor Pedro León, Academia de Derecho y Ciencias Sociales, Córdoba, 1976, p. 119; CARNEIRO, José J., Régimen de las nulidades en la Reforma del Código Civil, en Revista del Notariado", 702-1946; CIFUENTES, Santos E., Negocio jurídico, 2ª ed., Astrea, p. 717 y ss.; LOPEZ OLACIREGUI, José M. en SALVAT, Raimundo M. - LOPEZ OLACIREGUI, José M., Tratado de derecho civil argentino. Parte general, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1964, t. II, p. 760 y ss.; LLAMBÍAS, Jorge J., Efectos de la nulidad y de la anulación de los actos jurídicos, Arayu, Buenos Aires, 1953, § 3, p. 5 y ss.; MORELLO, Augusto, Inexistencia y nulidad del contrato. Perspectivas, LA LEY, 1995-E, 795; MOSSET ITURRASPE, Jorge, Teoría general del contrato, Orbir, Rosario, 1970, p. 403; MOYANO, Juan A., Efectos de las nulidades de los actos jurídicos, Compañía Impresora Argentina, Buenos Aires, 1932, n° 77. Para el derecho francés, italiano y español, véanse las citas en LLOVERAS DE RESK, María E. en Código Civil y normas complementarias, dirigido por Alberto J. Bueres, Hammurabi, t. 2C, p. 274, nota 281; BORDA, Guillermo A., Tratado de derecho civil. Parte general, 12ª edición, actualizada por Guillermo J. Borda, La Ley, t. II, p. 417 y ss.

(44) LLOVERAS DE RESK, María E., en Código Civil y normas complementarias, dirigido por Alberto J. Bueres, Hammurabi, t. 2C, p. 275, cita las excepciones del Código Civil mexicano para el Distrito y Territorio Federal (artículo 2224), el Código Civil para el Estado de Tlaxcala, y el Código portugués en relación al matrimonio (artículo 1628).

(45) El texto de la propuesta de Dr. Augusto C. Belluscio (artículo 687) decía que eran jurídicamente inexistentes los actos jurídicos cuando no existe alguna de las personas a las cuales de la declaración de voluntad constitutiva del acto aparece atribuida, o cuando en los actos bilaterales o plurilaterales no coinciden las declaraciones de voluntad de las partes, o cuando el objeto se refiere a una cosa que no existe o es materialmente imposible, o cuando se requiere la actuación de un funcionario judicial para el perfeccionamiento del acto y ello no se produce.

La ausencia de regulación de la llamada inexistencia en el Proyecto de Código, podría constituirse -de ser sancionado- en un argumento para reforzar la opinión de quienes consideramos que la invalidez constituye una categoría límite y que, por lo tanto, aquellos actos que se califican como inexistentes, son verdaderos actos inválidos (pasando a “ampliar” de ese modo los supuestos de invalidez).

Es menester reconocer, sin embargo, que la ausencia de regulación de la inexistencia por el Proyecto no agotaría probablemente el debate: es posible incluso que se invoquen algunas de sus disposiciones para sustentar la subsistencia de la categoría. Así, por ejemplo, en materia matrimonial, la disposición que establece como requisito de la existencia del matrimonio el consentimiento de los contrayentes expresado ante la autoridad competente para celebrarlo, cuya ausencia acarrea la ausencia de efectos civiles (art. 406). También, algunas disposiciones que en referencia a determinadas cláusulas de un acto jurídico establecen que se deben tener por “no convenidas” (v.g. art. 1122) o “no escritas” (v.g. art. 988). La terminología empleada, en efecto, plantea el interrogante si se está en presencia de cláusulas inexistentes o afectadas de nulidad absoluta.

VII. Conclusiones

Al hilo de la exposición, se intentan algunas conclusiones:

1) Puede considerarse consolidado el deslinde conceptual entre las categorías de la invalidez y de la ineficacia (en sentido estricto), siendo ambas especies de la ineficacia “en sentido amplio”.

2) El señalado deslinde conceptual ha conducido a encuadrar supuestos que antes se consideraban de invalidez como de ineficacia (en sentido estricto).

3) Los ordenamientos jurídicos tienden a ampliar los procedimientos tendientes a salvar las imperfecciones de los intentos negociales, procurando que produzcan los efectos que les son propios o al menos algunos efectos parciales o en todo caso, la producción de los efectos de otro acto.

4) Es advertible por ello una tendencia a implementar nuevos remedios conservatorios de los actos imperfectos que se sustentan en fundamentos variados: el principio de conservación del negocio, el de la buena fe, el de la tutela de la autonomía privada o el de la confianza o apariencia. El Proyecto de Código recoge manifestaciones particulares de esa tendencia.

5) Se requieren nuevos análisis de la doctrina nacional acerca de si cabe admitir la categoría del acto o negocio incompleto como autónoma de la invalidez.

6) Como en anteriores Proyectos Nacionales, el Proyecto del año 2012 no regula a la llamada teoría de la inexistencia. Una eventual sanción del Proyecto requerirá evaluar si ello conduce a reforzar el punto de vista de que la invalidez es una categoría límite y, en ese caso, a considerar si supuestos considerados como actos inexistentes por un sector de la doctrina, deben pasar a ser encuadrados como verdaderos actos inválidos. ♦

LA CRIMINALIZACIÓN DEL “NEGACIONISMO” FRENTE A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN: UN TREMEDAL DEL DERECHO

“En los roces de prevalencia axiológica que puedan producirse entre la penalización de manifestaciones verbales o escritas de lo que se ha dado en denominar el “negacionismo” y, por otro lado, el ejercicio de la libertad de expresión sin otro ánimo o propósito que el de externalizar una elaboración del pensamiento crítico o el fruto de una investigación científica, es coherente priorizar el derecho de expresión y opinión.”

POR JORGE REINALDO VANOSSI (*)

“Se podría sostener —parafraseando al Tartufo de Molière— que el *negacionismo* es un homenaje que el vicio rinde a la virtud”

Sergio Romano

I. El neologismo “*negacionismo*” parte del vocablo “negación”, que corresponde a una categoría semántica a la que pertenecen ciertas voces que sirven para negar (conf. RAE). Y entre las acepciones del verbo “negar”, hay varias que pueden considerarse anticipos del neologismo arriba mencionado; como por ejemplo: “decir que algo no existe, no es verdad o no es como alguien cree o afirma”; “dejar de reconocer algo, no admitir su existencia”; “desdenar, esquivar algo o no reconocerlo como propio”; “ocultar, disimular”. Son suficientes estas significaciones para percibir de qué se trata: negar es un rechazo a lo que se viene afirmando o sosteniendo. Es poner en cuestión lo que se tenía por verdad.

La necesidad de acudir a un neologismo responde a la circunstancia que la única voz cercana en el lenguaje o vocabulario castellano es

(*) Comunicación del Académico, en la sesión privada del 8 de agosto del 2013.

“negativismo”, pero su significado no corresponde con nuestro fenómeno, pues equivale a “propensión a ver y juzgar las cosas en su aspecto más negativo” (conf. “Nuevo Diccionario de voces de uso actual”, de Manuel Alvar Ezquerro, Madrid, Arcolibros, 2003), o sea, nada que ver... Por lo tanto, la adopción de la voz “*negacionismo*”, de raíz gala, es correcta y se puede usar. (1) Se afirma que comenzó a emplearla un estudioso de la última guerra mundial, Henry Rousso, de origen egipcio y radicado en Francia, autor de *El síndrome de Vichy* (1987), Director de Investigación del Centro Nacional de Investigación Científica, con ulterior difusión en otros países.

En efecto, el vocablo nació en Francia, al referenciarse con la negación del Holocausto (*négationnisme*), habiéndose aplicado luego a la negación de otras atrocidades masivas, como el exterminio de los gitanos (también digitado por Hitler y sus secuaces Himmler y Göring), las matanzas por hambrunas provocadas por Mao en China, el Gulag en la URSS, el genocidio Camboyano de Pol-Pot, el “Holodomor” en Ucrania, el genocidio armenio desde abril de 1915 por obra de los turcos, el de los “tutsis” por Ruanda en África en 1994, la “limpieza racial” consumada al producirse la implosión de Yugoslavia, etc. En todos estos casos se trataron de borrar las huellas de su autoría y de su comisión, no dejando rastros documentales que registraran “la orden” de ejecución; con el agravante de su no reconocimiento ulterior, con la excepción de Alemania, en una loable actitud de depuración con respecto al período del Tercer Reich. Y hasta el premio Nobel de letras Mario Vargas Llosa, considera en su novela *El sueño del celta* (y así también Philipp Blom en *Años de vértigo* (Anagrama, Barcelona, 2010) que el Rey Leopoldo II de Bélgica, al apoderarse de una parte del Congo del tamaño de Europa cometió “genocidio” al mandar a la muerte —por asesinatos, mutilaciones o por hambre— a diez millones de congoleños (sic),... y después se lo vendió al Estado belga.

El tratamiento de este tema nos depara algunos interrogantes acerca del posible conflicto entre valores muy justipreciados por el constitucionalismo liberal, que tienen como “*prius*” la defensa de la libertad. Ya se decía en sus albores: “Aquel que quiera salvaguardar su libertad tendrá que proteger de la opresión incluso a sus enemigos, pues si no cumple con este deber, estará estableciendo un precedente que se volverá contra

(1) Sobre este punto hemos consultado la opinión del Dr. Pedro L. Barcia, expresidente de la Academia Argentina de Letras y actual Presidente de la Academia Nacional de Educación, quien nos ratificó la ausencia del término de marras en los diccionarios de María Moliner y de Seco. De paso, Barcia nos dio el consejo de Bergson: se pueden crear palabras, con el recaudo de definir bien el alcance del término y de no contradecirlo nunca en su uso.

él” (Thomas Paine, *Los Derechos del Hombre*). Pero en torno al “*negacionismo*” la discusión es interminable. Ante el afán de penalizarlo —con las mejores intenciones de redención— aparecieron temores de censura inquisitorial: tal fue el caso del grupo francés que en el año 2005 creó la asociación “Libertad para la historia”, presidida por René Rémond, con el fin de llamar la atención a los parlamentarios acerca de las normas punitivas. Dos años después, el Consejo de Europa exhortó a que todos los Estados de la Unión Europea penalizaran los delitos de genocidio, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad; y al año siguiente (2008) Pierre Nora encabezó un movimiento apelando a que en un Estado “libre”, ninguna autoridad política defina la verdad histórica y restrinja la libertad de los historiadores *bajo la amenaza de sanciones penales*: contó con la adhesión de Sergio Romano quien sostuvo que las investigaciones históricas se combaten con otras investigaciones, pero no con sentencias de los tribunales (*Corriere della Sera*, 18/X/2010).

Si entramos al marasmo de la jurisprudencia europea alrededor de este tema, la cosecha es abundante pero no concluyente, pues otro tanto ocurre con la legislación penal de los respectivos Estados. Ya en el año 2008 el Prof. Göran Rollnert Liern, catedrático de derecho constitucional en la Universidad de Valencia, llamaba la atención sobre las oscilaciones registradas en el Tribunal Constitucional de España a través de replanteos sobre los límites de la libertad de expresión “en los casos extremos en los que las ideas y opiniones difundidas entran en abierta contradicción con los valores constitucionales, en particular con la *dignidad* y la *igualdad*, por responder a presupuestos ideológicos racistas que se exteriorizan mediante a través de la *negación* o *justificación* del genocidio perpetrado en los campos de concentración nazis durante la Segunda Guerra Mundial”. (2) Como puede verse, el choque entre los valores prioritarios de la “*dignidad*” y la “*igualdad*” de los seres humanos con un ejercicio ilimitado de la libertad de expresión, pone en juego las claves que surgen del art. 20.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) cuando expresa que “toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley”.

Por el art. 75, inc. 22 de la Constitución Argentina, texto de 1994, ese Pacto queda incluido expresamente entre aquellos (todos sobre Derechos Humanos) que “tienen jerarquía constitucional”. Es de lamentar que en

(2) Revisionismo Histórico y Racismo en la Jurisprudencia Constitucional: los límites de la libertad de expresión, en la “*Revista de Derecho Político*”, N° 73, de la UNED, p. 103 y ss. El autor toma en consideración sentencias del Tribunal Constitucional de 1991, 1995 y la del 7 de noviembre de 2007.

todos los documentos internacionales sobre la materia, aprobados mientras existía la Unión Soviética (URSS), por presión de dicho estado no fueran incluidas entre las áreas de protección (nacional, racial, religiosa) las persecuciones de índole “política”: ello fue así, por la sencilla razón de que tales atentados eran parte del régimen (las “purgas” estalinistas de la década del “treinta”), como también lo fueron en la China de Mao, en el régimen de Pol-Pot que en 1975 se instaló en Camboya e inició una masacre de dos millones de muertos, ejecutados por su banda de “los jemeres rojos”, cuya impiedad no era menor que la de los nazis: fueron enjuiciados en el 2006, pero Pol-Pot —discípulo de Mao— ya había fallecido en 1998 (hay un patético testimonio de Denise Affonço, *El infierno de los Jemeres Rojos*, Barcelona, 2010, que logró huir luego del asesinato de toda su familia y de cuatro años de cautiverio). Curiosamente, éstos “jemeres rojos” fueron desalojados por los vietnamitas...

La abundante literatura comparada, especialmente la de origen europeo, repite la distinción entre la *opinión* y la *acción o actividad*, para proteger a la primera con la cobertura de la libertad de expresión y encolumnar a las otras en las previsiones de la legislación represiva del odio, el insulto, la incitación a la discriminación, la apología del delito, el ataque al honor y a la dignidad, por tratarse de atentados anti-constitucionales. Ahora bien: en este terreno, la distinción entre “la opinión” y “el accionar” es de relevante importancia. Una cosa es no querer a uno o a muchos; y, otra cosa es proferir el “discurso del odio” incitando a la acción ofensiva y degradante de otros, con el deliberado propósito de impulsar motivaciones para afectar —incluso hasta con asesinatos— a quienes se odia y discrimina. El discurso del odio es más grave —cuantitativa y cualitativamente— que la mera intolerancia; y, asimismo, su peligrosidad es mayor que las expresiones que puedan verse bajo el manto de la “investigación científica” o del “revisionismo histórico”, u otras invocaciones tendientes a alimentar la credibilidad en las afirmaciones sostenidas desde el campo del “negacionismo”.

Creemos que la aplicación de la doctrina del “abuso del derecho” al ejercicio de la “libertad de expresión” no siempre facilita la clarificación del problema, sino que nos conduce a pensar sobre él, como si se tratara de resolver la paradoja de una supuesta “cuadratura del círculo”, figura ésta que enuncia un disparate de contradicción. En Europa sigue la discusión y los pronunciamientos judiciales se han repartido entre interpretaciones divergentes de los arts. 17 de la Convención Europea de Derechos Humanos y el art. 10 de esa Convención de Roma; y lo mismo ha acontecido en varias oportunidades entre la Corte Europea (Estrasburgo) y los tribunales supremos de algunos Estados de la UE (Suiza, España, Francia, Italia) ¿“Negar” es una forma de “incitar”? Hete aquí la cuestión. La única forma de zanjar el conflicto entre la in-

transigencia o estrictez de la Corte Europea y el criterio de los otros tribunales, parece ser el ampararse en el “margen de apreciación nacional” (MAN) que a modo de “zona de reserva” o “área” o “franja” de criterio discrecional que puedan asumir legítimamente los Estados miembros.

Qué mejor comparación figurativa que la de Javier García Roca invocando la situación del dios Jano, que “desde el dintel de las casas romanas, miraba hacia dentro y hacia fuera” (3); y ese es, precisamente, el caso del “margen de apreciación nacional” en su compleja —y a veces confusa— delimitación con la órbita de la jurisdicción supranacional o el área de las decisiones de organismos internacionales. Siguiendo a este versado autor, es claro que el legislador (local) posee una gran latitud para seguir cuestiones políticas, económicas y sociales, por lo que el Tribunal Europeo (Estrasburgo) debe respetarlas “salvo si el juicio se revela manifiestamente desprovisto de bases racionales” (pág. 297). Más allá del prohibido “discurso del odio” y la “incitación a la violencia,” la tipificación de delitos es terreno propio de la libre configuración del legislador nacional, excepto cuando entra en colisión con la libertad en la comunicación social, caso Azevedo c. Portugal, del 27 de marzo de 2008 (págs. 283 y 284). El asentamiento del citado “Margen” (MAN) tiene origen en la Comisión Europea de Derechos Humanos y de allí fue recepcionada por el Tribunal Europeo (Estrasburgo) en sentencia del 18 de junio de 1971, caso Dewilde, Ooms y Versyp, que a juicio de García Roca es una construcción *débil, poco densa* y no exenta de *contradicciones* (pp. 110 y 112), a lo que añade que esa noción “*es compleja* y no ha terminado de dibujarse en forma completa” (sic). Sus contornos muy imprecisos y casuísticos —propios de una creación pretoriana— limitan la amplitud jurisdiccional del Tribunal Europeo, que “*no puede ni debe* imponer una misma regulación en cada Estado,” pues “lo que puede y debe hacer es excluir algunas regulaciones nacionales por ser lesivas de los derechos humanos” (pp. 57 y 58). Dicho Tribunal se debe ajustar a “*una elástica frontera* que marca *un margen de autonomía* de los diferentes Estados, ya sea por acatamiento a su soberanía o por la moderación y prudencia inherente a las jurisdicciones” (pp. 203 y 204).

En prieta síntesis, se pueden enumerar algunos de los datos (difusos) que caracterizan al MAN, como ser:

a) Se vincula al principio de “subsidiaridad,” toda vez que sólo aparece en un salto sobre el agotamiento de la tutela local por defecto de ésta;

(3) El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración, Cizur Menor, Navarra, Cuadernos Cívitas - Instituto de Derecho Parlamentario, Ed. Thomson-Reuters, 2010.

b) No puede haber una mera y directa sustitución de las decisiones nacionales;

c) Es una “reserva de decisión doméstica” a manera de una “deferencia” (sic) a la garantía local (págs. 93 y 95);

d) Es un “espacio de maniobra” que Estrasburgo concede a las autoridades internas; y

e) Se aproxima a la idea francesa del espacio de “discrecionalidad administrativa” o a algunas expresiones alemanas conocidas como “espacio de valoración”, “espacio de libertad de decisión” o “la discrecionalidad de valoración”.

Coincidimos con García Roca en subrayar la *discrecionalidad* con que ha sido aplicado este standard o pauta, que acaso animada por la “complementariedad” entre la jurisdicción local y la supranacional no haya podido evitar tensiones y discrepancias cuando ha pretendido “avanzar” (es opinión mía) sobre el ámbito local legítimo, por lo que es dable auspiciar su mayor depuración como concepto teórico y en su aplicación jurisprudencial, sin olvidar su manejo doctrinario algunas veces escaso de motivación. La aplicación del fundamento “*principio de proporcionalidad*” también debe jugar en la ponderación y en la medición de las relaciones de los cuerpos supraestatales con la libre configuración de los derechos por parte del legislador nacional (de origen democrático), respetando la legitimidad del orden local salvo casos de manifiesta arbitrariedad en que el “control” puede ser más intenso y profundo.

En síntesis, solo a mayor irregularidad de las decisiones locales puede corresponder un achicamiento del “margen”. Cuando la jurisdicción supranacional intenta ocupar espacios sensiblemente reservados, cabe el riesgo del incumplimiento de la decisión superior, por cuanto (y en tanto) la ejecución queda en manos de los poderes locales; y en Europa no se han visto por ello obligados a modificar las Constituciones locales como consecuencia de una decisión del Tribunal de Estrasburgo, aunque sí a corregir situaciones defectuosas (p. ej., el régimen carcelario). En cambio, en el sistema interamericano, la Argentina se vio precisada a derogar disposiciones penales en materia de delitos contra el honor a fin de cumplimentar una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (con sede en San José de Costa Rica) para así satisfacer una demanda a la cual el Estado se había finalmente allanado (sic). La pregunta que queda pendiente es la de saber qué actitud asumirá la República si aquella Corte creada en virtud del Pacto Interamericano decidiera un caso en el que para el cumplimiento del fallo fuera menester proceder a la reforma de la Constitución por la vía del ejercicio del

Poder Constituyente (art. 30), de seguir con la “política” de los “allanamientos” y no invocando el “margen de apreciación nacional” (MAN) ¡Qué problema!

II. Es menester advertir que algunos documentos internacionales remiten la configuración de los eventuales actos delictivos a la legislación de cada Estado. En el caso de la tipificación penal del *odio*, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ya citado *ut supra*) establece que “toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya *incitación* a la discriminación, la hostilidad o la violencia, estará prohibida por la ley” (art. 20.2). Cabe señalar que la República Argentina, además de otorgar “jerarquía constitucional” al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, por el art. 75, inc. 22, ha hecho lo propio también con su “Protocolo Facultativo” (1966) y con la “Convención sobre la Prevención y la Sanción del delito de Genocidio” (1948), como asimismo con la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial” (1965); por lo que la complementación legal en el orden interno hace posible la aplicación de las penalidades correspondientes. (4) Y con más razón aun cuando hemos adherido a la Convención de Roma (18/VII/1998) que crea la Corte Internacional Penal y en el art. 5º reitera las incriminaciones (que con parecida denominación se establecieron en la Convención de 1948) de los crímenes contra la paz, los crímenes de guerra, los crímenes contra la humanidad, más el genocidio (la versión clásica de los crímenes contra la paz remitía al “crimen de agresión”; y en cuanto a los crímenes contra la humanidad la versión española califica “de lesa humanidad”.

En cuanto al “odio” como elemento constitutivo de estos delitos, parte integrante del *dolo* con que operan los sujetos intervinientes es la aversión hacia quienes cuyo mal se desea, aversión ésta que procede de causa determinada (odiosidad). El propósito del actor es causar el *mal*. Nuestro país cuenta con un texto normativo que prevé cómo funge el elemento “odio” en la penalización del delito de incitación al odio racial: es la ley 23.592, conocida como ley anti-discriminatoria, en sus arts. 2º y 3º (año 1988; ver APÉNDICE). Del mismo modo, conciernen al tema que tratamos, las previsiones del Código Penal de la Nación en cuanto a ciertos delitos; entre otros, el de “Instigación a cometer delitos” (art. 209), “Aso-

(4) Debe tenerse presente que al depositarse el 8 de agosto de 1986 el instrumento de ratificación, nuestro país formuló la siguiente reserva: “El Gobierno argentino manifiesta que la aplicación del apartado segundo del art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, deberá estar sujeta al principio establecido en el art. 18 de nuestra Constitución Nacional”. Esto significa que se debe respetar el principio de legalidad.

ciación ilícita” (arts. 210 y 210 bis), “Intimidación pública” (art. 212), “Apología del crimen” (art. 213), como así también se considera delito contra el orden público el “imponer sus ideas o combatir las ajenas por la fuerza o el temor” por el solo hecho de ser miembro de la asociación ilícita (art. 213 bis). Como está en juego la libertad de expresión, debe citarse el art. 161, en el capítulo de “Delitos contra la libertad de prensa”, castigando al “que impidiere o estorbare la libre circulación de un libro o periódico”; y los “Delitos contra el honor” (art. 109 y ss.).

En la inspiración dolosa del “*negacionismo*” aparece evidente que la negación “rechaza todos los cimientos de la historia”; lo que generalmente ha ido acompañado de una pretendida justificación que legitime los horrores y abusos que resultaron innegables para la observación por parte de la gran mayoría de la humanidad. Como ejemplo de “*negacionismo*” a la inversa y vergonzante, puede darse la invocación de lamentosas reacciones ante los bombardeos de ciudades alemanas durante la guerra y, más precisamente el caso de Dresde, que las más recientes investigaciones llevadas a cabo por científicos e historiadores alemanes demuestran que ese acto no tuvo la magnitud ni las víctimas correspondientes a un genocidio: el ataque aéreo inglés fue una batalla más (5) en las postrimerías de la Segunda Guerra Mundial.

No caben dudas que el primer gran genocidio silenciado y negado fue el de los turcos contra los armenios, que el sociólogo e historiador turco Taner Akçam relata en su obra de investigación *Un acto vergonzoso. El genocidio armenio y la cuestión de la responsabilidad turca* (Editorial Colihue). Las matanzas comenzaron con los armenios ilustrados (docentes, escritores, periodistas, etc., para que no pudieran dejar testimonios documentales de las masacres dispuesta a continuación; lo cual revela que hubo una planificación meditada y sádicamente organizada para el exterminio.

Entre los epígonos y adalides del *negacionismo* pueden encontrarse figuras tan dispares como el británico David Irving (“*Hitler no sabía*

(5) Las crónicas iniciales dieron cifras de muertos que alcanzaban a cientos de miles de personas. Se afirmó durante años que se trataba de una ciudad sin defensas antiaéreas, como así también que carecía de poder estratégico militar. En los últimos años, una comisión nombrada por el gobierno alemán ha llegado a documentar con pruebas fehacientes todo lo contrario: menor número de víctimas, la ciudad de Dresde tenía potencial bélico y era un baluarte político del régimen. Winston Churchill expuso el caso ante la Cámara de los Comunes, inmediatamente después del bombardeo y explicó las razones del mismo en momentos finales de la contienda: debilitar la resistencia del nazismo, para acelerar la rendición.

nada...”), la estadounidense Deborah Lipstadt, el francés y ex-comunista Paul Rassinier (*“La mentira de Ulises”*, 1950), supuestos revisionistas como Robert Faurisson, el historiador David Hoggan (*“El mito de los seis millones”*, 1969), el creador de una entidad de negación como William David Mc Calden, el ideólogo ex-comunista francés Roger Garaudy, el suizo Jürgen Graf, entre otros; aunque el más empecinado ha sido el inglés primeramente mencionado. (6) Llama la atención de la persistencia de Irving, dadas las reiteradas penalidades que registra: arrestado en Austria (año 2005) con tres años de reclusión por haber “glorificado su identificación con el partido nazi alemán” y que en septiembre del 2010 organizó un *tour* a Polonia al precio de 2650 euros por persona con visita guiada a Auschwitz-Birkenau, Treblinka y Ketrzyn para narrar “su verdad” sobre esos campos de concentración a los que burlona y cívicamente califica como una “ficticia Disneylandia *mangiasoldi*”, para terminar excusándose afirmando que Churchill “sabía poco del Holocausto” (*Corriere della Sera*, 22 y 26/IX/2010). Cuesta entender que pueda arraigar en la mente la obcecación tenaz y persistente del “negacionismo” de esos escritores que gozan de la libertad para expresar todo lo que piensan, aún en supuestos aberrantes; pero no cabe otra respuesta que la que ofreciera el talentoso juez Oliver Wendell Holmes al confesar que “no hay libertad de pensamiento para aquellos que están de acuerdo con nosotros, sino libertad para las ideas que detestamos” (caso *“United States v. Schwimmer”*). O la audaz afirmación de Voltaire: “no coincido con usted pero estoy dispuesto a sacrificarme para que pueda expresarlo libremente” (sic).

III. Corresponde ahora mencionar qué países han aprobado normas legales —en el Código Penal o en cuerpos separados— por las cuales se condena, penalizándolo, al accionar o movimiento del “negacionismo”. De acuerdo a la información obrante en mis manos, estarían incluidos los siguientes estados: Francia, Austria, Bélgica, Alemania, Suiza, Eslovaquia, República Checa, Lituania, Polonia, Canadá, Liechtenstein, Nueva Zelanda, Holanda, Rumania, Sudáfrica e Israel. El Reino Unido (Inglaterra), Irlanda y los países escandinavos se resisten a legislar por temor a que ello pueda provocar restricciones a la libertad de expresión; y así lo manifestaron los ministros de justicia reunidos en Luxemburgo el 19 de abril de 2007 (*El País*, 20/4/2007). Estados Unidos no ha incorporado una normati-

(6) Datos extraídos de la última actualización de la voz “Negacionismo del Holocausto” en Wikipedia, el 6 de junio de 2013. El Estado que no suscribió la “condena sin reservas de toda negación del Holocausto” fue Irán, al aprobarse esa declaración por la Asamblea General de las Naciones Unidas (2007). También se usa la expresión “shoah”, que en hebreo significa “catástrofe”. Estimo que con las voces “aniquilación” o “aniquilamiento” se puede reflejar en idioma español la idea cabal: según el DRAE quiere decir “reducir a la nada”, “destruir enteramente”.

va específica al respecto, aunque es mayoritaria la condena del genocidio en general y del Holocausto o shoah en particular por parte de la sociedad y de su gobierno, debiéndose tener en cuenta que en el régimen federativo de la república norteamericana la legislación penal de fondo compete a los Estados locales. No es delito en Italia ni en Inglaterra. (7)

Más recientemente, en la hermana República de Perú, el presidente del Consejo de Ministros Juan Jiménez Mayor remitió al Congreso un proyecto de ley —en agosto del año 2012— por el que se incorporaría al Código Penal un artículo en el que se reprime con pena privativa de la libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años, a quien públicamente *apruebe, justifique, niegue o minimice* los delitos de terrorismo. Se titula proyecto de “Ley del *Negacionismo*” y se fundamenta en la necesidad de protección de las víctimas del terrorismo ante la circulación de expresiones “que son francamente lamentables, sobre la *destrucción*, el *odio* y la *muerte* que sembró el terrorismo en el país” (sic), aclarándose en los fundamentos citados que “de ninguna manera se busca afectar la libertad de expresión plena que debe existir”.

El caso más peculiar es el de la interpretación de la legislación española, a partir del art. 607.2 del Código Penal por el que se establece la pena de prisión de uno a dos años a quienes incurran en “la difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos tipificados en el apartado anterior [genocidio] o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos”. Cabe señalar que en otra parte del articulado de ese Código se tipifican la apología del delito, la incitación al odio racial y otras figuras; pero en la norma arriba transcrita se crea “un tipo penal autónomo”. A partir de esta normativa, la jurisprudencia ha girado hacia una postura hermenéutica franca-

(7) Según datos de DIEGUES, Jorge Alberto, en *El negacionismo y la libertad de expresión*, publicado en “estudios de Derecho Constitucional”, por el Instituto de Derecho Constitucional, Ed. Biblioteca de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, año 2011, La Ley, Buenos Aires, pp. 87 a 104. También puede consultarse la nómina en Wikipedia, citado en este trabajo de mi autoría; enciclopedia que ofrece el dato de que la voz “negacionismo” fue inaugurada por ROUSSO, Henry en su obra *El síndrome de Vichy*, publicada por la Harvard University Press, en inglés, en 1991.

En cuanto a Hungría, el Parlamento aprobó en febrero del 2010 una ley que establecía la pena de prisión hasta tres años por la “negación del Holocausto”, incluyendo a quienes aún sin negarlo lo presentan “como algo insignificante”. Los socialdemócratas no aceptaron incluir los delitos de “lesa humanidad” perpetrados bajo los regímenes comunistas. Es sabido que los países bálticos (Estonia, Letonia y Lituania) y Polonia pretendieron que los crímenes de Stalin cometidos en esos países ocupados o invadidos por la URSS se equipararan a los de Hitler.

mente indulgente, cuya fundamentación formuló la sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 7 de noviembre de 2007, que desde una visión ilimitada de la libertad de expresión concluye otorgando protección a la propagación de ideas e ideologías que con base en el pluralismo doctrinario circulan al margen de toda sanción. Esta amplitud hermenéutica se encoge en el caso del “genocidio”, como enseguida veremos. Es allí donde surge la invocación de valores prioritarios, tales como la “igualdad” y la “dignidad humana”, del que se derivan el “derecho al honor”, reñido con toda discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, nacionalidad o etnia: en estos casos resulta constitucionalmente punible el “negacionismo” con respecto a los sufrimientos y muertes provocadas por regímenes que fueron oportunamente condenados (Nuremberg) y cuya exaltación o reivindicación tiendan al resurgimiento a través de lo que se ha dado en llamar “el discurso del odio”, comprensivo éste de la xenofobia y toda forma de racismo e intolerancia. En tales casos, el art. 607.2 es constitucional en cuanto a la criminalización de los actos que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen comportamientos con esos fines, por tratarse de aupar, abusando del derecho, a doctrinas racistas y de raigambre totalitaria que procuran a todo trance imponer una especie de revisionismo histórico de mala fe.

La crítica u observación que se le ha formulado a esta sentencia del Tribunal Constitucional de España (Nº 235 - 2007) es que al crear un “tipo penal independiente”, separa la hipótesis del inc. 2 con relación a la tipicidad establecida en el inciso cabecera (art. 607.1) que exige un dolo que no aparece en el segundo apartado; y que consiste no sólo en los componentes mencionados sino en el requisito *previo* de un propósito de destrucción grupal (total o parcial). *No basta con el odio, sino que además de ese componente se requiere la presencia de un elemento subjetivo del tipo penal consistente en el ánimo de causar un mal.* Por ello, vienen a resultar de la norma en cuestión dos gradaciones con diferente alcance:

a) La mera transmisión de ideas o doctrinas, que cuenta con el amparo de la libertad ideológica y, en el ámbito de la investigación histórica, con la cobertura de la libertad científica en el terreno de la historiografía.

b) El “discurso del odio”, propiciatorio de la incitación a la acción directa de la violencia, sin cabida en el ejercicio de la libertad de expresión.

Como la separación entre la denominada “libertad científica” y el “discurso del odio” gira alrededor de la “opinabilidad”, discusión o debate en que transcurre la primera; y la agresión, hostilidad, vilipendio y ofensividad que genera la segunda, los jueces se ven llevados a un criterio o “juicio de la proporcionalidad” a fin de discernir los casos. No es tarea sencilla ni que asegure total objetividad.

En resumidas cuentas, la sentencia considera constitucional la criminalización de la *justificación* del delito de genocidio, separando esa postura de la negación, que sería —en principio— no punible. En este supuesto, la “libertad de expresión” queda superada por la suma gravedad de la justificación pública del genocidio, que axiológicamente debe tener coto mediante su penalización —entre otras razones— “para romper la barrera de repugnancia social que impide el aliento de su temible repetición”. (8) Creemos, así, que no es vano, fútil ni inútil dejar pasar la *inanidad*, como si estos delitos permanecieran en la escalera, situados en un escalón de vacuidad o futilidad. Los distingos penales entre la incitación directa al genocidio y una incitación “indirecta” netamente diferenciada de la apología, no quitan el sesgo oprobioso y degradante de la ofensa, que puede revestir el paso inicial para su transformación en una agresión directa y violenta. La levedad inicial no es garantía alguna ante una futura gravedad generalizada, tanto cuantitativa cuanto cualitativamente. Las condenas pronunciadas por tribunales de Francia y de Suiza parecen indicar que a tenor de la experiencia histórica, como “el hambre viene comiendo”, al “*in crescendo*” de los delitos hay que observarlos con el lente de su ulterior peligrosidad. En el caso de Francia, se registran momentos y circunstancias que merecieron diverso trato: una normativa inicial no pasó el filtro del Consejo Constitucional al no aprobar el test de la “proporcionalidad” en cuanto al respeto de la libertad de expresión y de comunicación; mientras que la *Ley Gayssot* prosperó a la postre por no ser contradictoria con la ley de libertad de prensa (año 1881) y tener apoyo en el Estatuto del

(8) Véase, Göran Rollnert Liern, ob. cit., p. 125. Al comentar la sentencia española del año 2007, este autor afirma que: “Suprimido así el límite penal al negacionismo, resulta evidente por obvia la cobertura constitucional al amparo de la libertad de expresión de aquellas manifestaciones revisionistas más moderadas en las que no se afirma radicalmente la inexistencia del Holocausto sino que se introducen dudas sobre ciertos aspectos del mismo o se discute si respondió a un plan deliberado de exterminio racial, tanto más cuando la STC 235/2007, por remisión a la 43/2004, ha destacado la mayor protección de la libertad científica respecto a las de expresión e información para posibilitar una investigación histórica intrínsecamente polémica en la que la incertidumbre objetiva de los hechos enjuiciados es consustancial al debate”. Y en la nota al pie añade: “En este sentido la STC 43/2004 a la que se remite la sentencia comentada afirma que si la historia solamente pudiera construirse con base en hechos incuestionables, se haría imposible la historiografía, concebida como ciencia social. En su ámbito, los historiadores valoran cuáles son las causas que explican los hechos históricos y proponen su interpretación, y aunque tales explicaciones e interpretaciones sean en ocasiones incompatibles con otras visiones, no corresponde a este Tribunal decidir, por acción u omisión, cuál o cuáles deban imponerse de entre las posibles. Son los propios ciudadanos quienes, a la luz del debate historiográfico y cultural, conforman su propia visión de lo acaecido, que puede variar en el futuro”.

Tribunal Militar Internacional reglado por la Carta de Londres al cabo de la Segunda Guerra Mundial (8/X/1945).

IV. Es dable percibir que entre las variantes de análisis del complejo tema de la penalización del “*negacionismo*” haga su aparición una riqueza de lenguaje que procura —presumiblemente— encontrar el acierto en la más feliz (o en la menos incierta) de las descripciones de los comportamientos que han de configurar la tipicidad penal en su caso, o la licitud de los actos expresivos que generan el temor a la resurrección de delitos como el asesinato, las agresiones sexuales, los desplazamientos forzados de la población y el genocidio masivo. Ese temor existe; está subyacente y aflora cuando se avizoran “anticipos” de una eventual consumación de lo peor del mal, o lo que Hannah Arendt enunció como la terrible “banalidad” del mal. Las barreras defensivas ante tamaña amenaza se parapetan en los “principios”, de los cuales el más significativo es la preservación de la eminente dignidad de la persona humana, que consagra el art. 1º de la Ley Fundamental de Bonn, hoy Constitución de la República Federal de Alemania. La idea y el concepto tuvieron gran resonancia humanística en la obra homónima de Pico della Mirandola, en pleno Renacimiento; no siendo concebible hoy que pueda pensarse en un modelaje constitucional que reniegue de esa inspirada idea; con mayor razón aun cuando Immanuel Kant en su *Filosofía de la Historia* proclama que “... la inclinación y disposición al libre pensamiento repercute gradualmente sobre el modo de sentir del pueblo (con lo cual éste va siendo poco a poco más capaz de una libertad de obrar) y hasta en los principios de gobierno, que encuentra como provechoso *tratar al hombre conforme a su dignidad*, puesto que es algo más que una máquina” (Königsberg, 30 de septiembre de 1784).

Las apelaciones a la defensa del honor, a la relevancia de los derechos protegidos constitucionalmente, a la condena de la violencia como procedimiento de la acción política, a la defensa de los valores supremos en la escala axiológica, a la idea de los derechos “fundamentales” (¿y cuáles no lo son?), a la superación del odio en sus diversas manifestaciones, a todas las modalidades de la discriminación, etc., etc., son aspiraciones encomiables y sublimes que requieren del sustento de una sólida cultura en la que la razón y la conciencia sujeten a los impulsos primarios de los más bajos instintos orientados hacia la aniquilación del “otro” u “otros”. Como arma de doble filo ha llegado a vedarse el ejercicio de la libertad si lo es para atentar contra la libertad misma (Constitución Nacional, año 1949, art. 15, que sirvió para justificar proscipciones por razones ideológicas).

Se han pergeñado fórmulas basadas en la “proporcionalidad” entre el medio elegido y el fin perseguido, como pauta reglamentaria de los derechos sin alterar la sustancia de los mismos (art. 28, C.N.); se han arbitrado

los máximos esfuerzos para obtener la coexistencia de derechos y libertades sin caer en el descrédito de su contradicción intrínseca en un ejercicio simultáneo de ambos. En fin: hasta se ha acudido a la doctrina de la “real malicia” como módulo de la libertad de expresión; o se ha rebautizado el intrínseco con la versión de “delitos de lesa verdad” (Sergio Romano). Nada falta en el catálogo. (9)

En prieta síntesis, puede decirse: la aplicación de la doctrina de la “real malicia” depende de “que se compruebe la existencia de un elemento subjetivo de conocimiento o, al menos, despreocupación respecto de la falsedad de los hechos” (sentencia de la Corte Suprema, caso V.J.M. versus Rocha, del 19 de mayo del 2010, actual composición de ese Tribunal).

V. La penalización criminal del “*negacionismo*” como intento de erradicar comportamientos expresivos que hieren sentimientos profundos de quienes se sienten dolidos por los actos y los hechos que afectaron valores tan primordiales como la vida, el honor, la libertad, la integridad y todos o cualesquiera de los componentes de “la eminente dignidad de la persona humana”, considerada ésta de manera individual o en forma grupal, es una lógica y natural inclinación a reprimir la exaltación de los horrores padecidos real y efectivamente por colectividades enteras o por considerables miembros de ellas. De esto no cabe duda.

Pero la dificultad aflora a partir de la tentación a extender esa legítima condena a través de la tipificación con figuras penales mediante, de expresiones (orales, visuales o escritas) que aluden a creencias hipotéticas o conjeturales cuya manifestación resulta ser el resultado de “un leal saber y entender” por parte de quienes no desean ni incitan a la aprobación de tales o cuales delitos, o a la autoría de conductas deleznable ante los ojos del “sentido común” o, en algunos casos, sobre acontecimientos o sucesos que abren dudas en torno a los límites entre lo cierto y lo incierto; del mismo modo que la opinabilidad que gira alrededor del binario que separa a la historia y a la leyenda o al mito de la realidad.

(9) En la opinión de Jorge Alberto Diegues (ob. cit. ut supra) hacen falta tres condiciones para que resulte aplicable al “negacionismo” la doctrina de la “real malicia”, a saber: a) una manifestación difamatoria; b) que la noticia sea falsa; y c) que su difusión sea con conocimiento de su falsedad o con una “temeraria despreocupación sobre la veracidad o falsedad de ella”. Añade el autor, que lo decisivo radica en “la intención de difundir la expresión por parte del inculpaado para dañar la reputación de las víctimas o, de no existir ella, el conocimiento o notoria despreocupación de la falsedad de la información que transmite” (pp. 103 y 104, ob. cit.). Quedarían así exculpados los que investigando con honestidad llegasen a la conclusión sincera —aunque errónea— que les permita afirmar la inexistencia del genocidio.

No es lo mismo el eslogan o el panfleto, que la investigación, aunque ésta pueda estar errada en cuanto a sus conclusiones. No es igual la “direccionalidad del agitador, del incitador o activista, que la reflexión del analista”. En definitiva, es el *dolo*, es la intencionalidad, es el “direccionamiento” del sujeto cuya conducta está inspirada o animada por una falsedad, que la difunde inescrupulosamente con la explícita finalidad de cumplir un objetivo determinado, o sea: que se mate, que se hiera, que se destruya, que se persiga, que se silencie, que se segregue, que se discrimine, a los que se *odia*.

Pero el odio en sí no es un delito. Es una demostración de resentimiento y es una dolencia mental que promueve una fuerza que motoriza el impulso hacia la eliminación o la exclusión del “otro” o de “los otros”. Obedece a intensos trastornos psiquiátricos que llevan a la desviación de las conductas, con un consciente propósito de aniquilar o vejar a terceros, a quienes se destina a la exclusión, al arrinconamiento, al confinamiento o a la humillación, como pasos sucesivos (o simultáneos) de un destino final, que es la muerte.

¿Tan horripilante escenario no quita ni empece a que sea válidamente justificable —con miras a evitarlo o a que propague— arribar a soluciones jurídicas en virtud de las cuales resulte a la postre que “el fin justifica los medios”? Es sabido que “en la lucha contra los caníbales está permitido todo, menos comerse a los caníbales” (Borges *dixit*); lo que equivale a reparar que con el arsenal de figuras penales que ya están en el derecho positivo tipificando conductas lesivas es suficiente para sancionar el comportamiento de quienes procuran, amparándose en la libertad, penetrar en la práctica de la patología anti-humana. Los delitos ya los previó el legislador y su comisión puede ser sancionada sin apartarse del principio de legalidad “*nullum crimen, nulla poena, sine lege et iudicio*”. Allí está el art. 18 de la Constitución Nacional. También está, en consonancia, con el sabio art. 19, de deslinde entre lo prohibido y lo permitido. Y sobre esa base de legitimidad, cabe reprimir las exteriorizaciones de: incitación al delito (instigación), apología del crimen, asociación ilícita, discriminación, genocidio, agresión (en todos sus tipos), lesiones al honor y la pretendida justificación de conductas delictivas; no así las exteriorizaciones de opinión sobre actos o hechos que estén en discusión, aún sobre su existencia misma o su gravedad. Esto es lo más acorde con lo que garantiza el art. 19 de la “Declaración Universal de Derechos Humanos” (1948) cuando consagra que: “Todo individuo tiene derecho a la *libertad de opinión y de expresión*; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión”. Queda claro que, bajo tales condiciones, no es viable la creación del “delito de opinión” por su mera expresión. Esa es nuestra posición al respecto, si se corre el riesgo de que

estableciendo un “delito autónomo” se pueda abrir la sospecha de imponer una verdad “oficial”, o sea, la “verdad del Estado”, que es equivalente a la afirmación de una historia “única” que no admite prueba en contrario. Me provoca espanto la posibilidad de que pueda cundir esa imagen; y por ello es que traigo a colación lo dicho por un grupo de escritores franceses en diciembre de 2005: “La historia no es una religión. El historiador no acepta ningún dogma, no respeta ninguna prohibición, no conoce ningún tabú. La historia no es la moral. El historiador no tiene el papel de exaltar o condenar, sólo explicar. En un Estado libre no pertenece ni al Parlamento ni a la autoridad judicial definir la verdad histórica” (*El País*, 8/2/2007).

VI. Ya sea por aplicación de tratados internacionales más recientes, la comisión de los “delitos de lesa humanidad” (véase el Tratado de Roma, con la creación de un tribunal a esos efectos, cuya jurisdicción es plenamente abarcativa, con la combinación de las normas —también internacionales— que establecen la imprescriptibilidad de los delitos de esa entidad), o por algunas lagunas subsistentes, surgen algunos interrogantes: ¿Qué necesidad hay de erosionar el amparo a la libertad de expresión? ¿Es insuficiente o hay que acudir a otras tipificaciones? Hay un par de consideraciones que no se pueden soslayar, al respecto:

* La preexistencia de la tentación a la “analogía” que expresamente prohíben los sistemas constitucionales que respetan los principios del derecho penal liberal (no así en los Códigos penales de los regímenes totalitarios, muy parecidos entre sí en cuanto a la punición de la expresión del pensamiento y las creencias: URSS, Alemania Nazi, Italia Mussoliniana, etc., etc.).

* La otra tentación desviacionista es la de volver a la práctica de “iguales pero separados”: son formas de segregación ya sufridas por vastos sectores de la humanidad, pero el mejor antídoto para ahuyentar esa injusticia consiste en el robustecimiento —a partir de la educación— de una *cultura* que forme y prevenga ante los movimientos de exaltación de los bajos instintos que motivan o alientan esas modalidades del odio. Una vez más es bueno recordar que la cultura se forja a través del dominio de los instintos por medio de la razón, mientras que una civilización es preferentemente vista por el dominio de la naturaleza a través de la técnica (pensamiento de Max Scheler, compartido por Joaquín V. González y Carlos Sánchez Viamonte, entre otros).

* Si bien es verdad inconcusa que no existen derechos absolutos (pues el derecho de uno termina donde empieza el del otro u otros), también es cierto que en los pueblos que gozan de una democracia constitucional con Estado de Derecho, la libertad de expresión es el menos “relativo” de

los derechos, habida cuenta que es la prolongación habitual del absoluto don de pensar. Y un pensamiento cuya expresión no se admite, es una mutilación del espíritu del ser humano.

Las tendencias autoritarias (¿y ni qué decir de las entronizaciones totalitarias, algunas todavía subsistentes!) se valen del articulado del Código Penal, cuando no de “leyes especiales”, para narcotizar la expresión, reduciéndose de tal manera que muchos temas fundamentales queden silenciados bajo la amenaza de su castigo penal, mientras que las exteriorizaciones de carácter público acuden a tópicos baladíes o lenguajes chabacanos y hasta figurines de burdel, todo ello direccionado hacia la distracción o evasión de la atención fuera de “las verdades que duelen”.

Así, por ejemplo, Turquía —que solo tiene un enclave en territorio europeo, pero es asiática en su mayor extensión— gestiona su ingreso a la “Unión Europea” constituida por casi treinta países (que sí lo son), mantiene en su ordenamiento legal una disposición penal que permite sancionar a los que afirmen su pasado genocidio contra el pueblo armenio (crimen masivo que incluso nuestro país ha reconocido por la ley 26.199 del Congreso). Es el art. 301 de su Código Penal que establece como delito punible el acto de “atentar contra la identidad turca” y se aplica a quienes incurran en la negación de las matanzas cometidas entre la segunda y tercera década del siglo pasado y que arrojaran alrededor de un millón y medio de víctimas. Resulta paradójico que mientras un tribunal suizo (Lausana) en marzo de 2007 condenó a pagar una multa de siete mil quinientos euros al nacionalista turco Dogu Perinçek por haber negado el genocidio de los armenios iniciado en 1915, la escritora turca Elif Shafak haya sido condenada carcelariamente al haber citado en su novela *La bastarda de Estambul* (2006) el genocidio de los armenios.

En la República Argentina ha existido legislación represiva del siguiente tenor: “será reprimido con prisión de uno a ocho años el que por cualquier medio provoque pública alarma o *deprima el espíritu público* causando un daño a la Nación” (art. 8º, ley 13.985, año 1950, de delitos contra la seguridad de la Nación). Recién fue derogada en 1964, por la ley 16.648; por lo que resulta que rigió durante casi tres lustros. Y la reflexión que nos merece, es que una norma con enunciados de tal laxitud y flojedad, con un lenguaje sibilítico, de apariencia importante pero que pretende crear un tipo penal que —de misterioso y oscuro— se presta a cualquier intento de persecución; y aunque no llegue a aplicarse en forma generalizada, queda pendiente como una “espada de Damocles” para aplicar con fines represivos a disidentes o adversarios del poder de turno, pues servía tanto “para un lavado como un fregado” (sic). Otro tanto aconteció con la “elongación” del delito de “desacato”, que de la razonable redacción formulada por el autor del Có-

digo, Rodolfo Moreno (en 1921) se le injertaron luego notas “*in crescendo*” que fueron aviesamente aplicadas para sofocar años más tarde las voces de los opositores y hasta para promover (con fiscales dóciles y jueces obedientes mediante) los desafueros y condenas de diputados nacionales que asumían con énfasis su derecho de crítica con respecto a los detentadores del poder. A tal extremo, que finalmente fue derogada la norma “corregida” sin dejar pie ni siquiera el tipo penal originario.

Ese tipo de penalizaciones, establecidas con “generalidad” (vaguedad o falta de precisión, según el DRAE), al formar parte de normas cuya “tipicidad” (elemento constitutivo del delito para la adecuación del hecho que se considera delictivo) es laxa como figura vaga o imprecisa, puede tornarse una amenaza para la libertad de expresión. Vaya el caso paradigmático del *premier* turco Erdogan, que años antes de acceder al poder ungido por el voto de los sectores islamistas sufrió una condena penal por expresar públicamente que “las mezquitas son nuestros cuarteles, sus cúpulas nuestras lanzas, sus minaretes nuestras bayonetas y la fe, nuestros soldados”: parecería que el integrismo —como partidarios de la intangibilidad— colocan sus doctrinas más allá de las religiones y del laicismo que antecedió a Erdogan. Casos así demuestran que la peligrosidad es mayor cuando el Derecho positivo estataliza los dogmas. Más recientemente, el Parlamento Europeo suspendió la inmunidad parlamentaria de la eurodiputada francesa Marine Le Pen, por pedido de la justicia de su país, por el presunto delito de incitación al odio, por declaraciones que hizo en 2010, en Lyon, en las que afirmó que los musulmanes protagonizan en el país una “ocupación” mediante sus oraciones en la calle. La entonces vicepresidenta del Frente Nacional (FN) comparó la situación con una “ocupación en toda regla”, aunque sin “soldados” o “blindados”, en alusión a la ocupación alemana en la II Guerra Mundial. (*La Nación*, 3 de julio 2013).

VII. En síntesis (y decimos “síntesis” pues resultó bastante problemático sentenciar con una conclusión final en tan discutible cuestión), estimamos que en los roces de prevalencia axiológica que puedan producirse entre la penalización de manifestaciones verbales o escritas de lo que se ha dado en denominar el “*negacionismo*” y, por otro lado, el ejercicio de la libertad de expresión sin otro ánimo o propósito que el de externalizar una elaboración del pensamiento crítico o el fruto de una investigación científica, es coherente priorizar el derecho de expresión y opinión. Ello no significa en manera alguna que se tolere la impunidad si del caso surge la comisión de los delitos que ya están tipificados en la legislación penal con el fin de penalizar las conductas dirigidas a exaltar el odio, la persecución, el exterminio, la discriminación u otras actitudes que individual o colectivamente se dirijan a la apología del delito o a la asociación ilícita con esos fines, y hasta el agravante del delito “en banda”.

La “criminalización del *negacionismo*” no es un postulado generalizado en las distintas legislaciones del ámbito de las democracias constitucionales pluralistas y liberales. El debate sigue abierto. Y las hipótesis de eventuales castigos podrían remontarse hasta los más recónditos episodios que registra la historia de la humanidad. La condena de Cristo, el final de Sócrates, si Hitler huyó o se suicidó, los exterminios tribales como formas de genocidio, la misteriosa muerte o desaparición de algunos personajes (de la vida científica incluidos, como el gran físico italiano Ettore Majorana, probable conocedor de secretos atómicos).

Lo importante es que el Derecho no confunda la opinión con la incitación, el pensamiento con la lesión.

De última: *in dubio pro libertatis* (caso Sojo, Fallos 32:125, sentencia del 22 de septiembre de 1887, de la Corte Suprema).

O como se expresara señeramente en la Suprema Corte de USA en el caso *in re* Anastaplo: “no tengamos miedo de ser libres”; y, ciertamente, la libertad comienza a exteriorizarse con el derecho a expresar el pensamiento. Hay que saber elegir (*United States Reports*, año 1961, en 366 U.S. 82).

Mucho se ha escrito sobre la permisibilidad o no de las manifestaciones del “*negacionismo*”, principalmente en torno a las grandes desgracias de la humanidad. Abundan los textos, hay legislación dispar al respecto; la jurisprudencia es oscilante y la doctrina no se pone de acuerdo en un tema tan polémico y controvertido. Es por ello que podemos afirmar que estamos ante un “tremendal” en el campo del Derecho, pues ciertamente se trata de un “tembladeral”, o sea, de pisar un terreno pantanoso que retiembla cuando se anda sobre él. Y, por ende, también sienten el temblor los que asumen el intento de adentrarse en tan delicado tópic, que excede a la técnica penal para toparse con los principios constitucionales donde se asientan derechos tan fundamentales tal como es el reconocimiento de la libertad de expresión como externalización natural de la existencia misma del pensamiento humano.

El punto crítico de la cuestión y que debe ser analizado con la mayor objetividad, es el hecho que de la criminalización del “*negacionismo*” al cercenamiento de la libertad de pensamiento y de opinión, media un corto paso, en el que las buenas intenciones —como lo es la irresistible reacción frente a la jactancia de los crímenes cometidos— pueden caer en una pendiente de censura o acortamiento de la libertad de expresión. Y de producirse ello, a la postre se produciría la imposición de un discurso o argumento (por más válido que sea) que cierre, cercene o pretenda clau-

surar las manifestaciones de una polémica o debate, dejando flotando en el ambiente la inexorabilidad de la verdad con categoría de dogma y no como punto de llegada de la dilucidación a través de la más amplia discusión del tema y de los hechos en que se sustentan las supuestas afirmaciones indubitables de su existencia o de su magnitud. La “ventilación” de las controversias no puede ser presumida como un paso en el debilitamiento de la aseveración, sino que debe encararse como un robustecimiento de las comprobaciones de actos, hechos, sucesos y aconteceres que repugnan a la conciencia del prójimo, que es la humanidad toda.

En la Argentina tuvo lugar en la década pasada (año 2009) un hecho que trascendió las fronteras y que sirvió de ocasión para abrir el debate. Se trataba del ex obispo *lefebvrista* Richard Williamson que formuló declaraciones públicas sosteniendo la inexistencia del Holocausto y que a raíz de ello fue expulsado del país. Pero el tema prosiguió a partir de que el Papa consideró insuficientes las disculpas presentadas por Williamson, que no cumplió la orden de retractación; a lo que siguió la Ministra de Justicia de Alemania anunciando un mandato de arresto por cuanto esas opiniones “*negacionistas*” habían sido formuladas en territorio alemán (en Ratisbona, Baviera) para la televisión de Suecia. El causante se encontraba en Inglaterra y sobre la base de los tratados europeos vigentes el Reino Unido debía extraditarlo, pero a raíz de que la fiscalía de Ratisbona multó a Williamson con doce mil euros, interpuso un recurso para forzar que su caso fuese objeto de un proceso penal. Mientras tanto, en nuestro país el INADI elaboró un borrador para convertirlo en un eventual art. 3º bis de la Ley 23.592; pero esa idea no prosperó y abundaron las opiniones en el sentido de que la punibilidad sólo procede “cuando se incite directa o indirectamente a la violencia o a un hecho delictivo” (Confr., Leopoldo Schiffrin —Camarista Federal—, el CELS, etc. Véase: *Página 12*, 1º/III/2009).

Como es sabido, dentro de un orden constitucional, ninguna libertad es total y ningún derecho es absoluto (art. 14, C.N.). La idea de un derecho ilimitado pertenece a una concepción antisocial. Al respecto cabe tener presente que existe una regla jurisprudencial establecida por la Corte Suprema que “obliga a rechazar toda interpretación de la que resulte que un derecho de base constitucional, para tener vigencia requiere inevitablemente, la sustancial aniquilación de otro” (Fallos 251:87).

Pero hay derechos sobre los cuales la “relatividad” de su ejercicio debe ser menor, por cuanto un mayor interés social está de por medio. Este es el caso de la libertad de expresión, porque hace a la faz espiritual del individuo (que no reconoce fronteras) y al desarrollo cultural de la sociedad (que no puede tener fronteras *a priori*). Por lo tanto, se puede sostener que los

artículos 14 y 32 de la Constitución Nacional son, en este tema las cláusulas más directamente operativas de ella: 1º) porque no se necesitan normas de implementación para pretender el goce de esa libertad; y 2º) porque está claramente remarcada la prohibición al poder público de sancionar normas limitativas (artículo 32).

El Estado sólo puede incriminar conductas, *penando los actos*, a través del Código común respectivo: el Código Penal. Y no puede avanzar más, porque el único que puede proceder es el Poder Judicial, que lo hace así para asegurar el respeto de otros valores en juego. Tal es el sentido de las figuras tipificadas en los artículos del Código Penal.

Afirmamos pues que con el Código Penal como herramienta represiva es suficiente; en cuanto: 1) se trata de una “norma general” (con lo que se evitan los *bill of attainders*); 2) es una ley en sentido formal (con lo que se impiden las normas represivas de inferior jerarquía); 3) no puede surtir efecto retroactivo; y 4) contiene únicamente previsiones objetivas (con lo que se evitan los caprichos, las venganzas y las arbitrariedades). Mas lo fundamental radica en que un régimen del bien llamado derecho penal liberal, tales normas de tipicidad abstracta, están dirigidas a regular el orden general de la conducta humana en la vida comunitaria; o sea: a) que no se dirigen contra la libertad de expresión como tal o en particular; b) que resuelven la colisión de un bien jurídicamente protegido con otros intereses, pero no precisamente con la libertad de expresión; y c) que sólo afectan tangencialmente a esta libertad, en la medida que tales leyes generales también deben ser respetadas incluso por quienes ejercen la libertad de expresión. (10)

Con las reflexiones precedentes queremos significar que la libertad de expresión debe ser considerada en el conjunto de las libertades humanas como el menos “relativo” de los derechos. Con esto, estamos acá parafraseando a Vélez Sársfield, que en oportunidad de la Reforma de la Constitución Nacional, en 1860, habló de “la más absoluta libertad...”. Si se nos requiriera una difícil elección entre las protecciones que brinda nuestro régimen constitucional, no vacilaríamos en formular axiológicamente nuestra preferencia por dos de las cláusulas de la Constitución Nacional: a favor del art. 18 que protege la seguridad individual y a favor del art. 14 que preserva la libertad de expresión.

(10) Conf., EKKCHART STEIN, Derecho Político, Ed. Aguilar, Madrid, pp. 145 y 146. Véase, la obra colectiva Poder Político y Libertad de Expresión, del Instituto de Ciencias Políticas y Constitucional de la Sociedad Científica Argentina, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001; y en particular el capítulo La censura ante el derecho constitucional argentino, de Jorge Reinaldo Vanossi, p. 313 y ss.

VIII. Creo que para la protección de la libertad de opinión es también válida y aplicable la cita de una muy precisa frase del famoso *Justice* Oliver W. Holmes con motivo de la censura previa en las publicaciones; y que dice así: “la liberación de restricciones preliminares se extiende tanto a las publicaciones falsas como a las veraces” (sic). No debe extrañar ni asombrarnos un pensamiento tan radical en la mente de Holmes, pues era coherente en su cosmovisión.

Queda en pie la hipótesis de la publicación de una imagen desprovista de ideas. Claro está, que la Constitución no está prevista para contemplar un tipo así de situaciones. Pero más graves pueden ser las ideas arraigadas pese a haberse forjado desprovistas de una imagen. Florian Abrahamowicz en su carácter de jefe de la comunidad *lefebvrista* en el nordeste de Italia aseguró que las cámaras de gas de los campos de concentración nazis sirvieron para “desinfectar” (sic); y agregó: “sé que existieron pero no sabría decir si causaron la muerte o no de personas porque no he investigado a fondo el asunto”. Esas declaraciones en el diario *Tribuna* de Treviso (el 29 de enero del 2009) motivaron que más de 200 teólogos y sacerdotes suizos calificaran la situación como “fuertemente regresiva” y criticaron al Papa (Benedicto XVI) por haber revocado la excomunión de cuatro obispos *lefebvristas* (conf. *La Nación* 30/I/2009).

De todos modos, para las hipótesis comunes es menester dar la respuesta acerca del ejercicio legítimo de la represión penal: ¿qué justifica la prohibición? Al respecto, la Suprema Corte de los Estados Unidos ha consagrado *la doctrina del peligro “claro e inminente”*, que fuera elaborada hace muchos años para fundamentar la procedencia de restricciones a las libertades públicas bajo circunstancias suficientemente graves como para inclinar excepcionalmente la balanza a favor de la autoridad y en detrimento de la libertad. Claro está, que la doctrina americana del “peligro claro e inminente” no opera como un *bill* de indemnidad para convalidar toda clase de restricciones, sino que únicamente procede en aquellos casos en que la valoración general comunitaria se inclina por la salvación de la libertad de todos a costa de la restricción de ciertas libertades ejercidas por algunos. (11)

¿En qué consiste ese “peligro”? Consideramos que en materia de libertad de expresión sólo queda configurada una situación excepcional y extraordinaria de “peligro claro o inminente” cuando el caso cuestionado ofrece todas las características de exhibir una mera apelación a la irracionalidad. No debemos olvidar que el hombre es una combinación

(11) Véase, REINALDO VANOSI, Jorge, FRANKFURTER, Félix y su aporte a la jurisprudencia constitucional, en “Teoría Constitucional”, 3ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2013, t.omo II, p. 1109.

de: razón (racionalidad), sentimientos (emocionalidad), e instintos (animalidad). No se puede prescindir de ninguno de esos elementos. Todos ellos existen en el ser humano: su afectividad, su intelectualidad, etc. Pero tampoco se puede unilateralizar la cuestión. Por lo tanto, se trata de enriquecer un proceso cultural, evitando la proliferación de la pura violencia, la pura obscenidad, el puro odio racial o político o religioso.

Estos y otros puntos han sido planteados y reflexionados por los Jueces de la Suprema Corte de los Estados Unidos cuando han debido afrontar la responsabilidad de decidir en este tipo de cuestiones que, al mismo tiempo, resultan intrincadas y de materia altamente opinable. Nuestros jueces tampoco pueden escapar al desafío. Y, a propósito, creemos que como en todas las grandes opciones, está presente acá también el valor de la Libertad, que adquiere particular relevancia cuando se trata de asegurar la expresión del pensamiento y de las ideas: por eso, creemos que en la duda —y siempre que no medie una situación de peligro grave, claro e inminente— debe estarse en favor de la solución que no arroje un resultado liberticida. Para superar el miedo a los riesgos de una amplia libertad de expresión, nada mejor que concientizar el paralelismo de efectos que sugiere esta sabia reflexión del juez Brandeis: la luz del sol es el más poderoso de todos los desinfectantes. (12) La solución contraria es la de los instintos primarios, o sea, la que brota irreflexivamente, casi siempre movida por el miedo: como advierte Bertrand Russell, se restringe la libertad de opinión cuando el gobierno no se siente seguro; a lo cual nosotros agregaríamos: y cuando la pereza de la sociedad erosiona los valores del civismo, es decir, cuando se prefiere el paternalismo antes que los esfuerzos de una vigilancia permanente. Si a algún segmento de la libertad es más oportuno volcar un pensamiento del numen de la Revolución de Mayo, nosotros diríamos que es con relación a la libertad de expresión que preferimos efectivizar aquel ruego de Mariano Moreno: un poco más de esas libertades peligrosas... (13); o como bien ha señalado la Corte Suprema argentina al subrayar “el derecho natural de pensar y expresar su pensamiento acerca de la cosa pública” (Fallos 270:289).

(12) Citado por Linares Quintana, quien también trae a colación el pensamiento de otro gran Juez de la Suprema Corte de los Estados Unidos: Oliver Wendell Holmes, para quien “la mejor prueba de la verdad es el poder que tiene el pensamiento para imponerse en la competencia del mercado”.

(13) En tiempos más recientes, el poeta y pensador mexicano Octavio Paz ha dicho: “La única arma eficaz contra las ortodoxias es la crítica; para defendernos de la intolerancia y de los fanatismos no tenemos más recurso que ejercer, con firmeza pero con lucidez, las virtudes opuestas: la tolerancia y la libertad de espíritu. Yo no reniego de Montesquieu, ni de Hume, ni de Kant”.

¿Tiene límites la tolerancia? La respuesta a este acuciante interrogante remite, sí, a una variable del infinito e interminable debate en torno a los conflictos entre libertades que ejercidas en situaciones concretas producen un choque de incompatibilidad en cuanto a su mutuo resguardo al amparo de la protección constitucional. Se toma el caso como un ejemplo de las llamadas “cuadraturas del círculo”. Frente a las terminantes posturas de quienes sostienen tesis en ambos extremos, que van de la libertad absoluta (ilimitada) y la censura ideológica (de cualquier signo que sea), esa polarización que transcurre entre los fundamentalistas (“talibanes” del pensamiento) y los liberales completamente permisivos, aparecen los “llamados de atención”, que procuran, más allá del caso concreto, la preservación del sistema de Estado de Derecho y democracia constitucional, ante los embates que provienen del maniqueísmo sin matices: ¡todo o nada! En el pensamiento de Karl Popper encontramos una reflexión, que partiendo de su afirmación de que no es posible convencer por la lógica a quienes se nutran de razonamientos basados en el “pensamiento único” y excluyente; derivándose de este connotado pensador al reconocimiento de que es imposible el entendimiento entre opuestos tan irreconciliables: la intolerancia es difícil de tolerar en un ámbito de insensatez, pues “si concedemos a la intolerancia el derecho a ser tolerada, destruimos la tolerancia y el Estado Constitucional”. La sesuda periodista italiana Oriana Fallaci sobreabundó en el tema de las asimetrías axiológicas, poniendo el ejemplo de la confrontación entre pueblos y culturas que se inspiran en fuentes tan dogmáticas que quitan toda posibilidad de entendimiento con quienes comparten los valores de la libertad en la dimensión Occidental del vocablo (*El orgullo y la rabia*, obra en la que denuncia el fanatismo islámico). Hay pueblos que celebran la muerte de sus “kamikazes” en los atentados terroristas, con fiestas y alegría por su pase a la “otra vida”; mientras que para nosotros es anatema la exaltación de la muerte y es virtud la protección de la vida en el plano terrenal y sin perjuicios de la firme creencia en otra existencia ulterior. Al margen de la fe religiosa, en la versión soviética del vocablo “libertad”, aparecía en primer término una significación más próxima a la “permisión” regida por el Estado que al concepto de los “derechos subjetivos”; mientras que para el fanatismo de los sectores extremistas islámicos, la libertad cubre el “deber imperativo” de eliminar a los que con su disenso estarían blasfemando a Alá y su Profeta: la muerte del cineasta Theo van Gogh exhibe patéticamente la confrontación de valores, tal como la destaca el escritor Ian Buruma en su obra *Asesinato en Amsterdam*. (14)

(14) Véase POPPER, Karl, *En busca de un mundo mejor*, Ed. Paidós, 1994, p. 244 (también en *La Sociedad abierta y sus enemigos*). La obra de Ian Buruma, con comentarios de Mira Milosevich, Ed. Debate, Barcelona 2007, pone de mani-

IX. Es por ello que los documentos atinentes al ejercicio compatible de libertades que entran en colisión al asumirse simultáneamente, ponen énfasis en la búsqueda de la *armonía* de los enunciados que puedan dar pie a la inclusión *versus* la exclusión. Son elocuentemente reiterativos los textos internacionales nacidos al calor de los derechos humanos y su tutela efectiva en situaciones conflictivas como las que se pueden dar entre la libertad de expresión y la penalización del “*negacionismo*”, sin perjuicio de otros ejemplos. Allí acude en auxilio el cartabón o unidad de medida del *standard* del “abuso del derecho”. Veamos algunas normas:

- El “Convenio Europeo de Derechos Humanos”:

Art. 17: “Ninguna de las disposiciones del presente Convenio podrá ser interpretada en el sentido de que implique para un Estado, grupo o individuo, un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendiente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en el presente Convenio o a limitaciones más amplias de estos derechos o libertades que las previstas en el mismo”. (15)

fiesto los límites de la tolerancia. Veamos: “¿Cómo se puede matar a una persona con tanta sangre fría, en plena calle?”, se preguntaba un testigo del asesinato del cineasta Theo van Gogh (2 de noviembre de 2004), refiriéndose a Mohamed Bouyeri, holandés de origen marroquí, de 26 años, que primero disparó y luego degolló a su víctima, dejando una nota clavada en su cuerpo con un cuchillo, en la que llamaba a la Guerra Santa, y que luego intentó suicidarse en un parque cercano para convertirse en mártir. Bouyeri asesinó a Van Gogh porque éste se había atrevido a expresar públicamente lo que pensaba del Islam. En el juicio, celebrado dos años más tarde, afirmó: “Estoy obligado a cortar la cabeza a todos los que insultan a Alá y su Profeta. [...] Podéis mandarme a todos vuestros psicólogos y psiquiatras, a todos vuestros expertos, pero, os lo digo desde ahora, jamás lo vais a entender. Jamás. Si tuviera la oportunidad de volver al 2 de noviembre de 2004, haría exactamente lo mismo que hice entonces, os lo aseguro”. En la Isla de Bali fueron asesinadas ochenta mil personas (el 5% de la población) por razones religiosas, entrecruzadas, de cristianos, musulmanes y comunistas (sic). Y en toda Indonesia, entre 1965 y 1966, las víctimas sumaron un millón de personas (así surge del film “The act of Killing” estrenado el 30/8/2013 en España).

