

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS
SOCIALES DE BUENOS AIRES

ANALES

SEGUNDA EPOCA
AÑO LVII - NUMERO 50
2012



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

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*

SERIE I – ANUARIOS

Anales – Primera época, N° 1 (1915) – Segunda época, N° 1 a 50

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 NAVEGACION

- *Quebrantamiento de la limitación de responsabilidad. El derecho marítimo alemán.*
- *Los convenios para la promoción y protección recíproca de inversiones.*

- *La protesta previa en el transporte de mercaderías por vía aérea.*
- *El Tribunal Internacional del Derecho del Mar.*
- *Derecho Internacional.*
- *La Corte Penal Internacional y su competencia (genocidio, crímenes de lesa humanidad, de guerra y de agresión).*
- *El derecho internacional privado en la Ley de la Navegación argentina.*

INSTITUTO DE DERECHO 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.*

INSTITUTO DE DERECHO EMPRESARIAL SECCION DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

- *Descentralización Productiva.*

INSTITUTO DE DERECHO EMPRESARIAL SECCION DERECHO DE LA NAVEGACION

- *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.*

INSTITUTO DE DERECHO PROCESAL

- *La justicia y la enseñanza del derecho. Aportes para su reforma y modernización.*

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES

Presidente

Académico Dr. Gregorio Badeni

Vicepresidente

Académico Dr. Félix A. Trigo Represas

Secretarios

Académico Dr. Jorge H. Alterini

Académico Dr. Fernando N. Barrancos y Vedia

Tesorero

Académico Dr. Roberto E. Luqui

COMISION DE PUBLICACIONES

Director de Publicaciones

Académico Dr. José Domingo Ray

Vocales

Académico Dr. Alberto Rodríguez Galán

Académico Dr. Jaime Luis Anaya

ACADEMICOS DE NUMERO

por orden de antigüedad

	<i>Nombre del sitial</i>	<i>Fecha</i>
Dr. Segundo V. Linares Quintana	Esteban Echeverría	28 mayo 1956
Dr. Julio H. G. Olivera	Juan B. Alberdi	6 mayo 1964
Dr. 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

ACADEMICOS EMERITOS

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

MIEMBROS CORRESPONDIENTES

por orden de antigüedad

		<i>Fecha</i>
Dr. Rafael Entrena Cuesta	España	10 agosto 1989
Dr. Néstor Pedro Sagüés	Rosario	10 agosto 1989
Dr. Jesús González Pérez	España	24 mayo 1990
Dr. Carlos Fernández Sessarego	Perú	25 noviembre 1993
Dr. Adolfo A. N. Rouillon	Rosario	25 noviembre 1993
Dr. Eduardo García de Enterría	España	23 marzo 1995
Dr. 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 Ortíz	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 de 2011
Dr. Andrei Gennadievich Lisitsyn-Svetlanov	Rusia	13 octubre 2011

ANTIGUOS ACADEMICOS DE NUMERO

Dr. Carlos Alberto Acevedo
Dr. Carlos A. Adrogué
Dr. Eduardo Aguirre Obarrio
Dr. Jorge A. Aja Espil
Dr. Juan Alvarez
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 Ibarguren
Dr. Eduardo Labougle
Dr. Héctor Lafaille
Dr. Héctor P. Lanfranco
Dr. Hilario Larguía
Dr. Tomás Le Bretón
Dr. Ricardo Levene
Dr. Juan Francisco Linares
Dr. Mario Justo López
Dr. José María López Olaciregui
Dr. Baldomero Llerena
Dr. Osvaldo Magnasco
Dr. Carlos C. Malagarriga
Dr. Miguel S. Marienhoff
Dr. Félix Martín y Herrera
Dr. Roberto Martínez Ruiz
Dr. Agustín N. Matienzo
Dr. José N. Matienzo
Dr. Jorge M. Mayer
Dr. Carlos L. Melo
Dr. Leopoldo Melo
Dr. Manuel A. Montes de Oca
Dr. 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. Angel S. Pizarro
Dr. Luis Podestá Costa
Dr. Ernesto Quesada
Dr. Juan P. Ramos
Dr. Enrique Ramos Mejía
Dr. Francisco Ramos Mejía
Dr. Juan Carlos Rébora
Dr. Roberto Repetto
Dr. Manuel Río
Dr. Marco Aurelio 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 Wilmar de Glymes
Dr. Mauricio Yadarola
Dr. Carlos J. Zavala Rodríguez
Dr. Clodomiro Zavalía
Dr. Estanislao S. Zeballos

I

INCORPORACIONES

DISCURSO DE RECEPCION

POR EMILIO P. GNECCO (*)

Señor Presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Dr. Gregorio Badeni

Señor Presidente de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Dr. Jorge R. Vanossi

Señores académicos

Señoras y Señores

La reunión de la Academia en circunstancias como la presente implica una verdadera celebración. Y por eso no lo hace como uno de sus habituales encuentros en reuniones privadas dedicadas a los estudios y análisis de temas jurídicos por cierto importantes y trascendentes, lo hace, señalamos, como una reunión de la Academia de carácter público, por cuanto cada incorporación de un nuevo miembro a su seno se constituye, así lo sentimos, en una reiterada refirmación y renovación de las finalidades que la animan. Toda incorporación, decimos, al mismo tiempo que refirmación es renovación, y aún mas, es el anhelo de que con la misma se consolide el sostenido crecimiento y el aporte que la labor de la Academia realiza teniendo en vista siempre el bien general, labor de cautivante y atractiva motivación, porque nos sitúa siempre ante la necesidad de aten-

(*) Discurso de recepción del Académico Eduardo A. Sambrizzi, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión pública del 13 de septiembre de 2012.

der con permanente cuidado la continua y compleja relación que se da entre la persona, con la sociedad, con el derecho y con las normas.

El Académico que se incorpora, precisamente por sus antecedentes y por las condiciones que acompañan a su persona, rebasa la confianza de quienes formamos parte de la Corporación y nos aprestamos con entusiasmo a recibirlo. Entusiasmo que para muchos se agregará a un legítimo orgullo, como en el caso de nuestro estimado e ilustre académico José Ray, o sin duda el que experimentarían quienes fueron no menos destacados académicos como Manuel María Díez o Roberto Martínez Ruiz, todos ellos ligados por estrechos vínculos familiares con Eduardo Sambrizzi.

Quien se incorpora hoy por lo tanto se sumará al conjunto; al pensamiento que se ejercita en este ámbito, en el que se trata de explicar y de razonar sobre distintos asuntos que en el campo del derecho se plantean y que muchas veces traen aparejadas verdaderas inquietudes. El derecho positivo que debe ser fuente de regularidad y no de sorpresas, permanentemente nos enfrenta a cuestiones que merecen interpretarse, estudiarse y afrontarse con detenimiento, profundidad y resolución. A veces los sobresaltos son producto de improvisaciones legislativas, otras veces de inadvertidos errores, y otras de infundadas o premeditadas posiciones. En todos estos casos y en cualquiera de los terrenos jurídicos de que se trate, el interés por la investigación y por el aporte positivo de esfuerzos, deberá estar siempre guiado por el fin último de responder al bien común. Sobre todo en el campo del Derecho de la Familia, derecho que ha sido de principal preocupación del Académico que hoy se incorpora.

La familia, institución que se eleva como órgano esencial y fundamental de la sociedad como reiteradamente lo ha enfatizado esta Academia con referencia a la familia matrimonial del hombre con la mujer, debe interesar de sobremanera al Estado, razón por la cual es el Estado y la legislación que propicie, el que sin duda debe claramente mostrar que la defiende, la protege y la fomenta.

El sentido de orden público gira alrededor de toda la regulación de la familia y del matrimonio. Borda decía que la familia “es un organismo con fines propios distintos y superiores a los de sus integrantes,” de lo cual se extrae el llamado “interés familiar” que se distingue del individual o privado de sus componentes. Normas de derecho privado pero que encierran un gran interés público. Hemos dicho en otras oportuni-

dades que la institución familiar asentada en el matrimonio es una institución social irremplazable que no debe ser menoscabada, que se liga a la naturaleza del hombre y con la cual el propio orden social se fortalece. Borda agregaba que “nada hay tan hondamente privado como la familia, en cuyo seno el hombre nace, crece, ama, vive y muere”, el derecho que la regula es indudablemente de carácter privado, pero la trascendencia de la institución lo envuelve con un inevitable interés público fuertemente enlazado con las costumbres y tradiciones de los pueblos. Tal idea de la familia no puede ser alterada o cambiada no obstante las evoluciones o periodos críticos por los que pudo pasar, y los embates que desde algunos sectores en nuestros días pueda sufrir. La familia no ha de alterarse simultáneamente con la modificación de las reglas de derecho que puedan establecerse en un determinado momento, sino que, por el contrario, con sumo cuidado, son los preceptos jurídicos los que deberán respetar la natural conformación de esta, pues cuando ello no ocurra la ley estará destinada al fracaso.

Me adelanto a sostener que el Académico que hoy se incorpora ha de concordar con mucho de lo que acabamos a decir, pues siempre ha bregado por principios coincidentes: y lo ha hecho de manera brillante : “La familia es una institución que tiene su basamento en la naturaleza...” proclama Sambrizzi en el inicio de su Tratado, como un incuestionable y categórico punto de partida.

Eduardo Antonio Sambrizzi se recibió de abogado en la Universidad de Buenos Aires en 1963, se había ya distinguido en el Bachillerato con Medalla de oro en el Colegio Champagnat. En el año 2004 se le otorgó por la Universidad de Buenos Aires el Título de Doctor en Derecho Civil.

Se consagró fundamentalmente al ejercicio de la profesión haciéndolo con dedicación y gran capacidad. Toma los asuntos que se le encomiendan con toda responsabilidad y está detrás de ellos siguiéndolos de cerca de manera continua y muchas veces en forma personal. Pasa mucho tiempo en su estudio, tiene una manifiesta vocación por el ejercicio de la abogacía, en el que siempre pone todo su empeño con resultados generalmente exitosos.

No obstante, debe hacerse notar que tuvo también actuación docente en diversas Facultades de derecho, inicialmente como Ayudante de Cátedra y luego como Profesor en Derecho Civil: en la Universidad Católi-

ca Argentina, en la Universidad del Museo Social, y en la Universidad de Buenos Aires. Ha sido Director del Curso de la Especialización en Derecho de Familia en la Universidad Católica de La Plata y formó parte de varios jurados en la Facultad de derecho de la Universidad de Buenos Aires, y propuesto por el Colegio de Abogados de esta Ciudad para jurado en el Consejo de la Magistratura, como también jurado en la Universidad de los Andes, en la Universidad Nacional de Rosario y en la Universidad Católica Argentina.

Pero particularmente tiene que destacarse, que desde el año 1993 Sambrizzi realiza una serie de importantes publicaciones inclinada hacia los temas que mas lo convocan que son los relacionados con el derecho de familia. Desfilan los temas tratados con la profundidad y el particular cuidado que pone siempre en todas sus producciones y con acopio al mismo tiempo de antecedentes doctrinarios vernáculos y extranjeros y de la jurisprudencia de nuestros tribunales: en el resumido tiempo de esta presentación no es posible mencionarlos a todos, que, con el agregado de artículos y comentarios en revistas jurídicas, suman mas de 140 trabajos. Cito algunos de sus libros más destacados, “Instrumentos privados”, “Impedimentos matrimoniales”, “El consentimiento matrimonial”, “La procreación asistida y la manipulación del embrión humano” exponiendo en este libro los fundamentos que sostienen la defensa de la persona desde su concepción, dentro o fuera del seno materno, tema sobre el que vuelve en “La filiación en la procreación asistida”, también “Daños en el derecho de familia” etc. En el año 1999 publica “Separación personal y divorcio” en dos tomos y en el año 2007 “Régimen de bienes en el matrimonio” también en dos tomos. Corresponde poner de resalto, que estos libros obtuvieron cada uno de ellos el Accésit al Premio Academia Nacional de Derecho, en un caso en el año 2000 y en el otro en el año 2008. La producción de Eduardo Sambrizzi culmina con el magnífico “Tratado de derecho de Familia” en 8 tomos, editado en el año 2010, donde trata con hondura y prolijidad todos los temas y se constituye en una de las obras mas completa de nuestra literatura jurídica en este terreno del derecho.

Eduardo Sambrizzi ha dictado numerosas conferencias e intervenido en diversos Congresos, en el Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina, en la Universidad de Buenos Aires, en la Universidad Austral, en el Simposio Internacional 2004 organizado por el Consorcio de Médicos Católicos

de la Ciudad de Buenos Aires, en el II Congreso Nacional de Derecho de Rafaela, Santa Fe, en el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, en la Universidad Católica de La Plata, en el IV Congreso Iberoamericano de Derecho Civil y II Congreso Internacional de Derecho Privado en Bariloche, en la Universidad Católica de Cuyo, San Luis, en el Colegio de Abogados de La Plata y en otros distintos Colegios de abogados, en la Universidad de Mendoza, dictando asimismo diversos cursos sobre temas relacionados con el derecho familiar.

Fue Sambrizzi asimismo delegado del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires a la Conferencia Nacional de Abogados, en Corrientes en 1966 y también luego de haber sido Vocal y Vicepresidente, fue elegido el año pasado Presidente de la Corporación de Abogados Católicos. Integró como Vocal la Comisión de Familia y Sucesiones del Colegio de Abogados de esta Capital Federal y fue Director del Boletín Informativo de ese mismo Colegio, también integró el Consejo de Redacción de la Revista de Derecho de Familia y de las Personas de La Ley e integra el Comité de Curso de Posgrado en Derecho de familia de la Universidad Católica de Salta.

Los antecedentes expuestos y que naturalmente mucho hemos tenido que resumir, dejan no obstante claramente evidenciados los títulos legítimos que exhibe Sambrizzi para ocupar con pleno derecho un sitial en esta Academia. Un sitial que en su caso se presenta por demás calificado, no solo por el jurista y hombre de estado que le da el nombre, como fue José Figueroa Alcorta, sino también por su inmediato predecesor, el notable y querido Eduardo Aguirre Obarrio del que pude en mi caso decir que al par de un gran jurista era “un gran señor”. Eduardo Sambrizzi no tengo la menor de las dudas que será un digno sucesor en el lugar.

A esta altura debo expresar que la presentación formal de quien viene a ser parte de nuestra Academia, se confunde en mi caso al mismo tiempo con otro sentimiento. Me une a Eduardo A. Sambrizzi una amistad consecuente de más de 40 años. Verdadera amistad, porque como decía Dostoievsky, es de las que no puede inventarse “porque surge espontáneamente, no por decisión propia”. En ese tiempo he podido sin duda aquilatar las condiciones que adornan su persona: íntegro, honesto, de nobles sentimientos, de aplicada dedicación a su profesión de abogado que desempeñó siempre, como ya dijimos, con destacable aptitud, de profundas convicciones religiosas, que no solo las profesa sino que se revelan en to-

das las actitudes de su vida. Formador desde tales principios, junto a su mujer, de una familia ejemplar, que ha podido por ello mantener siempre rodeada de los cálidos sentimientos que entre todos se han prodigado, como debe ser en toda familia bien constituida. Familia a la que Eduardo dedica sus libros en un gesto que advertimos de emocionada reiteración y que comprende también en casi todos los casos a sus propios padres.

Contemporáneos en la edad cronológica, fue ejerciendo la abogacía como digo, desde su graduación y hasta ahora, de manera paralela a la dedicación que por mi parte se volcaba hacia la actuación en la justicia. El abogado y yo en la magistratura. Así transcurrieron nuestros tiempos conociendo y sabiendo el uno del otro, cada cual en su lugar, por lo que me enorgullece y llena de satisfacción que a esta altura de la vida, cuando creemos estar recogiendo algo de lo que pudimos o intentamos sembrar, nos encontremos ahora juntos en esta empresa que de manera vitalicia compromete el renovado estudio y la actividad ligada al derecho, actividad que siempre formo parte importante de nuestras vidas y en la cual, no tengo dudas, Eduardo seguirá realizando aportes de singular valía.

Una felicitación especial para su esposa Josefina de Estrada, que siempre lo ha acompañado y que por ello puede decirse que también tiene algo de “parte” en todo lo que Eduardo ha venido haciendo. Josefina además, es hija de un hombre que no puedo dejar de mencionar: el Dr. Santiago de Estrada, porque no solo me distinguió, sin duda inmerecidamente, sino porque lo recuerdo en esa calidad humana que le era muy propia: tuve por él una especial, respetuosa y enorme consideración que aprovecho para ponerla aquí de manifiesto. Y felicitación también a los dos, a Eduardo y a Josefina, por sus hijos, cinco de los cuales son abogados, uno arquitecto y la menor en vías de ser licenciada en educación, y por los nueve nietos.

Académico Eduardo Antonio Sambrizzi, creo que puede decirse que vienes cumpliendo con la vida conforme los claros preceptos que siempre te guiaron, con la vista no lo dudo en el bien común, en la ecuanimidad, en la idea de lo justo, la idea de lo que corresponde al sentir del hombre de bien, porque eso sos, por sobre todo, un hombre de bien. Siempre con la ayuda de Dios, estarás ahora en condiciones de brindar tu esfuerzo y tu pensamiento en la compañía de todos nosotros, que te ofreceremos nuestra amistad y en los cuales encontrarás siempre la mejor predisposición y estímulo.

Te auguramos el mayor de los éxitos. Lo descontamos y desde ya esta tribuna de la Academia queda a tu disposición aprestándonos a escucharte en un tema de enorme interés, hablarás nada menos que de la vida y de la muerte.◆

EL DERECHO A LA VIDA Y LA CULTURA DE LA MUERTE

POR EDUARDO A. SAMBRIZZI (*)

Ante todo, agradezco las generosas palabras del Sr. Presidente de esta ilustre Academia, Dr. Gregorio Badeni, como también la cordial recepción que me ha brindado el señor Académico doctor Emilio Gnecco, que no hace sino reflejar la honda amistad que nos une desde hace ya muchos años, y que me honra. También agradezco a los señores académicos que integran esta Corporación la distinción que me han conferido al haberme invitado a incorporarme a la misma, lo que espero justificar. Por último, agradezco a mi familia, en particular a mis padres, por los valores que me transmitieron, como también a mis hijos, y muy especialmente a mi mujer, Josefina de Estrada, por el apoyo que siempre me brindó, sin el cual no hubiera podido desarrollar con la amplitud pretendida mi vocación por la Justicia y el Derecho.

Los señores académicos me han conferido el honor de ocupar el sitial que lleva el nombre del Dr. José Figueroa Alcorta, nacido en la ciudad de Córdoba en el año 1860. Al año siguiente de su egreso de la Facultad de Derecho de la Universidad de su provincia —donde se doctoró en Jurisprudencia—, integró como Senador la Legislatura de Córdoba. Fue designado catedrático de Derecho Internacional en la Universidad de su ciudad natal, y también miembro de la Academia Universitaria, además de miembro de número de esta Corporación.

(*) Disertación pronunciada por el Académico, en oportunidad de su incorporación a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión pública del 13 de septiembre de 2012.

Fue Ministro de Gobierno, Justicia y Culto de Córdoba, como también de Hacienda. Con el apoyo del ex Presidente Julio A. Roca, fue Diputado Nacional en el año 1892, de donde pasó en 1895 a ser Gobernador de Córdoba, y luego ocupar al concluir su mandato el cargo de Senador Nacional. En 1904 fue elegido Vicepresidente de la Nación, para en el año 1906 acceder a la Primera Magistratura al morir el Presidente Manuel Quintana.

Fue, además, Embajador en España y Ministro de la Corte Suprema de Justicia desde el año 1915 hasta su muerte, ocurrida en diciembre de 1931, habiendo ocupado la Presidencia de ese cuerpo desde el año 1929. Figueroa Alcorta fue la única persona durante la vida constitucional de la Nación, que presidió los tres Poderes, ya que como Vicepresidente ejerció la Presidencia del Senado.

Mi predecesor en el sitial, el doctor Eduardo Aguirre Obarrio, fue uno de los más distinguidos penalistas que ha tenido nuestro país. Argentino por opción, nació en Berlín en el año 1923. Abogado y doctor en Derecho por la Universidad de Buenos Aires, se incorporó a esta Academia como miembro de número en el año 1993, habiéndola presidido desde el mes de junio de 2009 hasta su fallecimiento, ocurrido el 28 de septiembre de 2011.

Fue Profesor Titular Ordinario, y luego, Consulto de Derecho Penal de las Facultades de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y de la Pontificia Universidad Católica Argentina. Entre los numerosos cargos a los que accedió, fue Presidente de la Sección Argentina de la Comisión Redactora del Proyecto de Código Penal Tipo para Latinoamérica, así como Fundador de la Sociedad de Abogados Penalistas de la ciudad de Buenos Aires —que presidió— y de la rama argentina de la Association International de Droit Penal. Se desempeñó como Jurado en distintos Concursos de Jueces del Consejo de la Magistratura, y fue autor de numerosos proyectos de ley.

Entre sus obras, recuerdo los tres tomos que escribió sobre “Los delitos” y la actualización al libro de Juan P. Ramos sobre “Los delitos contra el honor”. Publicó en distintos medios más de 300 artículos y estudios sobre su especialidad, y pronunció más de 200 Conferencias, tanto en nuestro país como en el exterior, además de dictar numerosos cursos de Derecho Penal y de doctorado, y de haber integrado ocho Comisiones de reformas al Código Penal.

Aguirre Obarrio desempeñó con gran eficacia distintos cargos públicos, entre ellos, el de Subsecretario de Justicia, y Subsecretario y Ministro de Defensa. Fue Premio Konex, Premio Justicia 2005 de la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales, y Premio Security 2010 a la trayectoria jurídica relevante.

Hombre de gran cultura, tenía un trato afable y conciliador, y era sumamente respetuoso de las opiniones de los demás. Era una persona de consejo y, por sobre todo, un verdadero caballero y un hombre de bien, lo que no es poco.

1. El derecho a la vida

El título de mi disertación es “El Derecho a la Vida y la Cultura de la Muerte”. El haber elegido hablar sobre esas cuestiones tiene un fundamento que estimo relevante, consistente en la existencia en la actualidad, de numerosos y planificados ataques que desde muchos ángulos y sectores existen contra el derecho a la vida, que tal como se ha sostenido, es el primero y más importante de los derechos, de carácter absoluto y sin el cual no pueden existir los demás. De allí la relevancia apuntada. Lo que pretendo es poner el acento en la necesidad de respetar esa vida desde su comienzo; y ello, por todas las personas, inclusive por quien pretende disponer de su propia vida dándole fin en forma voluntaria.

Como es sabido y aceptado por los científicos más prominentes, la vida comienza desde la concepción —ya sea dentro o fuera del seno materno—, lo que hace que debe ser respetada y defendida desde ese mismo momento, dado la dignidad que tiene y le corresponde a toda persona humana por el hecho de constituir un ser que ha sido creado a imagen y semejanza de Dios, así como por tener un fin trascendente al que se encuentra naturalmente destinado. Como ha dicho Mons. Alfredo Zecca, el desconocimiento de la dignidad humana asume formas nuevas y siempre cambiantes y todos tenemos que estar alertas para que la ideología que somete al hombre al poder de otros hombres no impere en nuestras vidas ni en nuestras instituciones. La expansión de una mentalidad materialista, junto con una antropología cerrada a la trascendencia, favorece ciertas formas de degradación de la dignidad humana, al no reconocer que hay principios superiores al propio hombre y a sus leyes positivas.

Debe quedar en claro que cualquiera que sea la situación física o psíquica en la que se encuentre la persona, ésta conserva siempre su dignidad, la que no es susceptible de grados: 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.

El derecho a la vida no puede ser impunemente conculcado ni violado bajo ningún pretexto, debiendo partirse de la base de que, como se afirma en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, *toda persona tiene derecho a la vida*. Y ese respeto que se debe a la vida humana lo es con independencia de la condición en la que se encuentre la persona, de su estado de salud, de su raza y de cualquier otra circunstancia. No depende de una visión religiosa, sino que constituye una expresión de la dignidad y de la igualdad universal que tienen y les corresponde a todas las personas, lo que constituye el fundamento de la convivencia humana.

Ese primero y fundamental derecho a la vida es patrimonio de todo hombre por el solo hecho de serlo, por lo que no puede encontrarse a disposición de la voluntad, mayoritaria o no, de las demás personas. Se ha dicho que sin vida no hay libertad, ni posibilidad alguna de ejercer los derechos naturales que conforman la esencia de la personalidad.

Desde hace ya muchos años distintos Pontífices han venido alertando sobre lo que Juan Pablo II denominó con acierto “la cultura de la muerte”, entre otros documentos, en la Encíclica *Evangelium Vitae*, donde se pone el acento en la necesidad de promover o reactivar una cultura de la vida. En esa Encíclica, en la que se afirma que no es posible construir el bien común sin reconocer y tutelar el derecho a la vida, así como que sólo el respeto a la misma puede fundamentar y garantizar los bienes más preciosos y necesarios de la sociedad, como la democracia y la paz, la Iglesia condena una serie de atentados contra la vida, como son la anticoncepción, la esterilización, el aborto, la procreación artificial, la producción de embriones humanos sujetos a manipulación o destrucción, y la eutanasia.

Muchas otras autorizadas voces han alertado contra la existencia de una política anti-vida, donde se encuentran implicadas inclusive instituciones de carácter internacional orientadas a alentar y programar campañas de difusión de la anticoncepción, la esterilización y el aborto, y que inducen a un sector de la población a perder su capacidad de tener descendencia,

mientras presentan falsamente a las posiciones incondicionales a favor de la vida, como enemigas de la libertad y del progreso de los pueblos.

Desde siempre la Iglesia ha sostenido la defensa de la vida humana desde la concepción hasta la muerte natural; el embrión humano no es un ser humano en potencia, sino que ya lo es realmente, habiéndose afirmado en la Instrucción *Donum vitae* que en el cigoto resultado de la fecundación ya está constituida la identidad biológica de un nuevo ser humano, irrepetible, por lo que debe ser respetado y tratado como persona y se le deben reconocer los derechos de la persona, principalmente el derecho a la vida. A su vez, en la Encíclica *Evangelium Vitae* se recordó que “el absoluto carácter inviolable de la vida humana inocente es una verdad moral explícitamente enseñada en la Sagrada Escritura, mantenida constantemente en la Tradición de la Iglesia y propuesta de forma unánime por su Magisterio... y que la eliminación directa y voluntaria de un ser humano inocente es siempre gravemente inmoral...”

Andorno ha señalado que “las formas de agresión a la persona humana hoy se multiplican, por lo que médicos, técnicos, juristas y legisladores no pueden ceder al utilitarismo que, bajo la seducción de los avances científicos, conlleva la manipulación de la vida humana en aras del progreso irreversible de la ciencia...” Es que como ha destacado la jurista mejicana Juliana González, junto con sus bienes positivos, la ciencia aplicada y la tecnología no siempre son inocuos, puesto que a veces trae aparejados ciertos riesgos y amenazas, en especial cuando la capacidad humana de intervenir en la naturaleza toca los fundamentos mismos de la materia y de la vida.

Existen numerosos supuestos en los que se viola el derecho a la vida, resultando contradictorio el hecho de que justo en una época en la que se proclaman solemnemente los derechos inviolables de la persona y se afirma públicamente el valor de la vida, el derecho a la vida misma queda prácticamente negado y conculcado. A varios de esos supuestos haré seguidamente referencia.

2. El flagelo del aborto

Uno de los casos señalados en la Encíclica *Evangelium Vitae* como demostrativos de la *cultura de la muerte*, es el del aborto, que se encuentra permitido en distintos países en forma indiscriminada en los primeros

meses del embarazo, durante los cuales el feto se encuentra desprotegido y totalmente indefenso.

El aborto, que actualmente se está tratando de implantar a nivel nacional por medio de distintos proyectos presentados en el Congreso y que recientemente la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha admitido en forma indiscriminada en los casos en que simplemente se alega la existencia de una violación —contrariando de tal manera claras normas constitucionales que defienden la vida desde la concepción—, constituye sin duda un abominable crimen, pues se trata de la muerte voluntaria de un ser humano. Por otra parte y como bien ha sostenido Alberto Rodríguez Varela, la violación no justifica el aborto, porque es un principio ético fundamental que un mal no se corrige ni compensa con otro que lo supere.

Y afirmo que el aborto es un crimen, cualquiera que sea el tiempo transcurrido desde la concepción y aún cuando todavía no se encuentre formado el cuerpo de aquel a quien, si se deja desarrollar como corresponde, llegará a nacer al cabo del tiempo del embarazo. En el aborto se viola el derecho a la vida, que existe tanto para quienes se encuentran en el seno materno como fuera de él, como ocurre —en este último supuesto— en el caso de los embriones crioconservados, lo que entraña el deber de respetar esa vida, omitiendo toda acción u omisión que pudiera conducir a la muerte.

Hablar de persona sin nacer significa hablar del hombre, porque si el no nacido no es humano desde un principio, o sea, desde la concepción, jamás podrá llegar a serlo. Carece de sentido sostener que comenzamos nuestra vida siendo un ser que todavía no es humano, por lo cual resulta claro que el respeto a la vida humana se impone desde que comienza el proceso de la generación, no pudiendo negarse el elemental derecho del embrión a vivir, a nacer, a no ser objeto de manipulación ni de experimentación, a no ser crioconservado ni tampoco eliminado.