(15) Sobre la base de esta norma el Tribunal Europeo de Estrasburgo decidió en 1998 “que una revisión histórica que justificara o negara la realidad del Holocausto no estaría amparada por la libertad de expresión reconocida en el art. 10 del mismo Convenio” (confr., CATALÀ I BAS, Alexandre, ¿Tolerancia frente a la intolerancia? El respeto a los valores y principios democráticos como límite a la libertad de expresión, en Cuadernos de Derecho Público, N° 14, Septiembre-Diciembre 2001, España, Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Valencia, pp. 166 y 167.

- El “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”:

Art. 51: “Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él”.

- La “Declaración Universal de los Derechos Humanos”:

Art. 30: “Nada en la presente Declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración”.

En el caso de España, del giro del extremo de la permisón total —que acaso fue un “reflejo” a partir del “*destape*” surgido con motivo de la sanción de la Constitución y el establecimiento de la democracia— se sancionó luego una norma del Código Penal (art. 607.2) en cuya virtud se penalizó “la difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que *nieguen o justifiquen* los delitos (el genocidio) o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos”. La fundamentación de esta tipicidad penal corrió por cuenta de alegar la necesidad de la ejecución de los compromisos internacionales, particularmente del “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos” y más específica y concretamente de su Artículo 20, que obliga a los Estados a que “toda apología del *odio* nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley”. En la opinión del Profesor Català i Bas, esta norma penal “trata de atajar el problema desde la raíz y no desde sus ramificaciones pues, en definitiva, *la causa de la causa es causa del mal causado*”. (16) En síntesis, parece evidente que en la argumentación que emerge en forma progresiva de los diversos tribunales, se confirma la certeza de que en un Estado de Derecho y democracia constitucional, no es admisible la existencia o el reconocimiento de derechos ilimitados. Todos los derechos, en su ejercicio, tienen algún límite; como también es cierto que no cabe incurrir en la desviación conocida con el nombre de “abuso del derecho” (que recoge nuestro Código Civil, art. 1071).

(16) Confr., obra citada en la nota anterior, p. 167; y pp. 160 y 161. Luego de haber sostenido una jurisprudencia “ambigua y confusa” (sic) el Tribunal Constitucional español ha censurado los actos de odio, de racismo y de apología del crimen, con apoyo en el principio de la dignidad de la persona humana que consagra el art. 10.1 de la Constitución (conf., ob. cit., pp. 163 a 165).

Las opiniones podrán estar divididas (o separadas por subdivisiones más sutiles que convincentes), pero cada vez que el tema vuelve a estar en el tapete, surgen nuevos argumentos en contra del “negacionismo” o en protesta por su impunidad. Son temas perpetuamente debatibles y hasta los jueces pueden cambiar de criterio. Así, la Corte Suprema ha declarado que los derechos fundados en cualquiera de las cláusulas de la Constitución tienen igual jerarquía, por lo que la interpretación de ésta debe armonizarlos, ya sea que versen sobre los llamados derechos individuales o sobre atribuciones estatales (Fallos 264:95 y Fallos 255:293). Pero con anterioridad había expresado que cuando la cuestión envuelve conflicto entre valores jurídicos contrapuestos, no es dudosa la preferencia a favor del que tiene mayor jerarquía; y cuando hay dificultades interpretativas que surgen de la ponderación de intereses reconocidos legalmente como lícitos y que resulten contrapuestos, deben solucionarse acordando preeminencia al que reviste carácter público (Fallos 253:133).

Por otra parte, al plantearse la aparente contradicción entre la aplicación de una figura delictiva del Código Penal y el derecho de huelga reconocido en la Constitución (art. 14 bis), la Corte Suprema decidió que ese derecho no era obstáculo a la sanción de *tipos de conducta que importaran exralimitaciones en el ejercicio razonable del mencionado derecho* (Fallos 258:267).

X. A través de la exposición en torno a la comprensión de la figura del “negacionismo” hemos podido apreciar que desde su gestación con motivo del “revisionismo histórico” surgieron propensiones que *avant la lettre* apuntando hacia la exaltación misma del crimen o los crímenes cometidos bajo los regímenes totalitarios. El caso del genocidio ha sido y es el más notorio, por tratarse de un asesinato generalizado y que excede notoriamente las connotaciones de un homicidio, tal como se la puede entender a esta figura en el derecho penal. La pretensión osada de trivializar los actos vinculados al genocidio despertó la lógica preocupación de una eventual epidemia de la apología del delito y abrió la concientización acerca del peligro de contagiar las mentes y desviar las conductas de personas —especialmente las generaciones más lejanas a la época de los sucesos criminales— que podrían llegar a percibir benévolamente aquellas atrocidades o, lisa y llanamente, a minimizarlas o a la negación de su real existencia. Ese despertar de la conciencia colectiva dio lugar a la reacción de quienes temiendo una “banalización del mal” llegaron a anidar en su mente la indiferencia ante la comisión de delitos atroces que la historia registrara documentada y fehacientemente. No podía —en consecuencia— tolerarse la confusión y el dolo que la impulsaba, como mera postura de contemplación de actos socialmente neutros o asépticos. Una cosa es interpretar la historia y otra muy distinta y distante es su lisa y llana dis-

torsión; como una actitud es la búsqueda de la verdad histórica mediante la aplicación objetiva de criterios de investigación con bases científicas; y otra cosa es la lesión de la dignidad de la persona humana y el rechazo discriminatorio de la igualdad, con la actitud dolosamente empeñada de herir el honor y la personalidad de las víctimas mediante la reivindicación de procederes obviamente delictivos. Una cosa es la crítica y otra cosa es la vejación denigrante *post mortem*, que afecta también a sus congéneres cercanos y es lacerante con relación a la sociedad toda que convive bajo los auspicios de la paz social y con basamento en las garantías que ofrece la gran conquista del Estado de Derecho en el marco de la democracia constitucional. La defensa de los valores requiere que no sea admisible la generación de la *violencia*, del *terror* y la difusión del *miedo*.

A la postura inicial de algunos pronunciamientos interpretativos que transportaban la libertad de expresión a extremos de su absoluta ilimitación, en una especie de “todo vale” aunque hiera, se evolucionó ulterior y paulatinamente en el sentido recordatorio de que todos los derechos tienen algunos límites, más aún cuando algunos pueden entrar en roce o colisión con otros: y en el caso de la libertad de expresión, cabe medir entre la extensión de sus alcances y ponderar la *proporcionalidad* (regla fundamental en el ejercicio y goce de todos los derechos) con libertades y derechos subjetivos que reposen sobre otros valores reconocidos y que consecuentemente *deben* ser también protegidos. Si los límites son necesarios y queda acreditado que son “proporcionales” a los fines que inspiran esos valores, como “libertad preferida” (*preferred freedom*), pues entonces resulta que la expresión de ideas y pensamientos no puede quedar ajena a la regla general que comprende a todos los derechos. Fue la Corte de Derechos Humanos con sede en Estrasburgo la que sentó doctrina al respecto, en el caso Chauvy (23 de junio de 2004), más precisamente suscitado en Francia. Ese Tribunal europeo fue terminante, sin temor a ser observado por una caída en la censura o una debilidad herética en principios constitucionales.

En contraste, el Tribunal Constitucional español tuvo inicialmente una orientación de “permisivismo” absoluto en materia de expresión y difusión (acaso como reacción frente a las restricciones habidas durante el período franquista), aunque la evolución siguiente se encaminó hacia otra dirección, con base en una reforma del Código Penal (art. 607) que contempló mediante una corrección aditiva a la formulación del “tipo penal” correspondiente, que no podían permanecer en la impunidad verdaderas conspiraciones en perjuicio de la igualdad, la dignidad y el honor. Los jueces españoles aceptaron como *lex certa* la nueva tipicidad penal, que no era otra cosa más que la implementación en el orden jurídico interno de las estipulaciones incluidas con anterioridad en todos los

documentos internacionales —especialmente los vigentes en el espacio europeo— que de una u otra manera abrieron la luz para percatarse de que no renazcan los procedimientos típicos del totalitarismo y del dogmatismo fundamentalista (el fanatismo, el miedo y la violencia) y que así no se repitan los horrores conocidos y padecidos durante el siglo XX. En cuanto al “miedo”, cuanto más altas son las jerarquías y las funciones, más rigurosas son las responsabilidades y aún es mayor el deber de *no* guardar silencio: la denuncia oportuna estimula la condena colectiva de las atrocidades (por eso llamó la atención el silencio vergonzoso de dos altísimas personalidades como Benedetto Croce y Luigi Einaudi que callaron al momento de aprobarse en el Senado —del que formaban parte— las leyes raciales que Musolini había comprometido en su alianza del Eje con Hitler, y que el Rey promulgó).

El debate en torno a la penalización del “negacionismo” parece ser interminable, por cuanto las disparidades de criterio son muchas y a veces incoherentes. Es el caso del rechazo que la Comisión Europea (Bruselas) efectuara a seis países que fueron “satélites” en el bloque soviético (Hungría, Rumania, Lituania, Letonia, Bulgaria y República Checa) del pedido de sanción por los crímenes del estalinismo, con fundamento “en las demasiadas diferencias existentes entre las varias legislaciones nacionales, y el inmenso *divario* de opiniones sobre una materia tan delicada”. Esta decisión no impidió que los Estados legislaran al respecto; y esas normas no son leyes uniformes, toda vez que algunas aluden concretamente al genocidio *lato sensu* y otras pormenorizan puntualmente la infinidad de horrores cometidos bajo los regímenes totalitarios, cuya responsabilidad corresponde a los gobernantes de turno: al respecto, si los “negacionistas” apelan al argumento de que Hitler no firmó orden o directiva, ello no empuja a que se tenga como válida la instigación al crimen masivo a partir del discurso anual pronunciado en 1937 en Nuremberg, oportunidad en que aleccionó e instruyó a sus correligionarios, instándolos a masacrar a los judíos y jactándose de la consiguiente impunidad al preguntar a la masa allí reunida: “¿alguien se acuerda de lo que los turcos hicieron con los armenios?”.

Las opiniones acerca de la “criminalización” son también variadas en cuanto a su fundamento. En Francia, por ejemplo, el escritor Bernard Henri-Lévy se apoya en lo que él llama el “teorema de Claude Lanzmann”, que considera “que el crimen perfecto es un crimen sin rastros y que el borrado de las huellas es parte del propio crimen, esa evidencia de que *el negacionismo no es la continuación sino un momento del genocidio*, del cual forma parte; y todo eso vale para todos los genocidios y, por lo tanto, también para el genocidio del pueblo armenio. Se dice que esa gente expresa una opinión, pero lo que hace es perpetuar el crimen. Se

proclaman librepensadores, apóstoles de la duda y la sospecha, pero lo que hacen es completar un crimen. Es necesario que haya una ley contra el *negacionismo* porque éste es, en el sentido estricto del término, el estado supremo del genocidio”. (17)

¿Y cuando no hay una ley, nos preguntamos? Algunos postulan recurrir a fórmulas o estereotipos originados en otros supuestos de defensa de la libertad de expresión, como en USA y en la Argentina lo ha sido la idea de la “real malicia”, que nuestros tribunales han adoptado acaso sin reparar en que nuestra legislación de fondo es uniforme mientras que la norteamericana es estadual (lo que llevó a que la Suprema Corte de USA buscara unificar un standard o concepto que fuera común en todo el país).

XI. Una aplicación original del concepto puede encontrarse en la reciente tesis que se proyecta adoptar es la que en Perú elevó al Congreso el Presidente Ollanta Humala hace un año (28 de agosto, 2012), con el objetivo de criminalizar los actos de “*negacionismo*” en que se incurra en la reivindicación o exaltación del obrar del terrorismo. Ello, mediante la incorporación al Código Penal —por ley del Congreso, con previo voto aprobatorio del Consejo de Ministros— del art. 316-A, solicitando su trámite urgente (art. 105 de la Constitución) con el siguiente texto (Proyecto de ley 1464/2012 - P.E.):

“Artículo 316 -A.- Negacionismo de los delitos de terrorismo.

Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años el que públicamente apruebe, justifique, niegue o minimice los delitos cometidos por integrantes de organizaciones terroristas, previstos en el artículo 2º del decreto ley 24.475 y establecidos en una sentencia judicial firme, de modo tal que el contenido de esas expresiones resulte idóneo y suficiente para cualquiera de los siguientes fines:

- a) Menospreciar, hostilizar u ofender gravemente a un colectivo social.
- b) Enaltecer a los responsables de dichos delitos.
- c) Propiciar o estimular la violencia terrorista.
- d) Sirva como medio para adoctrinar con fines terroristas.”

(17) Conf., “Un antídoto contra los que niegan la historia”, Clarín, 12/02/2007, saliendo al paso de los negacionistas turcos quienes explican que son los armenios quienes, con su doble juego, con su alianza con los rusos, se cavaron la propia fosa.

En los fundamentos del proyecto citado se insiste en remarcar que este nuevo “tipo penal” no tiene como mira cercenar la “libertad de expresión”, sino sobreponerse a una concepción “excesivamente laxa” —a la que se considera errada— en virtud de la cual se hiere con una actitud *hostil* o *insultante* a toda la colectividad y particularmente a las víctimas y familiares de la violencia terrorista a través de una exaltación de esa violencia o a quienes la generan (sic). Asimismo, el proyecto se funda en la separación de las aguas: por un lado, la búsqueda de la “verdad histórica” por medios científicos, admitiendo como legítima hasta “las críticas molestas, ácidas o desfavorables [que] pueden contribuir a la convivencia social armoniosa e inclusive al funcionamiento de los poderes públicos”; y por otra parte la exaltación pública y abierta de la violencia terrorista que “tiene un componente ideológico que no se agota en su sola expresión sino que se manifiesta a través de actos cruentos y desproporcionados contra derechos fundamentales”. De ese modo y con esa distinción de situaciones, la penalización prevista se circunscribe como actos típicos de “*negacionismo*” a los *delitos de terrorismo palmariamente definidos por la legislación penal*, que enarbolan quienes *promueven* el terrorismo como fórmula válida. Tales comportamientos pasan a ser considerados como actitudes incompatibles con los valores que sustentan el Estado de Derecho y la paz pública que le es inherente.

Esta propuesta legislativa se asienta pues en los siguientes presupuestos: 1) que no existen derechos fundamentales absolutos; 2) que la banalización de las atrocidades no pueden ser considerada un acto socialmente neutro o aséptico; 3) que no es aceptable la reivindicación justificadora de acciones terroristas reconocidamente crueles y acompañadas de torturas y servicios exhibidas con fines intimidatorias de la población; 4) que el terrorismo tiene componentes gravitantes que lo distinguen de cualquier otro tipo de práctica violenta, pudiéndose gratificar esos signos (fanatismo, desprecio por la vida humana, anuncios de actos sanguinarios masivos, etc.). (18)

En cuanto a la estructura típica del “delito de *negacionismo* del terrorismo”, se afirma en los fundamentos de esta innovación legislativa que la propuesta consiste “en la tipificación de cuatro modalidades a partir de esos cuatro verbos rectores: *negar, aprobar, justificar y minimizar*; por lo que el contenido de las expresiones que formule el agente del delito “tengan la entidad lesiva idónea y suficiente para alcanzar *cualquiera* de los cuatro fines que *taxativamente* se propone en la norma”, con lo que de esa forma se toman en cuenta las observaciones del Tribunal Constitucional

(18) Están referidos a la actuación de la organización “Sendero Luminoso”, aludiéndose así a sus concepciones racistas y de pretendida superioridad sobre los pueblos indígenas.

de España con respecto a la reforma de su Código Penal según la sentencia de 7 de noviembre del 2007. En esa misma línea de criterio, se adopta la doctrina penal conocida por la exigencia del “elemento de tendencia interna trascendente” que debe acompañar a las conductas tipificadas (negar, aprobar, justificar o minimizar) y que consiste en un propósito ulterior, cual es que las conductas consistan en acciones que se lleven a cabo de forma pública y mediante cualquier medio que resulte objetivamente idóneo para ofender o deshonorar a un número indeterminado de personas mediante la humillación o vejación, el enaltecimiento de terroristas penalmente responsables o el fomento de la violencia de éstos.

Si bien la redacción de la exposición de motivos o fundamentos del proyecto peruano no es demasiado prolija en precisiones terminológicas, puede deducirse de su lectura más empeñosa que está explícita la mención del elemento del *dolo* específico, ya que en cualquiera de las modalidades de comisión del acto de “negacionismo” (negar, aprobar, justificar o minimizar) se encuentra subyacente el común denominador de la intencionalidad manifiesta de “deformar dolosamente el curso histórico de determinar los hechos innegables para toda la ciudadanía” (o sea, de delitos consumados y que son conocidos por el pueblo). La duda que resta la vemos en la propia admisión del amplio campo de tarea hermenéutica, entendida ésta como el arte de la interpretación (RAE), que tocara a los jueces en la aplicación concreta de esta norma a la que sus promotores reconocen un grado de *indeterminación*. (19)

Así las cosas, en ese estado de la cuestión, el proyecto remitido al Congreso peruano fue girado a las Comisiones de Justicia y Derechos Huma-

(19) Textualmente dice: “Se exige que el contenido de las expresiones vertidas por el agente del delito tengan la entidad lesiva idónea y suficiente para alcanzar cualquiera de los cuatro fines que taxativamente se propone en la norma. En este ámbito, se ha optado por no definir una lista cerrada de formas a través de las cuales el agente puede lograr la concreción de dichos fines ilícitos, pues ello, además de inviable —en tanto la norma penal no puede agotar todos los modos posibles en que, casuísticamente, eso puede tener lugar—, amenazaría con dejar inaplicable en la práctica el tipo penal. Por tal motivo, se deja un margen razonable de interpretación valorativa para dicho concepto, lo cual es congruente con el principio de legalidad (mandato de determinación), en la medida en que la “exigencia de ‘lex certa’ no puede entenderse... en el sentido de exigir del legislador una claridad y precisión absoluta en la formulación de los conceptos legales. Ello no es posible, pues la naturaleza propia del lenguaje, con sus características de ambigüedad y vaguedad, admiten cierto grado de indeterminación, mayor o menor, según sea el caso”. En ese sentido, como lo ha establecido nuestro Tribunal Constitucional, el Derecho penal admite un grado de indeterminación que delega al juez una labor de complementación mediante la interpretación (STC recaída en el Exp. N° 010-2002-AI/TC del 3 de enero de 2003, párrafo 46 e *ibidem*, párrafo 49)”.

nos y de Asuntos Constitucionales, que entre el 11 y el 13 de diciembre del 2012 emitieron dictámenes conjuntos, de mayoría y de minoría. Por el primero, se aconsejó la probación del proyecto de ley, con modificaciones y ampliando los fundamentos. Apoyándose de varios instrumentos internacionales como la Resolución 288 de la Asamblea General de la ONU de condena del terrorismo (8 de septiembre del 2006), la Convención Interamericana contra el terrorismo, el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, el Convenio Internacional para la Represión de los Atentados terroristas cometidos con Bombas y la Convención Internacional contra la Toma de Rehenes, el dictamen remarca la exclusión de la calificación de “actos políticos” para los casos de terrorismo, cuyo objetivo es —a las claras— generar un estado de zozobra en la población, atemorizarla, valerse de la coacción para obtener beneficios; por lo cual converge “la obligación estatal general de adoptar las disposiciones de derecho interno necesarias a fin de poder dar cumplimiento a lo dispuesto en esos tratados a través de la adecuada tipificación de estas conductas y el establecimiento de sanciones penales adecuadas que tengan en cuenta su carácter grave. Inclusive no faltan disposiciones en estos tratados que obliguen a que el Estado adopte legislación interna a fin que los actos criminales no puedan justificarse en circunstancia alguna por consideraciones de índole política o ideológica”. Y con citas de Ferrajoli y de Habermas remata afirmando que el estado “se encuentra en la obligación de adoptar todas las medidas necesarias a fin de salvaguardar la existencia del sistema democrático, lo cual lleva a compartir la afirmación de Habermas en el sentido que «la idea que se pretendía demostrar, la de que la Constitución es, por así decirlo, inherente a la democracia, se impone sin duda por sí misma»” (20); como así también el pensamiento de Popper (“deberemos entonces reclamar en nombre de la tolerancia el derecho a no tolerar a los intolerantes”) y el de Reginald Basset cuando se pregunta “si vamos a permitir a los enemigos declarados de la democracia utilizar la maquinaria democrática con el único propósito de derrocar la democracia”. (21) Y se remite al art. 18 de la Ley Fundamental de Bonn (hoy Constitución de toda Alemania) que admite la privación de ciertos derechos fundamentales —a ser declarada por la Corte Constitucional— con quienes “para combatir el régimen fundamental de libertad y democracia, *abusen* de la libertad de expresión, de opinión, particularmente

(20) FERRAJOLI, Luigi, Los fundamentos de los derechos fundamentales, Ed. Trotta. Madrid, 2001, p. 35. FERRERES COMELIA, Víctor, Justicia Constitucional y Democracia, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 1997, p. 188. STC peruano N° 00048-2004-PI/TC (f. 1). HABERMAS, Jürgen, Tiempo de transiciones, Editorial Trotta. Madrid, 2004, p. 147.

(21) “The Essentials of Parliamentary Democracy”, Londres, 1964, p. 200.

de la libertad de prensa...” Con abundantes citas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (que aplica el “Convenio Europeo de Protección de Derechos Humanos y Libertades”) (22), el dictamen toma partido por la penalización del “*negacionismo*” de igual manera que con los discursos del odio y el apologetico de la guerra, por tratarse de casos en que a partir de la negación se evidencia el propósito de *relevación* de la memoria (RAE: alivio o liberación de carga que se debe llevar o de la obligación que se debe cumplir); de “*relevar*” (absolver, perdonar o excusar); por lo que corresponde a los Estados dar cumplimiento a la resolución 61/255 de la Asamblea General de la ONU (22 de marzo de 2007) declarando punibles —como lo ha hecho el Consejo de Europa— actos tales como la negación o trivialización flagrante de los crímenes de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra. En cuanto a los “efectos ulteriores”, el dictamen invoca que “ha sido el jurista Michel Tropper quien ha advertido con notorias lucidez esta problemática al sostener que de “la misma manera que gritar «fuego» en una sala abarrotada no se castiga como un embuste, sino como una acción peligrosa, el *negacionismo* no es incriminado en tanto que expresión de una opinión mendaz sino como una mentira que forma parte de una campaña de propaganda antisemita”. (23) De ahí que en referencia a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (denominada también “Pacto de San José”), no solo prohíba el discurso de odio en sentido estricto, sino también cualquier discurso que constituya incitación a la violencia o a cualquier otra acción ilegal; lo cual abona al marco que permite que, el contenido del discurso no debe estar sujeto a la exigencia de responsabilidades ulteriores *per se*, sino cuando este sea un potencial generador de efecto nocivos. (24) De igual modo, el artículo 13.2b) del Pacto de San José reconoce que el ejercicio de la libertad de pensamiento y de expresión está sujeto a responsabilidades ulteriores necesarias para asegurar “la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”.

La conclusión a que llegan los legisladores peruanos es la siguiente: “Por tanto, *la libertad de expresión* no debe ser entendida, en todos los caso, como una libertad preferente cuyo contenido deba primar, sino como una herramienta para el afianzamiento del sistema democrático en tanto con-

(22) “Es de la esencia de la democracia el permitir diversos programas políticos que se propongan y debatan, incluso a aquellos que ponen en tela de juicio la forma en que un Estado está organizado, siempre que no perjudiquen a la propia democracia” (caso del Partido Socialista Turco vs. Turquía. Sentencia de 25 de mayo de 1998, párr. 47).

(23) Confr., TROPPER, Michel, Derecho y negacionismo. La Ley Gayssot y la Constitución, Anuario de Derechos Humanos de la Universidad Complutense de Madrid, 2001, p. 978.

(24) Remite al art. 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

tribuye a la consolidación de una opinión libre; razón por la cual deberá analizarse —en cada caso específico y mediante un *juicio de ponderación* o un test tripartito de proporcionalidad— su optimización frente a otros derechos o bienes jurídicos constitucionales”. (25)

El “Texto Sustitutorio” propuesto dice así:

“Artículo 316-A.- Negacionismo de los delitos de terrorismo.

Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de doce años, el que públicamente niegue cualquiera de los delitos de terrorismo previstos en el Decreto Legislativo 046, el Código Penal de 1924 modificado por las leyes 24.651 y 24.953, y el decreto ley 25.475, o la calidad de autor o partícipe de una persona respecto de esos delitos, establecidos en sentencia judicial firme, con la finalidad de *promover* la comisión de los delitos de terrorismo o apología del terrorismo o sirva como medio para adoctrinar para fines terroristas.

Si la negación se realiza a través de medios de comunicación social o mediante el uso de tecnologías de la información y comunicaciones, la pena será no menor de ocho ni mayor de quince años, imponiéndose trescientos sesenta y cinco días multa e inhabilitación conforme a los incisos 2, 4 y 8 del artículo 36 del Código Penal”.

En los debates de las Comisiones del Congreso quedó incluida la expresión verbal “*promover*” (el verbo “*rector*”), a diferencia de los vocablos alternativos “*instigación*”, “*inducción*” e “*incitación*”, tal como aquél figura en otros artículos del Código Penal. Cabe señalar que el Proyecto de Ley —habiendo sido consultado— mereció opinión en contra de la Mc Gill University de Canadá; mientras que la Profesora Laurence Burgogue-

(25) El dictamen remite a la doctrina del Tribunal Constitucional de Perú (STD-Nº 06712/2005, que ha señalado: “Si bien la relación existente entre los derechos a la vida privada y a la información es una de las más clásicas en el Derecho, en muchos casos se ha dado una respuesta poco idónea a la teoría de los derechos fundamentales. Así, se ha propuesto la primacía de la información en virtud de la aplicación equívoca de la teoría valorativa de las *preferred freedoms* al sistema constitucional, postura doctrinal que propendería a una jerarquía entre los derechos fundamentales. Pero, de otro lado, también se manifiesta y se presencia una prevalencia de la información, basándose en el efecto irradiante que posee respecto al resto de derechos. Pero no hay que olvidar que los derechos fundamentales (todos, sin excluir ninguno) están en igualdad de condiciones dentro de la Constitución.

Por eso, lo que corresponde realizar es una determinación de los contenidos de cada uno de los derechos involucrados. Sólo así se llegará a la delimitación adecuada de sus contornos. Para ello, será necesario optar por el método de la ponderación, con una utilización mixta de los criterios de razonabilidad (propios de cualquier relación entre derechos fundamentales) y de desarrollo colectivo (exclusivo de los derechos de respeto de la persona y los comunicativos)”.

Larsen de la Universidad de La Soborna (París I- Panthéon Sobornne) dirigió un grupo que postula que la penalización sólo será procedente, en tanto y en cuanto se superen “aspectos determinantes de la *proporcionalidad* en la tipificación”.

Por último, pasemos a la fundamentación “de voto en contra”, que lleva la firma del vicepresidente de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos, por la minoría; con una breve argumentación consistente en afirmar:

a) Que las normas legales citadas (Código Penal, etc.) carecen de eficacia legal. Situación ésta que crea una “situación que resulta muy delicada” (sic).

b) Que en cuanto a la sanción a los medios de comunicación, se plantea una hipótesis de censura previa, con penas de multas que resulta confuso saber a quiénes se aplicarían, recordando que en materia penal “es necesario y obligatorio ser claro y preciso, sin dejar dudas en la aplicación o interpretación de normas”.

c) Que la crítica y las opiniones discrepantes con fallos definitivos podría implicar algún tipo de “negación”: en consecuencia, “el Juez se convertiría en un historiador y dejaría su función principal de investigar los hechos materia de alguna acusación”.

d) Que las sanciones sugeridas son excesivas: “en ninguno de los países donde se sanciona el *negacionismo* las penas resultan tan elevadas”.

e) El verdadero argumento de los opositores al Proyecto de Ley: que “el *negacionismo* aparece para sancionar a quienes negaban los crímenes de lesa humanidad o graves violaciones a los derechos humanos; sin embargo en la *fórmula legal aprobada por mayoría solo se comprende el terrorismo subversivo y se deja de lado al terrorismo de Estado*”.

Abierto el debate ante la opinión pública, el “Instituto Prensa y Sociedad (IPYS) alerta que el texto propuesto “pone al alcance de persecución penal la difusión de opiniones discrepantes con sentencias judiciales firmes”; lo que representa “una seria amenaza a la libertad de opinión, así como al derecho de análisis y crítica de las resoluciones judiciales”, trayendo a colación la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Estrasburgo) según la cual “... la *libertad de expresión* es válida no solamente para las informaciones o las ideas acogidas con favor o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que contrarían, chocan o inquietan al Estado o a una parte cualquiera de la población” (caso De Haes y Gijssels c. Bélgica, sentencia del 24 de febrero de 1997).

¿Qué enseñanzas emergen de la comparación entre el proyecto del Ejecutivo peruano y el despacho mayoritario de las Comisiones del Congreso? Y una segunda pregunta: ¿son equivalentes las nociones o los alcances del concepto europeo de “*negacionismo*” con la idea que orienta la posible legislación peruana?

La idea del Ejecutivo consistió básicamente en la creación de la figura penal de un *delito autónomo* de “*negacionismo*”, con sanciones a quienes incurrieran a posteriori de los hechos condenados judicialmente, en “aprobar”, “justificar”, “negar” o “minimizar” delitos de “terrorismo” cometidos con efectos de afectación ofensiva y grave a la población. Parte de los especialistas, estiman que es innecesaria la innovación, pues con la legislación existente (Código Penal y leyes complementarias), quedan comprendidas las conductas de ese tipo (apología del delito). Para otros panelistas, la norma finalmente redactada por las Comisiones amenaza con una restricción al derecho de crítica de las decisiones judiciales firmes que hayan declarado la comisión de delitos de “terrorismo”. Muchos opinantes estiman que sólo el proyecto inicial separaba claramente la hipótesis de una conducta de “instigación” al crimen o de su ensalzamiento apologético; mientras que el *delito autónomo* de “*negacionismo*” supone otra conducta, consistente en poner en duda la realidad del hecho criminal (por ejemplo el genocidio) sin llegar a elogiarlo o a incitar a su repetición (*El Comercio*, Lima, 19/XII/2012).

En esa línea, han cundido opiniones que resaltan la peculiaridad del “*negacionismo*” en su sentido literal, pues apunta el delito al acto mismo de *negar públicamente* un delito (terrorismo) cometido y pasado en autoridad de cosa juzgada. Una cosa sería la comisión del crimen y su aclaración, elogio, glorificación o exaltación; y otra es la negación para provocar el olvido, dolosamente intencionado, no obstante que el dicente sabe que fue otra la realidad ¿Se trataría de una figura penal de *agravamiento* del delito de apología? (*Expreso*, Lima, 23/XII/2012).

También se producen resistencias a la aprobación legislativa, basadas en que es el Juez quien en última instancia habrá de determinar la diferencia entre una “opinión” y un “acto de *negacionismo*” propiamente dicho; lo que en manos de algunos jueces ineptos (sic) se corre el riesgo de atentar contra la “libertad de expresión”, por lo que sería menester inculcar “una honesta política de reconstrucción de la memoria histórica” para evitar la aplicación incorrecta de la ley (*La República*, Lima, 21/IV/2013). Y más recientemente, se han dado opiniones terminantemente lapidarias, fundadas en la preexistencia legal del delito de apología —ya ampliado al caso del terrorismo— que bastaba aunque fuera posible que su tipificación fuera “mejorada” sin necesidad de incorporar el “*negacionismo*” al Código Penal. Con palabras

duras se ha dicho que: “Sin pecar de zahorí (26) la propuesta normativa es fundamentalista, lleva a instaurar el pensamiento único y como verdad solamente la oficial, atentando contra libertades constitucionales como la de opinión, expresión y difusión del pensamiento y con olvido de la prohibición del delito de opinión” (*Expreso*, Lima, 07/VI/2013, opinión de Ántero Flores-Aráoz) ¡Terrible admonición!

Esta “experimentación” legislativa de Perú parece tener la mejor inspiración o convertirse al mismo tiempo en un “globo de ensayo” alrededor de una cuestión política concreta. El hilo conductor del tema nos lleva al convencimiento de que hay dos situaciones algo diferentes en lo que impulsa la sanción de tales normas penales: mientras que en Europa la génesis y la aplicación de la “criminalización” del “*negacionismo*” del genocidio apuntó básicamente a crear conciencia sobre la gravedad del exterminio y la peligrosidad de un eventual *revival* de su exaltación o de su lisa y llana negación (después de la Segunda Guerra Mundial); en un enfoque extensivo de aquellos hechos se propone en otros países (p. ej. el Perú) trasladar la penalización al caso de la negación de los atentados provocados por el terrorismo originado en grupos subversivos tan ferozmente sanguinarios como “Sendero Luminoso”. El gran dilema sigue siendo: ¿se afecta a la libertad de expresión?; ¿se crea el delito de opinión?; ¿se monopoliza la historia oficial? ¿Sí o no? (“*to be or not to be*”). Estamos ante algo más complejo que una duda: nos tropezamos con un dilema, con proposiciones contrarias que lucen disyuntivamente, pues se trata de alternativas por una de las cuales hay que optar; separación ésta que recae sobre dos realidades, cada una de las cuales está referida intrínsecamente a la otra (DRAE). Quizás sea a causa de ello que en declaraciones a la prensa sobre el contenido de sus proyectadas memorias, el Premio Nobel de Literatura Imre Kertész (húngaro, año 2002) confesara con congoja que “aún hoy estamos viviendo la cultura de Auschwitz” (sic) y que es por ello que “así se explica en parte la apatía callada y obtusa que el mundo ha mostrado respecto a los sucesos de Yugoslavia”, aludiendo de esa manera a la carnicería que significó la “limpieza racial” acontecida en los Balcanes (*El País*, 20/07/2013).

XIII. Conclusión

Debo decir que como “*intrínquilis*”, la adopción de un criterio definitivo y a la vez definitorio del complejo cuadro sociológico-político y psicológico-social que conllevan los delitos aberrantes en grado de comisión masiva y número indeterminable de víctimas por doquier, hace difícil

(26) DRAE: quien se atribuye la facultad de descubrir lo que está oculto; o que descubre o adivina lo que otras personas piensan.

la medición del marco legal más conducente a evitar su reiteración y a contener los impulsos criminales de las masas y sus líderes motivadores e impulsores. Pero a pesar de ello es posible dar algunas pautas para no errar en el tránsito por la racionalidad y en el cálculo de la razonabilidad de los medios a emplear. Así parece cierto que:

- No es admisible una concepción de derechos absolutos pues ello sería antisocial. Todas las libertades tienen límites, con la sola excepción de la libertad de pensamiento.

- La libertad de expresión y el derecho de opinión son los menos “relativos” de los derechos en cuanto a sus posibles limitaciones.

- En caso de colisión debe prevalecer el posible causante del menor daño.

- En caso de duda debe estarse a favor de la libertad.

- Si la legislación penal ordinaria contempla la punición de conductas que en su conjunto conforman los elementos componentes de un accionar lesivo de valores que se quieren proteger, entonces corresponde aplicar esas figuras.

- La tipificación de un delito autónomo de “*negacionismo*” requiere para su “autonomía” que se reúnan el dolo y la manifestación de actos públicos en el hecho de su comisión, con los rasgos propios del odio, la persecución y la ofensa colectiva; o sea, *el dolo más un elemento subjetivo del tipo penal (el ánimo de causar un mal)*.

- No se conoce aún ninguna Convención o Pacto *Internacional* que verifique como delito autónomo los casos dolosos de “negacionismo”, fuera del caso específico de la apología del genocidio.

- La justificación constitucional de leyes específicas al respecto encuentra basamentos en los compromisos internacionales vigentes e incorporados al ordenamiento jurídico de cada Estado.

- En la interpretación consiguiente no es dable aplicar soluciones por vía analógica ni con criterios puramente políticos, ni incurrir en “desviación de poder”.

- La criminalización del “*negacionismo*” no puede confundir situaciones disímiles que están amparadas por el derecho a la investigación de los hechos históricos con métodos científicos y la objetividad en la orientación de la búsqueda de la verdad.

- Si se profundiza la indagación del “porqué” de las actitudes *negacionistas* se encontrará una raíz de índole cultural, cuya fuerza contagiosa proviene del “resentimiento” en la moral de los agentes protagónicos que adolecen de una patología que los deleita con la horrenda “banalización del mal”.

- Cortar las raíces de la discriminación y el aniquilamiento de grupos humanos cuya eliminación se persigue como meta separatoria y diferenciadora, es tarea de fortalecimiento cultural en la línea de la *igualdad* en la condición humana y del respeto —por convicción— a la eminente *dignidad* de la persona.

- La exaltación y el ensalzamiento de crímenes, o sea, la apología del delito, sólo puede ser afrontada y enfrentada con la “energía jurisdiccional” que deben poner fiscales y jueces independientes, con la comprensión, el estímulo y la cooperación que les brinde una sociedad consciente y reflexiva que no se deje precipitar al suicidio colectivo.

- Si llama la atención la diferencia entre la severidad de los pronunciamientos de los tribunales europeos (tanto de la UE como de los Estados componentes) y la menor cuantía del abordaje del tema en otras partes del orbe, debe buscarse la razón en la siguiente ambivalencia: mientras que las exigencias de los denominados “Criterios de Copenhague” establecen requisitos rigurosamente severos para pertenecer a la Unión (funcionamiento francamente democrático de las instituciones, plenitud del Estado de Derecho, claro respeto de la separación de poderes, Poder Judicial independiente y eficiente, garantía efectiva de los derechos humanos, respeto a las minorías, etc.); existen otros Estados que descuidan o quebrantan esas reglas fundamentales del constitucionalismo: tal es el caso del incumplimiento —tolerado y consentido en Latinoamérica— de la “Carta Democrática” también llamada “Convención de Caracas” por el sitio de su celebración. (27)

Cierro estas reflexiones recordando el vibrante grito puesto en palabras escritas, con que Domingo Faustino Sarmiento pasó al exilio a través de los Andes, grabando en la piedra de montaña una sentencia universal: “las ideas no se matan”, que el gran sanjuanino inscribe en idioma francés, acaso para chancear o burlarse de sus enemigos. (28)

(27) Confr., “Carta Democrática Interamericana” de la Organización de Estados Americanos (OEA), año 2001, arts. 3º y 4º.

(28) En Recuerdos de Provincia Sarmiento cuenta que: “El 19 de noviembre de 1840, al pasar desterrado por los baños de Zonda, con la mano y el brazo que habían llenado de cardenales el día anterior, escribí bajo un escudo de armas de

Y, en efecto, las ideas se discuten y se renuevan. O se evaporan cuando son insustanciales; pero perviven cuando expresan una verdad. Es por ello que hay que bregar para que se fortalezcan las ideas que se orientan hacia el bien, así como debemos contribuir a que se desvanezcan y perezcan las inspiradas y motivadas por la maldad. La consigna es clara: que no resuciten los maleficios del dolor que causa el deseo de exterminio; y que se proyecten perennemente las ansias de paz y fraternidad; para lo cual es menester que la CULTURA de los pueblos se humanice y que el ingrediente venenoso de los instintos perversos sea doblegado por la invocación divina del Preámbulo de nuestra Constitución Nacional cuando alude a la fuente de toda “razón” y “justicia”, “para *nosotros*, para nuestra *posteridad* y para todos los hombres del *mundo* que quieran habitar en el suelo argentino”.

Apéndice

- I -

Ley 23.592

REPRESIÓN DE ACTOS U OMISIONES DISCRIMINATORIOS

Sanc. 3/8/1988; promul. 23/8/1988; publ. 5/9/1988

Artículo 1º.- Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de

la república: “On ne tue point les idées” (Las ideas no se matan). El gobierno cree que la frase encierra un insulto y nombra una comisión para que las interprete.

Sarmiento prefería las siguientes traducciones: “Bárbaros las ideas no se degüellan” o “A los hombre se degüellan, a las ideas no” y atribuyó la autoría de la misma a Hipólito H. Fartoul, uno de los muchos autores franceses que había leído. Estudiosos posteriores como Paul Groussac y Antonio Bucich demuestran que la frase es de Constantino Volney.

La famosa frase fue escrita con carbón en la pared de un rancho, donde ya Sarmiento había pintado el escudo de armas de la república. Allison Williams Bunkley en su libro *Vida de Sarmiento* y basándose en una carta de Sarmiento a Quiroga Rosas, relata que la frase fue escrita en la pared de “una chocita que Domingo había construido cerca de los baños de Zonda”.

Sobre el lugar exacto donde Sarmiento escribió estas palabras, se han vertido opiniones muy diversas. En 1941 la Comisión Nacional de Museos, Monumentos y Lugares Históricos luego de estudiar los antecedentes, estableció el lugar a 20 km de la ciudad de San Juan y a su solicitud el gobierno nacional lo declaró lugar histórico por decreto nacional N° 107.512. (http://www.casanatalsarmiento.com.ar/archivos/28.Lasideasnosematan_091207105058.pdf).

los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados.

A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos.

Artículo 2°. - Elévase en un tercio el mínimo y en un medio el máximo de la escala penal de todo delito reprimido por el Código Penal o Leyes complementarias cuando sea cometido por persecución u odio a una raza, religión o nacionalidad, o con el objeto de destruir en todo o en parte a un grupo nacional, étnico, racial o religioso. En ningún caso se podrá exceder del máximo legal de la especie de pena de que se trate.

Artículo 3°. - Serán reprimidos con prisión de un mes a tres años los que participaren en una organización o realizaren propaganda basados en ideas o teorías de superioridad de una raza o de un grupo de personas de determinada religión, origen étnico o color, que tengan por objeto la justificación o promoción de la discriminación racial o religiosa en cualquier forma.

En igual pena incurrirán quienes por cualquier medio alentaren o iniciaren a la persecución o el odio contra una persona o grupos de personas a causa de su raza, religión, nacionalidad o ideas políticas. (29)

- II -

CÓDIGO PENAL

Título VIII: Delitos contra el orden público

CAPÍTULO I

Instigación a cometer delitos

Art. 209: El que públicamente instigare a cometer un delito determinado contra una persona o institución, será reprimido, por la sola insti-

(29) Tres artículos más fueron agregados a esta ley por las incorporaciones dispuestas en las leyes 24.782 (arts. 1° y 2°) y 25.608 (art. 1°), referidas a los locales bailables, de recreación, salas de espectáculos, bares, restaurantes u otros de acceso público (penalidades por infracciones violatorias de la igualdad y actos discriminatorios).

gación, con prisión de dos a seis años, según la gravedad del delito y las demás circunstancias establecidas en el artículo 4º.

CAPÍTULO III

Intimidación pública

Art. 212: Será reprimido con prisión de tres a seis años el que públicamente incitare a la violencia colectiva contra grupos de personas o instituciones, por la sola incitación.

CAPÍTULO IV

Apología del crimen

Art. 213: Será reprimido con prisión de un mes a un año, el que hiciere públicamente y por cualquier medio la apología de un delito o de un condenado por delito.

CAPÍTULO V

Otros atentados contra el orden público

Art. 213 bis: Será reprimido con reclusión o prisión de tres a ocho años el que organizare o tomare parte en agrupaciones permanentes o transitorias que, sin estar comprendidas en el artículo 210 de este código, tuvieran por objeto principal o accesorios imponer sus ideas o combatir las ajenas por la fuerza o el temor, por el solo hecho de ser miembro de la asociación. (30) ◆

(30) Los arts. 210 / 210 bis se refieren al delito de “asociación ilícita”.

PROBLEMAS DE LA EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA CIVIL

POR ENRIQUE M. FALCÓN (*)

Dice el mosaico encontrado en Venecia y que data de 1610: *Es necesario para emprender una litis, casa de banquero, piernas de ciervo, paciencia de ermitaño, tener razón, saberla exponer, encontrar quien la entienda y quien la quiera dar y un deudor que pueda pagar.* Esta última condición que parece la más sencilla puede terminar siendo la más dificultosa.

I. La naturaleza de la ejecución de sentencia

Los hombres de Derecho hemos hecho una cosa compleja de una cosa simple. Y esa forma de pensar en lo abstracto y no en las soluciones concretas resulta no sólo perjudicial, sino inentendible para el hombre común, para quien están establecidas las normas. Veamos esta cuestión.

Cuando una persona lleva un asunto a su abogado para que haga realidad su pretensión, lo que quiere es obtener el resultado concreto de la misma, ya sea una cosa, una suma de dinero, el cumplimiento de una obligación, etc. Pero el abogado no piensa de la misma manera, el abogado piensa en obtener una sentencia favorable. Claro que esa sentencia favorable, a menos que sea puramente declarativa, no va a satisfacer al cliente de modo definitivo. Muchas veces, luego de la sentencia comienza un tortuoso camino que puede ser más extenso que el proceso declarativo en sí.

El primer problema que se presenta ante esta situación es la consideración de la *naturaleza de la ejecución de sentencia*. Dejaremos, para otra oportunidad, las sentencias puramente declarativas y las constitutivas que no presentan mayor problema en este campo para concentrarnos en las sentencias de condena.

Decirle a una persona común que una vez que se obtenga el juicio se habrá producido la “res iudicata”, la que fijará el punto inicial de la ejecución de la

(*) Comunicación del Académico, en la sesión privada del 22 de agosto de 2013.

sentencia y que la misma puede durar bastante tiempo, es lo mismo que a nosotros nos quisieran explicar la teoría de la relatividad en términos matemáticos. Porque, por otra parte, el hecho de que el deudor condenado, por ejemplo, pueda cumplir la sentencia sin necesidad de ejecución, no nos dice nada, ya que podría haber cumplido su obligación del mismo modo antes del juicio.

Llegado a este punto, creemos que la ejecución de sentencia es sólo una etapa del proceso de conocimiento y no un ejecutivo o ejecución nueva. Existe una gran diferencia entre la ejecución de sentencia y el juicio ejecutivo, pues, como ha hecho notar Gómez de la Serna (1) en su comentario a los antecedentes de la ley de enjuiciamiento española de 1855: “De la primera (la ejecución de sentencia) no puede haber otro juicio, los títulos no excluyen el ordinario”. De modo que la pretensión originaria en los casos de sentencias de condena es: *el cumplimiento de la prestación*.

Este aspecto ya fue explicado claramente por Calamandrei. Decía el maestro italiano: El objeto de la acción (pretensión) se puede entender en sentido inmediato y en sentido mediato: y también aquí el uno o el otro de estos dos sentidos aparecerá como predominante según el modo con que la acción se conciba. Para quien la concibe como un derecho dirigido solamente contra el Estado, al cual correspondería la actividad jurisdiccional casi como la prestación debida por un obligado, el objeto de la acción aparece (en la restringida relación que tiene lugar entre el ciudadano que pide justicia y el Estado que la administra) como la providencia jurisdiccional favorable, a la cual el sujeto agente aspira. Pero si, viceversa, se considera la providencia jurisdiccional a la cual mira *la acción*, como un medio destinado a obrar prácticamente en la esfera jurídica del adversario, entonces, más allá del objeto *inmediato e instrumental* constituido por esta providencia, aparece como objeto mediato y final de esa acción la satisfacción de aquel interés (sustancial), para cuya tutela el agente se ha dirigido al Estado: y, por consiguiente, el bien que sirve para satisfacer este interés. Si yo, al no haberme sido pagada a su vencimiento la suma de dinero que mi deudor se había obligado a abonarme, me dirijo al Estado para pedirle que condene a mi favor al obligado incumplidor, el objeto inmediato de mi acción (o también, si se quiere decir así, de la demanda o de la causa), es la sentencia de condena; pero ésta no es un fin en sí misma, ya que a través de ella yo me propongo llegar igualmente, mediante la ejecución forzada, a obtener el pago de aquella suma de dinero, esto es, el goce de aquel mismo bien que, para satisfacer mi derecho de crédito, habría debido serme pagado por el obligado. Objeto mediato y final de la acción aparece, pues, no la providencia de condena, sino aquella suma de dinero que, por medio

(1) GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro, “Motivos del las variaciones principales que ha introducido en los procedimientos la Ley de Procedimiento Civil”, Ed. Libr. Sánchez, Madrid. 1855, p. 581.

de la condena yo me propongo conseguir sobre el patrimonio del deudor: esto es, *aquel mismo bien* contra el cual, antes de que me dirigiese al juez, se orientaba, respecto del deudor, mi derecho de crédito. (2)

En el Código Procesal Civil y Comercial nacional este criterio se encuentra respaldado por el hecho de la competencia principal del juez del proceso de conocimiento para la ejecución de la sentencia (art. 6º inc. 1º CPCCN), aunque luego incluya dicha “ejecución” dentro de los “Procesos de ejecución” confundiéndola con el juicio ejecutivo (arts. 499 y ss. CPCCN). Esto sucede, porque la etapa de ejecución de sentencia que condena al pago de sumas de dinero es común para la ejecución de sentencia y el juicio ejecutivo, bajo la denominación “Ejecución de la sentencia de remate”. Pero ello no significa que el juicio ejecutivo absorba a la sentencia del de conocimiento en la etapa de ejecución, porque justamente el juicio ejecutivo que nosotros tenemos fue tomado casualmente del modelo de la ejecución de sentencia en la Edad Media. (3)

II. Las distintas variantes de la sentencia de condena

Ahora bien, ¿qué puede suceder cuando se dicta una sentencia de condena en un proceso de conocimiento?:

- 1) Que el deudor la cumpla voluntariamente y si no la cumple.
- 2) Que iniciemos el procedimiento de cumplimiento de esa sentencia. Esta situación puede resultar mucho más compleja que el proceso por el que se llegó a la sentencia de mérito.

(2) CALAMANDREI, Piero, “Instituciones de Derecho Procesal Civil”, Ejea, Buenos Aires 1962, trad. Sentís Melendo, t. I, vol. I, p. 287.

(3) Podetti y Guerrero Leconte (PODETTI y GUERRERO LECONTE, “Tratado de las ejecuciones”, VII-A, p. 22 y ss.) describen este aspecto: “Luego de un breve período, la Iglesia había vuelto al concepto de que el proceso de conocimiento debe preceder a la ejecución. “Sin embargo y ante las necesidades y por la influencia germana, se admite en ciertos casos, que el conocimiento puede ser limitado o postergado, empezando por los actos de ejecución y poniendo la iniciativa para abrir el período de conocimiento en manos del ejecutado. En la ejecución de la sentencia, la *actio iudicati*, empieza a denominarse *actio in factum* y en el siglo XIII se prescinde de ella, reconociendo en el oficio del juez, la facultad necesaria para toda actividad propia de sus funciones (*officium iudicis*), incluso destinada al cumplimiento de sus propias resoluciones”. Con ello, se descarta que la sentencia sea una prueba del crédito (base de la *actio iudicati*). Es evidente que al aceptarse que el juez puede disponer el cumplimiento de la sentencia, prescindiendo del origen del crédito y de los fundamentos de aquella, se reconoce la voluntad del Estado en la actuación de la ley y no en su mera declaración y consecuentemente, se atribuye al vencedor un derecho autónomo que nace del título inmediato que es

La sentencia de condena crea una obligación por la que debe responder el condenado. Esa obligación puede ser de distinto tipo.

a) Puede ser de dar una *suma de dinero*, en cuyo caso habrá una etapa previa de liquidación, para determinar el monto a ejecutar y firme esta cuestión, esa ejecución correrá junto con la del juicio ejecutivo, que por lo menos en nuestro derecho, sólo está previsto para la ejecución de sumas de dinero (arts. 502 a 510 CPCCN).

Este modelo es también aplicable a: 1. A la ejecución de transacciones o acuerdos homologados. 2. A la ejecución de multas procesales. 3. Al cobro de honorarios regulados en concepto de costas. 4. Al acuerdo instrumentado en acta suscripta por el mediador, con la certificación de su firma, salvo en el supuesto en que se hayan controvertido derechos de menores e incapaces. En estos casos, el representante legal con intervención del ministerio pupilar deberá requerir, previamente, la homologación del acuerdo al juez anteriormente sorteado o al que sea competente de acuerdo a la materia. Tales actuaciones estarán exentas del pago de la tasa de justicia (art. 500 CPCCN conf. Ley 26.589), supuesto, este último, que no es aplicable en el caso de las provincias que no tengan mediación previa similar a la nacional.

b) Puede contener que la condena sea al cumplimiento de una obligación sea de dar (cosas ciertas, inciertas o cantidades de cosas), las que deberán cumplirse en especie, pero que en caso de resultar imposible ese cumplimiento se transformarán en daños y perjuicios monetarios, que deberán transitar el primer camino (art. 515 CPCCN), es decir, el de ejecución monetaria.

c) Puede ser que la condena imponga un hacer (hacer, no hacer e impedir que otro haga), que también ante la imposibilidad de cumplimiento se

la sentencia. De allí, el paso al título ejecutivo propiamente dicho parece simple, pero tuvo y continúa teniendo alternativas, modalidades y cambios frecuentes. Conforme con el principio romano de que la confesión *in iure* (ante el *pretor*), hacía innecesaria la *face in iudicio* y debía equipararse el confesante al condenado (*confessus in iure habetur pro condemnato* o *confessus pro iudicato est*), por ello se admitió que la confesión de deuda ante el juez o notario, equivalía a un título ejecutivo y daba derecho a la ejecución sin período previo de conocimiento (*executio parata*). Estos criterios se aplicaron también a los *instrumento confesionata* con motivo del auge y prestigio de la institución del notariado. Y así como en la sentencia el juez insertaba la orden de cumplimiento de la condena por el deudor —que ha subsistido—, en todo documento notarial de reconocimiento de una obligación, el notario incluía una orden al deudor de cumplirla (*clausula guarentigia*). De allí los instrumentos guarentigios que tanta difusión adquirieron en los países europeos. La cláusula que les dio el nombre sustituía el efecto ejecutivo de la cosa juzgada, dando origen así, al efecto ejecutivo de estos instrumentos.

transformarán en daños y perjuicios monetarios, que deberán igualmente transitar el primer camino. Y dentro de estas obligaciones de hacer se hallará la de escriturar, cuya particularidad es que contendrá el apercibimiento de que si el obligado no cumpliera dentro del plazo fijado, el juez suscribirá la escritura por él y a su costa (arts. 513 y 514 CPCCN).

d) Puede ser que la condena incluya cuestiones complejas como cuando se trata de liquidaciones o cuentas muy complicadas y de lenta y difícil justificación o requirieren conocimientos especiales, que serán sometidas a la decisión de *peritos árbitros* o, si hubiere conformidad de partes, a la de *amigables componedores*. Claro que luego deberemos volver a la jurisdicción para la ejecución del laudo (art. 516 primera parte CPCCN).

e) Puede ser que se trate de liquidación de sociedades, que en el caso de las comerciales nos salimos del CPCC, pues dicha liquidación se rige por el contrato y por las *reglas de la ley de sociedades 19.550* (arts. 101 y ss.).

f) Puede ser que se trate de la determinación del carácter propio o ganancial de los bienes de la sociedad conyugal, impuesta por sentencia, la que se sustanciará por juicio ordinario, sumario (para los sistemas que aún mantengan este tipo de proceso) o incidente (es decir, proceso incidental), según lo establezca el juez de acuerdo con las modalidades de la causa, ya que la prueba sobre el tipo y origen de los bienes resulta clave, pero muchas veces muy dificultosa (art. 516 segunda parte CPCCN).

g) Puede ser que se trate de procesos especiales donde la sentencia de condena sea un paso previo, y tanto la liquidación cuanto la realización de la misma tenga un trámite más inmediato, como sucede en el caso de los alimentos (art. 648 CPCCN); o la ejecución pueda actuar sobre la persona, como sucede en el desalojo (art. 686 CPCCN); o se avance en la protección de la persona, como en los procesos de incapacidad, con la incidencia del derecho sustancial de manera específica sobre el derecho adjetivo (arts. 633 a 636 CPCCN y ley 26.657), etc.

Tampoco deben olvidarse las cuestiones a que da lugar la ejecución de la sentencia extranjera en función de los Tratados Internacionales y las disposiciones del CPCC (arts. 517 a 519 bis CPCCN).

h) Puede ser que se trate de una sentencia contra el Estado. En este caso la ejecución no será posible, pues conforme con el art. 7º de la ley 3952: "Las decisiones que se pronuncien en estos juicios, cuando sean condenatorios contra la Nación, tendrán carácter meramente declaratorio, limitándose al simple reconocimiento del derecho que se pretenda". De allí habrá que pasar a las normas de la ley permanente de presupuesto (ley 11.672, t.o. 2005 y sus modificaciones) para lograr el pago debido (arts. 131 a 136).

No nos detendremos en particular en este último aspecto aplicable más al procedimiento administrativo, que al civil y comercial, aunque cabe recordar que se ha dictado la ley 26.854 donde aparece la limitación a las medidas cautelares en las causas en las que es parte o interviene el Estado nacional, aspecto que trae complejos problemas tanto de implementación como de inconstitucionalidad.

i) La cuestión no se agota en el esquema del CPCCN, pues no debemos olvidar lo relativo al *fuero de atracción*, previsto en el art. 3284 del Código Civil y arts. 21 y 132 de la ley 24.522 con las reformas de la ley 26.086, que afectan no sólo a los procesos civiles, sino también a los laborales, los que siguen la etapa de conocimiento ante el tribunal de trabajo, aunque la ejecución corresponde al proceso universal (Ley 18.345 art. 25).

j) Y tal vez sin agotar este listado de cuestiones tenemos la ejecución de los procesos colectivos por los daños que se irroguen, donde si bien la liquidación seguirá las pautas generales, tendrá que atender a los distintos daños y perjuicios de cada uno, como habrá que considerar primero la legitimación de los ausentes, aquellos que se excluyeron del proceso, etc.

III. El remate o subasta judicial

En este estado de la cuestión podemos encontrarnos en la necesidad de rematar los bienes para obtener el resultado querido originalmente en la pretensión. Supongamos entonces que la sentencia condena al pago de una suma líquida y, superada la etapa de conocimiento de la ejecución de sentencia, la llamada sentencia de trance y remate esté firme, o bien que alguna de las cuestiones que no son monetarias des- emboque en daños y perjuicios, los que deberán determinarse y fijarse para su ejecución, aspecto que lleva tiempo y crea problemas diversos. Para comenzar con la ejecución de la sentencia de una suma de dinero, tendremos que realizar un embargo; embargo que es esencial, porque es un embargo ejecutorio.

Es cierto que podríamos haber embargado dinero de cuentas bancarias, o acciones que cotizan en bolsa u otros papeles liquidables, pero generalmente esa no es la situación. Normalmente se logran embargar bienes que hay que rematar. En cualquier caso debemos tener en cuenta que:

a) El deudor, que ha tenido “piernas de ciervo”, puede haber vendido sus bienes para poder escapar de las deudas (en cuyo caso podremos intentar tal vez un proceso de simulación que durará sus años y con un resultado incierto), puede haberse presentado en concurso o haberse ido a la quiebra, con lo cual tendremos complejas variantes de competencia, sobre todo

porque cada tanto las leyes de competencia de los concursos cambian, además de las consecuencias del concurso y la quiebra sobre los créditos, especialmente si son quirografarios.

b) Ese mismo deudor puede haber tomado hipotecas antes que nosotros hayamos hecho el embargo, o el bien a embargar puede estar en otra provincia y tal vez en el exterior.

c) Puede que el bien que queremos embargar del deudor tenga problemas de transmisión, en cuyo caso puede haberse dado el supuesto de la venta a “non domino” y deberemos litigar con los que se presenten como titulares registrales últimos en la cadena adecuada de ejecución.

d) Puede suceder que el deudor haya fallecido y entonces tengamos que enfrentar a la sucesión en la ejecución del bien.

e) Puede darse que el bien que queremos embargar no sea embargable, por tratarse o bien de un “bien de familia” o haber sido adquirido por alguno de los planes sociales que transforman la vivienda en inembargable, y

f) Finalmente, también sin agotar las variantes posibles, puede suceder que haya muchas ejecuciones contra ese deudor que le debe a todo el mundo y la nuestra ser atraída por otra que está más adelantada, con las complejidades que presenta la situación de quien es citado a otro proceso para la ejecución y su carácter o no de parte y en qué extensión, recordando además situaciones, como por ejemplo las *emergencias*, que en la Argentina se repiten periódicamente suspendiendo las ejecuciones o modificando la forma de realizarlas, etc.

Si nada de ello ha sucedido, otra cuestión que hay que tener en cuenta es la realización de la subasta, la cual, conforme está regulada por los Códigos procesales, tiene diversos inconvenientes que van desde la complejidad del cumplimiento de los requisitos para la misma, especialmente cuando se trata de hipotecas o prendas, la determinación de los gravámenes que pesen sobre los mismos, la inserción en el acto de subasta de mafiosas ligas de compradores, hasta las distintas artimañas que se vierten durante su realización por el comprador o por quienes aparecen como tales.

Y además aparece aquí un auxiliar judicial especial que es el martillero. Para zanjar algunos de los problemas se ideó la subasta bajo sobre, pero en realidad lo conveniente es la forma que establecen los modernos sistemas de subasta electrónica. Claro que realizada la subasta habrá que considerar un tema al que normalmente no se le presta atención hasta que llega el momento de cobrar y es el de los privilegios.

IV. La subasta electrónica

En la Provincia de Buenos Aires la ley 14.238 modificó 558, 559, 562, 563, 575, 578, 581 y 585 del decreto-ley 7.425/68, Código Procesal Civil y Comercial. El sistema no está implementado, pero las reglas son claras. En especial el art. 562 nos habla de la subasta electrónica y su régimen general: Cualquiera sea la naturaleza de los bienes a subastar –dice la norma–, el Juez dispondrá la realización de una subasta electrónica, proceso interactivo de búsqueda de precio, mediante la puja simultánea entre distintos postores, realizada a través de Internet, mediante un programa automatizado revestido de adecuadas condiciones de seguridad, cuya información se transmite y procesa por medios electrónicos de comunicación, en las condiciones que fije, que deberán indicarse en los edictos y, en su caso, en la propaganda. A esos efectos, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires reglamentará la subasta prevista en este artículo, estando autorizada a delegar en las Cámaras de Apelaciones la implementación del sistema. Habilitará una página *web* con características de seguridad apropiadas y funcionalidad adecuada a la realización de la subasta electrónica, la que podrá ser utilizada en todos los Departamentos Judiciales. También establecerá los criterios y procedimientos para que el público en general pueda inscribirse en un registro de postores, que estará abierto de forma permanente, garantizando la seriedad y eficacia de la subasta, así como la sencillez y economía de recursos.

Se podrá exigir el empleo de firma electrónica o de firma digital para validar las ofertas realizadas y/o para la suscripción del boleto de compraventa. En caso de no haberse fijado base y cuando la importancia del bien lo amerite, el Juez podrá fijar un precio de reserva por debajo del cual no se adjudicará el bien. Se permitirá el empleo de medios de pago electrónicos o la transferencia electrónica de fondos, tanto para integrar la garantía referida en este artículo, cuando corresponda, como para abonar la postura que resultare ganadora de la subasta. El art. 2º de la ley dispone que La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires reglamentará el uso de medios electrónicos para el diligenciamiento de informes de dominio y de anotaciones personales, así como para la anotación, modificación y levantamiento de cualquier medida que deba ser inscripta en el Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Buenos Aires, repartición que deberá prestar la colaboración necesaria para su implementación.

La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires dictó el Acuerdo 3604 del 9 de Agosto de 2012 estableciendo que a los fines establecidos por el artículo 562 del CPCCBA; apruébase el Reglamento que como Anexo I forma parte del presente y se confiere intervención a la Subsecretaría de Tecnología Informática para que, en colaboración con la Secretaría de Planificación, arbitre las medidas necesarias para la puesta en funcionamiento del sistema informático que regula el Anexo I que integra ese

Acuerdo, el que será implementado de manera gradual y progresiva, a propuesta de la Secretaría de Planificación y la Subsecretaría de Tecnología Informática con colaboración de la Secretaría de Servicios Jurisdiccionales, y a través de las Resoluciones correspondientes que al efecto y oportunamente dictará esta Suprema Corte.

V. Conclusión

Pues bien, cada proceso tiene sus ventajas e inconvenientes. Las personas que tenemos ya algunos años hemos tenido oportunidad de ver no sólo la complejidad de la ejecución, sino la pérdida de los bienes y honorarios a ejecutar por medidas económicas, irresponsabilidad del Estado, retardos en la ejecución que llevan la misma a través de los años mediante “chicanas” de los mismos profesionales o falta de atención de los jueces en la ejecución, la que les representa siempre una complicación adicional. La inflación, las quiebras masivas de compañías de seguros y otros avatares de la economía están siempre presentes de manera periódica en el desarrollo de los procesos. De modo que además de conocer cómo se desarrolla el proceso y tomar todas las medidas de prevención posibles, hay que tener suerte. ◆

RELATIVIDAD DE LOS DERECHOS EN CONCRETO. ANTIJURIDICIDAD CIRCUNSTANCIADA

QUID DEL LLAMADO ABUSO DEL DERECHO

POR JORGE HORACIO ALTERINI (*)

SUMARIO: I. Introducción.— II. El juez debe juzgar.— III. Alcances integradores del art. 16 del Cód. Civil.— IV. Riqueza del vocablo “insuficiencia”.— V. Necesidad de fundamentación de la sentencia.— VI. Derecho y su ejercicio.— VII. Limitaciones y límites de los derechos.— VIII. Relatividad de los derechos y sus proyecciones.— IX. Quid de los derechos absolutos, incausados, discrecionales.— X. Abuso del derecho: expresión técnicamente desafortunada.— XI. Lisa y llana antijuridicidad.— XII. Relatividad de los derechos en concreto. La equidad.— XIII. Antijuridicidad circunstanciada. Nuevamente la equidad.— XIV. Antijuridicidad inicial.— XV. El espíritu de la ley.— XVI. La buena fe. La moral y las buenas costumbres.— XVII. Conclusión.

I. Introducción

Me adelanto a señalar que comparto las miras del denominado abuso del derecho, en tanto preconiza una visión menos racional y más razonable y en definitiva más justa para afrontar los conflictos jurídicos.

Sin embargo, creo que al presentar un enfoque parcializado de la permanente e irrenunciable lucha por un derecho justo, el instituto prescinde de la riqueza contextual que le aporta su necesaria inserción en el amplio

(*) Comunicación del Académico, en la sesión privada del 10 de octubre de 2013.

escenario de la teoría general del derecho, donde las conclusiones pueden ser semejantes e incluso estar robustecidas por directivas consolidadas y difícilmente cuestionables.

Entiendo que las implicancias del abuso del derecho se fortalecen si se superan equívocos conceptuales, se desvanece el halo de novedad que lo acompañó, pese a no ser tal, y consiguientemente se procura que su encuadramiento sea más preciso y menos objetable.

Acaso el sentido del desarrollo que pretendo afrontar pueda ser explicado con el texto de la inscripción que se asentara en el Templo de Apolo en Delfos: "Todo en su medida y armoniosamente". (1)

II. El juez debe juzgar

Debemos partir de la previsión del art. 15 del Cód. Civil, que predica: "Los jueces no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes".

El texto argentino concuerda con el art. 4º del Código Civil francés de 1804, que regla: "El Juez que rehúse juzgar, bajo pretexto de silencio, de la oscuridad o de la insuficiencia de la ley, podrá ser procesado como culpable de denegación de justicia".

Cossio formula apreciaciones lucidas acerca de que es connatural a la función judicial el deber de juzgar: "...El Juez tiene siempre que juzgar, porque ser Juez quiere decir administrar justicia, o sea, en última instancia, sentenciar (...) La admisión o el rechazo de una demanda constituyen por igual un fallo judicial; y, en este sentido, rechazar una demanda en mérito de que no hay un texto expreso que ampare la pretensión del demandante significa lo mismo que rechazarla por cualquier otra razón (...) el Juez debe de juzgar siempre, no porque y cuando el Legislador quiera, sino porque es Juez, es decir, porque esa es su ontología jurídica (...) un Juez que, en cuanto órgano del Derecho, se abstuviera de juzgar es algo tan impensable como un círculo cuadrado..." (2)

(1) Ideas esencialmente coincidentes difundí desde la docencia a partir del lejano 1965 en que me desempeñaba como Profesor Adjunto de Derecho Civil-Parte General en las Universidades de Belgrano y del Museo Social Argentino. En esta última la Cátedra estaba conducida por uno de los máximos civilistas argentinos, que enriqueció la investigación jurídica e iluminó las aulas universitarias: el Dr. Dalmiro Alsina Atienza.

(2) COSSIO, Carlos, "La plenitud del orden jurídico y la interpretación judicial de la ley", Editorial Losada, Bs. As., 1939, pp. 53, 54, 57.

Con ojos y valoraciones de los tiempos que vivimos es innegable que el atributo esencial del juez es el deber-facultad de juzgar, pero tal enfoque, ya férreamente incorporado a la cultura jurídica que nos rodea, no arraigó claramente en el pasado.