La crítica al aborto incluye al llamado aborto terapéutico —que de terapia no tiene nada, sino por el contrario—, como también al eugenésico, que nos hace recordar con horror los atroces crímenes del nacionalsocialismo.

Al aborto se llega por distintos motivos, entre los que puedo señalar, en gran medida, la actitud de algunos movimientos de liberación femenina con una visión corrompida y licenciosa de la libertad, prescindente del

orden natural, que ponen en una especie de altar inexpugnable lo que se ha dado en llamar el derecho de la mujer a su propio cuerpo, como si la persona por nacer —en cualquier estadio de desarrollo en el que se halle— formara parte del cuerpo de la madre, o como si no tuviera un código genético único e irreplicable, que la hace distinta a aquélla. También se han invocado razones económicas, sociales o psicológicas, para tratar de justificar la eliminación del ser humano en la etapa inicial de la vida, lo que sugiere que son innumerables las personas en el mundo que han extraviado su conciencia moral, debiendo señalar que, por ejemplo, en España, la principal causa de muerte consiste en el aborto, mediante el cual, según las últimas estadísticas que conozco, se elimina a un niño cada poco más de 6 minutos.

Ya desde antiguo la Iglesia se ha pronunciado en distintos documentos en contra del aborto, sin perjuicio de lo cual, el Santo Oficio decretó en el año 1895 su ilicitud. Más recientemente el Magisterio pontificio se pronunció en igual sentido en distintas oportunidades, como en las Encíclicas *Casti connubii*, del año 1930, *Mater et Magistra*, del Papa Juan XXIII, de 1961, y *Humanae Vitae*, del año 1968 de Pablo VI; así como en la Constitución *Gaudium et spes* del Concilio Vaticano II, o, entre otros documentos, en la Encíclica *Evangelium vitae*. Recuerdo, por último, que en el Catecismo de la Iglesia Católica se afirma que “desde el siglo primero, la Iglesia ha afirmado la malicia moral de todo aborto provocado. Esta enseñanza no ha cambiado; permanece invariable. El aborto directo, es decir, querido como un fin o como un medio, es gravemente contrario a la ley moral”.

3. La procreación artificial

Entre los atentados a la vida, la Encíclica *Evangelium vitae* incluye a los procedimientos de procreación artificial, que Pedro Federico Hooft ha dado en calificar de *revolución biológica*, los que nacieron con la finalidad de superar una situación patológica de esterilidad que impedía concebir hijos por la vía natural, para haber pasado a ser, en la práctica, una forma alternativa de procreación. Dichos procedimientos han sido asimismo utilizados para la investigación y la experimentación con embriones, así como también como una manera de detectar enfermedades o malformaciones en el embrión, ya sea para curarlas, o directamente para eliminarlo, actitud esta última que ha llevado a Jacques Testart a hablar de “perversiones de la FIVET”.

Como bien afirma Catalina Arias de Ronchietto, las técnicas de procreación artificial “desbordan el ámbito de la conducta privada para comprometer el orden público.” Lo que es así por varios motivos, entre otros, porque tienen la capacidad de afectar seriamente o de poner en peligro la vida cuando ésta se encuentra en las primeras etapas de su desarrollo. José Ignacio Cafferata señalaba en el III Congreso Nacional de Derecho Civil, celebrado en la ciudad de Córdoba en el año 1962, que aun la inseminación con semen del marido desvirtúa el cumplimiento normal del acto conyugal, precisamente porque en esa situación no se produce esa “relación íntima que está constituida por dos clases de elementos, el elemento material y el elemento psíquico, porque no se producirán esas reacciones de tipo psíquico que nacen entre los esposos con el cumplimiento del acto conyugal y que son decisivas para la vida matrimonial”.

La fecundación *in vitro* ha llegado a ser calificada de *inmoral*, debido al hecho de que constituye un modo de comenzar a existir no acorde con la dignidad del ser humano, que exige ser fruto de un acto de amor de los padres, y no el resultado de una creación en el laboratorio. Mazzinghi afirma que la fecundación *in vitro* se asemeja a un proceso de fabricación en el que los progenitores concurren con la materia prima —los gametos—, cuya unión en un laboratorio mediante una manipulación técnica se encuentra sujeta a los recaudos propios de la elaboración industrial.

Suele ocurrir que los embriones que no se transfieren a la mujer, se desechan, como podría ser por la selección que se haga de los que se consideren más aptos, o de acuerdo a su sexo, o por la no aceptación por parte de la gestante de la implantación de los embriones crioconservados, o inclusive por el fallecimiento de la madre biológica y la no implantación posterior en otra mujer. Lo cual implica la muerte premeditada de seres humanos, que también se produce en los casos de experimentación sobre embriones, o de la eliminación de uno o más de los transferidos a la mujer, con la finalidad de evitar embarazos múltiples.

En la consideración de las técnicas de procreación artificial no puede dejarse de lado la cantidad de abortos espontáneos producidos con motivo de su aplicación, produciéndose una destrucción masiva de embriones. Eduardo Quintana y Hugo Obiglio, que califican de *ilícita* a la congelación de embriones por resultar atentatoria contra la dignidad de la persona humana al tratarla como un *medio* en lugar de cómo un *fin*, afirman que alrededor del 50% de los embriones se pierden en el proceso de congelación, y sólo el 38% no sufre ninguna afectación aparente.

La fertilización *in vitro* ha llevado a la realización de determinados procedimientos, como el de la congelación o crioconservación de gametos o de embriones, que vulneran la dignidad humana por el hecho de pasar de alguna manera las personas a ser tratadas como si fueran objetos, o como un simple medio, produciéndose de tal forma la cosificación del embrión humano. En la Instrucción *Donum Vitae* se afirma que la congelación de embriones “constituye una ofensa al respeto debido a los seres humanos, por cuanto les expone a graves riesgos de muerte o de daño a la integridad física, les priva al menos temporalmente de la acogida y de la gestación materna y les pone en una situación susceptible de nuevas lesiones y manipulaciones”. Por su parte, Mauro Cozzoli señala que “nadie puede garantizar la integridad física y la misma vitalidad de un embrión congelado a causa de los tiempos y de las modalidades de congelación”.

Como ha sostenido Roberto Andorno, “la criopreservación no es una técnica inofensiva, puesto que más de la mitad de los embriones congelados no sobreviven. Señala asimismo dicho autor que la existencia de bancos de embriones congelados abre las puertas a un eugenismo de insospechadas consecuencias para la especie humana.

No puedo concluir con este tema sin hacer referencia al Proyecto de Reformas a los Códigos Civil y de Comercio, donde en violación a claras normas constitucionales se dispone que los embriones obtenidos por medio de cualquiera de las técnicas de procreación artificial sólo son personas cuando son implantados en la mujer, por lo que hasta tanto ello ocurra —si es que efectivamente ocurre— son considerados como “cosas”, lo que los hace susceptibles de destrucción o manipulación. Ello, aparte de señalar la situación en que se encontrarían los embriones no implantados en la mujer obtenidos con anterioridad a la eventual entrada en vigencia de la Reforma, que de acuerdo a la ley son “personas”, creándose de tal manera una injusta discriminación entre dichos embriones anteriores —que, repito, “son personas”, y como es obvio, no pueden dejar de serlo—, y los obtenidos luego de su entrada en vigencia, que serían “cosas”, no obstante la inexistencia de diferencia ontológica alguna entre ellos.

4. Los diagnósticos preimplantatorio y prenatal utilizados con una finalidad distinta a la de prevenir y curar enfermedades

La fecundación *in vitro* ha sido la puerta de entrada de las nuevas prácticas eugenésicas, realizadas por distintos medios, entre ellos, por los

diagnósticos preimplantatorio y prenatal, habiendo afirmado Michel Schooyans, profesor de la Universidad de Lovaina y uno de los máximos expertos mundiales en la relación entre demografía y desarrollo, que el derecho a la vida tendrá que enfrentarse cada vez más con la tendencia que favorece y justifica la procreación artificial con finalidades eugenéticas.

El diagnóstico preimplantatorio o preimplantacional es el que se efectúa al embrión antes de ser transferido a la mujer en un procedimiento de fertilización *in vitro*, mediante el análisis genético de una o dos células. Tiene como objetivo la constatación de la existencia de anomalías cromosómicas que puedan llevar a que la persona nazca afectada de determinadas enfermedades, o con malformaciones, y si del análisis de la célula se advierte que el embrión tiene esa especie de alteraciones —o inclusive simples predisposiciones genéticas a sufrir en el futuro determinadas enfermedades—, en la inmensa mayoría de los casos, se lo elimina. Lo cual es éticamente inadmisibles, porque lo que se está eliminando no es un objeto, como algunos parecen creer, sino un ser humano. El organismo inglés que regula el uso de las técnicas de fertilización artificial en el Reino Unido, autorizó en el primer semestre de 2006 la práctica del diagnóstico preimplantatorio para descartar embriones con mutaciones en determinados genes. En nuestro país dicho diagnóstico se emplea desde el año 1998 para evitar la herencia genética de determinadas enfermedades. De más está señalar que los embriones afectados por lo general se descartan.

También se utiliza el diagnóstico preimplantatorio para la selección del sexo, así como, tal como ha ocurrido en nuestro país, para seleccionar embriones con la finalidad de, luego de nacidos, realizar trasplantes —generalmente a hermanos—, de lo que resulta la instrumentalización de la persona humana, la cual, con fundamento en una filosofía utilitarista, es tratada como un medio, en lugar de como un fin en sí misma. En ambos casos se suele proceder a la eliminación de los embriones del sexo no deseado, o de aquéllos cuyas células son incompatibles con las del hermano enfermo.

Y en cuanto al diagnóstico prenatal, es el que se realiza al feto antes del nacimiento con la finalidad de detectar la existencia de anomalías o de enfermedades genéticas. De lo que en definitiva se trata en la mayor parte de los casos, es de hacer una especie de *control de calidad* del feto; o sea, lo mismo que lo que se hace en las fábricas con respecto a cualquier

producto industrial. La experiencia demuestra que cuando de ese análisis resulta la afectación que se tiene la intención de evitar, surge el peligro cierto —en especial, cuando no se conoce una terapia para esa enfermedad o defecto— de que se decida eliminar al embrión o al feto, debido a la circunstancia de ser la capacidad de *predicción* diagnóstica en materia de enfermedades genéticas, mayor que la de *intervención* terapéutica para tratar de evitar el desarrollo futuro de una determinada enfermedad. En ese sentido, Daniel Soutullo ha destacado que el diagnóstico prenatal seguido del mal llamado *aborto terapéutico* (o eugenésico) constituye en la actualidad el método más utilizado para evitar la manifestación de enfermedades genéticas.

5. La esterilización

Otro de los atentados contra la vida —en este caso, de la vida futura—, es la esterilización, tanto de hombres como de mujeres, que en la Encíclica *Evangelium Vitae* ha sido considerada con razón como un “atentado a la vida”, la que consiste en una “intervención o procedimiento, generalmente quirúrgico, que ocasiona la pérdida de la capacidad genésica en la persona que la sufre, sin extirpación o ablación de sus órganos sexuales, esto es, manteniendo incólume su capacidad para copular”.

La esterilización conlleva anexa una concepción utilitarista del hombre, al que considera como una especie de hombre-cosa al que se puede instrumentalizar para el logro de fines extrapersonales, lo que es contrapuesto a la concepción personalista de la persona humana, que le confiere a ésta un valor por sí misma, en razón de la dignidad ínsita a todo ser humano por ser tal. Se ha señalado que el corolario de la concepción utilitarista es el principio de disponibilidad del ser humano, que en el utilitarismo individual hedonista viene dado por el consentimiento del sujeto, en cuyo nombre se legitima una política de total liberalización ya sea del aborto, de la droga, de la esterilización, del transexualismo, de la eutanasia, de la inseminación artificial, del alquiler del claustro materno, del suicidio, etc.

La esterilización comenzó a aplicarse en cierta escala en distintos países desde comienzos del siglo XX, tanto en los Estados Unidos de América como en otros lugares del mundo, donde muchos pensaban que la delincuencia podía ser transmitida por herencia. Se ha dicho que al llegar el año 1949, el número de esterilizaciones en los Estados Unidos alcanzaba a poco más de 50.000, entre las cuales había una importante proporción

de personas de origen afroamericano, lo que ha llevado a sostener la existencia de motivaciones racistas.

También en Canadá, así como en los Estados escandinavos: Dinamarca, Suecia, Finlandia y Noruega, se dictaron leyes por las cuales se permitió la esterilización de personas con deficiencia mental, o de quienes eran considerados anormales. En Suecia se esterilizaron personas contra su voluntad, invocándose que era para el bien de la sociedad. En Estonia y Letonia se permitió la esterilización de los enfermos mentales hereditarios o adquiridos, así como de otras personas consideradas anormales. Actualmente, tanto en Francia como en Italia se permite la esterilización voluntaria, admitiéndose en distintos cantones suizos la esterilización de personas incapaces para discernir, lo que se realiza bajo determinadas reglas.

En los años 1954 y 1976 se realizaron distintas campañas masivas de esterilización en la India, habiéndose producido en el Perú en la década de 1990 un programa de planificación familiar que incluía la esterilización forzosa, por aplicación del cual habrían sido esterilizadas una cantidad cercana a las 280.000 personas. Lo mismo ha ocurrido en Colombia.

Pero fue en la Alemania de los años 30 donde las ideas eugenésicas, con fundamento principal en la pretendida superioridad de la raza aria, fue llevada casi diríamos al extremo, habiéndose llegado inclusive al genocidio, al que muchas veces puede conducir el pensamiento eugenésico. Carlos Mosso ha afirmado que el mito de la raza superior de la ideología nacional-socialista tal vez constituye la versión más sofisticada del desprecio del hombre por el hombre. Como ha señalado John I. Flemming, el principio de la *supervivencia de los más capaces* admitido por la teoría de la evolución, fue utilizado para justificar la búsqueda de la pureza e higiene raciales como imperativos biológicos, con la ayuda de determinadas políticas represivas que practicaban la esterilización, la eutanasia, el aislamiento de los que eran calificados como indeseables, y el fomento de las uniones de aquellos considerados como personas superiores. En el año 1933 se dictó en Alemania la denominada “Ley para prevenir la procreación de hijos con enfermedades hereditarias”, en la cual se contemplaba la esterilización para determinados supuestos, habiéndose esterilizado hasta el año 1937 alrededor de 350.000 personas —la mayor parte de ellas en forma coercitiva—, a las cuales se consideraba como indeseables por diversos motivos.

En nuestro país, la ley 26.130, en vigencia desde el mes de septiembre de 2006, garantiza el acceso a las ligaduras de trompas y a las vasectomías a las personas mayores de edad y capaces (para los declarados incapaces se requiere la autorización judicial), habiéndose dictado leyes de anticoncepción quirúrgica en varias provincias.

A mi juicio y salvo supuestos de excepción, la esterilización no constituye una acción terapéutica, por cuanto no previene una futura enfermedad, sino un futuro embarazo, lo que no constituye precisamente una enfermedad, sino por el contrario, pudiendo afirmarse que al dañar la salud de quien se somete a ella, es un procedimiento violatorio del derecho a la integridad física de la persona y al desarrollo de su personalidad, como también a su autonomía y dignidad. Como bien ha dicho Monseñor Jorge Luis Lona, ex Obispo de San Luis, “la esterilización es el más extremo y absoluto de los métodos anticonceptivos. No es una mutilación del cuerpo solamente. Queda mutilada toda la persona y su proyecto de vida. No hay libertad en la destrucción, sino en ejercer la sexualidad sin atentar contra la dignidad e integridad individuales”.

La doctrina de la Iglesia es muy clara en cuanto a que la esterilización es, como principio general, reprobada por contraria a la ley natural, sea que se la practique por motivos eugenésicos, jurídicos, sociales o económicos, lo que fue explicitado en numerosos documentos del Magisterio.

6. La eutanasia

Lamentablemente, la llamada “cultura de la muerte” —denominación a la que ya había hecho referencia el premio Nobel de Literatura Alexander Solzenitzin en una disertación pronunciada en el año 1978 en la Universidad de Harvard, al referirse al aborto— no concluye con los supuestos hasta aquí vistos, debiendo asimismo mencionar otra situación que se va extendiendo por el mundo en una forma ciertamente preocupante: la eutanasia, que consiste en la muerte intencionada de una persona por otra, por acción o por omisión, provocada por lo general —aunque no siempre— por compasión o por piedad, ante el sufrimiento de la persona que pide que se la mate, consistiendo el hecho central, por más que se lo pretenda disimular, en que en forma consciente y deliberada, un ser humano da muerte a otro porque considera que por no ser plena, la vida de este último no merece ser vivida.

Varias son las circunstancias que han influido en el resurgimiento actual de las ideas eutanásicas, pudiendo por de pronto afirmarse que constituye una consecuencia de la mentalidad resultante de leyes que han llevado a un límite mínimo el aprecio por la vida humana.

Los partidarios de la eutanasia fundamentan ese pretendido derecho ya sea a morir o a dar muerte a otro, en la autonomía y en la libertad de la persona, lo que es manifiestamente erróneo. El principio de autonomía personal no puede entenderse como si tuviera un valor absoluto, por cuanto cuando choca con el valor vida, el derecho le otorga preeminencia a ésta, aun cuando ello no depende de un reconocimiento legal. Una vida es valiosa en forma independiente de la voluntad que tenga su titular de seguir viviendo, y este valor excede a la persona y se proyecta sobre la sociedad. La vida no es valiosa sólo porque *yo la quiero* ni *sólo para mí*, sino que es valiosa en sí misma, *para mí*, pero también para *el prójimo*. Es que en la conservación de la vida humana no sólo existen intereses individuales, sino también sociales, no pudiendo prevalecer los unos sobre los otros.

Domingo Basso ha dicho que el término eutanasia, entendido sólo como *muerte dulce*, “es un eufemismo para enmascarar una realidad tan ruda y reprobable cual es el homicidio”, habiéndosela actualmente legalizado en distintos países, como en Holanda, Bélgica y Luxemburgo, así como también en nuestro país, en la Provincia de Río Negro y asimismo a nivel nacional mediante la modificación de la ley 26.529 sobre Derechos del paciente, al permitir a estos últimos renunciar a la alimentación y a la hidratación, lo que lleva a una muerte segura.

La Iglesia se ha pronunciado en distintos documentos contra la eutanasia, debiendo recordar, entre otros, la Encíclica *Gaudium et spes*, en la que se la condena junto con el aborto y el suicidio, constituyendo esos actos homicidios que “son en sí mismos infamantes, degradan la civilización humana, deshonran más a sus autores que a sus víctimas y son totalmente contrarios al honor debido al Creador”. A su vez, en la Declaración *iura et bona* sobre la eutanasia, de la Sagrada Congregación para la Doctrina de la Fe, se sostuvo que “nada ni nadie puede autorizar la muerte de un ser humano inocente, sea feto o embrión, niño o adulto, anciano, enfermo incurable o agonizante. Nadie además puede pedir este gesto homicida para sí mismo o para otros confiados a su responsabilidad ni puede consentirlo explícita o implícitamente”. “La opción de la eutanasia —se

afirmó a su vez en la Encíclica *Evangelium Vitae*— es más grave cuando se configura como un *homicidio* que otros practican en una persona que no la pidió de ningún modo y que nunca dio su consentimiento. Se llega además al colmo del arbitrio y de la injusticia cuando algunos, ya sea médicos o legisladores, se arrojan el poder de decidir sobre quién debe vivir o morir... Cuando el hombre usurpa este poder, dominado por una lógica de necedad y de egoísmo, lo usa fatalmente para la injusticia y la muerte. De este modo, la vida del más débil queda en manos del más fuerte; se pierde el sentido de la justicia en la sociedad y se mina en su misma raíz la confianza recíproca, fundamento de toda relación auténtica entre las personas”.

El ser humano moribundo debe ser más que nunca respetado en su dignidad ontológica y moral, lo que exige que se proteja su vida precisamente cuando se encuentra en su condición más débil y amenazada. La eutanasia constituye una acción reveladora del profundo desprecio por la dignidad de la persona, que se ve avasallada cuando es eliminada en forma deliberada por otro ser humano, sea que ocurra con o sin su consentimiento.

El abandono del principio de la indisponibilidad de la vida humana podría llevar, más tarde o más temprano, al principio opuesto, de la disponibilidad absoluta de la misma. Conocido es el argumento de la pendiente resbaladiza, sin duda aplicable al caso, del que resulta que una vez transgredido el principio de no matar, nada impide que por cualesquiera razones, ya sean económicas, políticas o de cualquier otra índole, se amplíen las excepciones a otros casos distintos no comprendidos en un comienzo dentro de lo permitido, llegándose de tal manera hasta inclusive a la eutanasia contra la voluntad del paciente, como ha ocurrido no sólo en Holanda, sino también en otros países.

El consentimiento de la persona no legitima la intervención sobre su vida cuando dicha intervención supera los límites de la salvaguarda de la misma, por ser irrenunciable el principio de la intangibilidad de la vida humana. Es que si la libertad, el honor, la educación, son bienes irrenunciables, con mayor razón aún lo es la vida humana, que está menos aún a nuestra disposición que la libertad misma.

La eutanasia consiste en un acto de falsa piedad hacia el que sufre, puesto que la verdadera solidaridad consiste en prestarle asistencia a ese ser, en lugar de eliminarlo, no pudiendo ser considerada como una acti-

tud piadosa, sino exactamente lo contrario, puesto que al ser practicada, se va contra las reglas de la naturaleza y, por tanto, contra la ley natural. La eutanasia constituye, en realidad, una hipocresía y una falsa conmiseración, al buscar el camino más cómodo, fácil y egoísta para resolver los problemas del enfermo, puesto que en lugar de sacrificarse con éste y darle los cuidados necesarios, dedicándole tiempo, afecto y contención, se lo elimina, muchas veces por comodidad o para evitar el sufrimiento propio.

La verdadera piedad y compasión no es la que quita la vida, sino la que la cuida hasta que sobreviene su final natural; la verdadera compasión hace solidarios con el dolor de los demás, en lugar de eliminar a la persona cuyo dolor no se puede soportar. La eutanasia no aporta una verdadera solución al problema del sufrimiento humano, sino que, más bien, lo esquivo, porque pretende eliminar el dolor exterminando a quienes lo sufren, por lo que sólo una “ética del buen cuidado” —mediante los denominados cuidados paliativos— se presenta como una opción válida a los dos criticables extremos de la eutanasia y del ensañamiento terapéutico.

7. Colofón

En todos los casos hasta aquí señalados se deja de lado el respeto que merece toda vida humana, cuyo carácter inviolable hace que deba ser protegida desde la concepción hasta la muerte natural. Ello ha llevado a la denominación más arriba recordada de “cultura de la muerte”, que en el mundo actual se ha expandido con una virulencia tal, que bien puede decirse que constituye un drama que debemos combatir con todas nuestras fuerzas, promoviendo, en cambio, una “cultura de la vida”.◆

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 Alfonso Santiago, quien fue elegido por sus pares, miembro titular de esta Corporación.

Sucede al doctor Julio César Otaegui, con motivo de su nombramiento como académico emérito, en el sitial cuyo patrono es Estanislao Zeballos.

El discurso de recepción estará a cargo del académico Jorge Reinaldo Vanossi que, con su habitual seriedad y expresión sincera de sus sentimientos, exhibirá el auténtico relieve de la personalidad del doctor Santiago.

La designación del doctor Santiago es consecuencia de la valoración que han hecho los académicos de sus altos méritos intelectuales y éticos puestos de manifiesto en la cátedra universitaria, en las obras de su autoría y en el desempeño de diversas funciones con la excelencia propia de quien procura satisfacer el bien común.

Doctor Santiago, con la certeza que mantendrá vivo el ideal que inspiró a quienes nos precedieron, le doy la más cordial bienvenida poniendo en sus manos el diploma que así lo acredita como miembro de esta Academia.◆

(*) Palabras del Académico Presidente en la apertura del acto público de incorporación del Académico titular Alfonso Santiago, el 11 de octubre de 2012.

DISCURSO DE RECEPCIÓN

POR JORGE R. VANOSSI (*)

Me toca ahora el alto honor de asumir la noble tarea de presentación del Doctor Alfonso Santiago, que hoy se incorpora en acto estatutario y con la debida solemnidad al seno de esta corporación, en carácter de Miembro de número y Académico Titular de Derecho y Ciencias Sociales. Nacido en 1962, queda ameritado el medio siglo de vida de Alfonso Santiago, con la sola mención de la relevancia de sus notables antecedentes, que componen los rasgos propios de toda una gran trayectoria en el mundo de la ciencia jurídica.

Proveniente de un hogar ejemplar, se inició en las aulas del Colegio Esquiú para luego cursar sus estudios secundarios en el señero Liceo Naval Militar Almirante Brown donde obtuvo la medalla de oro al mejor promedio de las materias académicas.

Ingresó a la Facultad de Derecho de la UBA en 1981 y se graduó en 1986, con el elevado promedio de 9,31; habiendo sido abanderado de esta casa de estudios e integrante de la Comisión de Redacción de la Revista “Lecturas y Ensayos”.

Desde que se recibió de Abogado desarrolló su actividad profesional principalmente en el ámbito universitario, realizando las tareas de docencia, investigación y de gestión que son propias de la vida académica. De

(*) Discurso de recepción del Académico Alfonso Santiago en la sesión pública del 11 de octubre de 2012.

modo complementario llevó a cabo tareas de asesoramiento a distintos gobiernos e instituciones.

Estimamos justo y necesario poner de relieve los rasgos más destacados de su nutrida actuación y producción en el campo de la ciencia jurídica:

I) Labor científica desarrollada

El área de su trabajo científico ha sido desde un comienzo el Derecho Constitucional Argentino y, en particular, los temas correspondientes a la parte orgánica de esta área del conocimiento jurídico.

En el año 1983 había cursado la materia Derecho Constitucional II en la carrera de Abogacía en la Facultad de Derecho de la UBA en la cátedra a mi cargo. Allí nació una progresiva y fraterna amistad, que se acrecentó luego de aprobar la materia y al incorporarse a partir de 1984 como ayudante en esa cátedra, en la que permaneció hasta 1989 cuando pasó a desempeñarse como profesor adjunto del Dr. Sagüés. Allí permaneció hasta 1995, en que concentró su actividad universitaria en la Facultad de Derecho de la Universidad Austral.

Al terminar su carrera en el año 1986 se sumó como investigador al Instituto de Teoría del Estado y Derecho Público Arturo Sampay, institución que venía realizando diversos trabajos científicos en vista a una posible reforma constitucional, investigando particularmente el tema de “Los acuerdos políticos como base de la reforma constitucional”.

Concentró luego su atención en el estudio de la actuación de la Corte Suprema argentina, especialmente en la función política que desempeña como órgano que coparticipa del gobierno federal argentino. Como fruto de esas investigaciones, entre fines de 1993 y comienzo de 1994, publicó varios trabajos sobre estos temas en la Revista La Ley y otro en el Anuario de Derecho de la Universidad Austral:

- *La Corte Suprema, sus funciones y el control constitucional.*
- *Entre la eficacia y el control del poder político: un trascendente fallo de la Corte Suprema sobre delegación legislativa.*
- *La Corte de los nueve (Principales fallos institucionales 90-93).*

En base a estos artículos, presentó su proyecto de tesis doctoral en la Facultad de Derecho de la UBA sobre el tema “La función de control político de la Corte Suprema en el sistema político argentino y sus posibles modelos institucionales”, que desarrolló entre 1993 y 1996 bajo la dirección del Dr. Néstor P. Sagüés. Obtuvo la máxima calificación en la defensa de la tesis a fines de 1997, la que luego fue publicada bajo el título *La Corte Suprema y el control político*.

Con posterioridad a la culminación del Doctorado, sus trabajos de investigación se han centrado en las siguientes cuatro áreas temáticas:

1) Función política e historia de la Corte Suprema argentina

Al haber realizado en la tesis doctoral un estudio sistemático de la función de la Corte Suprema, ha desarrollado posteriormente investigaciones desde una perspectiva histórica complementaria a la anterior con el fin de examinar cuál ha sido la actuación de nuestro más alto tribunal a lo largo de casi un siglo y medio de existencia desde su primera integración en 1863. Entre esos trabajos cabe mencionar los siguientes:

- *La Corte Suprema desde el Pacto de Olivos hasta nuestros días, Principales fallos institucionales (1993-1999)*.
- *La Corte Suprema y la defensa de las prerrogativas del Poder Judicial*.
- *El concepto de bien común en la jurisprudencia de la Corte Suprema*.
- *Un progresivo cambio de paradigma jurisprudencial: de las cuestiones políticas no justiciables a las facultades privativas íntegramente controlables y parcialmente revisables*.
- *La historia de la Corte Suprema de Justicia, Lineamientos y fuentes para su estudio*.

Pasó a dirigir en el ámbito de la Universidad Austral una investigación conjunta de diez constitucionalistas e historiadores del derecho sobre la “Historia de la Corte Suprema argentina” para concluir con la publicación de una obra colectiva en la que los distintos autores desarrollan, en base a pautas metodológicas comunes, cada una de las doce etapas en la que se ha dividido los años de la historia de nuestro más alto tribunal.