Así, en el proceso formulario romano el iudex tenía la facultad de solicitarle al magistrado que habilitara la postergación de la sentencia hasta alcanzar un mejor conocimiento del proceso y también la de eludir su dictado con invocación de que no tenía suficientemente clara la solución, prestando al efecto el juramento *rem sibi non liquere*. (3)

Pero que el juez romano dilatara o eludiera excepcionalmente su función de juzgar no quiere decir que pudiera desatender por regla tal deber, pues hasta podía ser pasible de sanciones civiles y penales.

III. Alcances integradores del art. 16 del Cód. Civil

El Código Civil argentino, a diferencia de su antecedente francés, cubre la reticencia normativa con las directrices a las que debe sujetarse el juez según el art. 16, que reza: "Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas, y si aun la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso".

La fuente inmediata del art. 16 es el art. 15 del Código sardo de 1838 (4) y, como lo recuerda Vélez en su anotación respectiva, es "conforme al art. 7º del Código de Austria", que alude incluso a los "principios del derecho natural". (5)

La carencia en el derecho francés de una norma explícita paralela a nuestro art. 16 no fue obstáculo para que allí, ya antes de la sanción del Código de 1804, se la reconociera como implícita.

En el Discurso Preliminar redactado por Portalis se dice: "Cuando la ley es clara, hay que seguirla, cuando ella es oscura, hay que profundizar las disposiciones. Si a uno le falta la ley, hay que considerar el uso o la equidad.

(3) D'ORS, Álvaro, "Derecho privado romano", 8ª edición, Universidad de Navarra, S.A., Pamplona, 1991, ps. 146/147, en núm. 105.

(4) Ver SAINT JOSEPH, Anthoine de, "Concordance entre les Codes Civils Étrangers et le Code Napoléon", Deuxième édition, Librairie du Conseil d'Etat, Paris, 1856, T. I, p.2.

(5) Op. cit. en nota anterior, p.3.

La equidad es el retorno a la ley natural ante el silencio, la contradicción o la oscuridad de las leyes positivas”. El mismo pensador, al exponer sobre las “Reglas para los jueces” ante el Consejo de Estado, puntualizó: “En todos los tiempos se ha dicho que la equidad era el complemento de las leyes. Ahora bien, ¿qué han querido decir los jurisconsultos romanos, cuando ellos han hablado de la equidad? La palabra equidad es susceptible de diversas acepciones. Algunas veces no designa más que a la voluntad constante de ser justo y en ese sentido no expresa más que una virtud. En otras ocasiones, el vocablo equidad designa una cierta aptitud o disposición de espíritu que distingue al juez iluminado de aquel que no lo es, o que lo es menos. En ese caso la equidad no es, en el magistrado, más que la mirada de una razón ejercida por la observación, y dirigida por la experiencia. Pero eso no es relativo más que a la equidad moral, y no a esta equidad judicial de la que los jurisconsultos romanos se han ocupado, y que puede ser definida como un retorno a la ley natural ante el silencio, la oscuridad o la insuficiencia de las leyes positivas. Es esta equidad la que es el verdadero complemento de la legislación, y sin la cual el ministerio del juez en el mayor número de los casos devendría imposible”. (6)

IV. Riqueza del vocablo “insuficiencia”

Aunque la siguiente inferencia pueda ser observada, y haciéndome cargo de que se trata de una opinión aislada, sostengo convencidamente que una de las manifestaciones de la “insuficiencia” que prevé el art. 15 del Cód. Civil, al igual que el 4º del texto galo, es la posibilidad de una derivación groseramente injusta de la interpretación literal de la ley.

Pienso que una ley inequívocamente “injusta” es una ley “insuficiente” y de allí que ante esa injusticia deba intentarse remediarla por el juego de las alternativas que aporta el antes reproducido art. 16 del Código argentino, las que, como vimos con palabras de Portalis, quedaron implícitas en la codificación francesa.

La Constitución Nacional no nos conduce por caminos distintos, pues el art. 112 incluye como directiva para los jueces administrar justicia “bien y legalmente”. (7)

(6) Ver PORTALIS, Jean Etienne-Marie, “Discurso Preliminar. Código Civil Francés”, en Estudio Introductorio de ALTERINI, Facultad de Derecho UBA-La Ley, Bs. As., 2004, pp. XXIV/XXV.

(7) “En la primera instalación de la Corte Suprema de Justicia, los individuos nombrados prestarán juramento en manos del presidente la Nación, de desempeñar sus obligaciones, administrando justicia bien y legalmente, y en conformidad a lo que prescribe la Constitución...”.

No es fallar “bien” consagrar una injusticia, pudiendo evitarla, en un escenario condicionado por la directiva constitucional de “afianzar la justicia”, contenida en el Preámbulo. El constituyente ha querido atizar la conciencia del intérprete para que no incurriera en la mediocridad de abdicar de sus funciones al seguir mansamente el pensamiento de Montesquieu de que el juez es el “instrumento que pronuncia las palabras de la ley”, pues los jueces en esa opinión serían “seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de las leyes”. (8)

“La conexión entre interpretación y valoración ha sido admitida incluso por iusfilósofos tan poco sospechosos de iusnaturalismo como el propio Hans Kelsen, para quien la interpretación, como es sabido, acaba en discrecionalidad en sentido fuerte, volitivo y no cognoscitivo (...) ¿Por qué interpretar exige valorar? Porque la tarea de interpretar exige tomar decisiones. Tomar decisiones no es otra cosa que elegir, y elegir supone optar por aquello que se considera valioso”. (9)

Por cierto, no bastará que el juez para no apoyarse en la ley aparentemente aplicable, invoque que un determinado resultado interpretativo resulta injusto, sino que es menester una adecuada justificación de su decisión.

V. Necesidad de fundamentación de la sentencia

Es ineludible exponer la fundamentación, motivación, razones o argumentos que explican el criterio adoptado; precisamente una de las acepciones del vocablo fundamento equivale en arquitectura a cimiento. Ese significado es muy orientador, pues la justificación o motivación de la sentencia atañe a las razones que la cimentan, o sea a los cimientos en que se sustenta.

La necesidad de fundar una sentencia, que en estos tiempos no podría ponerse en tela de juicio, nos retrotrae a distintos estadios de la evolución del Derecho.

Mucho se ha polemizado con respecto a la tesis del derecho romano.

Acerca de la situación en el período de las *legis actiones* la respuesta es escéptica en cuanto a la exigencia de alguna fundamentación. (10)

(8) MONTESQUIEU, “Del espíritu de las leyes”, traducción del original en francés de Mercedes Blázquez y Pedro de Vega, Ed. Atalaya S.A., Barcelona, 1991, p.120.

(9) CIANCIARDO, Juan, “Los fundamentos de la exigencia de razonabilidad”, *La Ley*, 2009-B, ps.1249 y sigtes, en ps.1250/1251.

(10) ALISTE SANTOS, Tomás J., “La motivación judicial en el derecho romano y su proyección respecto a la nulidad de sentencias por falta de motivación en

La postura es más elástica cuando se pondera la realidad durante el procedimiento formulario. Se expresa un detallado panorama en este aspecto del modo que sigue: “En cuanto a la motivación de la sentencia durante el procedimiento formulario, la doctrina romanista mantiene pareceres contradictorios. Así Betti considera que la sentencia del formulario se encuentra libre de formas y no requiere motivación (...) Biondi entiende que durante la época clásica no existe ninguna prescripción que discipline la formación del convencimiento judicial en el proceso de elaboración de la sentencia (...) Idéntico parecer observan Costa (...) y Bonfante (...) Igualmente, sostiene esta opinión el profesor Molé, si bien matiza que la manualística especializada ha pasado por encima de esta cuestión tan controvertida. En cambio, otros romanistas manifiestan una posición muy distinta. En esta dirección encontramos a Scialoja, cuando dice que “no se exigía siquiera del juez que indicara los motivos de la sentencias, por más que estuviera en uso al expresarlos (...). Y, del mismo modo, se pronuncia Cuenca, considerando que “las sentencias generalmente debían ser razonadas, aunque no existiera obligación legal de ello” (...). El análisis detenido de diversos estudios específicos sobre el tema justifica que nos inclinemos por la tesis que afirma la existencia de una práctica favorable a la motivación de la sentencia durante el período formulario, con independencia de su plasmación legal en alguna disposición normativa desconocida o superficialmente estudiada del viejo *ordo iudiciarum privatorum*”. Cita en sentido concordante con la tesis que propicia las opiniones de Visky, Scapani, Murillo Villar y Marrone. (11) Reflexiona luego que: “Junto con los procedimientos enmarcados en el *ordo iudiciarum privatorum* corrió paralelo desde muy antiguo el sistema extraordinario, que terminaría imponiéndose frente a las *legis actiones* y el procedimiento formulario (...) En cuanto a la garantía de la motivación, diversos romanistas consideran que no sólo continúa en práctica durante esta época sino que, además, el surgimiento de la apelación como medio de impugnación de sentencias ante un magistrado jerárquicamente superior, refuerza poderosamente su asentamiento forense (...) el recurso de apelación, sobre todo, pero también como vemos el remedio de la nulidad, mantienen una relación de reciprocidad que hacen muy difícil comprender un recurso de apelación despegado del examen de los motivos que justifican la sentencia de instancia”. (12)

Aunque la necesidad de fundamentar las sentencias encuentra antecedentes en Roma, su instalación debió sortear distintas vicisitudes y hasta

el derecho procesal moderno, con noticia particular del enjuiciamiento criminal”, *Pensamiento Jurídico*, Bogotá, N° 21 (enero-abril de 2008), pp. 20/21.

(11) Op. cit. en nota anterior, pp. 23 a 25.

(12) Op. cit. pp. 25, 27 y 29.

la resistencia de pensadores tan influyentes como Montesquieu. Se ha puntualizado: “En Francia, a finales del siglo XIII, se abandona por los jueces la práctica de motivar, incluso se llega a advertir a los jueces que deben cuidarse de mencionar la causa de la decisión (...) Montesquieu, en el siglo XVIII, manifestaba la inconveniencia de justificar las sentencias, dado que con ello se promovían entorpecimientos por parte de quien perdía el juicio. Será después de la Revolución Francesa —concretamente, en 1790— cuando se dictan normas que establecen la obligatoriedad de la motivación de las sentencias civiles y penales”. (13)

Ya no se discute la obligación de los jueces de fundar sus sentencias, tesis que alcanzó aquiescencia generalizada en los Estados constitucionales, tanto que se entiende que el cumplimiento de esa obligación es una de sus exigencias formales que legitiman la función judicial, integrando las que Mauro Cappelletti llamó “virtudes pasivas” del juez. (14)

De todos modos, lo que parece ya un lugar común: que las decisiones jurídicas y en particular las judiciales deben y pueden ser justificadas, fue cuestionado por los denominados determinismo metodológico y decisionismo metodológico.

El determinismo predica que si la decisión proviniera de una autoridad legítima, imaginemos una legalidad republicana, no necesitaría ser justificada. El decisionismo, sostenido por el realismo norteamericano, con su corifeo Jerome Frank, con singular nihilismo, apunta que las decisiones no pueden ser justificadas y que los supuestos fundamentos son sólo explicaciones retrospectivas de decisiones previamente adoptadas, las que obedecieron primordialmente a los impulsos y subjetividades del juzgador. (15)

Una vez más, para replicar el aliento a tamaña discrecionalidad, o mejor arbitrariedad, hay que acudir a la severa censura del otrora prestigioso Académico, Sebastián Soler: “Toda palabra importaría una referencia borrosa, imprecisa, indefinida, cuando no directamente engañosa. Toda expresión abstracta sería vacía de contenido y, por tanto, su empleo vendría a ser el manejo de objetos ilusorios (...) Aunque parezca extraño, esa deficiencia del lenguaje a algunos realistas les sirve de estímulo y de apoyo para reforzar su convicción de que solamente hay derecho judicial, pues las posibilidades de creación judicial crecen en razón directa

(13) VIGO, Rodolfo Luis, “De la ley al derecho”, Ed. Porrúa, México, 2003, p. 69.

(14) Ver op. cit. en nota anterior, p. 129.

(15) Ver ATIENZA, Manuel, “Las razones del derecho”, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2008, p. 7.

de las oscuridades de la ley. Para Jerome Frank gran parte de las incertidumbres del derecho no es un accidente infortunado, es un valor social inmenso, ya que la certeza legal es un mito. También Edward H. Levi inserta en esa bienvenida vaguedad las salvadoras funciones creadoras de los jueces". (16)

Toda decisión ha menester de justificación y tal aserción no puede ser desvirtuada a través de premisas introducidas dogmáticamente y que substraen la disputa de toda racionalidad.

Paralelamente, siempre he creído que los eventuales desvíos judiciales se neutralizan a través de la visión sobre el tema que aportó Santo Tomás, en su versión genuina, pues su concepción ha sido deformada, tanto para denostarla, como, desde el panegírico, para inferir una inexistente defensa suya de facultades desmesuradas que nunca respaldó. (17)

La deformación relatada por Frank hace pensar en un paralelo con la "equidad cerebrina, esto es subjetiva, extraída de meras alucinaciones; o que sea una 'equidad bursátil', sacada de la bolsa particular de cada uno, o, diríamos hoy, de 'debajo de la manga'; y que resulte nada más que un sentimiento cordial, afectivo o retórico, obtenido de corde suo, ex ingenio suo; en síntesis, una apariencia de equidad, que puede esconder nada

(16) SOLER, Sebastián, "Las palabras de la ley", Fondo de Cultura Económica, México, 1969, p.166.

(17) Santo Tomás no ignora la muy trascendente función del juez y siguiendo a Aristóteles lo califica como "la justicia viviente" y entiende que "debe considerarse como un ministro de Dios". También coincide con Aristóteles en que "mejor es ordenar todo según la ley, que dejarlo al arbitrio del juez". Invoca al efecto tres razones: "primero, porque es más fácil encontrar unos pocos verdaderamente sabios que sean suficientes para establecer buenas leyes, que muchos más que serían necesarios para aplicar los principios a cada caso particular. Segundo, porque quienes establecen las leyes pueden pensar por largo tiempo lo que ha de mantenerse en ellas, en cambio quienes juzgan de hechos singulares han de hacerlo de momento, según se van presentando éstos; y es más fácil que el hombre encuentre lo que debe de hacerse al considerar muchos casos, que no al tener en cuenta sólo alguno particular. Y tercero, porque los legisladores juzgan más universalmente y previendo el futuro; pero los jueces juzgan de casos presentes, y por lo mismo pueden dejarse llevar por el amor o por el odio, o por algún interés, y por esos motivos puede viciarse el juicio. Así, pues como la justicia de los jueces no es tan común, y porque es tan flexible, era necesario que, en todo lo posible, las leyes determinaran lo que había de juzgarse, y por lo mismo que se redujera al mínimo lo que podía dejarse al arbitrio de los hombres" (De Aquino, Tomás, "Tratado de la Ley. Tratado de la Justicia. Gobierno de los Príncipes", traducción y estudio introductivo de Carlos Ignacio González, Editorial Porrúa, México, 1990, en el "Tratado de la Justicia", cuestión 60, arts. 1 y 2, pp.140/141).

más que puros intereses particulares que en sí mismos pueden ser muy reprochables” (18)

Pero del mismo modo que hay que prevenir contra los excesos de la labor judicial, también se deben desalentar los desbordados prejuicios sobre ella que modelan la postura de autores como Bibiloni, que llegó a afirmar en su nota al art. 411 del Anteproyecto: “...se reconoce a una persona el poder de obrar, dentro de los límites asignados. Es esto lo que significa vivir en un Estado regido por leyes. El derecho no es, entonces, arbitrario. Se conoce de antemano. Pueden ajustarse a él las acciones. Será amparado por la ley. Los jueces la harán efectiva. ¿Y esto va a desaparecer, so pretexto de que el uso, en presencia de las circunstancias, no debe ser protegido porque es contrario a los fines sociales del derecho? Pero, y entonces, ¿por qué la ley dijo que el que siguiese sus prescripciones sería amparado en él? (...) Es imposible prever las condiciones en que un hecho se desarrolla, se pretende. Y porque es imposible, se entrega todo, ley, derechos, fortuna, honor, a la vaga incertidumbre de las palabras vacías. ¿Derecho? No hay derecho. ¿Ley? No es obligatoria. Lo único que hay es el arbitrio judicial”. (19)

VI. Derecho y su ejercicio

Ante apreciaciones que inesperadamente parecen presentar al ejercicio de un derecho como si fuera separable del derecho mismo, me esforzaré por persuadir de que el ejercicio del derecho no es más una expresión operativa del derecho y no algo distinto de él. Se trata de dos estados de una realidad coincidente.

El derecho puede apreciarse in potentia o in acto, ya estático, ya en la dinámica de su ejercicio, pero siempre es el mismo. Con ajuste a la feliz expresión adoptada por Albadalejo, el ejercicio de un derecho “es la actuación de su contenido”. (20)

El derecho se expresa a través de su ejercicio, pues de ese modo actúa su contenido, que de otro modo quedaría disfumado como una mera potencialidad no concretada.

(18) GUZMÁN BRITO, Alejandro, “El significado histórico de las expresiones “Equidad natural” y “Principios de equidad” en el Derecho chileno”, “Estudios dogmáticos de derecho civil”, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, 2005, p. 9 y sigs., en pp. 24/25.

(19) BIBILONI, Juan Antonio, “Anteproyecto de reformas al Código Civil Argentino”, T. I (Parte General), Valerio Abeledo, Buenos Aires, 1929, p. 209.

(20) ALBALADEJO; Manuel, “Derecho civil I -Introducción y Parte General”, 16ª edición, Edisofer S.L., Madrid, 2004, p.457.

Bien dijo Orgaz que no cree “que se pueda distinguir entre el ‘derecho’ y su ‘ejercicio’, para decir que es este último, y no el primero, el susceptible de abuso, porque el ‘derecho’ separado del ‘ejercicio’ es una pura abstracción, una ‘campana sin badajo’, esto es, no es realmente un derecho (ni una campana)”. (21)

Es cierto, un derecho que no se ejerce es como una campana silenciada, porque no se puso en acción el badajo y no sería seriamente concebible que provocara sonoridad un badajo que en soledad se agitara sin hacerlo para activar a una campana.

Derecho y ejercicio de un derecho son las versiones que se corresponden con una realidad “in potentia” y la otra “in acto”, pero en ambos casos del mismo derecho.

Dejándome conducir por Orgaz, creo que no es compatible que se sostenga que cuando el abuso no está prohibido por la ley, el antijurídico es del ejercicio y no del derecho.

El ejercicio no es distinto del derecho, simplemente materializa su contenido, es el derecho en acción, por lo cual la antijuridicidad involucrada es siempre del supuesto derecho, ya en potencia o actuando en su contenido.

VII. Limitaciones y límites de los derechos

Todos los derechos encuentran un primer vallado en la ineludible concurrencia con los derechos de los otros, lo que impone que cada titular deba ejercerlos de manera tal que no se obstaculicen ilegítimamente los derechos coexistentes con los suyos. Se trata de las que denominaré limitaciones.

Pero además de las limitaciones, los derechos tienen límites en abstracto, o sea establecidos para todos los derechos semejantes, que son los resultantes del marco legal implantado por el ordenamiento jurídico para cada uno de ellos, sobre la base de pautas generales prescindentes de situaciones particulares.

Igualmente los derechos están incididos por los límites en concreto, que son los que corresponde imponer en atención a las singularidades apreciadas al ponderar las peculiaridades de las distintas situaciones que puedan presentarse.

(21) ORGAZ, Alfredo, “Abuso del derecho”, La Ley 143, pp. 1210 y sigs., en nota 7 de p. 1211, idea que reitera simétricamente en “La ilicitud (extracontractual)”, Lerner, Córdoba, 1974, p. 78, en nota 48.

El límite en concreto resulta de la equidad. La equidad en la concepción aristotélica no importa una desviación o evasión de la ley, sino una corrección de ella para evitar una aplicación injusta. Aristóteles alude a las piedras empleadas para levantar los muros de la isla griega de Lesbos, las que eran desiguales, lo que hubiera impedido su medición de no haberse empleado una regla flexible. No puede pretenderse que las piedras se adapten a la regla, sino que es la regla la que debe ajustarse a las piedras. La ley es más justa cuando se aplica iluminada por la equidad, pues por su generalidad no es apta para incluir los casos concretos, como sí lo hace la equidad. (22)

VIII. Relatividad de los derechos y sus proyecciones

Según el art. 14 de la Constitución Nacional los derechos son reconocidos “conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio”, lo que revela el firme designio de resaltar su relatividad.

No obstante, la relatividad está condicionada por el art. 28 de la Ley Fundamental: “Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”.

La reglamentación legal de los derechos es habitualmente indicativa de la tendencia a la relatividad, pero la ley reglamentaria puede expresarse en términos que descarten cualquier obstáculo para su ejercicio irrestricto, pues la norma reglamentaria puede concebirlos como verdaderamente absolutos.

Debe concluirse aquí que la relativización no puede exagerarse tanto como para desnaturalizar al derecho, como también que la reglamentación, en vez de circunscribir el derecho, puede exaltarlo a través de impedir todo estorbo que de algún modo pueda maniatarlo.

(22) Leemos en la *Ética Nicomaquea*: “...la ley toma en consideración lo que más ordinariamente acaece, sin desconocer por ello la posibilidad de error. Y no por ello es menos recta, porque el error no está en la ley ni en el legislador, sino en la naturaleza del hecho concreto, porque tal es, directamente, la materia de las cosas prácticas. En consecuencia, cuando la ley hablare en general y sucediere algo en una circunstancia fuera de lo general se procederá rectamente corrigiendo la omisión en aquella parte en que el legislador faltó y erró por haber hablado en términos absolutos, porque si el legislador mismo estuviera ahí presente, así lo habría declarado, y de haberlo sabido, así lo habría legislado (...) Porque para lo indefinido la regla debe también ser indefinida, como la regla de plomo usada en la arquitectura de Lesbos, regla que se acomoda a la forma de la piedra...” (ARISTÓTELES, *“Ética Nicomaquea. Política”*, versión española de Antonio Gómez Robledo, Editorial Porrúa, 19ª edición, México 2000, p. 71).

IX. Quid de los derechos absolutos, incausados, discrecionales

Los intérpretes jurídicos del pasado tendían a coincidir en que determinados derechos no tenían cortapisas, y eran ejemplos habituales algunos como la facultad paternal de oponerse al matrimonio de un hijo menor, el reclamar la división del condominio o de la comunidad hereditaria y el derecho de hacer retirar árboles o arbustos implantados a distancias menores del lindero que las permitidas por la ley. (23) Tales derechos podían ejercerse en ese miraje sin las que llamo limitaciones y límites en abstracto y en concreto que marginan su ejercicio irrestricto.

En el ordenamiento contemporáneo casos como el de los derechos aludidos de ningún modo pueden ya ser ubicados como absolutos. El derecho de los padres de oponerse al casamiento de un hijo menor quedó relativizado frente a los claros arts. 168 a 170 del Cód. Civil vigentes (24), la partición de un bien en común puede ser paralizada mediante la acreditación de que la división es “nociva” (art. 2715 del Cód. Civil) (25) y he dicho con relación al límite de distancia por razones de vecindad previsto para árboles y arbustos, que “no luce como ajustado a derecho hacer efectivos los límites, si en los hechos se contradice la presunción legal de daños que está en la entraña de los límites que debe entenderse como *iuris tantum* y por ello destruible por prueba en contrario”. (26)

(23) Ver PRIETO MOLINERO, Ramiro J., “Abuso del derecho”, La Ley, Buenos Aires, 2010, pp.190 y sigs.

(24) Art. 168: “Los menores de edad, aunque estén emancipados por habilitación de edad, no podrán casarse entre sí ni con otra persona mayor sin el asentimiento de sus padres, o de aquel que ejerza la patria potestad, o sin el de su tutor cuando ninguno de ellos la ejerce o, en su defecto, sin el del juez” (texto según la ley 23.515 que subiste en la actualidad con la sola supresión del párrafo “aunque estén emancipados por habilitación de edad” que efectuara el art. 1º de la Ley 26.579). Art. 169: “En caso de haber negado los padres o tutores su asentimiento al matrimonio de los menores, y éstos pidiesen autorización al juez, los representantes legales deberán expresar los motivos de su negativa, que podrán fundar en: 1º La existencia de alguno de los impedimentos legales; 2º La inmadurez psíquica del menor que solicita autorización para casarse; 3º La enfermedad contagiosa o grave deficiencia psíquica o física de la persona que pretende casarse con el menor; 4º La conducta desordenada o inmoral o la falta de medios de subsistencia de la persona que pretende casarse con el menor” (con la redacción del art. 1º de la Ley 23.515). Art. 170. “El juez decidirá las causas del disenso en juicio sumarísimo, o por la vía procesal más breve que prevea la ley local” (conforme a la redacción del art. 1º de la Ley 23.515). Debe advertirse que en el articulado originario de Vélez Sarsfield el derecho paterno mantenía rasgos de absolutez, tanto que su art.170 disponía: “Los padres no necesitan expresar la razón en que se funden para rehusar su consentimiento, y contra su disenso no se admite recurso alguno”.

Al tener limitaciones y límites los derechos son por regla relativos, de allí que cuando se hablaba de derechos absolutos, se lo hacía por contraposición a ese rasgo general.

Tal idea de absolutez no debe confundirse con la que connota al derecho de dominio, catalogado como derecho absoluto por ser el que mayor número de facultades reconoce sobre el objeto, aunque ellas no sean todas las posibles. (27)

Tampoco la absolutez que nos ocupa debe ser asimilada a la que se enuncia para distinguir a los derechos por su mayor o menor oponibilidad y de ese modo diferenciarla de la relatividad de ese jaez. Con este último perfil los derechos son absolutos si pueden oponerse o hacerse valer contra la generalidad de las personas, como los reales o de la personalidad, pues los relativos sólo son oponibles a persona o personas determinadas, es el caso de los derechos personales o creditorios que tienen como sujeto pasivo a deudor o deudores determinados.

Se ha hablado en materia de derechos de la personalidad, y en especial sobre el derecho a la vida, que eran una suerte de derechos “egoístas”, pues ni siquiera era necesario que su existencia se mostrara por algún ejercicio, ya que era suficiente ostentarlos, con independencia de conductas activas o pasivas que los ejercitaran; su mera existencia importaría de por sí su goce. (28)

La relatividad alcanza el máximo apogeo en el terreno de los derechos patrimoniales; en cambio, el escenario del derecho a la vida y a su dignidad es donde la relatividad tiene la mayor de sus crisis, puesto que son derechos extrapatrimoniales en los que se jerarquizan valores del más alto rango y de innegable escala superior a los sólo económicos.

Siempre en el derecho extrapatrimonial se aduce que un ejemplo claro de derecho absoluto es el de retractarse que tiene la persona que ha dado

(25) Ver LAFAILLE, Héctor - ALTERINI, Jorge Horacio, “Derecho Civil. Tratado de los derechos reales”, Ed. La Ley y Ediar, 2ª edición, Buenos Aires, 2010, T. III, pp. 369/370 (en núm. 1138 bis, apartado c).

(26) ALTERINI, Jorge Horacio, “El derecho de daños en los límites al dominio”, en “Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje al Profesor Doctor Atilio Anibal Alterini”, dirigido por Alberto J. Bueres y Aída Kemelmajer de Carlucci, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997, p. 836.

(27) LAFAILLE - ALTERINI, op. cit., T. II, pp. 33/34 (en núm. 464 ter).

(28) Ver FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, “Abuso del derecho”, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 170, quien se detiene en la opinión de Jean Dabin.

su consentimiento para donar un órgano. (29) La letra del art. 15 de la ley 24.193 en su último apartado difícilmente deje resquicio para trabar la retractación, cuando postula: “El consentimiento (...) puede ser revocado hasta el momento mismo de la intervención quirúrgica (...) La retractación del dador no genera obligación de ninguna clase”.

Tienen paralelismo con la norma invocada pautas incluidas en la ley 26.862, designada como de “Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico asistenciales de reproducción médicamente asistida”. Así, el art. 2º, inc. e), establece en su primera parte: “Autonomía de la voluntad. El paciente tiene derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como así también a revocar posteriormente su manifestación de la voluntad”. Concordantemente, el art. 7º “in fine” preceptúa: “Beneficiarios. Tiene derecho a acceder a los procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida toda persona mayor de edad que, de plena conformidad con lo previsto en la ley 26.529 de derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud, haya explicitado su consentimiento informado”, y en su apartado final dispone: “El consentimiento es revocable hasta antes de producirse la implantación del embrión en la mujer”.

X. Abuso del derecho: expresión técnicamente desafortunada

Una de las censuras con mayor resonancia a la manera en que se expresó la denominada teoría del abuso de derecho fue la de Planiol, quien calificó la designación como una logomaquia, o sea que implicaría una “discusión en que se atiende a las palabras y no al fondo del asunto”. Advirtió que: “Nadie ha pretendido nunca que los derechos subjetivos, definidos o no, sean ilimitados, sino, al contrario, son limitados evidentemente por los derechos de los demás. Hablar, por tanto, de abusos de derechos, es enunciar una fórmula inútil y aun incurrir en una logomaquia, toda vez que cuando yo hago uso de mi derecho mi acto es lícito y cuando no lo es, es porque he sobrepasado mi derecho y actúo sin derecho”. (30)

Vélez Sarsfield recoge en la nota al art. 2513 un sugestivo razonamiento que cuestiona la posibilidad de que se pueda abusar de los derechos: “Si el Gobierno se constituye en juez del abuso, ha dicho un filósofo, no tardaría en constituirse en juez del uso, y toda verdadera idea de propiedad y libertad sería perdida”.

(29) TRIGO REPRESAS, Félix A. - LÓPEZ MESA, Marcelo J., “Tratado de la responsabilidad civil”, La Ley, Buenos Aires, 2005, T. I, p. 275.

(30) PLANIOL, Marcelo - RIPERT, Jorge, “Tratado práctico de derecho civil francés”, traducción española de Mario Díaz Cruz, Tomo sexto, Las Obligaciones,

Las expresiones del Codificador reproducen las de Demolombe, quien dijo textualmente: “Si le gouvernement se constitue juge de l’abus, a dit un philosophe, il ne tardera pas à se constituer juge de l’us; et toute idée véritable de propriété et de liberté sera perdu”, y entre paréntesis indicó el nombre de Thomas Raynal. (31)

El filósofo que se invoca y a quien pertenecería la expresión es Guillaume-Thomas Raynal, cuya figura tiene un lugar sólo secundario en la historia de la filosofía.

XI. Lisa y llana antijuridicidad

Con la simpleza que demuestra profundidad de juicio, Orgaz se niega a admitir categorías distintas de la licitud o de la ilicitud. Arguye: “La ilicitud, llamada también en doctrina “antijuridicidad”, es el carácter (art. 1066) que tiene un acto en cuanto infringe o viola el derecho objetivo, considerado éste en su totalidad. El carácter opuesto es la licitud (acto conforme a derecho) y en virtud de esta distinción, necesariamente dicotómica, todos los actos con efectos jurídicos o son lícitos o son ilícitos”. (32)

Opto por la designación más difundida que contrapone al obrar jurídico, que es el conforme a Derecho, el contrario a Derecho; o sea el antijurídico.

Y cuando se apunta al antijurídico se tiene en mira el art. 1066 del Cód. Civil: “Ningún acto tendrá el carácter de ilícito, si no fuere expresamente prohibido por las leyes ordinarias, municipales o reglamentos de policía; y a ningún acto ilícito se le podrá aplicar pena o sanción de este Código, si no hubiere una disposición de la ley que la hubiese establecido”.

Y la noción de antijurídico no queda confinada a la violación de una norma legal determinada, como podría inferirse de la letra del art. 1066, sino que se configura cada vez que es violado el Derecho concebido en su totalidad y representado por sus normas legales y aun consuetudinarias, y poniendo el acento también en los principios que inspiran al Ordenamiento Jurídico Positivo e incluso en los que lo trascienden pero que se sustentan en la Justicia, con su descenso al mundo de lo concreto según el módulo de la equidad.

Primera parte, con el concurso de Pablo Esmein, Ed. Cultural S. As., Habana, 1940, p. 791, en núm. 574.

(31) DEMOLOMBE, C., “Cours de Code Napoléon”, IX, De la distinctions des biens; De la propriété, de l’usufruit, de l’usage et de l’habitation, Tome Premier, Paris, 1854, p. 488, en núm. 545.

(32) ORGAZ, “La ilicitud (extracontractual)” cit., pp. 17/18.

Es innegable que con la introducción del actual art. 1071 con la ley 17.711 la conducta característica de quien incurre en el designado como abuso del derecho es claramente ilícita por estar prohibida por la ley, pues ésta no lo “ampara”, pero renuevo mi convencimiento de que pudo haberse llegado a similar conclusión antes de plasmarse ese texto, con el auxilio de una razonable hermenéutica, y que incluso podría hacérselo en el presente, con prescindencia de dicha norma, a través de meritar al Derecho en su globalidad y no sólo aprisionado por el cerrojo de la ley en sentido formal.

XII. Relatividad de los derechos en concreto. La equidad

Ya se apuntó que, aparte de la relatividad de los derechos en abstracto, existía su relatividad en concreto, y esa es la dimensión en la que se hace mérito del abuso, que surgiría de la ponderación casuística de las disputas jurídicas.

Mejor que hablar de abuso es remarcar que como las apreciaciones hermenéuticas deben hacerse en concreto, cuando de ellas surge una injusticia, la solución del conflicto fluye mediante el juego de la equidad, que traza la relatividad de los derechos en concreto; concreción ineludible para intentar una recta interpretación.

Existe consenso acerca de que el requisito de la universalidad es esencial para considerar que una sentencia tiene adecuada fundamentación, o sea que debe contener un enunciado normativo general indicativo de que siempre que se den las mismas razones particulares, debe tomarse igual decisión.

Neil MacCormick “...aclara que universalidad no es lo mismo que generalidad. Esto es, una norma puede ser más específica que otra, pero ser igualmente universal, pues la universalidad es un requisito de tipo lógico, que no tiene que ver con que una norma sea más o menos específica (...) Precisamente por ello, decidir según criterios de equidad no significa vulnerar el principio de universalidad. Una decisión equitativa (en el sentido técnico de esta expresión) implica introducir una excepción en una regla general para evitar un resultado injusto; pero el criterio utilizado en la decisión equitativa tiene que valer también para cualquier otro caso de las mismas características. La equidad, en definitiva, se dirige contra el carácter general de las reglas, no contra el principio de universalidad” (33)

XIII. Antijuridicidad circunstanciada. Nuevamente la equidad

La misión correctora de las injusticias que se le ha asignado al abuso del derecho que, como se advirtió, puede ser satisfecha con mejores pergaminos,

(33) Ver ATIENZA, op. cit., pp.118/119.

menos estrépito y mayor ajuste a la estructura hermenéutica con apego a la equidad, es hasta congruente con formulaciones legales de aquella teoría.

Es destacable a este respecto, entre los textos vigentes, el art. 7º en el Título Preliminar del Código español, según el texto de la reforma de 1974 al originario de 1889, que entre las pautas para apreciar el abuso prescribe hacerlo “por las circunstancias”. (34)

Esa apreciación apoyada en las circunstancias es la que impulsa el art. 16 de nuestro Código Civil, cuando con la mirada puesta en la equidad manda que la interpretación deba practicarse “teniendo en consideración las circunstancias del caso”.

XIV. Antijuridicidad inicial

Para soslayar en la hipótesis del llamado abuso del derecho la disyuntiva entre acto lícito o ilícito y la equivalente entre conforme a Derecho y antijurídico, se ha sostenido que el acto que termina siendo abusivo fue inicialmente lícito, pero se convirtió luego en ilícito por su ejercicio desviado.

Se ha puntualizado que en el acto ilícito “la contrariedad con el derecho es inicial, congénita, y en cambio en la institución del llamado abuso del derecho hay un arranque legítimo produciéndose luego la desviación de los propósitos”. (35)

Con el mismo miraje se señaló: “El acto abusivo reconoce su origen en la existencia de un específico derecho subjetivo, en cuyo ejercicio, o mediante su omisión, se llega a incumplir un genérico deber jurídico como es el de no agraviar un interés ajeno mediante la actuación irregular o antisocial del derecho subjetivo. Es decir, que en el origen mismo del ilícito *sui generis* se encuentra siempre un acto lícito, un definido derecho subjetivo”. (36)

(34) Expresa: “1. Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe. 2. La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antifuncional del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso” (“Código Civil”. Civitas, Madrid, 2000, p. 84).

(35) KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, “Principios y tendencias en torno en Argentina”, en “Abuso del Derecho”, Revista de Derecho Privado y Comunitario, Nº 16, en p. 213.

(36) FERNÁNDEZ SESSAREGO, op. cit., p. 159.

No me convence la matización expuesta, dado que en mi opinión no es que el actuar haya sido en un principio conforme a Derecho y se tornó luego en antijurídico, sino que siempre tuvo este estigma, aun antes del vigente art. 1071, luego de cuya sanción la discusión se confinó en lo teórico.

Razonemos con el ejemplo de los árboles y arbustos existentes a distancias menores que las previstas en la ley, pero que no causan daños. No se trata de que el vecino a la plantación que no observa las distancias haya tenido originariamente el derecho de hacerlos retirar, pero que ese derecho hubiera desaparecido porque la implantación no causaba perjuicios. No es que un acto originariamente conforme a Derecho se convirtió en antijurídico frente a la ausencia de daños. Nunca el vecino tuvo ese supuesto derecho ante una plantación no perjudicial que no respetara los límites legales genéricos.

La actuación no puede ponderarse en abstracto, sino que debe hacérselo en concreto y, así perfilada, la conducta que se califica ahora como abusiva fue siempre antijurídica. La antijuridicidad no debe apreciarse genéricamente, sino enmarcada por las circunstancias, y ellas revelaron que nunca existió el supuesto derecho respectivo, pues ajustado a las circunstancias ese actuar es y fue antijurídico.

Apréciase que el Derecho contrariado es el que postula que no debe imponerse la realización de actos tendientes a remover una situación de hecho que no causa daños, con mayor razón cuando tal remoción sí es perjudicial para quien deberá practicarla, naturalmente juzgándose esa “dañosidad” con una óptica particularizada. Ese principio fue el violentado y la contradicción no advino de manera sobreviniente, sino que nunca estuvo amparado tal antijurídico, el que, claro está, debía trasuntarse en concreto.

El mentado abuso del derecho no es más ni menos que una antijuridicidad circunstanciada y esa antijuridicidad se presentó desde el origen, ya que, insisto, la pretensión del retiro del árbol que no resulta dañoso, captada desde la ineludible apreciación a tenor de las circunstancias, es y fue antijurídica.

XV. El espíritu de la ley

El art. 1071 afirma en su segundo párrafo: “La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos” y enuncia como primera pauta: “Se considerará tal al que contraríe los fines que aquélla tuvo en mira al reconocerlos...”

Bien se ha dicho que: “debió hacer referencia a los ‘fines de la norma,’ o a los ‘fines perseguidos por el ordenamiento jurídico’ o, en fin, al ‘espíritu de la legislación de este Código’ (art. 14 inc. 2º Cód. Civil) o al ‘espíritu de

la ley' (art. 16, Cód. Civil) en cualquier caso, sin someter la pauta valorativa a un anclaje histórico, pues es deber del jurista, precisamente, hacer útil el significado histórico de las reglas" (37)

La inflexión verbal del art. 1071 podría hacer pensar, con fraseología de Alexy, que se alienta una interpretación genética ajustada a la voluntad del legislador, y no una interpretación teleológica, que se desprenda de lo pudo haber querido el legislador y rastree en los fines de la ley (38), pese a que esta última tiene la energía de lo atemporal. Sin embargo, tal teleología es la que corresponde satisfacer sorteando las trabas unidas a una opaca semántica que olvida la normativa del lenguaje.

Lo más significativo en el aspecto en análisis es enfatizar que el art. 1071 al fijar con supuesta novedad la primera de las bases del abuso remite a los "fines de la ley" y en ese derrotero vuelve a refugiarse en la idea tradicional del "espíritu de la ley", lo que exhibe también aquí la falta de una identidad consistente en la figura y los muchos interrogantes sobre su robustez teórica.

El art. 1071 preconiza bucear en el "espíritu de la ley", pero ello no es más que remitir a una de las directrices liminares del ya transcrito art. 16 del Cód. Civil, que conduce a que deba ponderarse el "espíritu de la ley".

La importancia de rescatar el "espíritu de la ley", y por cierto no sólo en la temática en la que se inserta el abuso, es defendida por Albaladejo en estos términos: "Cada caso debe resolverse con arreglo a la norma que le sea aplicable; pero no a tenor de la pura letra del precepto, sino según su espíritu, averiguado mediante la interpretación. Así que el llamado rigor literal de la norma desaparece al interpretarla debidamente. Pero, una vez averiguado el espíritu, y si, habida cuenta de sus circunstancias, cae dentro de él el caso en cuestión, no es posible soslayar, bajo ningún pretexto, la aplicación del espíritu de la norma, sea o no riguroso (...) puede ocurrir que, por las circunstancias especiales del caso que sea, acontezca que aplicarle el precepto de que se trata resulte inequitativo. Entonces, aunque no diga la ley que tal precepto no se aplique en ese caso, su inaplicabilidad se deduce del propio resultado injusto que la aplicación acarrearía. E improcedente la aplicación en cuestión, se produce un vacío legal que hay que llenar con el principio que inspira el precepto, es decir, despojando a éste de las particularidades de regulación que le hacen inadecuado, lo que es forma de aplicar los principios generales". (39)

(37) DE LORENZO, Miguel Federico, "Abuso de derecho y pretérito indefinido", Columna de Opinión en La Ley T. XXX.

(38) Ver ATIENZA, op. cit. p.168.

(39) ALBADALEJO, op. cit., pp.123/124.

XVI. La buena fe. La moral y las buenas costumbres

El art. 1071, luego de enunciar como cartabón para calificar al abuso la contrariedad con los fines de la ley, encuadra como tal “al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres”.

He sostenido con especial énfasis la importancia del principio general de la buena fe (40) y llegado a afirmar que si en una comunidad pudiera existir una sola norma jurídica, ella debería imponer el “comportarse de buena fe”. (41)

Sin embargo, la remisión a la buena fe que efectúa el art. 1071, aunque asume la importancia de reconocer su punzante virtualidad (42), es básicamente repetitiva en tanto ese principio primordial campea en todo el Derecho y es piedra angular de la interpretación.

Si es reiterativa la apoyatura en la buena fe, lo es más todavía esgrimir la moral y las buenas costumbres, pues si bien el Derecho y la Ética transitan por senderos que no siempre coinciden, no es discutible el ideal de un Derecho impregnado de eticidad. No obstante la deseable sustancial coincidencia, es evidente que podría ser perturbador que una conducta pueda ser objetada en Derecho cada vez que se aleje de lo estrictamente ético.

XVII. Conclusión

No era imprescindible que el art. 1071 les recordara a las conciencias jurídicas adormecidas lo que es propio de una correcta hermenéutica; que el intérprete en todos los supuestos debe capturar los alcances de la relatividad de los derechos en concreto y que a través de los caminos de la equidad, según el designio del art. 16 del Cód. Civil, le corresponde rescatar

(40) ALTERINI, Jorge Horacio, “La buena fe y los prejuicios ante las adquisiciones a título gratuito”, en *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires del Año 2001*, p. 47 y en el “Tratado de la buena fe en el Derecho”, al cuidado de Marcos M. Córdoba, Tomo *Doctrina Nacional*, La Ley, 2004, pp. 153 y sigs.

(41) ALTERINI, Jorge Horacio, “Inconsistencia y esterilidad de la categoría de la posesión viciosa”, Editorial La Ley, marzo 2004, Anticipo de *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*, Año XLVIII, Segunda Época, Número 41, Buenos Aires, 2004, p. 328.

(42) Ver PRIETO MOLINERO, op. cit., pp. 142/143, donde señala: “... difícilmente pueda encontrarse un caso de abuso de derecho donde no se esté violando la buena fe. No en vano, estamos frente al único parámetro adoptado por un cuerpo legal de la importancia del Código Suizo de las Obligaciones y el principal criterio de la que

“a las circunstancias del caso” para determinar si existe una “antijuridicidad circunstanciada,” como la que se presenta en el entramado descrito según la dialéctica del abuso del derecho.

Si no nos hubieran desorientado el valioso esfuerzo de la vasta producción jurídica sobre el abuso y la deformante prisión de los preconceptos, acaso se hubiera podido encontrar inesperada claridad ya en 1881 de la mano del primer comentarista del Código Civil argentino, Lisandro D. Segovia. Este autor había atisbado en el viejo texto de Vélez una lectura correctora que, de haberse impuesto, hubiera evitado muchos de los caudalosos manantiales de tinta que le sucedieron.

Decía la letra del art. 1071 originario en su párrafo inicial: “El ejercicio de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto”.

La Ley 17.711 agregó a continuación del vocablo ejercicio la connotación de “regular”. Captar el mensaje de Vélez, pero con esa muy razonable matización, era la postura auspiciada por Segovia, que repudiaba el ejercicio irregular. (43) El ejercicio irregular de un derecho o abusivo es el que “La ley no ampara,” según dice literalmente desde 1968 el mentado art. 1071.

El ejercicio de un derecho es irregular precisamente cuando la relatividad en concreto indica que no debe ser protegido, porque estamos en presencia de una antijuridicidad circunstanciada, que es la que subyace en el llamado abuso del derecho.

La idea del abuso ha sido fecunda por los ideales que sirvió y los logros alcanzados en la justicia en concreto, pero quedó ensombrecida por la construcción que la sustentó, toda vez que acaso por deformaciones prejuiciosas dejó disimulado tras un opaco velo que por esa vía se atendía al objetivo insoslayable de la justicia del caso, que es la que articula la equidad, porque esa es su ineludible misión. ◆

probablemente sea la mejor regulación en la materia: el art. 7º del Código Civil español”; también pp. 258 y 285.

(43) SEGOVIA, Lisandro, “Código Civil de la República Argentina con su explicación y crítica bajo la forma de notas”, Buenos Aires, 1881, T. Primero, p. 293, en nota 8 al art. 1072 —art. 1071 de la actual numeración—. Allí dice: “... Pero si el derecho se ejercita de una manera irregular ó agravante y se causa un daño en que interviene alguna culpa o negligencia, habría que responder del perjuicio, á lo menos en la parte imputable: artículos 1068 y 1110 —léase 1067 y 1109—” (el destacado no aparece en el original).

DISQUISICIONES EN TORNO A LO QUE SE ENTIENDE POR MUERTE DIGNA

POR EDUARDO A. SAMBRIZZI (*)

I. Sobre la dignidad de la persona humana y el derecho a la vida

Como una cuestión previa, aunque íntimamente relacionada con lo que se entiende por muerte digna, creo conveniente destacar la dignidad que tiene toda persona humana por el solo hecho de ser tal, la que, como hemos sostenido en otra ocasión (1), deriva de la circunstancia de constituir un ser que ha sido creado a imagen y semejanza de Dios, así como por tener un fin trascendente.

Dicha dignidad no es susceptible de grados, puesto que no podemos perderla ni ganarla, incrementarla o disminuirla, ni está sujeta a la calidad de la vida, por lo que no varía por la enfermedad o el sufrimiento, la malformación o la demencia. En tal sentido, Etienne Montero, Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Namur, en Bélgica, ha dicho que “la persona tiene siempre la misma dignidad ontológica, intangible e inviolable, enclavada en su ser mismo y apoyada en el hecho simple y esencial de existir y de pertenecer al género humano: la vida humana fundamenta la dignidad”. (2) Monseñor Elio Sgreccia ha sostenido al respecto que “no podrá ser la salud la que dé dignidad a la vida humana, porque la salud, que hace referencia al cuerpo, no posee la vida en sí, sino que participa de la vida... Además la vida humana no podrá ser más o menos digna según la riqueza de la persona, ya que una relación de posesión es una relación accidental y no sustancial y, por tanto, no puede ser constitutiva de la persona misma. En definitiva, la dignidad de la vida humana no se funda en otros valores que puedan ser

(*) Comunicación del Académico, en la sesión privada del 24 de octubre de 2013.

(1) Véase nuestro trabajo *Derecho y Eutanasia*, Buenos Aires, 2005, p. 1 y ss.

(2) “¿Hacia una legislación de eutanasia voluntaria? Reflexiones acerca de la tesis de la autonomía”, en Internet, www.udep.edu.pe/bolcapella/capinf87.html. Conf., CASTAÑEDA, Adolfo J., “Cómo defender la vida ante los argumentos a favor de la eutanasia y el suicidio asistido”, en Internet, www.aciprensa.com/eutanasia/argumentos.htm

relativos a la persona, sino que será aquel valor fundamental de la persona misma.” (3)

Por la dignidad intrínseca, objetiva, poseída por todos, la persona tiene una serie de derechos fundamentales, de carácter inviolable e irrenunciable y que no pueden ser impunemente conculcados, entre otros, a que tanto la propia persona como los terceros respeten la vida desde el comienzo de la existencia -o sea, desde la concepción ya sea dentro o fuera del seno materno- hasta su conclusión en forma natural, por oposición a provocada; lo que es así con independencia de su condición, de su estado de salud, de su raza y de cualquier otra circunstancia, no importando la situación física o psíquica en la que se encuentre la persona.

La consagración de un derecho a la vida resulta tanto de Convenciones internacionales como del derecho interno de cada país, habiendo sido la inviolabilidad e indisponibilidad de la vida humana establecida por multitud de filósofos, desde Aristóteles hasta Kant. Y ese derecho a la vida, que es de carácter absoluto y que deriva de la naturaleza -por lo que preexiste a cualquier legislación positiva-, constituye un valor primario en el que se fundamentan los demás valores de la persona.

El derecho a la vida es patrimonio de todo hombre por el solo hecho de serlo, resultando suficiente para su reconocimiento que exista un proceso vital en el ser humano, con independencia de si ese proceso es viable o si la persona tiene posibilidad o no, de valerse por sí misma, no pudiendo el derecho a la vida encontrarse a disposición de la voluntad -mayoritaria o no- de las demás personas, por lo que es obligación del Estado poner en ejercicio todos los mecanismos que fueran necesarios para proteger la vida de los habitantes.

Gregorio Badeni ha afirmado que la libertad de vivir y su expresión jurídica en el derecho a la vida constituye un atributo inseparable de la persona humana, y que la libertad de vivir, entendida en un sentido conceptual amplio, es un bien fundamental cuya valoración supera holgadamente a los restantes derechos y libertades, dada la circunstancia de que ninguno de ellos puede ser considerado en forma separada de la vida, que es el presupuesto condicionante de las restantes especies del género libertad. “Sin vida -recuerda Badeni- no hay libertad, ni posibilidad alguna de ejercer los derechos naturales que conforman la esencia de la personalidad, ni tampoco la amplia gama de potestades que, en su consecuencia, le reconoce al individuo la ley positiva.” (4)

(3) “Aspectos Éticos de la Asistencia al Paciente Moribundo,” en Internet, www.aciprensa.com/eutanasia/moribundo.htm

(4) “El derecho a la vida,” E.D., 197-13.

Una vida es valiosa en sí misma, independientemente de la voluntad que tenga su titular de seguir viviendo. Y es valiosa no sólo para uno, sino también para el prójimo, puesto que en la vida no sólo existen intereses individuales, sino también sociales, por la interdependencia existente entre todos los seres humanos. El derecho a la vida entraña el deber de respetar la propia vida, de la que no se puede disponer, por cuanto el hombre no es dueño de sí mismo ni de su vida, y quien resuelve quitársela, no está renunciando al derecho a la vida, sino a la vida misma, y con ella, a la libertad que se proclama defender, que ya no puede ser ejercida por quien tomó esa decisión y la ejecutó.

Es por lo hasta aquí dicho, por ser el derecho a la vida el primero y el más importante de los derechos, es que debemos condenar todo lo que se opone a ella, como los homicidios de cualquier género, los genocidios, el aborto, la anticoncepción, la eutanasia, el suicidio. No obstante, hoy en día son varias las situaciones mediante las cuales se ataca la vida humana, lo que ocurre como una consecuencia directa de la progresiva imposición de la denominada *cultura de la muerte*, que se viene manifestando desde hace ya un tiempo en Occidente y que hace que se considere que no todos son iguales en dignidad y en derechos, lo que ha llevado a que no se respete, sino en parte el derecho a la vida de todas las personas, con el consiguiente peligro para la misma; debemos, en cambio, apostar firme y decididamente por una *cultura de la vida*... Callahan ha señalado que “una vez que una sociedad permite que una persona quite la vida a otra, basándose en sus mutuos criterios privados de lo que es una vida digna, no puede existir una forma segura para contener el virus mortal así introducido”. (5)

Esa dignidad que posee toda persona humana hace al derecho, que también tiene, de morir con dignidad, que no puede serle desconocido al enfermo sin mengua de no respetárselo como persona. Pero el ejercicio de ese derecho tiene determinados límites, pues aunque la persona puede exigir que se respeten sus decisiones, no todo le está legalmente permitido, ya que no le asiste el derecho a disponer en forma voluntaria de su propia vida.

Recuerdo lo expresado por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, referida a la “Protección de los derechos humanos y la dignidad de los enfermos terminales y moribundos”, del 25 de junio de 1999, sobre que “la obligación de respetar y proteger la dignidad de estas personas deriva de la inviolabilidad de la dignidad humana en todas las etapas de la vida. El respeto y protección encuentra su expresión en proporcionar un medio adecuado que permita al ser humano morir con dignidad. Esta tarea debe llevarse a cabo

(5) CALLAHAN, D., “Aid-In-Dying. The social Dimensions...”, cit. Por GAFO, Javier, “El debate ético y legal sobre la eutanasia y las personas con deficiencia mental”, en Deficiencia mental y final de la vida, AA.VV., Madrid, 1999, p. 185.

especialmente en beneficio de los miembros más vulnerables de la sociedad, tal y como demuestran muchas experiencias de sufrimiento del presente y del pasado más próximo. De la misma forma que el ser humano comienza su vida en la debilidad y la dependencia, necesita protección y apoyo al morir”.

II. Con relación a los tratamientos extraordinarios o desproporcionados

Afirma el jurista español Javier Gafo que en las últimas décadas se ha producido un cambio, desde una ética de prolongar a toda costa la vida, hacia una ética que enfatiza la calidad de vida, y del morir sobre la duración de la vida tomada como valor absoluto, habiéndose creado una firme convicción, agrega, de que no hay una exigencia ética absoluta con respecto al hecho de aplicar y discontinuar tratamientos que signifiquen la utilización de una tecnología médica intensiva. Así como también, que el concepto de *morir con dignidad* se ha convertido en nuestra sociedad en “un *slogan* de oposición a las tecnologías que prolongan abusivamente la vida, cuando una persona ya no puede controlar su existencia”. (6)

Lo cierto es que resulta indiscutible el derecho que tiene todo paciente a que no se lo haga objeto de tratamientos extraordinarios o desproporcionados que a nada conduzcan. En otras palabras, nadie puede estar obligado a que se le practiquen cuidados intensivos que sólo tiendan a lograr una prolongación precaria y penosa de su existencia, o sea, cuidados que constituyan lo que se ha dado en denominar *encarnizamiento terapéutico* (7), que conduce a un mayor sufrimiento del paciente, o a un sufrimiento innecesario, con lo que se agrede su derecho a morir con dignidad.

La muerte es un hecho inevitable de la vida humana, por lo que no se la puede retardar inútilmente, esquivándola con todos los medios. (8) No puede

(6) “El debate ético y legal sobre la eutanasia y las personas con deficiencia mental”, en Deficiencia mental y final de la vida, cit., p. 162 y sigs. Véase, asimismo, GAFO FERNÁNDEZ, Javier, “La tradición Católica”, en Bioética y Religiones: El final de la Vida, AA.VV., Madrid, 2000, p. 38, c).

(7) Al encarnizamiento terapéutico también se lo conoce como distanasia. Según enseña TINANT, Eduardo Luis, la distanasia consiste en “la prolongación exagerada del proceso de morir de un paciente, resultante del empleo inmoderado de medios terapéuticos extraordinarios o desproporcionados, que linda con el ensañamiento o encarnizamiento terapéutico, esto es, la situación generada por una obsesiva obstinación médica que excede al deber del galeno de preservar la vida, traducida en un proceder irracional e inmoral -y aún antijurídico- concretado en retardar inútilmente la muerte en casos desesperados, recurriendo a tratamientos absolutamente fútiles, carentes de sentido y de justificación, médica y ética, desde que equivalen a la acción de prolongar una agonía y no una vida” (Antología para una Bioética Jurídica, Buenos Aires, 2004, p. 42, nota 6).

(8) Carta de los Agentes de la Salud, del año 1994, de S.S. Juan Pablo II.

imponérsele al enfermo cuidados que lo lleven a constituirse en una especie de objeto en manos de la técnica, prolongándose su agonía sin posibilidades de curación, lo que no tiene ninguna finalidad positiva. La medicina debe recurrir a la tecnología como una aliada, pero siempre que sirva a la alta dignidad del espíritu humano. La despersonalización de la medicina por el uso exagerado de medios técnicos, encierra el riesgo de la despersonalización del paciente, tanto en la vida como en la muerte. No puede obviarse el hecho del indudable temor que le produce a muchos enfermos la circunstancia de caer en la última etapa de su vida en manos de una tecnología médica fútil, y concluir su vida cargado de sondas y tubos o cables, en un cuarto aislado de un Hospital, en lugar de permitírsele morir en su casa, dignamente, rodeado del afecto de sus familiares y en un ambiente de paz y cariño. (9) Lo cual ha llevado a Luis Guillermo Blanco a afirmar que, de otra manera, se convierte a las Unidades de Terapia Intensiva en “patéticos depósitos de enfermos incurables próximos a la muerte”. (10) Bidart Campos ha expresado al respecto que todos nos negamos a ser tratados como objetos en nuestra última enfermedad, o a tener que soportar tratamientos de sofisticada artificialidad, o a ver hollada nuestra dignidad de personas, ya que -señala- “hay una frontera detrás de la cual se abroquela la exigencia de respetar la dignidad de la persona en todas sus proyecciones”. (11) Aunque quizás no esté de más señalar que debe ponerse el acento en tener especial cuidado en no utilizar el argumento que resulta del derecho a morir dignamente, para negar asistencia a los enfermos por intereses burocráticos o económicos. (12)

Claus Roxin sostiene que el retraso del incontenible proceso mortal con ayuda de modernos instrumentos médicos, no se corresponde con la idea de una muerte digna, y recuerda una sentencia del año 1980 del Tribunal Supremo Federal de Alemania, de acuerdo a la cual “no existe una obligación jurídica de mantener a cualquier precio una vida que se extingue. Las medidas que alargan la vida no son imprescindibles por el hecho de ser tecnológicamente posibles. En vista de que la tecnología médica ha sobrepasado los límites actuales, la frontera del deber de tratamiento médico en la decisión del caso concreto no se determina con la eficacia de los artificios, sino con el

(9) PINCEMIN, Isabel afirma que es mucho más difícil vivir la propia muerte en un hospital como un hecho digno (“Aprender a morir. Nuevas respuestas frente a la medicalización de la muerte”, en *Communio*, Revista Católica Internacional, Año 12, n° 1, de 2005, p. 43).

(10) “Muerte Digna. Consideraciones bioético-jurídicas”, Buenos Aires, 1997, p. 64. Véase asimismo al respecto, LAPALMA, Juan C., “Fin de la existencia de la persona. Límites a los actos de disposición de la propia vida”, cit., J.A., 2004-I-815.

(11) BIDART CAMPOS, Germán J., su “Prólogo” al libro de BLANCO, Luis Guillermo, “Muerte Digna. Consideraciones bioético-jurídicas”, Buenos Aires, 1997, p. 12.

(12) LEMON, Alfredo, “La más secreta intimidad (El derecho constitucional en los umbrales de la muerte)”, La Ley, 1993-E, 841.

respeto a la vida y a la dignidad de la persona". (13) La ley judía está conteste con el enfoque hasta aquí practicado. (14)

Es por ello que coincido con el contenido de la ley 26.742, en cuanto al modificar la ley 26.529 de Derechos del Paciente, dispuso con relación a aquellas personas que presenten una enfermedad irreversible, incurable, o que se encuentran en estadio terminal o hayan sufrido lesiones que las coloquen en igual situación, el derecho a rechazar tratamientos extraordinarios o desproporcionados, dejando no obstante en claro que el rechazo de los procedimientos mencionados no significará la interrupción de aquellas medidas y acciones enderezadas al adecuado control y alivio del sufrimiento.

No obstante, entiendo que el enfermo no puede negarse a recibir tratamientos de carácter extraordinario o desproporcionados con relación a su estado de salud, cuando con esa negativa se le pueda causar daño a un tercero, como podría ocurrir en el supuesto de la mujer embarazada, que no puede negarse a esos tratamientos cuando de tal manera se le prolonga la vida, salvando así a la vida del hijo que tiene en su seno. Andruet afirma al respecto que "aun siendo desproporcionado el medio, habría que utilizarlo... en razón de que el compromiso de vida ya no es autónomo del testador vital, sino que arrastra a otra persona que no tiene por qué ser asimilada en la consecuencia de igual desenlace vital". (15)

Distintos a los que se consideran procedimientos extraordinarios o desproporcionados, son los actos relacionados con la alimentación e hidratación del paciente. Aun cuando se encontrare en un estadio terminal de su enfermedad, considero que el paciente no tiene derecho -con fundamento en su autonomía y en el respeto a su voluntad y libertad- de rechazar intervenciones médicas ordinarias o proporcionadas que le permitan la supervivencia, tales como y entre otras, la hidratación y la nutrición artificiales. Por otra parte, no resulta admisible que quede a la subjetividad del enfermo y/o de su familia la calificación de *extraordinarios* de dichos tratamientos, ya que

(13) "Tratamiento jurídico-penal de la eutanasia", en "Eutanasia y Suicidio, Cuestiones dogmáticas y de política criminal", AA.VV., Granada, 2001, p. 17.

(14) Debemos señalar al respecto que para llegar a la conclusión de que en ciertas circunstancias estaría permitido interrumpir algunos de los métodos excepcionales -heroicos- para prolongar la vida en forma artificial, algunas autoridades rabínicas invocan el texto del Sulhán Arúj, que autoriza retirar la sal de la lengua del agonizante, o mandar callar algún sonido rítmico que le impida morir; aunque, se aclara, ello sería así únicamente en determinados casos de muerte inminente (GARZÓN SERFATY, Baruj A., "Judaísmo y Bioética", en Bioética y Religiones: El final de la Vida, AA.VV., Madrid, 2000, p. 123, 2.2).

(15) "Bioética, Derecho y Sociedad. Conflicto, ciencia y convivencia", Córdoba, 2004, p. 239. En nota 473 recuerda Andruet el caso de la niña Alexis Michelle Cooper, nacida en el año 2000 en el Hospital de Cincinnati, cuya madre había quedado en estado comatoso desde el primer mes de la gestación. También recordamos el caso de Trisha Marshall, en

de tal manera se facilitan las prácticas eutanásicas, no pudiendo conculcarse el derecho -que, a su vez, es un deber- que tiene el Estado a defender la vida de los habitantes del país.

De ninguna manera se puede afirmar que, aun efectuadas en forma artificial, la alimentación y la hidratación constituyan un tratamiento médico de carácter extraordinario, por lo que, en principio -o sea, en la medida y mientras se demuestre que cumplen su propia finalidad de procurar la hidratación y la nutrición del paciente-, deben continuar suministrándose hasta que sobrevenga la muerte en forma natural, la que no debe ser artificialmente adelantada por la supresión de dichos medios, lo cual constituiría un claro acto de eutanasia por omisión. (16)

Domingo Basso ha señalado que cuando un medio artificial se usa para corregir un defecto o como una ayuda de la naturaleza, y no para sustituirla, lo artificial no tiene por qué ser considerado antinatural. Entre otros conceptos, agrega dicho autor que la cirugía, la alimentación por vía endovenosa, la radioterapia, etc., no tienen por qué ser considerados medios extraordinarios por el solo hecho de no ser naturales, sino artificiales. (17) No todo acto invasivo -como podría ser la gastrostomía- constituye un procedimiento extraordinario; también es invasiva, por ejemplo, una simple intervención quirúrgica de apendicitis, la que, no obstante, en modo alguno podría ser calificada como una acción médica desproporcionada o de carácter extraordinario.

Es que, como he sostenido recientemente (18), la alimentación e hidratación no constituyen un acto médico, sino un medio ordinario y proporcionado para la conservación de la vida, puesto que se trata de conductas normales y necesarias que practican todas las personas, estén o no enfermas o se en-

1993 en California, a la que se mantuvo viva durante tres meses y medio, hasta que nació su hija; o el de Gijón, en España, donde luego de un mes y medio de estar con muerte cerebral diagnosticada, nació un hijo sietemesino.

(16) Ver lo expresado al respecto por Juan Pablo II en la Carta de los Agentes de la Salud, así como en el documento "Respetar la dignidad del moribundo. Consideraciones éticas sobre la eutanasia", de la Academia Pontificia para la Vida, del 9 de diciembre de 2000. Remitimos a lo dicho en igual sentido por dicho Pontífice a un grupo de Obispos de los Estados Unidos de América en visita ad limina del 2 de octubre de 1998. Véase, asimismo, entre otros documentos pontificios, la Declaración iura et bona sobre la Eutanasia de la Sagrada Congregación para la Doctrina de la Fe del 5 de mayo de 1980, así como el documento titulado Algunas cuestiones de ética relativas a los enfermos graves y a los moribundos, del 27 de junio de 1981 del Pontificio Consejo Cor Unum, y la Carta de los agentes sanitarios del Pontificio Consejo para la Pastoral de los Asistentes Sanitarios, del año 1995.

(17) "Nacer y morir con dignidad. Bioética", 3ª. ed. ampliada, Buenos Aires, 1993, p. 436.

(18) Nuestra nota "Muerte digna: modificación de la ley 26.529 sobre derechos del paciente", La Ley, Suplemento Especial "Identidad de Género-Muerte Digna", año 2012, p. 123.

cuentren o no en estado vegetativo, habiendo sido las mismas consideradas como *necesidades básicas del paciente*. (19) En tal sentido, creo que aun en el supuesto de que se considere irreversible en un período de tiempo más o menos prolongado la muerte de un enfermo terminal, no resulta moralmente admisible dejar de proveerle nutrición e hidratación, por cuanto ello aceleraría en forma innecesaria su muerte, sin beneficio alguno para el paciente. (20)

Por todo lo cual no estoy de acuerdo con la posibilidad que resulta del artículo 1º de la ley 26.742, de poder el paciente rechazar procedimientos de hidratación o alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de un estadio Terminal. (21)

III. En qué consiste una muerte digna

El derecho de tener una muerte digna no consiste en la posibilidad de procurar o hacerse procurar la muerte, sino de morir serena y naturalmente, en el momento en que la muerte llega, sin que nadie la adelante en forma artificial, sin sufrimientos inútiles o innecesarios. El *derecho a morir con dignidad* no está relacionado con el hecho de morir, sino con la forma de hacerlo, constituyendo una cuestión ajena a un por cierto inexistente *derecho a morir*, que es el que pretenden tener quienes dan una importancia exageradamente decisiva a la autonomía y a la libertad del paciente para decidir cuándo se le deben discontinuar los auxilios médicos. La autonomía y la libertad de las personas son derechos de menor entidad que el derecho a la vida, ya que tienen claras limitaciones (una persona no puede, por ejemplo, admitir ser vendida como esclava, ni disponer de partes no renovables de su cuerpo). Por lo que cuando la autonomía y la libertad chocan con el valor vida, deben subordinarse a ésta. Cosa que, por otra parte, así ha sido resuelto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el año 2002, en el caso de la ciudadana británica Dianne Pretty, en que dicho Tribunal afirmó el derecho de los Estados de amparar la vida de las personas bajo su jurisdicción, inclusive por sobre el derecho a la autonomía personal de los individuos. (22)

(19) CECCHETTO, Sergio, "Curar o cuidar. Bioética en el confín de la vida humana", Buenos Aires, 1999, p. 88. Conf., entre muchos otros, BARONE, Daniel, "La bioética, la muerte anticipada y el derecho", ED, 218-1059, 2.

(20) Obviamente, en tal caso la muerte no se producirá ni por enfermedad ni por encontrarse en estado vegetativo, sino por inanición y deshidratación.

(21) Véanse, asimismo, los arts. 2º inc. e) y 11º del Decreto 1089/2012, reglamentario de la ley 26.529 modificada por la ley 26.742.

(22) Dianne Pretty tenía una enfermedad neuromotora progresiva degenerativa, de la cual no tenía chance de recuperarse. La Cámara de los Lores de Gran Bretaña resolvió en el año 2001 rechazar la petición del marido de que se lo autorizara para ayudarla a suicidarse, por estar ello penado en la Suicide Act del año 1961; la Cámara hizo una

Una muerte digna no consiste sólo en la ausencia de tribulaciones externas, sino que nace de la grandeza de ánimo de quien se enfrenta a ella... Los analgésicos y la medicina paliativa por un lado, y el consuelo moral, la compañía, el calor humano y el auxilio espiritual, por otro, son los medios que enaltecen la dignidad de la muerte de un ser humano. (23) No parece haber duda de que la persona que, al asumir su condición humana, afronta con dignidad la muerte que ve próxima, llega a ella en mejores condiciones que la que solicita que acaben con su vida porque no es capaz de soportar ver llegar su propio fin. Una muerte digna no consiste en matar a la persona que sufre, a la que se encuentra gravemente discapacitada o a la que se halla en estado vegetativo. El paciente tiene derecho a oponerse a *que se ponga fin en forma artificial a su vida*, lo que significa que puede rechazar toda acción que se quiera imponer por un tercero y que lo lleve a la muerte.