2) Fundamentos antropológicos, políticos e iusfilosóficos del Derecho Constitucional

Otra línea de investigación que ha seguido es la relación entre las instituciones constitucionales y sus fundamentos antropológicos, políticos y filosóficos, preguntándose: ¿cuáles han sido las concepciones de fondo que han estado presentes de modo predominante en el texto constitucional y, fundamentalmente, en la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina? Sobre este punto ha publicado los siguientes libros y artículos:

- *Bien común y Derecho Constitucional.*
- *En la fronteras entre el Derecho Constitucional y la Filosofía del Derecho.*
- *La relación entre Derecho Natural y Derecho Positivo en el sistema constitucional argentino.*
- *El proyecto político de la Constitución Nacional de 1853.*
- *El techo ideológico de la Constitución Argentina.*
- *La cláusula constitucional del desarrollo humano*, en Jorge Horacio Gentile (Director), *La Persona Humana y el Bien Común*, Alveroni Ediciones, Córdoba, 2012.
- *Constitucionalismo y Bicentenario hispanoamericano. Normatividad constitucional y realidad social: el pensamiento de Juan Bautista Alberdi y la experiencia histórica argentina*; trabajo publicado en la revista *Rechtsgeschichte* del Instituto Max-Planck de Historia del Derecho Europeo, Frankfurt, Alemania, 2010.
- *Religión y política.*

3) Régimen constitucional de la potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo, en especial de la delegación legislativa

La relación entre la ley y el reglamento, la determinación de los ámbitos del Poder Legislativo y del Poder Ejecutivo en el ejercicio de la función legislativa, es una cuestión clave del gobierno de las modernas democracias constitucionales y muy particularmente en nuestro país. A este tema le

ha prestado una particular atención a lo largo de los últimos años. Fruto de esas investigaciones, son los siguientes libros y artículos; algunos en coautoría o componentes de tratados y obras de derecho constitucional:

- *Tratado sobre la delegación legislativa*. Obra escrita en coautoría con el Dr. Valentín Thury Cornejo y la colaboración especial del Dr. Juan José Galeano.
- *Entre la eficacia y el control del poder político: un trascendente fallo de la Corte Suprema sobre delegación legislativa*.
- *La delegación legislativa en la reforma constitucional de 1994*.
- *Delegación legislativa y legislación delegada en la cláusula transitoria octava*.
- *Algunas precisiones sobre el nuevo régimen constitucional de la delegación legislativa: la delegación de segundo grado*.
- *La delegación legislativa en el caso Provincia San Luis*.
- *La delegación legislativa en la reciente práctica institucional argentina*.
- *Ante una nueva ratificación de las delegaciones legislativas preexistentes a la reforma constitucional de 1994: ¿La tercera será la vencida?*
- *Los ámbitos de la ley y del reglamento en la regulación de las cuestiones electorales. A propósito de la ley 25.611 y sus decretos reglamentarios*.
- *Comentarios iniciales a la ley 26.122. El control del Congreso sobre la actividad normativa del Poder Ejecutivo*.
- *Régimen constitucional de los reglamentos ejecutivos*.
- *La promulgación tácita y parcial de las leyes por el Poder Ejecutivo, comentario al art. 80 de la CN*.
- *Supremacía constitucional y primacía normativa*.
- *Tormenta de verano. Los fallos sobre los decretos referidos al BCRA. Relaciones recíprocas entre el control legislativo y el control judicial*.

- *El llamado decreto "simple" para el pago con reservas del BCRA a organismos financieros internacionales. ¿Qué clase de decreto es el 297/10?*
- *El control legislativo y judicial de la promulgación parcial de las leyes. A propósito del decreto 2004/09.*
- *Valiosas y oportunas definiciones de la Corte Suprema sobre el control judicial de los DNU. Comentario al fallo "Consumidores Argentinos".*

Estas dos decenas de trabajos son puntos de referencia habitual en el estudio del régimen constitucional de la delegación legislativa en nuestro país y han recibido una excelente acogida por parte de la doctrina. Pero además de ello, es justo destacar que sus textos exhiben un estilo diáfano, sin circunloquios, como también es su clara verba: una locuacidad reflexiva y convincente, que se apoya en fundamentos y rehuye de los aspavientos.

4) La responsabilidad política de los magistrados judiciales

La puesta en marcha a partir del año 1999 del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados y los numerosos procesos de responsabilidad política que tramitaron en los últimos años, tanto ante ese órgano constitucional como ante el Congreso de la Nación, le ofrecieron la oportunidad de poder examinar en profundidad el régimen constitucional de la responsabilidad política de los magistrados judiciales. En los últimos años estuvo dedicado al estudio de esta problemática, habiendo publicado otros dos libros y varios otros artículos y dirigido una importante obra colectiva destinada a estudiar los distintos sistemas de responsabilidad judicial. Entre las publicaciones sobre esta materia (otra decena más) cabe mencionar las siguientes:

- *Grandezas y miserias en la vida judicial, El concepto de mal desempeño como causal de remoción de los magistrados judiciales.*
- *Régimen constitucional de la responsabilidad política de los magistrados judiciales; este trabajo que forma parte de la obra colectiva "La responsabilidad judicial y sus distintas dimensiones", realizado bajo su dirección y con la participación de otros 16 coautores, Ed. Abaco, Bs. As., 2006.*

-
- *La responsabilidad de los magistrados judiciales por el contenido de sus sentencias.*
 - *El concepto de mal desempeño como causal de remoción de los magistrados.*
 - *La emergencia institucional: el estado permanente de juicio político a la Corte Suprema.*
 - *La revisabilidad de los fallos del Jurado de Enjuiciamiento según la jurisprudencia de la Corte Suprema: el caso Brusa.*
 - *El sorpresivo final del primer proceso de remoción a un juez porteño.*
 - *La responsabilidad penal por el contenido de sentencias. Los casos sobre prevaricato del juez español Baltasar Garzón.*

El material elaborado sobre la responsabilidad política de los jueces ha sido utilizado y citado en numerosas ocasiones en fallos del Jurado de Enjuiciamiento y de otros tribunales nacionales y provinciales, como así también en varios trabajos científicos que han tratado sobre esta materia.

Sobre estos cuatro grandes temas del derecho constitucional argentino Alfonso Santiago ejerció la docencia exponiéndolos en cursos de grado y de posgrado de la Universidad Austral y de otras casas de estudios; publicando seis libros y más de 50 trabajos de investigación en revistas jurídicas especializadas, además de coordinar tres obras colectivas; dirigir 20 tesis de Maestría; intervenir en mesas evaluadoras de tesis doctorales; dictar clases y conferencias en decenas de instituciones públicas de nuestro país y del extranjero, como la Defensoría del Pueblo de Bolivia, el Colegio de Abogados de La Paz y el Centro de Estudios Judiciales para las Américas (CEJA) con sede en Santiago de Chile. Estudioso infatigable, nuestro novel académico elaboró informes de asesoramiento académico que sirvieron de base para reformas constitucionales, proyectos legislativos y presentaciones judiciales; y varios de los trabajos han sido citados en fallos judiciales, proyectos de leyes y trabajos científicos, en el país y en el exterior.

II) Labor directiva universitaria

A partir de 1987 dedicó parte importante de su trabajo profesional a la puesta en marcha del Instituto de Investigación y Posgrado del Centro

Universitario de Estudios (CUDES), que a partir de 1991 se transformó en Facultad de Derecho de la Universidad Austral. Entre 1987 y 1991 fue Subdirector del mencionado Instituto de Investigación y posgrado; y a partir de 1991 y hasta 1999 fue Vicedecano de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral. Durante todos estos años participó activamente en el diseño y puesta en marcha de ocho carreras universitarias en el ámbito jurídico, una de grado y siete de posgrado: la carrera de Abogacía, el Master en Derecho Administrativo, el Master en Derecho Empresario, el Master en Derecho y Magistratura Judicial, la carrera de Especialización en Derecho Tributario, la carrera de Especialización en Derecho Penal, la carrera de Especialización en Derecho de los Servicios Públicos y el Doctorado en Derecho; sumatoria ésta que equivale a toda una proeza. También participó en el armado del proyecto académico de la Facultad de Derecho, el diseño y reglamento de la carrera docente y el diseño y ejecución de una metodología innovadora en la enseñanza jurídica, tanto en el ámbito del grado y del posgrado, mediante la utilización de metodologías de enseñanza jurídica activas, participativas, críticas y prácticas, principalmente el método de casos.

Desde 1995 integró la Comisión Directiva de la Asociación Civil de Estudios Superiores (ACES), que de acuerdo con los Estatutos de la Universidad Austral tiene la responsabilidad final en su gobierno. Como integrante de este órgano directivo participó activamente en el estudio, diseño y ejecución del proyecto de campus universitario en el partido de Pilar, en el que próximamente se comenzarán a dictar las carreras de grado que hoy ofrece la Universidad. El desempeño de estas funciones directivas le permitió profundizar en los temas centrales del gobierno universitario: conformación del claustro de profesores de las distintas unidades académicas; plan de carrera y desarrollo docente; fomento de la investigación; mejora continua de la calidad y metodologías de enseñanza; importancia del desarrollo de una infraestructura universitaria adecuada; gobierno y gestión administrativa de cada facultad y de la Universidad en su conjunto; relaciones internacionales e institucionales con los distintos actores de la vida universitaria; y muchas iniciativas más que tan solo la experiencia, sumada a la humildad y la paciencia, adornan dotes tan preciados de la sabiduría.

A partir del 1 de febrero de 2011 ha sido ungido Vicerrector Académico de la Universidad Austral, ocupándose principalmente de la dirección académica del cuerpo de profesores, a la acreditación y mejora continua

de las carreras de grado y posgrado que ofrece la Universidad y al fomento de la investigación.

III) Principales tareas de asesoramiento jurídico

Más allá del número de estos aportes del prolífico y polifacético Dr. Alfonso Santiago, cabe destacar la calidad y el nivel de algunos asesoramientos brindados a través del caudal de su conocimiento:

- Asesoramiento a Fiscalía de la Pcia. de San Luis en la demanda por la pesificación de sus depósitos bancarios en el año 2002, que fue acogida favorablemente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación;
- Asesoramiento a la Convención Constituyente de Santiago del Estero del año 2005;
- Asesoramiento a la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires en la demanda por conflicto de poderes del año 2010, resuelto favorablemente por el Tribunal Superior de Justicia de la CABA;
- Integrante de la Comisión Técnica creada por el art. 3 de la ley 26.519 para asesorar al Congreso de la Nación en materia de las delegaciones legislativas preexistentes a la reforma constitucional de 1994.

Señoras y Señores:

Mucho más se podría sumar a la fecunda producción que ofrece la fecunda vida del Doctor Alfonso Santiago.

Esta es en prieta síntesis, la mención de los datos que legitiman la tan honrosa distinción conferida, ya que a partir de ello tenemos la plena seguridad que contribuirá a enriquecer el acervo de los bienes culturales que dignifican las Academias.

El Doctor Alfonso Santiago llega hoy a la cúspide académica, al cabo de pertenecer de antigua data al Instituto de Derecho Constitucional de esta Academia al que se incorporó en el año 2003; del mismo modo que forma parte de la membresía del Instituto de Política Constitucional de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas a partir del año 2005.

Viene hoy a tomar posesión ceremonial del sitial que porta el nombre de todo un estadista que brilló en la historia argentina por su doble con-

dición de la razón y de la pasión, con las que impregnó a toda su vida: Estanislao Ceballos. Escucharemos pues el discurso del beneficiario que recoge la tradición de aquellos prohombres de la Patria, estirpe que no deberá desaparecer. Y lo afirmo, con la certeza de que Alfonso Santiago es un fiel cultor de un estilo —y no sólo en el área del derecho constitucional—, que no se deja sorprender por los caprichos voluntaristas de la moda irreverente del relativismo ni la tentación al desapego por las instituciones.

Estamos pues ante un jurista, sólidamente formado; y, lo que corresponde, es que le demos la palabra.◆

EL PRIMER SIGLO Y MEDIO DE LA CORTE SUPREMA ARGENTINA. LA IMPORTANCIA DEL ESTUDIO DE SU HISTORIA PARA LA CIENCIA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

POR ALFONSO SANTIAGO (*)

Sr. Presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales,
Académico Dr. Gregorio Badeni

Sr. Presidente de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas,
Académico Dr. Jorge Reinaldo Vanossi

Sres. Académicos aquí presentes

Colegas, magistrados, familiares y amigos

Siento una profunda alegría personal por el acontecimiento que hoy estoy viviendo. A lo largo de mi vida académica he podido disfrutar muchos otros momentos de satisfacción y plenitud personal, varios de ellos recientemente evocados por el Académico Dr. Jorge Vanossi en su muy generosa presentación.

Sin embargo, ninguno de ellos alcanzó en mí la resonancia interior que se produjo cuando el Académico Dr. Gregorio Badeni, Presidente de esta

(*) Disertación pronunciada por el Académico, en oportunidad de su incorporación a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión pública del 11 de octubre de 2012.

Academia, me transmitió la noticia de mi incorporación a este destacadísimo claustro de la ciencia jurídica argentina.

Ocupar un sitio de esta Academia de la que han formado parte un Premio Nobel de la Paz, el Académico Dr. Carlos Saavedra Lamas; dos Presidentes de la Nación, los Académicos Dres. Figueroa Alcorta y Castillo; trece jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación; y los más destacados juristas de las distintas disciplinas jurídicas argentinas a lo largo del siglo pasado y del presente, es un don que considero inestimable.

Tengo el profundo gozo de compartir las sesiones de la Academia con muchos de quienes han sido mis maestros y profesores y cuyas obras fueron los textos en los que me nutrí durante los años de mi formación universitaria. Cursé Derecho Político en la cátedra del Académico Dr. Alberto Rodríguez Varela; Derecho Constitucional I en la del Académico Dr. Alberto Rodríguez Galán; Derecho Constitucional II en la del Académico Dr. Jorge Vanossi; Derecho Administrativo en la del Académico Dr. Juan Carlos Cassagne; Derechos Reales con el Académico Jorge Alterini; el Académico Dr. Eduardo Aguirre Obarrio, fallecido hace un año atrás, fue mi profesor de Derecho Penal II, y no quisiera dejar de nombrar tampoco al Académico Dr. Julio Cueto Rúa, quien fue mi profesor en Introducción al Derecho y quien sembró en mi la inquietud por la utilización del método del caso como modo complementario de la enseñanza jurídica. Junto a ello, me he enriquecido con la lectura de las obras de Derecho Constitucional del Académico Segundo Linares Quintana, maestro de los constitucionalistas argentinos; de Historia del Derecho del Académico Dr. Víctor Tau Anzoátegui; de Derecho Procesal del Académico Dr. Enrique Falcón; de Derecho Tributario del Académico Dr. Horacio García Belsunce; de Derecho de la Navegación del Académico Dr. José Ray y de los libros y artículos de los demás miembros actuales y pasados de este distinguidísimo cuerpo. El Académico Dr. Fernando Barrancos y Vedia integró el tribunal examinador cuando comencé mi carrera docente en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en 1986. El Dr. Jorge Vanossi fue Titular de la cátedra de Derecho Constitucional II a la que sumé en 1986 e integró a fines de 1997, junto con los Dres. Horacio Sanguinetti y Carlos Colauti, el Jurado de mi tesis doctoral, que fuera dirigida por el Académico correspondiente Dr. Néstor P. Sagüés. Al Académico Dr. Gregorio Badeni, Presidente de esta Academia, le estaré siempre reconocido por las enseñanzas recibidas, por su ejemplo y hombría de bien y por la confianza que continuamente me ha mostrado y que espero no defraudar.

En estos sentidos recuerdos, no puedo ni quiero dejar de mencionar al Académico Dr. Juan Aguirre Lanari, quien siendo Director del Instituto de Derecho Constitucional de esta Academia, en el año 2003 me invitó a participar de sus reuniones. He disfrutado de esos encuentros mensuales durante los últimos diez años, bajo la coordinación de la siempre atenta y servicial Dra. Beatriz Alice. A los integrantes del Instituto de Derecho Constitucional de esta Academia que hoy me acompañan, vaya el agradecimiento por todos los aportes que me han brindado durante todos estos años.

Por todos estos motivos guardo hacia todos y cada uno de los integrantes de quienes hoy forman parte de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales, profundos sentimientos de estima, reconocimiento y veneración.

Y si este es el momento de la gratitud, no puedo dejar de expresar mi más sincero y personal agradecimiento a mis padres, a mis hermanos y cuñados, a mis sobrinos y a todos mis familiares que siempre me han brindado su afecto y cariño; también a las autoridades, profesores, personal, alumnos y graduados de la Universidad Austral, alma mater a la que he dedicado mis mejores esfuerzos académicos y que me ha brindado incalculables posibilidades de crecimiento personal y científico. También a quienes me acompañan a diario haciendo más humana y atractiva mi existencia y a todos mis amigos. Finalmente a Dios, que no sólo es fuente de razón y justicia como reza el Preámbulo de nuestra Constitución, sino origen y causa de todos los bienes que enriquecen mi vida y la de todos quienes estamos aquí hoy presentes.

I. Evocación de la memoria de Estanislao Zeballos

Corresponde ahora evocar la memoria del Académico Estanislao Zeballos, cuyo célebre nombre lleva el sitial que voy a ocupar en esta corporación.

Estanislao Severo Zeballos, nació en Rosario, Pvcia. de Santa Fe el 27 de julio de 1854 y falleció en Liverpool, Inglaterra, el 4 de octubre de 1923 a la edad de 69 años. A lo largo de su intensa y multifacética existencia fue jurista, político, periodista, profesor universitario, etnógrafo, geógrafo, novelista, electo tres veces diputado nacional (en 1880, 1884 y 1912), fue Presidente de la Cámara de Diputados y tres veces Ministro de Relaciones Exteriores, bajo las presidencias de los Dres. Juárez Celman (1889), Carlos Pellegrini (1891) y Figueroa Alcorta (1906).

Inició sus estudios en la Escuela de Artes y Oficios de su ciudad natal y por gestión del gobernador Nicasio Oroño, a los doce años de edad fue becado para proseguir sus estudios en el Colegio Nacional de Buenos Aires.

Estudió en la Universidad de Buenos Aires, cursando estudios en la Facultad de Derecho, de la que llegaría a ser profesor y decano, y en la de Ciencias Exactas, Físicas y Naturales. Se graduó en jurisprudencia en 1874 a la edad de veinte años. José C. Paz lo empleó como cronista del diario *La Prensa*, al que estaría ligado durante toda su vida, llegando a ser su director.

Estanislao Zeballos es uno de los intelectuales y políticos más destacados de la generación del 80. Pertenece a una progenie de argentinos que experimentó la prodigiosa transformación del desierto a la Argentina moderna del primer Centenario. Nació casi al mismo tiempo que la Constitución de 1853. En su niñez, acompañando a su padre en la posta de Arequito, Pcia. de Santa Fe, logró salvar milagrosamente su vida ante el ataque de un malón ranquel. En su madurez vio realizado buena parte del sueño alberdiano con una Argentina que había consolidado la organización de su gobierno federal, afianzado su dominio territorial, multiplicado varias veces su población y puesto en marcha un proceso de crecimiento económico, educativo, científico y cultural inédito en toda América Latina. Fue tal vez esta experiencia de vida la que le llevó a afirmar que nuestro país estaba llamado a ser “el coloso del continente suramericano” y a cumplir un papel rector en toda la América del Sur. Esta visión magnánima acerca del destino de nuestro país inspiró en buena medida todo su pensamiento y acción. No concebía a la Argentina, sino con un porvenir de grandeza.

Junto a su dilatada actuación pública, Zeballos impulsó la creación de numerosas entidades y publicaciones científicas y culturales, entre las que corresponde mencionar la Sociedad Científica Argentina (1872), con su célebre Revista *Anales*; el Instituto Geográfico Argentino (1878); la Sociedad Rural Argentina, de la que fue su Presidente entre 1888 y 1894; el Club del Progreso; el Círculo de Periodistas y la Revista de *Derecho, Historia y Letras*, que dirigió entre 1898 y 1923.

La preocupación por la preservación de la integridad territorial argentina y su decidida defensa diplomática y militar fue una constante a lo largo

de todos los años de la actuación pública de Estanislao Zeballos. Influidor por la obra del marino norteamericano Alfred Thayer, "La influencia del poder naval en la Historia", escrita en 1890, alentó la compra de buques y armamentos que permitieran asegurar el poderío argentino ante eventuales conflictos con los países limítrofes.

En 1905 se incorporó a la entonces naciente Academia Nacional de Derecho. Fue también miembro del Tribunal Permanente de Arbitraje de La Haya y participó del Congreso Panamericano de 1910.

En 1918 fue nombrado Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, en la que fue profesor de Derecho Internacional Privado durante 24 años. Sistematizó sus aportes en lo que él denominó "Teoría Argentina del Derecho Privado Humano". Poco antes de su muerte, llegó a ser elegido Presidente de la International Law Association en 1923.

A los 69 años viajó a los Estados Unidos, invitado por la Universidad de Harvard, para participar en un ciclo de conferencias que dictó en lengua inglesa. Fueron publicadas póstumamente en 1927.

Desde los Estados Unidos viajó a Inglaterra, falleciendo en Liverpool el 4 de octubre de 1923. Sus restos descansan en el cementerio de la Recoleta.

Fue un escritor de gran fecundidad. Publicó libros, artículos, conferencias, reseñas y notas bibliográficas, que sumados superan los 400 títulos.

II. El recuerdo del Dr. Julio César Otaegui

Tengo el honor de suceder en el sitial "Estanislao Zeballos" al Académico emérito Dr. Julio César Otaegui. Guardo de él los mejores recuerdos. A pesar de que cultivamos distintas disciplinas jurídicas, tuve la oportunidad de tratarlo personalmente cuando integró el Consejo Académico del Master de Derecho Empresario de la Universidad Austral. Pude entonces apreciar su honradez intelectual, su amor a la verdad, su probada vocación universitaria, su seriedad científica y su sentido de la exigencia y la justicia.

El Dr. Julio César Otaegui nació el 17 de octubre de 1923. Se graduó como abogado y luego obtuvo el título de Doctor en Jurisprudencia por la Universidad de Buenos Aires.

Ha sido profesor de la Universidad Católica Argentina y de la Universidad Austral. Es autor de numerosos libros y trabajos científicos entre los que se destacan:

- Fusión y escisión de sociedades comerciales, Abaco, 1976.
- Invalidez de actos societarios, Abaco, 1978.
- Administración societaria, Abaco, 1979.
- Concentración societaria, Abaco, 1984.

Propuesto para integrar esta corporación por los doctores Alberto Rodríguez Galán, Jaime Luis Anaya, Lino Enrique Palacio y Juan Carlos Casagne, fue elegido académico titular en la sesión privada del 23 de septiembre de 1999, ocupando el sitial “Estanislao Zeballos”, tras la vacante producida por fallecimiento del Académico Dr. Jorge Mayer. La ceremonia de incorporación se realizó el 27 de abril de 2000. Fue presentado por el doctor Jaime L. Anaya y disertó sobre el tema “El grupo societario”. Fue Vicepresidente de la Corporación en el período de 2004 a 2007. Presidió esta Academia entre marzo de 2007 y el 22 de junio de 2009, fecha en la que presenta su renuncia a la presidencia. En la sesión privada del 8 de septiembre de 2011 fue designado académico emérito.

III. Las dimensiones política, jurídica e histórica del fenómeno constitucional

No sólo me dedico académicamente al Derecho Constitucional sino que profeso públicamente mi profunda adhesión personal a sus principios y fines. Considero que el constitucionalismo es uno de los grandes inventos del genio humano de todos los tiempos, uno de los mejores legados de la cultura occidental, cuyas semillas hoy se esparcen por todas partes del mundo.

El fenómeno constitucional viene dado por el encuentro del Derecho con la Política, del mundo político con ese genial y civilizador invento humano que es el Derecho. El Derecho Constitucional pretende civilizar, racionalizar, humanizar, limitar, controlar el proceso político que se manifiesta naturalmente violento, conflictivo y tiende continuamente al desborde y al exceso.

Si Benedetto Croce definió a la historia como hazaña de la libertad, podemos definir al Constitucionalismo como epopeya de la dignidad humana. El constitucionalismo se basa y fundamenta en el principio de la igual e inviolable dignidad de la persona humana y pretende una organización social y del gobierno político que sean acorde a este principio basal y fundamental.

Buena parte del ideal constitucional viene expresado por aquella célebre respuesta del juez Cooke al rey absolutista inglés Jacobo I, cuando éste pretendía manipular arbitrariamente la asignación de causas judiciales. El valiente y memorable juez, precursor del control judicial de constitucionalidad, le recordaba al monarca que él como rey, al igual que todo súbdito y autoridad pública, estaba “non sub homines, sed sub Deo et leges”, no sometido a los hombres, sino a Dios y a las leyes. Esa frase latina, que hoy preside el emblemático edificio de Biblioteca de la Escuela de Derecho de la Universidad de Harvard, es una ajustada síntesis de buena parte de las pretensiones del constitucionalismo: no vivir sometido al poder arbitrario de los gobernantes, sino subordinados únicamente a la razón natural y a las leyes justas y legítimas, respetuosas de la igual e inviolable dignidad de la persona humana, una de cuyas consecuencias más directas e inmediata es el respeto a la intangibilidad de la vida humana, como con tanta brillantez expusiera hace un mes atrás el Académico Dr. Eduardo Sambrizzi en el acto de su incorporación a esta Academia.

En ese mismo sentido, en el inicio de nuestra era constitucional, el Congreso Constituyente de Santa Fe exhortaba al pueblo argentino en su sesión del 7 de marzo de 1854 con las siguientes palabras: “en nombre de lo pasado y de las desgracias sufridas, el Congreso Constituyente les pide y aconseja la obediencia a la Constitución que han jurado. Los hombres se dignifican postrándose ante la ley, porque así se libran de arrodillarse ante los tiranos” (1).

Permítanme en el día de mi incorporación a esta Academia, renovar mi confianza en el Derecho, en el Constitucionalismo y en la democracia constitucional como mejor modo de convivencia social y política que hasta el momento haya creado el genio humano.

El fenómeno constitucional, junto a sus vertientes política y jurídica, tiene una clara dimensión histórica. No es atemporal ni idéntico a lo largo

(1) Congreso Constituyente de Santa Fe, sesión del 7 de marzo de 1854.

del tiempo y del espacio. Tiene un pasado que le da sentido, un presente que lo desafía a cada momento y una proyección hacia un futuro superador que inspira sus luchas y afanes. Es por eso que el constitucionalista junto al conocimiento del sistema institucional y normativo, junto a la dogmática y la teoría constitucional, requiere del conocimiento profundo de la historia constitucional, de los procesos y dinamisismos propios del constitucionalismo y de la génesis y desarrollo de las instituciones constitucionales propias de cada país.

IV. El primer siglo y medio de la Corte Suprema argentina

Nos aprestamos a conmemorar en los próximos días el primer siglo y medio de actuación de la Corte Suprema argentina. Hace ciento cincuenta años atrás, un 13 de octubre de 1862, el Congreso de la Nación sancionaba la ley 27 disponiendo la instalación de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Un día antes, el 12 de octubre de 1862, el Presidente Mitre había inaugurado su período constitucional, dando origen a siete décadas de estabilidad institucional que concluirán con el golpe de Estado de 1930. Al día siguiente de la sanción de la ley 27 el presidente Mitre, con el refrendo de su ministro Eduardo Costa, elevó al Senado los pliegos de los Dres. Valentín Alsina, Francisco de las Carreras, Salvador María del Carril, Francisco Delgado, José Barros Pazos y Francisco Pico, para que se les diera el acuerdo senatorial e integrar de ese modo por primera vez nuestro máximo tribunal. En la sesión del 17 de octubre de 1862 el vicepresidente Paz informó que el ministro Costa le había hecho conocer que el Dr. Valentín Alsina sería presidente del tribunal y el Dr. Pico se desempeñaría como Procurador General. El Senado prestó acuerdo para realizar esos nombramientos el 18 de octubre de 1862. Fue así como, hace ahora ciento cincuenta años, quedó integrada por primera vez la Corte Suprema argentina.

Sin embargo, el Dr. Valentín Alsina no aceptó su nombramiento como ministro y presidente de nuestro máximo tribunal. Por nota del 6 de noviembre de 1862 se excusó por razones de salud. El presidente Mitre insistió en requerir sus servicios, pero en carta del 13 de diciembre Alsina reiteró que su presencia en la Corte Suprema no era de una necesidad absoluta y continuó ejerciendo el cargo de senador (2).

(2) Cfr. diario "El Nacional", Buenos Aires, 15 de enero de 1863.

Debido a la renuncia de Valentín Alsina, la Corte funcionó hasta junio de 1865 con cuatro jueces. El 10 de junio de 1865 fue nombrado en su reemplazo José Benjamín Gorostiaga, cuya actuación ha sido objeto de estudio en la brillante tesis doctoral del Académico Dr. Jorge Vanossi.