Etienne Montero manifiesta que una *muerte digna*, o, dicho de otra manera, el *morir con dignidad*, significa mantener un diálogo abierto y una relación de confianza con el equipo médico, respetar la libertad de conciencia del paciente, conocer éste en todo momento la verdad sobre su estado de salud, no sufrir en forma innecesaria, beneficiarse de las técnicas médicas que alivien su dolor, decidir sobre su propio destino -aunque con ciertas limitaciones-, aceptar o rechazar intervenciones quirúrgicas y remedios excepcionales o desproporcionados. Y agrega que el presunto derecho a que el médico “ponga fin a su vida” se apoya en un concepto nuevo y peligroso de la “dignidad de la persona”, que pasa de dicha cualidad ontológica, a la noción más reciente

distinción tajante entre quitarse la vida por sus propios actos, y quitársela a través de la intervención o la ayuda de un tercero, lo que consideró ilícito, aclarando al respecto que la Convención Europea de Derechos Humanos no obligaba al Tribunal a legalizar la asistencia al suicidio. No obstante, Dianne Pretty llevó su caso a la Corte Europea de Derechos Humanos, en Estrasburgo, que rechazó el recurso, en razón de haber considerado que del “derecho a la vida” no se puede deducir un “derecho a morir”, ya sea por la mano de un tercero o por la asistencia de una autoridad pública, poniendo el tribunal el acento en la obligación por parte del Estado de proteger la vida. Señaló además que la Convención Europea de Derechos Humanos tampoco confería a un ciudadano el derecho de exigir a un Estado que le permitiera o facilitara su muerte. Sostuvo además el Tribunal que no detectaba el menor rastro de trato inhumano o degradante por parte de las autoridades británicas, y que no existía una violación del derecho de libertad de conciencia, puesto que el principio de autonomía reclamado es ajeno a la manifestación de una religión o una convicción de culto. Por último, los jueces consideraron que establecer una distinción entre las personas que pueden suicidarse y las que no, socavaría seriamente la protección de la vida y aumentaría de manera significativa el riesgo de abusos. Véase al respecto, ANTOS, Valeria, “Eugenesia y Eutanasia”, en el Diario informático elDial.com, del 08-08-2002; y LAPALMA, Juan C., en “Fin de la existencia de la persona. Límites a los actos de disposición de la propia vida”, J.A., 2004-I-815.

(23) Declaración sobre la Eutanasia, del Comité para la Defensa de la Vida de la Conferencia Episcopal Española, del mes de febrero de 1993.

de “calidad de vida,” pasando la noción de dignidad a ser subjetiva y difusa, además de relativa, en razón de ser cada uno juez de ella. (24)

Asimismo, una muerte digna requiere evitar que el paciente sea objeto contra su voluntad de experimentaciones, y de que se le apliquen técnicas médicas peligrosas o gravosas, y aunque para aliviar el dolor o el sufrimiento debieran suministrárseles drogas prohibidas o que tuvieran como efecto secundario no querido el de acortar la vida, ello puede serle practicado. Se aplica aquí la denominada teoría del *doble efecto*, en que lo querido -aliviar el dolor, que es algo bueno- es lo que se busca como efecto principal, aun cuando la droga estuviera prohibida, o el resultado secundario -un eventual acortamiento de la vida- constituya un efecto inadmisibles desde el punto de vista legal. (25) Aunque, como pone de relieve Claus Roxin, “la terapia del dolor está médicamente tan avanzada que sólo en raras ocasiones conduce con seguridad (y por lo general tampoco lo hace) a un acortamiento de la vida”. (26)

Aparte del alivio del dolor, al paciente también le asiste el *derecho de requerir la aplicación de tratamientos paliativos*, que hacen más soportable la muerte. Entre otras Declaraciones habidas al respecto por distintas entidades tanto públicas como privadas, recuerdo la expresada por el Comité Permanente de Médicos Europeos (CPME) de septiembre de 2004, en la cual, entre otras cuestiones, se afirmó que la dignidad del paciente y su derecho a la intimidad deben respetarse siempre, como también la necesidad de un mayor desarrollo y aplicación de los cuidados paliativos, lo que constituye “el deber principal de un médico y de su equipo con respecto al cuidado de

(24) “¿Hacia una legislación de eutanasia voluntaria? Reflexiones acerca de la tesis de la autonomía”, en Internet, www.udep.edu.pe/bolcapella/capinf87.html

(25) Similares son los conceptos expresados al respecto en la Propuesta conjunta de la Iglesia Anglicana y la Conferencia Episcopal Católica de Inglaterra presentada a la Cámara de los Lores, de Gran Bretaña, el 7 de julio de 1993. Jorge Kiper afirma al respecto que “nunca se debe dar clase alguna de tratamiento con la intención o el objetivo de terminar con la vida de un paciente o provocar su muerte” (“La Justicia en la sociedad que se avecina. La eutanasia”, Buenos Aires, 1997, p. 202 y sig.). Evidentemente, cuando una droga no se aplica para calmar el dolor o disminuir el sufrimiento, sino directamente con la intención de provocar la muerte, allí se ingresa claramente al supuesto de la eutanasia activa, constituyendo el acto un homicidio, aun cuando ello ocurriera por pedido del enfermo, no constituyendo un paliativo el deseo de librar al mismo del sufrimiento.

(26) “Tratamiento jurídico-penal de la eutanasia”, en Eutanasia y Suicidio. Cuestiones dogmáticas y de política criminal”, cit., p. 11. Agrega ROXIN que incluso si fuera seguro el acortamiento de la vida, no por ello debería fracasar la terapia paliativa del dolor; pues aún cuando en el caso concreto se aceptara la aceleración de la muerte, no debería hacerse ninguna diferencia por el hecho de que tal circunstancia se conozca desde el principio o se advierta con posterioridad.

los pacientes terminales...” (27) Los cuales hacen la vida más soportable a quienes sufren una enfermedad grave, al mejorar en importante medida el tratamiento del dolor.

Resulta fundamental la solidaridad que debe guardarse para con el enfermo -en especial, con el enfermo terminal-, que abre la esperanza y, tal como se ha dicho, “da la fuerza para enfrentar el momento de la última prueba, superando no sólo el dolor sino también el miedo. La medicina puede incluso superar el dolor, pero la solidaridad de la presencia puede eliminar el miedo”. (28)

Juan Pablo II ha dicho que el derecho a morir con dignidad humana y cristiana es un derecho real y legítimo que el personal de la salud está llamado a salvaguardar, cuidando al moribundo y aceptando el natural desenlace de la vida, y que hay una diferencia radical entre *dar la muerte* y *consentir el morir*: el primero es un acto supresivo de la vida, el segundo es aceptar la muerte. ♦

(27) El diario italiano La Repubblica del 18 de marzo de 2001 informa sobre la existencia de un estudio realizado sobre 900 personas, del que resultó que la causa por la cual las personas querían acelerar la muerte, consistía en el hecho de que no recibían cuidados adecuados a su estado de salud; de los 900 casos estudiados, sólo una persona pidió ayuda para suicidarse, la que luego desistió de su intención tras recibir cuidados paliativos. El estudio también mostró que el deseo de suicidio estaba normalmente presente en los primeros seis meses tras el diagnóstico de cáncer; pero que disminuía notablemente si el paciente recibía el adecuado tratamiento para el dolor (cit. por la Agencia de Noticias Zenit, del 21-04-2001).

(28) Cardenal Dionigi Tattamanzi, “Eutanasia, la Muerte Dulce”, en Internet, www.multimedios.org/docs/d000431/

IV

ACTIVIDADES DE LOS INSTITUTOS

Los comentarios que siguen resultan de los informes elevados 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 sus tradicionales sesiones de trabajo, en las que, con la participación de sus integrantes y de profesores extranjeros invitados, se examinaron diversas cuestiones vinculadas con la disciplina. Ellas fueron objeto de interesantes debates en los que se puso en evidencia tanto la capacidad como la versación de los intervinientes.

En la primera sesión del año, celebrada en mayo, se comunicó el plan de acción para el período y se comentaron diversas novedades jurisprudenciales y legislativas. A continuación el doctor Pablo E. Perrino expuso sobre el tema *“Las distintas cuestiones que plantea la nueva ley 26.854 sobre medidas cautelares contra el Estado”*. El expositor efectuó un pormenorizado examen de las modificaciones que introdujo la ley 26.854 al régimen de medidas cautelares contra el Estado, tras lo cual los asistentes participaron de un interesante debate.

En la segunda reunión, llevada a cabo en agosto, los catedráticos de las Facultades de Derecho de la Universidad de Heidelberg y de la Universidad de Huelva, doctores Eberhard Schmidt-Abmann y Javier Barnes Vázquez, respectivamente, abordaron el tema *“Innovación y reforma en el Derecho Administrativo”*. En dicha ocasión, los disertantes efectuaron un completo análisis sobre las grandes transformaciones del Estado y de la Administración en la era actual y plantearon propuestas de reformas científicas propias del Derecho Administrativo para la sistematización, revisión y mejora de sus principales instituciones. Al finalizar las exposiciones se produjo un enriquecedor intercambio de opiniones entre los integrantes del Instituto y los expositores.

En la siguiente reunión, efectuada en septiembre, el doctor Ismael Mata expuso sobre *“El actual estado empresario: régimen de contrataciones”*. El disertante efectuó una exhaustiva explicación del proceso de estatización de servicios públicos y de participación del Estado en diversas empresas privadas producido en los últimos años. Luego se examinó el peculiar régimen jurídico de las empresas de servicios públicos estatizadas. Al finalizar la disertación tuvo lugar un intenso debate de ideas entre los miembros del Instituto.

En la reunión correspondiente a noviembre, el doctor Pedro J. J. Coviello expuso sobre el tema *“El enriquecimiento sin causa en la contratación pública”*. El expositor examinó el estado actual de la jurisprudencia, efectuando una valoración de los actuales criterios adoptados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Tras la disertación se generó un amplio debate entre los integrantes del Instituto acerca de la evolución jurisprudencial y sus consecuencias en el orden de la realidad.

Finalmente, en la última sesión del año, realizada en diciembre, el doctor Juan Cruz Azzarri abordó el tema *“Reflexiones sobre el proyecto de ley de responsabilidad del Estado”*. En la oportunidad, el disertante efectuó un detenido examen de los cambios proyectados, a lo que siguió un fructífero intercambio de opiniones entre los miembros del Instituto acerca de la conveniencia de que se regule por una ley especial la responsabilidad estatal, como así también acerca de algunos aspectos de las regulaciones del referido proyecto. ◆

INSTITUTO DE DERECHO CONSTITUCIONAL “SEGUNDO V. LINARES QUINTANA”

Bajo la dirección del académico doctor Juan R. Aguirre Lanari y la subdirección del académico doctor Gregorio Badeni, las actividades del Instituto comenzaron el dieciséis de abril.

Ante la renuncia al cargo del doctor Aguirre Lanari, el académico doctor Alfonso Santiago fue designado en la Dirección del Instituto, que culminó sus actividades del año el diecinueve de noviembre.

El tercer martes de cada mes se mantuvo como día de reunión, tal como aconteció en años anteriores. En la primera sesión se acordó el plan de trabajo, se fijaron los temas y entre los miembros del Instituto se decidió quiénes los abordarían.

En la reunión de abril se acordó del plan de trabajo, los temas y los expositores; el veintiuno de mayo el doctor Jorge Diegues expuso sobre “El populismo constitucional”; el dieciocho de junio el doctor Julio Rivera (h.) abordó el tema “El uso del derecho comparado en la interpretación constitucional”; el dieciséis de julio el doctor Pablo Garat desarrolló el tema “La desfiguración del régimen federal argentino”; el veinte de agosto el doctor Alfredo Vítolo efectuó un análisis sobre “El control como parte del diseño constitucional”; el diecisiete de septiembre el doctor Alfredo Gusman expuso sobre “La autonomía municipal y sus implicancias tributarias”; el dieciséis de octubre el doctor Sebastián Elías desarrolló el tema “Emergencia y Propiedad constitucional: los jueces en la encrucijada”; el diecinueve de noviembre la doctora María Gabriela Ábalos abordó el tema “La C.S.J.N. frente a las leyes de democratización de la justicia: el fallo ‘Rizzo’ y las recientes acordadas”.

El Instituto, como en años anteriores, ha renovado en 2013 su compromiso de adhesión a los fines que estuvieron presentes al momento de su creación. Debe también señalarse que los temas han sido abordados por los disertantes dando siempre fundados argumentos y respetando la libertad académica. Al finalizar cada exposición los demás miembros del Instituto pudieron participar ya sea generando nuevas preguntas, planteando alguna objeción o efectuando algún comentario siempre en un marco de respeto y sano pluralismo.

Cabe también mencionar el sentido y justo homenaje que el Instituto de Derecho Constitucional “Segundo V. Linares Quintana” de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires tributó el trece de agosto de 2013 a quien fuera su Director, el académico doctor Juan R. Aguirre Lanari, con las adhesiones de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas y la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

En dicha ocasión, como se informa en el apartado VI de esta Memoria, hicieron uso de la palabra los académicos doctores Gregorio Badeni, Jorge Vanossi, Ricardo Haro y Alfonso Santiago. Todas las exposiciones tuvieron por eje central remarcar la destacada personalidad del doctor Aguirre Lanari, la actividad constante que ha desplegado y sus aportes a la ciencia jurídica. Al finalizar, el homenajeado expresó su agradecimiento con sentidas palabras.

La reunión inicial del año 2014 se fijó para el tercer martes de abril.

SECCIÓN DERECHO PENAL

Bajo la coordinación del doctor Lucas Lennon, la Sección quedó integrada por los miembros designados por la Academia en su reunión del veintisiete de junio.

En agosto se realizó una primera sesión, designándose secretario al doctor Carlos M. González Guerra. En esa oportunidad se resolvió que las reuniones se realizarán los primeros martes de cada mes.

Se acordó analizar algunos temas relevantes del Anteproyecto de Código Penal de la Nación elaborado por la Comisión creada por el Decreto 678/2012 que preside el doctor Raúl Eugenio Zaffaroni.

En las reuniones ordinarias llevadas a cabo el cinco de noviembre y el tres de diciembre se examinaron las disposiciones sobre “Exención o reducción de penas” contenidas en el artículo 21 del Anteproyecto, quedando pendiente la elaboración de un dictamen con las respectivas conclusiones.

En la sesión prevista para el primero de abril de 2014 expondrá el miembro Jorge Sandro sobre la regulación del dolo en el Anteproyecto y, a continuación, se efectuará un intercambio de opiniones al respecto. ◆

INSTITUTO DE DERECHO EMPRESARIAL

Bajo la dirección del académico doctor Héctor Alegria, las actividades del Instituto se cumplieron con la celebración de sesiones mensuales.

En la reunión del mes de marzo, expuso el doctor Osvaldo Marzorati sobre *“Los contratos de distribución en el Proyecto, con especial referencia a la agencia”*.

Como introducción al tema, el doctor Marzorati expresó que la idea original en el Proyecto fue incluir el contrato de suministro, entre los de distribución, pero luego fue dejado de lado, y sólo quedaron el contrato de agencia, de concesión, de franquicia y de distribución propiamente dicho.

De los elementos generales de este tipo de contratos, destacó su caracterización como contratos de duración, que se encuentran tipificados, pero no regulados legalmente.

En la regulación del Proyecto prevista, el contrato de distribución es innominado, por lo que resulta de aplicación al mismo la regla del art. 970 del Código Civil, que hay que también conciliar con la única norma específica prevista en el Proyecto para la distribución según la cual se aplica a dicho contrato las reglas de la concesión, en cuanto sean pertinentes, es decir, en cuanto corresponda. Recordó que la regla de los innominados remite a la compatibilidad.

Con respecto a la agencia, inicialmente señaló que es el único contrato de distribución regulado en forma unificada en la Unión Europea.

Asimismo mencionó que doctrinariamente se debate si se trata de un contrato de dominación empresarial o de cooperación e integración, criterio este último al que el orador adscribe.

En particular, puntualizó que el Proyecto no excluye a los servicios como objeto posible de la agencia, pero al mismo tiempo prescribe expresamente que no se aplica a muchos servicios, en la enumeración dictada por el art. 1501 del Proyecto.

Tras la exposición se generó un interesante intercambio de ideas.

En la sesión correspondiente a mayo, el doctor Osvaldo Marzorati disertó sobre *“El contrato de franquicia”*.

En la oportunidad se desarrolló un panel activo con los asistentes, luego de que el expositor formulara las cuestiones más destacadas de esta figura.

El disertante empezó por señalar la existencia de un proyecto de modificación a la legislación vigente en México, de donde extrajo una definición de franquicia que le pareció interesante de destacar, para el ulterior análisis: *“Sistema integral de control de gestión aplicado a la producción o comercialización de bienes y servicios”*.

Pasó revista de las diferentes teorías que intentan explicar la naturaleza jurídica de la franquicia.

Destacó la existencia en más de 15 países de regulaciones que establecen un sistema de información precontractual suficiente que se exige al franquiciante tabulada en la ley, que se eliminó del anteproyecto de Código Civil y Comercial, hoy proyecto debatido en el Congreso nacional, porque se aduce que el proyecto contiene ya un sistema general de la responsabilidad precontractual.

Refirió luego que en la actualidad los planteos principales en Estados Unidos sobre la franquicia son la rentabilidad y el tema del territorio.

Mientras que en Argentina el problema principal es el laboral, donde según su opinión no debería responder el franquiciante por las obligaciones del franquiciado salvo fraude, a lo que adhirió el doctor Alegria.

En junio tuvo la palabra el doctor Pablo Heredia, que abordó los *“Efectos de los procedimientos concursales en los contratos de comercialización”*.

El expositor centralizó su exposición en el contrato de concesión, repasó la jurisprudencia vinculada y mencionó que el Proyecto de Código Civil y Comercial dispone que la concesión se resuelve por declaración de quiebra firme.

Otro tema que abordó es el de los efectos de la quiebra en el contrato de concesión, y la problemática de las cláusulas con reserva de dominio hasta que se pague el precio convenido: la cuestión es si en tales condiciones, ante la quiebra del concesionario, podría volver la cosa a la concedente.

Finalmente se refirió a la cuestión de si la quiebra del concesionario podría acarrear la responsabilidad de la concedente por incumplimiento del concesionario a sus obligaciones con los clientes.

En agosto el expositor fue el doctor Ariel Dasso, quien se refirió a los “*Contratos de suministro*”.

El expositor mencionó la estructura que conforma el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, hizo un repaso de la doctrina y de los distintos aspectos del tema bajo análisis, como precio, término y los casos de incumplimiento.

En septiembre hizo uso de la palabra el doctor Martín Paolantonio, para abordar como tema el de los “*Contratos de financiación colectiva*”.

El orador inició su comunicación sobre este tema novedoso, caracterizando la operatoria como un conjunto de personas que contribuyen con poco dinero para financiar un proyecto.

Se refirió a los antecedentes del “*Crowdfunding*”, o financiación colectiva, que vinculó estrechamente a Internet, las redes sociales, el mecenazgo y el “*Crowdsourcing*”, que ejemplificó en las experiencias de desarrollo de Wikipedia y Linux.

Explicó que apareció para proyectos tecnológicos y distribución de películas, pero se puede aplicar para muchos proyectos, del campo empresarial, ONG o temas caritativos.

Opinó que en materia de distribución de valores negociables, la financiación colectiva puede representar una amenaza para determinados intereses que podrían verse incomodados por esta novedosa herramienta.

Asimismo, hizo hincapié en los desafíos e interrogantes que el tema plantea desde lo jurídico, tales como la formación de la voluntad y las responsabilidades de las plataformas, entre otros.

Como en todas las reuniones del Instituto, al término de la disertación se produjo un amplio y provechoso intercambio de opiniones.

En el mes de octubre el orador fue el doctor Ricardo Olivera García, quien expuso sobre la “*Regulación del Leasing*”.

El disertante señaló que el tema le interesó especialmente porque fue su tesis, y además participó en la redacción del proyecto de ley de leasing que fue sancionado como ley 16.072 en el año 1989 en su país, la República Oriental del Uruguay.

Evocó el origen anglosajón del leasing, lo cual impone la necesidad de ajustar los esquemas de derecho continental a las bases del contrato.

Recordó además que la figura se potenció y cobró su fisonomía actual cuando ingresaron al negocio los operadores financieros, como proveedores de los recursos financieros, sacando la figura de la esfera de las empresas productoras de estos bienes.

Se refirió asimismo a la regulación del leasing en Uruguay, sus antecedentes y modificaciones a la ley, que calificó, en términos generales, de poco prolijas.

Finalmente, reseñó el tratamiento legal del leasing en la República Argentina y consideró el leasing en el Proyecto de Código Civil y Comercial Unificado en tratamiento en el Congreso Nacional.

En noviembre, el doctor Mauricio Boretto disertó sobre *“Responsabilidad civil, laboral y concursal en la franquicia”*.

Inició su exposición calificando al contrato de franquicia como uno no regulado en Argentina pero con tipicidad social, enmarcándolo en el art. 1197 del Código Civil, en el que se considera como elemento normalmente caracterizante una relación de control del franquiciante hacia el franquiciado, que puede derivar en dominación con subordinación técnica -imposición de un manual operativo- y económica -fuerte control-, y que incluso podría producir una subordinación jurídica indirecta.

A continuación mencionó que el proyecto de Código Civil y Comercial lo regula, y destacó como elementos distintivos de dicha regulación la exigencia de que se trate de un sistema probado destinado a comercializar bienes o servicios, la existencia de una independencia entre ambas partes -de modo que no hay responsabilidad del franquiciante por falta de obtención de ganancias por parte del franquiciado-, en la que no se presume la existencia de relación laboral de los empleados del franquiciado con el franquiciante, salvo fraude; y donde los defectos o vicios del sistema que causen daños al franquiciado responsabilizan al franquiciante salvo culpa grave o dolo del mismo.

El disertante también se refirió a los aspectos vinculados a la responsabilidad y a los propios del ámbito concursal.

El Instituto publicó este año una nueva obra, que llevó por título *“Contratos y Sociedades en el Proyecto de Código Civil y Comercial”*, con colaboraciones de los doctores Miguel C. Araya, Mauricio Boretto, Guillermo Cabanellas (h), Juan Malcolm Dobson, Osvaldo Marzorati, Carlos Molina Sandoval, Ana I. Piaggi y Rubén Stiglitz.

El comienzo de las actividades del año 2014 tendrá lugar el jueves veinte de marzo.

SECCIÓN DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Bajo la coordinación del doctor Jorge Rodríguez Mancini, esta sección comenzó sus actividades en el mes de abril y las finalizó en noviembre.

La Sección dedicó sus reuniones del año al estudio e investigación de los distintos aspectos de la libertad sindical. Así, expusieron los doctores Susana Corradetti, Julio Simón, Jorge Rodríguez Mancini, Roberto Izquierdo, Ricardo A. Foglia, y Lorenzo P. Gnecco.

El año próximo continuarán las reuniones sobre otros aspectos del mismo tema central y se compilarán las exposiciones para una eventual publicación.

En cada reunión, además, se informaron y debatieron las novedades que en el campo del derecho laboral se fueron produciendo a través de reformas legislativas y sentencias trascendentes de la Corte Suprema y de los tribunales superiores.

Los miembros de la Sección coinciden en manifestar a las autoridades de la Academia su agradecimiento por la hospitalidad y facilidades que ha brindado continuamente para el desarrollo de su actividad académica.

SECCIÓN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Bajo la coordinación de la doctora María Elsa Uzal, la sección de Derecho Internacional Privado, integrante del Instituto de Derecho Empresarial de la Academia, inició sus actividades el veintiséis de octubre de 2010 y desde entonces ha desarrollado reuniones que resultaron de suma importancia para sus miembros.

Durante el año 2013 se llevaron a cabo cuatro sesiones, cada una de ellas seguida de un enriquecedor debate e intercambio de ideas, en el cual los presentes efectuaron importantes aportes.

En la primera sesión, celebrada en abril, el doctor Roque Caivano abordó como tema *“Arbitraje Internacional: novedades en el Reglamento de la C.C.I.”*.

En la segunda, realizada en junio, el doctor Alejandro Garro se refirió al tema *“El derecho comparado: para qué sirve y cómo conviene enseñarlo”*.

En la tercera sesión, llevada a cabo en agosto, el doctor Raúl Aníbal Etcheverry expuso sobre el tema *“Aplicación de los principios Unidroit 2010*

a las sociedades comerciales y a los llamados contratos de colaboración o asociativos”.

Finalmente, en la última sesión del año 2013, celebrada en diciembre, el doctor Adolfo Rouillon abordó como tema *“La quiebra del Estado”*, ocasión en la que profundizó sobre las implicancias jurídicas de las situaciones de crisis de las deudas soberanas. ◆

INSTITUTO DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

Bajo la dirección del académico doctor Hugo Caminos, el Instituto publicó en el año 2013 la obra de su integrante el doctor Pablo Ferrara, sobre *“Cooperación en la explotación de petróleo y gas en el Mar”*, que, ante las expectativas referidas al estado de exploración y explotación en nuestra plataforma continental, adquiere la mayor importancia. ◆

INSTITUTO DE DERECHO PROCESAL

Bajo la dirección del académico doctor Enrique M. Falcón, en los últimos tres años el Instituto se ha dedicado a la elaboración de un Proyecto sobre procesos colectivos que sirva de elemento para la formulación de una legislación completa y adecuada sobre la materia. La iniciativa se elevó al plenario académico, que dedicó la sesión privada del doce de septiembre a su consideración, con la decisión unánime de publicarla y darle difusión.

El proceso colectivo, si bien tiene antecedentes que pueden rastrearse desde las más remotas épocas, y que tuvo un importante cauce procesal en las "*class actions*" en Estados Unidos de América, es un producto que se fue desarrollando y formando durante el siglo XX, cuando los problemas saltaron de la esfera individual a la sociedad de masas.

La necesidad de un proceso que diese marco y cabida a las cuestiones que afectaban y afectan a grandes grupos indiferenciados se hizo patente en la medida que la fragmentación y atomización de procesos, especialmente dentro del campo de los derechos individuales homogéneos, conspiraba contra una efectiva justicia.

El proceso colectivo no puede ser desarrollado dentro del campo de los procesos individuales, pues presenta diferencias de tal grado que el tratamiento por estas vías se ve prontamente violentado por cuestiones que para el cauce tradicional del proceso individual resultan insolubles. Mucho menos se puede considerar que la vía apta para el proceso colectivo sea el Amparo (1). Ciertamente que en algún caso el Amparo podrá acoger alguna pretensión colectiva, pero esos casos serán excepcionales, cuando se den los requisitos previstos por el artículo 43 de la Constitución y un proceso colectivo adecuado no sea el cauce adecuado para resolver el conflicto, teniendo en cuenta que este proceso permite medidas cautelares y sistemas de anticipación tutelar suficientes para cubrir cualquier tipo de urgencia.

El Instituto de Derecho Procesal de esta Academia se ha avocado en estos últimos tres años, como se dijo, al tratamiento y redacción de un

(1) Los casos paradigmáticos en esta materia lo presentan los casos Mendoza y Superficiarios de la Patagonia.

Proyecto de Procesos Colectivos que pueda ser útil tanto para incorporar a un Código en particular (como el modelo Mexicano), cuanto para una legislación independiente (como el Proyecto de Procesos Colectivos del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal).

Esta última es, sin perjuicio de lo expresado, la idea del Proyecto presentado, pues avanza un paso, creando un modelo apto que permita atender las cuestiones colectivas en el campo civil y penal, que sirva de complemento o suplemento a otros procesos colectivos legislados, pero con una vía procesal insuficiente y que aplique las variantes tecnológicas modernas.

La realización del Proyecto se forjó en reuniones personales y comunicación permanente por áreas temáticas a través de Internet asignadas a varios de los miembros, luego de establecer una estructura preliminar de trabajo. Ello permitió que se trabajara libremente, sin desplazamiento y con permanente conocimiento del desarrollo de la tarea.

Yendo ya hacia la presentación del texto, debemos decir que el proceso colectivo presenta a primera vista algunas cuestiones fundamentales que consisten en la determinación específica de que significamos con proceso colectivo, la cuestión compleja de la legitimación y de la representación adecuada, la litispendencia y los efectos de la cosa juzgada, así como la necesidad de contar con un Fondo de financiamiento que elimine la necesidad económica en los casos en que la misma no puede ser alcanzada y donde por el contrario quedarían excluidas cuestiones relevantes.

Asimismo la participación inmediata del juez en el curso del proceso y las facultades particulares que este tiene para organizarlo y conformarlo se destacan como aspectos importantes en la estructura y función del sistema.

Pero si bien esos problemas fundamentales conforman el núcleo básico diferenciador del proceso colectivo, al entrar en el tratamiento material de su organización, su desarrollo y los supuestos que deben resolverse en cada caso en normas concretas, motivó un avance arduo, por la diversidad de la realidad que asoma en cada caso, en especial porque se está trabajando con cuestiones novedosas y que alcanzan a personas que no participan en el proceso.

Un planteo preliminar, también importante es el que resulta de la unidad de lenguaje en el sistema normativo. Las normas deben ser concretas, claras, concordantes y comprensibles. Se debe utilizar la misma palabra en las mismas situaciones sin importar la cacofonía. Así sólo hablamos de tribunal y no mencionamos la voz juez, entendiendo que el tribunal pue-

de ser unipersonal o colegiado. No utilizamos la palabra acción, decimos pretensión o proceso. La palabra grupo indica tanto la expresión clase o categoría que se utiliza en otros ordenamientos. Por último se pretende que la magistratura sea especializada pues por un lado cada proceso absorbe un tiempo considerable y debe prestársele una atención especial, por otro es necesario que el juez tenga la formación y experiencia necesaria para una conducción útil del juicio.

En el campo de las notificaciones y el expediente judicial nos inclinamos por organizar las bases para un expediente virtual que contenga tanto la documentación cuanto las audiencias tomadas por video grabación reproducidas en soporte informático. Ello no excluye las notificaciones iniciales que necesitan ser realizadas por cédula u otros medios adecuados, ni los documentos que se acompañan, pero ambos elementos deben ser volcados luego al soporte informático. Aquí la firma digital ocupa un campo central en la certeza de los actos informáticos.

Finalmente el desarrollo del proceso se organizó sobre la base de un sistema amplio de conocimiento, de carácter oral, distribuyéndose la competencia y respetando el sistema federal.

Así se comenzó definiendo el proceso colectivo, ya que si bien en general las definiciones no deben ocupar las normas, ello cede cuando se trata de cuestiones novedosas o se hace necesario fijar el ámbito de la cuestión a tratar. Se reguló un incidente preliminar de representación aspecto fundamental para que la misma sea adecuada, se establecieron las reglas especiales de la demanda y la contestación, la inclusión y exclusión de sujetos en el proceso, así como de terceros.

La oralidad está entendida en el sistema de un proceso por audiencias. Una preliminar y otras de vista de causa o de juicio, permitiendo la conciliación, la regulación de la actuación de los abogados del grupo, los impedimentos procesales aplicables, las pruebas, donde aparece la carga dinámica, los alegatos y sus diversas formas, la sentencia y sus efectos y alcances subjetivos, como los supuestos de jurisdicción extensiva y los modos anormales de terminar el proceso, que presentan particularidades muy específicas

A su vez los recursos, las medidas cautelares y la anticipación tutelar, la cuestión del colectivo penal, el tratamiento de los supuestos pasivos y mixtos, la ejecución de la sentencia, y el Fondo de financiamiento, constituyen hitos modulares de subsistemas que enriquecen el modelo, permitiendo solucionar aspectos de urgencia, de economía, de certeza y de acceso a la justicia, siempre con el norte de las garantías constitucionales del debido proceso.

En la iniciativa, de 72 artículos, se tuvieron en cuenta los diversos ordenamientos internacionales y provinciales, así como las leyes específicas del medio ambiente y de protección de consumidores y usuarios, la jurisprudencia de la Corte Suprema y la extensa bibliografía nacional e internacional que existe en la materia.

Entre los ordenamientos internacionales se han tenido en cuenta los de las “*Class Action*” de Estados Unidos de América en su versión actual, el Proyecto de procesos colectivos del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, la legislación de países americanos como Brasil, México, Chile y Colombia. Los ordenamientos procesales provinciales en especial el Código de Derecho Procesal Constitucional de Tucumán, los códigos procesales de Tierra del Fuego y Río Negro y otros proyectos provinciales sobre la materia. A ello podemos agregar las leyes nacionales y provinciales sobre protección del medio ambiente, con los proyectos de reforma como el del Instituto de Derecho Procesal de Universidad Nacional de la Plata, y la normativa sobre la protección de consumidores y usuarios.

En la rica temática de la Corte Suprema hemos tomando en cuenta las decisiones principales dadas en los casos que la misma ha tomado intervención donde se puede apreciar la mayor cantidad de supuestos a que debió avocar el máximo tribunal a partir de 1994 con relación a los anteriores a dicha fecha, mostrando que la impronta constitucional del art. 43 dio sus frutos y permitió, aunque interpretada de manera limitada como amparo, alcanzar ápices paradigmáticos enriquecedores de los derechos de tercera generación.

El esquema estructural del proceso colectivo puede sintetizarse de la siguiente manera: 1) *Estructura preliminar*. Modelo incidental, destinado a la determinación de la existencia de la cuestión colectiva y tipo de la misma, lo que lleva a la obtención de la legitimación y de la representación adecuada. Inmediatamente cabe establecer el tipo de proceso; 2) *Estructura intermedia*. Comprensiva de la fijación de los sujetos activos y pasivos, la notificación a los interesados, el registro. La estructura intermedia tiene una segunda parte, ya dentro del proceso que es la de la litispendencia y la prueba; 3) *Modelo final*. La sentencia, la cosa juzgada y las distintas variantes y alcance que se presentan conforme el tipo de proceso colectivo de que se trate y de la ejecución de la sentencia; 4) *Cuestiones intermedias o especiales*. Comprensivo de la posibilidad de requerir el auxilio de la jurisdicción previo al proceso por vía de medidas preliminares y prueba anticipada, por la anticipación de la tutela, por medias cautelares, por la intervención judicial; por la ampliación, restricción o partición de las medidas; 5) *Tribunales*. Si al tema se le agrega la necesidad de tribunales especiales y el tratamiento de cuestiones que exceden límites de com-

petencia territorial en las naciones y de competencia internacional entre ellas, se verá claramente que no puede introducirse este proceso en un marco sellado, sencillo y elemental, como se pretende por ejemplo en Argentina al incluirlo en el proceso de amparo; 6) *Unidad de vista*. Se previó la necesidad de adecuar permanentemente el proceso a la realidad con las distintas medidas y vías entendiendo que el proceso colectivo si bien estructural, funciona más allá de la preclusión, y adopta necesariamente un modelo de unidad de vista, lo que permite la amplitud necesaria para poder atender adecuadamente las cuestiones que presenta.

La tarea de los miembros del Instituto de Derecho Procesal de esta Corporación que intervinieron en este proyecto ha sido destacada y esencialmente útil en razón de que ellos tienen conocimiento del tema, han publicado libros, artículos, intervenido en congresos y jornadas, practicado en el campo real las cuestiones colectivas, cuestiones en las que la dirección del Instituto también ha intervenido.

No se desconocen los inconvenientes que pueda presentar el requerimiento de soluciones tecnológicas complejas, la formación de magistrados especializados, la organización administrativa destinada a la función del proceso, por lo que el Proyecto puede ser adaptado a las necesidades actuales, permitiendo la incorporación modular, aunque deberá ser claramente planificada, de elementos que permitan un proceso con vista al futuro. ◆

INSTITUTO DE DERECHO TRIBUTARIO

Bajo la dirección del académico doctor Horacio A. García Belsunce, las reuniones comenzaron en mayo, cuando se fijaron las pautas y temas de interés a desarrollar a lo largo del período académico 2013.

En la sesión de junio se elaboró una declaración sobre la ley 26.854, que regula la materia de las medidas cautelares en las causas en las que es parte el Estado Nacional.

El Instituto expresó su opinión crítica en relación a dicha ley, cuyas disposiciones ha analizado especialmente por sus implicancias en materia tributaria, en tanto tiene el efecto de limitar las potestades judiciales para el otorgamiento del resguardo rápido y anticipado que requieren los derechos de los ciudadanos, afectando así a la tutela judicial efectiva, y con ello el imperio del derecho.

En agosto el doctor Gustavo Naveira de Casanova fue invitado a exponer sobre su libro *“El Principio de No Confiscatoriedad Tributaria”*, jornada en la que a la disertación del profesor invitado siguió un rico intercambio de opiniones.

En la reunión de septiembre la doctora Fabiana Shafrik hizo comentarios sobre su libro *“La creación de la Auditoría General y su incidencia en el mejoramiento externo del presupuesto”*.

En octubre hizo uso de la palabra el doctor Alejandro Altamirano, quien se refirió a los temas contenidos en su libro *“Derecho Tributario - Parte General”*.

Finalmente, en el mes de noviembre el doctor Cristian Billardi disertó sobre el *“Tratado de Derecho Tributario Internacional”*, obra colectiva que coordina el expositor mencionado. ♦

V

OTRAS DISERTACIONES Y TRABAJOS

AÑO XIII: ¿UN CÓNCLAVE FRUSTRADO O UNA ASAMBLEA PRECURSORA?

POR JORGE REINALDO VANOSI (*)

PALABRAS PRELIMINARES

Cuando se pasa revista, a vuelo de pájaro, a la historia argentina, se observa algo que llama poderosamente la atención: es la profunda fragmentación que se ha dado entre las distintas secuencias históricas de la conformación del Estado nacional, hasta su organización definitiva, en que adquirió los rasgos y los caracteres que hoy en día ofrece. Todo aquello que en muchos Estados acontece casi simultáneamente o en un lapso razonable de tiempo, aunque prolongado pero sin grandes fracturas, entre nosotros se ha dado muy dolorosamente. En términos orteguianos, hemos tenido demasiadas “subitaneidades del tránsito”.

Veamos simplemente las fechas: la Revolución es de mayo de 1810, pero es al cabo de seis años que se consuma la Independencia; la definición política en torno a la forma de gobierno, que se confirma en el momento en el cual quedan definitivamente abandonadas las intentonas monárquicas, se concreta sólo en 1820. La definición final sobre la forma de Estado es otra de las “decisiones políticas fundamentales” que fueron menester para conformar tal Estado, llega recién con el Pacto Federal del 4 de enero de 1831 y la ulterior adhesión de las demás provincias argentinas. La organización nacional necesitó todavía veinte años más; y así sucesivamente, hasta llegar a 1880 con la solución del problema pendiente: la “Capital Federal” en Buenos Aires.

Si acercamos más la vista a la lectura de esos tramos de nuestra historia, sorprenderán las marchas y contramarchas que se producen en la etapa inicial de la década que se inicia con la Revolución de Mayo de 1810 y se extien-

(*) Disertación del Académico, con motivo de la celebración del Bicentenario de la “Soberana Asamblea General Constituyente” de 1813, en la Universidad Católica Argentina, el 14 de mayo de 2013, en representación de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas.

de hasta los episodios conocidos como “la anarquía del Año XX”. Durante ese período, el Río de la Plata experimentó las más variadas formas organizativas de gobierno; sobresaliendo la nota común a todas ellas, de su precariedad y relativa eficacia en el logro de los grandes objetivos nacionales. Pero acaso puedan considerarse como un suceso meridiano los pronunciamientos que emitió la “Soberana Asamblea General Constituyente” reunida entre 1813 y 1815 en Buenos Aires, que significaron un nuevo impulso al movimiento que había hecho eclosión en 1810, a la vez que un empujón hacia la demorada Declaración de la Independencia que finalmente se consumaría en 1816. En el justo medio de esas fechas, más allá de sus imperfecciones, quedó delineado el rumbo emancipador y bosquejada la configuración republicana de nuestras instituciones políticas y sociales, merced a las numerosas resoluciones de la Asamblea que apuntaban al imperio de la igualdad, que es uno de los pilares que sostienen a las repúblicas y las diferencias con las monarquías (éstas conservan resabios estamentales o nobiliarios).

Como es harto sabido, a la Primera Junta la sucedió la llamada Junta Grande, con la incorporación de los delegados del interior de nuestro Virreinato; y a ella la reemplazó un colegiado ejecutivo, que resultó ser el “Primer Triunvirato”. La Revolución de Mayo había quedado atrás y la mayor parte de los problemas formaban parte de una orden del día que podía ser reconocida como las “cuestiones pendientes”, a la espera de la toma de decisiones más drásticas y en consonancia con un estado de ánimo que legitimara la calificación propia de “los patriotas”.

Veamos pues cómo se desarrollaron los acontecimientos a partir de la caída del Primer Triunvirato, que por su ritmo y levedad no había satisfecho las expectativas revolucionarias y los anhelos independentistas que animaban al nuevo sector social y político dirigente: los “criollos”. Para mayor estímulo, 1812 fue el año de la sanción de la primera Constitución de España, que en Cádiz habían gestado los sectores liberales que acantonados en ese reducto hacían frente a la invasión napoleónica que destronó al absolutista Rey Fernando VII y, al mismo tiempo bregaban por el status de una monarquía constitucional con poderes limitados y libertades aseguradas por un régimen de garantías, que fuera extensivo a los habitantes de las colonias en América.

¡Cuántas ilusiones y cuántas amarguras en ese trecho de la historia! Las esperanzas de los patricios se dilataron y se contrajeron en el vaivén de las vicisitudes. Y se tejieron muchas ilusiones (el conocido wishful thinking de todos los grandes emprendedores) que se esfumaban en el corto plazo pero reanimaban cuando se pensaba y se creía en “el vuelco del destino” (palabras de W. Churchill, en las oscuridades de la guerra mundial).

Hete aquí lo que nos corresponde conmemorar hoy, a dos siglos de una reunión asamblearia que siguió en el curso de su bienio momentos de gloriosas proclamaciones innovadoras que irrumpían inopinadamente y sucediéndose sin que muchos no lo esperaban; y con descensos depresivos a la hora de las adversidades que generaban disensiones, enredos y discordias, enzarzando a sus actores, pero sin caer jamás en la insustancial oquedad en los discursos o en los manifiestos que emitían desde ese alto sitial.

Si al decir del poeta y pensador Goethe algunas veces sobran ecos y faltan voces, en el caso de la Asamblea del Año XIII se destacaron voces preclaras, animadas de ideas precisas y de fortaleza ante las adversidades del contorno, el entorno y el dintorno del convulsionado territorio del antiguo Virreinato del Río de la Plata, que ya entraba en vías de descomposición.

I.- A partir de la “revolución” del 8 de octubre de 1812 la “Logia Lautaro” cobra mayor protagonismo. Allí militan San Martín y Alvear, que juntos acababan de regresar a Buenos Aires; y que -curiosamente ambos-, provenían del norte del litoral, pues mientras que Alvear era oriundo de las Misiones (Santo Ángel Guardián), el Libertador había nacido en Yapeyú (Corrientes). Ambos eran portadores de antecedentes en las entonces calificadas como “sociedades secretas”, muy activas en Cádiz y en Londres, ciudades éstas por las que habían transitado, habiéndose contactado con Francisco de Miranda, a la sazón, uno de los adalides del pensamiento americanista revolucionario e independentista.

El 8 de octubre cuenta con el apoyo de la “Sociedad Patriótica” encabezada por Monteagudo, más los “morenistas” y las fuerzas armadas. Fue así que cae el Primer Triunvirato; y nuevamente en la historia argentina juega su papel decisivo y decisorio la institución del Cabildo constituido en “Ayuntamiento”, que finalmente designa a Paso, Rodríguez Peña y Álvarez Jonte; quienes reciben la aprobación popular por asentimiento, muy probablemente por el entusiasmo generado a partir de la perspectiva de superar “el paso vacilante” del período anterior y la demora en avanzar hacia la organización del nuevo Estado.

Y el 24 de octubre de ese año (1812) es el Segundo Triunvirato el que decide convocar a una asamblea nacional; de la siguiente forma: “Artículo 6º: Esta Capital tendrá cuatro Diputados por su mayor población é importancia política; las demás Capitales de Provincia nombrarán dos y uno cada ciudad de su dependencia, á escepción de Tucumán, que podrá á discreción concurrir con 2 Diputados á la Asamblea”. La excepción era un premio al triunfo en la batalla. Al decir de Bidart Campos, “es el primer instrumento de nuestra historia constitucional que declara caduca la au-

toridad de Fernando VII en el Río de la Plata y necesaria la organización de un nuevo estado independiente” (1). Todo daba la impresión de que se cumpliría finalmente con lo anunciado por Mariano Moreno tres años antes, en “La Gazeta”, al referirse a “las miras del Congreso a convocarse”. Pero la suerte no acompañó en este caso; y si bien muchas de sus resoluciones tuvieron la entidad de un ejercicio del poder constituyente, no llegó a consumarse el ansiado proyecto de contar con una ley suprema codificada en un solo texto.

El 31 de enero de 1813 se instala la “Asamblea General Constituyente” bajo la presidencia del diputado Carlos María de Alvear. Había en ella muchos hombres de Buenos Aires...! que representaban al interior.

¿Cómo era la “atmósfera”? Pues el Rey seguía “out”. No se lo invocó para nada y Belgrano ganaba en Tucumán y en Salta dos grandes batallas: el 24 de septiembre de 1812 y el 20 de febrero de 1813, respectivamente. Entonces, se daban las condiciones para que actuara como un Parlamento de una Nación “soberana”... Por eso mismo, el 8 de marzo decide “que los diputados de las Provincias Unidas son diputados de la Nación en general, sin perder por esto la denominación del pueblo a que deben su nombramiento, no pudiendo de ningún modo obrar en comisión.” En esto último radicaría la clave de bóveda para entender el rechazo de los diputados orientales que debían seguir las “Instrucciones” emanadas del liderazgo de Artigas.

Tenían dos grandes objetivos: INDEPENDENCIA y CONSTITUCIÓN; y el 2 de noviembre de 1812 se nombra una comisión para redactar un borrador de proyecto constitucional que se conoce con el nombre de “Proyecto de la Comisión Oficial”. Eran altos objetivos, pero no se cumplieron: quisieron pero no pudieron.

Las “Facciones” debilitaron su accionar (el “internismo” siempre presente), aunque los distintos grupos compartían en común un ideario liberal. La dificultad consistía en aglutinar, ya que eran partes cuya adhesión se quería lograr: no se trataba de un “aglomerado” formado por fragmentos unidos con poca consistencia (RAE), sino de “conglomerar” con una coherencia compacta, para lo cual debían entrar en acción sujetos “conglomerantes” que fueran capaces de dar cohesión al conjunto de los asambleístas con la finalidad de alcanzar transformaciones que dieran origen a una nueva Nación.

(1) Confr., Bidart Campos, Germán, “Historia Política y Constitucional Argentina”, Ed. Ediar, Bs. As., 1976, Tomo I, pág. 102. La elección de los diputados fue “indirecta”, con la intermediación de Juntas elegidas por cada provincia.

Y, cuando se afianzaron los “alvearistas”, algunas tácticas a seguir debieron modificarse, porque para ese entonces algo cambió: en Europa, y con secuelas negativas en Chile y en otros virreinos del Continente (Perú) con batallas perdidas.

El Ejecutivo unipersonal fue creado el 22 de enero de 1814, o sea, al año. Se creó la magistratura del “Director Supremo”; y el primero en acceder al cargo fue Gervasio Posadas, tío de Alvear, -quién éste- ejercía la veneratura de la Logia Lautaro. Al Director lo acompañaba un “Consejo de Estado” y lo secundaba un ministerio compuesto por tres “Secretarios de Estado” con la potestad de refrendación y que estaban sujetos a interpelación por la Asamblea.

II.- Cumpliendo con el decreto de los triunviros, habían sido elegidos los siguientes diputados en el territorio de las Provincias del Río de la Plata:

- Por Buenos Aires: Hipólito Vieytes, Valentín Gómez, Vicente López y Planes y José Julián Pérez (al integrarse al Triunvirato fue sustituido el 27 de febrero de 1813 por Manuel de Luzuriaga):
- Por Salta: Pedro Agrelo y José Moldes;
- Por Córdoba: Juan Larrea (al ser elegido como triunviro el 5 de noviembre de 1813, fue reemplazado por José Gregorio Baigorri, que se incorporó el 25 de agosto de 1814, renunciando el 14 de enero de 1815) y Gervasio Posadas (al ser elegido triunviro el 19 de agosto de 1813, fue designado Miguel Calixto del Corro, pero su diploma no fue aceptado y se nombró a Agustín Pío de Elía, quien se incorporó el 21 de enero de 1814);
- Por Corrientes: Carlos de Alvear (renunció el 4 de junio de 1813 y fue reemplazado por Francisco Ortiz, quien se incorporó el 18 de agosto de 1813);
- Por San Juan: Tomás Antonio Valle;
- Por Mendoza: Bernardo Monteagudo;
- Por Santiago del Estero: Mariano Perdriel;
- Por Catamarca: José Fermín Sarmiento;
- Por La Rioja: José Ugarteche;
- Por Tucumán: Nicolás Laguna (incorporado el 23 de febrero de 1813) y Juan Ramón Balcarce;

- Por San Luis: Agustín José Donado;
- Por Jujuy: Pedro Vidal;
- Por Entre Ríos: Ramón Eduardo Anchoris (incorporado el 22 de abril de 1813);
- Por Santa Fe: José Amenábar (incorporado el 22 de febrero de 1813);
- Por Luján: Francisco Javier Argerich;
- Por Chuquisaca: José Mariano Serrano y Ángel Mariano Toro (elegidos el 12 de julio de 1813 e incorporados el 25 de agosto de 1814);
- Por Potosí: Simón Diez de Ramilla y Gregorio Ferreira (elegidos el 12 de julio de 1813 e incorporados el 25 de agosto de 1814):
- Por Mizque: Pedro Ignacio de Rivera (incorporado el 15 de octubre de 1813);
- Por Montevideo: Pedro Fabián Pérez y Pedro Feliciano Cavia (elegidos el 19 de octubre de 1814, se incorporaron el 5 de enero de 1815);
- Por Maldonado: Dámaso Gómez Fonseca (incorporado el 9 de abril de 1813).

No llegaron a incorporarse a la Asamblea los diputados por Santa Cruz de la Sierra y de Cochabamba. Los paraguayos fueron invitados, pero el resultado fue por la negativa: optaron por su total autonomía, de la que jamás abdicaron.

III.- La Asamblea, al asumir declaró que sus diputados eran los representantes de las provincias que se declaraban libres y unidas del Río de la Plata; que en ella residía la representación de la soberanía del pueblo; que su instalación tenía como fin dictar una constitución y finalmente eligió a su presidente y secretarios: entre los que presidieron las reuniones de la Asamblea cabe destacar a Carlos María de Alvear, a Vicente López y Planes, a Juan Larrea y a Gervasio Posadas.

El Triunvirato decretó ese día una norma que fungió como una suerte de “ley fundamental”, particularmente por la naturaleza de la definición que contiene su Artículo 1°. Veamos:

El Supremo Poder Ejecutivo Provisorio de las Provincias Unidas del Río de la Plata; á los que la presente viesen, oyesen y entendiesen, sabed:

Que verificada la reunión de la mayor parte de los Diputados de las provincias libres del Río de la Plata en la capital de Buenos Aires, é instalada en el día de hoy la Asamblea General Constituyente, ha decretado los artículos siguientes:

Art. 1º.- Que reside en ella la representación y ejercicio de la soberanía de las Provincias Unidas del Río de la Plata, y que su tratamiento sea el de Soberano Señor, quedando el de sus individuos en particular con el Vd. llano.

Art. 2º.- Que sus Presidente sea el señor Diputado de la ciudad de Corrientes, D. Carlos Alvear.

Art. 3º.- Que sus secretarios para el despacho, lo sean los señores Diputados de Buenos Aires, D. Valentín Gómez y D. Hipólito Vieytes.

(...)

Art. 5º.- Que el Poder Ejecutivo quedase delegado interinamente en las mismas personas que lo administran con el carácter de Supremo y hasta que tenga á bien disponer otra cosa, conservando el mismo tratamiento.

(...)(2).

Del Art. 1º se desprende el apartamiento de la doctrina privatista que sustentaba la figura del “mandato”.

En parte a la prédica de Bernardo de Monteagudo (de briosa juventud, como Alvear), la Asamblea decidió ceder la iniciativa al poder ejecutivo. Suspendió varias veces sus sesiones, dejando en libertad al Triunvirato para gobernar sin limitaciones; aunque cabe recordar que la propia Asamblea había aprobado un “Reglamento de Policía Interior” para el manejo del cuerpo.

Con el transcurso del tiempo, el ritmo fue variando. El primer período, iniciado el 31 de enero de 1813, finalizó el 8 de septiembre de 1813, contabilizando 84 sesiones. El segundo período, desde el 1 de octubre de 1813

(2) Obsérvese que en todo momento se invoca a las “Provincias Unidas del Río de la Plata”. Con igual invocación fue años más tarde convocado el Congreso de Tucumán, pero reunido éste, la Declaración de la Independencia referenció a las “Provincias Unidas de Sud América”. Por su parte, el Art. 35 de la Constitución Nacional conserva la siguiente redacción: “Las denominaciones adoptadas sucesivamente desde 1810 hasta el presente a saber: Provincias Unidas del Río de la Plata, República Argentina, Confederación Argentina, serán en adelante nombres oficiales indistintamente para la designación del Gobierno y territorio de las provincias empleándose las palabras “Nación Argentina” en la formación y sanción de las leyes”.

al 8 de noviembre de 1813, contabilizó 10 sesiones. El tercer período, del 21 de enero de 1814 al 8 de febrero de 1814, totalizó 7 sesiones. El cuarto período fue extraordinario y prórroga del tercero, totalizó 5 sesiones desde el 25 de agosto al 31 de agosto de 1814. El quinto período también fue una prórroga del tercero y tuvo 5 sesiones desde el 5 de enero al 26 de enero de 1815 (3).

Las principales medidas adoptadas por la asamblea fueron dispuestas en su empujón inicial. Si bien la composición del cuerpo reflejaba diversas vertientes de pensamiento, puede decirse que la mayoría de sus decisiones respondían al ideario de Mayo de 1810, guardando coherencia con la orientación “rupturista” del viejo orden colonial. La creencia “independentista” era mayoritaria; y el sustrato o esencia que servía de asiento a las sucesivas normas que se dictaban, respondían a postulados iusnaturalistas de eminente respeto por “la dignidad de la persona humana” (Pico della Mirandola dixit) y a una estructura basada en la filosofía política del contractualismo, en línea con las ideas compartidas desde los albores de la era constitucional. Tal como lo revelan los proyectos de Constitución que tuvieron en sus manos (y que no llegaron a considerarse ni a sancionarse) estaban imbuidos de los presupuestos enunciados en los antecedentes ingleses, norteamericanos y franceses, en particular la exigencia de la separación y distribución de los poderes como medio para asegurar la mayor garantía de la libertad y los derechos del hombre (Art. 16 de la Declaración francesa de Agosto de 1789). Consagrar y practicar esos postulados no era ninguna herejía, aunque resultara asombroso a la vista de algún reaccionarismo supérstite. La propia Iglesia ha defendido aquellos principios de organización liberal del Estado (véase el “Apéndice”, al final de este trabajo). Una muestra de ese espíritu se halla en la afirmación de “que en el reinado de la igualdad, la política del gobierno debe partir del principio que el consentimiento público es la sanción suprema de la ley” (27 de febrero, 1813); y con palabras de Larrea al expresar que “así como todos somos iguales ante Dios también lo somos ante la ley”.

IV.- ¿Cuáles fueron sus principales decisiones?

Si bien la Asamblea del Año XIII no cumplió con sus dos cometidos principales que fueron la Independencia y la Constitución, logró otros objetivos de gran importancia para el desarrollo de las instituciones del Río de la Plata:

(3) Cabe señalar que durante los períodos de receso quedaba en funcionamiento una “Comisión Permanente” que atendía las cuestiones de urgencias y el seguimiento de los temas a tratar cuando la Asamblea se reuniera en plenario.

-
- Puso en ejercicio la doctrina de la representación política y los diputados pasaban a serlo colectivamente y por la totalidad del pueblo de las Provincias Unidas (8 de marzo de 1813).
 - Reconoció el principio de la soberanía de la Nación asentada en el pueblo.
 - Proclamó la libertad de las provincias rioplatenses (en algunos casos las denominaciones de “provincias” e “intendencias” se empleaban indistintamente).
 - El sello oficial de la Asamblea pasó a ser el Escudo Nacional Argentino (el sello guardaba algunas semejanzas con el adoptado por la vertiente republicana de la Revolución Francesa).
 - La composición del Himno Nacional Argentino, consagrado como única “marcha nacional”, salida de la pluma de Vicente López y Planes, con música de Blas Parera.
 - Autorizó el uso de la escarapela argentina.
 - Abolió el uso del escudo de Armas de España.
 - Mandó a acuñar la primera moneda nacional, en oro y plata (el sol incaico sustituía a la efigie del Rey).
 - Declaró fiesta cívica al 25 de mayo, que en adelante serían las “Fiestas Mayas”.
 - Dictó la libertad de vientres de las esclavas, o sea, suprimió la “esclavatura” a partir del 31 de enero de 1813.
 - Puso fin al tráfico de esclavos (aunque dispuso la devolución de los fugados del Brasil).
 - Eliminó los mayorazgos y las “vinculaciones” (sujeción de los bienes a vínculo para perpetuarlos en empleo o familia determinados por el fundador).
 - Suprimió los títulos de nobleza y la exhibición pública de los escudos de armas personales.
 - Derogó el servicio personal de los indios: la encomienda, la mita y el yanaconazgo, ratificando así el decreto de la Junta de fecha 1º de septiembre de 1811, poniendo fin así a su explotación.
 - Libró a los indios de la obligación de pagar el tributo y los reconoció hombres libres e iguales en derechos de todos los ciudadanos. Era una

forma de recordar y aplicar la bula del Papa Paulo III, del 2 de junio de 1537, que había reconocido la naturaleza humana de los que Colón llevó a Europa después del descubrimiento.

- Abolió el Tribunal de la Inquisición, dejando a cargo de los ordinarios eclesiásticos velar por las creencias religiosas.
- Determinó que la religión católica era el culto oficial del Estado; aunque por una ley posterior autorizó “adorar a Dios dentro de sus casas” a otros creyentes (sic).
- Abolió el carácter perpetuo de los concejales (concejiles) de los pueblos, a fin de reimplantar su condición electiva.
- Estableció la continuidad del régimen “regalista” del Patronato, como también puso fin a la jurisdicción del Nuncio Apostólico con sede en Madrid, para asegurar la autonomía de la Iglesia local.
- Reemplazó al poder ejecutivo colegiado, el Triunvirato, por uno unipersonal, el Directorio (con anterioridad, al reglamentar por medio de un Estatuto el funcionamiento del Ejecutivo, hizo mención del “Supremo Poder Judicial”, lo que suponía el reconocimiento del mismo con la categoría de ser uno de los tres poderes del Estado, correspondiéndole a la Asamblea la designación de sus miembros, siendo ello un dato importante a tener en cuenta en años posteriores).
- Reorganizó las fuerzas armadas y la creación de una marina de guerra (la que comandaría el Almirante Guillermo Brown, quien combatiría con éxito en las batallas navales del Río de la Plata y, más tarde, en la guerra con el Brasil).
- Promulgó el Reglamento de Justicia (1º de septiembre de 1813) prohibiendo al Ejecutivo y al Legislativo que asumieran funciones judiciales, siguiendo así los lineamientos del 25 de mayo de 1810.
- Creó las Cámaras de Apelaciones, como instancia de apelación y eliminando los recursos ante el Consejo de Indias, actuando las nuevas Cámaras con las atribuciones que poseyeron las Reales Audiencias coloniales (Marzo de 1813).
- Suprimió la práctica de las torturas y azotes; quemó los elementos de tortura en las plazas públicas; y protegió a la niñez desde el nacimiento (el bautismo con “agua tibia”...) prohibiendo los apremios físicos -golpes corporales- a los alumnos escolares.
- Declaró una amnistía para los expatriados por causas políticas.

- Enfatizó la defensa de la libertad de imprenta, siguiendo los lineamientos del decreto de la Primera Junta, del 26 de octubre.
- Ordenó realizar un censo nacional, que no llegó a concretarse.
- Otorgó franquicias para el comercio; impuso la vacunación obligatoria; secularizó los establecimientos hospitalarios; dio los primeros pasos para una futura creación de la Facultad de Medicina y la fundación de la Academia de Jurisprudencia (1815)(4).

En relación al problema de la esclavitud, los diputados promotores de su abolición anunciaron que su primera medida sería la liberación de todos los esclavos en el territorio nacional. Este anuncio provocó las airadas protestas del Brasil, el principal beneficiario del comercio negrero de América del Sur, ya que muchos de sus propios esclavos se fugarían hacia el territorio rioplatense. En consecuencia, se dictó sólo la ley de libertad de vientres: se declararon libres los hijos de los esclavos nacidos en territorio de las Provincias Unidas después del 31 de enero de 1813. La esclavitud se aboliría definitivamente con la sanción de la Constitución Argentina de 1853, en las provincias interiores, y en 1816 en la provincia de Buenos Aires al aplicarse la Constitución Nacional de 1853-1860 en toda la Nación ya unificada.

En muchas decisiones de la Asamblea campea la titularidad de los derechos por los “ciudadanos”: con la exaltación de ese título igualitario se puede encontrar otro dato de la influencia cultural de la Revolución Francesa, que impuso la grabación en los frontispicios de los edificios públicos de una inscripción que decía “nos honramos con el título de ciudadanos”.

V.- Pero no todo sería Ilusiones y optimismo. Llegarían los reveses. El pesimismo comenzó a campar, por varias razones:

1) las derrotas de Vilcapugio y Ayohuma (1º de octubre y 14 de noviembre de 1813).

2) la caída de Napoleón Bonaparte, que vuelto efímeramente al poder emitiría una Constitución de tono liberal pero de origen autocrático (1815).

(4) Las actuaciones de la Asamblea eran publicadas semanalmente en la prensa a través de “El Redactor de la Asamblea”. Entre otros, allí brilló el ímpetu y la pluma del diputado Montegudo, de incuestionable vocación revolucionaria (el diario “La Nación” publicó una edición el día que se celebró el primer centenario de la instalación de la “Asamblea del Año XIII”).

3) el retorno de Fernando VII al poder absolutista.

4) los preparativos para el envío de fuerzas a fin de reconquistar el imperio colonial comenzando por el Río de la Plata.

5) the last but not least, las “presiones” de Lord Strangford desde Río de Janeiro, que primero se explicaban -aunque no se justificaran- por la alianza de Inglaterra y España contra la Francia napoleónica, pero que luego se aplicaron para frenar el avance argentino en la guerra con el Brasil y evitar que un solo país (la Argentina) controlara ambos márgenes del Río de la Plata. Acaso también se ilusionaba con la instalación de una fórmula monárquica para “pacificar” las tierras díscolas de estas latitudes.

Ante este panorama, surgían rumores y propuestas. Una: ¿negociar? Lord Strangford la alentaba desde Río de Janeiro ¿Traer un monarca o buscar un “protectorado”? A fin de año parten Manuel Belgrano y Bernardino Rivadavia hacia Europa, para otear el panorama y procurar soluciones salvadoras.

En el Río de la Plata, surge un protagonismo más: el del caudillo uruguayo Artigas, que se haría fuerte en el Litoral, sumando varias provincias para su “causa confederal” y erigiéndose en “protector de los pueblos libres”.

El 9 de enero de 1815 se produce la renuncia de Posadas y en su reemplazo asume Alvear (hasta abril de 1815). El 26 de enero de 1815 fue la última reunión de la Asamblea; que el 15 de abril resulta disuelta, dejando en pie una pequeña Comisión a cargo de continuar con el proyecto de Constitución. El 3 de abril de 1815 había consumado el “pronunciamiento” (según el diccionario de la RAE, es el alzamiento contra el Gobierno, promovido por un jefe militar u otro caudillo/s); en el caso concreto, se trataba de la sublevación en Fontezuelas por parte de Álvarez Thomas y las fuerzas enviadas por Alvear para frenar el avance de Artigas y los caudillos del Litoral enfrentados con el gobierno central de Buenos Aires. Durante el breve período como Director Supremo, Alvear contaba con veinticinco años de edad (sic). A su caída, se exilia en Brasil, víctima de una de las tantas “volteretas” de nuestra ajetreada vida política (5).

(5) El exilio de Alvear continúa luego en Montevideo (1818), hasta su acogimiento a la amnistía dispuesta por el gobernador Martín Rodríguez (1822). La edad de Alvear es sorprendente al tiempo de su actuación; como lo serían más tarde la de José Benjamín Gorostiaga con veintinueve años, al reunirse el Congreso General Constituyente de 1853 en la ciudad de Santa Fe.

Como consecuencia de los acontecimientos, el Cabildo nombra el 18 de abril a Rondeau titular y a Álvarez Thomas interino; crea la "Junta de Observación", que dicta un anodino "Estatuto Provisional" el 5 de mayo de 1815 (que no fue "chicha ni limonada") hasta la reunión del "Congreso General", que lo modificará el 22 de noviembre de 1816.

Como puede verse, fue un tránsito muy precario; y, una vez más aparece el Cabildo "reasumiendo la autoridad" para erigir "un gobierno provisional".

Pero a pesar de todo, comienza a reunirse el Congreso que luego -ya en Tucumán- procedería a la Declaración de la Independencia, el 9 de julio de 1816. Más allá de las adversidades y de los obstáculos por doquier, no puede subestimarse el valor de la Asamblea del Año XIII que asumió la soberanía nacional, por primera vez en nombre del pueblo, y no del monarca español. En el juramento estuvo ausente el compromiso de fidelidad al rey Fernando VII de España.

La Asamblea tuvo un contenido de alcance americanista o continental que quedó plasmado en el juramento que los diputados formularon: "¿...prometen a la patria desempeñar fiel y exactamente los deberes del sublime cargo...promoviendo los derechos de la causa del país al bien y felicidad común de la América?"

La Asamblea tuvo a su cargo la dirección del gobierno de las Provincias Unidas del Río de la Plata, y durante los primeros meses de 1813 su autoridad fue muy superior a la del Triunvirato. Si bien no llegó a sancionar una Constitución, sus medidas tuvieron dos rasgos: 1) su carácter organizativo; y 2) su sentido y contenido de naturaleza republicana. Los reproches por exceso de centralismo en que se habría incurrido durante esos años, no parecen justo si se tiene en cuenta que los peligros que acechaban desde el exterior (el lejano y el cercano) sólo se podían afrontar y enfrentar con la fuerza de la unidad, comprobándose en los hechos que el esfuerzo divisional sólo aparejaba debilidad mayor. Las reyertas engendraban esferpentos. Sólo la unidad podía erigir la presencia de un titán.

VII.- Una de las primeras medidas anunciadas por la Asamblea fue la de declarar a los diputados como representantes del pueblo "de la Nación", y no, "de las provincias". Además, negó el derecho de los cabildos que los habían nombrado a reemplazarlos: era un paso importante hacia un régimen de estado unitario o federal, pero inaplicable en una confederación (como deseaba Artigas), sistema en el cual las "provincias" retendrían la soberanía. No obstante esa importante diferencia conceptual, la confusión prosiguió durante décadas y hasta nuestra Corte Suprema -instalada en 1863- llegó a utilizar el término erróneo en sus primeras sentencias, corrigiéndose algún tiempo después en que adoptó el vocablo "autonomía".

En consonancia con esta medida, el 5 de marzo de 1813 la Asamblea suspendió la incorporación de los diputados de la Banda Oriental, elegidos el 21 de abril de 1813 en el Congreso de “Tres Cruces” bajo el liderazgo de José Gervasio Artigas, expresando dudas sobre la forma seguida en la elección. Solo dos diputados habían sido elegidos por los cabildos como se había ordenado, el resto lo eran por el congreso provincial reunido en Tres Cruces. La historiografía tradicional uruguaya sostiene que eso fue así porque se rechazó la incorporación de los diputados que llegaban con las “Instrucciones” propuestas por Artigas, orientadas a declarar inmediatamente la independencia del reino de España y organizar a las provincias bajo una forma de estado confederal, organización que rompía con la centralización existente hasta ese entonces (6). Del mismo modo, las directivas “artiguistas” apuntaban a que la ciudad capital de la nueva “confederación” no coincidiera con ninguna de las capitales provinciales, lo cual significaba que Buenos Aires perdía la condición capitalina que ostentaba desde la época colonial.

A esta altura es oportuno hacer una referencia a las instrucciones de los pueblos del interior: Tucumán, Córdoba, Jujuy, San Luis, Buenos Aires, La Rioja, Potosí y la banda Oriental y al proyecto federal que los orientales citan como “tercer” proyecto constitucional. Además, es oportuno, por el momento actual, recordar, más allá de las controversias historiográficas, que las instituciones de la banda Oriental prescribían: “cada provincia formará su gobierno bajo esas bases (republicanas), a más del Gobierno Supremo de la Nación” (art. 4º) y que “Así éste como aquél se dividirán en poder legislativo, ejecutivo y judicial” (art. 5º) y que “Estos tres resortes jamás podrán estar unidos entre sí, y serán independientes en sus facultades” (art. 6º); y, respecto de la libertad religiosa, esas instrucciones preceptuaron en su art. 3º “Promoverá la libertad civil y religiosa en toda su extensión imaginable”. Las “Instrucciones” son del 13 de abril de 1813 y emanaron del “Congreso de Tres Cruces” reunido desde el 5 de ese mes y que luego crea el primer gobierno civil de la “Provincia Oriental”. Cabe señalar que en otro Congreso, que se reúne el 23

(6) La asamblea envió al diputado Pedro Pablo Vidal a tratar con Artigas, pero al no lograrse acuerdo, en la sesión del 1 de junio de 1813, confirmada el 11 del mismo mes tras un pedido de revisión, se rechazó a la mayoría de los diputados orientales. Fueron exentos de esta medida los dos diputados elegidos de acuerdo a la forma prescrita, antes del Congreso de Tres Cruces, el de Maldonado Dámaso Gómez Fonseca –residente en Buenos Aires– y el de Montevideo, Dámaso Larrañaga. Sin embargo, solo se incorporó el primero, pues el segundo no concurrió a Buenos Aires extendiendo poderes para su reemplazo al enviado de Artigas, Tomás García de Zúñiga, quien a su vez retiró el pedido de incorporación (confrontar la obra de Alberto Demicheli “Formación Constitucional Rioplatense” que se cita en la nota 8). Salta a la simple vista que la cantidad de representantes orientales daba una suma superior a la prescrita en la convocatoria a elecciones para integrar la Asamblea.

de junio de 1815 en “Arroyo de la China”, Artigas forma la primera liga federal con Santa Fe, Corrientes, Misiones y Córdoba, declarando la independencia de “los Pueblos Libres”; pero para esa fecha la Asamblea ya se había disuelto por extinción. En resumidas cuentas, parece obvio que las “instrucciones” a los diputados no se compatibilizaban con la representación “libre” que enunciaba el Art. 1º de la “ley fundamental” que se fijó la propia Asamblea. Visto a la distancia de dos siglos, mi impresión arroja una lectura de la confusión, como “el árbol que no deja ver el bosque” (sic), toda vez que el tema de fondo era sacarse de encima a “los godos” (por la dominación española) y no caer en caóticas riñas localistas. Algunas miras fueron cortas...

VIII.- Los “Proyectos” que no fueron Constitución, porque no llegaron a ser tratados por la Asamblea General Constituyente que, a la vista, no pudo cumplir ese cometido primordial –juntamente con la declaración de independencia- que habían sido fijados como objetivos al momento de su convocatoria: se considera que existieron tres Proyectos de filiación unitaria y uno de contenido federal, al que habría que sumar otro, de aplicación interna para la “Provincia Oriental” (Uruguay) de procedencia artiguista (7). En resumidas cuentas:

1) Proyecto de la “COMISIÓN OFICIAL”: respondía a las participaciones de los diputados Agrelo, Herrera, Valentín Gómez, Somellera, García, Vietes y Posadas. Su frondosidad está presente a través de 263 artículos (sic). Adopta la forma de gobierno republicana, con forma de estado unitaria y centralista; religión de Estado (católica); separación de los tres poderes; no incluye capítulo especial sobre reforma; tampoco cuenta con un título especial sobre derechos y garantías, aunque consagra varios principios al

(7) Numerosa y enjundiosa es la bibliografía concerniente a los proyectos constitucionales presentes en la Asamblea del Año XIII. Pueden consultarse textos y opiniones en: Emilio Ravignani, “Asambleas Constituyentes Argentinas”; Galletti, Alfredo, “Historia Constitucional Argentina”; “Historia de la Nación Argentina” de la Academia Nacional de la Historia, tomo 6, “La Asamblea General Constituyente” (un valioso estudio de Juan Canter); Alberto Demicheli, “Formación Constitucional Rioplatense”, Ed. Depalma; Arturo Enrique Sampay, “Las Constituciones de la Argentina (1810-1972)”, Ed. Eudeba; Ricardo Levene, “Historia del Derecho Argentino”; Germán Bidart Campos, “Historia Política y Constitucional Argentina”, Ed. Ediar; etc. Con motivo del “Bicentenario” (2013) hay nueva literatura alrededor de la “Asamblea del Año XIII”: así, el 31 de enero último se publicó en La Nación un enjundioso artículo de José Claudio Escribano titulado “Lo mejor del espíritu de Mayo”. Acaba de aparecer el libro de Pablo Camogli, “Asamblea del Año XIII. Historia del primer Congreso Argentino”, Ed. Aguilar, Bs. As., 2013, que en doscientas cincuenta páginas recoge el historial y desarrollo de la Asamblea, sus éxitos iniciales y su fracaso ulterior, todo ello desde una perspectiva no precisamente liberal, sino más favorable a las posturas de Artigas y de los caudillos insurrectos del Litoral.

respecto. El poder legislativo es bicameral (los diputados por dos años y los senadores por seis); elecciones indirectas; preveía una Corte Suprema y tribunales provinciales. No explícita un capítulo sobre provincias; el pueblo elegía directamente las autoridades municipales. Poder Ejecutivo compuesto de triunviros, con ministros y un Consejo de Estado. Merece destacarse que este proyecto radicaba el ejercicio del poder soberano en los tres poderes del Estado, incluyendo al Judicial en tan importante definición (en Europa estaban lejos de esa concepción).

2) Proyecto de la “SOCIEDAD PATRIÓTICA”: intervinieron en su redacción Juan Larrea, Francisco Planes, Tomás A. Valle, Antonio Sáenz y Bernardo Monteagudo (que presidía la Sociedad). Su texto no le va a la zaga del anterior, desde que lo componen 211 artículos. Establecía un régimen de república unitaria y centralista. La soberanía emanaba de la “asociación general” a través de representantes legítimos. La religión católica como religión de Estado. División tripartita de los poderes. No contemplaba la reforma constitucional. Incluía un capítulo o sección especial referente a la seguridad individual y las libertades. Poder Legislativo bicameral (dos años los representantes y seis años los senadores). Elecciones indirectas. Poder Ejecutivo presidencialista (con vicepresidente y secretarios de Estado). Incluía un “Supremo Poder de Justicia” (nueve jueces) y salas de apelaciones provinciales. En las provincias actuaban “Prefectos” con funciones administrativas y para cumplir las órdenes del Gobierno nacional. Los prefectos eran nombrados por el Presidente, de ternas elevadas por los municipios, que eran elegidos por el pueblo (“los pueblos”).

3) Proyecto “ANÓNIMO”: del 27 de enero de 1813: se atribuye a Valentín Gómez, Tomás A. Valle, Pedro Vidal, Ramón Eduardo Anchoris y Vicente López, aunque existen discrepancias entre los historiadores acerca de la originalidad de este texto. Fue presentado como una mixtura de los anteriores, con preferencia por un Ejecutivo de triunviros, con el acople del gabinete ministerial. Forma republicana y Estado unitario. Aceptaba el principio del ejercicio delegado de la soberanía popular a través de representantes que expresaban la “voluntad general”. Religión de Estado (católica). División tripartita de los poderes. Contemplaba la reforma constitucional. Incluye un capítulo primero dedicado a la libertad y los derechos, su protección; y enuncia principios morales. Esta Constitución llevaba un Preámbulo. Poder Legislativo: bicameral. Régimen electoral indirecto. Poder Ejecutivo de tres miembros, con cuatro secretarios de estado. Poder Judicial -como “Poder”- con “Supremo Tribunal de Justicia” y órganos equivalentes en las provincias, que debían actuar en sesiones públicas. Este Proyecto de Constitución no contenía normas específicas sobre las provincias, pero preveía un régimen municipal de “Ayuntamientos” con alcaldes y regidores de elección popular.

4) Proyecto "FEDERAL", presentado por el diputado Oriental Felipe S. Cardozo, que combina antecedentes propios de una "confederación" con normas de estructura "federal" propiamente dicha. Es de neto corte "artiguista", con fisonomía de "pacto" y de "liga", de letra y espíritu republicano. Va más lejos que la "autonomía": las provincias retienen su "soberanía" e "independencia", perteneciéndoles todo el poder no delegado. No establece religión de Estado, aunque recomienda a la católica como la preponderante. Adopta la división tripartita de poderes, con plena separación. La constitución podía reformarse con mayoría calificadas del Congreso (dos tercios) y las Provincias dictarían sus propias Constituciones locales. Este Proyecto cubría ampliamente el régimen de derechos y garantías, incluyendo la portación de armas y la formación de milicias. Entre los "principios" enunciaba la "felicidad" y la "prosperidad" (probablemente haya influido el pensamiento "jefersoniano" de la Declaración de la independencia de los Estados Unidos de Norteamérica). En cuanto al Poder Legislativo, era bicameral: representantes y senadores, ambos elegidos por el pueblo. Los demás cargos, por elecciones indirectas. Poder Ejecutivo presidencialista, sin reelección y con rotación entre las Provincias. Poder Judicial independiente: "Corte de las Provincias Unidas" y tribunales de las provincias. Cada provincia organiza su régimen municipal.

VIII.- Demasiado se le han "cargado las tintas" a Alvear por el fracaso de la Asamblea del Año XIII. Y como en los casos de frustraciones anteriores y a partir de la Revolución de Mayo de 1810, los reemplazantes de los antecesores siempre intentaron enjuiciar y responsabilizar a aquéllos, con toda clase de reproches y hasta vejámenes. Igual intento aconteció después de la disolución de la Asamblea, con sus integrantes (que fueron sometidos a investigación y enjuiciados); y hasta con Alvear, que sólo llegó a ejercer el Directorio por escasos meses. Las rivalidades, envidias y enconos fueron mayúsculos durante la década inicial del gobierno Patrio, hasta culminar con la desdichada "anarquía del año XX" que llevó a exclamar a Belgrano- en su lecho y agonía- "pobre Patria mía".

Ya el año 1820 había comenzado con profunda crisis, con la caída del Directorio a raíz de la primera batalla de Cepeda, que arrastró consigo la disolución del Congreso, la inaplicación de la Constitución de 1819 y -como dato positivo- el fracaso de las "tentaciones" monárquicas: por lo menos, triunfaba la idea republicana en el Río de la Plata.

De Carlos Alvear se dijo de todo: ambicioso, intrigante, faccioso, en competencia con San Martín y en connubio con Inglaterra, "traidor a la patria" y otros improperios. Pero nadie podrá negarle su triunfo en la ocupación de Montevideo (aún en manos españolas) el 20 de junio de 1814; su gloria en la batalla de Ituzaingó en la guerra con el Brasil el 20 de febre-

ro de 1827; y su desempeño en la embajada ante los Estados Unidos desde 1837, hasta su muerte en New York en noviembre de 1852 (8). En etapas sucesivas, mereció el respeto y la consideración de dispares gobernantes, como Rivadavia (de quien fue ministro y comandante en jefe), de Rosas (que dos veces lo nombró embajador) y de Urquiza (que lo confirmó en el cargo).

En la Historia -que nunca se termina de escribir- se perfilan personalidades que despiertan para siempre empatías o antipatías, a veces con razones fundadas y objetivas y otras veces con tránsitos de “filias” y de “fobias” que circulan por los recovecos de la buena o mala imagen que le deparen sus biógrafos. Pueden haberse rozado caracteres individuales distintos y distantes en el momento de la acción, pero animados por ideas y proyectos afines en la perspectiva de su faz sustancial. Resulta difícil encontrar figuras totalmente idénticas entre sí. San Martín, Alvear y Artigas -por mencionar un caso- compartían el patriotismo y el republicanismo, al margen del estilo diferente de sus posturas. Cada uno de ellos alcanzó un estrellato bien merecido, reconocidos más tarde o más temprano por sus compatriotas.

Con la Asamblea del Año XIII habrá que enfatizar en su recordación del bicentenario, que fue un acontecimiento decisivo y revolucionariamente irreversible en la década de 1810 a 1820; e intermedia en el tiempo que va de Mayo hasta la Independencia, pues si bien no alcanzó a sancionar una Constitución ni a formalizar la Emancipación colonial, promulgó un conjunto de normas y decisiones políticas fundamentales cuya sustancia “constituyente” precluyeron definitivamente aquella etapa colonial y nos comprometieron con la esencia republicana. Es innegable que fue un meridiano en la vida de la Patria; y si no pudieron hacer más, ello se debió a la gravísima situación externa y al caos interno, que condicionaron la acción de gobernantes y asambleístas que disponían de un poder tan endeble.

Reflexión final

A) De las tres opciones constitucionales ofrecidas -pero no tratadas- en la “Asamblea del Año XIII”, al cabo de los años la más viable resultó ser la

(8) Alvear cumplió también importantes gestiones en Londres, que condujeron al reconocimiento de nuestra Independencia; como asimismo con el Presidente Monroe en los EE.UU.; y ante Simón Bolívar (para equilibrar el avance de Brasil en América del Sur). De acuerdo a la obra de Alcibíades Lappas “La masonería argentina a través de sus hombres”, Buenos Aires, 1966 (2ª edición), San Martín y Alvear compartieron su militancia desde su iniciación en Europa (Londres) y en Buenos Aires se pusieron en contacto con el Dr. Julián B. Álvarez, venerable maestro de la “Logia Independencia” (ob.cit., pág. 351).

del modelo “federal” de los Estados Unidos, habida cuenta que el unitarismo (1819 y 1826) no era aceptado por “los pueblos” y que la idea “confederal” de Artigas no perfilaba un fácil andamio si se toman en cuenta las tendencias anárquicas de los caudillos de aquella época. Basta señalar que el régimen de Rosas se mantuvo con una alta centralidad.

La pregunta que se impone es la siguiente: ¿por qué el Estado Federal triunfa en algunas partes y se frustra en otras?

El resultado es desparejo y los balances son dispares. Ello se debe seguramente a lo que los italianos llaman *La vendetta dei fati*, una venganza de los hechos contra el derecho, una venganza de las realidades contra las aspiraciones de los constituyentes.

Creemos que no existen fórmulas milagrosas, ni recetas infalibles, para compaginar ambos aspectos. En primer lugar tales fracasos se deben a la ignorancia de los datos de la realidad. Cuando un sistema fracasa, cuando no responde a las previsiones constitucionales, ha habido alguna falla en esas previsiones o en las ambiciones del legislador que dictó las normas de implementación. Ignorar los datos de la realidad es uno de los peores pecados que puede cometer el gobernante o el constituyente. También lo es querer importar o exportar fórmulas constitucionales que responden a realidades distintas.

Así, si examinamos el modelo de Estados Unidos, cabe preguntarse el porqué tuvo tanto éxito en aquel país el sistema federal. Ese hallazgo original fue una creación *ad hoc* para superar un conflicto político concreto que tenían las trece colonias al momento de su independencia, que no podían resolver con un Estado Unitario, no con los “artículos de Confederación y perpetua unión”, que los iba llevando a una paulatina frustración y acaso a su disolución como país. El Estado federal no fue ideado por los autores doctrinarios (no estaba previsto en los libros...) sino que fue una creación imaginativa y realista de quienes reunidos en Filadelfia para “perfeccionar la Confederación” decidiera archivar esa idea y fortalecer un poder central.

En la Argentina, tenemos que buscar las razones para detectar los resultados.

Uno que pocas veces se menciona es el olvido del factor dimensión geográfica; y junto a la enorme extensión de nuestro territorio, la poca población existente a mediados del siglo pasado, las grandes dificultades en las comunicaciones, etc. Todo ello tuvo consecuencias opuestas a las expectativas de que esa dimensión territorial fortaleciera a los localismos. Por eso nos quedamos en un federalismo puramente histórico, sentimental,

avocativo de aquella dimensión, de aquel aislamiento, de aquel localismo. La única excepción rescatable -en los debates de la primera mitad del siglo pasado- fue la de ese Federal “doctrinario” que era Manuel Dorrego.

Dorrego, fue Diputado en el Congreso que sancionó la Constitución de 1826, unitaria y repudiada por los pueblos. Reivindicó la necesidad de una regionalización, sobre la base de la paridad de fuerzas y de posibilidades poblacionales, económicas, sociales y de recursos, entre las que serían las partes componentes de la Nación. Advertiría que sin eso, tendríamos un esquema federal puramente nominal, ilusorio, abstracto, sin fuerza suficiente para apoyar en los hechos y en las realidades, el poder político que se estaba creando a través de la Constitución.

Creemos que hoy hay que redescubrir esa dimensión regional pues tiene su ventaja y su justificación, las cuales se pueden resumir en tres puntos:

- La coordinación para ahorrar esfuerzos, es decir para evitar en definitiva una evasión o una dispersión de elementos que puedan hacer fracasar la eficiencia global del sistema.
- El equilibrio de situaciones económicas que sean exclusivamente asimétricas. La realidad de los países federales ofrece a menudo la asimetría de desequilibrios consistentes en mucha población, en mucha concentración y mucho aislamiento. En definitiva, todo lo que se ha ido desarticulando como consecuencia de la vida económica, social y cultural, de una manera indetenible.
- Asegurar una cierta igualdad de oportunidades, que también vale para la coexistencia y el crecimiento de las realidades estatales en un marco de descentralización territorial. La igualdad de oportunidades no solo es un dato para el goce efectivo de los derechos individuales y sociales, sino también para las regiones. La igualdad de oportunidades es un integrante fundamental en el equilibrio federal y, si las partes componentes no la perciben, su desaliento lleva fatalmente a una frustración.

B) ¿Y? Para llegar a la Constitución con vigencia efectiva, habría que aguardar: no lo fue con la Asamblea del Año XIII (por disolución del cuerpo “constituyente”); no corrió mejor suerte la redactada por el Congreso de la Independencia en 1819 (por caída del poder central); tampoco tuvo éxito el texto brillante pero desacertado de 1826 (por el rechazo de las provincias, con excepción-¡oh ironía paradójica!- de la Oriental uruguaya); en cuanto a la de 1853 sólo rigió en el ámbito de la llamada Confederación (por desunión, al secesionarse Buenos Aires); y recién en 1860 (reformas mediante) se concluyó el proceso consti-

tuyente originario ¡Cuántas “vicisitudes”! Y no faltaron los hombres ilustres e ilustrados que operaron en cada una de esas circunstancias. Estaban ausentes dos factores que protagonizaron las frustraciones: la sensatez entre los opositores y el contacto con la realidad en el círculo de los gobernantes. Tan solo y a partir del Pato de San José de Flores (11 de noviembre de 1859) se pudieron reunir con magnanimidad el buen criterio y la percepción de la “futuridad”. Los acuerdos y consensos aseguraron así la viabilidad de una Ley Suprema para la Nación Argentina, lejos ya de la ambicionada entidad de las Provincias Unidas de Sudamérica, que fueran glorificadas en la letra del Himno...en 1813. En tan largo trecho, como en el curso de un río lleno de meandros, con líneas sinuosas y repetidas, al cabo se dio término al erizo espeluznante de la “guerra civil” que espantaba al interior y al exterior. Quedaron superados los esperpentos del desaliño institucional y del grotesco fantasma de la anarquía. Se habían padecido muchas lubricidades por vicios y lujurias con afán de tiranizar; como que no faltaron personajes ruines o bellacos en uno u otro bando; pero a la postre triunfaron los ideales de la arquitectura y la ingeniería constitucional que hicieron surgir “la nueva y gloriosa Nación”. Si los cimientos fueron buenos, pues entonces revivifiquemos la obra.

IX. - APÉNDICE: Merece recordarse el pensamiento de la Iglesia, a través de Encíclicas Papales, sobre dos temas esenciales, de los que con anterioridad se preocuparon y se ocuparon tanto la Revolución de Mayo cuanto la Asamblea del Año XIII:

1) ESTADO DE DERECHO Y DIVISIÓN DE PODERES

“León XIII no ignoraba que una sana teoría de Estado era necesaria para asegurar el desarrollo normal de las actividades humanas: las espirituales y las materiales, entrambas indispensables (Cf. Enc. Rerum Novarum: l.c., 126-128). Por esto en un pasaje de la Rerum novarum el Papa presenta la organización de la sociedad estructurada en tres poderes –legislativo, ejecutivo y judicial–, lo cual constituía entonces una novedad en las enseñanzas de la Iglesia (Cf. Ibid): l.c., 121 s.) Tal ordenamiento refleja una visión realista de la naturaleza social del hombre, la cual exige una legislación adecuada para proteger la libertad de todos. A este respecto es preferible que un poder esté equilibrado por otros poderes y otras esferas de competencia, que lo mantengan en su justo límite. Es éste el principio del “estado de derecho”, en el cual es soberana la ley y no la voluntad arbitraria de los hombres”.

JUAN PABLO II, *Centesimus annus* 44.

2) DIVISIÓN DE PODERES. CONCORDANCIA CON LA NATURALEZA HUMANA

“En realidad, para determinar cuál haya de ser la estructura política de un país o el procedimiento apto para el ejercicio de las funciones públicas, es necesario tener muy en cuenta la situación actual y las circunstancias de cada pueblo; situación y circunstancias que cambian en función de los lugares y de las épocas. Juzgamos, sin embargo, que concuerda con la propia naturaleza del hombre una organización de la convivencia compuesta por las tres clases de magistraturas que mejor respondan a la triple función principal de la autoridad pública; porque en una comunidad política así organizada, las funciones de cada magistratura y las relaciones entre el ciudadano y los servidores de la cosa pública quedan definidas en términos jurídicos. Tal estructura política ofrece, sin duda, una eficaz garantía al ciudadano tanto en el ejercicio de sus derechos como en el cumplimiento de sus deberes.

JUAN XXIII, *Pacem in terris* 68. ◆

FEDERALISMO FISCAL ARGENTINO. ASPECTOS CONSTITUCIONALES

POR JORGE REINALDO VANOSI (*)

I. Introducción

Así como se afirmó hace más de un siglo que “no puede haber una buena economía si no se cultiva una sana política” (Alem); del mismo modo se puede sostener —concomitantemente— que ya no cabe concebir un Estado de Derecho que no cuente con la nota de su funcionalidad. El ser “funcional” es algo indispensable para asegurar el éxito de la gestión, pues se trata de una obra que —enhebrando la técnica con la política— debe asumir eficazmente el deber de resultar “adecuada a sus fines” (RAE). Estas son las razones por las que hacemos uso de los términos “ingeniería” y “arquitectura” como aplicables al orden constitucional del Estado, en tanto y en cuanto la primera nos conduce a la tecnología y la segunda nos lleva por la senda del arte de construir. Si se entiende por “génesis” la serie encuadrada de hechos y causas que conducen a un resultado (confr. RAE), pues entonces resulta obvio que el desenvolvimiento de la era constitucional está jalonado por los sucesivos avances en la construcción y en la reformulación (y remodelación) de piezas y principios manejados por ingenieros constitucionales (“el que discurre con ingenio las trazas y modos de conseguir o ejecutar algo” - RAE) y por arquitectos constitucionales (en que el “arquitecto” modela el Derecho con una visión “arquitectural”). En última instancia, el acierto y el éxito de esa tarea interdisciplinaria dependerá siempre de la buena “química” que acompañe a la conjunción de esfuerzos provenientes del conocimiento técnico y de la formación política, habida cuenta que entre las acepciones que registra el vocablo aludido (la “química”) una de ellas alude a la relación de peculiar entendimiento o compenetración que se establece entre varios componentes o protagonistas (5ª acepción).

(*) Exposición del Académico, Jorge Reinaldo Vanossi, en la Jornada Interacadémica sobre “El Federalismo Fiscal Argentino”, 26 de junio del 2013, organizada por la Academia Nacional de Ciencias Económicas, actuando en representación de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires (Bloque II).

La conclusión de este modesto aporte es que el constitucionalismo no puede ni debe desentenderse de la técnica, si por ésta se remite a un “conjunto de procedimientos y recursos de los que se sirve una ciencia o un arte” (RAE), del mismo tenor que la tecnología endosa a un “conjunto de teorías y de técnicas que permiten el aprovechamiento práctico del conocimiento científico” (ídem). Tuvo y tiene la razón el Académico Segundo V. Linares Quintana al titular su obra proverbial, como “Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional”, pues de eso se trata; ya que es “proverbial” por ser muy notorio, conocido de siempre y consabido de todos que el derecho constitucional debe contar con la cualidad de “cientificidad” para poder ser considerado tal, pues de lo contrario es nada.

La futuridad de la era constitucional es una incógnita: se desconoce. Es, en el mejor de los casos, una ecuación a resolver; un problema a despejar; o una tarea de “prospección” a encarar como una “exploración de posibilidades futuras basada en indicios presentes”, sin ilusiones exageradas, aunque con fe y esperanza. No se trata de intentar aventuras “aspiracionales” inspiradas en catálogos de ilusiones (sic); ni de la instalación de nuevos mitos; ni de la restauración de viejas ideologías. La axiomatización es simple: lo incontrovertible y evidente, que consiste en preservar los postulados constitucionales que han dado basamento axial y fundamental a la construcción del Estado de Derecho, la democracia constitucional, el rule of law y los principios insoslayables de la forma republicana de gobierno. Si así se hace, no hay misterios. Como nos enseñaron: la verdad es lo que es. (1)

II. El federalismo fiscal

“La historia de los Estados Unidos reconoce que la incapacidad de los artículos de la Confederación para asegurar un adecuado apoyo financiero al gobierno central fue una de las principales causas del fracaso de la Confederación. Hoy sería más adecuado preguntar si bajo nuestro sistema federal los métodos financieros locales y estadales pueden soportar la demanda pública de servicios gubernamentales. La impotencia financiera del gobierno central es sólo un viejo recuerdo recogido por los libros de historia. Sin embargo, todavía hoy existen movimientos que tienen como declarado propósito socavar los poderes financieros del gobierno nacional. Parecería que los aspectos fiscales del federalismo son algo más que un problema interesante”. ROY BLOUGH, Aspectos fiscales del federalismo, en *Práctica del federalismo*, Ed. Bibliográfica Argentina, p. 416. (2)

(1) Véase, VANOSI Jorge Reinaldo, “La funcionalidad del Estado de Derecho como obra de ingeniería y arquitectura constitucional” en “Anales” de la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires, 2011.

Quizás uno de los problemas más agudos que oportunamente planteó el federalismo a la ciencia y técnica constitucional fue el de la existencia de un doble poder impositivo, a repartirse entre la Unión y los Estados. Mientras que en el Estado unitario o “consolidado” el sujeto de la obligación tributaria debe pagar a un solo poder recaudador (el Estado nacional); en los países federales, un mismo pueblo contribuyente debe hacerlo doblemente: al poder nacional y al Estado provincial ¿En qué forma y con qué medida? Ya fue comentado por Hamilton en el capítulo XXX de *El federalista*, cuando esgrimió su crítica al fracasado sistema de las “cuotas y requisiciones” practicado por la Confederación. En esa materia, creía Hamilton que el peligro que más amenazaba el bienestar político de la joven República era el de que los gobiernos estaduales acabasen por minar los cimientos de la Unión. Por ello, era menester concederle a ésta un “poder general” para crear impuestos, vale decir, una jurisdicción concurrente en materia de recursos, que al mismo tiempo que preservara las fuentes propias y originarias de los Estados, pusiera fin a la precaria situación según la cual los ingresos de la Unión dependían de la gestión intermedia de sus miembros componentes, que era los encargados de la recaudación, ya que el Congreso de la Confederación solamente fijaba las sumas.

Este problema distaba mucho de ser una mera cuestión académica; y si bien no tenía la resonancia ideológica que luego adquiriría el debate sobre la doble soberanía en el Estado federal, sí tenían consigo la repercusión económica y política que implica toda distribución de poderes impositivos entre la Nación y los Estados. Para mejor comprenderlo, es menester ubicarse en ello: se trataba —nada menos— de la creación de un Estado, la Unión o Estado nacional, el cual, como todo Estado, no es posible concebirlo sin recursos, o sea, con los medios financieros necesarios para su existencia y que le permiten subsistir frente a sus gastos. Es decir, según la acertada frase de Alberdi, que “no hay poder donde no hay finanzas”, que “tesoro y gobierno son dos hechos correlativos que se suponen mutuamente”. (3) Y el aserto tuvo también su nota de sangre, puesto que el proceso histórico que culminó con la Constitución nacional fue la síntesis de una enconada lucha a la que no permanecieron ajenos los antagonismos financieros, las necesidades tarifarias y los requerimientos proteccionistas de las provincias del interior. Su estudio merece capítulo aparte, para lo que nos remitimos —en la referencia histórica— al valioso aporte de Miron Burgin titulado *Aspectos económicos del federalismo ar-*

(2) Véase, VANOSI Jorge Reinaldo, “Situación actual del federalismo”, Depalma, Buenos Aires, 1964, Capítulo VII.

(3) Confr. LINARES QUINTANA, Segundo V., “El poder impositivo y la libertad individual”, Ed. Alfa, Bs. Aires, 1951, de pp. 78 a 135, con amplia información sobre el tema.

gentino (Hachette, 1960), que constituye una autorizada fuente de estudio del período que se inicia con la Independencia y se consuma con la caída de Rosas.

El sistema impositivo de la Constitución (arts. 4º, 9º, 10, 11, 12, 16 in fine, 17 tercer párrafo, y 75 incs. 1, 2, etc.) se ha visto desbordado por la realidad económico-financiera actual; y esto no es de hoy, sino desde varias décadas atrás, como consecuencia de cambios y vicios de estructura hondamente arraigados, a la vez que por un considerable aumento de los gastos del Estado nacional, que continuamente se ha visto obligado a proceder a la prestación de nuevos y costosos servicios en el ámbito de todo el territorio nacional. Esa situación deberá fatalmente ser asimilada y traducida en nuevas normas por el poder constituyente, para legitimar y encauzar las medidas dictadas por los poderes constituidos, muchas veces en exorbitancia de sus limitadas atribuciones. En síntesis, se trata del ajuste entre la distribución de los poderes impositivos y la división vertical del poder; que en la Constitución vigente es así:

A la <i>Nación</i>	{ contribuciones indirectas (concorre con las provincias); contribuciones directas (excepcionalmente); derechos aduaneros.
A las <i>provincias</i>	{ contribuciones indirectas (concurren con la Nación); contribuciones directas (originariamente) (4)

El principal problema se plantea con las contribuciones directas, que según el inc. 2 del art. 75 sólo corresponden a la Nación “siempre que la defensa, seguridad común y bien general del Estado lo exijan”, y así “por tiempo determinado y proporcionalmente iguales en todo el territorio de la Nación”. Y la realidad demuestra que desde 1932 el impuesto a la renta (hoy “ganancias”) es un recurso en manos exclusivas y excluyentes del Tesoro nacional, por obra y gracia del Congreso —que así lo dispuso— y de las mismas provincias, que lo aceptaron ratificando la ley-convenio. Las

(4) Téngase en cuenta cuál fue la opinión de Gorostiaga (sesión del 22 de abril) al tratarse el art. 4º, por tratarse del principal redactor de la Constitución. En esa oportunidad dijo que “... siendo el segundo, de las demás contribuciones que equitativa y proporcionalmente a la población imponga el Congreso General, uno de los recursos que quedaba a las Provincias, era natural que no se echase mano de él sino en circunstancias muy excepcionales”.

provincias, que según el art. 125 cuentan con sus “recursos propios”, cada día se refugian más en las cuotas que les corresponden según las leyes de unificación de impuestos (v.gr., internos) y su consiguiente “coparticipación”. Todas ellas son enfáticamente llamadas leyes de “excepción”, con duración de plazo determinado, pero que se descuenta su ratificación. (5)

Otro ejemplo es el de los “subsidios” a las provincias, que veremos enseguida. Pero el caso más detonante es, como se ha dicho, el del impuesto a la renta en manos del Tesoro nacional y con carácter permanente. Parece una sentencia definitiva —amén de su profunda significación— aquella observación de Karl Loewenstein según la cual “un Estado con un impuesto federal a los réditos, ha dejado ya de ser un Estado federal genuino. (6) En rigor de verdad, el desfase comenzó mucho antes, cuando la ley 12.139 del año 1934 dispuso la unificación de los impuestos internos al consumo, con la “libre adhesión de las provincias y la consiguiente distribución de los recursos entre el Gobierno Federal y las provincias”. Era una “ley-convenio” que incluía la renuncia de las provincias a percibir impuesto sobre los mismos productos; regía por diez años, pero era renovable. Y eso fue...! Otro tanto sucedió con el impuesto a los réditos (ley 11.682 que ratificó un Decreto del año 1932). Y de ahí en más, ya se trate de contribuciones directas o indirectas, el sistema de “centralización” ha ido avanzando con “leyes de emergencia” mediante, cuya numeración es suficiente para poner en evidencia la continuidad de un proceso unificador: ley 14.390, ley 14.788, ley 16.877, ley 17.129, ley 20.221, ley 23.030,... etc., etc.; con algunos vaivenes, pero donde la tendencia se impone: o sea, que en el reparto de la “coparticipación” proclamada, el poder central se queda con “la parte del león” y queda para los poderes provinciales “la parte del ratón”. Lejos estamos del fifty and fifty, que dicho en criollo sería “el mita y mita” (sic).

Asimismo, esa tendencia se impone por múltiples razones convergentes y que están avaladas, además, por el elevado tecnicismo que van requi-

(5) Tal como lo acredita la ley 16.453, de coparticipación establecida por la ley 14.788 (réditos, ventas, beneficios extraordinarios y a las ganancias eventuales) y así sucesivamente hasta llegar a los “parches” y “remiendos” del régimen vigente, tal como lo acredita la profusa normatividad.

(6) Citado por FREUND, Paul A., en “Arbitrando el sistema federal”, en “Práctica del federalismo”, Ed. Bibliográfica Argentina, p. 189, que se desprende de las leyes siguientes: ley 23.548 (modif. por ley 25.049); Acuerdo entre el Gobierno Nacional y los Gobiernos provinciales (Pacto I); Pacto Federal para el Empleo, la Producción y el Crecimiento (Pacto II) aprobado por ley 24.699; ley 25.235, Compromiso Federal del 6/12/99; ley 25.400, Compromiso Federal para el Crecimiento y Disciplina Fiscal

riendo los mecanismos de recaudación de impuestos, imposibilitados de funcionar con eficacia en órbitas locales, donde los contribuyentes pueden escapar a un control general, practicando impunemente y en gran escala las ya clásicas maniobras de la evasión y de la migración hacia distritos de menor presión fiscal. (7)

La Constitución del Brasil desde el año 1946 en adelante ha seguido la técnica de especificar con precisión la distribución de los poderes impositivos, adjudicando a la Unión y a los Estados los distintos gravámenes, e incluyendo el impuesto a los réditos entre los que engrosan el tesoro nacional. Evita de esa manera la tan criticada “superposición” o “doble imposición” (y hasta triple) de gravámenes, a la vez que reconoce la necesidad impuesta por la dinámica actual que aconseja conceder los mayores recursos al gobierno central, el cual, por otra parte, es el que afronta las máximas erogaciones. La solución aportada por la Constitución brasileña es una de las más recomendadas por la doctrina, aunque lleva en sí el riesgo de su envejecimiento o desajuste con las necesidades futuras, que eventualmente podrían obligar a una nueva redistribución de los poderes impositivos, con la dificultad propia de aquellas constituciones rígidas en que resulta pesado poner en funcionamiento el poder constituyente. En cambio, sería más ágil hacerlo por medio de leyes ordinarias y de leyes-convenios entre la Nación y las provincias —como se ha practicado hasta hoy entre nosotros— aunque su misma flexibilidad importa el peligro de cambios precipitados con grave riesgo para la seguridad de los Estados y para la certeza jurídica que reclama la población, amén de los reparos constitucionales que se le han formulado a esas leyes-convenios.

Asimismo, y siempre en el plano del examen normativo, debe cuidarse el detalle de que nuestra Constitución de 1853 / 1860 lleva impresa la

del 17/11/2000; Acuerdo Nación provincias sobre Relación Financiera y Bases de un Régimen de Coparticipación Federal de Impuestos, firmado el 27/2/2002 ratificado por ley 25.570.

(7) La Constitución de 1994 ha convalidado definitivamente la anomalía de las “leyes-convenio”. Me remito a lo que durante la vigencia del texto constitucional de 1853-1860 señalaba Segundo V. Linares Quintana, en el sentido de que: “el vicio originario de inconstitucionalidad que afecta al impuesto federal a la renta, no se salva con la ley-contrato —instituto que no figura en la Constitución—, ya que no es suficiente la voluntad del Congreso Federal y de las legislaturas provinciales para alterar la distribución constitucional de poderes entre la Nación y provincias. Hace falta para ello reformar la Constitución”.

(8) Confr. BAS, Derecho público provincial, p. 40.

cláusula original del inc. 9 del art. 75, por la que se faculta al Congreso para disponer “subsidios” a las provincias “cuyas rentas no alcancen, según sus presupuestos, a cubrir sus gastos ordinarios”. Su origen debemos buscarlo en los antecedentes internos, cuando en el Pacto de 1822 la Provincia de Buenos Aires se comprometió a dar subsidios a las demás provincias litorales. (8)

Esa norma —el inc. 9 del art. 75— no reconoce análoga en la Constitución de U.S.A., aunque es menester destacar su aparición en la práctica constitucional de aquel país, aun sin base normativa, como queda dicho. Se trata de la política de “grants and aid” seguida por el gobierno de la Unión desde fines del siglo XIX y con mayor intensidad desde la década del treinta, para con los Estados, y aun con los municipios en una relación directa; lo que se ha prestado a que le acusaran de “intromisión” en la vida interna de los beneficiarios de la citada ayuda. Entre nosotros, una práctica semejante ha servido para que se hiciera igual reproche al gobierno nacional, aunque las mismas provincias quejosas fueran en definitiva las que tuviesen la responsabilidad por la frecuentemente errónea administración e improductiva inversión de los subsidios que recibían. (9)

Si a todo esto se agrega que por la Constitución (art. 75, inc. 6 y art. 126) la facultad de emitir papel moneda ha quedado convertida en privilegio del gobierno central, más fácil aún resulta comprender la situación de las provincias, sin otra ayuda que la del inc. 9 ya citado, a fin de cubrir sus cada vez mayores déficits presupuestarios. Este estado de cosas ha sido calificado por Afonso Arinos (10) con respecto a la semejante realidad de su país, como sigue: “Situación dramática, que va liquidando prácticamente a la Federación entre nosotros, y que da ella solamente conserva lo que tiene de peor, o sea, la autonomía para el descontrol y el desgobierno, con apelaciones periódicas a la ayuda nacional y el consiguiente agravamiento de la centralización”.

(9) En U.S.A. este tipo de ayuda federal se realiza por medio de subsidios monetarios destinados a la financiación de programas e acción que concretan los Estados en ciertas materias o servicios de interés público, como v.gr. vialidad. Señala Roy Blough que sería aconsejable una mayor coordinación y unificación de esos programas estaduales con el fin de otorgar para todos ellos un solo subsidio, cuidando de conferir prioridad siempre a las funciones de real interés nacional, para reducir los peligros y aumentar las ventajas de este sistema (en “Práctica del federalismo”, Ed. ya citada, pp. 431 y 432). Lo mismo cabe decir con respecto a nuestro país.

(10) AFONSO ARINOS DE MELO, Franco, en “Estudios de direito constitucional”, Edição Revista Forense, Río, p. 181.

Empréstitos e inversiones son otros tantos tópicos de la temática financiera cuyo diligenciamiento tiene implicancias en el régimen federal, en tanto y en cuanto haya un doble orden de competencias en la organización estatal. Por el inc. 4 del art. 75 es el Congreso el órgano encargado de “contraer empréstitos de dinero sobre el crédito de la Nación”; y por el art. 125 pueden las provincias atender a “la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros y la exploración de sus ríos, por leyes protectoras de estos fines, y con sus recursos propios”. La práctica simultánea por la Nación y las provincias de operaciones crediticias en el exterior, ha sido motivo de duras críticas a causa de los excesos incurridos por éstas, que han perjudicado al prestigio nacional y movido a algunos publicistas a postular la prohibición a las provincias de la contratación de empréstitos exteriores. (11) y (12) En un orden afín, se contaba con un “Consejo Federal de Inversiones” y otros organismos tutelares de la distribución de esos recursos en el país. Como precaución constitucional, cabe recordar la estatuida por la ley fundamental del Brasil, que desde 1946 dispone que “está prohibido a los Estados y a las municipalidades contratar empréstitos exteriores sin autorización previa del Senado federal”. En cambio, el art. 124 de nuestra Constitución (1994) sólo exige el “conocimiento” del Congreso Nacional y que “no afecten el crédito público de la Nación”. Este artículo 124 debería ser reglamentado por ley del Congreso, en tanto y en cuanto admite la celebración de convenios internacionales por parte de las provincias, pues cabe tener presente que por la Convención de Viena sobre tratados (“el tratado de los tratados”) las responsabilidades recaen sobre el Estado Nacional (art. 27).

III. Una mirada a la crisis del sistema impositivo

Con cada recambio en la conducción económica del gobierno, vuelve a ponerse de manifiesto que el mal principal que aqueja a la economía del país es la falta de un sistema fiscal orgánico, capaz de hacerse cargo de las necesidades del Estado. Dicha insuficiencia ha sido reconocida, pero casi siempre se advierte que se ha apelado a soluciones que resultan de emergencia y no a reformas estructurales.

(11) Confr. MATIENZO, José Nicolás, “El gobierno representativo federal en la República Argentina”, p. 336.

(12) Quedaría por destacar el problema relacionado con los poderes impositivos nacional y provincial sobre los instrumentos de gobierno; tema éste magníficamente desarrollado por ADROGUÉ, Carlos A. en la obra homónima, Kraft, año 1943, a la cual nos remitimos.

Resulta claro, como ha quedado dicho, que las reformas estructurales en materia fiscal son una asignatura pendiente para nuestra economía, puesto que no se trata solamente de poner o eliminar impuestos, desatendiendo variables fundamentales que hacen al desenvolvimiento macroeconómico del país, sino que hay que atender firmemente a la expansión de la actividad económica para que los impuestos puedan ser pagados. No menos se puede dejar de atender al establecimiento de un moderno sistema de control de la evasión fiscal, lo cual dependerá, muy especialmente, de una reforma en la organización administrativa de los aparatos de control, reforma que no será posible si no modernizamos el sistema informático nacional, provincial y municipal, en tanto este sistema esté directamente referido a constatar la capacidad contributiva de nuestra población.

Las presentes consideraciones no son el resultado de una apreciación improvisada de nuestra parte, sino que surgen de una evaluación objetiva de estudios especializados que, sin intencionalidad política alguna, han puesto de manifiesto las indicadas evidencias.

Pero lo que resulta notable, como llamado de atención a la irresponsabilidad de que ha hecho gala nuestra dirigencia desde el comienzo del pasado siglo, es que los mismos males que se señalan como causantes de los profundos desequilibrios en la hacienda pública de la Argentina fueron denunciados por el eminente tratadista francés Gastón Jèze en 1924 cuando, luego de visitar nuestro país, en el año anterior, escribiera un largo estudio, luego publicado con el título de *El Régimen Fiscal en la República Argentina*.

Nos decía Jèze, ya en aquella época, sin ambages: “Salta a la vista, cuando se estudia la hacienda pública Argentina, que esta República no tiene las finanzas que debieran corresponder a su economía nacional: existe una profunda y radical oposición y contraste entre la “prosperidad” económica de la Argentina y el desarreglo de sus finanzas públicas. Mientras la economía nacional crece prodigiosamente, la hacienda pública es malísima: está en déficit permanente” (Jèze, p. 19). Resulta notable que en los tiempos en que Jèze hacía sus apreciaciones, la Argentina prosperaba económicamente; fue la maldad de su sistema fiscal un factor determinante de la falta de crecimiento y desarrollo en que hoy nos encontramos. Habrá que recomponer orgánicamente el sistema fiscal si queremos volver a la prosperidad perdida.

Pese a todo, para este profesor francés, la conclusión es optimista, la fotografía que él saca de la economía es positiva; pero el desarreglo financiero lo lleva a hacer una afirmación bastante crítica en torno a nosotros.

Es que con nuestras finanzas públicas (desarregladas) y la riqueza ostentada en la “bella época”, se daba una trabazón de elementos que recuerdan la ingeniosa confesión del pintor Braque: “yo no creo en las cosas; creo en la combinación entre las cosas” (13)

Fijémonos los argentinos que ya en 1924 Jèze también señalaba que no había en la República censos de comerciantes e industriales, lo cual impedía la eficiencia del sistema fiscal: ¿dichos censos, están al día ahora? Por si no es suficiente esta apreciación que suena a premonitora, en 1912 el Ministro de Hacienda José A. Terry ya reconocía que la historia financiera argentina se reduce a la historia de sus déficit y de los medios para enjuagarlos (conferencia pronunciada en la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad de Buenos Aires).

Podemos seguir glosando el muy actual pensamiento de Jèze formulado en 1924. Él señalaba que las insuficiencias del sistema impositivo argentino radicaban en que:

I.- *No es elástico*: porque consiste, casi exclusivamente, en la imposición sobre los consumos: en 1921 el 75% del total de lo recaudado (un porcentaje bastante semejante al de los últimos tiempos en Argentina) provenía de esa clase de impuestos. Ya en ese tiempo Jèze sostenía que eso era injusto (ps. 80/81). Hoy sostenemos que hacer recaer la carga fiscal en los impuestos al consumo, caso del IVA generalizado, es regresivo.

II.- *Es injusto*: —como vimos— porque recae sobre los más pobres (p. 81). En tal sentido la injusticia del IVA es manifiesta en cuanto a los artículos de primera necesidad (alimentos, medicamentos, etc.).

III.- *Es desordenado*: Nunca en la Argentina ha sido confeccionado un programa fiscal coherente, en el cual cada parte desempeñe un papel determinado para obtener un resultado relacionado con el conjunto. Existe una multitud de impuestos, sin orden, ni lógica, ni cohesión (p. 81). El mismo desorden desquiciante se advierte en nuestros días, donde a la multiplicidad de impuestos permanentes, se le agrega una multiplicidad de regímenes de excepción que generan injustos privilegios, todo lo cual, sumado a la insuficiencia del sistema de Coparticipación Federal Impositiva, cierra un cuadro de perfiles verdaderamente sombríos.

(13) Véase, VANOSI, Jorge Reinaldo, “Control y responsabilidad de la administración financiera pública”, en “Anales” de la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires, año 2008, Buenos Aires.

En suma, resulta notable que el debate actual sobre la reforma del Estado no ha incorporado una cuestión tan profunda como ésta. Cuestiones fundamentales como la compatibilización entre el modelo global de política económica y las exigencias de recaudación con el sistema fiscal, o la estrategia óptima de los organismos recaudadores, no están aún resueltas. El resultado de lo que ya se ha constituido en una eterna postergación será que la sociedad argentina se verá expuesta día a día a costos sociales y políticos incalculables.

Cabe preguntarnos, entonces, si será cierto que el argentino es el único “animal político” -en términos aristotélicos- capaz de tropezar con el mismo obstáculo infinidad de veces, sin capacidad de rectificarse a debido tiempo como para evitar la dolorosa y costosa reincidencia en el error. Nos resistimos a creer que sea así, por cuanto una hipótesis de ese calibre conllevaría a la larga a admitir la desintegración del Estado Nacional, lo cual no puede contarse entre los objetivos de ningún compatriota sensato, salvo que se predique un “suicidio colectivo”. Por lo visto, el don que más escasea es la autocrítica. (14)

IV. Un error inexcusable

El error “inexcusable” consiste en la confusión del régimen de Estado Federal, que no es una “confederación”.

En nuestra opinión, la discusión es en torno a un tema mayor, consistente en la dudosa constitucionalidad del párrafo del inc. 2º del art. 75 en cuanto exige que las provincias —luego de participar en la “gestación” de la “ley-convenio” de coparticipación federal— deberán aprobarla todas ellas, lo cual importa algo más que su “adhesión”. Este complejo mecanismo de elaboración legislativa no se ha cumplido aún; y es de suponer que además de su pesado y dificultoso trámite (que exige una aceptación total de lo “convenido”) trae la consecuencia de fijar reglas estables y duraderas que coartarían la arbitraria discrecionalidad del Ejecutivo nacional, al manejar con favoritismo la asignación o afectación prebendaria cual si fuera un sistema de premios y castigos con respecto a la docilidad o a la independencia política que a partir de ello frecuentemente asumen los gobiernos provinciales. Es por ello que no caben ilusiones sobre el final de esta previsión distributiva que impone el inc. 2 citado y que no se ha cumplido hasta hoy, pese al vencimiento de todos los plazos previstos en

(14) Véase, VANOSI, Jorge Reinaldo, “La coparticipación federal y la mayoría de votos para la aprobación de las leyes: la cláusula ‘virtual’ del inciso 3º del art. 75 de la Constitución Nacional”, en “Anales” de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

las mismísimas cláusulas transitorias que incluyó la Convención Constituyente Reformadora, de 1994.

Pero nuestra postura es drástica al respecto, en tanto y en cuanto consideramos que el requisito de la aprobación por las provincias, como *conditio sine qua non* para la vigencia del régimen de coparticipación permanente que pretende imponer el inc. 2º del art. 75, aprobación mediante del arco de las provincias en pleno, importa una violación del art. 1º de la Constitución Nacional. En efecto: esa “decisión política fundamental” de constituir un Estado bajo la forma federal (y esa disposición está incluida en la primera parte de la Constitución, que fue declarada exenta de toda reforma, a tenor de la ley declarativa de la necesidad y fijación de los alcances, 24.309, arts. 6º y 7º); por lo que se desprende un interrogante de incompatibilidad: por un lado el Estado “federal”; y por el otro un injerto propio de las “confederaciones”, tal cual es el “derecho de nulificación” que era reconocido en antiguas formas de efímeras uniones de Estados (v.gr., los “Artículos de Confederación” de 1777, en U.S.A., que condujeron a la mutación en un Estado Federal diez años después) ¡Atención!: que de allí a la aceptación del “derecho de secesión” tan solo media una corta distancia.

En su obra “Coparticipación Federal de Impuestos en la Constitución Nacional” (publicada por el Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos, Ed. Depalma, 1999) Alejandro Pérez Hualde hace referencia al mismo criterio, sostenido por el Prof. Alberto A. Spota; por lo que nos sentimos bien acompañados en esta deducción. En consecuencia, la exigencia del inc. 2º podría ser declarada nula, del mismo modo que aconteció en el caso Fayt (Fallos: 322:1616, año 1999), con respecto al requisito de un nuevo “acuerdo” para los jueces mayores de 75 años de edad, a fin de que así pudieran continuar en el ejercicio de sus funciones. Más allá del polémico aspecto de introducir el concepto de “nulidad” de una cláusula constitucional o de proseguir con el uso técnico de la declaración de “inconstitucionalidad”, lo cierto es que el mentado inc. 2 implicaría una verdadera mutación de la forma de Estado al exigir una condición que es peculiar de las “confederaciones”. Acaso no haya sido esa la intención de los constituyentes de 1994, pero lo cierto es que el error o la confusión resultan inexcusables, aunque todavía no se haya dado cumplimiento al inciso 2º del art. 75 y, por ende, tampoco tenga “auto sustentabilidad” el inciso 3º en cuestión respecto de la mayoría de votos requeridos a sus efectos.

V. Conclusiones

1) En 1853, en momentos en que se sancionaba la Constitución, se produjo un debate histórico entre Gorostiaga y Gutiérrez por un lado, y una mino-

ría de diputados por el otro. En el curso de éste se pronunciaron dos frases que marcaron la impronta de la cuestión: “No hay Estado sin recursos” y “No hay poder sin Tesoro”. Ése era el argumento fundamental de Gorostiaga contra la pretensión de los que sostenían que el sistema económico y rentístico debía ser el de una confederación y no de un Estado federal.

En una Confederación las partes voluntariamente sostienen al poder central, el cual no tiene un poder tributario directo sobre los habitantes para la formación de un tesoro federal propio de la Nación.

En la actualidad, más de ciento cincuenta años después, los datos estadísticos revelan que las mayores tensiones y el mayor cúmulo de problemas provienen de la indigencia de las provincias, que no les permite afrontar sus gastos permanentes y, menos aún, los gastos extraordinarios cuando determinadas circunstancias de crisis así lo exigen.

Por eso, y sin extendernos en el análisis de los abusos, excesos, inflaciones o deformaciones que puedan tener los datos, el orden lógico y cronológico de la cuestión es el siguiente.

Primero hay que determinar cuáles son los servicios a prestar, cuáles son las obras a realizar, cuáles son las actividades a ejecutar por los poderes locales y por el poder central. Esto significa que deben redistribuirse las competencias, con las cargas, deberes, responsabilidades y obligaciones que ellas suponen. Como etapa ulterior, debe efectuarse la asignación proporcional de los recursos necesarios para afrontar los gastos. Lo contrario significa poner el carro delante del buey, ya que el orden lógico y cronológico es la resultante de concordar primero en las funciones y acordar en segundo término los recursos. Por eso hay que procurar diseñar racionalmente las formas de descentralización, con el único límite de no propiciar la ineficacia. Por eso el interrogante no es si debe haber más o menos federalismo, sino qué tipo de descentralización permitirá alcanzar la autonomía con eficacia, y no como simple retórica o nominal.

Los principales teóricos del Estado contemporáneo están de acuerdo en que los términos democracia y eficacia ya no se pueden desentender, no se pueden desglosar entre sí. Una democracia que no consiga adoptar un aparato institucional que le permita alcanzar niveles satisfactorios de eficiencia (eficacia más el menor costo) está destinada al fracaso. (15)

(15) Véase, VANOSSI, Jorge Reinaldo, “Estado de Derecho”, Astrea, 4ª edición, Buenos Aires, 2008, p. 411.

2) La regionalización es una de ellas. Creemos que debe insertarse este esquema de competencias socioeconómicas en el sistema preexistente del federalismo político. La Constitución lo permite, ya que hay un numeroso conjunto de normas que autorizan apoyar autónomamente los diversos instrumentos conducentes a ese fin.

Ello significaría reconocer la existencia de un nivel intermedio entre la provincia y la Nación. Entre ellas no sólo existe la tensión y la lucha, del mismo modo que la sociedad contemporánea ha demostrado que, entre el individuo y el Estado existen otros niveles que son los cuerpos intermedios que la sociedad ha ido generando de abajo hacia arriba, democráticamente, en virtud del espíritu asociativo. También en la realidad estatal, entre el Estado central y los estados locales, existen niveles intermedios (las regiones) que pueden asumir competencias que son trascendentes como para que las ejerzan un grupo de provincias, pero no son necesariamente o forzosamente imputables a la Nación, lo que redundaría en un esfuerzo centralista, quizás perjudicial y contraproducente.

El hombre argentino concreto, de carne y hueso, quedaría así situado en diversos puntos del proceso de descentralización, considerándose como parte o protagonista de una trampa compleja, cada vez más interdependiente, que va desde la familia, el barrio, pasa por la ciudad, el municipio, la provincia, la región, se inserta en la Nación y seguirá en su proyección supranacional.

Reiteramos lo que Alberdi decía: “El punto de partida es el Estado federal, el punto de llegada es la unidad”.

Actualmente el punto de partida es éste, pero el punto de llegada será la integración supranacional.

El acierto en la adjudicación de las competencias a cada nivel será la clave de la bondad de todo el sistema de vida que impida dilapidar esfuerzos o exacerbar rivalidades, que armonice las peculiaridades de todo tipo, que garantice la paz y permita alcanzar la plena liberación del hombre. En definitiva, esa es una de las banderas y de las metas de las ideas convocantes de la era en que vivimos. La clave de esta cuestión pasa por un sano y legítimo realismo constitucional, al estilo del de Alberdi, pero aplicado a nuestro siglo.

Se preguntaba Alberdi qué realidad tenemos, qué cambios necesitamos y cómo podemos alcanzarlos. En la actualidad debemos formularnos las mismas preguntas para una realidad distinta.

La proporcionalidad entre los fines y los medios será la que nos indicará los instrumentos necesarios para alcanzar ese cambio a partir de los datos concretos de la realidad. (16)

3) Hay que procurar el empleo del mecanismo más apropiado: ¿es el de las “leyes-convenio”, que permiten avanzar más allá de la planificación y abrazar etapas de implementación según modelos concertados entre la Nación y las provincias (dicho mecanismo permite una ascensión gradual hacia etapas más amplias) o el de la “regionalización”, que no es un concepto unitario y unívoco, sino que es signo o camino en el cual es posible alcanzar diversos niveles de extensión y profundidad a través de sucesivas etapas de amplificación de las competencias reguladas en beneficio de la entidad denominada “región”?

La combinación de las dos vías subrayadas, es decir, de los tratados interprovinciales (art. 125) como procedimiento autónomo y consensual, con las leyes convenios como procedimiento más heterónimo que consensual (así es en la dinámica política), tiene la ventaja de permitir graduar o elegir las vías según las materias y las oportunidades, cuidando de acertar en la vía elegida en relación con la agilización del proceso de regionalización. Además, esas vías ofrecen la ventaja de su armonización y compatibilidad con la creencia de que será difícil —en la realidad argentina— prescindir del federalismo político, pero no será imposible insertarlo en un esquema de regionalismo económico. La composición de fuerzas actuantes permite ser optimista con respecto a esa parcialización del intento regional, pero sería utópico o ilusorio alentar la convicción de una inmediata factibilidad del reemplazo liso y llano del esquema federal de la Constitución por un esquema puramente regionalista. Sería desconocer las fuerzas gravitantes en la resistencia (aunque fuere puramente emocional) a una desaparición global de esas entidades políticas llamadas “provincias”. En esa línea de pensamiento, no nos parece exagerado ni obsoleto afirmar que el federalismo político (aunque sea con un número menor de provincias) debe subsistir como forma de descentralización funcional y territorial del Estado, a manera de compensación por la fuerte “nacionalización” de la vida político-constitucional del país a partir de la aplicación de la ley Sáenz Peña (desde el punto de vista político) y de la frecuencia e intensidad de los gobiernos de facto (desde el punto de vista institucional en el pasado).

4) Por último, una reflexión que vale tanto para el caso de accederse a la regionalización por la vía de la reforma constitucional, cuanto a través

(16) VANOSSEI, Jorge Reinaldo, “Estado de Derecho”, ob. cit., p. 416.

del ejercicio de las competencias habilitadas en la Constitución de 1853-1860.

Toda redistribución de competencia debe ir acompañada de una correlación en la distribución de los recursos, por aquello de que “no hay poder sin recursos” y “no hay Estado sin Tesoro”, como se dijo acertadamente en el Congreso de 1853. Hoy más que nunca, cualquier afirmación de poder debe ir acompañada de los medios indispensables para efectivizar su ulterior ejercicio. Pero no a la inversa, como a menudo se confunde el orden lógico de la ecuación constitucional. Lo primero que hay que esclarecer es el reparto de las funciones entre los poderes nacionales, regionales y provinciales. Después, la distribución de los medios, en proporción a los servicios que cada entidad debe efectuar, es decir, la Nación, la región, la provincia.

En nuestro país se ha insistido con frecuencia en el alegato de que corresponde restituir a las provincias algunos de los recursos que ha absorbido la Nación por medio de leyes de emergencia o leyes-convenio, según los casos. Pero pocas veces se ha advertido que no se trata de que los recursos formen el Tesoro de la Nación o el Tesoro de las provincias, sino que ese destino está en función de la amplitud de los servicios y competencias que han de corresponder a cada uno de esos centros de poder. Y la regla debe ser la siguiente: a mayores competencias, corresponden mayores medios; o con otras palabras, a mayores deberes constitucionales (funciones y servicios), cabe adjudicar mayores recursos; o también que a mayor poder corresponde, mayor Tesoro.

En consecuencia, es previo el reparto o replanteo de las funciones que han de corresponder a cada entidad (la Nación, las regiones y las provincias) para después considerar la distribución adecuada de los recursos que cada una de esas entidades ha de contar a los efectos del cumplimiento de sus deberes constitucionales (“a mayor poder, mayores recursos”). Desconectar el problema de la distribución de los recursos de la cuestión del reparto de las funciones, carece de sentido y se torna una cuestión abstracta, desde el momento que el reparto de los recursos (medios) está en relación directa con la adjudicación de las funciones, y éstas resultan de las competencias constitucionales.

Ya sea que se llegue a un esquema de regionalización, a partir de la autonomía de las provincias, por la vía de los tratados, o bien que se alcancen esos objetivos de reordenación institucional a través de formaciones heterónomas impuestas por el gobierno central, en todo caso el régimen que así resulte deberá tomar en cuenta ciertas pautas que parecen valiosas para la funcionalidad del complejo aparato estatal argentino:

Debe existir un cierto grado de descentralización funcional y territorial, ya que la centralización es disfuncional en el Estado argentino, máxime cuando se produce como consecuencia de la simultánea suspensión de la autonomía y de la autocefalía de las provincias. (17)

VI. A manera de epílogo

Cuando este tema es abordado por el derecho fiscal, los estudiosos acuden al apoyo en sus bases del conocimiento científico a más de una disciplina: la Economía y las Finanzas —por una parte— y el Derecho —especialmente el derecho público— por la otra. El fruto de esta sabia conjunción está a la vista; y esta múltiple apoyatura multidisciplinaria va en el recto camino, que es el de correr el velo para acceder a la realidad, que se debe afrontar y enfrentar, pero no siempre conformar. Sería excesivo para el modesto rol que nos incumbe excederse en la presentación del tema, al elegir alguna parte de la tratadística para refrendar el acierto de haberse abocado a temas específicos con la consideración que exigen la metodología del examen jurídico, por ejemplo, los enfoques del análisis económico sin olvidar los elementos coadyuvantes que hoy en día suministran los yacimientos de la sociología política y de psicología social; todo ello bajo el “observatorio” enriquecedor del método comparado, que aporta lo que los “tubos de ensayo” de laboratorio permiten probar en las ciencias experimentales.

El colapso del sistema fiscal en un Estado Federal y de ficción, sumado a las escamoteadas prescripciones legales y constitucionales del control de la administración financiera del sector público, son capítulos que se inter-relacionan de manera evidente. Reconforta la preocupación por dar cabida al análisis que brega por la vigencia de los principios republicanos del “Estado Constitucional de Derecho” en cuanto a controles y responsabilidades, como valla para contener el desborde discrecional y arbitrario que nos sume en la arbitrariedad del “todo vale” y en el “capricho del príncipe”. Los años pasan, pesan y agobian, pero robustecen con el ímpetu de una prédica que hoy es respondida con estupor: con la crítica que ya hace más de un siglo nos espetaba Juan Agustín García al señalar el “culto al coraje y desprecio a la ley”. Y seguimos así, como rasgo dominante de la vida nacional.

En cuanto al federalismo, reiteramos que su perfil está tan desdibujado que más vale poner el empeño y dirigir la mirada hacia el objetivo de la descentralización como género y la regionalización a manera

(17) Confr., VANOSSI, ob. cit., “Estado de Derecho”, pp. 426 y 427.

de especie, buscando la equivalencia de las partes componentes de la “unión federal”, sin olvidar el art. 13 de la Constitución Nacional —norma que se mantiene desde 1853 en este punto— que permite agrupar las afinidades y sumar los recursos a través de un menor número de unidades. (18) Respetemos la denominación “federal” de nuestra forma de Estado, confirmando a los términos el valor de un “hiperónimo” (cuando se emplea una palabra cuyo significado incluye otra u otras), de tal modo que en los hechos (y no en la retórica) avancemos hacia la distribución de los recursos y los medios respetando una autonomía que en su patológica deformación resulta bipolar y discriminatoria entre hijos y entenados. Lo que hoy existe y subsiste es un régimen vejatorio que pone en evidencia la burla a la “autosustentabilidad” financiera, remendándose las situaciones afligentes con socorros o ayudas que al ser discrecionales se perciben como una gracia del gobernante de turno, cuando en rigor de verdad más se parece a una transacción en la que el Tesoro fuerte persigue “entenciar” (insultar) al Tesoro débil. La impudicia de estos trueques son “actos pudendos”, o sea, que causan vergüenza, más aún por la torpeza con que se llevan a cabo. La limosna federal (central) y la paralela resignación de los beneficiarios, nos recuerda que la sentencia de Descartes (“pienso, luego existo”) se ha reemplazado por el proverbio ya popularizado y algo sarcástico: “si recaudo o recibo, tal vez subsisto”... Si tomamos al signo por la cosa significada (hacer metonimia, o sea designar algo tomando el efecto por la causa o viceversa) podemos llegar a la conclusión de que la forma de Estado supera los cánones unitarios (era más bondadosa la fallida Constitución de 1826), para acceder al plano de un asistencialismo paternalista y prebendario (sic).

Y ya que recordamos a la Constitución rivadaviana de 1826, no podemos dejar de reconocer que estableció 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

(18) Conf. VANOSSI, Jorge Reinaldo, en “Estado de Derecho”, 4ª edición, Astrea, Buenos Aires, 2008, pp. 391 a 421 y 422 a 430, ambos capítulos. Con mucha anterioridad, en “Situación actual del Federalismo”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1964-1965. Asimismo, con mayor antelación, la notable obra de Rodolfo RIVAROLA, titulada “Del régimen federativo al unitario”, Buenos Aires, 1908, escrita con gran coraje y honrosa sinceridad, que le significó perder el acceso a un sitial en la Corte Suprema de Justicia de la Nación en razón de sus convicciones.

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 “faltare” (art. 150) ¡Muy sabias previsiones! (19)

En los Estados Unidos (otro caso de Estado Federal), la necesidad de recursos para solventar al Gobierno Federal condujo luego de un largo proceso a la sanción de la Enmienda XVI de Impuesto a las Ganancias (el “Income Tax”). El gravamen apareció inicialmente como un recurso de emergencia ante las necesidades surgidas de la Guerra de Secesión (año 1862) y dejó de aplicarse en 1872, o sea, una década después. Dos décadas después se sancionó en 1894 bajo la presidencia de Cleveland, pero la Corte Suprema la declaró inconstitucional al año siguiente (1895) en el caso Pollock. Medieron las más variadas discusiones y diversas interpretaciones, con polémicas entre ricos y pobres, si se trataba de contribuciones directas o indirectas, si se tomaba en cuenta la proporcionalidad entre los Estados, etc., etc. Hasta que en 1909 el presidente Taft llegó al convencimiento de que la ardua cuestión tan sólo se dilucidaría a través de una Enmienda constitucional, cuyo trámite impulsó y ésta fue sancionada finalmente como Enmienda XVI, del 3 de Febrero de 1913, que se estableció: “El Congreso tendrá facultades para establecer y recaudar impuestos sobre los ingresos, sea cual fuere la fuente de que provengan, sin prorratarlos entre los diferentes Estados y sin atender a ningún censo o recuento”.

(19) Confr., VANOSSI, Jorge Reinaldo, “La Constitución Nacional de 1826: una fuente señera y permanente”, en “Anales” de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, junio de 2005 (Número 43).

Para “salvar” al Gobierno Federal y quitar del medio las dudas subsistentes, la Corte Suprema —malabarismo de por medio— declaró que el Income Tax sería considerado como impuesto indirecto, ajeno a la jurisprudencia del citado caso “Pollock” (casos “Brushaber” y “Stanton”, año 1916). Y, “colorín colorado, el cuento quedó terminado...” (20)

VII. Apéndice

JURISPRUDENCIA (21)

Sobre impuestos internos y concurrencia con las provincias. Las disposiciones del artículo 67 (75), inciso 1 y 2, de la Constitución, no importan una limitación de los derechos de crear impuestos y contribuciones que la misma constitución otorga a las provincias, sino que expresan reglas y preceptos relativos al sistema impositivo de la Nación por medio del Congreso, que debe poner en práctica para los fines generales del gobierno (Fallos: 105-50).

Si las contribuciones aludidas fueran las mismas que se mencionan en el artículo 67 (75), inciso 2 de la propia Constitución, el Congreso habría también podido establecerlas con carácter de extraordinarias o por tiempo limitado, para atender a la defensa, seguridad común y bien general del Estado. Que no estando así prohibidos en absoluto los impuestos internos, a diferencia de lo que ocurre con otros, no incumbe a los tribunales federales entrar en el examen amplio y complejo de las rentas de la Nación y de la naturaleza de los gastos a cargo de la misma, como debe hacerlo el Poder Legislativo, con todos los informes y antecedentes necesarios para el acertado desempeño de sus funciones y no pueden, por lo mismo, en ejercicio de las facultades que les confiere el artículo 100 (116) de la Constitución, resolver si las leyes a que se refiere el recurso de fs. 1 han sido o no sancionadas en las circunstancias excepcionales aludidas (Fallos: 121:271).

En general, los tributos indirectos al consumo interno, o sea los impuestos internos, nacionales y provinciales, pueden ser constitucionalmente establecidos por la Nación y por las provincias, en ejercicio de facultades concurrentes y sin óbice alguno determinado por incompatibilidades de orden institucional, derivándose ese poder de la inteligencia atribuida a

(20) Véase el relato completo, en BIANCHI, Alberto A., “Historia Constitucional de los Estados Unidos”, t. I, pp. 403 a 409.

(21) Extraída de la obra de CORBETTA, Juan Carlos y PIANA, Ricardo, “Constitución política de la República Argentina”, con prólogo de VANOSI, Jorge Reinaldo, Scotti, La Plata, año 2005, Art. 75.

la cláusula del artículo 4º de la Constitución, que dice: “de las demás contribuciones que equitativa y proporcionalmente a la población imponga el Congreso Nacional”. Los actos de la legislatura de una provincia no pueden ser invalidados sino en aquellos casos en que la Constitución concede al Congreso Nacional, en términos expresos, un exclusivo poder, o en los que el ejercicio de idénticos poderes ha sido expresamente prohibido a las provincias, o cuando hay una directa y absoluta incompatibilidad en el ejercicio de ellos por estas últimas, fuera de cuyos casos, es incuestionable que las provincias retienen una autoridad concurrente con el Congreso (“SA Mataldi, Simón, Ltda., c/ provincia de Buenos Aires”, 1927, Fallos: 149:260).

Sobre coparticipación. El artículo 4º inciso 1, de la ley 12.956, en cuanto dispone que las provincias coparticiparán en el producido de los impuestos nacionales a los réditos, a las ventas, a las ganancias eventuales y a los beneficios extraordinarios bajo determinadas condiciones, como la obligación de “no aplicar extraordinarios bajo determinadas condiciones, como la obligación de “no aplicar gravámenes locales de naturaleza igual a los establecidos por las leyes de los referidos impuestos”, no implica que las provincias incluidas en ese régimen se hayan despojado de sus facultades impositivas en la materia, atribuyendo a los particulares el derecho a no ser gravados en ellas. Únicamente supone que, si una provincia ejercitara dicha facultad contraviniendo aquella disposición, podría ser cuestionado su derecho a coparticipar en el producido de los impuestos nacionales previstos. El ordenamiento jurídico del país admite que las provincias puedan restringir condicionalmente el ejercicio de los poderes impositivos, mediante “acuerdos entre sí y con la Nación”; la peculiaridad esencial de esos acuerdos es que no afectan derechos individuales (“Madariaga Anchorena, Carlos Juan s/ demanda de inconstitucionalidad” 1958, Fallos: 242:280).

Sobre razonabilidad impositiva. La igualdad preconizada por el artículo 16 de la Constitución, importa, en lo relativo a impuestos, establecer, que en condiciones análogas deberán imponerse gravámenes idénticos a los contribuyentes. Que en consecuencia, cuando un impuesto es establecido sobre cierta clase de bienes o de personas debe existir alguna base razonable para las clasificaciones adoptadas, lo que significa que debe haber alguna razón substancial para que las propiedades o las personas sean catalogadas en grupos distintos (“Unanue”, Fallos: 138:313).