Los cuatro jueces de la Corte Suprema juraron ante el presidente Mitre en su despacho y con la presencia de todos los ministros el mediodía del 15 de enero de 1863. Se instalaron, provisionalmente, en dependencias de la que fuera la vivienda de la familia Ezcurra, en la calle Bolívar entre las de Moreno y Belgrano, que había sido la residencia de Rosas durante buena parte de su gobierno. Como presidente del tribunal fue designado el Dr. Francisco de las Carreras.

El 16 de enero de 1863 el ministro Costa remitió una circular a los gobernadores de provincia dando cuenta de la instalación del Tribunal y señalando que a partir de entonces quedaba garantizada “la propiedad particular, la seguridad individual, los derechos todos que la Constitución acuerda a los habitantes de la República, sin distinción alguna, colocados al abrigo de un poder moderador”.

Sin embargo, la Corte Suprema no pudo comenzar a realizar su labor jurisprudencial, pues aún faltaba dictar algunas leyes que hicieran posible su funcionamiento y a cuya elaboración se avocaron los jueces de la Corte Suprema en los primeros meses de trabajo en común. En base a estos aportes, el Congreso sancionó el 14 de septiembre de 1863 la ley 48, que establece la jurisdicción y competencia de los tribunales federales; la ley 49, sobre competencia penal federal; y la ley 50, sobre las normas de procedimiento ante los tribunales federales, disposiciones legislativas básicas para el adecuado funcionamiento del Poder Judicial de la Nación y de su cabeza la Corte Suprema. La primera sentencia del tribunal recién se dicta el 15 de octubre de 1863, con la que dio comienzo a su ininterrumpida tarea jurisdiccional que se prolonga hasta nuestros días.

El Presidente Mitre fue, al decir de Felipe Pérez, el “patrono de la Corte Suprema de Justicia” (3) y así él lo vivenció personalmente. En su mensaje al Congreso leído el 5 de mayo de 1863, al iniciar sus sesiones ordinarias, expresó que: “en cumplimiento de la ley y penetrado el Gobierno de la necesidad de completar nuestro sistema político, instaló la Corte

(3) Ob. cit., pág. 60.

Suprema de Justicia Federal, que tan grande y benéfica influencia está destinada a ejercitar en el desenvolvimiento de nuestras instituciones, como un poder moderador". Cuando tiempo más tarde, en el año 1870, falleciera el doctor Francisco de las Carreras, primer Presidente de la Corte Suprema, Mitre pronunció un discurso en el que volvió a hacer referencia a sus ideas sobre la trascendental función que tenía el alto Tribunal en la vida de la Nación, señalando que "era necesario consolidar, a la vez que el Poder Ejecutivo y el Legislativo, el Supremo Poder Judicial, que impera sobre las pasiones, que corrige los extravíos, que garante la paz de los pueblos y de los ciudadanos y que gobierna todo en nombre de la razón, con la fuerza invencible de la ley".

Con la sanción de la ley 27, el nombramiento de sus integrantes, su instalación inicial y el dictado de la primera sentencia, se iniciaba la singladura de la Corte Suprema argentina, uno de los más antiguos y destacados tribunales de toda América Latina, cuyo primer siglo y medio de existencia nos preparamos a celebrar en estos días. Este aniversario y las quince décadas de ininterrumpida labor jurisprudencial son una ocasión para prestar atención a la historia de nuestro máximo tribunal y extraer de ella numerosas enseñanzas para el Derecho Constitucional argentino.

Bien se preguntaba y respondía Alberdi "¿a qué ocuparse del pasado? A fin de que si ha sido malo no se repita en el porvenir. Dejad ocultos los escollos en que han sucumbido los trabajos anteriores y en ellos sucumbirán también los trabajos venideros. ¿Cuál es el destino de la historia? Ella pone el pasado al servicio del porvenir" (4).

Hace algunos años atrás (5), señalaba que la investigación sistemática y ordenada de la historia de nuestro máximo tribunal federal, era una asignatura en parte pendiente de los constitucionalistas e historiadores del derecho de nuestro país (6). Los estudios sobre la historia de la Corte Su-

(4) Alberdi, Juan Bautista, Escritos póstumos, T. XV, pág. 429.

(5) Cfr. ED, 194-966.

(6) Esta afirmación no significa desconocer las valiosas obras ya escritas sobre la historia del tribunal y de su jurisprudencia. Existen numerosas obras que estudian aspectos parciales (un determinado período, una determinada materia, la actuación de algún juez en particular) pero son pocas las obras que han intentado hacer una historia general de la Corte Suprema. Entre estos estudios generales, cabe destacar el de ZAVALIA, Clodomiro, *Historia de la Corte Suprema de Justi-*

cia de la República Argentina en relación con su modelo americano, Casa Jacobo Peuser, Buenos Aires, 1920 y el siempre referido trabajo de OYHANARTE, Julio, "Historia del Poder Judicial", Revista *Todo es Historia*, n. 61, mayo de 1972. Más recientemente cabe citar las siguientes obras: BIDART CAMPOS, Germán, *La Corte Suprema. El Tribunal de las Garantías Constitucionales*, Ediar, 1984; CARRIO, Alejandro, *La Corte Suprema y su independencia*, Abeledo Perrot, 1996; Pellet Lastra, Arturo, *Historia política de la Corte Suprema (1930-1990)*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001; PADILLA, Miguel, *La Corte Suprema de Justicia argentina y la Suprema Corte de Justicia norteamericana*, Ad-Hoc, 2001; MANILI, Pablo, *Evolución de la de jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación 1863-2007*, Ed. Universidad, Bs. As., 2007. También Alberto Bianchi realiza un interesante paralelismo entre la historia de la Corte Suprema americana y la argentina: cfr. el cap. V de su obra, *Control de Constitucionalidad*, Ed. Abaco, Buenos Aires, 1992 y los caps. II y III de su libro *Dinámica del Estado de Derecho*, Ed. Abaco, 1996, en los que hace una breve reseña de algunos fallos medulares dictados por nuestro máximo tribunal. Otros interesantes trabajos se pueden encontrar en el Suplemento Especial de JA "140 años de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", del día 26-XI-03. Por otra parte se han publicado una buena cantidad de libros conteniendo una selección de la jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema: cfr. la enumeración de esas obras que realiza Héctor TANZI, en su artículo "La Enseñanza del Derecho Constitucional mediante casos judiciales", ED, 126-811. Entre ellas, corresponde mencionar, al menos, las siguientes: González Calderón, Juan, *Jurisprudencia de la Constitución Argentina. Interpretación que la Corte Suprema ha dado a cada uno de sus artículos desde 1862 hasta la fecha*, Bs. As., 1924; PARRY, Roberto, *Sentencias de la Suprema Corte de la Nación Argentina*, Bs. As., 1930; PEREZ, Felipe S., *Tratado sobre jurisprudencia de la Corte Suprema*, Bs. As., 1940; MARTINEZ RUIZ, *La Constitución argentina, anotada con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*, Bs. As., 1945; LINARES QUINTANA, Segundo V., *La Constitución interpretada*, Bs. As., 1960; LOSADA, Salvador María, *La Constitución argentina anotada con referencias históricas, doctrinarias y jurisprudenciales*, Bs. As., 1961; VALIENTE NOAILLES, Carlos, *Manual de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Bs. As., 1970; MARIENHOFF, Miguel, "La Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. Fallos estelares y fallos perfectibles", Separata del Boletín del Museo Social Argentino, n° 356, Bs. As., 1973; ZARINI, Helio, *La Constitución argentina en la doctrina judicial*, Bs. As., 1975; SERRANO, Cristina y AMORESANO, Marta, *El derecho judicial y la Constitución Argentina*, Bs. As., 1976; MILLER, J., GELLI, M. y CAYUSO, S., *Constitución y poder político*, Astrea, Bs. As., 1987 y de los mismos autores, *Constitución y Derechos Humanos*, Astrea, Bs. As.; SABSAY, Daniel Alberto (Ed.), *Colección de Análisis jurisprudencial. Derecho Constitucional*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2002; FAYT, Carlos, *La Corte Suprema y la evolución de su jurisprudencia. Leading cases y holdings. Casos trascendentes*, La Ley, Bs. As. 2004.

prema argentina no han alcanzado aún entre nosotros la extensión que han tenido en Estados Unidos las investigaciones sobre la historia de su máximo tribunal (7).

Nos parece que se puede afirmar que la obra de mayor relevancia del derecho argentino está contenida en los 335 tomos que hoy componen la Colección de Fallos de la Corte Suprema de la Nación (8). El Académico Vanossi ha afirmado que la Colección de Fallos es el más grande monumento del derecho constitucional argentino, pues las sentencias de la Corte son el derecho viviente de nuestro país. Allí se contiene un vasto material jurídico “impregnado de realidad argentina” (9), ya que en sus fallos se ven reflejados los avatares de nuestra vida institucional, los valores políticos, jurídicos y culturales que predominaron en cada etapa histórica, los diversos conflictos en cuya resolución se vio envuelta la Corte Suprema y los principios y normas jurídicas a los que acudió para resolverlos (10). El estudio ordenado y contextualizado de todo este material se presenta como un desafío académico por demás atractivo. Hay que intentar adentrarse en la historia de la Corte, abrir sus archivos, develar sus secretos, extraer sus aprendizajes, teniendo siempre presente que la

(7) Cfr. www.supremecourthistory.org, en donde se pueden encontrar referencias sobre numerosos estudios, con variedad de enfoques y perspectivas, sobre la historia y la labor llevada a cabo por la Corte Suprema norteamericana.

(8) La Colección de Fallos se comenzó a publicar en septiembre de 1864, un año después de la instalación del tribunal. En el Prefacio de su primer tomo señalaba José Miguel Guastavino, Secretario del tribunal, que esa obra sería “el gran libro, la grande escuela en que todos, y con particularidad los magistrados, los legisladores, los abogados y los estudiantes concurrirán a estudiar la jurisprudencia, la Constitución y la perfección o imperfección de las leyes, para emprender su reformar en presencia de los resultados que produzcan en su aplicación”.

(9) Cfr. Fallos: 178:9 (1937).

(10) “La más que centenaria colección de Fallos de la Corte es prueba harto ilustrativa de que en los 120 años en que el Tribunal actuó con la composición que hoy posee, sus sentencias han sido testimonio y resonancia de opiniones y pensamientos, criterios y filosofía, posiciones y principios variados y opuestos. Los votos concurrentes y los votos disidentes que se registran en casos constituyen verdaderos hitos en el desarrollo y consolidación de los derechos y garantías de los individuos y en la relación entre los órganos de los gobiernos federal y provincial, y en también múltiples controversias de aparente menor relevancia”, cfr. Acordada 44/89, consid. 7.

historia nos enseña lo que ha sido, no necesariamente lo que debería haber sido.

Estamos en presencia de uno de los tribunales que, siguiendo el modelo norteamericano, desde hace más tiempo viene practicando de modo continuo el control judicial de constitucionalidad. Muchas de lo que hoy son novedosas y revolucionarias doctrinas jurídicas para los tribunales constitucionales europeos, que han ido conformándose luego de la segunda guerra mundial, son concepciones que entre nosotros tienen más de un siglo de existencia y aplicación práctica.

La actuación de la Corte Suprema argentina puede ser estudiada tanto desde una perspectiva sistemática, tendiente a analizar y definir cuál es la misión institucional que ella está llamada a cumplir (11), como desde una perspectiva histórica, examinando de modo concreto cuál fue el rol que nuestro máximo tribunal cumplió en el desarrollo del juego político e institucional argentino. Ambos enfoques son complementarios y están llamados a enriquecerse mutuamente (12). Se aprende mucho sobre el contenido de la función institucional que desarrolla nuestro máximo tribunal cuando se acude a la experiencia histórica argentina (13) y, a la vez, es necesario estar provisto de categorías conceptuales políticas y jurídicas que nos proporciona el derecho constitucional para encuadrar y valorar la

(11) Hemos realizado este intento en nuestro trabajo, *La Corte Suprema y el control político*, Abaco, Bs. As., 1999, donde remitimos.

(12) Quienes cultivamos la ciencia del derecho constitucional debemos incorporar, cada vez con más soltura, la perspectiva histórica al estudio y descripción de cualquier institución de nuestra disciplina. Hay que estudiar el sistema constitucional sin pretender congelarlo, sino teniendo en cuenta el dinamismo que le es propio. Analizarlo siempre en el contexto de su proceso histórico: considerar su génesis, su desarrollo, su presente y su proyección futura. Por su parte, los historiadores del derecho no sólo estudian la historia por la historia misma, sino para ayudar a entender con más profundidad el ser y el dinamismo de cada institución jurídica.

(13) El constitucionalista italiano Mauro Cappelletti afirma que “la historia es un componente esencial del análisis comparativo”, CAPPELLETTI, M., “¿Renegar de Montesquieu? La expansión y la legitimidad de la justicia constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 6 Núm. 17, Mayo-Agosto 1986, pág. 40. Parafraseándolo, se puede afirmar que ella es también un aspecto esencial del análisis sistemático de las instituciones constitucionales.

actuación del tribunal en cada una de las etapas de su historia. Parecería que nuestro máximo tribunal está más dispuesto a contarnos sus secretos e intimidades si le preguntamos sobre su historia, que cuando únicamente lo sometemos a un interrogatorio de alcance general y formal. Proponía recientemente el destacado constitucionalista italiano Gustavo Zagrebelsky que, superando previos desencuentros, nuestro tiempo podía ser “el de la unión constructiva de la historia y del derecho constitucional” (14).

Así, por ejemplo, se aprende mucho sobre la relación entre normatividad jurídica y normalidad social cuando se analiza la Acordada de 1930 o los fallos sobre estado de sitio o emergencia económica de los distintos momentos de nuestra historia jurisprudencial. Se comprende mejor la problemática sobre la interpretación estática o dinámica de nuestra constitución si se comparan los fallos de los casos Hileret y Avico. Se entiende con claridad qué es la creación pretoriana del derecho cuando se analizan en profundidad los casos Siri y Kot. Otro tanto podría decirse de la vinculación de cada uno de los conceptos constitucionales con los distintos fallos que a lo largo del tiempo ha dictado nuestra Corte Suprema.

A) Las etapas de la historia de la Corte Suprema argentina

Ronald Dworkin señala que la actividad de un tribunal de justicia puede ser comparada a la elaboración de una única novela cuyos capítulos son escritos por diversos autores, cada uno de los cuales debe continuar el hilo de la trama elaborado por sus antecesores y añadir su propio aporte (15). Es la imagen del “novelista en cadena”, a la que este autor anglosajón acude para describir, a nuestro juicio con mucho acierto, la tarea jurisprudencial de cualquier tribunal, con sus continuidades y cambios

(14) ZAGREBELSKY, Gustavo, *Historia y Constitución*, Trotta, Madrid, 2005, pág. 27. Afirma también este autor que “el derecho constitucional, como ciencia jurídica aplicada a un texto, es decir, a una constitución escrita —según su vocación de hace dos siglos a esta parte— es fundamentalmente indiferente e incluso hasta hostil a la aportación de la historia para la comprensión de su objeto (...) De acuerdo con las premisas del derecho constitucional codificado de un texto —la constitución escrita— la relación con la historia constitucional es de total separación, por lo que hace a su respectiva naturaleza: racional y voluntaria la del primero, irracional (si no irracional e involuntaria, o ‘natural’) la segunda”, pág. 32.

(15) Cfr. DWORKIN, Ronald, *Law's Empire*, cap. VII, Harvard University Press, Cambridge, 1986.

que dan la impronta a cada etapa. En nuestro caso, el estudio de la historia de la Corte Suprema argentina, nos reclama, como primera tarea, identificar esos diversos capítulos, analizar su contenido y visualizar quiénes han sido sus principales protagonistas y actores.

Para la periodización de la historia de nuestra Corte Suprema, para la delimitación de sus distintos “capítulos” que la conforman, nos hemos inspirado en los criterios propuestos, hace ya más de cuarenta años, por Julio Oyhanarte en su valioso trabajo *Historia del Poder Judicial*, que ha sido un punto de referencia ineludible para los posteriores obras en esta materia. Siguiendo y completando esas pautas, podemos dividir la historia de la Corte Suprema en los siguientes doce períodos:

1ª Etapa (1863-1903): Colección de Fallos, Tomos 1 al 95

Esta etapa comprende las cuatro décadas iniciales de la vida del tribunal en el que se fueron estableciendo los lineamientos básicos y fundamentales de su actuación institucional.

En medio de una etapa histórica algo turbulenta(16), marcada por constantes conflictos internos, la jurisprudencia de la Corte Suprema de esta primera etapa tiene por principal objetivo el afianzamiento de las instituciones establecidas en la constitución y acompañar el proceso de desarrollo económico del país impulsado principalmente desde el gobierno nacional. La actuación de la Corte Suprema en este período se

(16) En una breve síntesis, cabe recordar que durante la presidencia de Mitre tiene lugar tanto la guerra con el Paraguay como las luchas civiles en el noroeste motivadas por los alzamientos del Chacho Peñaloza. En la Presidencia de Sarmiento se producen las sublevaciones de López Jordan en el Litoral, situación de la que da detallada cuenta en la sentencia de Fallos: 21:128 (1872). Durante la Presidencia de Avellaneda, se produce el enfrentamiento entre Carlos Tejedor, gobernador de la Provincia de Buenos Aires, y las autoridades federales con motivo de la capitalización de Buenos Aires que recién finalizan en 1880. En este conflicto el juez Leguizamón, ministro de la Corte Suprema, actuó como mediador entre ambos bandos. Posteriormente, durante las presidencias de Juárez Celman y de Luis Saenz Peña tienen lugar las revoluciones radicales de 1890 y 1893. Todos estos datos muestran la resistencia del proceso político a someterse a las normas jurídicas establecidas en la constitución y el difícil ambiente político en el que la Corte Suprema debió ejercer su función durante esta primera etapa de su historia institucional.

orienta principalmente en tres direcciones: asegurar la supremacía de la constitución (17), consolidar la autoridad del gobierno federal y reafirmar su propio poder institucional.

2ª Etapa (1903-1930): Colección de Fallos, Tomos 95 a 158

Oyhanarte sintetiza este período del siguiente modo: “se inicia en 1903 con la incorporación a la Corte Suprema de ese eximio jurista que se llamó Antonio Bermejo. Es la etapa **spenceriana** en que al amparo del positivismo jurídico, se guarda absoluta fidelidad a la más ortodoxa e inflexible concepción liberal, y aunque no se lo diga, se imagina al Estado como un enemigo natural de la libertad del individuo” (18).

3ª Etapa (1930-1947): Colección de Fallos, Tomos 158 a 208

Esta tercera etapa se inicia en 1930, año en el que coinciden el quebrantamiento del orden constitucional por la revolución del 6-IX-30 y el inicio de una mayor intervención estatal en materia económica a partir de la profunda crisis desencadenada en ese año, y se extiende hasta el juicio político a los jueces del tribunal en 1947. En ella sobresale la actuación de su presidente Roberto Repetto, con su impronta intervencionista-conservadora.

4ª Etapa (1947-1955): Colección de Fallos, Tomos 207 a 232

Este período se inicia con la llegada al gobierno del justicialismo y la designación de cuatro nuevos jueces luego de la destitución por juicio político de los anteriores integrantes del tribunal y se prolonga hasta 1955, año en el que son removidos todos los jueces de la Corte por el gobierno

(17) En el caso Sojo la Corte Suprema define a la constitución como “el *palladium* de la libertad, es el arca sagrada de todas las libertades, de todas las garantías individuales, cuya conservación inviolable, cuya guarda severamente escrupulosa debe ser el objetivo primordial de las leyes, la condición esencial de los fallos de la justicia federal” (Fallos: 32:120). Más adelante señala la Corte que el control de constitucionalidad es “un derivado forzoso de la separación de los poderes constituyente y legislativo ordinario que hace la constitución y de la naturaleza esencialmente subordinada y limitada de este último” (Fallos: 33:162).

(18) Ob. cit., pág. 89.

de la Revolución Libertadora. “Es la etapa **justicialista**. En ella sobresalió con nitidez el fino pensamiento jurídico de Tomás D. Casares” (19). Hay en las sentencias de esta época una clara actitud de acompañamiento, frecuentemente permisivo, de la actuación y el rumbo político del gobierno justicialista (20).

5ª Etapa (1955-1958): Colección de Fallos, Tomos 232 a 240

El gobierno de la Revolución Libertadora procedió a remover por primera vez en nuestra historia institucional a todos los integrantes de la Corte Suprema. Se inicia así una nueva etapa en la historia del tribunal que durará sólo tres años, hasta el inicio del gobierno democrático de Arturo Frondizi, momento en el que se da una renovación parcial en la composición del tribunal.

Se observa en los fallos de esta época un deseo de separarse abiertamente de las líneas jurisprudenciales de la etapa anterior, procurando dar una tutela más intensa a los derechos y garantías individuales. Entre las sentencias que expresan esta nueva postura del tribunal se destacan especialmente los casos Mouviel (21), en el que se declara la inconstitucionalidad de los edictos de policía por afectar el principio de legalidad en materia penal y el de división de poderes, y Siri (22), que creo pretorianamente la acción de amparo frente actos del poder público.

6ª Etapa (1958-1966): Colección de Fallos, Tomos 240 a 265

Con la llegada al gobierno del Doctor Frondizi se renueva parcialmente la integración del tribunal (23) y en 1960 la ley 15.271 amplía a siete el número de ministros, dando origen a una nueva etapa en la vida de la Corte

(19) OYHANARTE, Julio, ob. cit., pág. 89.

(20) Hemos hecho un análisis de esta etapa en nuestro libro *La Corte Suprema y el control político*, cit., pág. 267 y ss.

(21) Fallos: 237:636 (1957).

(22) Fallos: 239:459 (1957).

(23) Los ministros Alfredo Orgaz y Benjamín Villegas Basavilbaso, provenientes de la anterior etapa, continuaron en sus cargos. En cambio, se alejaron del tribunal los Dres. Manuel Argañarás, Enrique Galli y Carlos Herrera.

Suprema, que se extenderá también durante las presidencias de los Dres. José María Guido y Arturo Illia.

7ª Etapa (1966-1973): Colección de Fallos, Tomos 265 a 286

Corresponde a la Corte nombrada por el Gobierno de la Revolución Argentina en 1966, tras la íntegra y arbitraria remoción de la anterior integración del tribunal, y cuya actuación se prolonga hasta 1973 en que se restaura el régimen democrático y se renueva, una vez más, la composición completa del tribunal. En esta etapa varios destacados juristas ocupan los sitios de la Corte Suprema.

8ª Etapa (1973-1976): Colección de Fallos, Tomos 286 a 294

Corresponde a la Corte designada por el gobierno justicialista que ejerce sus funciones entre el 25 de mayo del 1973 y el 24 de marzo de 1976. Al igual que en la cuarta etapa se advierte en la jurisprudencia de esta época una clara impronta ideológica **justicialista**, que procura la reivindicación de los sectores sociales más postergados a través de una clara y decidida intervención estatal en el ámbito de los derechos económicos y sociales.

9ª Etapa (1976-1983): Colección de Fallos, Tomos 294 a 306

El Proceso de Reorganización Nacional, que se inicia en marzo de 1976 y dura hasta diciembre de 1983, procedió a remover a todos los jueces de la Corte anterior y nombró en su reemplazo nuevos integrantes del tribunal.

10ª Etapa (1983-1990): Colección de Fallos, Tomos 306 a 313

La restauración democrática a partir del 10 de diciembre de 1983 trajo aparejado el inicio de una nueva etapa en la historia del tribunal, ya que renunciaron todos los anteriores integrantes de la Corte y le correspondió al Presidente Alfonsín nombrar cinco nuevos jueces. En este período la actividad jurisdiccional del tribunal fue intensa y son numerosos los fallos que tuvieron trascendencia y establecieron nuevas pautas jurisprudenciales, principalmente en los temas relacionados con los derechos constitucionales a la privacidad, la libertad de expresión, el debido proceso y la libertad religiosa.

11ª Etapa (1990-2003): Colección de Fallos, Tomos 313 a 326

La sanción en 1990 de la ley 23.774, que amplió a nueve el número de integrantes del tribunal, la renuncia de dos ministros y la designación por parte del Presidente Menem de seis nuevos jueces, dan origen a un nuevo capítulo en la historia de la Corte Suprema que, más allá del cambio de algunos de sus integrantes, se extenderá también durante las presidencias de los Dres. de la Rúa y Duhalde.

12ª Etapa (2003-): Colección de Fallos, Tomos 326 y ss.

Con la llegada al poder del Presidente Kirchner en mayo del 2003, se ponen en marcha sucesivos juicios políticos a cinco de los integrantes de la Corte Suprema que culminan en la renuncia de tres de ellos y la destitución de otros dos. El Presidente Kirchner designó en su reemplazo a cuatro nuevos ministros del tribunal. Posteriormente, a fines del año 2006, se sanciona la ley 26.183 que reduce nuevamente a cinco el número de jueces de la Corte Suprema, fijando las pautas de funcionamiento para el período de transición.

Quedan así delimitadas temporalmente las doce etapas que conforman este siglo y medio de vida institucional de nuestra Corte Suprema.

Se podría intentar sintetizar el siglo y medio de la historia de la Corte Suprema señalando que ella se divide en dos grandes períodos:

- el primero, de continuidad institucional, abarca las primeras ocho décadas de la vida del tribunal, se extiende entre 1863 y 1947 y comprende a las tres primeras etapas de la Corte Suprema antes señaladas. A lo largo de todas ellas se da un proceso de renovación natural y progresivo en la integración del tribunal y en cada una sobresale, particularmente en la segunda y tercera etapa, la figura de algún juez que lidera y da su impronta a la labor del tribunal;
- el segundo período, de discontinuidad institucional, comprende las siete últimas décadas de la historia de la Corte Suprema, entre el juicio político de 1947 y nuestros días, y se caracteriza por la sucesión de nueve integraciones diversas del tribunal, que se corresponden con los cambios de signo político que experimenta el gobierno del país a lo largo de todos esos años.

B) Los diversos aspectos a analizar dentro de cada una de las etapas históricas

Nos parece que el estudio de cada una de las etapas de la historia de la Corte Suprema debe abarcar, al menos, los siguientes seis aspectos fundamentales:

a) En primer lugar, el análisis del contexto histórico, político y jurídico en el que le correspondió actuar a la Corte Suprema. Como toda investigación histórica, el estudio de la historia de la Corte debe insertarse en el tiempo y en el espacio, fuera de los cuales no puede ser comprendida. Con mucho acierto señala Robert Cushman: “La Corte Suprema no realiza su función en el vacío. Sus decisiones sobre importantes cuestiones constitucionales sólo pueden ser comprendidas plenamente cuando se las observa en los escenarios de la historia, la política y la economía de los cuales surgieron” (24). Ella es a la vez reflejo y protagonista, “espejo y motor”, al decir de Schwartz, de la historia institucional argentina.

b) En segundo término, corresponde estudiar las biografías de sus integrantes. El conocimiento de quienes han sido los ministros de la Corte Suprema es una tarea complementaria para profundizar en la historia del tribunal. Detrás de las instituciones siempre están las personas que las integran y rigen y sus virtudes y defectos, sus ideas y también sus prejuicios, sus personalidades, influyen en su actuación y configuración. Afirma el Académico Dr. Miguel Marienhoff: “en cada una de sus etapas la Corte Suprema fue lo que fueron sus integrantes” (25). Entre estos perfiles biográficos, serán especialmente interesantes los de aquellos jueces que han tenido un papel más destacado en las decisiones y posturas del tribunal (26).

(24) CUSHMAN, *Práctica Constitucional*, Ed. Bibliográfica Argentina, Bs. As. 1958, Prefacio, pág. 7. En el mismo sentido afirma Lief CARTER: “Las decisiones constitucionales son acontecimientos relativamente impenetrables, estrechamente vinculados con la poderosa influencia de las fuerzas sociales y políticas inmediatas y cambiantes”, *Derecho Constitucional Contemporáneo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992.

(25) Cfr. “La Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. Fallos estelares y fallos perfectibles”, Separata del Boletín del Museo Social Argentino, n° 356, Bs. As., 1973.

(26) En relación a la historia de la Corte Suprema norteamericana, afirma Gustavo Arballo: “Warren ha sido el juez más importante de la Corte norteamericana

Desde 1863 hasta la fecha fueron nombrados 105 jueces de la Corte Suprema, cinco de ellos lo fueron en dos oportunidades, los ministros Gorostiaga, Laspiur, Bidau, Oyhanarte y Levene. Entre esos 105 jueces, 102 fueron hombres y sólo tres mujeres (las Dras. Margarita Argúas, quien ha sido miembro Titular de esta Academia, Elena Highton y Carmen Argibay). La duración media en sus cargos es cercana a los seis años y medio. Quienes más han durado han sido los Dres. Fayt y Petracchi (28 años y aún siguen ejerciendo el cargo), Bermejo (26 años), Repetto (24 años) y Belluscio (21 años). En el otro extremo hay tres jueces que no llegaron a un año de ejercicio. En términos comparativos, podemos señalar que en la Corte Suprema norteamericana, desde sus inicios en 1790 hasta nuestros días, han sido designados 100 jueces. La duración promedio de cada juez en su cargo ha sido de 18 años. Se advierte a simple vista una mayor estabilidad en la integración de la Corte Suprema norteamericana respecto de la argentina.

Ha habido en total veintinueve Presidentes de la Corte Suprema argentina, contra sólo 17 de la Corte norteamericana. Durante los primeros ochenta y cuatro años de vida del tribunal, ente 1863 y 1947, sólo hubo diez presidentes de la Corte Suprema, mientras que hubo otros diecinueve en los últimos sesenta y seis años. Hasta el inicio de la cuarta etapa, la Presidencia de la Corte Suprema tenía carácter vitalicio y a partir de entonces pasó a ser temporal y por un período de tres años (27). Hasta 1930 el Presidente de la Corte Suprema era elegido por el Presidente de la Nación, como ocurre en los Estados Unidos, pero desde entonces es elegido por los propios integrantes del tribunal (28).

después de John Marshal. Y véase qué estilo diferentes adoptaron: Marshall tenía una prosa tena y bruñida, y sus sentencias parecían un engranaje de relojería; Warren imponía el tono abierto de un editorialista, despojado de filigranas y tecnicismos. Pero bajo la superficie, Warren tenía otras cosas en común con el viejo Marshall. Los dos descollaban por su olfato político (en el alto sentido de la palabra) y por su espíritu de liderazgo en la Corte, y si bien flaqueaban en conocimientos jurídicos, al menos con respecto al alto estándar que le marcaban los demás jueces, ello no les impidió conducir con naturalidad la Corte como un bloque razonablemente unido". ARBALLO, Gustavo, "Tras las huellas de *Brown v. Board of Education*", ED, Suplemento de Derecho Constitucional, 14-VII-04.

(27) ZORRAQUÍN BECÚ, Ricardo, *La Corte Suprema y sus grandes presidentes*, Separata del Boletín de la Academia Nacional de la Historia, Buenos Aires, 1964.

(28) Cfr. Acordada del 19-IX-30, Fallos, 158:292. El Presidente Uriburu comunicó a la Corte Suprema su decisión de que sean los propios integrantes del tri-

c) En tercer lugar, el estudio de cada período de historia de la Corte Suprema comprende el análisis de su obra jurisprudencial por medio de la selección y estudio de los principales fallos que caracterizan y definen cada una de sus etapas. La plataforma básica para el estudio de la actuación de nuestro más alto tribunal está constituida por las sentencias más trascendentes que dictó a lo largo de los distintos períodos de su historia. Hemos dado a estos pronunciamientos el nombre de “fallos institucionales” (29).

d) En cuarto término, es necesario la identificación de las principales tendencias jurisprudenciales y de las diversas concepciones políticas y jurídicas que predominaron y caracterizan a cada etapa histórica: una vez identificados los principales fallos institucionales que el tribunal dictó dentro de una etapa, se pueden establecer cuáles han sido las tendencias jurisprudenciales que predominaron durante un determinado período. La jurisprudencia de la Corte Suprema refleja con claridad meridiana las diversas concepciones e ideologías, tanto filosóficas y políticas como específicamente jurídicas, que han estado presentes en la configuración de nuestro sistema político. Los fallos de la Corte son un testigo privilegiado de los valores y principios que han predominado en cada época histórica, de aquello en lo que hemos “creído” los argentinos en los distintos momentos de nuestra vida nacional. La Corte ha dicho que las decisiones judiciales receptan “la conciencia jurídica y moral de la sociedad” (30), que suele ser tributaria de la axiología predominante en un determinado momento histórico.

bunal quienes designen a su Presidente. En primer término es elegido Presidente vitalicio Figueroa Alcorta y luego de su muerte el ministro Repetto (Acordada del 22-VI-32). Sin embargo, en esta segunda oportunidad el Poder Ejecutivo designa también por decreto al Dr. Repetto como Presidente de la Corte, dando a entender que era al Presidente de la Nación a quien correspondía hacer este nombramiento. Para más datos sobre este conflicto, cfr: PADILLA, Norberto, “Cuando la Corte Suprema eligió su presidente por primera vez”, ED, diario del 15-XII-98, y PEREIRA PINTO, Juan Carlos, “La Presidencia de la Corte Suprema de Justicia: Poder Ejecutivo vs. Poder Judicial”, La Prensa, 13-IX-80.

(29) Para un desarrollo más extenso del concepto, características y temática de los fallos institucionales, cfr. nuestro libro *La Corte Suprema y el control político*, Ed. Abaco, 1999, pág. 140 y ss.

(30) Fallos: 248:342 (1960).

La evolución de las doctrinas jurisprudenciales del tribunal tiene su dinámica propia: hay en ellas continuidades y notables cambios de postura (31), apego al *stare decisis* y sentencias innovadoras, fallos unánimes y otros con disidencias, doctrinas minoritarias que en ocasiones pasan a ser mayoritarias (32), rigideces y flexibilizaciones, que van entretejiendo de modo vital las líneas jurisprudenciales del tribunal. Estamos en general en presencia de una producción jurisprudencial de buen nivel técnico-jurídico en términos absolutos y que destaca en un análisis comparativo con la de otros países.

e) En quinto término, es posible analizar las diversas fuentes a las que el tribunal acudió para fundar sus decisiones y los diversos métodos de interpretación, integración y aplicación del derecho que utilizó de modo predominante (33): a modo de ejemplo, se puede advertir la vital importancia que en la primera etapa tuvo la referencia a la jurisprudencia y a la doctrina constitucional norteamericana o el considerable aumento de la remisiones a las disposiciones de los tratados internacionales y a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que se advierte en los fallos a partir de 1992. En relación a los métodos interpretativos, cabe también señalar que durante los primeros setenta años tendió a primar una exégesis estática del texto constitucional que atendía especialmente a los antecedentes norteamericanos y nacionales de cada disposición constitucional. Pero a partir de 1930, en particular desde el

(31) Algunos ejemplos de esos cambios jurisprudenciales, pueden verse en MARIENHOFF, Miguel, ob. cit., pág. 5 y ss.

(32) Los profesores Jonathan Miller, Cecilia Cayuso y María Angélica Gelli, al estudiar la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina señalan al comienzo de su obra *Constitución y Derechos Humanos*: “Este libro está dedicado a la memoria de Luis V. Varela, Antonio Sagarna, Tomás D. Casares, Luis M. Boffi Boggero quienes con disidencias sagaces señalaron el camino futuro”, reconociendo así a los jueces que con sus lúcidas y valientes disidencias abrieron el camino para el nacimiento de muchas instituciones jurídicas.

(33) Acerca de los métodos jurídicos utilizados por la Corte Suprema argentina a lo largo de su historia, afirma Miguel Marienhoff: “del examen general de las decisiones del alto Tribunal diríase que ha seguido, indistintamente el método ‘realista’ —preconizado por Duguit y ampliado por Jèze— y el método ‘jurídico’, dogmático o lógico, auspiciado por Paul Laband y extendido por Otto Mayer. Pero de preferencia ha seguido el método realista”, ob. cit., pág. 3.

caso Avico (34), el modelo prevaleciente es el de una interpretación dinámica y actualizadora de la constitución, que pone más énfasis en el contexto histórico en que la norma debe ser aplicada, que en aquel en el que fue sancionada.

h) Por último, es muy conveniente realizar la evaluación global y comparativa que mereció la actuación de la Corte Suprema en una determinada etapa: el máximo tribunal está sujeto a la observación de distintos actores institucionales y sociales. Al prologar la publicación de la Colección de Fallos, señalaba Gustavo Guastavino, primer Secretario del tribunal, que ella tiene como finalidad “levantar ante el tribunal de la Corte Suprema el poder de la opinión del pueblo, quien, a la par que gana en inteligencia con el estudio de las decisiones judiciales, con su censura hace práctica la responsabilidad de los jueces, los cuales ganan a su vez en respetabilidad y prestigio ante sus conciudadanos, según sean la ilustración y honradez que muestran en sus decisiones. De esta manera logra también el pueblo, por un medio indirecto, pero que obra poderosamente sobre el hombre, prevenir la corrupción de la conciencia de los jueces” (35). Una mirada integral de su historia en un período determinado exige revisar cómo su actuación fue evaluada por los otros poderes políticos (principalmente a través del juicio político), por la doctrina jurídica, por la opinión pública y las organizaciones sociales más vinculadas al quehacer jurídico. La mayor

(34) Fallos: 172:29 (1934). Para fundar la utilización de este método dinámico de interpretación constitucional, la Corte acude en el considerando 8) de su pronunciamiento a la autoridad del juez Hughes, Presidente de la Corte americana y de Ballot-Baupré, Primer Presidente de la Corte de Casación francesa. Del primero cita su opinión al resolver el caso Home Building: “Si se declara que la constitución significa hoy lo que significó en el momento de su adopción, ello importaría decir que las grandes cláusulas de la constitución deben confinarse a la interpretación que sus autores les habían dado, en las circunstancias y con las perspectivas de su tiempo, y ello expresaría su propia refutación”. Por su parte, Ballot-Baupré afirma, al hablar de los cien años del Código Civil francés, que los jueces de ese país, lo mismo que los ingleses y norteamericanos habían sabido no solamente aplicar la ley cuando era oscura sino completarla cuando era deficiente, suplirla cuando les parecía muda y adaptar el texto, liberal y humanamente, a las realidades y exigencias de la vida moderna, sin resignarse a buscar obstinadamente cuál había sido, hace cien años, el pensamiento de los autores del código al redactar tal o cual artículo”.

(35) Prefacio de la Colección de Fallos, Tomo I, pág. VI, Bs. As., septiembre de 1864.

visibilidad de la Corte Suprema como actor institucional en las últimas décadas, ha provocado que su actuación sea observada y evaluada más intensamente que en períodos anteriores.

Estos son algunos de los principales aspectos que pueden ser examinados en cada una de las doce etapas de la historia de nuestro máximo tribunal. Analizándolos, se puede llegar a responder los principales interrogantes propios de cada etapa:

- *¿Dónde y cuándo*, en qué escenario histórico e institucional, le tocó actuar a la Corte Suprema argentina?
- *¿Quiénes* fueron sus integrantes?
- *¿Qué* decidió? *¿Cuál* fue el contenido de sus fallos y *cuáles* fueron las principales líneas jurisprudenciales que se establecieron?
- *¿Por qué* actuó del modo en que lo hizo?
- *¿Cómo* merece ser evaluado su desempeño?

La comparación entre las respuestas a estos interrogantes propias de cada una de las etapas, nos permitirá extraer importantes y significativas conclusiones.

Cicerón, en su clásica descripción de la Historia, señalaba que ella era “fuente de memoria, testigo de los tiempos, luz de la verdad y maestra de la vida” (36). En el mismo sentido, Miguel de Cervantes nos dice que la Historia es “émula del tiempo, depósito de las acciones, testigo de lo pasado, aviso y ejemplo del presente y advertencia de lo porvenir” (37). Todos estos conceptos pueden verse reflejados de algún modo en el estudio de la historia de nuestra Corte Suprema. Allí está en buena medida la fuente de nuestra común memoria jurídica; ahí está el fiel reflejo de las encrucijadas de nuestra historia, de los sueños y realidades que hemos forjado, y del protagonismo que en ellas le cupo a nuestro más alto tribunal; allí está la verdad de sus decisiones, con sus luces y sombras, que ya no podrán ser jamás alteradas ni modificadas; pero sobre todo hay allí una fuente invalorable e inagotable de aprendizaje jurídico e institucional

(36) “Testus temporum, fons memoriae, lux veritatis, magister vitae”.

(37) *Don Quijote*, Parte I, Capítulo IX.

que no puede ser desperdiciado. En los 335 tomos de la *Colección de Fallos* hay páginas gloriosas y otras, en alguna medida, vergonzosas, aciertos y errores, quiebres y continuidades, buenas y malas experiencias de las que tantas enseñanzas podemos extraer. Para ello es necesario su estudio profundo, sereno, desinteresado y desprejuiciado, que sepa ubicarse en el contexto histórico de cada decisión que adoptó nuestro máximo tribunal, para comprenderla y poder en cierto modo revivirla y valorarla. Sólo así, haciendo una reflexión a fondo, es posible aprovechar el valiosísimo aprendizaje institucional que la historia de la Corte Suprema nos puede aportar (38). A la vez, profundizando en el conocimiento de su historia, se puede aprender mucho acerca de lo que es el derecho, la política, el derecho constitucional y la misma vida humana. Con todo acierto afirmaba Tolstoi (1828-1910): “Describe tu aldea y te harás universal”.

C) La valoración global de la actuación de la Corte Suprema en su primer siglo y medio de existencia

¿Cómo ha sido valorada la actuación de la Corte Suprema en estos primeros 150 años? ¿Qué balances se han hecho y se pueden formular acerca de su desempeño?

A lo largo del tiempo (39), se han formulado muy diversos juicios globales sobre la actuación de nuestro máximo tribunal. Quisiéramos recoger algunos de ellos, para finalmente formular nuestro propio balance.

(38) Comenta en el mismo sentido Carlos Escudé: “El portal del edificio central de los Archivos Nacionales de Washington DC está flanqueado por dos mármoles con inscripciones talladas. Una reza ‘el pasado es prólogo’; y la otra ‘estudiemos el pasado’. Esas consignas sintetizan la filosofía que inspira a los norteamericanos frente a la investigación histórica. El presente y el futuro se emparentan con el pasado, que es prólogo del porvenir. Por eso el buen gobierno requiere historiografía. No sólo por la afición erudita o por necesidad existencial se bucean procesos históricos pretéritos. El procesamiento de los hechos, que sólo es posible cuando disponemos de los documentos más secretos, es esencial si se aspira a mejorar la calidad de las políticas públicas. Y ese conocimiento no debe limitarse a funcionarios, sino que debe ampliarse al público en general, especialmente a los académicos y periodistas”, *La Nación*, diario del 10-I-08.

(39) Afirmó el juez Petracchi en 1987: “Nunca se ha producido en la Argentina un debate sobre el gobierno de los jueces, pues la Corte Suprema hasta hace muy

Señala Eduardo Oteiza: “en escasos momentos el país fue gobernado de acuerdo con las pautas impuestas en la constitución y paralelamente la justicia muy rara vez logró independizarse de los otros poderes políticos” (40).

En el mismo sentido, sostiene Alejandro Carrió: “Con excepción quizás de los primeros períodos de actuación del Alto Tribunal y de algún otro más reciente, el balance general no es bueno para nuestra Corte. Es posible que se piense que hubo momentos donde la Corte hizo razonablemente lo que pudo, y que es difícil esgrimir teorías jurídicas ante la fuerza de las bayonetas. (...) En muy pocas ocasiones en el pasado la Corte se mostró ante los habitantes como el organismo dueño de la última palabra en la decisión de contiendas de verdadero interés público” (41).

Por su parte, Arturo Pellet Lastra sintetiza bajo el siguiente título las primeras catorce décadas de vida institucional de nuestro máximo tribunal: “140 años en los laberintos de la historia de la Corte. Una historia complicada por la falta de conocimiento del rol político del alto tribunal y la tendencia a nombrar jueces adictos” (42).

A su tiempo, Héctor Tanzi, quien ha dedicado muchos esfuerzos al estudio de la historia de nuestro máximo tribunal, afirma “todos los gobiernos pretendieron tener jueces adheridos políticamente y los presidentes no fueron imparciales en su elección. Esto explicaría por qué los jueces de la Corte, desde sus comienzos, elaboraron una jurisprudencia tendiente a privilegiar los poderes presidenciales, ya limitando la posibilidad de demandar al Estado, ya controlando el poder de imposición provincial o aumentando el poder policial nacional en perjuicio de las provincias, o facultando al Ejecutivo a una actividad legislativa cada vez más intensa, o recurriendo a la doctrina de las cuestiones políticas para no interferir o intervenir en conflictos donde estuviera en juego la autoridad presidencial

poco, no asumió un rol institucional de suficiente importancia”, PETRACCHI, Enrique, “Control de constitucionalidad en la Argentina”, LL, 1987-E, pág. 713.

(40) OTEIZA, Eduardo, ob. cit., pág. 3.

(41) CARRIO, Alejandro, *La Corte Suprema y su independencia*, ob. cit., pág. 212.

(42) JA, 2003-IV-1201.

o permitiendo la legislación de emergencia, o legitimando los gobiernos de facto” (43).

Desde una óptica distinta, Orlando Gallo afirma que “tuvimos en nuestra Corte importantes juristas, pero carecimos de personajes políticos que, como Marshall hubieran marcado una tendencia a integrar las normas constitucionales con la práctica política en orden al mantenimiento del equilibrio” (44).

Por su parte, el Académico Dr. Jorge Vanossi formulaba a mediados de los años noventa un balance algo más favorable: “La Argentina cuenta con una Corte Suprema en funcionamiento y que a lo largo de más de un siglo de ininterrumpida actuación, más allá de las variaciones circunstanciales en su composición, ha ido de alguna manera bosquejando, corrigiendo y ampliando los roles y las funciones de control que la constitución le había asignado” (45). “Como toda obra humana, el sistema de control que ejerce la Corte tiene fallas y adolece de errores. Por ende, es perfectible (...) Es por ello que más allá de sus lógicas imperfecciones corresponde, mirando al pasado, destacar el papel positivo de nuestra Corte Suprema, su poder moderador” (46).

Aún más optimista es el juicio de Julio Oyhanarte, quien afirmaba al comienzo de la década de los 70: “En términos generales, por suerte, nunca hubo sumisión de la Corte Suprema a los designios de los poderes gubernamentales en la Argentina (...) A título de generalización, y aunque es sabido que hubo instantes de oscuridad, es lícito sostener que la Corte Suprema supo cumplir su deber. Durante la mayor parte del tiempo no incurrió en sabotaje ni en claudicación (...) Los jueces de la Corte Suprema de la Argentina, en todas sus etapas, se esforzaron por ser jueces actualizadores; y en buena medida lograron serlo (...) Tuvieron en vista, sin

(43) Cfr. “La Corte Suprema y el poder político”, *La Nación*, octubre de 1999.

(44) GALLO, Orlando, “Del federalismo de base constitucional al centralismo informal de base social”, *Suplemento de Derecho Constitucional*, ED, 6-VI-03.

(45) VANOSSI, Jorge R., “La Corte Suprema de Justicia de la Nación y la expectativa de su independencia”, *JA diario del 19-X-94*

(46) VANOSSI, J., “La Corte Suprema de Justicia en su espacio y en su tiempo”, *diario La Nación*

conocerla, la consigna de Jefferson: ser independientes del gobierno, no ser independientes del país” (47).

Si se amplía esta reseña con otros autores nacionales y extranjeros, se advierte aún más esta marcada disparidad de criterios.

Corresponde, ahora, al terminar mi exposición, intentar bosquejar una especie de balance final personal sobre lo que ha sido el desempeño de nuestro más alto tribunal a lo largo de sus 150 años de actuación (48). En primer lugar quisiéramos señalar que la Corte Suprema no es ajena a los avatares de la historia política de nuestro país: muy por el contrario, está plenamente inserta en ella. La historia de la Corte Suprema ha sido configurada por la historia argentina, más de lo que la historia de nuestro país ha sido delineada por la actuación de nuestro máximo tribunal. Sus decisiones han sido más “espejo” que “motor” de la historia argentina. Se ha dicho que “la historia de los Estados Unidos ha sido forjada no sólo en las salas del Congreso, en el despacho de los Presidentes y en los campos de batalla, sino en gran medida en los estrados del tribunal supremo” (49). Pareciera que ello ha ocurrido en una medida mucho menor entre nosotros.

Personalmente pienso que la Corte Suprema argentina ha contribuido positivamente al sistema político argentino, a través de sus funciones jurisdiccionales y de creación pretoriana de derecho. En cambio, no obstante algunas acertadas y lúcidas intervenciones, no ha desempeñado plenamente su rol moderador a lo largo de nuestra historia institucional, ejerciendo insuficientemente su función de control político. Califica mejor como tribunal de justicia que como Poder de Estado. Podemos decir que el contexto histórico-político en que tuvo que actuar no le permitió, o al menos no le facilitó el pleno cumplimiento de su misión institucional. Así como la constitución, en cuanto norma, no pudo evitar la discontinuidad institucional, ni una práctica política a veces al margen de las previ-

(47) OYHANARTE, J., “Historia del Poder Judicial”, Revista *Todo es Historia*, n° 61, págs. 90 y 119.

(48) En nuestro libro, *La Corte Suprema y el control político*, ya hemos formulado una valoración global de la actuación de nuestro más alto tribunal y transcrip- to algunas otras formuladas por otros autores: cfr. pág. 444 y ss.

(49) WARREN, Charles, *The Supreme Court in the United States history*, Boston, 1928, Vol. I, pág. 1.

siones constitucionales, la Corte Suprema como tribunal tampoco tuvo capacidad para lograrlo. El funcionamiento pleno de la constitución y de la función de control político de la Corte Suprema exigen, a la vez que contribuyen a configurarlos en un interesante juego dialéctico, determinados presupuestos mínimos de orden institucional, paz social, armonía política, estabilidad económica y un cierto grado de sentido y conciencia constitucional de la sociedad política en su conjunto. Al no lograrse firme y permanentemente estos presupuestos, su función política de control se vio claramente condicionada y limitada. La Corte Suprema debió muchas veces sacrificar aspectos del control político en aras de la resolución de los graves conflictos sociales e institucionales de nuestra vida comunitaria. Una Corte Suprema moderadora pareciera ser un “artículo de lujo” de los sistemas políticos democráticos con un cierto grado de madurez, que ya han solucionado temas básicos de su funcionamiento.

A la Corte Suprema le corresponde una función clave de mediación entre los perdurables ideales, principios, valores y normas constitucionales y las contingencias propias de cada situación histórica con sus apremiantes, y a veces dramáticos, reclamos fácticos (50). La Corte Supre-

(50) Ya la Corte Suprema del sexto período al resolver el caso Fernández Arias, propiciaba una interpretación dinámica de la constitución señalando que ella “constituye uno de los modos universales de responder pragmáticamente al pre-miso reclamo de los hechos”. Por su parte, en su voto en el caso Camps, afirma el juez Petracchi que la ley de obediencia debida cuya constitucionalidad estaba cuestionada en el caso “no podía interpretarse con olvido de la particular coyuntura política que la motiva, ni con indiferencia por los efectos que podría desencadenar su invalidación por este tribunal”. En sentido contrario, ya en 1987 al fallar en el caso Sojo había sostenido que “el *palladium* de la libertad no es una ley suspendible en sus efectos, revocables según las conveniencias públicas del momento, el *palladium* de la libertad es la Constitución, ésa es el arca sagrada de todas las libertades”. También, al resolver el caso Rolón Zappa en 1986 decía el mismo tribunal: “no constituye óbice decisivo la supuesta ‘gravedad institucional’ invocada con fundamento en las dificultades económico-financieras por las que atraviesan en la actualidad las Cajas, a la luz de un informe proveniente de la Secretaría de estado de Seguridad Social agregado al interponer el recurso, y con el objeto de demostrar que la aplicación del criterio jurisprudencial vigente produciría a corto plazo la quiebra del sistema provisional por la imposibilidad de pago de las liquidaciones respectivas” y agregó más adelante “...la ponderación del estado actual de emergencia económica en las Cajas Nacionales de Previsión y de la necesidad de instrumentar las medidas que tiendan a conjugarlo con el fin de conservar los recursos financieros para atender el cumplimiento de las obligaciones con los bene-

ma, como todo el Derecho Constitucional, cabalga entre las exigencias, no necesariamente contrarias, de eficacia y de control en el ejercicio del poder político. Pareciera, sin embargo, que tendemos a apreciar más las intervenciones de la Corte en donde ella asume un protagonismo mayor y, mostrando una independencia real y efectiva, controla y limita a los demás poderes públicos. Nos inclinamos a valorar mejor su actuación en casos como *Alem*, *Siri*, *Mouviel*, *Fernández Arias*, *Outon*, *Timerman* y *Verrochi* (51), que sus sentencias en casos como *Cullen*, *la Acordada del 30*, *Ruggero*, *Granada o Peralta*, en las que sospechamos una cierta condescendencia con los poderes públicos en detrimentos de los derechos individuales y del control político (52). La expectativa social, y más especialmente entre quienes cultivamos el derecho constitucional, es el de una Corte independiente con presencia, protagonismo y efectivo ejercicio del control constitucional. Por el contrario, un rápido *raconto* de los principales fallos institucionales nos muestra un cierto predominio de decisiones de la Corte Suprema en las que se evadió el control político, se lo limitó y se convalidaron las actuaciones de los demás órganos de gobierno. Como se advierte del estudio singular de cada etapa, la Corte Suprema ha tenido que actuar en medio de un marco histórico duro, difícil, conflictivo, reple-

ficiarios del sistema, es materia ajena a la órbita del Poder Judicial. Dicha materia se inserta en el cúmulo de facultades que constituyen la competencia funcional del Congreso Nación, como órgano investido del poder de reglamentar los derechos y garantías reconocidos por la Carta Magna con el objeto de lograr la coordinación necesaria entre el interés privado y el interés público y hacer realidad la promoción del 'bienestar general', anunciado en el Preámbulo y contenidos en la cláusula del artículo 67, inciso 16, de la Constitución Nacional".

(51) Manili menciona como sentencias respetuosa de la constitución y de los derechos fundamentales a las siguientes: *Alem* (primer período); *Hileret*, *Horta* y *Bordieu* (segunda etapa); *Mouviel* y *Siri* (quinta etapa); *Outon* y *Mate Larenga* (séptima etapa); *Fiorentino*, *Nordensthol* y *Rolón Zappa* (décima etapa); *Ekmedjian*, *Giroldi* y *Provincia de San Luis* (undécima etapa), cfr. ob. cit., pág. 373.

(52) El mismo autor señala como ejemplo de soluciones pragmáticas, alejadas de la Constitución y netamente influidas por lo coyuntural a las siguientes: *Caffarena* (primera etapa); las *Acordadas* sobre los gobiernos de facto de 1930 y 1943 (tercera etapa); *Bemberg*, *Balbín Allocat*, *San Miguel* y *Pacheco* (cuarta etapa); *Sagasta*, *Pucci* y *Ruggero* (sexta etapa); *Molinas* (séptima etapa); *Diario El Mundo* (octava etapa); *Ercoli* (novena etapa); *Peralta*, *Dromi*, *Provincia de Chaco*, *Guadalupe Hernández*, *Cocchia*, *Chocobar*, *Gauna*, *Monge*, *Rodríguez* (undécima etapa); *Galli* y *Massa* (duodécima etapa).

to de problemas apremiantes y muchos de los fallos analizados desde hoy nos pueden escandalizar.

Nos parece que se puede advertir con claridad un desfase entre las expectativas acerca de la actuación de la Corte y cómo ella efectivamente ha ejercido sus funciones.

A la luz de estas consideraciones y de lo que antes hemos descripto, podemos concluir que hasta el momento la Corte Suprema ha ejercido sólo parcialmente la misión institucional que tiene encomendada. Esperamos que el conocimiento de su historia nos ayude a lograr en el futuro la Corte independiente y moderadora con la que los argentinos soñamos desde su establecimiento en 1863. En ese sentido, cabe recordar que toda descripción o advertencia sobre lo malo y lo negativo es, a la vez, un llamado a superarlo, a adherir y buscar los bienes y valores positivos con determinación, valentía, optimismo, vitalidad y sentido práctico. Como con acierto sostiene el constitucionalista italiano Mauro Cappelletti corresponde rechazar “un escepticismo excesivo, no constructivo, así como a su hermano gemelo el nihilismo, enfermedades del narcicismo intelectual” (53).

Intentando buscar razones valederas para esa esperanza, cabe mencionar que si se recorre la historia de la Corte Suprema argentina, si se analiza su “película” completa y no sólo la “foto” de un determinado momento, una de las constantes que se advierte es el continuo crecimiento de su protagonismo y presencia institucional. A lo largo de las décadas, su grado de participación en el proceso político es cada vez mayor, al igual que las demandas y expectativas sociales que hacia ella se dirigen. También el propio tribunal parecería ser cada vez más consciente de todo ello. Daría la impresión que asistimos a un cierto cambio de paradigma en relación al rol institucional que está llamado a cumplir la Corte Suprema en nuestro sistema político. Del exclusivo rol moderador y arbitral, centrada en el control de la actuación de los órganos de gobierno, que hemos visto ya expuesto desde los momentos iniciales de la historia del tribunal, a un rol más activista, comprometido en la vigencia efectiva de los derechos humanos, abierto a encauzar a través de los procesos judiciales las demandas no satisfechas por medio del proceso político que pareciera insinuar-

(53) CAPPELLETTI, M., “¿Renegar de Montesquieu? La expansión y la legitimidad de la justicia constitucional”, revista Española de Derecho Constitucional, año 6 Núm. 17, Mayo-Agosto 1986, pág. 42.

se en nuestros días. Ello plantea la necesidad de establecer límites y asegurar equilibrios que permitan armonizar la función de la Corte Suprema en el marco de los principios que rigen una democracia constitucional.

Bien señala Shakespeare en “The Tempest” que la historia es siempre el prólogo del futuro, de lo que está por venir. Parecería que lo mejor de los aportes que la Corte Suprema puede brindar a la vida argentina aún no ha llegado, que ellos apenas están incoados tras un siglo y medio de agitada gestación. La presencia y el protagonismo que tendrá nuestro máximo tribunal en el futuro, serán seguramente más relevantes que los que han sido en el pasado. Hay quienes afirman que, así como el siglo XIX fue el siglo del poder legislativo y el siglo XX el del poder ejecutivo, el siglo XXI está llamado a ser el siglo del poder judicial.