La legislación impositiva puede, constitucionalmente, perseguir no sólo un propósito fiscal sino también de justicia social, como sucede con la mayor tasa de la contribución territorial exigida a los propietarios de grandes extensiones de bienes raíces, calculada sobre el valor de los

mismos. La determinación de las diversas categorías de contribuyentes puede, así, hacerse por motivos distintos de la sola medida económica de la capacidad revelada por el valor de la riqueza gravada. Pues siendo el tesoro público y el régimen que lo constituye instrumentos de gobierno que tienden a obtener el bien común, hay que tomar en consideración el mayor o menor deber de contribuir que corresponda a cada uno según su condición y la función de sus riquezas en la vida social, apreciando todo ello desde el punto de vista de las exigencias del bien común, en el cual todo bien particular tiene su fundamento y requisito. De tal modo pueden ser desiguales valores económicamente equivalentes o lo contrario, pues la igualdad jurídica con que se constituye el orden de la sociedad es una igualdad proporcional (“Claypole, Delia Bonorino Ezeyza de, y otros c/ provincia de Buenos Aires”, 1948, Fallos: 210:284).

En este orden de ideas ha señalado que, para que la tacha de confiscatoriedad pueda prosperar, es necesaria la demostración de que el gravamen cuestionado excede la capacidad económica o financiera del contribuyente (Fallos: 271:7, consid. 10 y su cita). Que la premisa de tal conclusión está constituida, obviamente, por la existencia de una manifestación de riqueza o capacidad contributiva como indispensable requisito de validez de todo gravamen, la cual se verifica aun en los casos en que no se exige de aquélla, que guarde una estricta proporción con la cuantía de la materia imponible (Fallos: 210:855, entre otros). En tales condiciones no cabe, sino concluir que la afectación del derecho de propiedad resulta palmaria cuando la ley toma como hecho imponible una exteriorización de riqueza agotada antes de su sanción, sin que se invoque, siquiera, la presunción de que los efectos económicos de aquella manifestación permanecen, a tal fecha, en la esfera patrimonial del sujeto obligado (confr. Sentencia del Tribunal Constitucional Italiano del 4 de mayo de 1966, entre otras *Raccolta Ufficiale*, vol. XXIII, p. 387 y siguientes) (“Navarro Viola de Herrera Vegas c/ Estado Nacional”, 1989, Fallos: 312:2467).

Sobre contribuciones. (...) el pago de tasas o servicios finca en una contraprestación aproximadamente equivalente al costo del servicio prestado; pero es imposible fijar con exactitud ese costo individual del agua consumida, de la evaluación cloacal, de la basura recogida en el interior de las propiedades en las calles fronterizas, de la luz que reciben, de la inspección de la policía higiénica o de seguridad, etc. Y por eso, para todos esos impuestos se fijan contribuciones aproximadas equitativas, que puede dejar superávit en unos casos y déficit en otros, estableciéndose compensaciones en cálculos hacendarios más o menos acertados pero que los jueces no pueden revisar (“Ana Vignolo de Casullo c/ Municipalidad de la Capital”, Fallos: 192:139).

Que el impuesto debe responder fundamentalmente, según nuestro sistema institucional, a la finalidad de proveer de recursos al Estado para atender los servicios de la administración, pero ello no excluye la función subsidiaria y cada día más importante de fomentar y asistencia social, siempre también que no sea arbitraria o sectaria. “La observación muestra que, por el impuesto, los gobiernos no se preocuparon únicamente de obtener recursos para el Tesoro pero no resulta que en la hora actual el impuesto sirva principalmente para repartir más equitativamente la riqueza entre las clases sociales. Del hecho que los gastos de asistencia social sean pagados por el impuesto, es exagerado concluir que el impuesto moderno ha cambiado de carácter” (confr. Jêze, *Science des finances*, 5ª ed., p. 376). Esta observación es aplicable a nuestro país —en lo nacional y provincial— donde hay puestos protectores, restrictivos, liberaciones de impuestos con esos fines subsidiarios, pero que, como tales, no subvierten las normas fundamentales de los artículos 4º, 16 y 67 (75) de la Constitución Nacional (“Cobo de Macchi di Cellere c/ Provincia de Córdoba”, 1941, Fallos: 190:231; 196:122).

(...) al cobro de la tasa debe corresponder siempre la concreta, efectiva e individualizada prestación de un servicio relativo a algo no menos individualizado (bien o acto) del contribuyente (“Compañía Química S.A. v/ Municipalidad de Tucumán”, Fallos: 312:1575).

El cumplimiento de las funciones del Estado origina “gastos” sobre cuya previsión trata el artículo 4º de la Constitución Nacional, incluyendo a las “contribuciones”, cuyos caracteres están señalados en los artículos 16 y 67, inciso 2 (75 inc. 2), normas éstas que constituyen un conjunto interrelacionado. El término “impuesto”, utilizado en el artículo 16 de la Constitución Nacional, cabe interpretarse en contraposición a “cargas públicas”, de modo que uno o los otros puedan -desde la óptica de la ley fundamental- ser formas en que se hacen efectivas las “contribuciones”. El artículo 67, inciso 2 (75 inc. 2), incluye la facultad de imponer contribuciones entre las atribuciones del Congreso Nacional, quien las recibe como un desprendimiento de la soberanía, a los efectos de crear las rentas necesarias a la vida de la Nación (“Estado Nacional c/ Arenera El Libertador S.R.L.”, 1991, Fallos: 314:595). ♦

VI

HOMENAJES

Buenos Aires, 3 de enero de 2013

VISTO que el día 2 de enero ha fallecido el académico titular doctor Segundo V. Linares Quintana,

CONSIDERANDO que el doctor Segundo V. Linares Quintana ha sido académico titular desde el año 1956 y presidente entre 1983-1986, y que ha honrado a esta Academia con sus reconocidos méritos y su prestigio,

EL VICEPRESIDENTE DE LA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS

SOCIALES DE BUENOS AIRES RESUELVE:

ARTÍCULO 1°. Publicar un aviso en el diario La Nación del viernes 4 de enero, por el que se participa el fallecimiento del doctor Segundo V. Linares Quintana.

ARTÍCULO 2°. Enviar una nota de pésame a la familia.

ARTÍCULO 3°. Designar al señor académico doctor Alberto Rodríguez Varela para hacer uso de la palabra en el acto de inhumación de sus restos.

ARTÍCULO 4°. Rendir honores al doctor Segundo V. Linares Quintana en la Asamblea Anual Ordinaria a realizarse el día 14 de marzo, y en un acto público en la fecha que oportunamente resuelva el plenario.

ARTÍCULO 5°. Regístrese, comuníquese a los señores académicos y archívese.

Jorge H. Alterini Félix A. Trigo Represas
Académico Secretario Académico Vicepresidente

RESOLUCIÓN N° 1/2013

SEGUNDO V. LINARES QUINTANA

POR ALBERTO RODRÍGUEZ VARELA (*)

En nombre de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales y de Ciencias Morales y Políticas, vengo a despedir los restos de Segundo V. Linares Quintana, decano de ambas instituciones, a las que ingresó en 1956 y 1976 respectivamente, y cuyas presidencias ejerció en épocas diversas por elección unánime de sus pares.

A lo largo de más de medio siglo efectuó importantes contribuciones a la labor de ambas Academias, con trabajos sobre temas jurídicos, políticos e históricos volcados en estudios monográficos, conferencias y comunicaciones recogidas en los anales correspondientes a tan prolongado período. Es imposible mencionar ni siquiera los títulos atento los límites de estas breves palabras.

A esa formidable labor intelectual, cuyo ritmo febril mantuvo hasta el final, debemos sumar decenas de libros publicados por diversos sellos editoriales, algunos de ellos con significativas distinciones, como el Primer Premio Nacional de Ciencias, por su “Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional”, el premio “Benito Nazar Anchorena” por su obra “Gobierno y Administración de la República Argentina”, y el discernido por la Fundación “Bunge y Born”, como premio a su excepcional trayectoria de maestro y publicista. También innumerables son sus artículos publicados en revistas jurídicas y políticas a partir de su graduación en la Universidad de Buenos Aires como Abogado y Doctor en Jurisprudencia en 1933 y 1936 respectivamente.

Sin mengua de esa impresionante actividad intelectual imposible de reseñar, quiero poner de resalto en estas palabras de despedida la faceta de su personalidad que más me impresionó desde que comencé a tratarlo

(*) Palabras pronunciadas por el Académico en representación de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en el sepelio del Académico doctor Segundo V. Linares Quintana, el día 3 de enero de 2013.

en 1958, cuando nos designó a los integrantes de un grupo de flamantes egresados Adscriptos al Instituto de Derecho Político y Constitucional de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, que entonces presidía. Pude así comprobar como abría los caminos de la enseñanza universitaria a los jóvenes con vocación por la docencia. Recuerdo la impresión que me produjo su invariable bonhomía y su disposición a escuchar nuestras observaciones juveniles como si fuéramos expertos en las disciplinas que apenas comenzábamos a cultivar. Soy, pues, un testigo más de su docencia ejemplar, que se prolongó en la Universidad de Buenos Aires y en otras altas casas de estudio durante cuatro décadas, extendiendo el influjo de su magisterio a la Universidad de North Carolina, durante los cuatro años de su exilio, entre 1952 y 1954, para preservar la libertad de su enseñanza.

Es que Linares Quintana, por sobre todo, fue un maestro que enseñó no sólo con su verbo y su pluma sino con el ejemplo de una vida austera y silenciosa, dedicada a la meditación intelectual y a sus publicaciones, hasta el final de su larga jornada, dando testimonio siempre de sus convicciones republicanas, de su devoción cívica por la constitución histórica de 1853/1860, y de su amor por la Justicia y la Libertad. Fue esta la lección más elocuente de este maestro que no buscaba la fama ni la vanagloria, pero que era muy firme en sus convicciones y actitudes, leal amigo de sus amigos, generoso y afable, y de indiscutible patriotismo en todas las funciones y servicios que como hombre de Estado prestó a la República.

Una legión de discípulos que hoy son profesores en universidades argentinas y del exterior suscribirían sin vacilar mi testimonio. Ahora, aparentemente, se nos va para el ya impostergable encuentro con el Señor. Sin embargo, no nos deja por completo. Como José Manuel Estrada, su admirado predecesor en la Cátedra de Derecho Constitucional, su espíritu podría decirnos desde lo alto: *non omnis moriar*; ¡no! ¡No moriré del todo! ¡Viviré en mis discípulos! ◆

HOMENAJE AL DOCTOR SEGUNDO V. LINARES QUINTANA

POR JUAN R. AGUIRRE LANARI (*)

Quizá como consecuencia de ser el de mayor edad entre quienes fuimos discípulos y colegas del doctor Segundo V. Linares Quintana, se me ha pedido que evoque su figura en este acto. Intentaré desempeñar este alto honor como una obligación y un derecho a la vez, cumpliendo un estricto sentido de justicia.

Al doctor Linares Quintana lo despidió en su sepelio, en nombre de nuestra Corporación y en el de la de Ciencias Morales y Políticas, el doctor Alberto Rodríguez Varela. En un enjundioso discurso, puso de manifiesto sus condiciones intelectuales y morales, su valor como maestro, y su ejemplaridad cívica, con el recato y la síntesis que el carácter religioso de la ceremonia imponía. Nos toca hoy continuar este homenaje, a la manera con que en la antigüedad se reunían las familias, en viejas consejas, para tratar los asuntos que les concernían. Lo hacemos alrededor de esta mesa, que el doctor Linares Quintana presidió muchas veces como titular de nuestra Corporación, y en todas las otras también espiritualmente, con la autoridad que le concedían sus méritos intelectuales y su profunda vocación académica.

A los conceptos antes aludidos de Rodríguez Varela, agregaré el recuerdo de otros discursos pronunciados en circunstancias más felices, en vida del Maestro, y en su presencia, en el homenaje que le tributaran nuestra Academia, la de Ciencias Morales y Políticas y la de Ciencias de Buenos Aires, a las que el doctor Linares Quintana pertenecía, celebrando el centenario de su vida. Allí disertaron con brillantez nuestros colegas Horacio A. García Belsunce, Alberto Rodríguez Galán y Jorge Reinaldo Vanossi. Casi todo lo que diré en este momento, también lo dijeron ellos, por lo

(*) Palabras del académico, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la Asamblea Anual Ordinaria del 21 de marzo de 2013, al rendirse homenaje al académico decano doctor Segundo V. Linares Quintana, con motivo de su fallecimiento.

que ordenaré mi exposición agregando algunas referencias personales que estimo oportunas.

El doctor Segundo V. Linares Quintana nació el 7 de agosto de 1909, en La Plata, siendo sus padres don Segundo M. Linares y doña Carmen Rosa Quintana. Hay circunstancias curiosas que señalan como una impronta de afecto el destino de los hombres. El padre de Linares Quintana era uno de los primeros pobladores de esa ciudad nacida bajo el impulso de un intenso deseo de unidad argentino, que necesitó de sangre y sacrificios. Bajo estos designios nació La Plata y sus habitantes y sus descendientes conservaron vívido el afecto por este terruño impregnado de amor al país. Ese afecto, que pude comprobar en una residencia circunstancial en dicha ciudad, fue siempre signo distintivo de sus hijos. Lo podemos también nosotros recordar con el religioso afecto que hacia La Plata prodigaron académicos como Augusto Mario Morello y Julio César Cueto Rúa ayer ,y hoy, sentados en esta mesa, los académicos Félix A. Trigo Represas y Emilio P. Gnecco.

Linares Quintana honró toda su vida ese amor platense. Lo expresó con su docencia en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de La Plata, a la que eligió como sede de una de sus más celebradas contribuciones intelectuales: la creación de la Licenciatura de Ciencias Políticas, que él concibió y realizó. También le testimonió su cariño con un legado póstumo, como fue la donación de su famosa biblioteca. Linares Quintana amaba a su biblioteca como a un vástago familiar. Ella lo acompañó acrecentándose continuamente, con textos comunes y con ejemplares extraños y valiosos, que Linares Quintana recogió en el curso de su extensa vida, transformándose en una pieza única, de incalculable valor, que confiamos cuenta con los resguardos que corresponden a la misma.

Tuvo razón Horacio A. García Belsunce cuando calificó a Linares Quintana como un jurista *“excepcional, o más bien diría único entre los antecedentes que registra la historia del derecho argentino a través de sus hombres en el último siglo”*.

Pero también fue un maestro cabal, como lo señalaron los académicos Rodríguez Galán y Vanossi, con expresivas anécdotas que exhibían su predisposición de sencillez y afecto para recoger las inquietudes de sus alumnos, como corresponde a quien ostenta aquél título. Y además, como bien lo señalan aquéllos, tuvo una coherente y admirable conducta cívica, conforme a su religioso respeto hacia la Constitución Nacional, que él enseñó y honró sin desfallecimientos en el curso de su dilatada trayectoria.

Linares Quintana se recibió de abogado en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires en 1933. Como des-

taca Rodríguez Galán, en plena juventud, 1942, se desempeña como asesor legislativo de la Biblioteca del Congreso Nacional, circunstancia que le permitió sin duda alguna no solamente el contacto permanente con los libros, sino también el de personalidades prestigiosas que entonces integraban el órgano legislativo. Así ocurrió con el doctor Alfredo L. Palacios, quien lo distinguió en forma especial, incluso, según alguna referencia que he tenido, proponiéndose postularlo diputado nacional por el socialismo.

Pero Linares Quintana no fue un hombre de partido, porque junto a aquella función también ejerció otras en gobiernos de signo distinto, llevado por el prestigio que su trato y conocimiento imponían entre los hombres públicos. Así, requerido por el gobernador Rodolfo Moreno, fue Director General del Departamento del Trabajo de la provincia de Buenos Aires, donde mostró su especial sensibilidad y sentido de justicia en las controversias entre obreros y empresarios, como se lo demostraron aquellos muchos años después, según referencias fehacientes que he tenido.

Como funcionario del Poder Legislativo, fue secretario de la Comisión de Legisladores que realizó un viaje de inspección a los Territorios Nacionales. Fruto de dicha experiencia, fue uno de sus primeros libros *“Representación Parlamentaria de los Territorios Nacionales”* (1934), y que originó más tarde su tesis doctoral *“Derecho Público de los Territorios Nacionales Argentino y Comparado”* (1936), calificada de sobresaliente, obteniendo los premios *“Accésit”* y *“Doctor Mario A. Carranza”*, a la mejor tesis de Derecho Constitucional otorgada por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires.

Dicha experiencia sobre los territorios nacionales y las provincias, unida a su afán de estudioso, le permitió publicar en 1940 una de sus más celebradas obras, *“El Gobierno de los Territorios Nacionales”*.

En 1947, publicó uno de sus libros más famosos, titulado *“El Gobierno y Administración de la República Argentina”*, en dos tomos, que fue distinguido por nuestra Academia con el Premio *“Donación Benito Nazar Anchorena”*, trabajo señero que en su segunda edición, en 1959, advirtió: *“.. Que es el fruto del estudio del régimen constitucional argentino, que realiza en sus clases de las universidades de Buenos Aires y La Plata, en cumplimiento de su vocación fundamental”*, y agrega, como de un catecismo: *“A través de todas y cada una de sus páginas se trasunta el respeto hacia los principios eternos del gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo, y muy en especial, hacia la sabia, humanitaria y previsora Constitución que desde hace casi una centuria rige los destinos de la Patria, cuyos autores, al decir de Orlando, pareciera que actuaron inspirados por Dios”*.

Paralelamente a las referidas actividades, el doctor Linares Quintana mostró su verdadera vocación, la docencia universitaria. Fue profesor por concurso desde 1934 en la Universidad de Buenos Aires, desde el cargo de profesor adjunto hasta ejercer la titularidad de la cátedra de *Derecho Constitucional Argentino y Comparado*, siempre por oposición, títulos y antecedentes, durante cuarenta años, como lo recuerda Rodríguez Galán.

Simultáneamente, ejerció funciones similares en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata por igual lapso. En la misma dictó la materia "*Derecho Constitucional*" como también la de "*Derecho Público, Provincial y Municipal*", ejerciendo en ambas la titularidad.

En las dos universidades Linares Quintana fue finalmente designado con la máxima categoría, de profesor emérito.

Pero la labor docente de Linares Quintana no se desarrolló únicamente en las universidades públicas, sino también en las privadas. Así, fue Decano organizador de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas y Economía de la Universidad del Museo Social Argentino, y Profesor Extraordinario de Derecho Constitucional en la Universidad Católica de La Plata.

No todo fue pacífico en la labor universitaria que le tocó desempeñar a Linares Quintana. Impelido por su libertad de conciencia, debió alejarse de las facultades oficiales e incluso mirar hacia el exterior para continuar su vocación docente, que las circunstancias del país le impedía.

Así fue como en 1951 aceptó una invitación de la Universidad de North Carolina, cuyo magisterio ejerció en el lapso 1951/1952 y 1953/1954, casa de estudios que lo distinguió con el doctorado Honoris Causae. Además, en Estados Unidos fue nombrado Profesor Conferencista en el Seminario de Asuntos Latinoamericanos de la Universidad de Columbia y Profesor Conferencista de la Universidad de Pensilvania, Filadelfia.

Debemos destacar que cuando Linares Quintana viajó al país del norte no dominaba su lengua. Realizó estudios urgentes y con el sacrificio imaginable, perfeccionó su lenguaje en un grado tal que luego fue un experto traductor del inglés de autores y obras de su especialidad. Tanto fue el prestigio que este autodidacta adquirió en tierras norteamericanas, que la Universidad de North Carolina, donde desarrolló su principal labor, le llegó a ofrecer la creación de una cátedra con su nombre, que Linares Quintana declinó, conmovido por el gesto. Pero era necesario volver a su patria y a su hogar, que lo reclamaban acordes con sus sentimientos.

En 1955 vuelve al país y es designado por el ministro Eduardo B. Busso como Director de Asuntos Jurídicos del Ministerio del Interior. En esa época también se produce su reingreso a las universidades públicas, donde se desempeña desde entonces como profesor titular.

Es en dicha época cuando nos llama a algunos jóvenes abogados para secundarlo en el ejercicio de la cátedra, como ocurrió con nuestros recordados Carlos Manuel Muñiz y Alberto Antonio Spota, junto con Alberto Rodríguez Galán y el suscripto.

En este tiempo, Linares Quintana muestra su originalidad e inventiva, estableciendo una verdadera revolución en los programas que dicta. Hasta ese momento, el Derecho Constitucional se enseñaba en la Facultad con alguna breve introducción histórica previa a la Constitución vigente, y luego con la exégesis de la misma, con la doctrina y jurisprudencia correspondientes.

Acorde con la denominación de la materia, titulada "*Derecho Constitucional Argentino y Comparado*", Linares Quintana hace un extenso desarrollo en su programa, que muestra su versación y promueve la inquietud de los estudiosos desde entonces.

En esos cursos, en una materia que luego pasó a caracterizarse adecuadamente como "*Derecho Constitucional. Primera Parte*", dejando para el año siguiente el desarrollo hasta entonces tradicional, Linares Quintana abarca su pensamiento, que significó no solamente una revolución en los estudios universitarios, sino también en el campo científico nacional.

Siguiendo las enseñanzas de Aristóteles, que concebía a la Ciencia Política como la ciencia soberana encaminada al bien común, establece que entre aquellas que la componen, está el Derecho Constitucional como la más importante. Como estudioso de la Ciencia Política, Linares Quintana, en el desarrollo de su programa, establece las relaciones del Derecho Constitucional con las restantes ciencias sociales e incluso naturales. Ese es el contenido de las dos primeras bolillas, que había profundizado en sus estudios en Estados Unidos y luego constituirían el último de sus afanes intelectuales, que proyectaba en el libro sobre la "*Teoría Empírica del Derecho*", que lamentablemente no pudo coronar por razones obvias.

Luego, el programa de Linares Quintana entraba al estudio de la Constitución, que nos resultaba apasionante, por el análisis que realizaba entre las distintas corrientes, racional-normativa, históricas y sociológicas, con amplia difusión de los autores ubicados en ellas. Era evidente que allí se enclavaba el enfoque fundamental de Linares Quintana con la Constitución enrolada en el llamado Estado Constitucional de Derecho, que tenía

a la libertad y la dignidad del hombre como meta fundamental de sus designios.

Seguía luego una “*Segunda Parte*” titulada “*Estructura Constitucional*”, donde se abunda sobre las formas centralizadas y descentralizadas de Estado, y la forma de designación de los gobernantes. La “*Tercera Parte*”, que trataba sobre las “*Fuerzas Políticas*”, es donde Linares Quintana introducía a los partidos políticos y las por entonces novedosas concepciones sobre “*Grupos de Interés y de Presión*”. La “*Cuarta Parte*” trataba la “*Dinámica Constitucional*”, sobre “*El Poder Constituyente*” y las “*Crisis y emergencias constitucionales*”. La “*Quinta Parte*” estaba titulada como “*Proceso del Constitucionalismo*”, que mostraba el desarrollo en el derecho comparado y concluía en su bolilla 14 con el “*Proceso del constitucionalismo argentino*”.

Precisamente, este último fue el que motivó el título de un pequeño libro, con prólogo de Linares Quintana, que alcanzó la quinta edición, que escribí con motivo de una grabación de mis clases realizada por alumnos, que ordené y amplié con las notas respectivas, las que constituían un factor fundamental en los estudios del maestro, lo que motivó una de las originalidades que habré de destacar de aquel más adelante.

Terminaba el programa con una “*Sexta Parte*” titulada “*Regímenes Políticos Contemporáneos*”. Allí se hacía un estudio de los distintos regímenes europeos, latinoamericanos y afroasiáticos, que resultaban una fascinante descripción teórica y práctica de la materia en cuanto a su vigencia en ese entonces.

Cabe señalar que, de acuerdo a su infatigable vocación docente, Linares Quintana, en 49 páginas sucesivas, ofrecía en el aludido programa de estudios, bolilla por bolilla, las fuentes doctrinarias que correspondían al contenido de cada una de ellas.

Cumpliendo con su función docente, Linares Quintana publica por ese entonces un precioso libro, que cubría el desarrollo de la materia “*Teoría e Historia Constitucional*”. Sus jóvenes adjuntos nos devoramos sus páginas, que mucho nos ayudaron en la labor que nos correspondía. Más tarde, publicará otro libro, que se titulará “*Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*”, en tres tomos, que seguirá algunos de los lineamientos anteriores, por cierto que con mayor profundidad y extensión.

El doctor Linares Quintana en 1997 y 1998 dio a luz un monumental “*Tratado de Interpretación Constitucional. Principios. Métodos y enfoques para la aplicación de las constituciones*”. El libro está precedido por una encomiástica introducción del profesor Karl Loewenstein, a quien tan-

to admiró nuestro maestro, calificándolo como el jurista del siglo, sentimiento que por cierto fue recíproco entre ambos eminentes publicistas.

El libro, que consta de 805 páginas e incluye un Apéndice con otros valiosos trabajos del autor, constituye una nueva prueba de la sapiencia e inquietud intelectual del maestro que hoy evocamos.

Está dividido en dos partes, versando la primera sobre una *“Teoría General de la Hermenéutica Constitucional”*, y la segunda sobre *“Metodología de la Interpretación Constitucional”*. Significa un valiosísimo aporte en tema tan escabroso sobre el cual Linares Quintana se explaya con notable versación y con su reconocida independencia de juicio.

Revisando mi biblioteca, me encuentro innumerables artículos y separatas de Linares Quintana, imposibles de enumerar para este autor de 26 libros. Entre todos ellos, sin duda el que mayor repercusión ha tenido fue su famoso *“Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional”*, de nueve tomos y dos ediciones, estando en proyecto una tercera.

Debo reiterar mi admiración sobre la obra fundamental de Linares Quintana, que en otra ocasión he expresado.

Es su libro más celebrado y unánimemente reconocido y admirado. Fue laureado con el Primer Premio Nacional de Ciencias (1955/1957) (Historia, Filosofía, Derecho y Ciencias Sociales).

No solamente es una obra de obligada consulta en el orden constitucional, un clásico singular en nuestro país, sino que también tiene notoriedad internacional. Citaré solamente la opinión, extractada pero terminante, de quien ha sido una cumbre intelectual de nuestra materia en el siglo XX: el mencionado profesor Karl Loewenstein. Afirma éste que *“solamente un científico en el campo del derecho constitucional comparado es capaz de hacer justicia a un autor que ha llegado a ser una sobresaliente autoridad”*. Sólo aquél - sintetizo sus palabras - *“está en condiciones de valorar con exactitud la hazaña consumada por el profesor Linares Quintana con su monumental Tratado...”*. Y agrega: *“No resulta fácil admitir - y en efecto, no tiene parangón en la literatura jurídica contemporánea - que un solo autor, sin ayuda, haya compilado esos nueve volúmenes, escribiendo cuatro mil quinientas páginas, ordenadas en más de seis mil secciones y documentadas por más de seis mil notas”*.

Loewenstein declara su admiración *“por la dimensión de la empresa, como por la capacidad del autor para organizar un extraordinario material jurídico y fáctico”*, y añade, refiriéndose a la compilación de las opiniones de los representantes de los más variados países y civilizaciones, que

la obra de Linares Quintana *“constituye un compendio del conocimiento constitucional de nuestra época”*. Destaca la *“asombrosa erudición del autor, que difícilmente otro constitucionalista contemporáneo sería capaz de igualar”*. Estos son sólo algunos de los muchos conceptos sobre Linares Quintana vertidos por Loewenstein, quien se autodefine como un autor *“al que no puede acusarse del hábito del elogio indiscriminado”*.

Creo que es el momento oportuno, luego de la justiciera admiración de Loewenstein por la proliferación de notas y citas de Linares Quintana, de remarcar que ello de ninguna manera significa que éste careciera de originalidad sobre los asuntos examinados. En cada uno de ellos es suficiente leer su producción para advertir que siempre el maestro da una opinión propia sobre la cuestión que trata, y en algunos casos, ha introducido expresiones originales, que se han instalado en el lenguaje corriente.

Tal es el caso de lo que él ha llamado *“constitucionalismo social”*, para caracterizar el matiz social que muchas constituciones han adoptado en el curso del siglo XX. Dicha expresión, hoy usual, fue enunciada por Linares Quintana en un artículo publicado en la revista jurídica *La Ley* del 15 de febrero de 1946, en un artículo titulado *“El Derecho Constitucional en la postguerra - El Constitucionalismo Social”*. Otra originalidad que recuerdo en este momento de Linares Quintana es caracterizar a la Constitución Nacional como la Constitución de 1853/1860. Hasta ese momento, se percibían dos tendencias en la denominación. Nuestro distinguido maestro, el doctor Juan A. González Calderón, hablaba simplemente de la *“Constitución de 1853”*, como legítimo admirador de Urquiza y entrerriano por nacimiento. A su vez, quien fuera muy apreciado amigo del doctor Linares Quintana, destinatario en su dedicatoria de algunos de sus libros, Juan Carlos Rébora, se refería a nuestra Ley Fundamental como la *“Constitución de 1860”*, por considerar que allí se había cerrado el proceso constituyente y porque sin duda alguna, Buenos Aires no había intervenido en 1853 y fue recién en dicho año que ejerció su poder constituyente originario. Acertadamente, Linares Quintana utilizó de manera ecuaníme la denominación de *“Constitución de 1853/1860”*, considerando que en este último año se había completado el proceso constituyente argentino legislado en 1853.

Linares Quintana ingresó a nuestra Academia como miembro de número en 1956, siendo recibido por su propio presidente, Carlos Saavedra Lamas, en un conceptuoso discurso que encomiaba los méritos del recipiendario. La presidió entre 1983 y 1986 y fue un asiduo concurrente a la misma hasta que una dolencia física se lo impidió. No obstante, su preocupación por nuestra Academia se mantuvo intacta. En diálogos con todos nosotros nos entregaba o era requerido en sus opiniones y fue siempre un orientador calificado en momentos difíciles que todos recordamos.

Fue también Director del Instituto de Derecho Constitucional y cuando dejó de serlo, recibió con justicia su designación como Director Honorario del mismo. Hoy, en homenaje a su memoria, no dudo que nuestro Cuerpo le impondrá su nombre al Instituto que tanto le debe.

En su desempeño académico, Linares Quintana mostró especial entusiasmo. Nos honró a muchos auspiciando nuestra incorporación y fue siempre una voz de obligada consulta para las decisiones muchas veces difíciles que el Cuerpo debió tomar. En su desempeño académico se mostró tal cual era, con esa prudencia que el reclamaba como virtud fundamental en el ejercicio de la ciencia política, con esa ecuanimidad que le surgía de su voz pausada, que se volvía tonante cuando el asunto lo exigía. Fue respetuoso y profundamente respetado.

Linares Quintana tuvo también una vocación constructiva que se evidenció en congresos de pública resonancia. Fue fundador y presidente de la Asociación Argentina de Ciencia Política y en tal carácter, fundó y dirigió la revista de *Ciencia Política*, que suscribieron destacados especialistas de ese entonces.

Fiel a su condición innovadora y de apertura intelectual, organizó el Primer Congreso de Ciencia Política, que se desarrolló en 1959 en la ciudad de Córdoba. En el mismo, se trató sobre *“Los grupos de presión”*, asunto por cierto novedoso en ese momento y que, sin embargo, ya había sido receptado en la cátedra que ejercía. De las deliberaciones se conservan gruesos volúmenes que detallan el interés de los participantes.

Señala Rodríguez Galán en su recordado discurso de homenaje al maestro, que *“con el auspicio de la Comisión Nacional Ejecutiva de Homenaje al 150° Aniversario de la Revolución de Mayo, se inaugura el 13 de agosto de 1960 el Segundo Congreso de Ciencia Política. Este Congreso de Ciencia Política, reunido en los salones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires bajo la presidencia de nuestro homenajeado, es recordado por la jerarquía de sus participantes, el temario de las mesas redondas, la actualidad en el momento de los temas presentados y los debates originados, y sobre todo por el brillante discurso de inauguración del doctor Linares Quintana, que destacó la ‘importancia y vigencia de la ciencia política, soberana entre las ciencias y ciencia madre de todas las ciencias como Aristóteles la calificara’, e indicar, además en aquel tiempo entre los tópicos extraordinarios a tratarse, dos, ‘Las condiciones y límites de la investigación parlamentaria’ y ‘La delegación de las facultades legislativas’ para establecer ‘criterios esclarecedores en materias de indudable relevancia internacional y de no menor progresión en el ámbito de las instituciones argentinas’”*.

Cabe recordar también que Linares Quintana impulsó y fue presidente de una Asociación Rioplatense de Ciencia Política, de corta duración, pero que permitió contactos con profesores uruguayos que visitaron la Argentina, disertando en el Instituto de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires que presidía Linares Quintana, en un interesante intercambio cultural. Entre ellos, recuerdo al doctor Alberto Demicheli, destacado hombre público uruguayo y autor, entre otros, de libros como *“Origen Federal Argentino”* y *“Formación Constitucional Rioplatense”*, en los que exalta la figura de Artigas, a quien califica como el primer caudillo federal argentino.

Corriendo el tiempo, el doctor Linares Quintana volvió a ocupar el cargo de Director General de Asuntos Jurídicos del Ministerio del Interior durante la presidencia del doctor Arturo Illia, a requerimiento de su ministro del Interior, doctor Juan Palmero.

Debemos cederle nuevamente la palabra al doctor Rodríguez Galán para recordar un episodio trascendente que retrata las convicciones de Linares Quintana. Recuerda aquél: *“Entre los asuntos pendientes de la administración anterior se hallaba la ratificación por el Congreso Nacional de los decretos-leyes dictados. Uno de ellos de importancia trascendental que instituyó la Justicia Nacional Electoral, y regló el Estatuto de los partidos políticos. En sus considerandos se reputaba indispensable la existencia y atribuciones suficientes para cumplir sus fines. En su parte dispositiva creaba una Cámara Nacional Electoral, compuesta por cinco jueces y un Procurador General Electoral, y demás Tribunales y autoridades, cuya creación, organización, atribuciones, competencia y funcionamiento establecía. No es el momento de analizar las vicisitudes, cambios e interrupciones que experimentó con el tiempo este Alto Tribunal, pero sí dar cuenta de la visión del doctor Linares Quintana cuando fue llamado a pronunciarse sobre su inclusión en el ante - proyecto de ley que preparaba sobre la materia.*

“Consultado por el Ministro Palmero acerca de la permanencia de este Tribunal, nuestro maestro fue terminante y fundó su sentido positivo. El Ministro le hizo saber que el Presidente de la Nación, no compartía ese criterio y le sugirió que se lo planteara personalmente. En una larga entrevista y tras un intenso diálogo con argumentos, casi irrefutables por ambas partes, el doctor Linares Quintana logró convencer al Primer Magistrado, y obtener la elevación al Congreso del anteproyecto de ley de su redacción, sobre los partidos políticos con la continuidad de la Cámara Nacional Electoral, que mantenía. Un casual encuentro en la Casa Rosada con el doctor Ricardo Balbín, a quien no conocía, este le ponderó el aludido anteproyecto de ley, con su implícita conformidad.

“Una vez más el criterio del jurista primó sobre causales políticas respetables pero llamadas a ser pasajeras y dio cuenta de la conducta intachable del nombrado Primer Magistrado.

“Se conformaron así las bases de un Tribunal, cuyo prestigio ascendente se ha proyectado en el tiempo y ha demostrado en estas horas cómo jueces independientes, con sentencias fundadas, constituyen la mayor garantía de la ciudadanía para el respeto de sus facultades electorales, como también para resguardar el resultado fehaciente de los comicios”.

Entre las cualidades que cabe recordar de Linares Quintana, conviene enfatizar otra vez su auténtica vocación docente. Había ejercido sin duda alguna como se estila en los Estados Unidos entre los profesores que son *full time* en su trato con los alumnos. Conservó esa vocación, porque sin la caracterización administrativa de *full time*, Linares Quintana lo era en los hechos. Es elocuente el recuerdo que en tal sentido tiene en su brillante discurso de homenaje nuestro colega Jorge R. Vanossi, a quien ahora corresponde cederle la palabra: *“Corría el año 1957 y se acercaba el tiempo de la instalación de la Convención Nacional Constituyente que convalidaría el restablecimiento de la Constitución Histórica. En caminata por los pasillos de la Facultad de Derecho porteña, advertí un cartel de aviso en la puerta del Instituto de Derecho Constitucional y Político que anunciaba los horarios de consulta al Director, y en mi carácter de estudiante solicité una audiencia con el doctor Linares Quintana, que para mi sorpresa me hizo pasar de inmediato a su despacho, donde le manifesté mi interés por conocer los datos más relevantes que ofrecía el constitucionalismo contemporáneo de esa época, como fuentes a ser tenidas en cuenta por los legisladores electos que asumirían las potestades constituyentes. Con absoluta calma y prístina claridad, el Profesor Titular y ya un tratadista consagrado, me obsequió una amplísima información durante cuarenta y cinco minutos, que jamás olvidaré como auténtica ofrenda del docente dicente que ilustra al estudiante ansioso y curioso”.*

La admiración de sus alumnos no sólo se dio en el ámbito nacional, sino también en el exterior, donde Linares Quintana fue y es leído con el respeto correspondiente. He recordado en otra ocasión la visita, en 2007, de 100 estudiantes universitarios de Asunción del Paraguay que, encabezados por el profesor de Derecho Constitucional doctor Ubaldo Centurión Morinigo, irrumpieron en la casa de Linares Quintana, alternadamente, para homenajear al profesor en cuyos libros estudiaban, y tener el orgullo de conocerlo personalmente.

Entre los muchos discípulos que cosechó Linares Quintana, ocupa sin duda lugar sobresaliente quien fue su hijo político y es actualmente presi-

dente de nuestra Corporación, el académico Gregorio Badeni. Desde muy joven, recibió la influencia intelectual de Linares Quintana, y resultó así obvio que cuando Badeni publicó la primera edición de su hoy ya monumental *“Tratado de Derecho Constitucional”*, que cuenta con tres tomos en su última edición y es sin duda un libro de consulta obligada para estudiantes, profesionales y tratadistas, se atrevió a pedirle a Linares Quintana que la prologara. No dudo de que no invocó su condición familiar, sino que lo impulsó su vinculación intelectual con el maestro. A su vez, Linares Quintana consideró justiciero unir su nombre al de tan promisoría empresa intelectual, escribiendo un sustancioso prólogo en el que se explaya sobre autores y la materia en cuestión. Pero fiel a su austeridad, y para justificar su decisión, escribe en su último párrafo un legítimo reconocimiento al mérito de la obra, cuando afirma: *“Por razones obvias, ya que me comprenden las generales de la ley, no soy el indicado para evaluar los méritos del autor y de su obra, per, si se me permite al menos, no puedo disimular mi complacencia por el adecuado y profundo enfoque como así también por la acertada metodología con que el distinguido constitucionalista, catedrático y académico, encara la investigación y la enseñanza de la noble disciplina de la ciencia política a la que el inmortal estagirita conceptuaba como la ciencia soberana entre todas las ciencias”*.

Cabe recordar entre las distinciones recibidas por Linares Quintana el Laurel de Plata del Rotary Club de Buenos Aires, el premio de la Fundación Bunge y Born en Derecho y el Konex de Platino en Humanidades. Además, la Asociación de Derecho Constitucional lo declaró Maestro de la Libertad, la Justicia y el Derecho.

Quiero recordar un episodio en que tuve la dicha de participar personalmente, en un homenaje conjunto que el H. Senado de la Nación realizó hacia los doctores Miguel S. Marienhoff y Segundo V. Linares Quintana. Conociendo que el seis de agosto de 1993 el doctor Marienhoff cumpliría 90 años, diversas instituciones, entre ellas la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la entonces Municipalidad de Buenos Aires, además de los ámbitos académicos, proyectaron homenajes hacia el ilustre jurisconsulto. Pensé que también el Senado debía hacerlo, y en tal sentido presenté un proyecto de homenaje, en el cual incluí en un pie de igualdad a la figura de su eminente colega y amigo, el doctor Segundo V. Linares Quintana, quien el día siete del mismo mes, cumpliría 84 años.

En su sesión del 11 de agosto, el H. Senado de la Nación se reunió para aprobar dicho proyecto y tributar el homenaje requerido. A leer la versión taquigráfica de dicha sesión, reviví la emoción con que todas las bancas legislativas de la Cámara participaron en el homenaje. Aparte del suscripto, autor del proyecto, prestaron su expresa adhesión en forma suce-

siva los senadores Ricardo Branda, quien lo hizo en nombre del bloque justicialista; Pedro Villarroel, por el bloque del Frente Cívico y Social de Catamarca; Jorge Doroteo Solana, por el Movimiento Popular Neuquino, quien también expresó la adhesión que le habían encomendado los dos bloques legislativos de San Juan; y el senador Jorge Cendoya por el bloque de la Unión Cívica Radical.

Los discursos mostraron una especial emotividad, porque varios de ellos recordaron su contacto con los homenajeados siendo alumnos universitarios y su aprovechamiento posterior con la frecuentación de sus publicaciones.

Resisto a la tentación, en homenaje a la brevedad, de reiterar los muchos conceptos elogiosos que por mi parte vertí hacia los homenajeados. Solicito que el desarrollo de la sesión aludida, que conjuntamente con el proyecto adjunto, se incorpore para su oportuna publicación en los *Anales* de nuestra Academia, para conocimiento de quienes nos sucederán.

Solamente recordaré mis palabras finales sobre ambos homenajeados: *“Es la docencia hacia donde uno y otro volvieron recurrentemente, la actividad que practican aun fuera de la cátedra, la que marca una huella indeleble de su trayectoria. En ella se manifiesta una idéntica actitud ante la vida. La de brindar su sabiduría y su talento a las consultas que legisladores, magistrados, catedráticos y profesionales les formulan con frecuencia, prestando su opinión con desinterés absoluto y reiterado. Ese paralelismo muestra así una faceta que distingue ambas vidas: su austeridad como norma natural de conducta, que busca en el calor de sus familias, en el afecto de sus amigos y discípulos, y en el respeto de sus conciudadanos, las puras y nobles incitaciones que dignifican la existencia y encauzan a la comunidad en pos de valores superiores. Se justifica entonces un pronunciamiento del Senado argentino. No somos solamente un cuerpo legisferante; somos custodios de graves responsabilidades, prestando acuerdos y juzgando a los titulares de las más altas magistraturas de la Constitución. Este patrimonio moral que se confía viene de la función consular del Senado romano, juez de quienes traicionaban a la República y dador de recompensas a quienes la servían con honor. En ejercicio de estos altos atributos, debemos y podemos también premiar a quienes, como el doctor Miguel S. Marienhoff y el doctor Segundo V. Linares Quintana, son ciudadanos ilustres de la República. Será sin duda un acto incitativo para que nuestra juventud adopte estos modelos. Lamentablemente, nos falta la pluma de Plutarco para ensalzar estas vidas paralelas que he tratado de exhibir. Suplamos tal falencia con un pronunciamiento categórico, que no necesita otro fundamento que el de la verdad y la justicia”*. El Senado rindió el homenaje con el voto unánime de los miembros presentes, con la adhesión expresa de su presidente.

Quiero terminar esta exposición recordando la última publicación jurídica de Linares Quintana. Este, según nos relató a varios de sus discípulos, tenía el propósito de escribir un libro que titulaba *“La Ciencia del Poder en el Nuevo Mundo: La Revolución Empírica”*. Quería volcar en dicha obra un valioso material que había recogido durante su permanencia en Estados Unidos, junto a sus meditaciones sobre la importancia del tema, que juzgaba trascendental en estos momentos. Lamentablemente, aunque siempre se proponía agregar más consideraciones sobre el asunto, la fuerza de la edad y su salud le impidieron completar su obra, no obstante haber dejado mucho escrito sobre la misma.

Cuando nuestra Academia le rindió su homenaje público con motivo de la presentación de su libro *“Tratado de Interpretación Constitucional”*, Linares Quintana anticipó sus preocupaciones intelectuales sobre la materia, en una conferencia que ha sido publicada por esta institución, titulada *“El incumplimiento de la ley y la revolución empírica”*.

Linares Quintana se explaya sobre la llama *revolución empírica* y cita a algunos de sus más encumbrados militantes, tales como Harold D. Laswell, A. Kaplan y David Easton. Pero inevitablemente, concluye con un profundo razonamiento sobre la necesidad de cumplir la ley. Ahí está la doctrina que Linares Quintana desarrolla toda su vida, exhortando a la vigencia del Estado Constitucional de Derecho, resguardo de la libertad y la dignidad del hombre, con su régimen de garantías de los derechos, y con la independencia y limitación de los poderes. Lo distingue netamente como el gobierno de las leyes contrapuesto al gobierno de los hombres, que desemboca en el autoritarismo y en la perversión constitucional que denunciara Friedrich. Ahí está en su plenitud Linares Quintana, que encabezaba sus libros y su pensamiento para idealizar la vigencia de la Constitución, a la que recordaba con Juan María Gutiérrez como *“la nación argentina hecha ley”*. Así lo debemos recordar, y así le brindamos este homenaje, austero y sencillo como era su modo, pero profundamente auténtico, conforme a los sentimientos.

Ni nuestra Academia ni quienes fuimos sus amigos y discípulos, olvidaremos nunca su lección permanente de vida, dedicada al estudio, a la ejemplaridad de la conducta y a pensar en la Patria a través del respeto a la ley.

Así rendimos hoy y rendiremos siempre un permanente homenaje a Linares Quintana, quien terminaba su conferencia con estas elocuentes palabras: *“Claro está, que tan trascendental como sagrado compromiso, que surge de las entrañas mismas de nuestra historia y que está escrito con la sangre de los argentinos, - como enseñaba José Manuel Estrada, desde su*

cátedra famosa - debe ser fielmente cumplido, siguiendo el claro y seguro rumbo que con mirada de águila nos marcara el ilustre Libertador General Don José de San Martín, el que, en avatares decisivos del largo, cruento y glorioso proceso emancipador, en carta dirigida en 1816 a Don Domingo Godoy Cruz, concluía con la sabia y siempre actual impetración: ‘...los argentinos debemos pensar en grande, y si no lo hacemos, seremos los culpables.’ Así sea, muchas gracias”. ◆

HOMENAJE AL ACADÉMICO DOCTOR JUAN R. AGUIRRE LANARI

POR ALFONSO SANTIAGO (*)

Señor Presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Académico Dr. Gregorio Badeni,

Señor Presidente de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Académico Ing. Manuel Solanet;

Académico Dr. Ricardo Haro, miembro titular y representante en este acto de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba;

Académico Dr. Juan R. Aguirre Lanari;

Sr. Presidente del Consejo Argentino para la Relaciones Internacionales Dr. Adalberto Rodríguez Giavarini;

Sres. Académicos aquí presentes

Integrantes del Instituto de Derecho Constitucional Segundo V. Linares Quintana

Familiares y amigos del Académico Dr. Aguirre Lanari

En mi carácter de Director del Instituto de Derecho Constitucional Segundo V. Linares Quintana de esta Academia, es para mí una inmensa alegría darles la bienvenida a este acto de homenaje al Académico Dr. Aguirre Lanari quien durante los diez últimos años ha ejercido con tanta distinción la Dirección de nuestro Instituto y a quien he tenido el honor de suceder muy recientemente en su cargo.

(*) Disertación pronunciada por el Académico Director del Instituto de Derecho Constitucional "Segundo V. Linares Quintana", en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión pública de homenaje al Académico doctor Juan R. Aguirre Lanari, el 13 de agosto de 2013.

Nuestra institución lleva ahora el nombre de quien fuera su Maestro el Académico Dr. Segundo V. Linares Quintana, fallecido en el mes de enero último a la edad de 104 años.

El motivo de este acto, surgido casi por iniciativa popular, es reconocer y agradecer todo el trabajo realizado por el Académico Dr. Aguirre Lanari a lo largo de una década, para que el Instituto de Derecho Constitucional fuera un ámbito de alto debate científico en el que, a la vez, reina un ambiente muy grato de libertad, diálogo, respeto y amistad. En sus sesiones habituales participan constitucionalistas de diversas universidades, edades, orientaciones y corrientes de pensamiento, en un clima de marcado pluralismo. A la creación de este ethos de calidad académica y calidez humana han contribuido decisivamente las notables condiciones humanas y científicas de nuestro homenajeado.

Académico Dr. Juan Ramón Aguirre Lanari: con la realización de este acto, los miembros del Instituto de Derecho Constitucional sólo intentamos contribuir a saldar, muy parcialmente, la deuda de gratitud que el Instituto y cada uno de nosotros tenemos con usted.

Homenajear a los maestros es un aspecto medular de la vida académica porque así el genuino espíritu universitario se transmite de un modo vivo, atractivo y concreto, y los buenos ejemplos inspiran las conductas de los más jóvenes y mueven a la emulación. Destacar, reconocer, celebrar y agradecer lo bueno es uno de los mejores modos de contribuir a su difusión y predominio.

La preparación de este acto me ha permitido conocer aún más la riquísima y polifacética personalidad del Dr. Aguirre Lanari, su ascendencia vasca y sus raíces correntinas; su educación familiar junto a sus padres y a su tía Brígida; su formación en el Colegio Nacional de Corrientes, con el sello que allí le dejara para siempre el ejemplo y las enseñanzas de su Profesor Benítez; los estudios universitarios cursados en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires junto a sus compañeros y amigos, entre los que se puede mencionar a los luego también muy destacados Doctores José Rey, Nicanor Costa Méndez y Ricardo Colombres; allí se hizo merecedor al Premio Tedín Uriburu por obtener la máxima calificación en todas las materias de Derecho Civil y se inició en las luchas estudiantiles; fue precisamente con motivo de estas luchas donde circunstancialmente conoce a Amelia, su esposa y compañera de toda la vida, con quien se casa en 1948. Inicia por entonces su dilatada carrera profesional en la que se irán combinando y enriqueciendo mutuamente sus facetas de abogado, hombre público, político y académico. Precisa-

mente las exposiciones de los Dres. Vanossi, Badeni y Haro intentarán profundizar en estos aspectos de la intensa e interesantísima biografía del Dr. Aguirre Lanari.

Entre los múltiples aspectos de la personalidad del Dr. Aguirre Lanari que podría destacar, quisiera referirme a uno de ellos, puesto especialmente de relieve a lo largo de todos los años en los que dirigió nuestro Instituto. Me refiero a la concepción y ejercicio del poder entendido como acto de servicio a los demás, realizado de modo moderado, siempre en el marco de los principios y reglas por las que se rigen las instituciones y creando espacios para la libertad y la iniciativa creativa de las personas. Esta plena coherencia entre lo que ha enseñado como constitucionalista y lo que ha vivido en su actuación como Director de nuestro Instituto, es una de las enseñanzas más profundas y de los aportes más valiosos que nos podemos llevar como legado.

Con ocasión de la preparación de este acto, pude visitar el despacho de trabajo del Dr. Aguirre Lanari. Allí se pueden ver las fotos de su familia, de sus hijos y de sus nietos que él muestra con especial orgullo; otras recogen sus encuentros con grandes personalidades de la política internacional, como jefes de Estados, Ministros, Embajadores y hasta alguna con la Madre Teresa de Calcuta; otro grupo de fotografías son testimonio de su actuación política, en el Ministerio del Interior, en el Congreso y en otros foros públicos provinciales y nacionales. Sin embargo, entre todos los recuerdos que pude ver por allí el que más me impactó fueron las palabras grabadas en una placa que le fuera entregada por una institución integrada por sus coprovincianos correntinos. Allí se puede leer: "Al Dr. Juan R. Aguirre Lanari, grande en el talento, humilde en el corazón". Pienso que esas palabras son una síntesis muy acabada de la personalidad de nuestro homenajeado y, por ello, quisiera acabar remitiéndome a ellas para dejar espacio a los demás expositores.

Muchas gracias, Dr. Aguirre Lanari, por su ejemplo de vida y su abnegado trabajo al frente de nuestro Instituto. Esperamos poder honrar el legado que nos ha entregado. Todos los aquí presentes nos sentimos orgullosos de haberlo podido conocer, tratar y querer. ♦

RECONOCIMIENTO AL ACADÉMICO JUAN R. AGUIRRE LANARI

POR GREGORIO BADENI (*)

El Instituto de Derecho Constitucional “Segundo V. Linares Quintana” me encomendó la grata tarea de participar en este justo homenaje y reconocimiento de la personalidad y trayectoria del académico doctor Juan Ramón Aguirre Lanari. Se trata de un ilustre académico, de un destacado maestro del Derecho y de un distinguido protagonista de la vida política del país que, durante los diez últimos años, tuvo a su cargo la dirección del Instituto. Lo hizo con singular excelencia conformando un grupo de jóvenes y destacados juristas mediante el acicate de la investigación, el diálogo e intercambio de opiniones sobre los más variados temas del derecho constitucional y la ciencia política. Todo ello en un ámbito donde imperó el respeto, la tolerancia, la amistad, el pluralismo y la inteligencia que permitieron, a los integrantes del Instituto, someter a un debate científico las más audaces ideas forjadas por sus intelectos.

Al asumir esta tarea lo hago sujeto a una dificultad comprensible, porque al margen de la estima y respeto que nos merece el doctor Aguirre Lanari, son muchos y muy distintos los enfoques a la luz de los cuales cabe analizar y describir la obra y el pensamiento del ilustre homenajeado. Es que Aguirre Lanari es cultor de las ciencias jurídica, política, histórica y social con una trayectoria relevante iniciada hace más de sesenta años. Humanista cabal que sabe estructurar, con incuestionable jerarquía, concepciones y obras definitorias a lo largo de una existencia fecunda, desprovista de desvíos y retrocesos.

En síntesis, este homenaje es un testimonio a la gratitud de un hombre inteligente y activo. Un hombre de acción silenciosa y fecunda. A un hombre que elude el bullicio y los fuegos de artificio porque sabe que la luz auténtica ilumina sin hacer ruido. A un hombre que no vacila en pedir un consejo,

(*) Disertación pronunciada por el Académico Presidente, en la sesión pública de homenaje del Instituto de Derecho Constitucional “Segundo V. Linares Quintana” al Académico doctor Juan R. Aguirre Lanari, el 13 de agosto de 2013.”

una opinión a sus amigos y discípulos para no apartarse de la senda correcta. A una persona que no aspira a ser un hombre importante porque sabe que los hombres calificados como importantes suelen ser los menos importantes. Los hombres importantes como Aguirre Lanari no buscan títulos ni publicidad. Son importantes por su inteligencia, por su bondad, por su coraje republicano y por las ideas que siempre siembran tan generosamente.

Resultando prácticamente imposible detenerse en recorrer los extensos antecedentes que registra el académico Aguirre Lanari, me ceñiré en describir algunos aspectos de su descollante actuación en los ámbitos universitario y de las Academias Nacionales.

El doctor Aguirre Lanari cursó sus estudios en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Egresó con el título de abogado en 1946 siendo distinguido con el premio "Alberto Tedín Uriburu" y el correspondiente diploma de honor por haber obtenido las más altas calificaciones en su promoción. Años después, se graduó de Doctor en Derecho y Ciencias Sociales con su tesis sobre la "Contribución de Corrientes en la formación institucional de la República", que fue examinada por un tribunal integrado por los doctores Héctor Lanfranco, Francisco Laplaza, Segundo V. Linares Quintana, Alberto Padilla y Ricardo Zorraquín Becú. Si bien, conforme al régimen vigente en ese momento la tesis no podía ser calificada, el tribunal dejó constancia que ella debía ser considerada de mérito sobresaliente.

En el curso de las graves conmociones políticas que sufrió y padece el país, Aguirre Lanari siempre fue un firme defensor de las instituciones democráticas y de los valores que les aporta el secular movimiento constitucionalista. Siguiendo el pensamiento de Bartolomé Mitre, quien en 1889 proclamaba que "a la juventud corresponde la iniciativa y la actividad política en la vida presente así como el gobierno en lo futuro", lo puso de manifiesto participando activamente en la vida universitaria junto a otros estudiantes como su querido amigo Carlos Manuel Muñiz. El 3 de abril de 1946, cuando se incorporó al Consejo Directivo de la Facultad de Derecho en su carácter de Delegado Estudiantil destacó: "Debe enseñarse la democracia en el estudio de la génesis de nuestra ley fundamental, que certifica con la experiencia trágica de una época de pasiones turbulentas, la necesidad imperiosa de sujetar la fuerza al servicio superior del orden y el Derecho. Debe enseñarse la democracia, en el espíritu generoso y libérrimo de nuestra Constitución, que encierra con profunda sabiduría y casi cien años después de promulgada, las posibilidades infinitas de un programa de gobierno que en mucho aún no ha sido realizado". Palabras que conservan plena vigencia en la actualidad.

Debieron transcurrir casi diez años para que Aguirre Lanari pudiera comenzar a satisfacer su profunda vocación docente en el ámbito universi-

tario. Describir su valiosa labor en esta área y citar sus importantes publicaciones requerirían contar con un tiempo del cual no disponemos. Me limitaré a efectuar una síntesis.

En la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de La Plata fue Profesor Adjunto Interino de Historia de las Instituciones Representativas. En la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires desarrolló un impecable cursus honorum. Primero fue designado Profesor Adjunto Interino de Historia Constitucional. Luego, por concurso de oposición, Profesor Adjunto de Derecho Constitucional. Posteriormente, y también por concurso, fue nombrado Profesor Asociado de Derecho Constitucional, a igual que sus entrañables amigos Alberto Rodríguez Galán y Carlos Manuel Muñiz -ambos también fueron miembros de esta Corporación y de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas- integrando la Cátedra a cargo del doctor Segundo V. Linares Quintana. Habiendo renunciado al cargo docente en 1973 con motivo del avasallamiento de que fue objeto la Universidad, aceptó en 1976 retornar al claustro universitario junto a centenares de prestigiosos docentes que renunciaron o fueron expulsados ilegalmente de ella en 1973. En esa oportunidad, fue nombrado Profesor Titular Interino de Derecho Constitucional. Su cursus honorum culminó con su designación por concurso como Profesor Titular de Derecho Constitucional.

En 1984, de manera injusta y arbitraria, la Universidad dejó sin efecto el citado concurso, con una decisión cuyos efectos se extendieron a las designaciones de los doctores Rodríguez Galán y Muñiz. Ella fue emitida sobre la base del dictamen producido por una comisión especial asesora integrada por varios individuos desprovistos de la mínima capacidad cívica para la preservación de las instituciones. Se trató de una afrenta grave contra los profesores titulares así como también contra el jurado que intervino en los concursos que se pretendió anular. Entre ellos, los doctores Segundo V. Linares Quintana y Jorge Aja Espil, quienes asimismo habían conformado el jurado que se expidió sobre el concurso de las Cátedras de Derecho Constitucional II, respecto de las cuales aquella comisión no formuló observaciones. Con firmeza, Aguirre Lanari cuestionó la medida por la vía jurisdiccional en la cual se reconoció la arbitrariedad en que se había incurrido en su perjuicio. Repuesto en el cargo del cual había sido separado, poco después cesó en su desempeño por haber alcanzado la edad máxima establecida por la normativa universitaria para ejercer la docencia.

En la Facultad de Derecho sus enseñanzas se inspiraron en los valores históricos, republicanos y democráticos que nutren a la Constitución Nacional, evitando los desvaríos a que conduce el snobismo constitucional. Con un criterio realista, participaba de la unión indisoluble que media en-

tre el derecho constitucional y la ciencia política, y siguiendo la línea trazada por su maestro y amigo Segundo V. Linares Quintana, propiciaba la aplicación de un enfoque empírico en el cual convergían el pragmatismo resultante de su experiencia en la vida política agonal y arquitectónica, y los acontecimientos históricos que determinaron nuestra evolución constitucional, como también el pensamiento y las ideas de sus protagonistas.

Como Profesor Adjunto de su Cátedra, fui testigo de su ilustración, de sus inquietudes, de su firmeza, de su agudo análisis del pasado y del presente, de su inusual prudencia política, de su apego a las instituciones republicanas y democráticas y de su compromiso con el fiel cumplimiento de la letra y de los valores de nuestra Constitución de 1853/60. Todo lo cual trasladaba a sus alumnos con singular concisión y claridad, y sin introducirse en las elucubraciones teóricas de los investigadores que, encerrados en una campana de cristal, sobresalen por la riqueza de sus conocimientos y la pobreza de sus conclusiones prácticas. En este aspecto compartía la idea de la libertad creadora descrita por su amigo Víctor Massuh cuando decía que “Los argentinos debemos desoir la imitación que engendra una mentalidad parasitaria que vive del pasado, aferrada al presente con temor y dependiendo del esfuerzo de otros. Es la actitud del estudiante que exige facilidades porque perdió el sentido de la auto exigencia intelectual. Es la del profesor anquilosado que repite la lección antigua; la del intelectual detenido en el cultivo anacrónico de ideas que no sólo perdieron vigencia en el mundo sino que ya no son útiles para su propio país; la del político que a la hora de asumir la democracia la vive como una máscara o como un palabrerío gritón y enconado que causa decepción y fatiga”.

En su obra “Los fundadores de la Ciencia Política en la Argentina”, publicada en 1979, pone de relieve la estrecha conexión que existió en el país entre los estudios de derecho constitucional y de ciencia política. En ella describe los aportes de sus precursores más calificados, tales como Mariano Moreno, Esteban Echeverría, Juan Bautista Alberdi, Juan María Gutiérrez, Bartolomé Mitre y Domingo Faustino Sarmiento. Sin perjuicio de citar a Juan Manuel Estrada cuando enseñaba que “toda la ciencia política está contenida en la idea de la libertad” y que “las fantasías políticas son pecados que no purgan los teorizadores sino los pueblos”.

Para Aguirre Lanari el progreso de un país reside en extender la libertad y en fortalecer la legalidad y las costumbres que premien el esfuerzo y el talento, estimulen la responsabilidad, la iniciativa y la honestidad, sancionando el parasitismo, la abulia y la inmoralidad.

Resumiendo el objetivo de la enseñanza de la ciencia política y el derecho constitucional, Aguirre Lanari destacaba que “debemos propender

a la vocación cívica de los jóvenes, a su interés por la cosa pública, a la inclinación por sus problemas, superando un desinterés suicida o una dañina formación cuyas consecuencias sólo proyectan un trágico destino de servidumbre y medianía”, y agregaba que era un deber ineludible de los docentes difundir los valores constitucionales abordando “esa tarea sin arrogancia y con el trabajo y realismo que la misma reclama. Con esa prédica de la doctrina democrática y de la conducta que la respalde, con maestros imbuidos del convencimiento que la causa impone. Así evitaremos que alguna vez aquéllos que no recibieron su enseñanza o la despreciaron tengan que afrontar el riesgo del alambre de púas y de las balas, abandonando vernáculos afectos y jugando cara o cruz su destino”.

Usualmente, aunque no siempre, la excelencia en el ámbito de la docencia universitaria abre las compuertas para ingresar a la actividad académica. El 19 de octubre de 1978, Aguirre Lanari fue designado miembro titular de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Al pronunciar su conferencia de incorporación el 17 de mayo de 1979, fue presentado por el académico Segundo V. Linares Quintana quien, al describir la personalidad de nuestro homenajeado, destacó que: “A pesar de su dedicación al estudio y la enseñanza de la ciencia constitucional, el doctor Aguirre Lanari no es un mero teórico y hombre de gabinete, sino que ha sabido equilibrar su sólida formación doctrinaria con la rica experiencia adquirida en el ejercicio de la función política en la actuación como hombre de Estado; actividades ambas en las cuales no ha hecho sino confirmar sus condiciones morales e intelectuales”.

A esa designación siguió, el 27 de noviembre de 2002, su nombramiento como miembro titular de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, y por añadidura, como miembro correspondiente de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas de España y la Academia Chilena de Ciencias Sociales, Políticas y Morales. Su conferencia de incorporación, pronunciada el 24 de septiembre de 2003, se titula “El espíritu y los valores de la Constitución”. Al ser presentado por el académico Segundo V. Linares Quintana, éste, con su reconocida autoridad, destacó que “La incorporación del doctor Aguirre Lanari no hace sino confirmar la antigua y correcta tradición académica en contar en su seno a personalidades que, además de satisfacer las condiciones intelectuales y morales requeridas para ocupar sus honrosos sitios, ejercen también la política práctica propia de su dinámica democrática, trayendo el aliento vivificador de la realidad política, cuyo conocimiento preciso y análisis objetivo hace a la razón de ser de una Academia de Ciencias Morales y Políticas”.

Como corolario de su disertación en la citada Academia, Aguirre Lanari decía: “Confío y anhelo que el pueblo argentino, invocando la protección

de Dios, practique siempre la unión nacional, sin odios fratricidas, afianzando la justicia y el bienestar general, bajo el manto irrenunciable de la libertad". Es que, desde su juventud, Aguirre Lanari sostuvo que correspondía ceñirse a esa guía formidable que es la Constitución Nacional y al mensaje transmitido a través de ella por la Generación de Mayo y la Generación de 1837 forjadoras, respectivamente, de la independencia y de la organización política del país que, con las variaciones generadas por el progreso y el dinamismo de la vida social, conservan plena vigencia, vigor y frescura en el siglo XXI.

Corresponde destacar que las Academias Nacionales, por la propia razón de su existencia y la libertad responsable que impera en su labor científica, constituyen el hito más elevado de la escala cultural de un país. Conforman las comunidades más adecuadas e idóneas para fomentar la manifestación, el crecimiento y el progreso de las ciencias. Así, en un mundo materialista con horizontes difusos y despojados de toda metafísica, en el que se mezclan las fábulas falaces y la simple avidez, las Academias Nacionales prosiguen rescatando los valores del espíritu que son los fundamentos para el fructífero desarrollo de la vida en una nación.

Nuestro académico Horacio García Belsunce enseña que para ser académico no es suficiente con la consideración de la sabiduría y de los conocimientos. A la dignidad intelectual debe añadirse la dignidad en la vida. El académico debe ser un ejemplo de virtud y actuar siempre con señorío. Es así que, para ser académico, no basta el saber científico si está desprovisto de atributos humanos honorables. Por su parte, el académico José Domingo Ray nos advierte que, para ser académico se debe apreciar la aptitud para exaltar los valores morales en la ineludible búsqueda científica del bien común basado sobre el imperio de la verdad y la justicia, de la virtud.

Las circunstancias de la vida me llevaron a seguir muy de cerca la trayectoria de Aguirre Lanari desde hace más de cuarenta años. A lo largo de ese lapso y en el marco de las penosas vicisitudes del país, pudimos conocer su excelencia, la nobleza de sus principios e ideas, sus sacrificios, su cordialidad, su equilibrio, su tenacidad y firmeza de carácter. Ese conocimiento nos permite afirmar que el doctor Aguirre Lanari siempre poseyó el conjunto de cualidades que avalan la dignidad académica. Gregorio Marañón decía que para cumplir con la rigurosa excelencia académica lo fundamental no es la actitud sino la afición. Palabra que Marañón ajustaba a su sentido estricto de amor al objeto elegido y de ahínco y eficacia de ese amor. Un hombre pleno de aptitudes para una faena determinada no la realizará si no la quiere, si no está aficionado de ella, aunque su talento e inteligencia sean sobresalientes. Afición, vocación, es amor al deber. Al

deber impuesto por el propio y espontáneo amor a lo elegido, a la investigación, a la ciencia, a la búsqueda de la verdad, al pluralismo, al bien común, al progreso del espíritu y del intelecto.

El compromiso de Aguirre Lanari con las Academias ha sido y es intenso y elocuente. Compromiso que se tradujo en sus valiosos aportes académicos de los cuales, la dirección del Instituto de Derecho Constitucional es simplemente uno de los eslabones que conforman la cadena que lo une a nuestra Corporación.

Al rendir este homenaje al académico Aguirre Lanari, corresponde extenderlo a sus padres que supieron modelar su espíritu con sus sabias lecciones y ejemplos sin tacha. Otro tanto a la solidez del núcleo familiar que conformó con su digna esposa Amelia Vernengo Lima, sus hijas Teresa y Cecilia, sus nietos Marcos, Santiago y Cecilia y sus bisnietas Lucrezia y Lavinia quienes con su afecto y colaboración contribuyeron decisivamente al logro de los altísimos méritos que caracterizan la trayectoria del académico Aguirre Lanari.

Este reconocimiento comporta, para todos nosotros, un nuevo desafío: preservar y elevar la actividad del Instituto. Asimismo, no podemos menos que expresar que al disfrutar de la compañía del académico Aguirre Lanari debemos admitir como se ha dicho que un amigo es una Gracia, que tener un amigo es un Don, que conservar un amigo es una Virtud, y que ser amigo del doctor Aguirre Lanari es un Honor. ◆

AGUIRRE LANARI: EL POLÍTICO, EL LEGISLADOR Y EL ESTADISTA

POR JORGE REINALDO VANOSI (*)

I. En su dilatada vida, siempre con el tesón de los luchadores en aras de ideales, a temprana edad inició Aguirre Lanari su quehacer en el ámbito de la participación, con una continuidad que no dejó márgenes para intervalos y menos aún para la indiferencia. Desde los lejanos tiempos del Colegio Nacional y más tarde en la Facultad de Derecho porteña, su desenvolvimiento desplegado en el Centro de Estudiantes y luego como delegado estudiantil en el Consejo Directivo de esa Casa de estudios, señalaron el promisorio compromiso del hombre dotado de principios y animado de esperanza e ilusión en las metas que estimaba como deberes cívicos de su condición ciudadana. Esa etapa de su vida resultó un valioso entrenamiento, por cuanto transcurrió en años de áspero ambiente a raíz de la ríspida política de avasallamiento de la autonomía universitaria que se extendía a briosas confrontaciones del estudiantado con los poderes públicos de facto que venían gobernando desde el 4 de junio de 1943. Más tarde llegarían otros tiempos y se abrirían nuevos rumbos.

Su temprana vocación política lo condujo a la Vicepresidencia del Comité Ejecutivo del Partido Liberal de Corrientes y de la Federación Nacional de Partidos de Centro, entrando así de lleno en el escenario político nacional, bregando incesantemente y sin intersticio alguno por la vigencia del ideario republicano y democrático sustentado en la letra y el espíritu de nuestra Constitución Histórica de 1853 - 1860, cuya defensa asumió en cuanta oportunidad se intentó quebrantarla o suplantarla.