Finalizamos aquí este extenso y complejo “prólogo” del futuro que hemos desarrollado con estas reflexiones sobre los primeros 150 años de historia de la Corte Suprema, con la ilusión de dar paso al porvenir, a los nuevos y apasionantes capítulos que escribiré de aquí en adelante la Corte Suprema argentina. Bien decía Borges que futuro no es lo que va a pasar, sino lo que juntos vamos a realizar. Es momento de que, a pesar de los pesares, renovemos nuestra esperanza constitucional, fundados también en aquella afirmación del gran constitucionalista francés Maurice Hauriou quien señalaba que, aunque el mal pareciera ser más abundante, el bien es más consistente y termina prevaleciendo. Esperanza que no es utopía e irrealismo, sino auténtica pasión por lo posible. Es nuestro deseo que el estudio de la historia de nuestro máximo tribunal contribuya a que sus integrantes actuales y futuros ejerzan con independencia, prudencia, sabiduría y firmeza la altísima misión institucional que la Constitución Nacional y la sociedad les ha confiado.

Muchas gracias.◆

DISCURSO DE RECEPCIÓN

POR JUAN CARLOS CASSAGNE (*)

Mis pares de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires me han confiado la honrosa misión de presentar al distinguido Catedrático español Santiago MUÑOZ MACHADO, designado por unanimidad Académico Correspondiente, por el pleno de nuestra institución, con fecha 9 de junio de 2011.

Si se me permite acudir a una figura retórica, creo que MUÑOZ MACHADO representa algo así como un símbolo de la cultura española actual, tanto en el plano jurídico como en el literario, en los que ha exhibido su espíritu creativo y una erudición poco común, que vuelca en la prosa, realmente admirable, que campea en todas sus obras. Cultura actual, sin duda, que nunca llega a romper los lazos con la más pura tradición jurídica hispánica integrándola en las nuevas realidades y transformaciones del derecho que se van produciendo en la era en que nos toca vivir.

A los argentinos son muchas las cosas que nos unen a España. El gran ORTEGA, que, por haber visitado el país en varias oportunidades y vivido en él cuatro años de su exilio, nos conocía bastante, solía decir que Argentina había sido España y que lo que alguien fue sigue inevitablemente siéndolo aunque opere sus secretas químicas en el fondo más soterráneo de su ser.

Precisamente, tal es lo que ha acontecido en uno de los campos del derecho público argentino que inciden en la vida diaria del ciudadano y en

(*) Discurso de recepción del Académico correspondiente Santiago Muñoz Machado, en la sesión pública del 8 de noviembre de 2012.

el devenir histórico. Me refiero a la disciplina del derecho administrativo, a la que nuestro nuevo Académico ha volcado su vocación jurídica desde los inicios de su brillante carrera académica y profesional.

Años atrás, cuando comencé mis estudios de derecho administrativo, el influjo de la cultura jurídica europea en los autores argentinos era predominantemente la francesa, seguida por las doctrinas de Italia y Alemania y, en menor medida, de España.

Desde hace varias décadas las cosas han cambiado. A partir de la obra señera de la Revista de Administración Pública y de la influencia que han proyectado entre nosotros grandes juristas como GARCÍA de ENTERRÍA, Fernando GARRIDO FALLA, Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, Tomás Ramón FERNÁNDEZ, y Sebastián MARTÍN-RETORTILLO (cuatro de los cuales fueron elegidos Miembros Correspondientes de esta Academia) y de toda una pléyade de doctrinarios notables que completan un cuadro científico de primer orden, puede decirse que las instituciones de nuestro derecho administrativo han ido constantemente bebiendo en fuentes de la madre patria. La mayoría de sus regulaciones normativas (como la L.N.P.A.), el desarrollo de los principios jurídicos generales, en particular del principio de la tutela judicial efectiva, así como el fenómeno de la llamada constitucionalización de la legalidad, revelan la gravitación que ha tenido y tiene el derecho español en las principales instituciones vernáculas del derecho administrativo, y en general, en gran parte de nuestro derecho público.

En ese escenario hemos creído justo y merecido distinguir como Académico Correspondiente a Santiago MUÑOZ MACHADO, una de las primeras espadas de esa gran escuela del derecho administrativo español.

Catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Académico de Número de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, MUÑOZ MACHADO ha publicado más de treinta libros sobre los más diversos géneros y temáticas (relatos, estudios históricos, ensayos y hasta una novela) y, según mis cuentas, es autor de más de cuatrocientos trabajos entre ensayos, artículos y ponencias escritos en las principales revistas de su país y del extranjero, o bien, leídos en conferencias pronunciadas en diversos ámbitos académicos y culturales. Jurista notable, como los que antes he nombrado, el objeto de sus estudios no se limitó a las cuestiones administrativas sino que abarcó también las constitucionales y las propias del derecho comunitario europeo.

Aparte de admirar su pluma y el atractivo de su estilo, siempre agudo y penetrante, si tuviera que describir la médula de su obra jurídica diría que ella radica en dos características que sobresalen con rasgos distintivos. En primer lugar, se advierte a las claras, el afán investigativo que lo lleva a desempolvar teorías, instituciones y acontecimientos históricos, buscando el hilo o el rastro que permita captar, incluso a través del análisis en paralelo de las principales tendencias y cuestiones que se plantean en el campo de la filosofía del derecho y de la ciencia política, la evolución que ha tenido cada institución hasta llegar a la actualidad. En segundo lugar, no menos importante es la tarea que ha encarado en los últimos años con el objeto de sistematizar todo el derecho administrativo y público general a través de un Tratado, del cual ya se han publicado cuatro tomos de los cinco proyectados, en los que proporciona una nueva explicación de cara a los cambios producidos en las instituciones constitucionales y administrativas. Su contenido en los primeros cuatro tomos comprende: I. La formación de las instituciones públicas y su sometimiento al derecho. II. El ordenamiento jurídico. III. La organización territorial del Estado y IV. La actividad administrativa.

Se trata de una obra integral, la más completa que se ha escrito en lengua castellana, que compendia la historia y descripción de la doctrina, jurisprudencia y legislación del derecho español y europeo, registrando, al propio tiempo, las modernas construcciones de la teoría general y de la filosofía del derecho, entre las que destacan las de DWORKIN, ALEXY y ATIENZA, entre otras.

No se detiene en los detalles y con la pericia del cirujano que hinca con precisión el instrumento que maneja, trata en profundidad principios, instituciones y categorías jurídicas, en línea con el objetivo de explicar las grandes transformaciones del derecho público a la luz de la realidad que exhibe el complejo mundo jurídico, enriquecido por un cúmulo apreciable de nuevos principios y derechos que se ven acrecentados continuamente a raíz del fenómeno comunitario y del proceso de globalización del derecho.

No creo exagerar si afirmo que, en el ámbito del derecho administrativo comparado de hoy, no existe obra alguna susceptible de parangonarse con éste Tratado, no tanto por la extensión ni por la abundantísima y calificada bibliografía que ha consultado el autor sino, sobre todo, por las penetrantes reflexiones que formula en cada tema o punto que aborda.

Desde los primeros capítulos de su Tratado MUÑOZ MACHADO encara la explicación del fenómeno de la constitucionalización de la legalidad y de los nuevos paradigmas que se desprenden de él en el ámbito, sobre todo, de la interpretación del derecho a raíz de la caída de los dogmas del legicentrismo y, en general, del positivismo legalista. Este fenómeno, si bien en las constituciones de Latinoamérica no es nuevo, ya que el reconocimiento de la Constitución como norma suprema, en línea con el modelo norteamericano, constituye un principio arraigado en la mayor parte de las constituciones de América, si lo es en punto a las consecuencias que se proyectan en la interpretación del derecho público tras la recepción de los nuevos paradigmas. En este escenario, se destaca la relevancia que adquieren los principios generales sobre las normas y la consecuente potenciación del papel del juez en la solución de los conflictos, gracias al reconocimiento generalizado de la operatividad de los principios constitucionales. Claro está que en este punto cada sistema en América presenta matices diferenciados y entre nosotros, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha debido reconocer últimamente que, sin desmedro de la amplitud del poder de los jueces para ejercer el control de razonabilidad de las leyes y de las decisiones generales e individuales de la Administración, algunos principios y nuevos derechos constitucionales poseen una operatividad derivada, en el sentido de que precisan que la Administración desenvuelva sus posibilidades de aplicación en los casos concretos (vgr. el derecho a una vivienda digna). Esa jurisprudencia considera que se impone la necesidad de valorar otros derechos como, por ejemplo, la salud, las prestaciones jubilatorias y los salarios, así como los recursos presupuestarios que se precisan para hacerlos efectivos. Lo cierto es que, en definitiva, la Corte considera que los derechos fundamentales que consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado, tienen operatividad derivada, no obstante lo cual, no están exentos del control de razonabilidad por parte del Poder Judicial (1).

Estoy convencido que la repercusión que ya tiene y la que en el futuro tendrá el Tratado de MUÑOZ MACHADO será muy grande en Europa e Iberoamérica, donde ya es considerado como un indispensable y valioso elemento de consulta e investigación jurídica.

Este Tratado como sostiene Francisco GONZÁLEZ NAVARRO "... nos viene a poner delante de los ojos la prueba abrumadora de que los nuevos he-

(1) En la causa "Recurso de hecho Q.C.S.Y. c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo de fecha 24 de abril de 2012 (Q. 64 XLVI).

chos que se están produciendo de algún tiempo a esta parte en el ámbito de las relaciones entre el individuo y el poder público están demandando la construcción de un nuevo derecho administrativo. Lo cual no quiere decir ni dice —debo dejarlo claro— que el autor pretenda hacer tabla rasa del pasado”.

“Lo que se nos propone en esta obra (que no va a dejar indiferente a ningún miembro de la comunidad de los iusadministrativistas, tanto si se afanan en su cotidiano menester con preocupación teórica como si lo hacen movidos por una necesidad aplicativa) es una nueva orientación metodológica que nos permita mirar con ojos nuevos la realidad, para que podamos percatarnos de lo que permanece y de lo que ha cambiado, de lo que hay que conservar y lo que hay que renovar en el complejo mundo de las relaciones del hombre con esa maquinaria que es el poder público” (2).

Tras la concesión del Premio Nobel de literatura, el escritor peruano Mario VARGAS LLOSA, escribió un libro en el que señala que la figura del intelectual ha desaparecido del debate público y que la cultura, en el sentido que se le ha dado a este vocablo, está a punto de desaparecer por la propensión a divertirnos (3) y al espectáculo.

Se trata, me parece, de una visión parcial, que circunscribe lo intelectual a lo literario y prescinde de la virtud cardinal de la esperanza. La verdad es que no todo se pierde y que es posible siempre recuperar aquello que se ha perdido, como asimismo, que la cultura se ha enriquecido en el campo del derecho y, en general, de las ciencias sociales.

Como contracara del pensamiento pesimista a que hice referencia, el humanismo que destila la obra de Santiago MUÑOZ MACHADO nos permite abrigar la esperanza de un mundo más justo, de un país donde reinen la paz, la concordia, la justicia y el bienestar general o bien común, asegurando —como reza nuestro Preámbulo— *“los beneficios de la libertad para todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino”*.

(2) GONZALEZ NAVARRO, Francisco, “Una renovación del sistema y de la dogmática del derecho administrativo: el ‘Tratado’ de Santiago Muñoz Machado”, en Reda, N° 122, Thomson-Civitas, Madrid, 2004.

(3) VARGAS LLOSA, Mario, *La civilización del espectáculo*, Santillana Ediciones, Montevideo, 2012, pág. 33 y ss.

Dios quiera que las doctrinas y concepciones que con tanto rigor histórico y científico sustenta MUÑOZ MACHADO, con las adaptaciones propias de nuestra realidad e idiosincrasia, puedan proyectarse a nuestra patria y contribuir al mejoramiento de sus instituciones.

Porque, en definitiva, su obra proclama la defensa del Estado de Derecho, de la dignidad de las personas y de los derechos humanos y, puntualmente, de las libertades de los ciudadanos. Su contribución al desarrollo de los servicios sociales junto a la tarea de explicar en profundidad el cambio de paradigma ocurrido en los servicios públicos económicos para que el nuevo orden regulatorio siga siendo compatible con el interés general constituyen valiosos aportes de nuestro recipiendario que revelan su constante vocación por el bien común. Ayer mismo, en una lección, realmente magistral, que dio en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, nos ilustró, con su sabiduría y experiencia, acerca de las nuevas regulaciones europeas.

Por todo ello, le damos la más cordial acogida a Santiago MUÑOZ MACHADO como Miembro Correspondiente de esta Corporación y pasamos a escuchar su autorizada palabra.◆

LOS PODERES DE OFICIO DEL JUEZ ADMINISTRATIVO

POR SANTIAGO MUÑOZ MACHADO (*)

Señor Presidente, señores Académicos,

Asumo el honor enorme que me conceden al llamarme para formar parte de esta ilustre Academia con humildad y responsabilidad. Lo primero porque sé que los méritos que han visto en mí, al decidir elegirme, son en gran medida el simple reflejo de la generosidad con que han evaluado mi actividad de profesor, escritor y abogado, que mi amigo y admirado colega, el profesor Juan Carlos Cassagne, les ha explicado con tanto entusiasmo y afecto. Responsabilidad, digo también, porque pueden tener por seguro desde hoy que exhibiré con orgullo en cualquier lugar donde tenga oportunidad de hacerlo mi condición de Académico correspondiente de esta corporación, y que contribuiré siempre, en la medida de mis fuerzas, a engrandecer su prestigio y difundir su actividad.

Muchas gracias a todos por su confianza.

Voy a dedicar el tiempo que han puesto a mi disposición para disertar sobre un tema clásico del Derecho Administrativo, quizás el más principal de todos los que han ocupado a los administrativistas desde hace casi dos siglos y que, pese a ello, sigue reclamando nuestra atención como si el tiempo no pasara o ninguna explicación sirviera para resolverlo. Me refie-

(*) Disertación pronunciada por el Académico correspondiente, en oportunidad de su incorporación a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión pública del 8 de noviembre de 2012.

ro a la cuestión de los límites del poder de los jueces para anular o modificar las decisiones de las Administraciones públicas.

Hace apenas dos o tres semanas asistí en Trento al Congreso de los administrativistas italianos, al que fui invitado con otros juristas alemanes y franceses para debatir juntos sobre los poderes de oficio del juez administrativo. Es apreciable la preocupación sentida actualmente por la doctrina europea por explicar adecuadamente esta cuestión ya que algunos códigos nacionales de procedimiento, o la propia jurisprudencia, han reconocido a la Jurisdicción contencioso-administrativa facultades renovadas, que puede ejercer incluso al margen de las pretensiones de las partes, para adoptar medidas provisionales, dictar mandamientos concernientes a las actuaciones de las Administraciones públicas, valorar sus motivaciones y sustituirlas, matizar el alcance de las declaraciones de nulidad, imponer condicionamientos a los acuerdos administrativos, etc. Nunca los tribunales habían tenido poderes más amplios para evaluar, corregir e incluso sustituir las decisiones administrativas, ni facultades más completas para hacer ejecutar sus resoluciones.

Entre estas preocupaciones modernísimas en relación con el poder del juez y las primeras construcciones doctrinales sobre esa misma cuestión, que proceden del último tercio del siglo XIX, ha discurrido toda la historia del Derecho Administrativo de los países del continente europeo.

El primero que, en Francia, planteó la cuestión de los poderes del juez, para elaborar una teoría general del contencioso-administrativo, fue Edouard Laferrière. En su *Traité de la Jurisdiction Administrative et des recours contentieux* (la segunda edición, en dos vols., es de 1896) caracterizó los recursos administrativos tomando como referencia justamente el poder del juez. La gran construcción de Laferrière, que se ha mantenido vigente en Francia hasta hoy mismo, distinguió entre el “contencioso de plena jurisdicción” y el “contencioso de anulación”. En el primero, el juez administrativo ejerce los poderes más amplios ya que resuelve controversias entre la Administración y los demandantes como lo harían los tribunales ordinarios. En el contencioso de anulación, en cambio, los poderes de los jueces se limitan a la anulación de los actos ilegales de la Administración. El contencioso de anulación prototípico es el denominado “recurso por exceso de poder”. Laferrière puso especial cuidado en estudiar las características de este recurso cuya existencia misma alabó como una

creación intelectual prodigiosa, considerándolo el mejor remedio imaginable para la defensa de la legalidad.

Esta gran clasificación mantenida, insisto, hasta hoy mismo, fue enriquecida en el siglo XX por las obras de Léon Duguit y Marcel Waline, que propusieron distinguir entre un “contencioso objetivo” y un “contencioso subjetivo”. La separación de uno y otro está basada en las pretensiones que se sostienen ante el juez. Es objetivo el recurso si lo que se plantea, estrictamente, es la cuestión de la conformidad de un acto administrativo con la legalidad. Es subjetivo si las pretensiones del recurrente se refieren al reconocimiento de un derecho.

También esta clasificación está plenamente vigente en Francia. Aunque es perfectamente complementaria con las formulaciones de Laferrière, que también siguen teniendo un valor referencial.

Los poderes del juez se configuraron, a lo largo de los años en la jurisprudencia, de modo mucho más restrictivo en un tipo de recurso que en el otro.

Laferrière explicó en su *Traité* que el recurso por exceso de poder es un “proceso contra un acto”, expresión que ha sido siempre la más repetida para sostener que dicho recurso es de carácter objetivo. Las pretensiones que se sostienen se dirigen a la declaración de ilegalidad de un acto, pero no que el juez reconozca la titularidad de algún derecho del reclamante frente a la Administración. La peculiar posición que tiene el demandante en el recurso por exceso de poder llevó a Hauriou a afirmar que juega el mismo papel que “el Ministerio Público persiguiendo la represión de una infracción”. También es ésta una imagen que ha sido muchas veces utilizada. Laferrière dijo que realmente no hay partes en este proceso, “en el sentido jurídico de la palabra”. Lo afirmó pensando que sólo merecen tal condición quienes sostienen la defensa de un derecho, aunque evidentemente se trataba de una afirmación bastante exagerada.

Dado el objeto del proceso, sólo es admisible la reclamación si se pretende la anulación de un acto ilegal. El papel del juez concluye en la estimación o no de tal reclamación. Sus poderes están, por tanto, muy limitados. Aunque es fundamental este recurso para controlar las decisiones administrativas, su función, como dijo el Consejo de Estado en el Arrêt *Lamotte* de 1950, consiste en asegurar “el respeto de la legalidad”. Los pa-

rámetros fácticos y legales que tiene que utilizar el juez para resolver son los que existían en el momento en que el acto se dictó.

Y, en fin, dada la elevada finalidad que el contencioso tiene, se entiende que la jurisprudencia lo haya revestido de características conducentes a dotarlo de la mayor eficacia. Se considera que es un recurso de utilidad pública, que debe ser fácil de utilizar y, por tanto, que no requiere una legitimación especialmente intensa. Además, tiene que tramitarse con la mayor urgencia posible y, una vez interpuesto, el recurrente no puede desistir. Tampoco puede renunciar al beneficio de cosa juzgada ya que ésta contendrá una declaración sobre la legalidad no disponible para un sujeto privado.

Frente a estas características, el recurso de plena jurisdicción es la expresión clara de un contencioso de carácter subjetivo. El juez puede, en este caso, sustituir las decisiones de la Administración por las suyas propias, atendiendo, cuando proceda, las pretensiones del demandante.

A lo largo de los años el recurso de plena jurisdicción ha evolucionado, presentando en la actualidad variaciones que han determinado su configuración como un recurso en el que se puede debatir ampliamente no sólo sobre el reconocimiento de derechos subjetivos, sino al mismo tiempo también sobre cualquier clase de infracción de la legalidad.

En la actualidad, son los recursos de plena jurisdicción y no los de exceso de poder los que se utilizan para controlar todas las decisiones administrativas que de algún modo afectan a los intereses particulares.

Este ensanchamiento de la plena jurisdicción ha determinado que la doctrina francesa se plantee si realmente en el Derecho francés está declinando el recurso por exceso de poder, que había venido ocupando un lugar central en el control de la legalidad de la actuación administrativa. Los autores que mejor han estudiado el contencioso, como René Chapus, niegan esa circunstancia y sostienen que la convivencia entre ambos tipos de recursos está asegurada por años.

La transformación del contencioso de plena jurisdicción ha contribuido a ampliar, sobre todo a partir de los últimos años del siglo XX, el poder del juez administrativo. Pero un acontecimiento legislativo del período de entresiglos ha venido a reforzarlo aún más. Los lentos progresos de la jurisprudencia, en la dirección indicada, fueron acelerados por dos leyes

de 1980 y 1995 que ampliaron las atribuciones de los jueces para hacer efectiva la ejecución de sus sentencias. Pero, sobre todo, ha sido la Ley de 30 de junio de 2000 la que ha reforzado los poderes del juez al innovar la técnica denominada *référé*, concerniente a las medidas cautelares que pueden solicitarse a la jurisdicción administrativa y acordarse por ella.

En las exposiciones recientes sobre las transformaciones de la Justicia administrativa se describe el triunfo final de un tipo de proceso centrado en la tutela de los derechos frente al poder. El balanceamiento entre el recurso objetivo y el subjetivo se habría desplazado finalmente a favor de este último. El interés por la legalidad se mantiene, pero se sitúa en un segundo plano. La anulación de los actos ilegales resulta de la necesidad de eliminar obstáculos a la plenitud de los derechos individuales, más que a la simple salvaguarda de la legalidad. Los demandantes defienden sus posiciones jurídicas individuales y sólo secundariamente, reaccionalmente, reclaman contra las violaciones de la legalidad. Pareciera, finalmente, que el poder del juez administrativo para salvaguardar el interés general se concreta ahora en la defensa preeminente de los derechos individuales.

No puede negarse, desde luego, que una parte de las descripciones que he resumido son indiscutibles: la protección de los derechos subjetivos se ha ampliado, y los poderes de la jurisdicción han superado todas las limitaciones mantenidas en los códigos de procedimiento y la jurisprudencia mayoritaria hasta las dos décadas finales del siglo XX.

Es más discutible, sin embargo, que estemos asistiendo al triunfo del recurso subjetivo frente al objetivo por la bien sencilla razón de que tal distinción, procedente de la doctrina francesa, no ha tenido nunca vigencia en la mayor parte de los países de su entorno, y desde luego no en España, donde ni tales categorías ni las parangonables de recurso de plena jurisdicción y recurso de anulación han sido reconocidas nunca. La configuración de los recursos contenciosos en la mayor parte de los países europeos ha sido de carácter mixto, de modo que las partes han ejercido con naturalidad en el mismo recurso pretensiones anulatorias y de plena jurisdicción, que nuestras leyes denominan tradicionalmente pretensiones de satisfacción de una situación jurídica individualizada.

Discrepo, por tanto, de las tesis que sostienen que el fundamento de los cambios en la justicia administrativa radiquen en el triunfo final del recurso de plena jurisdicción. No es eso, ni se trata de un simple incremento

del poder del juez. La explicación constitucional de lo que ha estado ocurriendo con la jurisdicción en las últimas décadas es distinta.

Mi tesis es que durante el siglo XIX la Jurisdicción contencioso-administrativa no alcanzó a tener nunca el monopolio de la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, sino que tuvo que compartirla durante decenios con la propia Administración activa, que retuvo potestades de naturaleza jurisdiccional. Desde mediados del siglo XX esas facultades administrativas de naturaleza jurisdiccional han ido desapareciendo hasta que, en la actualidad, ha quedado consagrado lo que, en un ensayo que publiqué hace años, denominé *la reserva de jurisdicción*, es decir la exclusión total de cualquier interferencia o compartición por la Administración de la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

La idea de que la propia Administración detenta el poder de juzgar sus propias actuaciones cuando colisionan con los derechos de los ciudadanos o, en su caso, puede compartir con la Jurisdicción contencioso-administrativa algunos aspectos decisivos de dicha tarea, está vinculada al origen de la justicia administrativa, tanto en Francia como en España.

Es bien conocida la formación del sistema contencioso-administrativo en Francia. Los debates desarrollados en la Asamblea Constituyente concluyeron en la famosa Ley de Organización del Poder Judicial de 16-24 de agosto de 1790, cuyo artículo 13 declaró: "Las funciones judiciales son distintas y permanecerán siempre separadas de las funciones administrativas. Los jueces no podrán, bajo pena de prevaricación, perturbar de cualquier manera que sea las operaciones de los cuerpos administrativos ni citar ante ellos a los administradores por razón de sus funciones". Antes de llegar a esta conclusión, el debate sobre cómo organizar el control de las decisiones administrativas conoció posiciones señaladamente judicialistas, que ya figuraban en los *cahiers de doléances* y que eran la lógica consecuencia del principio de unidad de jurisdicción que defendió siempre la mayoría de la Asamblea. El Informe Bergasse de 17 de agosto de 1789 asumió también esta concepción. Personajes influyentes como Siéyès y Chabroud se manifestaron en favor de la competencia general de la jurisdicción ordinaria. Pero la insistencia de algunos en crear una jurisdicción especializada hizo difícil llegar a un punto de acuerdo, que no se alcanzó realmente hasta la aprobación de la citada Ley de 16 de agosto. La sorprendente solución consistió en la atribución del contencioso-administrativo a los propios cuerpos administrativos y a los tribunales de

distrito. Pesó mucho en esta solución, como ha explicado J. Chevallier, la desconfianza existente ante los tribunales ordinarios, la preocupación por asegurar que la Administración contara con libertad e independencia suficiente para cumplir sus importantes misiones de interés general, y, en fin, la asunción de una tradición que procedía del Antiguo Régimen, según la cual “*juger l’administration c’est encore administrer*”. El sistema se completaría por Napoleón con la creación del Consejo de Estado en el artículo 52 de la Constitución de 22 de febrero del año VIII.

En España no se plantearon dudas semejantes a las francesas acerca de la atribución a los tribunales ordinarios de la función de control de la actividad administrativa. El Decreto I de 24 de septiembre de 1810, estableció por primera vez el principio de separación de poderes asignando en exclusiva al poder judicial la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Y la Constitución de Cádiz, siguió los mismos principios de la separación e independencia de la Justicia. La Constitución asumió la supresión de los fueros especiales o privilegiados y sometió todos los contenciosos a la Justicia ordinaria. Pero para reforzar la unidad jurisdiccional, un Decreto de 20 de mayo de 1813 incluso suprimió la jurisdicción especial de Hacienda.

Sin embargo, la orientación judicialista del control de la Administración en la Constitución de Cádiz fue, en verdad, puramente nominal y transitoria.

Durante los años treinta, y hasta la instauración en España de la jurisdicción contencioso-administrativa mediante las Leyes de 2 de abril y 6 de julio de 1845, abundan los testimonios, tanto legales como jurisprudenciales y doctrinales, acerca de las muchas excepciones y cuidados que se pusieron para evitar que el enjuiciamiento de las decisiones administrativas pudiera corresponder abiertamente a la Justicia ordinaria.

Autores influyentes de la época como Posada Herrera, Silvela o Alejandro Oliván, se manifestaron contra la facultad de los tribunales ordinarios de intervenir en la resolución de controversias de carácter administrativo, justificando la excepción en que no era pertinente confundir la facultad de resolver sobre derechos civiles de los individuos y la concerniente a los asuntos de carácter político administrativo. Estos últimos asuntos corresponden a la Administración y no debe interferirse en ellos la Justicia. Las mismas ideas se repiten en autores como Ortíz de Zúñiga, García Goyena o Gil de Zárate.

En la práctica, en lugar de entregar el conocimiento de los asuntos administrativos a los tribunales, se optó por dos soluciones transitorias, hasta que se crease la jurisdicción contencioso-administrativa: la primera confiar su resolución a las jurisdicciones especiales de carácter administrativo que, ya desde el Antiguo Régimen, resolvían las controversias que se suscitaban en las principales ramas de la actividad administrativa. En este sentido, la jurisdicción de Hacienda, que había suprimido el Decreto de 1813 ya citado, fue repuesta inmediatamente. Una Real Orden de 24 de junio de 1837 justificaría el mantenimiento de tal jurisdicción especial en que era indispensable para la buena administración del Estado y el rigor y exactitud en la recaudación de las ventas y contribuciones.

Otra vía para evitar las intervenciones de los jueces y tribunales ordinarios fue atribuir la resolución de los conflictos que se generaran exclusivamente a la propia Administración. Quizá la expresión más llamativa y rotunda, de esta concepción del control de la Administración a través de sus propios órganos, esté en el discurso que pronunció en las Cortes el Ministro Moscoso de Altamira con ocasión de la presentación del Proyecto de nuestra primera Ley de Expropiación Forzosa, que se aprobaría el 17 de junio de 1836. Manifestó el Ministro que, aún a riesgo de actuar como juez y parte, mientras que no se establecieran en España los tribunales que deben entender de los asuntos administrativos, las controversias que se suscitaran con motivo de las medidas expropiatorias serían resueltas por la propia Administración.

En definitiva, durante la primera mitad del siglo XIX, aunque las Constituciones españolas proclamaran el principio de unidad de jurisdicción y eliminaran los fueros especializados, la realidad es que la resolución de las controversias a que dio lugar la actuación administrativa correspondió habitualmente a la propia Administración activa o a los juzgados privativos, de naturaleza también administrativa.

Las Leyes de 2 de abril y 6 de julio de 1845, que organizaron la jurisdicción contencioso-administrativa, atribuyeron al Consejo Real, luego redenominado Consejo de Estado y a los Consejos Provinciales las funciones contencioso administrativas. Los primeros tenían jurisdicción delegada, y el Consejo Real jurisdicción retenida. Los actos impugnables se determinaban mediante una lista cerrada.

Esta combinación se mantuvo cuando se cambió el paradigma y renovó en España definitivamente la jurisdicción contencioso-administrativa

trasladando las competencias hacia una jurisdicción especializada, integrada por jueces independientes.

Ocurrió esto último con la aprobación de la Ley de 13 de septiembre de 1888, conocida en nuestro país como Ley de Santamaría de Paredes por el Diputado y administrativista que se encargó fundamentalmente de su elaboración y defensa ante las Cortes. Aunque todavía mantuvo la competencia contenciosa el Consejo de Estado, también esta singularidad, procedente del contencioso francés, desaparecería con la Ley de 5 de abril 1904, año en el que una Ley transfirió dichas competencias del Consejo de Estado al Tribunal Supremo.

Esa Ley de 1888 instauró lo que ya entonces se denominó un “sistema armónico”, que conjugó los intereses de todos los grupos políticos en relación con las formas de control de las actuaciones administrativas. La opción entre la jurisdicción retenida y la jurisdicción delegada, es decir, el reconocimiento a los tribunales de facultades de simple propuesta o de resolución de los contenciosos, se resolvió a favor de la jurisdicción delegada, que incrementaba el poder de la justicia administrativa. Pero a cambio muchos asuntos quedaban exentos de todo control, como fue el caso de los actos discrecionales, entre los cuales, todos los reglamentos y disposiciones administrativas. El contencioso-administrativo se configuró como un “proceso al acto” y el acceso a la jurisdicción se condicionó por la necesidad de plantear las mismas cuestiones litigiosas previamente ante la propia Administración.

Todo lo cual implicaba que la función jurisdiccional no correspondía exclusivamente a los órganos a los que estaba encomendado la resolución de los contenciosos, sino también parcialmente a la propia Administración activa. Entre las formas de participación en dicha función, quizá la más relevante concernía a la ejecución de sentencias. La Administración retuvo la exclusiva responsabilidad de ejecutar las sentencias condenatorias que dictaran los tribunales, lo cual le otorgó durante muchos años una gran disponibilidad respecto de la ejecución efectiva de lo juzgado. En los debates de la Ley de 1888 se produjo una intervención del Conde de Torreaznar, que expresaba la importancia de esa participación en la función judicial por la Administración condenada, de un modo inigualablemente ilustrativo de los pactos alcanzados: “Se convino —dijo— que el Partido Conservador renunciara a la jurisdicción retenida, aceptando la jurisdicción delegada, y que el Partido Liberal-Democrático

consintiera en sujetar esta jurisdicción a ciertos recursos que la hicieran inofensiva”.

Esta caracterización del contencioso-administrativo se justificó, durante más de siglo y medio, en la conveniencia de evitar las interferencias de los jueces en el ejercicio de la función ejecutiva y en la idea de la preservación del interés general es cosa distinta de la función de juzgar. Cuando se juzga a la Administración no se trata solamente de resolver controversias, sino también, al tiempo, de velar por la satisfacción adecuada de los intereses generales. Por ello, debían excluirse ciertos asuntos de las decisiones de la jurisdicción contencioso-administrativa y también, en casos en que la definición del interés general estaba comprometida, deberían modularse convenientemente las atribuciones de la Justicia, incluso evitando la ejecución de los fallos condenatorios contra la Administración.

Esta ideología del contencioso fue sustituyéndose en España a partir de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 27 de diciembre de 1956.

Pero el impulso final hacia una nueva concepción de la jurisdicción contencioso-administrativa lo dio la Constitución de 1978, desarrollada diez años después por la vigente Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 13 de julio de 1998.

La Constitución consagró en el artículo 24 en términos explícitos el derecho de todos los ciudadanos a la tutela judicial efectiva de sus intereses legítimos. Proclamó en su artículo 103 que toda la actividad administrativa está sometida a la ley y al derecho. En el artículo 106 que la jurisdicción contencioso-administrativa es la competente para verificarlo. Y, en fin, en el artículo 117.3, que corresponde a los jueces y tribunales la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, así como la Ley de 1998, fortalecieron la jurisdicción contencioso-administrativa para asegurar la legalidad de la actuación administrativa y garantizar los derechos de los ciudadanos en términos que pueden resumirse del modo siguiente:

Primero, se amplió la legitimación para recurrir. Algunos tipos de procesos contencioso-administrativos, en el sistema de la Ley de 1956, requerían la invocación de la vulneración de un derecho subjetivo. En la

actualidad, de acuerdo con el artículo 24 de la Constitución, basta con la afectación de un interés legítimo.

Segundo, han desaparecido todas las excepciones a la justiciabilidad de las actuaciones administrativas. Cualquiera que sea la forma que éstas revistan, resultan recurribles. No hay ninguna restricción para la impugnación de normas reglamentarias, ni actos políticos del gobierno, ni actos de naturaleza discrecional.

Tercero, se ha matizado notablemente el privilegio de la ejecutividad de los actos administrativos que, en la legislación española, consagran los artículos 57.1 y 94 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas de 26 de noviembre de 1996. Aunque el Tribunal Constitucional ha establecido que el privilegio de la ejecutividad y de la ejecución forzosa son plenamente compatibles con la reserva a los tribunales, en el artículo 117.3 de la Constitución, de la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, la misma jurisprudencia, a partir sobre todo de la Sentencia 66/1984, de 6 de junio, estableció la necesidad de proceder a una interpretación de los textos legales concernientes a la ejecutividad. La doctrina ahora consolidada establece que cuando los destinatarios de un acto administrativo lo recurren, oponiéndose a la ejecución, no puede llevarse ésta a cabo antes de que el tribunal competente decida acerca de la adopción de una medida cautelar de suspensión de la eficacia del mismo.

Cuarto, han progresado también las potestades de los jueces y tribunales de lo contencioso-administrativo para adoptar medidas provisionales de carácter cautelar en relación con las actuaciones administrativas impugnadas. El Tribunal Constitucional ha declarado en muchas ocasiones que la justicia cautelar forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva.

En quinto y último lugar, después de la Ley de 1998 se ha dado la máxima amplitud a las facultades jurisdiccionales de ejecutar las sentencias condenatorias de la Administración. El derecho a la tutela judicial efectiva, que declara el artículo 24.1 de la Constitución, está vinculado con la facultad de los tribunales de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, que comprende la adopción de todas las medidas que sean pertinentes para conseguir el estricto cumplimiento del fallo.

La gran transformación de la justicia contencioso-administrativa que resulta de lo expuesto, perfectamente parangonable con las mismas expansiones que se han producido en la justicia administrativa francesa,

alemana e italiana, entre otros países europeos, en los últimos años del siglo XX, suponen la realización final del principio de reserva de jurisdicción que más atrás he enunciado y, en consecuencia, la exclusión definitiva de cualquier forma de participación por parte de la Administración Pública en el ejercicio de la función jurisdiccional. Son definitivamente los jueces y tribunales los dueños del contencioso y los titulares formales y materiales de la función constitucional de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. La reserva de jurisdicción está constitucionalmente concebida, además, según resulta de su regulación en la legislación y la jurisprudencia en nuestro tiempo, de un modo más estricto y absoluto, que cualquiera otra de las reservas establecidas en la Norma Fundamental. Muy especialmente, la reserva de ley, que supone también la atribución del monopolio de la función de legislar a favor de los parlamentos, pero que no excluye posibilidades de delegación o habilitación en favor de las Administraciones Públicas para que participen en las tareas legislativas adoptando disposiciones generales complementarias. Este tipo de renunciaciones o apelaciones a la colaboración de la Administración, en una función propia de otro poder, no existen o son completamente excepcionales, y siempre sin comprender potestades resolutorias, en el caso de la reserva de jurisdicción.

Fijada así la reserva de jurisdicción, que implica la plenitud del dominio de la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, el reto de nuestro tiempo radica en el mantenimiento del equilibrio conseguido entre las funciones jurisdiccionales y las administrativas, evitando que los jueces sustituyan a la Administración o participen en el ejercicio de sus tareas, invirtiendo aquella original situación, que ya he descrito, en la que la Administración participaba en las funciones de aquéllos.

A este problema se refiere justamente la cuestión de los poderes de oficio de los jueces y tribunales administrativos, que han dado título a mi disertación.

Los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa no solo evalúan la actuación administrativa, para decidir sobre su adecuación a la legalidad, o declaran o preservan derechos de los ciudadanos, sino que también aprecian las exigencias del interés general y resuelven en consecuencia situándose más allá del contenido de las pretensiones sostenidas por las partes en el proceso, es decir, sin atenerse estrictamente al principio de rogación.

Esta tendencia de la jurisdicción requiere algunas aclaraciones a las que dedicaré el período final de mi discurso.

El mencionado principio de rogación está recogido en la Ley Jurisdiccional española de 1998 en el artículo 33.1, que establece: “Los órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo juzgarán dentro del límite de las pretensiones formuladas por las partes y de los motivos que fundamenten el recurso y la oposición”. El artículo 56.1 de la misma Ley indica que serán los escritos de demanda y de contestación donde se consignen los hechos, los fundamentos de derecho y las pretensiones que se deduzcan por las partes.

No obstante, la ley reconoce excepciones: entre ellas, por ejemplo, si el juez, antes de dictar sentencia, estima que existen otros motivos en los que puede fundarse el recurso o la oposición, debe exponerlos a las partes concediéndoles un plazo de diez días para que formulen alegaciones (artículo 33.2 LJCA). Si el tribunal observa que se han impugnado determinados preceptos de una disposición general, pero que es necesario extender el enjuiciamiento a otros por razones de conexión o consecuencia, debe ponerlo de manifiesto a las partes (artículo 33.2 LJCA). Los jueces y tribunales pueden aceptar, a instancia de parte, la acumulación de pretensiones, aunque hayan sido sostenidas en recursos diferentes. Pero también disponen de facultadas para acordar de oficio forzosamente la acumulación (artículo 37.2 LJCA).

La apreciación del interés general, más allá de las pretensiones de las partes y de las circunstancias estrictamente previstas en las leyes, se hace aun más visible cuando se solicitan de los jueces y tribunales de lo contencioso-administrativo medidas cautelares. De acuerdo con el artículo 129 y siguientes de la LJCA el objeto principal de la medida cautelar es la salvaguarda del “*periculum in mora*”; es decir el riesgo de que cuando se alcance la sentencia, sea ésta ineficaz por inútil porque no pueda reparar la lesión jurídica o patrimonial producida por el acto administrativo recurrido. A efectos de adoptar o no la medida cautelar, el órgano judicial debe valorar los intereses en conflicto (el interés público y los de las partes del proceso) y se adoptarán cuando “la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su eficacia legítima al recurso”. Se denegará la medida cautelar cuando pudiera causar perturbación grave de los intereses generales o de tercero (artículo 130.1).

La Ley de 1998 otorga, por tanto, una amplio arbitrio a los jueces y tribunales para adoptar o no las medidas cautelares. Pero también para decidir cuáles son las que resultan pertinente imponer. Las más habituales consisten en la suspensión de la eficacia de los actos administrativos impugnados, pero la gama de las medidas posibles es muy amplia y ni siquiera, en derecho español, al contrario de lo que ha ocurrido en Francia a partir de la Ley de 2000, existe una regulación básica de las medidas esenciales, que en aquel país se ordenan a través de la institución del *référé*, como ya he indicado.

Durante la instrucción del proceso también son los jueces y tribunales los dueños del procedimiento y pueden, por tanto, acordar las medidas que sean precisas para el mejor conocimiento de los hechos. Es facultad del tribunal acordar el recibimiento del proceso a prueba, incluso de oficio y, también de oficio decidir la práctica de las pruebas que estime pertinentes para la más acertada decisión del asunto (artículo 61.1 LJCA).

En la fase final o resolutoria del procedimiento, se manifiestan expresivamente los poderes de oficio de la jurisdicción. Cuando, concluida la tramitación el juez o tribunal considere preciso que se traten en el acto de la vista o conclusiones motivos relevantes para el fallo y distintos de los alegados, lo pondrá en conocimiento de las partes dándoles un plazo de diez días para que aleguen sobre ello (artículo 65.2 LJCA).

El procedimiento puede terminar sin llegar a la sentencia, cuando desista el recurrente, se allane la Administración demandada a las pretensiones de la parte actora, o reconozca aquella en vía administrativa las pretensiones del demandante.

Pero preceptos de la ley que regulan estas formas de terminación del procedimiento (artículos 74 y siguientes) siempre excluyen que el desistimiento, el allanamiento o el reconocimiento extraprocesal de las pretensiones del demandante, puedan ser determinantes de la conclusión y el archivo si ocurre que ello supone una infracción manifiesta del ordenamiento jurídico, De modo que en todos estos, los jueces y tribunales, más allá de las pretensiones de las partes y de las valoraciones del interés general que lleve acabo la Administración general pueden adoptar de oficio sus propias decisiones.

Lo mismo ocurre en los supuestos en los que se propone al juez o al tribunal la finalización de la controversia por haber alcanzado las partes un acuerdo transaccional (artículo 77).

También son visibles las facultades de oficio del juez al dictar la sentencia.

El artículo 71 de la LJCA solamente impone la siguiente restricción: “Los órganos jurisdiccionales no podrán determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición en sustitución de los que anulen ni podrán determinar el contenido discrecional de los actos anulados”.

Mientras que la prohibición de que la sentencia proponga una nueva redacción de la disposición anulada es clara, la cuestión de si es posible o no sustituir el contenido discrecional de los actos anulados es controvertida en la jurisprudencia y la doctrina. Depende del grado de determinación legal de las potestades administrativas. Si la decisión a adoptar por la Administración, aunque tenga elementos discrecionales, está fuertemente condicionada por las normas atributivas de la potestad, su discrecionalidad puede controlarse totalmente y reducirse a cero. En tal caso la jurisprudencia acepta, por ejemplo, la sustitución del concursante elegido por otro con mejores méritos, la corrección de la adjudicación de una concesión o un contrato, o la sustitución de una sanción por otra más adecuada. Dos líneas jurisprudenciales pueden mencionarse por ser muy expresivas de lo que comento: la que ha llegado a considerar el interés general como un concepto jurídico indeterminado y, por tanto, controlable por los tribunales; y la eliminación de la discrecionalidad política en todos los casos en que los acuerdos que adopta el Gobierno manejan o aplican conceptos “judicialmente asequibles”.

Una importante muestra de las potestades de oficio de los jueces y tribunales administrativos tiene reflejo en la modulación de las consecuencias de la apreciación de que el acto administrativo recurrido incurre en alguna de las causas de nulidad contempladas en las leyes. La diferencia entre la nulidad y la anulabilidad es, en España como en todos los demás sistemas jurídicos, radical. El acto nulo lo es *ipso iure, erga omnes*, y los efectos de la nulidad son imprescriptibles e insusceptibles de sanación, pueden ser hechos valer por cualquier interesado, y, una vez declarados, tienen efectos *ex tunc*, es decir desde que el acto administrativo fue acordado.

En la práctica, sin embargo, la jurisprudencia contencioso-administrativa ha aproximado de modo muy notable el régimen jurídico de la nulidad y el de la anulabilidad de los actos administrativos. Por ejemplo: se exige la concurrencia de un interés legítimo para impugnar tanto actos nulos como anulables. Los poderes de oficio de los jueces son idénticos en relación con ambas clases de actos (artículo 33.3 LJCA). Algunas sentencias, incluso del Tribunal Constitucional (STC 59/2004 y 126/2005), han admitido la subsanación de actos nulos. En no pocas ocasiones las sentencias que declaran la nulidad de una disposición general mantienen la validez de los actos aplicativos de la misma (artículo 73 de la LJCA). Nuestra Ley de Contratos del Sector Público de 2011 permite que, cuando concurren “razones imperiosas de interés general”, se evite la declaración de nulidad de los procedimientos de contratación, sustituyéndose ésta por la imposición de multas y otras medidas compensatorias elegidas libremente por el juez o tribunal. Se modula por los tribunales muy intensamente la causa de nulidad consistente en la vulneración de derechos y libertades, por más que ésta esté legalmente establecida en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas tras su reforma de 1999. La suspensión cautelar de actos administrativos se aplica tomando en cuenta la regla *firmus boni iuris*, con independencia de que los actos evaluados sean nulos o anulables.

En fin, uno de los aspectos en los que más se han ampliado los poderes de los jueces y tribunales de lo contencioso-administrativo en España es el concerniente a la ejecución de las sentencias condenatorias de la Administración.

Por lo general no puede suspenderse el cumplimiento, ni declararse la inejecución total o parcial del fallo. Pero el juez o tribunal sentenciador puede apreciar circunstancias de imposibilidad material o legal de ejecutar una sentencia y, en tal caso, puede adoptar medidas que aseguren la efectividad de lo acordado, fijando la sustitución parcial de la parte en que sea incumplible la sentencia por indemnizaciones (el Tribunal Constitucional mantiene la doctrina de que la Constitución no ha establecido el principio de identidad total entre lo ejecutado y lo establecido en el fallo: Sentencias 58/1983, de 29 de junio, 109/1984, de 26 de noviembre y 67/1984, de 7 de junio). También es posible que, cuando concurren causas de utilidad pública o interés social, se puedan expropiar los derechos o intereses legítimos reconocidos en una sentencia frente a la Administración. Los supuestos son extremos (alteración grave del ejercicio de los

derechos, temor fundado de guerra o quebranto de la integridad del territorio nacional), pero si el tribunal los aprecia, también podrá acordar una indemnización sustitutoria del contenido del fallo (artículo 105 de la LJCA).

Cuando la sentencia condena a la Administración al pago de una cantidad líquida, puede adoptar todas las medidas que crea necesarias para asegurar que se producen las modificaciones en el presupuesto de la Administración, si no hay crédito para atender el pago, acordar la ejecución forzosa e incrementar en dos puntos el interés legal en caso de falta de diligencia en el cumplimiento. También puede adoptar medidas de aplazamiento o elegir otras formas menos gravosas de ejecución cuando el pago de la cantidad en que consiste la condena pueda producir “trastorno grave” de la Hacienda de la Administración condenada (todo ello en el artículo 106 LJCA).

En los supuestos en que la Administración es condenada a realizar una determinada actividad, el juez o tribunal puede, en caso de incumplimiento, ejecutar la sentencia por sus propios medios o ejecutarla subsidiariamente a través de las autoridades o agentes de la Administración condenada o de otras Administraciones públicas (artículo 108 LJCA). El juez o tribunal responsable de ejecutar el fallo puede adoptar decisiones concernientes a la ejecución de la sentencia, referidas a la identificación del órgano administrativo responsable de las actuaciones necesarias, el plazo para el cumplimiento, los medios y el procedimiento a seguir (artículo 109 LJCA).

El análisis precedente, sobre las transformaciones de la justicia administrativa durante los años finales del siglo XX y primeros del siglo XXI, permite concluir que, a mi juicio sin duda alguna, el nuevo paradigma no consiste en la sustitución definitiva de los recursos objetivos por otros de carácter subjetivo orientados fundamentalmente a la salvaguarda de los derechos de los ciudadanos frente a la actuación de la Administración, corrigiendo también, de modo reaccional, las vulneraciones de la legalidad en que aquélla incurre.

El fenómeno es más amplio y más complejo porque ha implicado:

En primer lugar, la consagración plena de la reserva de jurisdicción, que supone, por una parte, el monopolio estricto del ejercicio de la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, eliminando todas las formas tradi-

cionales de participación de la Administración pública en su ejercicio, que presentaba una amplia gama de manifestaciones: desde el carácter incondicional del privilegio de la ejecutoriedad de los actos administrativos, a la limitación de las medidas cautelares, de la exclusión de control de algunos tipos de actos a la asunción privilegiada de la competencia para la ejecución de las sentencias condenatorias.

También la reserva de jurisdicción ha supuesto una ampliación de las garantías de los derechos de los ciudadanos, conseguida sobre la base de someter sin excepciones a control jurisdiccional todas las actuaciones administrativas, y poder conseguir de los tribunales medidas cautelares adecuadas para evitar el *periculum in mora* y la irreversibilidad de las lesiones producidas por las actuaciones administrativas ilegales.

En segundo lugar, no obstante la función de garantía de los derechos, la legalidad sigue siendo el parámetro y el referente que enmarca la función de control de la Administración por la jurisdicción contencioso-administrativa. Esta delimitación de la teoría de los jueces no sólo no ha decaído como consecuencia de la subjetivización del recurso contencioso, sino que se han ampliado las hipótesis en las que, tanto en la iniciación como en la instrucción y terminación del proceso y en la ejecución de sentencias, la legalidad vincula más fuertemente a los jueces y tribunales que las pretensiones de las partes. Al margen de éstas, los jueces y tribunales deben actuar y resolver conforme a la legalidad exige.

Y en tercer lugar, la legislación y la jurisprudencia contencioso-administrativa, así como su práctica, demuestran que cada vez son más habituales las evaluaciones por parte de los jueces del interés general, tanto cuando está totalmente concretado en normas que, por su densidad, definen el contenido reglado de los actos administrativos, como en otras hipótesis en las que la apreciación del interés general debe hacerse dentro de márgenes de discrecionalidad más o menos amplios. Esa ampliación del papel de la jurisdicción la sitúa a veces en una posición equiparable a la de la Administración misma ya que las decisiones que adopta resultan ser materialmente de carácter administrativo.

Es curioso constatar cómo esta última expansión de la jurisdicción contencioso-administrativa cierra un ciclo que se inició cuando, en los albores del constitucionalismo europeo, se permitió a la propia Administración que ejerciera funciones materialmente jurisdiccionales. Las trans-

formaciones de la justicia administrativa y la implantación del principio de reserva de jurisdicción han eliminado del todo dicho paradigma, pero va avanzando poco a poco la proposición contraria: los jueces sustituyen a la Administración.

El principio *juger l'Administration c'est encore administrer* ha estado siempre presente en la justicia administrativa. En sus orígenes fue determinante de que se matizara la separación de poderes para permitir una participación de la Administración en funciones materialmente judiciales, tanto cuando la justicia correspondió a órganos administrativos como en Francia, como cuando se atribuyó a la jurisdicción ordinaria especializada en el contencioso.

Pasados dos siglos, el principio sigue presente, pero ahora está tomando la posición invertida: juzgar a la Administración no permite a los órganos administrativos juzgar, pero sí está empezando permitir a los jueces y tribunales administrar.

El camino está abierto, y para que no se haga insoportable, como fue la prepotencia de los jueces durante el Antiguo Régimen, los poderes de oficio que ahora manejan deben ser utilizados con una fuerte autorrestricción y evitando los abusos.

En todo caso, la conclusión que quería establecer hoy es que el principio “juzgar a la Administración es también administrar” resulta ser una regla que, usada en posición favorable a la Administración o interpretada en su versión favorable a los jueces, parece llamada a dominar inevitablemente la organización y funcionamiento de la justicia administrativa de modo permanente y en cualquier época. ♦

II

COMUNICACIONES EN SESIONES PRIVADAS

EL VALOR DE LA CONSTITUCIÓN A TRAVÉS DE LA HISTORIA DE LA REPÚBLICA ARGENTINA

POR JORGE REINALDO VANOSI (*)

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 ideas 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: sólo en 1852-53

(*) Disertación del Académico, en la sesión privada extraordinaria realizada en oportunidad de recibir al Director del Instituto de Estado y Derecho de la Academia de Ciencias de Rusia, doctor Andrei Sisitsyn-Svetlanov, el 3 de mayo de 2012.

culminará esa obra gigantesca, previa etapa de honda meditación y selección del pensamiento, a cargo de la brillante generación del 37. Pero la organización nacional llega sin la unión nacional, que no se concretará sino a posteriori de la Batalla de Cepeda, la Convención Constituyente de 1860 *ad hoc*, y de la Batalla de Pavón, exhibiendo el resultado de los tres poderes en funcionamiento y de las 14 provincias reunidas bajo la misma autoridad. Pero quedará aun en suspenso un problema particularmente difícil: el de la Capital Federal. Aquello que lleva a Alberdi a decir que recién en 1880 se puede hablar de una *consolidación* de las instituciones nacionales concebidas por la Constitución de 1853. Es decir, veinte años después de la unidad nacional y a casi treinta años de la Constitución.

Ese año de llegada de 1880, comparado con el comienzo, señala un período de setenta largos años de vicisitudes institucionales, que fueron jalando un muy complicado y muy complejo proceso, pero que tampoco podemos decir, en realidad, que culmina allí, porque a partir del 80 nuevos problemas se plantean, como que estaban todavía pendientes algunas cuestiones, entre ellas la nada sencilla de resolver, que era la de la soberanía popular. Esto quería decir la posibilidad de que el sufragio como herramienta de elección y decisión pasara a ser realmente el verdadero motor para la constitución de los poderes nacionales. Y esa lucha, que en 1890 ya comienza a tener exteriorizaciones y exhibir el surgimiento de los nuevos partidos políticos nacionales (los partidos políticos orgánicos) sólo tendrá una satisfacción en la década de 1910, con la famosa reforma electoral del Presidente Roque Sáenz Peña, que bien se ha denominado “la quimera de un romántico” o “la revolución por la urnas”, al abrir la posibilidad de hacer pacíficamente un cambio trascendental, que no era solamente político, sino político y social dentro de la comunidad argentina.

Hasta allí tuvimos lo que podemos calificar como *el reinado inicial o aristocrático de la Constitución*, basado en un régimen que hasta la adopción del sufragio universal tuvo la necesaria intermediación de lo que se han dado en llamar “los notables”, es decir, el sistema preexistente al sufragio universal, igualitario y obligatorio. Y comienza a partir de allí el período de lo que podemos llamar *el reinado democrático de la Constitución*, en que además de existir, al igual que en el período anterior, la totalidad de los poderes coexistentes y en funcionamiento, se suma esa energía o esa savia del sufragio universal. Pero en 1930 comienza el *questionamiento* (poco tiempo antes Leopoldo Lugones había anunciado “la hora de la espada”; en las vísperas los perdidosos habían hablado de “la encrucijada

alevosa del cuarto oscuro”) y poco tiempo después comenzaría por primera vez en la historia constitucional argentina el cuestionamiento no ya del partido en el gobierno, no ya de un gobierno en sí mismo, sino el cuestionamiento al sistema constitucional y a la propia democracia constitucional, tal como fluye evidentemente del pensamiento de Ibarguren y de algunos otros asesores que rodeaban al Presidente Uriburu en aquellos años.

En fin, la historia posterior es muy conocida por todos, y sabemos cómo a partir de ese comienzo de la “desconstitucionalización”, es que se abre un ciclo no del todo cerrado hasta ahora, de verdadera declinación del derecho constitucional argentino, en el que se han sucedido en diversas etapas cuestionamientos a la legitimidad. Esto es algo más hondo y algo más grave que el cuestionamiento o el ataque a la legalidad, porque la legitimidad, como bien ha sido definida por Max Weber, es la *creencia* en una cierta legalidad. Representa pues todo un pensamiento, es todo un sistema de valores, es todo un conjunto o un ideario, en torno a cómo debe ser el sistema institucional de un país. Y eso es lo que se ha cuestionado durante muchas décadas del siglo XX, sin que ninguno de los contestatarios haya podido hasta hoy arbitrar realmente un sistema sustitutivo o equivalente, que asegurando iguales beneficios pudiera tener la misma aceptación y la misma perduración que el anterior.