Los avatares institucionales lo llevaron a que fuera el primer Director General de Provincias del Ministerio del Interior (1956); y, sucesivamente, Ministro de Gobierno de la Provincia de Buenos Aires (1957-58), Diputado constitu-

(*) Disertación pronunciada por el Académico, en representación de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, en la sesión pública de homenaje del Instituto de Derecho Constitucional "Segundo V. Linares Quintana" al Académico doctor Juan R. Aguirre Lanari, el 13 de agosto de 2013.

yente en la Convención Reformada de la Constitución de la Provincia de Corrientes (1960), Diputado Nacional (1962) y Senador de la Nación (1963) por la Provincia de Corrientes, habiendo ejercido la Vicepresidencia Segunda del Senado de la Nación entre 1963 y 1966. En esa función y en tal carácter se desempeñó como Miembro de la Misión Parlamentaria Asesora de Límites con Chile, siendo designado asimismo, en 1966, para integrar el Parlamento Latinoamericano. Años más tarde fue Embajador de la República Argentina en Venezuela y concurrente ante Bahamas, Granada y Barbados; y llegaría luego a desempeñar el alto cargo de Ministro de Relaciones Exteriores y Culto de la Nación (1982-83), en difíciles momentos que requerían su colaboración como “piloto de tormentas”, llevando a cabo la misión por la que se lo convocó, con el éxito que aseguraban su experiencia, su sabiduría y su prudencia, dotes estas que ya resultaban conocidas a través de su reputación y su veteranía, a las que se sumarían una notable combinación de la fuerza de convicción con la paciencia propia de los hombres de bien.

Le cupo intervenir en diversos Congresos Internacionales, presidiendo la Delegación Argentina ante la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1982 y 1983, y ante la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (O.E.A.) en 1982. Fue, también, Presidente de la V Reunión Ministerial del Grupo de los 77, celebrada en Buenos Aires con asistencia de 125 países, entre marzo y abril de 1983, como preliminar a la que celebró la UNCTAD, en junio de dicho año en Belgrado —entonces capital de Yugoslavia— a la que también concurrió.

II. Luego de una merecida pausa al cabo de tan intenso trajín y con la satisfacción del deber cumplido, fue elegido nuevamente Senador de la Nación por la Provincia de Corrientes el 16 de diciembre de 1987 y, otra vez, Miembro del Parlamento Latinoamericano, participando en las reuniones celebradas en Buenos Aires, en agosto de 1988.

El brillo y la pericia demostrados tanto en el Poder Ejecutivo cuanto en el Poder Legislativo, se testimoniaron en justo reconocimiento al ser galardonado en 1988 con el Premio KONEX, otorgándosele el Diploma al Mérito que lo acredita como una de las “Cien mejores figuras en la historia de las instituciones” y como uno de los cinco legisladores nominados en su actividad específica.

Por todo ello, más sus méritos de Constitucionalista y de fiel principista, hicieron que el 13 de julio de 1989 fuera elegido por tercera vez Senador de la Nación por la Provincia de Corrientes, para el período comprendido entre el 10 de diciembre de 1989 y el 10 de diciembre de 1998. Ejerció la Vicepresidencia 2da. del Cuerpo entre el 1º de mayo de 1991 al 30 de abril de 1992; siendo, asimismo Presidente de la Comisión

de Acuerdos y luego Presidente de la Comisión de Interior y Justicia, Secretario de la Comisión de Relaciones Exteriores y Culto y miembro de la Comisión de Asuntos Constitucionales; e integrante también de las Comisiones de Obras Públicas, de Vivienda y de la Inversión. Ejerció la Presidencia de las Comisiones Parlamentarias de Amigos de la República Checa y Amigos de la República de Corea, siendo miembro también de las Comisiones Parlamentarias de Amigos de la República de Francia, de Suiza y del Reino de España.

Si me es permitido enunciar una síntesis de su meritoria labor en el Congreso Argentino, no dudo en sostener que Aguirre Lanari exhibió una gran y difícil virtud, cual es que, sin incurrir en la demagogia ni caer en los vericuetos del ideologismo como sistema hermético, tuvo él la rara virtud de volcar en todos y cada uno de los proyectos la ofrenda sincera de una genuina sensibilidad social, muy por encima de las clases y, más aún, muy lejos de las aparcerías del mero partidismo o de la impúdica y desordenada repartija “a la rebatiña”. Aguirre Lanari nunca incurrió en esos arrebatos ni pasaron por su mente. Y esa cualidad no es poca cosa. Es una virtud superlativa.

III. Su honda vocación por la política internacional lo había llevado a ser uno de los fundadores del Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales (C.A.R.I.) integrando su Comité Ejecutivo y el Comité Consultivo de esa prestigiosa entidad que se formara por iniciativa e impulso del siempre recordado Académico, Embajador y Canciller Doctor Carlos Manuel Muñiz, al que acompañamos en el acto fundacional y en la que Aguirre Lanari ha expuesto en su tribuna —libre y prestigiosa— el credo por la paz y la solidaridad de las naciones y, en particular, por la armonía con los demás Estados de nuestro continente, en peraltado compromiso de cooperación fraterna.

Dan cuenta de ello sus numerosas obras y trabajos sobre las relaciones internacionales, entre las que cabe mencionar “Vocación Americana de la Argentina”; “La Política Exterior Argentina entre el 2 de julio de 1982 y el 10 de diciembre de 1983”; “La Reforma de la Constitución Nacional”; “Los títulos argentinos sobre las Islas Malvinas”, entre otros libros y ensayos.

IV. Y permítaseme retornar a su envidiable retrato e imagen de legislador, que despierta toda mi admiración.

No vamos a enumerar pormenorizadamente su caudal de iniciativas, todas ellas producto de un concienzudo estudio y análisis de los temas en consideración.

Su actuación parlamentaria revela en su personalidad la conjunción de tres grandes virtudes: la aptitud, la vocación y la dedicación.

Para destacar su singularidad es bueno observar que se visualizan en ese ámbito colectivo de las Cámaras del Congreso Nacional varios estilos en la labor de los legisladores: el denunciante, el propositivo y el “mudo”.

Es factible la complementación entre los dos primeros; pero no es admisible la ausencia de “rol protagónico” de los que incursionan en el tercer grupo; pues el parlamentario silente es un sin-sentido, toda vez que el ámbito legislativo supone tan siquiera un mínimo de debate; y requiere intercambio de ideas, de iniciativas y propuestas, de búsqueda de consensos y la resignación de las intransigencias; vocablo éste que debería ser desterrado de la vida parlamentaria democrática, como también es impostergable erradicar el calificativo de “enemigo” entre quienes deben convivir como oponentes o adversarios pero unidos de la “cordialidad parlamentaria” que otrora reclamaba Julito Roca al presidir el Senado.

Y así debe ser, pues el debate ilustra, por cierto, cuando gira en redor de alternativas con otros proyectos, —ya sean de procedencia oficialista u opositora— terreno en el que es necesario procurar consensos constructivos, como así también, cuando se asumen los deberes de control y la instancia de las responsabilidades. ¡Sanas son las interpelaciones ministeriales y los mecanismos de juicio político si sirven para preservar la salud y la supervivencia de la República!

A Aguirre Lanari bien y justamente se lo puede calificar por la viabilidad de sus propuestas. Siempre, al aprobárselas, quedaba en evidencia el “andamiento de las mismas”. En el caso contrario, que es frecuente en otros, la fecundidad tropical de la voracidad proyectista en aras del ranking y las estadísticas, confunde las cuestiones de fondo con un mero torneo o en simples actos de “vedettismo”.

En la vasta producción legislativa de Aguirre Lanari, prolongada entre ambas Cámaras por más de tres lustros, abarcó una cantidad numerosa y polifacética de iniciativas consistentes en proyectos de ley, de resolución y de declaración, que básicamente se podrían agrupar por sus contenidos primordiales en cuestiones atinentes al ordenamiento constitucional de la República, a la defensa del régimen federal y a los temas concernientes a su entrañable terruño: la Provincia de Corrientes; como así también a la política exterior de la Nación.

El congresista Aguirre Lanari siempre exhibió una excelente combinación de calidad del abogado, del docente y del constitucionalista, con la tarea constructiva del proyectista que se orienta en su múltiple quehacer hacia la política arquitectónica; que no se enclaustra en el puro combate agonal; que siempre prefiere y opta por una política plenaria inspirada en

el bien común y en el bienestar general que enuncia nuestra Constitución Histórica y no en el agotamiento que insume esa deformación patológica del simple “internismo”. En su prolongada actuación rehuyó las luchas intestinas, a veces democráticas, pero a menudo estériles, que proyectan una imagen desanimante en el resto mayoritario de la ciudadanía; y que más se parecen a la estrechez que sugiere la voz “internodio”, referida y alusiva al “espacio que hay entre dos nudos” (sic). Nudos difíciles de desatar; pero que con la tenacidad se llega a ello, se trasponen los obstáculos —y como buen correntino y conocedor de la lengua guaraní— Aguirre Lanari ha encontrado siempre la “coembota”, que es la luz que precede al amanecer. De nuestra cosecha añadimos: es el fruto de la sabiduría más la experiencia, es el máximo sentido de una vida muy pura y vivida con altivez y generosidad.

En términos aristotélicos, la política practicada por Aguirre Lanari ha sido la del ejercicio plenario, enteramente abarcativa de la integridad de la atención de la Res-públicae para cuyo tratamiento y decisión es imprescindible la visión del estadista, que siempre procura intensificar el resguardo de las instituciones, que es el verdadero coraje que un pueblo debe exigir a sus gobernantes.

V. Y ahora, para no omitir en mis últimas palabras una expresión de gratitud, voy a decir lo siguiente: Creo —con entera conciencia— que el desempeño de Aguirre Lanari como Ministro de Relaciones Exteriores, en las difícilísimas circunstancias de aquel momento de la post-guerra, en 1982 y 1983, fue brillante y acertado en todos sus aspectos: Le tocó asumir responsabilidades de tal tamaño, que basta con subrayar que se trataba del desafío de re-encauzar nuestra política exterior con la fuerza de convicción necesaria y suficiente para que la República Argentina fuera considerada y recibida en su vuelta o reinserción en el mundo (sic). Palabras del académico, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la Asamblea Anual Ordinaria del 21 de marzo de 2013, al rendirse homenaje al académico decano doctor Segundo V. Linares Quintana, con motivo de su fallecimiento. Y esa proeza se logró por el esfuerzo y la clarividencia de nuestro Canciller, cuya prédica y diálogo fueron la más lúcida y lucida gestión para recobrar la confianza y la credibilidad de las Naciones en el devenir político e institucional de nuestro país.

En jornadas de trabajo y con reuniones de infatigable persuasión, obtuvo el reconocimiento y la admisión de que los argentinos ya transitábamos por la senda de una nueva etapa, sustentada en una política de paz y sin abdicar ni un ápice en la defensa de nuestros legítimos derechos sobre el territorio irredento de Malvinas e islas del Atlántico Sur. Al poco tiempo de apagarse el fuego de las armas, Aguirre Lanari obtuvo de la Asamblea de las Naciones Unidas la aprobación, en 1982, de la Resolución 37/9 que instaba a reanudar las negociaciones “a fin de encontrar a la mayor brevedad una

solución pacífica a la disputa de soberanía referida a la cuestión de las Islas Malvinas”; texto reiterado al año siguiente por la Resolución 38/12.

Fue, pues, el piloto indicado para cursar esa hoja de ruta en los primeros pasos después de una derrota en el combate armado, sin arriar los ideales y con entera fe en el Derecho, anticipando lo que años después quedaría estampado en la primera cláusula de las “disposiciones transitorias” del texto constitucional que por iniciativa de su presidente, doctor Eduardo Menem, aprobó la Convención de 1994; y que dice: “La Nación Argentina ratifica su legítima e imprescriptible soberanía sobre las islas Malvinas, Georgias del Sur y Sándwich del Sur y los espacios marítimos e insulares correspondientes, por ser parte integrante del territorio nacional”; para concluir afirmando que: “La recuperación de dichos territorios y el ejercicio pleno de la soberanía, respetando el modo de vida de sus habitantes, y conforme a los principios del derecho internacional, constituyen un objetivo permanente e irrenunciable del pueblo argentino”.

VI. Así fue cómo a partir de la gestión del Ministro Aguirre Lanari nuestra Patria se reintegró en el concierto de las Naciones; siendo numerosas las condecoraciones que diversos estados le han acordado en razón de su brillante personalidad. En dos oportunidades las de la República de Venezuela; la de Brasil; de Ecuador; de Panamá; de Bolivia; de Yugoslavia; por el Rey Juan Carlos de España, que le confiere la Orden al Mérito Civil de España en febrero de 1994; y por el Presidente de la República Francesa que le confiere las Insignias de *Commandeur Dans L'Ordre National du Merite* en agosto de 1998; todas ellas en grado máximo. ¿Qué significado tienen? El que tantas naciones han sabido y querido reconocer méritos de quien supo demostrar que el obrar correcto y constante es la mejor “hoja de vida” y que a través de su actuación paradigmática, Juan R. Aguirre Lanari ha honrado a la Patria y a su pueblo, habiendo defendido el interés nacional, al poner siempre a la Nación por encima de la facción. Su invariable señorío merece este homenaje que hoy le rendimos quienes lo respetamos y admiramos en la plenitud de su apogeo, recibiendo de él consejos y lecciones, que provienen de quien bebió en los lineamientos trazados por los clásicos de la Ciencia Política; y seguramente tomó en cuenta a los efectos de intelegir nuestras realidades políticas recurrentes y agravadas, la percepción de Platón —acaso haya sido ante su Academia reunida— cuando el sabio griego advirtió que “de un principio cuyo origen es mal, el final es necesariamente malo”. Volver a las fuentes, con el conocimiento adquirido, es ratificar la síntesis enunciada por Borges, al enseñarnos que muchas veces el ser original no significa crear algo nuevo; es volver al origen. Y ser fiel a los principios es gran parte el orgullo de este gran caballero de la vida pública argentina, que es Juan R. Aguirre Lanari, que perennemente nos acompaña con el consejo y el ejemplo, a la vez que nos honra con el incesable don de su amistad fraterna. ♦

HOMENAJE AL DR. JUAN R. AGUIRRE LANARI

POR RICARDO HARO (*)

Estamos aquí reunidos, en esta Academia, posada relevante de la cultura moral y política de nuestra Nación, no para escuchar una conferencia ni para participar de una jornada jurídica. Hoy nos convoca un motivo mucho más trascendente y pletórico de nobleza y de gozo amical. Hoy estamos homenajeando al académico y entrañable amigo, Juan R. Aguirre Lanari!!

Hoy estamos festejando en él, a un gran hombre, en la alcurnia de su señorío y en la fecundidad de su siembra, porque su extensa vida ha sido marcada a fuego, por la grandeza propia de quien ha tenido el carisma de conjugar en su brillante personalidad, ciencia y sabiduría. Ciencia en cuanto conocimiento del ser y sabiduría, en cuanto experiencia del ser, en la manifestación conjunta del saber y de un virtuoso convivir moral en su entorno existencial.

Por eso este homenaje no se legitima sólo para mencionar y contemplar tan ricas dimensiones de su personalidad, ni hacer una mera apología de las mismas, sino fundamentalmente, para reflexionar y meditar sobre ellas, a fin de internalizarlas en nuestras vidas, en la imperiosa necesidad de lograr la mayor plenitud posible en nuestra existencia.

De no ser así, los actos de homenaje pueden resultar la manifestación de simples ritualismos protocolares o una mera frivolidad, sin contenido medular ni afectivo. Lo importante, es el mensaje que nos legó y nos sigue legando nuestra estimado Juan R. Aguirre Lanari. Como lo recordáramos en anterior oportunidad, no en vano el filósofo alemán Martín Heidegger

(*) Disertación pronunciada por el Académico, en representación de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, en la sesión pública de homenaje del Instituto de Derecho Constitucional "Segundo V. Linares Quintana" al Académico doctor Juan R. Aguirre Lanari, el 13 de agosto de 2013.

expresaba que “la gran tragedia del mundo es que no cultiva la memoria fecunda, y por lo tanto, olvida a los maestros”.

Por ello, deseo que mis breves pero sentidas palabras, no sean para exponer pormenorizadamente su extenso *curriculum vitae* que es por todo conocido, sino solamente para mencionar sus hitos más relevantes, que ponen de manifiesto su historia de vida, con esa fecunda riqueza que supo brindarnos en sus trayectorias tanto académicas y jurídicas, como culturales y políticas y nacionales e internacionales.

* Se graduó como Abogado con el premio “Martín Tedin Uriburu” y Diploma de Honor, y Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Nacional de Buenos Aires;

* Es Académico de Número de esta Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales y de la de Ciencias Morales y Políticas, como asimismo, Miembro Correspondiente de las similares Real Academia de España y de la Academia Chilena;

* Ejerció la cátedra universitaria en las Universidades Nacionales de Buenos Aires y de La Plata;

* Fue Constituyente en su provincia natal de Corrientes;

* Asimismo se desempeñó como Legislador, ya sea como Diputado Nacional en 1962 y Senador de la Nación en tres oportunidades, en 1963, 1966 y 1987;

* Su innata calidad de Diplomático lo llevó a destacarse ya sea como Ministro de Relaciones Exteriores y Culto de la Nación, como Embajador en la República de Venezuela y finalmente, en las no menos trascendentales funciones como Delegado argentino ante la Asamblea General de las Naciones Unidas y ante la de la Organización de los Estados Americanos;

* Fue un proficuo Conferencista, y un Publicista con varias decenas de libros y trabajos editados en el país y en el extranjero;

* Tuvo el honor de ser condecorado por numerosos gobiernos latinoamericanos y europeos, y laureado por diversas e importantes Instituciones, habiendo obtenido asimismo el Premio Konex en 1988.

De sus innumerables y sólidos trabajos científicos, deseo reseñar uno de los tantos que despertó mi interés titulado “El espíritu y los valores de la Constitución”, estudio con el cual se incorporó como Miembro de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas y en el que se pone

de manifiesto con medulosa hondura, y acompañado de destacada doctrina, los más sobresalientes antecedentes normativos y el pensamiento político que nutrieron la evolución del espíritu y los valores de nuestra Constitución histórica, “a la que considera que si bien es reformable, ninguna reforma y mucho menos ninguna antojadiza interpretación de la misma, podría lesionar lo que designa, su espíritu y su alma, Así lo han querido sus fundadores —continúa afirmando— iluminados de experiencia e impregnados de sana y lúcida pasión argentina, cuando delinearon, en los objetivos del Preámbulo y en las garantías consagradas en su parte dogmática, el camino que le otorgó a la Nación su paz y su grandeza”.

En este sentido, el autor distingue la extraordinaria labor, de la que llama la generación de Mayo, que representa la búsqueda de la independencia y la organización nacional a la luz de lo que denomina la Doctrina Constitucional de Mayo. Luego, se refiere a la generación de los constituyentes, heredera de la libertad soberana, pero teñida por la herencia trágica de sus padres y aún la propia de las pasiones fratricidas, no obstante lo cual, esta generación escoge la Ley Fundamental que sepulta la anarquía y el odio, y proyecta la Nación hacia su grandeza.

Ya sea que nos refiramos a las bases constitucionales de la Revolución de Mayo, o a la Doctrina Constitucional de Mayo, lo cierto es que configuran el pensamiento de los hombres de la Revolución de Mayo, en el fue germinando la organización constitucional. Para ello, analiza las diversas tendencias ideológicas que influyeron en su configuración, entre otras: la doctrina católica; las concepciones iusnaturalistas y contractualistas; las tan decisivas ideas políticas de Mariano Moreno; la Asamblea del año XIII y sus proyectos de Constitución; el Congreso de Tucumán de 1816; las Constituciones de 1819 y 1826; los pactos preexistentes; la renovada y rotunda influencia del pensamiento de la generación de 1837, y la plenitud del proceso constituyente en la Constitución de 1853/60 y sus posteriores reformas, hasta la de 1994.

Con lúcida doctrina, el autor sostiene, que la permanencia de la ideología, el espíritu y los valores de la Constitución, requieren la existencia de contenidos o principios pétreos que si bien pueden reformarse, no pueden alterarse o suprimirse, so pena de atentar contra la lealtad y la fidelidad a nuestra historia y destruir nuestro propio ser y estilo de vida. Concluyendo, el Dr. Aguirre Lanari afirma que el alma o espíritu de la Constitución histórica que ha tratado de configurar, tiene un “telos” inspirador inconfundible en los valores del Preámbulo. En ellos, declara con énfasis, está el excelente programa de nuestros Padres constituyentes y el espíritu constitucional, al que debemos recurrir cuando dichos valores preambulares peligran.

Para concluir mis palabras, ruego se me permita expresar mi sincera admiración sobre algunas de las facetas que caracterizan su paradigmática personalidad.

Es notable advertir que en los diversos ámbitos en los que transcurrió su vida, su personalidad siempre se destacó no sólo por la brillantez de su inteligencia, sino además, por ese cúmulo de virtudes humanas, que lo constituían y lo constituyen como el “hombre sereno”, que vive de prisa con el saber y la virtud y alejado de la vacua frivolidad.

Desde su vida universitaria, ya se reveló como un eficiente promotor de actividades asociativas, presidiendo el Centro de Estudiantes de la Facultad, integrando el Consejo Directivo y haciendo camino en numerosas instituciones sociales, culturales y políticas que integró, mostrándose como un dinamizador de múltiples inquietudes y objetivos, hasta su coronamiento en la vida Académica.

Su ejemplar pasión por el trabajo intelectual, nos lo muestra en sus jóvenes 92 años, con un espíritu plétórico de inquietudes y proyectos, siempre motivando el estudio, el diálogo y la reflexión, en la búsqueda de nuevas fronteras en la problemática jurídico-política, de lo cual ha sido un ejemplo rotundo su dinámica labor en la Dirección del Instituto de Derecho Constitucional que hoy lo homenajea.

Su convocante estilo de vida, nos recuerda lo que solemos señalar respecto de la docencia que implica la fecundidad de toda valiosa existencia humana, ya sea en el hogar como en la calle; en las aulas como en los congresos; en las funciones públicas y en las privadas; en las publicaciones y también en el diálogo cordial con quien se nos acerca procurando afecto, comprensión, ayuda, consejo o cualquier demanda de aprecio y respeto para la dignidad humana.

Las múltiples facetas de la docencia de vida de la personalidad del Dr. Aguirre Lanari, siempre han sido asumidas, no como un oficio, sino como un carisma; no es un mero transcurrir sino como una realización creativa; no en un puro funcionalismo ni en un empleo.

Y como toda auténtica vocación, Aguirre Lanari abrazó su vida con un profundo amor y respeto por los demás, en una permanente actitud de servicio generoso, porque “es dando como uno recibe”, y como bien se ha sostenido en conocida sentencia: “El que no vive para servir, no sirve para vivir”.

Y este acto de amor y de servicio, está en nuestro homenajeado coronado por la grandeza de una auténtica humildad, propias de su sabiduría de

vida y tan ajenas a la soberbia de quienes teniendo un alto concepto de sí mismos, se sienten acreedores imprescriptibles de honores y distinciones.

Dr. Aguirre Lanari: Con su vida ejemplar, Ud. ha sido un verdadero Maestro, y no se lo es, si antes no se ha sido Testigo. Con ella ha dado testimonio de la congruencia entre valores que proclama y la vida que los encarna.

Muchas gracias!! Querido Maestro, porque con su ciencia y su sabiduría, y con esa permanente vocación humana de amor y de servicio, humilde y generoso, ha enriquecido la vida de sus discípulos, de las instituciones y de sus colegas.

Muchas gracias!! Porque asumió su eminente misión, conciente de que sus talentos debían estar al servicio del Estado Constitucional de Derecho y de la dignidad humana que cobija, dignidad humana que -parafraseando a Ortega y Gasset- le sobreviene a algo, cuando cumplimos la máxima inmortal del Evangelio: Trata al prójimo como a ti mismo. Hacer de algo, un yo mismo, es el único medio para que deje de ser cosa”.

En fin, reciba nuestra sincera y afectuosa gratitud y admiración porque Ud., Dr. Juan R. Aguirre Lanari ha sido “un gran hombre -que al decir de Chesterton- es el que hace que cada hombre se sienta grande”. ♦

PALABRAS DE AGRADECIMIENTO

POR JUAN R. AGUIRRE LANARI (*)

Al comenzar a dictar lo que habré de leerles, me siento perplejo, la misma sensación con la que tuve que aceptar este tan generoso homenaje.

Al meditar inicialmente sobre lo que me corresponde decir, pienso que mis palabras tendrán un tono monocorde, por la reiteración de una que sería suficiente para expresar lo que pienso. Esa palabra es: “Gracias, muchas gracias”.

En primer lugar, como creyente que soy, pecador como dice nuestro querido Papa Francisco, pero creyente al fin, debo darle gracias a Dios, que condujo mis destinos hasta aquí, exagerando mis aciertos y disimulando mis errores. Gracias a Dios por todo lo que me dio, concediéndome, junto a una larga vida, las mayores dotes a los que todo ser humano puede aspirar como máxima recompensa: la familia y la amistad.

Debo también agradecer a quien fue autor intelectual de este acto, mi eficiente sucesor en el Instituto de Derecho Constitucional “Segundo V. Linares Quintana”, el académico y profesor Alfonso Santiago. Su enorme generosidad superó mis reparos para aceptar esta demostración, cuando ante los mismos, me dijo que no podía rechazarla porque ya estaba lanzada la idea con aceptación general. No dudo de que su gran capacidad científica y sus dotes espirituales le depararán en la vida justificadas satisfacciones.

Quiero también agradecer, dentro del Instituto, la inapreciable colaboración que he recibido de su irremplazable secretaria, la profesora doctora Beatriz Alice. Su tremendo sentido de la responsabilidad, su inteligente

(*) Palabras de agradecimiento del Académico, en el acto de homenaje que le brindó el Instituto de Derecho Constitucional “Segundo V. Linares Quintana”, con la adhesión de las Academias Nacionales de Ciencias Morales y Políticas y de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, en reconocimiento a su trayectoria académica y su labor al frente del mencionado Instituto.

paciencia y su perspicacia tenaz, superaron los habituales escollos que ofrecía la tarea, permitiendo una convivencia constructiva y armónica en todas las circunstancias.

Deseo asimismo agradecer a los jóvenes y no tan jóvenes miembros del Instituto, que enriquecieron su labor con una presencia crecida, abordando con inteligente sapiencia los más diversos temas de nuestra materia, con aplauso general.

Quiero también agradecer a los restantes oradores de esta noche, brillantes constitucionalistas con justo relieve nacional, como lo son nuestro presidente, el académico y profesor Gregorio Badeni, y nuestro vicepresidente, el académico y profesor Jorge Reinaldo Vanossi. Y quiero agradecer la especial deferencia de otra figura nacional de ejemplar trayectoria en nuestra materia, como lo es el académico y profesor Ricardo Haro, quien me ha honrado con su presencia, trayendo la valiosa representación de la prestigiosa Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, digna hija de esa histórica provincia.

Sobre todas las exposiciones aludidas, guardo mi profundo reconocimiento ante su generosidad, que sin duda ha excedido largamente mis méritos reales.

Junto a las personas indicadas, quiero agradecer profundamente a otras dos academias, a las que tengo el honor de pertenecer, que se han sumado a este homenaje, como lo son la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, y la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, donde tanto he aprendido y sigo aprendiendo, lecciones de sabiduría, de patriotismo y de caballerosidad.

Nací en Corrientes, hace casi 93 años, que era una pequeña y orgullosa capital de provincia, fiel a su religión, donde se practicaba la franqueza en la amistad y en la disidencia, y se cantaba a la Patria en toda ocasión propicia.

Vivíamos con nuestros padres en la casa de mis queridos abuelos paternos, don Juan Aguirre y doña Emilia Contte. Mi padre, el doctor Juan Aguirre Contte, era abogado, con un Estudio prestigioso en el que ejercí durante tres años. Papá era austero, naturalmente modesto y considerado con sus clientes en los cobros, de los que excluía a parientes y amigos. Más de una vez me dijo: "No te dejaré fortuna, pero sí educación y un nombre honesto", de lo que me siento orgulloso. Cuando murió, un diario de tradición política diferente a la nuestra dijo con razón: "Ha muerto el mirlo blanco del foro correntino". Es que papá ejercía la profesión con ética proverbial.

Mi madre, Raquel Lanari, se destacaba por su alegre temperamento y su amena conversación, que le conquistaban, por sus oportunas ocurrencias, la simpatía y la amistad de cuantos la trataban. Fue una digna y abnegada compañera de papá, dispuesta invariablemente a ofrecer su concurso en emergencias de salud a propios y extraños, según era costumbre en el ambiente. Vivía con nosotros una tía abuela, Brígida Aguirre, con bondad y hábitos de santa, a la que rezo como tal, y también mi hermana menor, Quela, que me recuerda con su amor, alegría y generosidad, las virtudes de mamá. Finalmente, se agregaron al hogar dos primos hermanos, los Acosta Aguirre, huérfanos de ambos padres en breve lapso, que recibieron de los míos un trato igualitario en el cariño de los hijos.

Asistí a la escuela pública Belgrano, donde tuve el gozo de igualarme con niños de distinto origen y extracción, unificados en los blancos delantales de la época. Allí aprendimos a cantar a la Patria y a respetar sus tradiciones.

Vino después el ingreso a nuestro inolvidable Colegio Nacional General San Martín, de Corrientes. Durante cinco años nos sentimos reeditando las admiradas páginas de Juvenilia, gozando de amistades imborrables entre todos los compañeros, a quienes recuerdo sin excepción. Pero hay tres nombres que deseo evocar con emoción, ya fallecidos: Rogelio Isetta, César Barreto y Osvaldo Benítez.

También a los magníficos profesores, casi todos profesionales distinguidos. Entre ellos, asoma la figura de nuestro venerado Rector, el doctor Carlos J. Benítez. Orador elocuente, parecía un senador romano, que atrapaba nuestros sentimientos, enseñándonos las virtudes de la Constitución del '53, que enlazaba con el recuerdo de Gorostiaga y Gutiérrez. Esa enseñanza impregnó definitivamente nuestras convicciones y lo evocamos siempre con emoción y cariño.

Cuando llegamos a la Facultad de Derecho de la calle Las Heras, aparecieron nuevos amigos. El primero fue un locuaz bahiense, con cuya amistad me honro, Fernando Isidro. Con él y otros, estudiamos afanosamente. Al final del año, obtuvimos sobresaliente en las cuatro materias con José Domingo Ray, Ricardo Colombres, Eduardo Roca y Nicanor Costa Méndez, haciéndonos concebir a todos el sueño de la medalla de oro. A los pocos años, la lucha estaba definida a favor de quien era el mejor entre nosotros, a quien le envió mi justiciero y afectuoso reconocimiento. Es el académico José Domingo Ray.

Gané innumerable cantidad de otros amigos, con los que empezaron los escarceos de la política universitaria. Menciono con emoción a Carlos

Manuel Muñiz, fundador de instituciones que beneficiaron al país y que comenzó entonces con un Centro de Estudiantes, en el que militamos, entre otros, con dos entrañables amigos, a los que quiero circunscribir el recuerdo por razones de espacio: Carlos Ernesto Camet, dotado de una perspicaz inquietud política, prematuramente fallecido, y nuestro querido Alberto Rodríguez Galán, Ministro de la Nación, que presidió luego con honor y aplauso nuestra Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

Debo volver a mis padres, quienes en un noble gesto de renunciamiento, en 1950 me dieron el certero consejo de trasladarme a Buenos Aires para ejercer la abogacía, atento al seguro riesgo de acotamiento de oportunidades que entonces me ofrecía Corrientes, por razones que no es del caso analizar.

Nos trasladamos entonces con mi esposa y mi primera hija, una adorable beba, a vivir a Buenos Aires a casa de mis suegros. Ellos y mis dos cuñadas nos brindaron amor y permanente consecuencia, incorporándome afectivamente a una familia que buscó mitigar así el desgarró que me significó dicho traslado, acentuado poco después por la muerte de mi padre.

En Corrientes, y desde niño, había militado en el viejo partido de mi familia, el Partido Liberal, de raigambre mitrista, sin duda el más antiguo del país. Después de radicado en Buenos Aires, desempeñé altas funciones públicas, pero finalizadas ellas, consideré que había terminado mi destino político. Había desechado incorporarme a otras agrupaciones nacionales porque continuaba ligado espiritualmente a mi viejo partido, a través de jóvenes como Ricardo Leconte, que con el tiempo sería gobernador de Corrientes. Ante su insistencia y la de otros amigos, decidí aceptar una oferta de las autoridades de mi Partido, que me ofrecían integrar la lista de Convencionales Constituyentes de la provincia en 1960. Con Ricardo Leconte estrechamos una fraternal amistad, por cierto no común, que nos ha unificado desde entonces en sueños y en luchas compartidas.

En esa Convención Constituyente, que reformó la que regía desde 1913, inicié mi actividad legislativa. Aprendí allí algo que también les habrá sucedido a muchos legisladores. Comprobé, en la discusión, que nadie puede asumir siempre la absoluta verdad, que en el adversario puede haber también razones atendibles y que hay que tratar a ellos como tales y no como enemigos. Es esa suerte de "amistad cívica" que con tanto acierto nos suele propugnar nuestro inteligente amigo Natalio Botana. Cuando la Asamblea terminó, todos nos abrazamos como amigos e intercambiamos ejemplares en mimeógrafo de la Constitución

recién jurada, testimoniando el respeto y simpatía que en aquella había imperado entre nosotros.

La tarea política me ha deparado grandes distinciones, en las que mucho, y diría decisivamente, intervinieron factores especiales. Me siento obligado en este aspecto a destacar el admirable desprendimiento cívico de un hombre cuyo recuerdo me emociona, porque fue el primer ciudadano de Corrientes. Me refiero al doctor Ernesto R. Meabe, quien presidiera con sacrificio, tacto e inteligencia mi centenario partido. Cuando en 1963 debían elegirse gobernador y legisladores nacionales, el doctor Meabe, quien había sido elegido en 1962 gobernador sin poder asumir por razones conocidas, me convocó a una conversación privada. Era entonces un candidato que nadie discutía para ser elegido nuevamente gobernador. Me dijo: “Mañana, en la Convención, tienes que apoyarme en mi renuncia a esa candidatura, que considero debe ser del doctor Diego Díaz Colodrero. Hay que evitar homenajes hacia mí”, y así lo impuso al día siguiente. Le dije, convencido de su irrevocable actitud, que entonces debería aceptar la senaduría nacional. Ante mi estupefacción, me respondió: “Ese cargo debes ocuparlo tú”. Con el corazón transido por el gesto, le dije: “Entonces debe ser su hermano Raymundo”, quien fue el más brillante orador que he escuchado. Me respondió negativamente, informándome que era decisión de ambos hermanos depositar las funciones gubernativas en hombres más jóvenes y quedarse para dirigir el partido respaldando nuestra actuación. Accedí así, por esa generosidad fuera de lo común, a la senaduría nacional, abriéndome un camino que volvería a transitar 20 años después en dos elecciones.

Entre las actividades públicas, me tocó actuar en la diplomacia. Había rechazado en tres ocasiones, dos de ellas durante gobiernos constitucionales, mi nominación como embajador y me sentí obligado a aceptarla en un gobierno militar. Un gran amigo de conocidos valores democráticos, me anticipó que se me ofrecería un alto cargo que no podía rechazar. Era necesario, me dijo, afirmar cierta corriente interna del Ejército para ir llenando de figuras civiles el Gobierno y desembocar en una elección que todos creíamos constituía el final necesario. Así lo habían hecho otros prestigiosos políticos y así me lo aconsejaron amigos, e incluso me lo autorizó mi partido, en consulta reservada.

Como embajador en Venezuela pasé momentos inolvidables, recibiendo el calor de la amistad y de la solidaridad con mi Patria. Dicha actividad me llevó a la Cancillería. Tengo pruebas escritas que al aceptarla, tuve la seguridad del desemboque democrático prometido públicamente, que había sido aprobado por los presidentes de los partidos políticos en reunión celebrada en el Congreso con el futuro presidente Bignone.

Reitero mi agradecimiento, expresado públicamente antes, para todos los destacados miembros de la Cancillería con quienes me rodeé para mi gestión, pues trabajaron con tenacidad y patriotismo, y no dudaron en aconsejarme con sinceridad ejemplar. Ello me permitió luchar afanosamente en la causa Malvinas, que constituyó en mi desempeño una pasión excluyente y pletórica de emoción argentina.

Una palabra de inevitable agradecimiento debo pronunciar ahora, recordando al doctor Segundo V. Linares Quintana, mi maestro. A él le debí mi incorporación a la cátedra en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. También fue decisivo para convencerme de que era digno de integrar nuestra Academia de Derecho, apoyado eficazmente por el doctor Miguel S. Marienhoff, quienes junto con los académicos Margarita Argúas y José María Ruda firmaron mi postulación en 1978.

Sobre Linares Quintana he escrito largamente y siempre me parece poco, como debe serlo en esta circunstancia por razones de tiempo. A manera de título, podríamos recordar la opinión de Karl Loewenstein, calificado como el jurista del siglo, quien al referirse al Tratado de Derecho Constitucional de nuestro maestro, lo consideró una “hazaña intelectual”. Razón tuvo sin duda nuestro colega Horacio A. García Belsunce cuando calificó a Linares Quintana como el jurista argentino del siglo XX.

Linares Quintana fue decisivo en mi formación como profesor y académico. Recuerdo que sus clases sobre la Constitución las iniciaba con el concepto que sobre la misma tenía Manuel García Pelayo. Este distinguía el concepto racional normativo, del histórico tradicional y del sociológico, con énfasis en la razón, la historia y la vigencia, respectivamente. En nuestras meditaciones sobre la Constitución Nacional, comprobábamos que ella respondía a todos esos conceptos. Era racional normativa sin disputa, con su protección de derechos y separación de poderes. Era histórica, porque fue el resultado de un largo proceso de lucha entre unitarios y federales, que Alberdi sintetizó en su famosa expresión de sistema mixto de gobierno, adecuado a nuestra experiencia. Y era sociológica, porque su vigencia estaba asegurada a partir del Acuerdo de San Nicolás por los factores reales y efectivos de poder que recogieron el mandato del Pacto Federal de 1831.

Linares, meditador incansable, nos dejó en su última disertación pública en este sitio, un mensaje que hoy les quiero transmitir a los miembros del Instituto, con absoluta convicción de su validez. Dijo el maestro: “El instrumento para la reconstrucción argentina no requiere ser creado, ya que existe. Es la Constitución Nacional, violada más que cumplida, muchas veces vilipendiada, a menudo olvidada y por pocos conocida en su notable excelencia. Magnífico instrumento moral y político, bajo cuya

guía y amparo la Patria edificó su grandeza, señala el único camino que ha de conducirla al sublime destino que fijaron como meta los constructores de la nacionalidad”.

Antes de terminar, me veo obligado a informarles que en mi vida he tenido benefactores que me ayudaron en difíciles momentos económicos. No les daré sus nombres porque ellos no lo querrían, pero sí puedo decirles que entre ellos figuran parientes y amigos, y que a diario están en mis oraciones.

En 1998, al terminar mi senaduría, decidí dar paso a los nuevos actores y apartarme progresivamente de toda acción política pública, limitándome en este aspecto a las actividades académicas. En 2002 tuve la gran distinción de ingresar como miembro de número a la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, con el patrocinio de los académicos Segundo V. Linares Quintana, Alberto Rodríguez Galán, Horacio A. García Belsunce y Carlos María Bidegain. En 2005 y 2006, los herederos de Mitre me otorgaron el insigne honor de presidir la Comisión en Homenaje al prócer, con motivo de cumplirse el 19 de enero de 2006 el centenario de su muerte.

Finalmente, quiero recordar a mi familia directa. Mis dos hijas, Teresa y Cecilia, que constituyen la luz de mis ojos y el seguro más grande que tengo por su permanente solicitud y cariño. Mis queridos nietos, a quienes contemplo con orgullo y amor, abrirse paso en la vida en un rumbo que estoy cierto será muy venturoso. Y qué decir de mis dos pequeñas bisnietas, que son origen permanente de ternura y emoción.

Una palabra final para Kika, mi querida esposa. Es madre y abuela excepcional. La primera en restañar el dolor en la familia. No hay decisión trascendente en mi vida que no la haya consultado con ella, y su consejo fue siempre decisivo. Fue también decisivo su respaldo, cultura e inteligencia para el éxito en mi vida pública, que compartimos plenamente. Cuando tuve que decidir si volvía a la política en Corrientes, naturalmente la consulté, explicándole las previsibles peripecias económicas que ello podría suscitar. Ella me dijo: “Debes aceptar, porque es tu verdadera vocación y no te preocupes por las consecuencias económicas, porque no tendrás reproche alguno”. Ella y mis dos hijas las sufrieron y cumplieron abnegadamente esa promesa, llenando mi corazón de agradecimiento y amor.

Cuando inicié estas palabras, invoqué a Dios. Quiero finalizarlas agradeciéndole nuevamente, porque me acompañó en el curso de la vida. Sin su asistencia, no hubiera habido elementos decisivos como los Meabe, los Linares Quintana, ni mis recordados benefactores, mi familia y mis ami-

gos. Y tampoco, por supuesto, los momentos felices que he gozado. Por eso le reitero mi gratitud y confío en que juntos con mi esposa podamos llegar al final con lucidez y amor, bajo el amparo de la inagotable bondad de Dios. ♦

HOMENAJE AL ACADÉMICO ALBERTO RODRÍGUEZ GALÁN

POR JUAN R. AGUIRRE LANARI (*)

Tengo el honor de hablar en representación de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, institución ligada afectivamente al doctor Alberto Rodríguez Galán de modo muy especial, según me consta.

Presumo que en el pedido que se me formulara de representarla ha influido principalmente mi vieja amistad con el homenajeado, por todos conocida. Ha dicho Aristóteles: *“El amigo es otro yo. Sin amistad el hombre no puede ser feliz”*. Aunque el sabio griego se extiende en otras consideraciones, yo agregaría por mi parte algo no original sobre el concepto, pues supongo haberla leído. Entiendo que la amistad es un sentimiento que nace de modo misterioso entre dos personas, estableciendo entre ellas un parentesco natural por el grado de hondura y de afecto que las liga.

Se evidencia en forma notable entre seres parecidos o distintos, según su aspecto, edad y gustos, porque es una especie de atracción natural que muchas veces no se puede explicar. Sin embargo, siempre hay razones para dicha vinculación y en Alberto rigen las mismas, por la rica variedad de su espíritu generoso y su lealtad en dicho cometido, que fueron evidenciadas en el curso de una ya larga vida.

Haciendo una aproximación previa de carácter general sobre el doctor Rodríguez Galán, podríamos apelar a dos figuras nacidas en el Derecho Romano, que él corporiza de manera evidente. Por un lado vemos al “pater familias”; por el otro, al “republico”.

El “pater familias” fue en la antigua Roma una autoridad establecida y respetada, que ejercía el jefe de la misma sobre todos aquellos sometidos a un vínculo que tenía especial relieve, con poderes definidos e irrenunciables,

(*) Disertación del Académico en el acto público de homenaje a la trayectoria del Académico Alberto Rodríguez Galán, celebrado por las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, de Ciencias Morales y Políticas y de Ciencias de Buenos Aires, el 6 de noviembre de 2013.

que se cumplían con el rito de pública obediencia. Pero a esa familia no la integraban solamente los unidos por el parentesco, sino que a ella concurrían como adherentes o servidores los llamados “clientes”, que ofrecían su obediencia y trabajo para adquirir el honor y los privilegios de su pertenencia a la misma. Alberto fue siempre un “pater familias”, no sólo para sus ejemplares e inteligentes familiares, sus hijas Mercedes y Alejandra, su yerno, el embajador Ricardo Lagorio, y su hermana Mecha, sus nietos y nietas, e incluso su reciente bisnieto, que lo enorgullece, sino también para muchos que en el curso de su vida se han incorporado a ese círculo de respeto y de afecto.

Amigos consecuentes, estudiantes reconocidos, servidores en lo público y privado, se han sentido prisioneros de su espíritu siempre abierto a la efusión de la amistad.

Pero Alberto es también una expresión del “republico”. Así se denominaba en Roma, y se siguió usando en adelante, al hombre que en la función pública ha sabido honrarla por su consecuencia y limpidez en su cometido, y por su pundonorosa conducta en defensa del interés público.

En Alberto es común, al encontrarse, escuchar su opinión de que está “preocupado”. No es solamente la que de continuo nos asalta en las urgencias de la vida, que todos conocemos, sino que esa preocupación está frecuentemente expuesta en él por su inclinación natural a interesarse en los asuntos públicos, tanto fuera como dentro de la función pública, buscando con patriotismo que la verdad y la corrección imperen en la misma.

Pienso que algunas de las inclinaciones positivas de su espíritu le vienen por razones genéticas, como a todos nos ocurre. Su padre fue un español, don José Rodríguez Jardón, y es fácil suponer que le habrá transmitido, entre otras virtudes, ese natural y atrayente gracejo con que los hispanos manejan admirablemente el idioma y con su conversación atraen al oyente. Su madre, doña Mercedes Galán, venía de la Argentina profunda, desde Baradero, y obtuvo aquí el preciado título de Profesora, cargo que ejerció con éxito modelando a sus discípulos y, desde luego, a sus propios hijos, con el breviario que ha distinguido noblemente a los educadores.

Alberto desarrolló sus estudios secundarios en el Colegio Mariano Moreno, justamente reputado como uno de los mejores en nuestro medio. Recuerda a sus profesores, y entre muchos de ellos, suele mencionar a Isidoro Ruiz Moreno, Roberto Giusti y Atilio A. F. Alterini, quienes con otros, contribuyeron a su formación cultural.

Después vinieron los estudios en nuestra Facultad de Derecho, donde en el curso de los años nos conocimos e iniciamos una profunda amistad. El espíritu abierto de nuestro homenajead, que estilizaba naturalmente con

una simpática sonrisa y sus educadas maneras, le conquistaron una legión de amigos, que disfrutó en el curso de la vida.

En esa época comenzó su cometido en la función pública. Un profesor de la escuela secundaria, que mucho lo estimaba, le preguntó si al final de la misma pensaba trabajar.

Alberto le respondió afirmativamente y aquel, don Rafael Ribero, resultó ser un hombre importante para conseguirle una ubicación en el Ministerio de Justicia e Instrucción Pública, en la Comisión Nacional de Ayuda Escolar, una institución ideada por Alfredo Palacios para favorecer económicamente a los alumnos que lo necesitaran en su carrera terciaria. En esa actividad se desempeñó activamente en la política universitaria en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. En 1945 participó con sus compañeros de la toma de esa casa de estudios, lo que le provocó la prisión por varios días y la expulsión de aquel cargo.

Ya recibido de abogado, después de cursar regularmente y con éxito los estudios, Alberto ingresó junto con nuestro recordado amigo, Carlos Manuel Muñiz, a trabajar en el estudio del doctor Álvarez Balbín.

Contrajo matrimonio con Dora Colombres Alurralde, integrante de una histórica familia tucumana, que dio hijos ilustres al país. Ella misma atraía con su conversación y su notable inteligencia, que supo transmitir también a sus hijas y que dejó recuerdos entre sus amigas. Mi esposa la evoca frecuentemente por su atrayente conversación y por su exquisito y elegante sentido del humor.

Entre las buenas condiciones de Alberto, que las compartía con Muñiz, estuvo siempre su afición a vincularse con hombres mayores que transmitían la experiencia adquirida en relevantes funciones públicas, tales como, entre otros, Miguel Ángel Cárcano, Jorge Mitre y Jorge Eduardo Coll. Fue éste, precisamente, quien al día siguiente de jurar Lonardi, asistiendo al bautismo de su hija mayor, Mercedes, apadrinada por Carlos Muñiz, les instó a ambos a que concurrieran de inmediato a saludar al doctor Eduardo Busso, flamante ministro del Interior, con quien nos habíamos relacionado muchos durante los años previos en el Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, que él presidía. Así lo hicieron, recibiendo una calurosa acogida, que terminó con el nombramiento de Carlos Muñiz como subsecretario del Interior, y de Alberto Rodríguez Galán como Inspector General de Justicia.

Allí comenzó Alberto una brillante trayectoria pública. Fue sucesivamente Inspector General de Justicia, con sólo 31 años, abogado asesor de la Presidencia y del Directorio del Banco de la Provincia de Buenos Aires, Director

del Banco de la Provincia de Buenos Aires, Presidente del Instituto Nacional de Previsión Social, Ministro de Educación y Justicia de la Nación durante la presidencia del doctor José María Guido, Procurador del Tesoro de la Nación en 1971, conjuer de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y embajador extraordinario y plenipotenciario ante el gobierno de la República de Colombia entre 1982 y 1984.

En esta última función tuve el honor de contribuir a su nombramiento, y pude calibrar por parte del canciller colombiano, el elevado concepto que su gestión mereció en la República hermana, la que se prolongó durante un lapso bajo la presidencia del doctor Raúl Alfonsín.

En todos estos cargos, Alberto mostró una línea coherente de acción. Trabajó arduamente desde su primer día en la Inspección General de Justicia, donde debió laudar en complicados asuntos, que concitaban intereses contradictorios, que siempre respetaron su idoneidad y moral.

No puedo menos que decir dos palabras sobre su gestión ministerial. En ella, como en todas sus actividades públicas, Rodríguez Galán fue fiel a sus convicciones. Durante su ministerio, a raíz de una intrincada situación en la Universidad de Buenos Aires, el presidente Guido le anunció que poderosas presiones pretendían intervenirla, de darse en ella una elección posible. Alberto le respondió que en tal caso le anticipaba su renuncia, por su desacuerdo con una eventual intervención a la casa de estudios. Felizmente, la intervención no se produjo, pero el gesto quedó debidamente aclarado. Igual independencia mostró, despertando al presidente Guido en horas de la noche, para informarle sobre detenciones que no compartía, entre otras razones, por no estar el país en estado de sitio, lo que fue respaldado por el titular del Ejecutivo, que ignoraba las mismas, procediéndose a revocarlas. Con estos gestos, Alberto mostró contundentemente que pertenecía a los ministros que tienen la renuncia en el bolsillo y saben sacarla cuando así corresponde.

Para referirnos a otra faceta de Alberto, la de académico, nada mejor que repetir las palabras que con su experiencia y autoridad, le dedicó el maestro Segundo V. Linares Quintana, al recibirlo en 1997 como miembro de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, que significan, por su contundencia y calidad, la mejor definición sobre su jerarquía. Dijo el académico Linares Quintana en dicha ocasión: *“El doctor Rodríguez Galán llega a esta Corporación con excepcionales antecedentes académicos que evidencian sus reconocidas calidades de verdadero Maestro del Derecho, al mismo tiempo que el pleno cumplimiento de su auténtica e incommovible vocación para el estudio y la enseñanza de la ciencia de la libertad y la justicia, abonados por su digno y ejemplar comportamiento ciudadano”*.

Todo lo recordado por Linares Quintana y lo que ahora mencionaré es una magistral síntesis de la trayectoria universitaria y académica de Rodríguez Galán, jerarquizada por la autoridad del opinante.

Rodríguez Galán inició su actividad como profesor en la Facultad de Derecho en la forma que relata Linares Quintana, a quien cito textualmente por su mayor autoridad para resaltar los méritos de nuestro homenajeado. Señalaba el maestro: *“Rodríguez Galán desarrolló una notable carrera docente en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en las cátedras de Historia Constitucional y Derecho Constitucional”, de las que Linares se honrara en ser profesor titular. Y sigue diciendo el aludido maestro: “En su destacado desempeño docente, el doctor Rodríguez Galán ejerció en dichas cátedras, con autoridad y brillantez, en forma sucesiva, las ascendentes jerarquías de profesor adjunto, profesor asociado y profesor titular, constituyéndose en uno de mis más sobresalientes colaboradores”.*

Más adelante, Linares Quintana señala que *“el rasgo característico en el pensamiento de Rodríguez Galán es que une, a su amplio conocimiento de la teoría constitucional, un inteligente y prudente empleo de la historia”.* Ambas facetas se encuentran brillantemente representadas en la tesis con la que Alberto se doctoró en 1970 en Derecho y Ciencias Sociales. Se denomina “Buenos Aires y la reforma constitucional de 1860”, fue calificada como “sobresaliente” y recomendada al Premio Facultad.

Continuando con el ámbito académico, debemos recordar que Alberto fue designado miembro de la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires en 1978, y en 1985, miembro de número en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

En todas esas academias, Alberto fue el hombre “preocupado” al que aludí antes. Nunca se sentó en el sillón sin interesarse por el desarrollo de los temas y de las instituciones, y por eso ocupó en ellas funciones directivas.

Debo referirme en tal sentido a lo ocurrido en la Academia a la que hoy represento. Ocupó diversas funciones en sus comités directivos, y finalmente, entre 2004 y 2007, fue elegido por unánime consenso para presidirla. La designación no fue antojadiza, fue una coronación natural y justiciera de las preocupaciones y de los méritos que Rodríguez Galán puso en sus funciones dentro de ella. En ejercicio de la presidencia, revalidó las condiciones ya mostradas. Fue absolutamente respetuoso con las opiniones de sus integrantes, consultó debidamente sus decisiones y prohió declaraciones que invariablemente demostraron su independencia de juicio, sus convicciones democráticas y el resguardo del decoro de la Corporación en asuntos de pública notoriedad.

La vocación histórica de Rodríguez Galán que bien señalara Linares Quintana se mostró en su preocupación por los detalles. Tal ocurrió con su incesante trajinar hasta obtener la reproducción del cuadro del primer presidente de nuestra Corporación, el doctor Manuel Obarrio, que colocó en el despacho presidencial, subsanando una falta en nuestra entidad. Seguramente, su descendiente, nuestro querido amigo Eduardo Aguirre Obarrio, lo habrá agradecido en silencio cuando ingresó como presidente a dicho recinto.

En dos palabras también quiero señalar su afición por la literatura y los hombres de letras, que patentizó en su esforzada labor en la Fundación Sur, que inspiró Victoria Ocampo. Alberto es también miembro de la Institución Mitre y fue presidente de la Asociación de Amigos del Museo Mitre, consecuente con su devoción por el patricio.

Completando los rasgos anticipados de su carácter, debemos remarcar en Alberto su inagotable curiosidad, que le permite adentrarse en personajes y episodios presentes o pasados con notable conocimiento, que conserva en su fabulosa memoria. Alberto es curioso no en el sentido malsano, sino porque se interesa humanamente por los problemas de sus semejantes, tratando de resolverlos en la medida de sus fuerzas. En el trato con los mismos, muestra una innegable bondad y una atrayente simpatía que le conquista afectos en los lugares que pisa. Producto de esa curiosidad y memoria, es su atrapante conversación. Alberto no es hombre de club, aunque pertenezca a los más importantes, pero sí es un hombre de tertulia. Y en ella vierte su experiencia y su fino sentido del humor que conquistan inevitablemente a sus interlocutores.

He tratado de ceñirme al tiempo disponible, que me obliga a cerrar estas palabras con una señal de agradecimiento para Alberto Rodríguez Galán. Lo hago como académico, con la representación conferida, pero añado mi gratitud de amigo y de argentino, para aquel “pater familias” y “republico” que honró a su patria y a sus afectos con su jerarquía de hombre de bien y su bondad para con los semejantes. ◆

HOMENAJE AL ACADÉMICO DOCTOR ALBERTO RODRÍGUEZ GALÁN

POR JORGE REINALDO VANOSI (*)

En representación de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas y de la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires, a las que el Doctor Alberto Rodríguez Galán se incorpora en los años 1997 y 1978 respectivamente, debo ante todo destacar la proficua aportación que en el seno de ambas efectuara esta insigne personalidad a la que rendimos un sentido homenaje, y sin pormenorizar el detalle de sus numerosas contribuciones científicas de alta calidad y valor, me volcaré de lleno a los trazos gruesos de su vigorosa y facunda personalidad.

En el transcurso de su vida terrenal, las personas tienen oportunidad de conocer y tratar a sus semejantes. No se trata de un torneo ni de un cómputo meramente cuantitativo, aunque algunos puedan o quieran transformar esos encuentros humanos en un juego deportivo o en una suerte de actividad acumulativa. Pero en cualquiera de esos casos, el sentido de la mención del quehacer resalta a los ojos y sentimientos de lo que en la profundidad del alma pone en evidencia el mérito de la perennidad.

En este caso, como igualmente sucede con muchos otros seres dotados de análogos sentimientos, el hecho de haberse encontrado y mancomunados con almas gemelas, reviste hasta el término de sus existencias la alta significación de una revelación muy especial. En ciertos momentos se percibe la relación del maestro y el alumno, que el tiempo y las "afinidades electivas" devienen en una amistad fraterna, que con su impulso conmovedor lleva a la análoga vibración y el respeto que adornan al cariño filial-paternal. Todo ello, en la senda de una sugestiva identidad de ideas, de anhelos, de estilo en el actuar y de reglas en el proceder; y, especialmente, en la concepción de la vida basada en la primacía de la defensa incesante de los valores compartidos.

(*) Disertación del Académico en el acto público de homenaje a la trayectoria del Académico Alberto Rodríguez Galán, celebrado por las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, de Ciencias Morales y Políticas y de Ciencias de Buenos Aires, el 6 de noviembre de 2013.

De esta manera cabe describir y calificar la razón de ser de un entrañable amor y una sincera admiración que insufla nuestro ánimo al cabo de cincuenta y seis años de conocimiento de un hombre con tan aquilatada personalidad moral e intelectual, como lo es la propia de la dimensión y calidad humana que posee el maestro Alberto Rodríguez Galán. Y así lo afirmo porque así lo siento.

A partir de mi ingreso a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, a comienzos del año 1957, me acerqué a sus clases de Derecho Constitucional, en las que recibí muy claras y sólidas lecciones, particularmente en el tramo de esa asignatura destinado al análisis de nuestra intrincada Historia Constitucional. Abierto al diálogo con los jóvenes alumnos, no escatimaba el Profesor las explicaciones y ampliaciones que le requiriéramos después de la clase. Revelaba vocación y entusiasta alocución en el dictado de la materia, sin disimulo de su racional compromiso con los sucesivos pasos que jalonaron la evolución de nuestro complejo proceso de formación institucional que culminaría con la Organización Nacional y el imperio de la Constitución Histórica de 1853-1860. Esa afirmación de principios nos contagiaba en el respeto y comprensión de los postulados que proyectaba la era constitucional al configurar progresivamente la acertada combinación sumatoria del Estado de Derecho en el marco de una República, enriquecidas con el contenido ético de la Democracia representativa.

Luego del examen aprobatorio -rendido en la Cátedra del maestro Doctor Segundo Linares Quintana y con la presencia de nuestro homenajeado de hoy y de sus preclaros colegas Juan R. Aguirre Lanari y Alberto A. Spota que integraban la mesa- se abrió el ciclo prolongado del sustancioso aprendizaje que brinda la continuidad en el trato intelectual del joven estudiante con sus mentores, para toda la futuridad de la vida. ¡Cuánto debo agradecer -y cuántos somos los que debemos reconocer- la gratificación obtenida por los frutos recogidos de resultas de lo que se transmite en el recipiendario la gimnasia bilateral de “enseñanza-aprendizaje”; dupla ésta que es insustituible, para no errar en el camino hacia la profundización de una materia que -en mi caso personal- había sido decisiva y decisoria en la elección de la carrera universitaria de abogacía al superar gracias a las inquietudes cívicas, las previas inclinaciones por la ingeniería civil!

Alberto Rodríguez Galán ha sido en todos los tiempos -y hoy también- un consejero siempre bien dispuesto a esclarecer las numerosas cuitas que rodean o acompañan al impredecible derrotero de la vida humana. Su alma noble y su espíritu caritativo aparecen al instante para auxilio y consejo de quienes acudimos a su generosidad sabiendo de antemano que no se molestará por ello y que obsequiará la riqueza de su experiencia y sabiduría para orientar al amigo, a quien entrega el testimonio de infinitas actitudes de

bondad que demuestran que en su inspiración cunde algo mucho más fuerte, que es la conciencia de la hermandad. Ese trato fraterno, corazón en mano, me ha socorrido en circunstancias difíciles de la vida, que seguramente nace en Alberto de su honda fe cristiana y de su nítida comprensión del Credo en su invocación a “la comunión de los santos”, cuya fuerza mística es algo más vigorosa que la solidaridad, por cuanto brota espontáneamente desde lo más recóndito del ser. En la espiritualidad de Rodríguez Galán está siempre activa y altiva la virtud de la esperanza como animadora de un modelo de vida, que opera más allá de los infortunios ocasionales, indicándonos que ante una fatalidad es menester sobreponerse valiéndonos de la fe y contraponiendo la resignación activa y reactiva, a “contrario sensu” de la debilidad o de la dejación. Así lo hemos visto actuar en numerosísimas instituciones culturales, científicas y sociales, aportando para el bien común el mayor y mejor esfuerzo producto de su sabiduría, de su prudente criterio y de una bondad y caballerosidad sin límites. Valga como ejemplo paradigmático, su entusiasta apoyo a la Fundación Sur y al recuerdo de Victoria Ocampo, maravilla de mecenas de escritores y artistas, muchos de los cuales fueron conocidos gracias a su generosidad plena.

Estas facetas de una rica personalidad, son más que suficientes para resaltar su carácter y su temperamento paradigmáticos, siendo evidente que Alberto infunde a sus amigos el ímpetu inagotable de una necesaria alegría de la vida, lejos de todo pesimismo y marcando en el horizonte las perspectivas de la superación. Así lo ha sabido hacer con su hermosa familia, con todos sus seres queridos, porque es algo consustancial consigo mismo. Hemos compartido trabajos y descansos, pesares e ilusiones; contrastes y gratificaciones; pero en todo momento ha primado y sigue estando presente como parte vital de su grandeza, la fe en Dios, el amor a la Patria y la lealtad con los valores y principios republicanos. Por todo ello, la *virtud* es el signo superior de tu vida, querido Alberto. Gracias, muchas gracias por tan noble grandeza. ♦

PALABRAS DE AGRADECIMIENTO

POR ALBERTO RODRÍGUEZ GALÁN (*)

Esta tarde, la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas de Buenos Aires, haciendo propia la iniciativa de su Presidente, Ingeniero Manuel Solanet y con la adhesión de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires -que tuve el honor de presidir-, y de la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires -la primera que integré en 1978-, ha decidido otorgarme este reconocimiento que recibo con alegría y gratitud.

No puedo sino dar a gracias a Dios por tantas bendiciones y pruebas que sembró a lo largo de mi extensa vida y celebrar este momento con todos ustedes.

A las palabras que voy a decir, les cabe esa magnífica frase de Virgilio, que rescata Borges en el prólogo del “Hacedor”:

“Ibant obscuri sola sub nocte per umbram.” “Iban solos bajo la oscura noche”.

Un poeta describió con acierto esa particular sensación que experimentamos cuando se nos acumulan las ideas antes de volcarlas en la escritura. (1)

Posiblemente, en los albores de mi vida no imaginé que al cabo de tantos años iba a enhebrar estos recuerdos en esta Casa, sede de las tres Corporaciones que, como miembro de número, tengo el honor de pertenecer.

Es cierto como sostiene Norberto Bobbio que:

“El silencio es el muro de defensa de nuestros mitos, es el guardián de nuestra somnolencia espiritual”. (2) Pero hoy no es tiempo de silencio sino de palabra para agradecer.

(*) Palabras de agradecimiento del Académico en el acto público de homenaje a su trayectoria, celebrado por las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, de Ciencias Morales y Políticas y de Ciencias de Buenos Aires, el 6 de noviembre de 2013.

(1) Gustavo Adolfo Béquér.

(2) BOBBIO, Norberto, “Política e cultura”.

Mi infancia fue feliz, pero la enfermedad de mi madre Mercedes nos sorprendió a temprana edad. Fue una mujer moderna y de notables cualidades, profundamente católica, Profesora de Letras, para quien la educación era un acto de fe y una obra de amor.

Se fue joven; y Felisa, su hermana mayor, fue una presencia central en nuestra niñez. Por su parte, mi padre José, una persona altamente positiva, nos dio a Mercedes, mi hermana, y a mí una sobria educación y nos templó el carácter.

Debo a mis padres los valores y principios que iluminan mi conducta, el sentido del honor y de la amistad, el interés por las letras y la historia, el apego a la libertad como bien supremo del hombre.

Por entonces, la lectura fue para mí -tal como la define Proust-,

“Una iniciadora cuyas llaves mágicas nos abren en el fondo de nosotros mismos la puerta de lugares a los cuales no hubiéramos sabido entrar”. (3)

Ya en las aulas del Colegio Nacional Mariano Moreno -de feliz recuerdo- recibí la enseñanza de verdaderos maestros, que lo fueron al formar a sus educandos con el conocimiento de sus disciplinas, y en la conducta moral que exige una vida digna.

Así lo hizo el Dr. Horacio Rivarola, nuestro ilustre presidente fundador de la Academia Nacional de Ciencias, al continuarlo, más tarde, en la Universidad en el campo del Derecho, y también lo hicieron Juan Blaquier en las Matemáticas, Osvaldo Loudet, Isidoro Ruiz Moreno en Historia moderna, Juan Cruz Derqui en Historia natural, Roberto Giusti en Literatura, Wifredo Solá en Anatomía, Atilio Aníbal Alterini en Lógica, y muchos otros a los que con este recuerdo les presto homenaje.

En todos ellos, el ideal se revelaba como “un gesto del espíritu hacia alguna perfección”. (4)

“Ecos de colegio, de patios de colegio” -al decir de mi gran amigo, que ya no está, Monseñor Eugenio Guasta (5)-, y que hoy vuelven con júbilo al evocar

(3) PROUST, Marcel, “Sobre la lectura”. Libros del Zorzal Buenos Aires, 2005, p. 44.

(4) INGENIEROS, José, “El hombre mediocre”. Ediciones porteñas. Buenos Aires, 1991, p. 9.

(5) GUASTA, Eugenio, “Papeles sobre ciudades”. Ed. Tiago Biavez, Buenos Aires, 1995, p. 177.

el paso por Colegio Nacional, tan próximo a aquello que experimentábamos con la lectura de *Juvenilia*. (6)

Sepan disimular estos detalles, en el curso de una vida, pero sustentaron el temperamento y la ambición curiosa propia de la primera juventud, cuando se afianza el carácter y se consolida la vocación; en mi caso el Derecho.

Si como afirma Borges,

“Cualquier destino, por largo y complicado que sea, consta en realidad de un solo momento: el momento en que el hombre sabe para siempre quién es” (7), yo sentía que se aproximaba ese momento.

Duros tiempos nos aguardaban al abandonar el secundario, y nuestra formación universitaria iba a coincidir con el comienzo de la Segunda Guerra Mundial. La caída de nuestro sistema constitucional, -1943- y el consecuente colapso, precipitaron en nuestro medio político las ideologías totalitarias de izquierda y derecha.

Se replicaba en las aulas de la Avenida Las Heras la difícil situación política imperante. A la ebullición de la juventud y sus anhelos, se sumaba la efervescencia que dividía a la sociedad.

Eran épocas de pruebas que exigían carácter y conducta, convicción y seguridad, y los jóvenes de mi generación, mis amigos: Carlos Manuel Muñiz, Juan R. Aguirre Lanari, Eduardo Aguirre Obarrio, Fernando Barrancos y Vedia, Jorge Wehbe, Jorge Aja Espil, Carlos Ernesto Camet, José María Ruda, Hugo Caminos, José Domingo Ray -medalla de oro de su promoción-, Ricardo Colombres, Eduardo A. Roca, Carlos María Gelly y Obes, y muchos otros, supieron demostrar que investían esos valores, y más tarde los volcaron en las instancias determinantes de sus destinos.

En este sentido, no puedo sino recordar con marcada admiración, y profundo afecto la influencia decisiva que tuvieron en el devenir de mi formación y de mi vida el Profesor Dr. Eduardo Busso y el Profesor Dr. Jorge Eduardo Coll.

El Dr. Busso, civilista eminente, me depositó su confianza y me inició en la vida pública, al nombrarme Inspector General de Justicia en tiempos difíciles para la República.

El Profesor Jorge Eduardo Coll fue un benemérito hombre público como Presidente del Patronato Nacional de Menores, juez y camarista, Ministro

(6) CANÉ, Miguel, “*Juvenilia*”. El Aleph, Buenos Aires, 1999.

(7) BORGES, Jorge Luis “Biografía de Tadeo Isidoro Cruz”, en el “El Aleph”.

de Justicia e Instrucción Pública, y Profesor Titular de nuestra Facultad de Derecho de la UBA.

Un recuerdo singular me suscita aun hoy el gesto que tuvo el Dr. Carlos Adrogué, cuando vino personalmente a ofrecerme la beca Humphry en los Estados Unidos, que no pude aceptar por razones de índole familiar y de trabajo, al iniciar mi actividad profesional.

En tanto, continuaba con la docencia universitaria, que comencé en 1957, cuando la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires llamó a concurso para cubrir, en la cátedra de Derecho Constitucional Argentino y Comparado, los cargos de profesor adjunto.

Desde la cátedra experimentaba el entusiasmo y los desvelos por transmitir el conocimiento con el nivel de excelencia con el que nuestro titular, el maestro Segundo V. Linares Quintana nos inspiraba con la confianza en la obtención de los más altos logros.

Por entonces, la amistad que me deparó el profesor Dr. Miguel Santiago Marinhoff fue motivo de riqueza intelectual que caló hondo en mi formación.

En esos años ávidos de conocimiento, el estudio de la organización constitucional del Estado argentino adquiría para mí un interés creciente.

Así, con motivo de la investigación llevada a cabo en mi tesis doctoral confirmé que Bartolomé Mitre, historiador y estratega, fue ante todo el estadista que logró dar la fisonomía institucional necesaria para que el país -ya unido- avanzara hacia su destino y desarrollo.

Lo propio me había acontecido con las lecturas y estudios de Juan Bautista Alberdi y de Domingo Faustino Sarmiento, hacedores de los valores que sus obras sostuvieron como principios, para la adopción de la forma de estado federal de la República, rescatando sobre todo la afirmación de la unidad nacional.

Debo destacar ahora brevemente la labor trascendente de las Academias Nacionales.

Las Academias nos muestran el camino de nuestra ciencia. La evolución del pensamiento científico está unido a ellas.

Reparemos sólo en la obra de Bernardo Houssay, cuando sostenía que para investigar eran necesarias independencia y libertad. A él le debemos la creación en 1958 del Conicet. Ya en 1936, la Academia Pontificia de Ciencias, creada en 1603, lo incorporaba como miembro.

En ese mismo año 1936, Carlos Saavedra Lamas, Canciller de la República e ilustre miembro de nuestra Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, a quien conocí y frecuenté con mi maestro Segundo V. Linares Quintana, recibía el premio Nobel de la Paz.

Con esto quiero significar que el legado de estos exponentes de la ciencia argentina, tan vinculados a nuestras Academias, debe ser fuente de inspiración continua y fecunda.

Su compromiso como usinas de pensamiento crítico y trabajo experimental, a través de la labor de sus Institutos, de sus contribuciones científicas, de sus publicaciones, no se detiene, sirve a la ciencia, sirve al país.

El Derecho -mi disciplina-, no responde a las inexorables leyes físicas y naturales, propias de otras ciencias. La ciencia del Derecho en sentido formal se orienta a la "construcción", noción elaborada por Ihering, y en última instancia al "sistema".

La pregunta "¿qué es el Derecho?", decía Kant, le provoca en el jurista el mismo estado que experimenta el filósofo cuando se le interroga, "¿qué es la verdad?"

En la búsqueda de respuestas está posiblemente la justificación última de nuestras acciones y de nuestros desvelos. Y es en el seno de estas Corporaciones donde se debaten estas cuestiones fundamentales.

Las palabras del Dr. Osvaldo Loudet, acerca de "no transigir con el que-dantismo intelectual, cobran una significación especial. Las verdades de hoy -decía- tienen una vida relativa y nacen, crecen y desaparecen como hojas caducas de la mayoría de los árboles". (8)

Por eso, las Academias que son testigos de su tiempo, también deben anticiparse a él.

Santa Teresa de Ávila, doctora de la Iglesia enseñaba que:

"Obras son amores y no buenas intenciones".

He tratado de honrar esta idea en las instancias cruciales en las que pude prestar un modesto servicio a mi país.

Y todo lo que logré en la vida lo fue con convicción, y -más allá de los errores o aciertos- intenté obrar con la responsabilidad y el equilibrio que moderan las pasiones.

(8) LOUDET, Osvaldo, "Más allá de la Clínica", Lozada, 1958, p. 105.

Con motivo del Bicentenario de la Patria sostuve que: “hay momentos en que todo pueblo debe detenerse a examinar la conciencia colectiva a fin de fijar rumbos a sus sentimientos y afirmar así su voluntad y acción.”

Éste es uno de ellos.

“Nada mejor que hacerlo ahora y practicar con ese examen de conciencia un acto de fe y uno de responsabilidad. De fe en el país y de fe en la Constitución que nos rige; y un acto de responsabilidad al asumir el desafío de nuestra circunstancia, desafío que consiste en preservar la permanente y plena vigencia de la Constitución Nacional, porque, como lo dijo Juan María Gutiérrez, ‘La Constitución es la Nación Argentina hecha ley’, y porque sólo ella es la materialización del ideal que nuestros padres fundadores ofrecieron en Mayo de 1810.”

También sostuve en esa oportunidad que “la democracia importa la diversidad de opinión sobre la cosa pública, que no hay opinión si no es libre, y para que haya opinión libre debe regir y se debe respetar la libertad de prensa y el pensamiento llegar a la comunidad libremente expresado por los medios.” (9)

Como en los lejanos tiempos de Colegio Nacional, vuelvo la mirada sobre la visión crítica de Martínez Estrada, los talentos no aprovechados y la idea de Joaquín V. González sobre la Universidad como pilar de la organización republicana.

“Ser viejo -como sostiene Fogwill- es haber empezado a respetar los sueños.” (10)

Y pienso -como en el poema que Borges soñó a Sarmiento- (11), que más allá de las terribles contradicciones que nos consumen, subsiste un país grande, ese que construyeron con esfuerzo y sacrificio las generaciones que nos precedieron y que resurgirá para las nuevas.

Permítaseme unas palabras, antes de terminar, con las que quiero recordar a quien me acompañó durante más de medio siglo, Dody Colombres Alurralde, con su finura intelectual y bondad. Padeció en silencio y con templanza una larga dolencia del espíritu que no logró abatir su esencia y fue motivo de unión y fortaleza familiar con nuestras hijas Mercedes y Alejandra.

(9) RODRÍGUEZ GALÁN, Alberto, “El Bicentenario de Mayo a la luz del Siglo XXI”, LA LEY, 2010-C, 1374.

(10) FOGWILL, “La gran ventana de los sueños”. Ed. Alfaguara. Buenos Aires, 2013.

(11) BORGES, Jorge Luis, poema a Sarmiento en “El otro, el mismo” -1964-, en “Obra poética” (1923-1977), Emecé.

Hoy, mis nietos Lucía y Martín Obligado, y Sofía, Martina, Felipe y Victoria Lagorio me acompañan; los intercambios con cada uno de ellos, me conducen de inmediato a un mundo de nuevas fronteras, en el que gravitan la imaginación y la amistad, y yo les agradezco por su cariño y por el desafío intelectual que me formulan.

La llegada de mi bisnieto Francisco Paris me ha despertado emociones insospechadas.

A mi hermana Mercedes, con quien compartí la vida; a mis hijas y nietos, a mi yerno, Embajador Ricardo Ernesto Lagorio, a mis amigos, no puedo sino agradecerles por tantos bienes recibidos.

Tengo para mí que la vocación de servicio y entrega solidaria es lo que da sentido cristiano a los actos humanos y es la expresión verdadera de la Parábola de los talentos.

Por ello, “Felices los que siempre cultivan a largo plazo lo noble, lo excelente, lo sabio, porque creen más allá de lo inmediato que viven y logran”. Estas son palabras del entonces Arzobispo de Buenos Aires, Jorge Mario, Cardenal Bergoglio, hoy Su Santidad, el Papa Francisco.

Señores académicos, distinguidos colegas, queridos amigos:

La luz como el conocimiento se comparte, se transmite, se expande.

Hago votos para que la luz de cada uno de ustedes y la mía que se encendió hace 91 años, nos alumbre y nos anime a quienes creemos en los valores permanentes de nuestra Patria, a seguir adelante como exhortaba Almafuer-te, en la búsqueda de la paz y el orden interior, que Alberdi también señaló como “religión argentina”. ◆

Muchas gracias.

VII

DECLARACIONES Y DICTÁMENES

DECLARACIÓN

La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires se suma al beneplácito social expuesto con motivo del nombramiento de S.E. el Cardenal Jorge Bergoglio como Sumo Pontífice de la Iglesia Católica, Apostólica y Romana, con la convicción que proseguirá promoviendo la expansión y fortalecimiento de la dignidad y progreso espiritual de la humanidad.

Buenos Aires, 14 de marzo de 2013

Jorge H. Alterini Gregorio Badeni
Académico Secretario Académico Presidente

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

La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires expresa su preocupación y desacuerdo con los proyectos de leyes inconsultos elevados por el Poder Ejecutivo al Congreso propiciando la reforma del Consejo de la Magistratura, la creación de tribunales de casación y la modificación del régimen legal regulatorio de las medidas cautelares en las causas en las que es parte o interviene el Estado nacional o sus entes descentralizados.

Esta Academia es consciente de las graves y crecientes vicisitudes sociales, políticas y económicas que afronta la Nación como resultado del proceso de progresiva desarticulación del sistema institucional impuesto por su Constitución, proceso en el cual se encuadran los proyectos de referencia.

Las reformas propuestas, basadas sobre simples razones de política agonal, distan de respetar los objetivos constitucionales destinados a consolidar un Poder Judicial eficiente, a salvaguardar la independencia y estabilidad de los magistrados judiciales, y por añadidura, a fomentar su excelencia como medio idóneo para incrementar y consolidar las garantías que permitan la plena vigencia de la libertad, la dignidad y el progreso del pueblo argentino.

No es ésta la primera vez que la Academia emite una advertencia sobre los riesgos que acarrea el progresivo deterioro institucional. Así lo hizo mediante las declaraciones y pronunciamientos emitidos el 25 de abril de 1996, el 22 de diciembre de 2005, el 26 de marzo de 2007, el 5 de junio de 2008 y el 13 de diciembre de 2012, a cuyos invariables fundamentos se remite. En esas oportunidades la Academia demandó el fiel cumplimiento de la Constitución como presupuesto que condiciona la vigencia del Estado de Derecho y la independencia de los jueces para erradicar la pobreza, la creciente inseguridad social y la insuficiente prevención de los hechos delictivos por las fuerzas de seguridad, así como para superar los insatisfactorios niveles en materia de educación y salud pública, la ausencia de una política orgánica en materia de vivienda que permita atender con la dignidad que merecen las necesidades de quienes habitan en asentamientos precarios, para desplazar los factores que atentan contra el valor de la moneda rectificando las causas que generan

la inflación y el aumento del costo de vida, las trabas para la promoción de inversiones que permitan incrementar las fuentes de trabajo y la producción, para suprimir los elementos que fomentan la corrupción y aquellos que impiden afianzar el federalismo garantizando la autosuficiencia económica de las provincias. Para todo ello es imprescindible el cumplimiento de la Constitución, la vigencia del Estado de Derecho y la protección que emana de la independencia del Poder Judicial.

Una vez más, la Academia apela a la sensatez y el patriotismo de gobernantes y gobernados con el propósito de preservar la democracia constitucional y para que la progresiva degradación de las instituciones, forjada por proyectos de leyes como los que motivan esta declaración, sea suplantada por obra de una inteligente percepción de las vías establecidas por la Ley Fundamental para el logro de sus nobles objetivos.

Buenos Aires, 19 de abril de 2013

Roberto E. Luqui Gregorio Badeni
Académico Secretario Académico Presidente

DICTAMEN SOBRE LA REFORMA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES CONTRA EL ESTADO

El Poder Ejecutivo remitió al Congreso Nacional el 8 de abril pasado un proyecto de ley para regular las medidas cautelares que se dicten contra el Estado Nacional o sus entes descentralizados.

El texto, aprobado este jueves 25, tiene como finalidad inculcable limitar o impedir las medidas cautelares contra el Estado, bajo la pantalla del interés público y en desmedro de la tutela judicial efectiva que consagra el art. 18 de la Constitución Nacional, reafirmada enfáticamente por el art. XVIII de la Declaración Americana de los Derechos del Hombre, por el art. 2, inc. 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y por el art. 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), tratados que tienen jerarquía constitucional (arts. 31 y 99, inc. 22 CN).

Son varias las objeciones que se pueden formular a la iniciativa. Por razones de método comenzaremos por las más importantes, no sólo en razón de las consecuencias que se producirían si la ley es sancionada, sino por los errores conceptuales de que adolece.

I. La finalidad de las medidas cautelares

Contrariamente a lo que se desprende del mensaje de elevación, las medidas cautelares no tienen como finalidad impedir un perjuicio irreparable, o proteger solamente bienes como la vida, la salud o el sustento material de las personas. Desde el punto de vista económico, todo perjuicio es reparable, y como la solvencia del Estado se presume, de aceptarse la posición del Poder Ejecutivo nunca procederían las medidas cautelares contra él, pues siempre podría resarcir los perjuicios que causen sus actos ilegítimos.

El principio que sustenta las medidas cautelares es evitar que las sentencias sean remedios tardíos para reconocer o reparar el derecho vulnerado. Como dice Calamendrei, "la función de las providencias cautelares nace de la relación que se establece entre dos términos: la necesidad de que la providencia, para ser eficaz, se dicte sin retardo, y la falta de aptitud del

proceso ordinario para crear sin retardo una providencia definitiva” (1). Cuando la decisión jurisdiccional llega tarde y no es posible restablecer el derecho en la forma correspondiente, el Estado incumple con su función de asegurar la garantía de defensa en juicio y la tutela judicial efectiva, en desmedro de quien resultó vencedor en el pleito.

De nada sirven los derechos y garantías reconocidos por la constitución y las demás leyes, si las sentencias que dictan los jueces se convierten en reconocimientos abstractos. En tales condiciones una sentencia, por acertada que sea, no constituirá un acto de justicia, sino un responso. García de Enterría cita un pensamiento clarificador de esta materia: “la necesidad del proceso para obtener la razón no debe convertirse en un daño para quien tiene la razón”.(2)

Por ello hay que tener presente que el fin de las medidas cautelares es asegurar la posibilidad de que la sentencia satisfaga la pretensión deducida en la demanda, y no una reparación pecuniaria del perjuicio. Si así no fuera, en lugar de la garantía de defensa en juicio de las personas y de sus derechos que establece la Constitución Nacional deberíamos reemplazarla por el derecho a un resarcimiento patrimonial.

Advertimos en el texto la ausencia de toda mención al requisito esencial de las medidas cautelares: el *periculum in mora*. De los dos presupuestos básicos es el que tiene mayor significación, el que determina su razón de ser. La verosimilitud del derecho invocado es el recaudo preliminar, sin el cual el juez no puede entrar en el análisis de su procedencia. El *periculum in mora* es, como señala Calamandrei, “la base de las medidas cautelares”, que no se debe confundir con el peligro común a toda contienda judicial, sino “el peligro de ulterior daño marginal”. (3) Es el fundamento o la razón por la cual el juez dispone la suspensión del acto o de la norma para evitar que la sentencia sea un remedio tardío para reconocer o reparar el derecho vulnerado.(4) En este sentido sostiene el ilustre maestro florentino: “Hay, pues, en las providencias cautelares, más que la finalidad de actuar el derecho, la finalidad inmediata de asegurar la eficacia práctica de la providencia

(1) CALAMANDREI, Piero “Introducción al estudio sistemático de las medidas cautelares”, p. 43.

(2) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. “La batalla por las medidas cautelares”, p. 265.

(3) CALAMANDREI, Piero, “Introducción al estudio sistemático de las medidas cautelares”, p. 42.

(4) CALAMANDREI, Piero, “Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares”, ps. 43 y s.

definitiva que servirá a su vez para actuar el derecho. La tutela cautelar es, en relación al derecho sustancial, una tutela mediata: más que a hacer justicia contribuye a garantizar el eficaz funcionamiento de la justicia”.

Toda restricción o limitación a la vigencia de las medidas cautelares que impida la eficacia de la sentencia con respecto a la pretensión deducida en el pleito, desnaturalizaría no sólo la razón de ser del proceso, sino la garantía de defensa en juicio y la tutela judicial efectiva.

II. El Estado en juicio es un litigante más

Otro aspecto objetable es confundir el papel que tiene el Estado cuando es parte en un juicio. El mensaje señala como supuesta deficiencia de nuestra legislación la falta de una ley que regule especialmente los procesos en los cuales el Estado es parte, lo que hace que se deba recurrir a la ley procesal civil y comercial.

En nuestro sistema jurídico político el Estado en juicio es un litigante más, igual que un particular. Tiene algunas prerrogativas formales que en modo alguno inciden en la igualdad de las partes en el proceso. De ahí que los jueces deban decidir las cuestiones planteadas y sólo ello. No importa que el Estado, a cuyo cargo está la gestión del interés público actúe como actor o como demandado, porque la misión de la justicia es resolver conflictos entre partes por aplicación del derecho vigente, y no velar por el interés público, o por el interés general, o por el interés del Estado. El único interés que se debe perseguir en el juicio es la justicia de sus decisiones. Si el Estado tuviera privilegios en este sentido con el argumento de que su misión es preservar el interés público existiría una parcialidad institucional, que desnaturalizaría la misión de impartir justicia que tiene el Poder Judicial con la imparcialidad e independencia propias de su función.

III. La duración de las medidas cautelares

Las medidas cautelares son siempre provisionales. Duran el tiempo que sea necesario para cumplir con su finalidad de asegurar la eficacia de la sentencia, cualquiera sea la duración del proceso. Si se modifican los presupuestos que determinaron su dictado, el juez puede dejarlas sin efecto o modificarlas. Este es un principio establecido en la ley procesal, reconocido unánimemente por la jurisprudencia y la doctrina. Establecer objetivamente un plazo máximo para la vigencia de las medidas cautelares es un contrasentido, porque el legislador no puede señalar de antemano cuánto han de durar los pleitos hasta que se dicte la sentencia definitiva. Por la misma razón tampoco lo puede fijar el juez cuando la decreta, salvo que las particularidades del caso lo permitan.

Si establecer un plazo de vigencia para las medidas cautelares es un contrasentido, fijarlo en seis meses para los juicios ordinarios y en tres meses en los procesos sumarísimos y de amparo, es un absurdo. En un sistema judicial donde la duración promedio de los juicios ordinarios es superior a cinco años, llegando en algunos casos a superar los diez años o más –sin contar los juicios por reajustes provisionales, que se eternizan deliberadamente por el Estado– fijar plazos tan exigüos equivale a suprimir de plano las medidas cautelares contra el Estado.

Podemos afirmar, sin temor a equivocarnos, que al convertirse en ley el proyecto que comentamos, no existirá juicio alguno contra el Estado en el que subsista una medida cautelar. Esto es por demás evidente, y dudamos que haya un argumento para rebatir tal afirmación. Poner plazo a las medidas cautelares contra el Estado equivale lisa y llanamente a suprimirlas.

IV. Los requisitos exigidos

Otro aspecto objetable es el relativo a los requisitos exigidos para que proceda como medida cautelar la suspensión de los efectos de una ley, un reglamento o un acto general o particular del Estado.

Establece cinco requisitos que se deben dar en forma simultánea, y paso a analizar.

La exigencia de acreditar sumariamente que el cumplimiento o la ejecución del acto o de la norma ocasionará perjuicios graves de imposible reparación ulterior (art. 13, inc. 1 ap. a), no se corresponde con la finalidad de las medidas cautelares, en las cuales, como vimos, no es necesaria la existencia de un “perjuicio grave de imposible reparación ulterior”. Basta con demostrar que si no se decreta la suspensión de los efectos de la norma o del acto administrativo, la sentencia que se dicte no se podrá hacer efectiva satisfaciendo la pretensión deducida en el pleito. La mayor o menor gravedad del perjuicio puede depender de las condiciones económicas del agraviado y demás circunstancias que rodean el caso.

Por la misma razón no es necesario acreditar la imposible reparación posterior, pues, como vimos, la reparación por resarcimiento patrimonial siempre es posible, sobre todo cuando el Estado deudor se presume solvente. Reiteramos que lo determinante es asegurar la eficacia de la sentencia que se dicte, satisfaciendo la pretensión deducida en el juicio.

La necesidad de acreditar la verosimilitud del derecho invocado es un requisito que está en todos los códigos procesales. Lo que resulta sobrea-bundante es exigir, además, que se acredite la ilegitimidad de la norma

o acto estatal por existir “indicios serios y graves al respecto”. Cuando el peticionario acredita la verosimilitud del derecho invocado lo hace con relación a la norma o acto que le causa agravio y, va de suyo que en esa actuación deberá demostrar la ilicitud del acto estatal que vulnera su derecho.

La no afectación del interés público, sin ningún aditamento, es un concepto jurídico indeterminado demasiado general como para constituir una exigencia imprescindible en el otorgamiento de una medida cautelar.

La actividad administrativa del Estado siempre debe perseguir el interés público. No se conciben que persiga un interés privado, aunque sí patrimonial, que es un interés público indirecto o mediato. Cuando el Estado dicta una ley o un acto por el cual persigue la satisfacción de un interés público en forma directa e inmediata, el otorgamiento de las medidas cautelares se debe decidir con carácter restrictivo.

Esta es una regla no escrita en una ley procesal, que fue elaborada por la jurisprudencia de nuestros tribunales, al extremo de constituir un principio adicional a los enumerados en el art. 230 del Cód. Procesal, para los actos administrativos. (5) Si la suspensión cautelar afecta la prestación de un servicio público, o el ejercicio de una función pública, o impide una actividad de policía, (6) la regla es que, en principio, no proceden las medidas cautelares contra la Administración.

La razón de que las medidas cautelares no pueden afectar un interés público primario es por demás lógica, y está en consonancia con las normas y principios que rigen el derecho administrativo. El interés público no puede quedar postergado por el hecho de que un particular promueva una demanda para atacar la legalidad de un acto. Pero, esta regla, por lógica que sea, no es absoluta y mucho menos de aplicación automática. Por constituir un concepto jurídico indeterminado, es preciso analizar e interpretar si existe o no un interés público comprometido, su importancia o entidad, y si es posible que la suspensión cautelar de la norma o del acto lo afecte y en qué medida.

(5) CNCont.Adm.Fed., sala I: “Procaccini, Luis María y otro c/ Ministerio de Economía s/ medida cautelar autónoma res. 228/97”, 28/4/98; sala III: “Asociación Mutual Ferroviaria”, 19/3/80; “T.V.A. Televisión Abierta S.R.L. c/ Poder Ejecutivo nacional y otros”, 19/5/92; sala IV: “Metalúrgica Belucchi S.A.” 13/6/91, “Banco Comercial del Norte S.A. y otro c/ Banco Central de la República Argentina s/ apel. Res. 582/91”, 9/10/92, “Mercedes Benz Argentina S.A. c/ Fisco Nacional (DGI)”, 30/6/98; sala V: “Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional s/ decreto 210/99”, 8/9/99.

(6) Fallos, 307:1194; 307:2267; 207:215; 245:116, entre otros.

El interés público no se puede utilizar como una fórmula dogmática. En el dictado de una providencia cautelar que ordene suspender los efectos de una ley o de acto administrativo la presencia del interés público no tiene el valor de una verdad absoluta que impida su otorgamiento.

Aun cuando le corresponda al Estado decidir cuáles son las acciones necesarias para cumplir con sus cometidos, los jueces pueden considerar si esas acciones comprometen o no el interés público de manera directa e inmediata, como presupuesto para el dictado de medidas cautelares. Lo contrario importaría conferirle un privilegio personal, una facultad absoluta, incompatible con un Estado de Derecho.

Por lo demás, no se persigue el interés público por leyes inconstitucionales o por actos ilegales. Cuando para satisfacer el interés público el Estado se aparta de la legalidad excediéndose en sus atribuciones, o utiliza instrumentos que la ley no le confirió, o lo hace de manera manifiestamente irrazonable y con ello lesiona derechos de los administrados, éstos pueden pedir al juez que decrete la suspensión cautelar de las normas o los actos ilegales. El fin público no legitima cualquier acción del Estado.

Cuanto mayor sea la verosimilitud del derecho invocado o más ostensible sea la ilegitimidad del acto o más evidente la violación del derecho, menor ha de ser la exigencia de que no afecte la prestación de los servicios o de las funciones públicas. Ninguna acción del Estado se puede realizar al margen de la ley y con perjuicio de los individuos. La preeminencia del interés público sólo procede cuando el Estado se ajusta a las normas que rigen su funcionamiento. La Administración debe satisfacer el interés público, prestar los servicios públicos, ejercer las funciones públicas y realizar las acciones de policía dentro de legalidad, con los instrumentos que le confiere el derecho y no por cualquier medio. Como dice Bielsa, El principal interés público en un Estado de derecho es, precisamente, que se respete la ley.

El último requisito enumerado en el art. 13 del texto es que los efectos que pueda producir el dictado de la suspensión de la ley o del acto administrativo no sean irreversibles. Si bien no aclara con respecto a quién esos efectos no deben ser irreversibles, sólo cabe interpretar que para el Estado.

Esta es una exigencia contradictoria, porque si la “irreversibilidad” –que en realidad debió decirse irreparabilidad– no juega para los particulares, que a los seis o tres meses quedan desprotegidos de la medida cautelar, tampoco debería tener vigencia para el Estado. O importa para los dos, o no importa para ninguno.

V. Los efectos de la concesión del recurso

La iniciativa prevé que los recursos contra las medida cautelares dictadas en los juicios donde el Estado es parte se deben conceder con efecto suspensivo. En este aspecto sigue el criterio de la ley 16.986, tan criticado por la doctrina, que se aplica en materia de amparo. Señalamos que, no obstante los términos de esta ley, en muchas oportunidades los jueces conceden los recursos de apelación con efecto devolutivo, al considerar que de otra manera no se produce una tutela judicial efectiva.

La opinión generalizada de la doctrina considera que los recursos de apelación contra las medidas cautelares se deben conceder con efecto devolutivo, cualquiera sea la naturaleza del proceso, pues de lo contrario puede carecería de eficacia la decisión que la otorgó.

No constituye un precedente válido la regla establecida en el art. 15 de la ley 16.696. En primer lugar, el amparo no es un acto de justicia sino un acto de seguridad, aun cuando en los últimos tiempos se lo haya utilizado como un medio ordinario para impugnar los actos administrativos y hasta la constitucionalidad de las leyes. La ley 16.986 se dictó hace más de medio siglo, para casos excepcionales y como un remedio extremo frente a actos de ilegalidad o arbitrariedad manifiesta contra los cuales no existen vías ordinarias de impugnación. Se lo concibió como una especie de *habeas corpus* para los derechos que no atañen a la libertad física de los individuos.

Hoy las cosas han cambiado, y el amparo tiene sustento constitucional. Además, la concesión del recurso con efecto suspensivo es contraria al principio de tutela judicial efectiva. Además, el Estado no puede alegar razones genéricas o abstractas de interés público, pues las medidas cautelares siempre tienen carácter provisional, circunstancia que le permite pedir su levantamiento si acredita verdaderas razones de interés público que justifiquen su levantamiento.

VI. Medidas cautelares positivas

En general, la regulación de las medidas cautelares ha sido siempre pensando en la protección del administrado frente a los actos del poder público. Esto es así, porque quien tiene el monopolio de la fuerza, ejerce la autoridad y el privilegio de la ejecutoriedad de sus actos, no necesita del auxilio de un juez para hacerlos efectivos, salvo en los derechos que tienen una protección especial (inviolabilidad del domicilio, de la correspondencia, de la propiedad, etc.).

El texto innova en esta materia, al contemplar las medidas cautelares solicitadas por el Estado cuando exista riesgo cierto e inminente de sufrir

perjuicios sobre el interés público (debió decir “al” interés público), el patrimonio estatal u otros derechos de su titularidad. En esto no hay mayores comentarios que formular, salvo lo innecesario de su regulación, pues tiene a su disposición las normas del Código Procesal a las cuales puede recurrir.

Sin embargo, en el art. 17, bajo el título de “Tutela urgente del interés público comprometido por la interrupción de un servicio público”, introduce un “Caballo de Troya” en el sistema que le permitiría ir más allá de lo que anuncia dicho título.

Como en el caso anterior (art. 16) no es necesario dictar una ley especial para facultar al Estado a aquello que puede hacer en forma directa como Administración Pública, o a solicitar la habilitación judicial en los casos de ejecutoriedad impropia, cuando están las normas procesales aplicables.

Pero, este nuevo artículo contiene una expresión sumamente peligrosa, pues lo faculta para solicitar la tutela judicial urgente, además de los casos en que se amenace, interrumpa o entorpezca la continuidad y regularidad de los servicios públicos –para lo cual no tiene por qué pedirle auxilio a la justicia– sino en el caso de ejecución de actividades de interés público, con lo cual el espectro de su intervención se amplía enormemente.

¿Qué se entiende por actividades de interés público? Todo lo que atañe a la comunidad puede ser de interés público. La educación, el deporte, el suministro de alimentos, los medios de comunicación, la producción de bienes esenciales, etc. Pues bien, según la norma, el Estado puede solicitar como medida cautelar urgente el dictado de una providencia que ordene a los particulares a seguir determinadas conductas que afecten la ejecución de esas actividades, perturben su integridad o destino de los bienes afectados a esos cometidos. Sería un caso más de intervencionismo, pero esta vez apoyado por providencias cautelares.

Como es sabido, entre los conceptos jurídicos indeterminados uno de los que adolece de mayor imprecisión es el de interés público. Si la noción de servicio público es contingente, y ha variado a través del primer tercio del siglo pasado, la de interés público podemos decir que la triplica de imprecisión. No puede ser que con la excusa del interés público el Estado pretenda intervenir en las más diversas actividades particulares, vulnerando el ámbito de libertad que tienen los individuos en el sistema jurídico político que consagra la Constitución Nacional.

VII. El informe previo

Como lo señalamos antes, en nuestro sistema jurídico político el Estado en juicio es un litigante más. Tiene algunas prerrogativas que no inciden

en la igualdad de las partes en el proceso, tales como el mayor plazo para contestar el traslado de la demanda, la contestación de las posiciones por oficio, la reclamación administrativa previa cuando no se trata de la vía impugnatoria. Pero, como parte, es igual a un particular. Prueba de ello es que si el Estado no apela una sentencia condenatoria, queda firme y pasa en autoridad de cosa juzgada. Lo mismo si no contesta una demanda, es declarado en rebeldía. Rigen para él los plazos de caducidad, de perención y de prescripción, por mayor que sea el interés público que defienda.

Las providencias cautelares no son actos de justicia, sino de policía judicial. No resuelven pretensiones, tratan de asegurar que la defensa eficaz de las pretensiones. Por eso siempre se dictan in audita parte, para evitar que la contraria pueda modificar la situación de hecho o de derecho en desmedro del interés de la otra.

La exigencia impuesta al juez de requerirle a la autoridad administrativa, antes del dictado de la medida cautelar, la presentación de un informe, rompe con el principio de igualdad de las partes en el proceso, que es un presupuesto de la garantía de defensa en juicio establecida en el art. 18 de la Constitución Nacional.

Es verdad que en otras legislaciones, como ocurre en España y en Francia, el juez pide un informe a la Administración antes de dictar una medida cautelar, por un plazo muy breve. Pero, también es verdad que nuestro sistema jurídico político se diferencia sustancialmente del de esos países, así como también es diferente la idiosincrasia de los funcionarios, jueces y litigantes.

Por ello, consideramos que en las circunstancias actuales, sobre todo frente a las manifestaciones efectuadas por las más altas autoridades del país respecto de nuestra administración de justicia, lo prudente es no innovar en este aspecto, y dejar que las medidas cautelares se sigan dictando in audita parte, más aun cuando tienen carácter provisional y pueden ser dejadas sin efecto o modificadas en cualquier momento.

La lógica indica que si el Estado tiene razones de peso para impedir el dictado de una medida cautelar, da lo mismo que lo haga antes de la providencia o después de que se pronuncie el tribunal, pues, como dije, es provisional, y el juez la puede dejar sin efecto.

VIII. La excesiva demora de las medidas cautelares

Uno de los argumentos principales expresados en el mensaje de elevación para regular las medidas cautelares contra el Estado, es su excesiva prolongación, al extremo de producir a veces efectos similares a los de una sentencia. Esta circunstancia, como hecho, es verdadera, pero no justifica

que se modifique el derecho para impedirlo, porque la culpa no es de las leyes, sino de otras circunstancias.

Es posible comprobar que, salvo casos en que existe una deliberada política estatal para dilatar los juicios, como ocurre en materia previsional, la causa principal de la demora en los pleitos se debe a razones ajenas a la regulación normativa de las medidas cautelares, entre las cuales es posible señalar la excesiva cantidad de juicios, la insuficiencia de tribunales y de medios técnicos, y en algunos casos la falta de diligencia de los profesionales.

Todos querríamos que los juicios se sustancien rápidamente, sobre todo quienes se sienten agraviados por la conducta de otro, pero las formas procesales que dilatan la solución de los pleitos son necesarias para que los individuos puedan ejercer plenamente el derecho de defensa. Es el costo natural de esta garantía. Por eso tiene vigencia permanente la conocida frase de Ihering: “la forma es hermana gemela de la libertad, y enemiga jurada de la arbitrariedad”.

IX. Conclusiones

El texto enviado por el Poder Ejecutivo al Congreso Nacional no tiene en cuenta cuál es la razón de las medidas cautelares, al confundir la gravedad de un daño con la efectividad de la sentencia, que es de la esencia de la garantía de defensa en juicio y de la tutela judicial efectiva. Contiene disposiciones que violan la garantía de defensa en juicio y la tutela judicial efectiva (art. 18 CN y tratados antes mencionados). También es violatorio del principio de igualdad ante la ley (art. 16 CN), pues le otorga al Estado un privilegio procesal que altera las reglas del proceso. Lejos de ser una norma tendiente a “democratizar la justicia”, frase bastante indefinida que se invocó para apoyar su dictado, rompe el equilibrio de los poderes, al limitar las potestades de los jueces en su misión de resguardar los derechos de los individuos.

Buenos Aires, 25 de abril de 2013

Roberto E. Luqui
Académico Subdirector
Instituto de Derecho Administrativo

DICTAMEN SOBRE LA CREACIÓN DE LAS CÁMARAS DE CASACIÓN

1. El mensaje con el que el Poder Ejecutivo remitió al Congreso el proyecto de ley para la creación de tres Cámaras de Casación, texto aprobado el jueves 25, tiene su ámbito reservado a la justicia federal y a la justicia civil, comercial y laboral de la Capital Federal. No se trata por lo tanto de la instauración de un tribunal de casación nacional, de suerte que queda exento de los cuestionamientos de su constitucionalidad que se han levantado contra su creación.

Sabido es la diversidad de designaciones acordadas a este recurso en las legislaciones provinciales en el que de ordinario entiende el tribunal local de mayor jerarquía, como lo es también la heterogeneidad de los contenidos o alcances que se le atribuyen, ceñidos o desbordando la finalidad de preservar la unidad legislativa a través de la uniformidad de la jurisprudencia, que fue la original y plausible materia de su incumbencia. No escapa esta iniciativa del Poder Ejecutivo a la diversidad y amplitud de causales incluidas en este recurso, que aparte de su función específica -nomofiláctica la denomina el mensaje- agrega los supuestos de arbitrariedad, inconstitucionalidad y revisión, supuesto éste último no contemplado por el actual Código Procesal en el sentido que le da la iniciativa. El mensaje del Poder Ejecutivo aduce -como justificativo para crear lo que denomina como "recursos adicionales"-, el aporte que constituirán para fortalecer más acabadamente la seguridad jurídica.

2. Dos son los fundamentos centrales con los que el mensaje justifica su iniciativa. Por una parte el retraso de los procesos judiciales "derivado de la magnitud y la diversidad de tareas que conciernen al desarrollo de la función judicial"; por otra, la necesidad de descomprimir "el cúmulo de tareas que retrasan la labor" de la Corte Suprema. Es del caso detenerse en la consistencia de las justificaciones.

Al haberse creado una nueva instancia con tribunal de casación intermedio, el retardo de los procesos derivado de la magnitud y diversidad de tareas no va a disminuir dado que ellas no van a ser absorbidas por los nuevos tribunales. Por otro lado se incurre en un error cual es modificar el sistema de unificación de jurisprudencia cambiándolo de tribunal dentro del mismo esquema, ya que la unificación de la casación para lo Federal y

Ordinario Civil y comercial tiene una incidencia mínima en los temas que en conjunto le corresponden a estos tres fueros, ya que sólo cuestiones de competencia muy limitadas y de intereses a aplicar a los juicios, han sido las cuestiones en que no concuerdan estos tribunales. En lo que hace a la Cámara del Trabajo y de la Seguridad Social, mas allá de que prácticamente tampoco tienen cuestiones comunes, se junta un tribunal ordinario local (cual es la Cámara del Trabajo) con uno federal (la Cámara de Seguridad Social). En el caso de la Casación contencioso administrativa sólo se agrega una instancia más. Se puede realizar una búsqueda de plenarios de los distintos fueros y se verá fácilmente que en la práctica casi no hay ninguno que presente contradicciones con otro, ya sea porque han resuelto lo mismo o porque los temas asignados a su competencia son distintos.

Si lo que entendió el Poder Ejecutivo, es que el actual régimen del Código Procesal quedó desbordado por la creación de nuevas Salas en las Cámaras que fuerzan a la intervención de un gran número de jueces para dictar los plenarios, a lo que se suma el habitual incumplimiento de estos tribunales del régimen bastante expeditivo implementado por los arts. 295 a 298 para resolver, pudo hacer un proyecto distinto para el sistema de plenarios, estableciendo plazos mas cortos específicamente determinados, evitando reiteraciones en la intervención de los camaristas y las salas, imponiendo sanciones a los jueces de cámara que no cumplan con los plazos indicados, etc.

Esto sentado, ninguna de las otras funciones asignadas a las nuevas Cámaras incidirá para aliviar la tarea actual de los tribunales, ya que los recursos de casación se interponen contra las sentencias de segunda instancia. En suma, al margen del beneficio que puede resultar en lo concerniente a las tareas que insume el actual recurso de inaplicabilidad de ley, lejos de contribuir a disminuir los tiempos de los litigios, el nuevo régimen los acrecentará con la introducción de una tercera instancia.

En cuanto al influjo que pueda tener la creación de estos tribunales en aligerar la tarea de la Corte Suprema, resulta bastante conjetural desde que sus fallos no estarán exentos de impugnabilidad por recurso extraordinario; ello al margen de introducir una nueva instancia, por ende una mayor dilación, antes de habilitarlo.

3. Para implementar las finalidades aducidas el Poder Ejecutivo presentó un proyecto integrado por dieciséis artículos. El primero crea las tres nuevas Cámaras de Casación y los tres que le siguen mencionan los tribunales respecto de cuyas sentencias conocerá cada una de estas Cámaras.

Los artículos 5º a 10 se refieren a la composición de estas Cámaras y a la creación de los cargos de los Jueces de Cámara y de Fiscales Generales.

Dos singularidades que merecen ser destacadas se incluyen en el artículo 7º. La primera es que, no obstante la jerarquía de jueces de Cámara que expresamente se asigna a estos cargos, sus miembros “deberán reunir las condiciones exigidas para ser magistrado de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, con lo cual se introduce un enigma porque seguidamente agrega “y serán designados de conformidad a lo prescripto en la normativa vigente en la materia”. Parece razonable interpretar que esa normativa está referida a la designación de los jueces de cámara de la Nación, sometida a la intervención y los procedimientos del Consejo de la Magistratura, aunque perturba la referencia a la designación bajo las condiciones requerida para ser juez de la Corte Suprema, lo que abriría la posibilidad preocupante del nombramiento por el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado.

Para remate de este galimatías, en el segundo párrafo del mismo artículo 7º se preceptúa que “en los casos que se considere necesario, se podrán establecer procedimientos abreviados para la designación de los jueces a los efectos de otorgar mayor celeridad al trámite de las causas”. Primera incógnita: ¿quién determina la existencia de esa necesidad?; segunda ¿se hará de oficio o a petición de parte?; tercera ¿a quién compete establecer los procedimientos abreviados? De la indefinición normativa podría incluso suponerse que, dada la celeridad del trámite impreso a esta iniciativa integrante de la llamada democratización de la justicia, podría colegirse que la primera integración de estos tribunales se interprete como un supuesto de caso necesitado de designación por procedimiento abreviado, quizá por decreto de necesidad y urgencia, o recurriendo a jueces subrogantes.

4. El artículo 11 ingresa en la regulación de los recursos de casación, de inconstitucionalidad y de revisión, a cuyo efecto sustituye los actuales textos de los artículos 288 a 301 y deroga los artículos 302 y 303 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

El régimen legal de la casación se inicia con el artículo 288 que, con una formulación curiosa, establece en su primer párrafo que serán susceptibles de este recurso las sentencias definitivas de la Cámara de Apelación (sic). Las causales en que puede fundarse quedan relegadas a la enunciación que efectúa el art. 289, no obstante lo cual en el segundo párrafo del art. 288 se introduce una causal desorbitada que, como una suerte de pegote, agrega una causal que torna pasibles de casación a las resoluciones que “decidan la suspensión de los efectos de actos estatales u otra medida cautelar frente a alguna autoridad pública y contra las decisiones que declaren formalmente inadmisibles a la pretensión contencioso-administrativa”. Esta norma es notoriamente ajena a lo que es materia propia de la

casación y en razón de ello y por ser una causal unilateral, introducida en exclusivo favor del Estado, su redactor no osó incluirla en el artículo 289. Se trata de una norma infundadamente discriminatoria y lesiva del derecho constitucional de la defensa en juicio.

En cuanto a las causales del recurso en sentido estricto, el artículo 289 recoge con amplitud las que suele reconocer, en distinta medida, la legislación provincial y la doctrina, incluyendo los posibles errores iuris in iudicando, la inobservancia de las formas esenciales del proceso, la arbitrariedad y la que concierne a la unificación de la doctrina frente a pronunciamientos contradictorios o diferentes.

Con relación a la última de las causales citadas cabe una observación. En el recurso de inaplicabilidad de ley, el Código Procesal restringía su admisibilidad a los casos de contradicción entre pronunciamientos de las Salas de una misma Cámara. La norma examinada no esclarece los órganos que incurren en la contradicción que torna admisible la casación. El singular de que se vale la redacción del artículo 288 parece referir el recurso a pronunciamientos del mismo tribunal, sin aludir siquiera a la pluralidad de Salas que integran las Cámaras de Casación. Es decir que si el propósito ha sido incluir las sentencias de un mismo tribunal que hace equivocada aplicación del derecho, aunque no existan precedentes que la contradigan, la norma resulta acertada con la inclusión de este supuesto que alguna doctrina ya había reclamado. Como contrapartida cabe censurar que no se haya tenido en cuenta la admisibilidad de la casación cuando media contradicción entre las decisiones de diversas cámaras de apelaciones, sobre cuya omisión también mediaban observaciones doctrinarias.

La derogación del artículo 303 del Código Procesal (artículo 12 del texto) deja sin efecto lo dispuesto acerca de los alcances de la obligatoriedad del pronunciamiento sobre la interpretación de la ley. Se dirá que esa obligatoriedad es connatural a este recurso. Sin embargo y dada la segmentación de las materias que conoce cada Cámara en la iniciativa, deja de ser ociosa la omitida determinación acerca de si la doctrina fijada por una de ellas es o no obligatoria para los tribunales cuyas decisiones son recurribles ante alguna de las otras Cámaras.

Con meras modificaciones de redacción el párrafo del artículo 290 reproduce lo dispuesto por el artículo 292 del Código Procesal de la Nación en lo concerniente al plazo y la fundamentación del recurso. El segundo y tercer párrafo, se refieren al traslado y declaración de admisibilidad adecuando a su régimen la redacción del art. 293 del ordenamiento vigente. Los sucesivos artículos 291 a 294 reglan el procedimiento sucesivo hasta

la sentencia y sus efectos, entre los que no incluye los relativos al cuestionado segundo párrafo del art. 288.

5. Del recurso de inconstitucionalidad se hacen cargo los artículos 295 y 296. Con relación a las causales que habilitan el recurso, el artículo 295 las describe en dos incisos. El primero se refiere al cuestionamiento de la constitucionalidad de una ley o reglamento, pero omite las transgresiones en que puedan estar incurso los “actos estatales” a los que, en cambio, alude el art. 288 en su cuestionado párrafo segundo.

6. El recurso de revisión que no contempla el Código Procesal de la Nación, pero presente en la doctrina y en algunas legislaciones provinciales, tiene por objeto el re-examen de sentencias firmes pero fraudulentas, está contemplado por los artículos 297 a 301. No es obviamente objeto de una Cámara de Casación. Ello es así porque siendo la sentencia un acto jurídico, la Acción autónoma de nulidad de cosa juzgada (si bien algunas legislaciones que prevén el Recurso de Revisión lo reenvían a tribunales superiores) es una pretensión de nulidad de acto jurídico que debe ir a primera instancia, con independencia del tribunal que haya actuado en última instancia para convalidar el acto írrito.

En el régimen del texto bajo examen tiene el alcance de un recurso de nulidad contra las sentencias firmes cuando fueron pronunciadas a consecuencia de prevaricato, cohecho, violencia u otra maquinación fraudulenta declarada en fallo posterior, conforme se dispone en el artículo 297. Por otra parte la norma fija un plazo de treinta días para interponer este recurso ante la Cámara de Casación contados “desde el momento en que se tuvo conocimiento del hecho o desde que se conoció el fallo posterior” (artículo 298). Por lo que, en suma, cabe entender que el recurso es admisible para demandar ante la Casación la nulidad de una sentencia firme inficionada por los vicios a que se refiere el artículo 297, cuando se tiene noticia de ellos después de haber pasado en autoridad de cosa juzgada, o cuando el recurrente se anotició de un fallo que declaró fraudulenta la sentencia objeto de la revisión. Vale decir que contempla tanto una demanda como un recurso de nulidad, distinción que convalida el último párrafo del artículo 298 en cuanto prevé que si se trata del caso de una sentencia posterior, debe acompañarse su copia.

Transcurridos tres años de la sentencia definitiva se declara inadmisibles este recurso. Aunque la fijación de un plazo reconoce antecedentes en ciertas legislaciones, no parece admisible su aplicación cuando ha mediado un delito judicialmente declarado, máxime si se tiene en cuenta el tiempo que insume la tramitación del proceso seguido para demostrar la existencia del fraude.

Si bien el artículo 299 declara que la admisión del recurso (sic) carece de efecto suspensivo, consiente la posibilidad de obtener cautelarmente que se suspenda la ejecución de la sentencia. Dados los tiempos en que normalmente se producirá la constatación de los hechos que habilitan este recurso, la norma parece ociosa y, en todo caso nada agrega a las reglas generales sobre medidas precautorias.

7. El artículo 13 de la ley modifica lo dispuesto por el artículo 21 del decreto ley 1285/58, para integrar, al lado de la Corte Suprema a la Procuración General. Tal como lo dispuso la ley 26.183 fija en cinco el número de los miembros del Alto Tribunal. Cabe suponer que subsiste la norma transitoria del artículo 3º de la citada ley que respeta la situación de hecho que mantiene los siete miembros de composición actual, aunque no se hace ninguna salvedad al respecto.

El artículo 14 modifica también el decreto 1285, simplemente para integrar en su artículo 32 a las nuevas Cámaras de Casación. El artículo 15 y último del texto bajo análisis declara a esta ley de aplicación inmediata, aun a los juicios que se encuentren en trámite, una vez constituidas las Cámaras.

8. Como conclusión resulta claro que la inserción de un tribunal intermedio, como resulta ser la Cámara de Casación planeada no solo no acelera el proceso, sino que lo detiene. En el VIII Congreso Internacional de Derecho Procesal celebrado en Utrecht, Países Bajos, en 1987, donde se estudió especialmente el tema de la eficiencia de la Justicia se destacaron las restricciones a la apelación y la revalorización de la finalidad de la primera instancia. Por otro lado debemos decir que la Cámara de Casación propuesta excede el campo de la Casación, la que está sólo destinada a entender la violación de la norma o de la doctrina legal, acompañada en estos últimos tiempos, cuando la Casación se encuentra en los Tribunales Superiores (como son las Cortes provinciales) del recurso de arbitrariedad o absurdo para considerar los hechos, pero dicha casación siempre es sobre las sentencias definitivas y no sobre otro tipo de resoluciones como se mostró en el texto la inclusión de medidas cautelares. Las Cámaras de Casación tampoco serán el tribunal competente para resolver sobre el Recurso de Revisión, que más allá de no ser un recurso en sentido propio, debe ser tratado como una nulidad sustancial.

Finalmente en cuanto a la celeridad del proceso debe remarcarse que tal celeridad se obtiene a través de una pluralidad de medios tendientes a facilitar una adecuada gestión judicial, tal como la aplicación de la informática en las notificaciones y la limitación al sistema de recursos que no viole el debido proceso; y está íntimamente vinculada con la ampliación

de las bases de acceso a la justicia, entre las cuales resultan premiosas la implantación de procesos abreviados y expeditivos para las pequeñas causas y para los tribunales que entiendan en los conflictos concernientes a los derechos de los consumidores.

Buenos Aires, 25 de abril de 2013

Alfonso Santiago	Jaime L. Anaya	Emilio P. Gnecco
<i>Académico</i>	<i>Académico</i>	<i>Académico</i>

DICTAMEN SOBRE LA REFORMA DEL CONSEJO DE LA MAGISTRATURA

El Congreso de la Nación ha sancionado un proyecto de ley enviado por el Poder Ejecutivo que introduce profundas modificaciones a la composición y funcionamiento del Consejo de la Magistratura.

Se trata de la tercera reforma de relevancia que se realiza en menos de quince años sobre la organización de este organismo incorporado a la Constitución Nacional por la reforma constitucional de 1994. Este simple dato muestra la inestabilidad de su régimen legal, con los claros inconvenientes que ello acarrea para su adecuado funcionamiento institucional.

Tal como ha puesto de manifiesto la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires en su declaración del 19 de abril de 2013, “las reformas propuestas, basadas sobre simples razones de política agonal, distan de respetar los objetivos constitucionales destinados a consolidar un Poder Judicial eficiente, a salvaguardar la independencia y estabilidad de los magistrados judiciales, y por añadidura, a fomentar su excelencia como medio idóneo para incrementar y consolidar las garantías que permitan la plena vigencia de la libertad, la dignidad y el progreso del pueblo argentino”.

El proyecto de ley contiene graves vicios constitucionales e introduce numerosas modificaciones sumamente inconvenientes y disvaliosas que atentan contra la independencia judicial y una eficaz administración de justicia, principales finalidades que tuvo el Constituyente de 1994 al incorporar el Consejo de la Magistratura a la organización constitucional de nuestro país (cfr. art. 114 inc. 6).

De una interpretación literal y teleológica del art. 114 de la CN se desprende claramente que los representantes de los jueces y abogados han de ser elegidos por sus pares y de modo diverso a los representantes de los órganos políticos resultantes de la elección popular. Sin embargo, de modo manifiestamente inconstitucional, el nuevo art. 2° establece que, tanto los tres jueces del Poder Judicial de la Nación como los tres representantes de los abogados de la matrícula federal que integren el Consejo de la Magistratura, serán “elegidos por el Pueblo de la Nación por medio de sufragio universal”, distorsionando la clara finalidad de representación sectorial pretendida por el texto constitucional.

Por otra parte, la nueva ley prevé la incorporación al Consejo de la Magistratura de seis representantes de los ámbitos académicos y científicos, también elegidos por medio del sufragio universal. El elevado número de representante del mundo académico en relación a lo previsto con respecto a los jueces y abogados afecta el “equilibrio” en la integración del Consejo de la Magistratura, criterio expresamente consagrado en el art. 114 de la CN para determinar su composición.

Los partidos políticos tendrán el monopolio legal para la designación de precandidatos y candidatos a consejeros que representen a los jueces y abogados y los que provengan del ámbito académico, lo que implicará la politización de la gestión del Poder Judicial en el marco de las amplias facultades que en esta materia la Constitución le ha otorgado al Consejo de la Magistratura. Las elecciones de los consejeros se harán de modo simultáneo con la elección de los integrantes de los poderes Legislativo y Ejecutivo, lo que contribuye a la politización del Consejo de la Magistratura y a distorsionar aún más su misión institucional.

La disminución de las mayorías exigidas para la aplicación de sanciones disciplinarias a los jueces (de la mayoría absoluta de los miembros se pasa a mayoría simple) y para decidir la apertura del proceso de remoción (de dos tercios se pasa a mayoría absoluta de la totalidad de los miembros), son dos modos de debilitar y amenazar la independencia judicial.

La ley mantiene el plazo de tres años que tiene el Consejo de la Magistratura para decidir acerca de las denuncias contra los jueces que pueden dar lugar a un proceso disciplinario o remoción. Este plazo prolongado puede convertir a la posibilidad de aplicar sanciones o de acusación en un instrumento de presión que condicione la independencia y libertad de criterio de los jueces denunciados.

En materia de concursos para cubrir las vacantes judiciales, la nueva ley conserva la disposición que establece que “el plenario podrá revisar de oficio las calificaciones de los exámenes escritos, de los antecedentes, impugnaciones y dictámenes”. Esta facultad, unida a la composición marcadamente partidocrática que ostentará el futuro Consejo de la Magistratura, condicionará la transparencia, imparcialidad y seriedad de todos los concursos para acceder a los cargos judiciales. Por otra parte, el nuevo art. 13 establece que “aquellos cursos o carreras de postgrado, correspondan o no a la Escuela Judicial del Consejo de la Magistratura, que cuenten con la aprobación del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, serán considerados como antecedentes especialmente relevantes en los concursos para la designación de magistrados y en la promoción de quienes forman parte de la carrera judicial”. Esta disposición constituye una grave e inde-

bida intromisión del Poder Ejecutivo en ámbitos propios del Consejo de la Magistratura y del Poder Judicial y un modo en que aquél puede intervenir y condicionar fuertemente el resultado de los concursos judiciales.

El refuerzo de las facultades disciplinarias, administrativas y presupuestarias de un Consejo de la Magistratura con fuerte base partidocrática en perjuicio de las que son propias de la Corte Suprema, debilita fuertemente al Poder Judicial y al equilibrio de poderes que pretende consagrar nuestra Constitución Nacional.

La politización de la integración del Consejo de la Magistratura, la ruptura de su equilibrio interno, la disminución de las mayorías exigidas para adoptar algunas de sus decisiones en materia de responsabilidad de los jueces y la creciente intervención de los poderes políticos en los concursos judiciales, han convertido al Consejo de la Magistratura en una de las mayores amenazas para la independencia judicial, contradiciendo abierta y palmariamente su misión institucional y la finalidad que tuvo el Constituyente de 1994 al sancionar el art. 114 de la CN. La supremacía constitucional, la división de poderes y la independencia judicial, pilares de nuestro Estado de Derecho, han sido gravemente lesionadas con la sanción de esta ley de reformas al Consejo de la Magistratura. ◆

Buenos Aires, 25 de abril de 2013

Juan R. Aguirre Lanari
Académico Director
Instituto de Derecho Constitucional

DECLARACIÓN SOBRE REFORMAS AL RÉGIMEN DE MEDIDAS CAUTELARES

La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires manifiesta su total discrepancia con las reformas introducidas en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación en materia de medidas cautelares contra el Estado.

Bajo la pantalla del interés público, las reformas tiene como finalidad inocultable limitar o impedir las medidas cautelares contra el Estado, en desmedro de la tutela judicial efectiva que consagra el art. 18 de la Constitución Nacional, reafirmada enfáticamente por tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (arts. 31 y 99, inc. 22 CN). Para ello introduce varias reformas objetables, tales como: a) establecer un plazo máximo de duración, b) conferirle carácter suspensivo a las apelaciones del Estado, c) obligar a que antes de decretarlas el juez pida un informe al Estado, d) crear como medida cautelar positiva una especie de intervención en actividades privadas.

La ley no ha reparado en el fundamento y la importancia que tienen las medidas cautelares en la defensa de los derechos humanos. Su razón de ser es *evitar que las sentencias sean remedios tardíos para reconocer o reparar el derecho vulnerado*. De nada sirven los derechos y garantías reconocidos por la Constitución y las demás leyes, si las sentencias que dictan los jueces se convierten en declaraciones abstractas.

Toda restricción o limitación a la vigencia de las medidas cautelares que impida la eficacia de la sentencia con respecto a la pretensión deducida en el pleito, desnaturaliza no sólo la razón de ser del proceso, sino la garantía de defensa en juicio y la tutela judicial efectiva.

Las medidas cautelares son siempre provisionales. Duran el tiempo que sea necesario para cumplir con su finalidad de asegurar la eficacia de la sentencia y si se modifican los presupuestos que determinaron su dictado, el juez puede dejarlas sin efecto. Esta circunstancia echa por tierra el argumento de la necesidad de fijar un plazo de duración.

Si establecer objetivamente un plazo máximo para la vigencia de las medidas cautelares es un contrasentido, porque el legislador no puede señalar de antemano cuánto han de durar los pleitos hasta que se dicte sentencia de-

finitiva, fijarlo en seis meses para los juicios ordinarios y en tres meses en los procesos sumarísimos y de amparo, es un absurdo. En un sistema judicial donde la duración promedio de los juicios ordinarios es superior a cinco años, llegando en algunos casos a superar los diez años o más –sin contar los juicios por reajustes previsionales, que se eternizan deliberadamente por el Estado– fijar plazos tan exigüos equivale a suprimir de plano las medidas cautelares contra el Estado.

Con la reforma introducida por la ley recientemente sancionada no existirá juicio alguno contra el Estado en el que subsista una medida cautelar.

Buenos Aires, 25 de abril de 2013

Roberto E. Luqui Gregorio Badeni
Académico Secretario Académico Presidente

DECLARACIÓN SOBRE LA CREACIÓN DE CÁMARAS DE CASACIÓN

La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales lamenta que el Congreso de la Nación haya dado sanción al proyecto de creación de Cámaras de Casación para los distintos fueros de la justicia que, según dictamen aprobado por esta Corporación, lejos de significar un beneficio para la administración de justicia y para los justiciables, implicará una mayor prolongación de los procesos con la instauración de una verdadera tercera instancia.

Ninguna de las funciones asignadas a estas nuevas Cámaras aliviará la tarea actual de los tribunales ya que los recursos que se implementan se interponen contra las sentencias de segunda instancia y sus decisiones naturalmente podrán ser impugnadas por recurso extraordinario ante la Corte Suprema.

Entre otras cosas se advirtió en esa oportunidad por esta Academia que, por un lado, se introdujo en beneficio exclusivo del Estado como causal del recurso de casación, que el mismo también fuera procedente contra “resoluciones que decidan la suspensión de los efectos de actos estatales u otra medida cautelar frente a alguna autoridad pública...” (art. 288), y por otro lado, se excluyó del recurso de inconstitucionalidad que también la norma establece para que estas nuevas Cámaras entiendan, que el mismo pueda comprender las transgresiones en que eventualmente incurrieran los “actos estatales”.

Sorprendía al mismo tiempo que para la designación de los integrantes de estas Cámaras de Casación se podría establecer “en los casos que se considere necesario”, “procedimientos abreviados” (art. 7º), siendo que las decisiones de éstos nuevos tribunales serán de aplicación “a todos los juicios, aun a los que se encuentren en trámite” (art. 15).

En el dictamen de esta Academia se remarcó en definitiva, que la inserción de estos tribunales intermedios no acelera el proceso sino que lo detiene y que tal celeridad debe obtenerse a través de una pluralidad de medios tendientes a facilitar una adecuada gestión judicial (ej. aplicación de la informática en las notificaciones y la limitación al sistema de recursos sin violar el debido proceso), celeridad que al mismo tiempo se vincula íntimamente con la ampliación de las bases de acceso a la justicia, entre

las cuales resultan premiosas la implantación de procesos abreviados y expeditivos para las pequeñas causas y para los tribunales que entiendan en los conflictos concernientes a los derechos de los consumidores.

Buenos Aires, 25 de abril de 2013

Roberto E. Luqui Gregorio Badeni
Académico Secretario Académico Presidente

DECLARACIÓN

En su declaración del 26 de julio de 2012 la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, a la vez que expresó su preocupación y disconformidad por el modo en que se estaba llevando adelante el proceso de sustitución de los Códigos Civil y Comercial por un nuevo Código unificado, hizo un serio llamado a la sensatez para que se asigne al tratamiento del Proyecto de Código el tiempo de estudio, análisis y debate adecuados a la magnitud de la reforma legislativa y a lo que debe ser el curso de acción propio de una democracia republicana.

El Proyecto remitido por el Poder Ejecutivo al Congreso se basó sobre el Anteproyecto elaborado por dos jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y por una distinguida jurista que integra esta Corporación, pero con algunas alteraciones substanciales respecto de este último. Ese Proyecto fue inicialmente objeto de amplia difusión y suscitó numerosos e interesantes debates sobre su conveniencia, su oportunidad, su adecuación al dinamismo social, así como sobre sus propuestas específicas de reforma. Empero, desde el cuarto trimestre de 2012 los debates y la difusión públicos se fueron apagando como si el interés político en el Proyecto se hubiera diluido, mientras en ámbitos cerrados y desconocidos para la comunidad jurídica y para el público, se continuaba una tarea de revisión y modificación de un sinnúmero de normas proyectadas.

En forma sorpresiva, a partir del 29 de octubre de 2013 se hizo público el renacimiento del impulso de la iniciativa, pero esta vez la difusión no se extiende a las numerosas y sustanciales modificaciones introducidas por el Poder Ejecutivo en el citado Anteproyecto. Los cambios introducidos están desprovistos de la debida publicidad que permita conocer a los ciudadanos la fundamentación jurídica y política que los impulsa, y por qué se aspira a concretar su apresurada sanción antes de que se opere la próxima renovación constitucional de las Cámaras del Congreso. Es inadmisibles para un Estado de Derecho que se sancione a puertas cerradas, por la sola fuerza de una mayoría legislativa ocasional, una reforma legislativa de esta magnitud.

Esta Academia tiene resuelto que una reforma legislativa como la propuesta, que se proyectará sobre la vida cotidiana de las personas, no puede ser objeto de un tratamiento apresurado que, en modo alguno, se compecede con la prudencia que debe inspirar los tiempos de elaboración y

sanción de las normas de fondo por el Congreso de la Nación, para así permitir un análisis serio y exhaustivo de las modificaciones introducidas y no menos de las manifestaciones que sobre el particular emanen de los grupos sociales de opinión pública.

Todos los procesos de codificación, debido a su importancia y envergadura, se concretan en lapsos relativamente extensos y nunca son el resultado de consideraciones apresuradas. Son leyes que, por sus particulares características, se deben instituir con innegable sentido de perdurabilidad. Por ello, si bien, como también lo expresó esta Academia, deben responder a auténticos y legítimos requerimientos de la dinámica social, no pueden concretarse sin la debida ponderación de los sentimientos predominantes arraigados en la sociedad. Una democracia constitucional impone la obligación ineludible de proporcionar a la sociedad una información clara sobre la normativa propuesta y acerca de las consecuencias que los cambios podrán producir en ella, lo cual no se hizo.

La ineludible necesidad de alcanzar consensos para un mejor y más adecuado perfeccionamiento de las normas jurídicas vigentes en materia tan delicada como la que rige todos los aspectos de la vida cotidiana de los habitantes de la Nación, impone utilizar todo el tiempo que sea preciso al efecto, sin límites artificiales, para evitar así una sanción precipitada y desprovista de consenso que, por eso mismo, carecerá de legitimidad. La necesidad de actuar con ponderación y prudencia se percibe claramente en este caso al advertir que el tratamiento del Proyecto estuvo virtualmente suspendido durante casi un año.

Esta Academia reitera que es imprescindible dar una amplia difusión a las modificaciones introducidas por el Poder Ejecutivo en el Proyecto, fomentando la concreción de los debates jurídicos y sociales que aporten esclarecimiento y elementos de juicio útiles, tanto para verificar la conveniencia de la reforma, como para mantener informado al pueblo acerca de los cambios que se proyectan sobre una legislación que regula los aspectos más sensibles de la convivencia social.

Buenos Aires, 21 de noviembre de 2013

Roberto E. Luqui
Académico Secretario

Gregorio Badeni
Académico Presidente

ÍNDICE

ANALES 2013

I. INCORPORACIONES

Palabras de apertura por el Académico Presidente doctor Gregorio Badeni	3
Discurso de recepción por el Académico doctor Jorge R. Vanossi....	5
<i>Aspectos institucionales y jurídicos de la dimensión social de la globalización.</i> Disertación pronunciada por el Académico doctor Daniel Funes de Rioja, en oportunidad de su incorporación como Académico Titular, en la sesión pública del 14 de noviembre de 2013.	11

II. SESIONES PÚBLICAS

Palabras de apertura por el Académico Presidente doctor Gregorio Badeni	69
Discurso de presentación por el Académico doctor Juan R. Aguirre Lanari.	71
<i>La historia inconstitucional de Venezuela (1999-2013).</i> Disertación pronunciada por el Académico correspondiente en Venezuela doctor Asdrúbal Aguiar, en la sesión pública del 18 de julio de 2013.....	75

III. COMUNICACIONES EN SESIONES PRIVADAS

<i>El Relativismo Moral y el Derecho de Familia.</i> Comunicación del Académico doctor Eduardo A. Sambrizzi, en la sesión privada del 11 de abril de 2013.	99
---	----

<i>Riesgo Contractual y Presuposición del Acto Jurídico.</i> Comunicación del Académico doctor Mariano Gagliardo, en la sesión privada del 25 de abril de 2013.	109
<i>La libertad de expresión en el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación.</i> Comunicación del Académico doctor Gregorio Badeni, en la sesión privada del 9 de mayo de 2013.	117
<i>El Consejo de la Magistratura en el Derecho Constitucional provincial argentino. Un análisis comparativo.</i> Comunicación del Académico doctor Alfonso Santiago, en la sesión privada del 23 de mayo de 2013.	131
<i>Protección del internado con padecimientos mentales o adicciones.</i> Comunicación del Académico doctor Emilio P. Gnecco, en la sesión privada del 13 de junio de 2013.	145
<i>El principio precautorio en el derecho ambiental en la jurisprudencia argentina.</i> Comunicación de la Académica doctora Aída R. Kemelmajer de Carlucci, en la sesión privada del 27 de junio de 2013.....	159
<i>Existen tres clases de inflación (y tenemos las tres).</i> Comunicación del Académico doctor Julio H. G. Olivera, en la sesión privada del 11 de julio de 2013.....	211
<i>La teoría de la invalidez en la hora actual y las soluciones del Proyecto de Código.</i> Comunicación del académico doctor José W. Tobías, en la sesión privada del 25 de julio de 2013.	215
<i>La criminalización del 'negacionismo' frente a la libertad de expresión: un tremedal del derecho.</i> Comunicación del Académico doctor Jorge R. Vanossi, en la sesión privada del 8 de agosto de 2013.	233
<i>Problemas de la ejecución de la sentencia civil.</i> Comunicación del Académico doctor Enrique M. Falcón, en la sesión privada del 22 de agosto de 2013.	277
<i>Relatividad de los derechos en concreto. Antijuridicidad circunstanciada. Quid del llamado abuso del derecho.</i> Comunicación del Académico doctor Jorge H. Alterini, en la sesión privada del 10 de octubre de 2013.	287

<i>Disquisiciones en torno a lo que se entiende por muerte digna. Comunicación del Académico doctor Eduardo A. Sambrizzi, en la sesión privada del 24 de octubre de 2013.</i>	309
--	-----

IV. ACTIVIDADES DE LOS INSTITUTOS

Instituto de Derecho Administrativo.	323
Instituto de Derecho Constitucional “Segundo V. Linares Quintana”	325
Sección de Derecho Penal del Instituto de Derecho Constitucional “Segundo V. Linares Quintana”.....	326
Instituto de Derecho Empresarial.	327
Sección Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social del Instituto de Derecho Empresarial.	331
Sección Derecho Internacional Privado del Instituto de Derecho Empresarial.....	331
Instituto de Derecho Internacional Público.	333
Instituto de Derecho Procesal.	335
Instituto de Derecho Tributario.	341

V. OTRAS DISERTACIONES Y TRABAJOS

Año XIII: ¿un cónclave frustrado o una asamblea precursora? Disertación del Académico doctor Jorge R. Vanossi, en el acto público realizado con motivo de la celebración del Bicentenario de la “Soberana Asamblea General Constituyente” de 1813, en la Universidad Católica Argentina, el 14 de mayo de 2013, en representación de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas.	345
<i>Federalismo Fiscal Argentino. Aspectos constitucionales.</i> Disertación del Académico doctor Jorge R. Vanossi, en la Jornada Inter-académica sobre “El Federalismo Fiscal Argentino”, del 26 de junio del 2013, organizada por la Academia Nacional de Ciencias Económicas; actuando en representación de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.	367

VI. HOMENAJES

Doctor Segundo V. Linares Quintana. Resolución del 3 de enero de 2013.....	393
Palabras pronunciadas por el Académico doctor Alberto Rodríguez Varela en representación de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en el sepelio del Académico doctor Segundo V. Linares Quintana, el 3 de enero de 2013.....	395
<i>Homenaje al doctor Segundo V. Linares Quintana</i> , en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la Asamblea Anual Ordinaria del 21 de marzo de 2013, al rendirse homenaje al Académico decano doctor Segundo V. Linares Quintana, con motivo de su fallecimiento. Palabras del Académico doctor Juan R. Aguirre Lanari.....	397
Homenaje al Académico doctor Juan R. Aguirre Lanari, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión pública del 13 de agosto de 2013. Disertación del Académico doctor Alfonso Santiago	413
Disertación del Académico Presidente, doctor Gregorio Badeni.....	417
Disertación del Académico doctor Jorge R. Vanossi.....	425
Disertación del Académico doctor Ricardo Haro	431
Palabras de agradecimiento del Académico doctor Juan R. Aguirre Lanari.	437
<i>Homenaje al Académico doctor Alberto Rodríguez Galán</i> , en el acto público de homenaje a su trayectoria, celebrado por las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, de Ciencias Morales y Políticas y de Ciencias de Buenos Aires, el 6 de noviembre de 2013. Disertación del Académico doctor Juan R. Aguirre Lanari.	445
Disertación del Académico doctor Jorge R. Vanossi.	451
Palabras de agradecimiento del Académico doctor Alberto Rodríguez Galán	455

VII. DECLARACIONES Y DICTÁMENES

Declaración ante el nombramiento del Cardenal Jorge Bergoglio como Sumo Pontífice.....	465
Declaración sobre los proyectos de leyes que modifican el Consejo de la Magistratura, el régimen de las Medidas Cautelares y crean Cámaras de Casación.....	467
Dictamen sobre la reforma de las Medidas Cautelares contra el Estado.	469
Dictamen sobre la creación de las Cámaras de Casación.....	479
Dictamen del Instituto de Derecho Constitucional “Segundo V. Linares Quintana” acerca del proyecto de ley sobre reforma del Consejo de la Magistratura.....	487
Declaración sobre reformas al régimen de Medidas Cautelares.	491
Declaración sobre la creación de las Cámaras de Casación.	493
Declaración sobre la sustitución de los Códigos Civil y Comercial por un nuevo Código unificado	495

SE TERMINO DE IMPRIMIR EN LA 1ra QUINCENA DE SEPTIEMBRE DE 2014
EN LOS TALLERES GRAFICOS DE "LA LEY" S.A.E. e I. - BERNARDINO RIVADAVIA 130
AVELLANEDA - PROVINCIA DE BUENOS AIRES - REPUBLICA ARGENTINA