La misma Constitución que primero tuvo ese reinado de los “notables” y luego ese reinado democrático, posibilitó en todos esos años que van de 1853 hasta 1930, una gran consolidación de los elementos fundamentales del Estado, los que, cabe asegurar, promediando la década de 1880, estaban definitivamente perfilados: la *población*, el *territorio* y el *poder*. Bajo la Constitución y bajo su sistema, se logró la integración territorial con la conquista del desierto y otras zonas que estaban fuera de la bandera de la civilización. Bajo esa Constitución comenzó la gran llegada inmigratoria y su ulterior distribución en el interior del país, que permitió sacarnos del desierto y revertir aquel término de *barbarie* por el de *civilización*, según la famosa antinomia sarmientina. Y bajo la Constitución se consolidaron esos poderes que dieron la posibilidad de que al funcionamiento armónico de los tres elementos sobreviviera el crecimiento de la riqueza y su distribución ulterior, es decir, la capitalización del país y el bienestar general. En fin, con la capitalización de Buenos Aires en 1880, podemos decir entonces que ya estaba todo el armazón en pie y firme, aunque faltaban desde luego algunas implementaciones. Pero la infraes-

estructura y todo aquello que era realmente la base de sustentación, estaba definitivamente lograda y adquirida. También esa Constitución permitió en etapas posteriores un tránsito de lo puramente individualista (que era el pensamiento dominante en los años iniciales) a las elaboraciones gestadas bajo nuevas ideas, con la inspiración del *solidarismo*, y que comenzaron a ser necesarias para dar perfecta cabida a lo que se perfilaba como una doble transformación. Por un lado, el cambio de la *sociedad* argentina a raíz de todo el fenómeno inmigratorio y sus secuelas y, por otro lado, el cambio del propio *Estado* Argentino, cuando había llegado más allá de lo que inicialmente había sido tomado en cuenta. No por casualidad Joaquín V. González y Alfredo Palacios inician el ciclo del pensamiento social en nuestro país, bajo ese signo al cual nos acabamos de referir. El primero, con su proyecto de *Código de Trabajo*, y el segundo no sólo con sus siempre recordadas leyes en el Parlamento, sino con aquel atrevido libro titulado *El Nuevo Derecho*, que marca realmente la tónica respecto de una concepción que venía a reemplazar al puro y esquemático individualismo de los años iniciales. Todo ello fue posible bajo el articulado de la Constitución histórica pues, como muy bien señalaba Palacios, en ninguno de sus artículos se hallaba impedimento alguno para alcanzar esa doble transformación de la sociedad y del estado. Era un problema de interpretación y de aplicación; y era un problema de implementación y de aplicación. Pero bien llevadas ambas cosas, conectadas entre sí, y con una mira clara respecto de los objetivos, era perfectamente posible acompañar con ese armazón institucional al cambio de los tiempos.

Es cierto que la Constitución de 1853 fue anterior al ciclo del “constitucionalismo social” pero permitió, como hemos visto, alcanzar más allá de su época dos difíciles equilibrios, que no muchas constituciones de otras partes del mundo han resistido: el equilibrio, por un lado, de la *libertad* y de la *seguridad*; y el equilibrio, por otro lado, entre la *democracia* y la *eficacia*. Equilibrios que nunca se pueden abandonar y que permanentemente hay que reasegurar a través de nuevos reajustes, porque son equilibrios absolutamente necesarios para que no sólo el estado sino la sociedad misma pueda vivir en paz.

Aquella Constitución tenía la peculiaridad de haber estado muy definida dentro de lo que podemos llamar las grandes clasificaciones de las constituciones que hoy se manejan en el derecho constitucional. En primer lugar, era una verdadera Constitución y no “Carta”, es decir, el producto de una elaboración del pueblo en ejercicio del poder constituyente,

a través de sus representantes. Era una creación representativa de la soberanía, o sea, un acto que en definitiva venía a identificar a gobernantes y a gobernados en el establecimiento de las grandes reglas del juego institucional del país. Aquella constitución era *codificada*. Tenía el enorme valor cívico y educativo de que en sus 110 artículos estuvieran reunidas la totalidad de esas reglas del juego. Aquella constitución era *rígida*, por lo que sólo podía modificarse por procedimientos extraordinarios, que también exigían la participación de la representación popular y una elección previa. Era una constitución que exhibía la gran honestidad de sus autores, al haber proclamado que no pretendían la originalidad. Es lo que se llama una Constitución *derivada*. Sus propios autores decían, en el artículo primero, que “adoptaban” una forma de gobierno preexistente y la “adaptaban” a las modalidades peculiares de nuestro país. No pretendían inventar algo nuevo, dado que era mucho más fecundo para el país aplicar algo ya conocido y experimentado, pero con las debidas adaptaciones a las modalidades propias nuestras. En fin, si bien tenía su ideología subyacente y si bien respondía a creencias muy arraigadas en la generación del 37, desde que esos hombres habían elaborado una decantación muy refinada, también, era una Constitución lo suficientemente *pragmática* como para permitir que nuevas doctrinas y que nuevas modalidades de pensamiento pudieran facilitar la adecuación correspondiente a los tiempos y a los cambios.

Además, había sido una Constitución de *conciliación* y no de imposición, porque como contrapartida de ese disloque y esa fracturación entre diversos períodos de tiempo (que señalábamos antes) teníamos la ventaja de que en definitiva se había llegado a *una síntesis*, que venía a expresar un consenso generalizado y una confluencia de puntos de vista que Alberdi había claramente expuesto cuando hablaba en las *Bases* de la forma de Estado *mixta*. Esa concertación conllevaba las ventajas de las constituciones que no son impuestas y que no son el producto de la mera llegada al poder del partido vencedor, con el total desconocimiento o desaparición del partido vencido. Es decir, que las constituciones concertadas son, como la experiencia lo indica, las más firmes y las más durables, porque no están reposando sobre las calaveras, sino que están reposando sobre la paz de una sociedad donde las ideas se han sedimentado. Y era también una Constitución *sumaria* o *genérica*, que abarcaba los grandes lineamientos, aquello donde era realmente preciso y necesario establecer las reglas del juego. No era una constitución analítica o detallista, porque sus autores tenían bien en claro que la Constitución no era un fin en sí

mismo, sino que era un *medio*, un instrumento especial, una herramienta importante, un medio potenciado, pero un medio al cabo, para alcanzar otros objetivos que eran los que en el “Preámbulo” estaban expresados a través de las grandes finalidades institucionales del *Estado* Argentino como órgano al servicio de los fines del *pueblo* argentino.

Es decir, que ya en aquella época y quizá con anticipación a futuras elaboraciones del pensamiento constitucional, nuestros constituyentes, entendían a la Constitución no como un “catálogo de ilusiones”, no como un repertorio de la legislación ordinaria, no como la conformación o la homologación del pensamiento de un partido o de un grupo vencedor, no como las reglas impuestas por la facción predominante, sino como el gran enunciado institucional de las reglas del juego político y social que una comunidad adopta para un cierto tiempo de su devenir histórico y través de un determinado reparto de competencias, con una proyección de futuro hacia ciertos fines en los que la sociedad vivencia o visualiza su porvenir.

Esa Constitución fue mucho tiempo constitución *formal* y *real*, coincidiendo ambas a la vez, porque esas reglas del juego se podían aplicar. Es decir que eran aptas por su viabilidad, según el grado de desarrollo político y social que el país tenía en ese momento. Y además, estaban comprometidos en su cumplimiento los agentes protagónicos de ese tiempo que, se encargaron en la medida de lo humanamente posible, de darle vigencia y efectividad. Los agentes protagónicos de aquel tiempo eran las principales fuerzas operantes en la comunidad, que reflejaban desde el comienzo de nuestra nacionalidad una diversidad de intereses y de ideas, porque el dato del pluralismo estaba insito en el origen mismo de nuestra existencia libre. La Constitución venía, en definitiva, a protocolizar todo eso que hemos señalado y, sobre todo, a crear una posibilidad de futuro, una idea de futuridad o de proyección que, como bien ha destacado Ortega y Gasset, es absolutamente necesaria desde que las constituciones no pueden limitarse simplemente a consagrar lo existente y a cristalizarlo, sino que tienen que tener un mensaje y un espíritu de motivación para la realización de cosas futuras. Ortega descartaba en 1931, en la reunión Constituyente de las Cortes Españolas, una vieja idea de principios románticos, según los cuales el derecho y la ley (sobre todo una ley institucional) no tienen que ser otra cosa que el reflejo de realidades preexistentes de la sociedad. “Esto ha sido siempre utópico” —decía Ortega—, “El derecho no es mero reflejo de una realidad preexistente, porque entonces sería superfluo; el

derecho o la ley son siempre algo que añadimos a una espontaneidad insuficiente. Es la correlación de lo roto. Son un estímulo a lo que no es aún pleno. Son pues incitaciones, y si queréis, también aparatos ortopédicos. Nada más fácil que reírse de los aparatos ortopédicos, olvidando que el mundo está lleno de tullidos, de cojos y de herniados. La ley tiene que suscitar nuevas realidades. La ley ha sido antes, y lo será cada vez más, creadora. La ley es siempre más o menos reforma, y por tanto, incitadora de nuevas realidades". Estas palabras de Ortega son perfectamente aplicables al proyecto constitucional del 53. Es decir, un modelo de incitación, un modelo suscitador de nuevas realidades, un modelo de estímulo. Y ese modelo era la Argentina soñada por la generación del 37. Era el modelo de "las palabras simbólicas", era el modelo del *Dogma* de Echeverría y de su concepción de la democracia no sólo como una forma de gobierno sino también como un estilo de vida. Más que un modelo, configuraba un ideario.

La importancia del modelo —del modelo político— era muy grande, como también lo fue la importancia que tuvo el acierto en el modelo *institucional* para realizar ese *modelo político*. Muchas veces una generación acierta lo uno y no acierta en lo otro. Muchas veces se puede tener clarividencia en cuanto al modelo político en sus últimas consecuencias, y simultáneamente equivocarse en el medio, en el instrumento, en la herramienta, en la metodología para alcanzar ese modelo político.

Y a veces ocurre al revés. Hay un aparato institucional satisfactorio, pero por falta de miras o por una gran confusión en las ideas, el aparato queda inutilizado, se frustra o no se utiliza. En definitiva, es un buen juguete que está allí sin dar alegría a la criatura que podría usarlo. Aquí se dio la rara confluencia de acierto en las dos cosas: la gran originalidad en el modelo político, expresado en el pensamiento de la generación del 37, y el gran acierto en la selección de los modelos preexistentes en lo institucional que podían servir realmente de cauce adecuado para concretizar ese modelo político.

Repasemos un instante lo que era el mundo a mediados del siglo XIX y la ubicación nuestra en el mundo, para darnos cuenta *in limine litis* de qué injusto y qué arbitrario es el reproche que se ha hecho a los constituyentes cuando se les ha señalado, acusadoramente, esa falta de originalidad en cuanto a la creación de algo nuevo. ¿Qué era el mundo a mediados del siglo XIX? Era mucho más pequeño que ahora, por cierto. ¿Y cómo

era dentro de esa pequeñez? No era un mundo en que estuviera definitivamente impuesta la idea democrática. Salvo los EE.UU. en América y Suiza en Europa, difícilmente pudieran encontrarse otras ejemplaridades u otros modelos con fuerza paradigmática como para que en lo propiamente institucional se los adoptara. Es cierto que estaba Inglaterra, cuna del Parlamentarismo, pero era una monarquía, y no podía servir en este lugar, donde además la tradición era ejecutivista. Es cierto que estaban las viejas monarquías nórdicas, pero casi no existían noticias de ellas: era un mundo aparte, muy poco conocido. Francia entraba ya en el Segundo Imperio, en el cesarismo democrático o supuestamente democrático de Napoleón “el Pequeño” tal como lo llamara Víctor Hugo. Italia y Alemania no existían como Estados nacionales; todavía eran fragmentos de reinos y principados que no habían alcanzado la unidad ni la democracia. En Italia tenían la hegemonía los Estados Papales; la presencia del Imperio Austro-Húngaro era un resabio de la Santa Alianza, que actuaba verdaderamente como “espada de Damocles” contra cualquier intento democrático. España estaba en sus largas vicisitudes del siglo, donde la Democracia había sido siempre la excepción. Igualmente Portugal. Y qué decir de Rusia, bajo el régimen de los Zares, o Turquía bajo el Sultán. Sólo Suiza podía ofrecer en Europa el modelo de una república federal, representativa y democrática. Y los EE.UU., otra república federal, representativa, presidencialista, democrática y con tradición judicialista. Aparte, nuestro vecino Chile, que había puesto en funcionamiento eficazmente instituciones representativas, a las que Alberdi y otros emigrados habían conocido muy de cerca. El resto de América y el resto del hemisferio Norte, no podían ofrecer ningún tipo de modelo. De allí que cuando los constituyentes señalan de dónde han tomado las experiencias probadas, las cosas experimentadas, incurren realmente (y felizmente) en un acto de gran honestidad y en un acto de gran sinceridad, diciendo: que no podían inventar porque era muy poco lo que se podía tomar en cuenta, pero que de ese poco se tomaba lo mejor con la garantía de su experimentación. Y de allí vienen entonces nuestras influencias: las repúblicas federales de Suiza y de los EE.UU. y el sistema del ejecutivo fuerte de Chile. Lo contrario hubiera sido *contra natura*, hubiera sido tratar de tomar lo que no nos servía o lo que realmente no podíamos darle a nuestro país, iniciando el sacrificio de nuevas experimentaciones, como en un tubo de ensayo de laboratorio. Esta fue la gran obra de ingeniería constitucional y de arquitectura constitucional, con Alberdi a la cabeza, que era el resultado de una pregunta, nada más: Alberdi preguntaba ¿Qué Constitución necesitamos? Y con la respuesta

a esa pregunta obtenía en definitiva el modelo a través de la obra de ingeniería. Eso se ha llamado, en el buen término de la palabra, *realismo constitucional*, que no debe confundirse ni con la resignación, ni con la pasividad. El “realismo constitucional” es el que pondera adecuadamente la fuerza normalizadora de la normatividad (como diría Heller) con la fuerza normativizadora de la normalidad. Y la mejor idea de ese realismo es la dada por Alberdi: “Las constituciones deben ser adecuadas al país que las recibe”. Esa idea se complementa con las perspectivas del “hacia el futuro” que señalábamos, que debe abrigar toda normación constitucional; o sea, esa proyección hacia el porvenir como meta del constituyente. Esta línea de pensamiento toma las “bases y puntos de partida” del hoy, computando los datos del pasado con el propósito de cambiar un estado de cosas a través del esfuerzo general en aras de un mejor porvenir.

Un gran constitucionalista francés, Bordeau, ha dicho que el orden establecido no es aceptado sólo por lo que es, sino también por aquello de lo que es promesa, aludiendo así a esa ilusión legítima y real al mismo tiempo, de abrigar un cambio y de buscar la mejora. Por eso, aplicando el método alberdiano, siempre tenemos que preguntarnos: ¿Qué es lo que necesitamos? Necesitamos evitar que se repitan situaciones extremas de ineficacia, de desintegración y de despotismo. Necesitamos asegurar la libertad, la seguridad en su triple nivel: individual, social y jurídico y necesitamos asegurar la estabilidad. Como bien ha señalado la Corte Suprema en muchas oportunidades, todo eso lo podemos alcanzar a través de la Constitución, porque fuera de ella no cabe esperar sino la anarquía o la tiranía (Fallos 191:197). La experiencia argentina es elocuente en esta materia, pues la primera trae a ésta, pero a menudo se persiste en el error. Al respecto, solamente atinamos a recordar (dada la reiteración permanente del error) las palabras que Shakespeare pone en boca de Antonio, ante el cuerpo asesinado de Julio César: “Oh, raciocinio! Has ido a buscar asilo en los irracionales, pues los hombres han perdido la razón”.

Aquella Constitución sufrió muchas deformaciones patológicas. Diríamos (forzando la biología) que la sufrió mucho antes de su gestación y hasta mucho después de su consagración. Antes de 1853 habíamos padecido la anarquía de 1820, habíamos conocido la total caducidad de los poderes en 1827 y la consiguiente desintegración; y habíamos conocido la larga tiranía. Antes de 1860 (y ya con la Constitución) tuvimos la mácula de la desunión. Antes de 1910 conocimos el Unicato, conocimos las intervenciones federales abusivas, conocimos el régimen aristocratizante de

los “notables” y hasta conocimos el “brindis de los incondicionales”. Más adelante, sería largo el repertorio enunciativo (y no taxativo) de nuestras deformaciones patológicas. Vayan nada más que como botones, el “fraude patriótico”, producto del descreimiento en el pueblo, a partir de 1932. La reforma o cambio constitucional de 1949, con un régimen de “cesarismo”; el constante jaqueamiento de los contrapoderes contra los poderes del Estado, en las décadas sucesivas; el *presidencialismo procuratorio* de marzo de 1973 y el *presidencialismo matrimonial* de septiembre de 1973, hasta finalmente el desconcierto “procesoso” (subversivos y represores) de 1976, la vuelta a la Constitución Histórica en 1983 y el nuevo producto de “un pacto entre dos”, pero que una Convención surgida entonces avaló (1994) Este cuadro, visto nada más que a vuelo de pájaro, revela que algo no coincide con el nivel de desarrollo del país. Hay un verdadero subdesarrollo político, quizá mucho más grave y preocupante que el mentado subdesarrollo económico. ¿Por qué es esto así? Evidentemente, no es fácil decirlo con una sola respuesta. Como muy bien señalaba Orgaz: “en la historia no hay monismos causales”; podemos agregar que hay siempre una pluralidad de culpas. Si es que el Estado es reflejo de la sociedad, si es cierto que el estado es un epifenómeno de la sociedad, entonces debemos convencernos de que la que está enferma es la sociedad argentina. Y que el Estado, como reflejo de esa sociedad, no hace más que expresar con algunos signos esa honda enfermedad. La sociedad argentina ha tenido siempre vocación monarquista y predisposición paternalista: *el macho*, en la política, ha sido la figura más exitista; y, por eso, como muy bien señalaba en sus clases Sánchez Viamonte, está incompleto el título del libro de Fromm (al menos para los argentinos), pues no es “el miedo a la libertad”, sino el miedo a la responsabilidad que el sistema de libertad supone para poderla practicar exitosamente.

El rol de los partidos es importante en todo sistema institucional. A tal punto que otro de los grandes pensadores del derecho público francés contemporáneo, George Vedel, señala que en un Estado moderno, la democracia no puede vivir sin partidos pero puede perecer a causa del mal de los partidos. El saneamiento del sistema de partidos es absolutamente necesario: dato insoslayable e inexcusable para el buen funcionamiento democrático. Algunos partidos han contribuido al vaciamiento de la Constitución y el sistema en que ella se apoya. Por un lado, hemos observado la debilidad del sistema de partidos, que es dato paradójico si contemplamos en la otra cara de la medalla, el abuso del poder en que han incurrido otros partidos: debilidad del sistema de partidos por un

lado, y abuso del poder por otros partidos, del otro lado. Hemos visto partidos absolutamente populares que han caído en la soledad del poder. Y hemos visto partidos que se han llamado democráticos, pero que han fomentado el elitismo de la minoría en el poder, con lo que han tenido la impudicia de practicar el fraude o la violencia. Hemos tenido también (y sobre todo en las últimas décadas) un sistema incompleto de partidos, al que podríamos llamar “una partidocracia con lagunas”. Los viejos partidos hicieron implosión. Ya no se habla de partidos sino de “espacios” o “movimientos”.

Esta partidocracia, en la cual los partidos han tenido el monopolio de la intermediación para el acceso al poder y para la oferta de alternativas, ha tenido, sin embargo, espacios no cubiertos o espacios vacíos, tanto en la izquierda como en la derecha. Ha faltado en la Argentina un gran partido de izquierda, que pudiera canalizar las expectativas de renovación y también ha faltado un gran partido de derecha, de moderación y de conservación, cuya ausencia ha llevado a ciertos sectores a que en estado de desesperación golpearan a la puerta para preguntar “cuándo salía Cornelio Saavedra” de los cuarteles. La falta de izquierda y la falta de derecha han producido una gran desviación en el sistema; y la Constitución ha quedado allí, en el medio, sujeta al sacudimiento de estas desviaciones y a esos vacíos, que han sido cubiertos no por partidos sino por grupos. Y sabemos que normalmente los grupos no deben tener como fin la ocupación del poder, sino nada más que la gravitación o la influencia sobre el poder. En cuanto a las Fuerzas Armadas, son *órganos* del estado, pero no un Poder en sí mismo.

Hemos intervertido los roles. Hemos negado a veces a los partidos, los medios indispensables para llegar y ejercer satisfactoriamente el poder. Y, simultáneamente o casi al mismo tiempo, estábamos concediendo a otros grupos intermedios muchas más posibilidades y recursos que los necesarios, como si esos grupos estuvieran destinados en definitiva a ocupar lisa y llanamente el poder.

La Constitución también ha tenido que cohabitar con protagonistas muy variados y muy peculiares. Numerosas fuerzas han convivido bajo el alero constitucional: *partidos, grupos y factores*; pero los partidos no han sido todos iguales, los grupos no han actuado todos de la misma manera, ni los factores han sido siempre leales al régimen. Ha habido partidos perfectamente *constitucionales*, defensores de la Constitución, incluso

proponiendo planes de reforma. Esos partidos han querido hacer el cambio con cauce, el cambio a través de las reglas del juego y no al margen de ellas. Han sido desalojados del poder y han sido, incluso, ridiculizados como si fueran ingenuos. Pero ha habido partidos *contestatarios*, es decir, que lisa y llanamente han repudiado el sistema constitucional; que han abjurado y lo han dicho. Ha habido otros partidos que no lo han dicho, pero que han pensado en eso. Es decir, que se han cobijado bajo la protección constitucional, pero han sido *desleales* con las reglas de la Constitución y al espíritu de la Constitución. Uno por sectarios y otros por populistas, igualmente condenables ambos.

Entre los grupos, hemos tenido *grupos de presión* que se han limitado a cumplir con sus roles, defendiendo intereses a través de medios legítimos. Pero otros han preferido ser *grupos de tensión* asumiendo la función de desestabilizar al régimen y de provocar la caída del sistema todo. Ha habido *grupos reaccionarios*, enquistados en los factores de poder, que han servido de “edecanes mentales” para aconsejar modelos fundamentalistas y ha habido también *grupos subversivos*, totalmente criminales, que han optado por el uso de herramientas por completo censurables, no sólo desde el punto de vista legal, sino también desde el punto de vista ético y humanitario.

¿Y qué podemos decir de los *factores*? Erigidos en verdaderos *contra-poderes* que, en definitiva, han jaqueado a los poderes del Estado y han creado muchas veces la justificación para provocar luego la tentación a la discontinuidad y consumir así la interrupción y en la vigencia del régimen constitucional. Nadie puede tirar la primera piedra (pero también es menester recordarlo).

¿Qué requiere el sistema constitucional dentro de lo que es rescatable de él y con el cual podemos caminar y transitar nuevas etapas políticas? ¿Qué se puede hacer en este difícil andar, desandar, y reandar, que es la historia constitucional argentina, que bien parece a veces un espectáculo surrealista (cuando no psicodélico). Requiere alcanzar equilibrios (muy difíciles equilibrios), pero equilibrios necesarios al fin; a saber: entre los poderes de decisión y los poderes de control; equilibrio entre la democracia constitucional y el liberalismo constitucional; equilibrio entre centralización y descentralización; equilibrio entre la representación y la participación; equilibrio entre la normalidad y la normatividad; equilibrio entre lo estable y el cambio. Pero hay también otros equilibrios. Por un

lado, el peligro de un exceso de ejecutivismo que hace peligrar las libertades. Pero también el peligro de una excesiva debilidad del Poder Ejecutivo que hace peligrar la estabilidad, haciendo inviable el cambio pacífico, el cambio encausado. ¿Cómo alcanzar ese punto intermedio entre el excesivo ejecutivismo que a veces hemos conocido, y la excesiva debilidad del Ejecutivo que a veces hemos padecido? Tampoco podemos seguir con sistemas *contra natura*, como el de un superpresidencialismo que ha reemplazado al sistema presidencialista sin ninguna ventaja hasta ahora; porque la tan mentada “despersonalización del poder” no ha sido suficiente garantía para evitar el abuso del poder. *Que los poderes no se conviertan en soberanos*, esto es importante, porque los poderes son mandatarios y no pueden ser soberanos. Si entendemos por soberano al legítimo titular o sujeto del poder constituyente, que es el que, en definitiva, hace realidad la autodeterminación de una comunidad, entonces, en una concepción democrática debe seguir siendo el pueblo, el pueblo argentino organizado a través de la intermediación de los partidos y de todas sus demás entidades. El poder final debe emanar del consenso, al que se concibe racionalmente expresado. Y entre los órganos del estado debe proseguir el eterno desafío del difícil equilibrio entre el poder *de establecer* y el poder *de equilibrar*, entre el *poder de hacer* y el *poder de controlar*. No debemos confundir esto con la pretendida o supuesta “democracia fuerte”, de la que nos hablan algunos que recomiendan este régimen; pero que cuando se buscan los antecedentes y se encuentran las filiaciones, nos damos cuenta de que en esa expresión de “democracia fuerte” lo único que está de más es la palabra democracia, porque lo que se entiende por democracia fuerte no es precisamente una democracia sino un régimen de fuerza, o sea, una autocracia.

Debemos evitar los engendros; y para ello debemos preservar en lo sustancial la filiación republicana, federal, democrática, judicialista y presidencialista del sistema constitucional, con correctivos y con frenos; pero sin desnaturalizar el régimen, porque el mal no está allí, sino que está en otras cosas. Debemos mantener la separación entre el poder del Congreso y el poder presidencial, haciendo del Parlamento aquel órgano que, como bien señala Giollitti en Italia, lo convierte en el verdadero *grupo de presión del pueblo todo*, sin distinción de clases ni de grupos. No debemos diluir la responsabilidad presidencial; al contrario, debemos enfatizarla. El problema, cuando hemos creído que estaba en ciertas fallas de esta índole, la experiencia ha demostrado que estaba en otras. No debemos admitir la disolución del Congreso. Debemos desestimar

totalmente el reeleccionismo. Debemos establecer coherencia en los sistemas electorales y no sistemas aparentemente incompatibles, como se han aplicado otras veces, para el Congreso por un lado, y para el poder presidencial o para las legislaturas provinciales por el otro. Debemos jerarquizar a los ministros, como lo determinó la Constitución, porque ellos son los verdaderos secretarios del Poder Ejecutivo, sin cuya firma el propio Presidente no puede realizar válidamente acto alguno. La relación institucional y política entre el Jefe de gobierno y sus ministros debe ser directa y fluida, basada en la confianza y en la idoneidad y, para ello, se deben eliminar de cuajo todas esas superfetaciones que artificialmente se han ido creando en el entorno presidencial (secretarías, subsecretarías, etc.), algunas con pretendido rango ministerial (lo cual es manifiestamente ajeno a la Constitución), pero que lo único que hacen es conseguir confusión, crear burocracia, crear privilegio, como lo estamos viendo a diario.

Nadie niega la cuota de responsabilidad que proviene de las falencias de nuestros antecedentes políticos y por los vicios que señalábamos. Pero debemos también poner el acento en los controles institucionales para poder enmendar esas desviaciones. Controles eficientes y eficaces, que abarquen la doble división de los poderes: la *división horizontal o funcional*, para que ni el Ejecutivo invada al Congreso ni el Congreso trabe la acción del Ejecutivo, ni el judicial se transforme en el gobierno de los jueces. También, en el marco de la *división vertical o territorial* del poder, para que la Nación no invada a las Provincias, ni las Provincias invoquen el federalismo como un mal entendido feudalismo. El federalismo debemos entenderlo sana y honestamente. Reprochamos, muchas veces, los excesos del poder central, pero: ¿quiénes votan las leyes centralistas si no son también legisladores que provienen de las Provincias? ¿Quiénes controlan las leyes, que pueden ser declaradas inconstitucionales, si no son jueces, que no son sólo los nacionales sino también los provinciales? Necesitamos *controles* para que el estado de emergencia no se transforme en lo que se ha convertido hoy, es decir, en el sistema más normal de gobierno, en el cual se recuerdan verdaderamente con añoranza aquellos períodos en que algún presidente pudo gobernar civilizadamente sin poderes extraordinarios. *Controles* para que funcione el juicio político, dado que a causa de su no funcionamiento hemos llegado a los derrumbes que conocemos. ¡Cuántos males hubiéramos evitado con una operación de cirugía (cirugía prevista y permitida) pero a su debido tiempo! No confundir control con debilidad.

Hay que reconocer el derecho de la mayoría a gobernar. Hay que institucionalizar el derecho de la minoría a controlar y a disputar la alternancia del poder según las reglas del juego. Hay una regla de oro en las democracias constitucionales —regla no escrita pero sobreentendida— en virtud de la cual se cree y se acepta que ni las victorias ni las derrotas son definitivas. Que el que gana hoy puede perder mañana, y que el que pierde hoy puede acceder al poder mañana; o sea, que no hay una adquisición definitiva del poder, ni hay un título eterno para su ejercicio. Cuando en una sociedad esa regla de oro comienza a violarse o hay un gran descreimiento en torno de ella, porque vastos sectores de esa sociedad (no necesariamente cuantitativos puesto que pueden ser fuertes sectores cualitativos) observan que no se aplica y que el que ha adquirido el poder no lo dejará más, o que el que ha perdido el poder no lo recuperará más; entonces esa oposición, advertida y notificada de que se le cierran las puertas, deja de ser competitiva para ser en el mejor de los casos “obstruccionista”, y si no, lisa y llanamente “conspirativa”. Las democracias constitucionales requieren oposiciones competitivas: un juego legal, un *fair play*, entre gobierno y oposición según las reglas del juego. Por eso insistimos en que los poderes sean *fuertes*, entendiendo esto en el sentido de su mayor fortaleza sobre los contrapoderes; que se respete el origen *consensual* mayoritario; que las *limitaciones* al poder sean ciertas y precisas, para que así se cumpla la regla de la predictibilidad y de la calculabilidad, según la cual habrá *seguridad jurídica*. Si no, no hay seguridad jurídica y, por lo tanto, tampoco habrá seguridad individual. Que los *controles* sean efectivos, para lo cual es absolutamente necesario asegurar la independencia del controlante respecto del controlado; porque no es posible pensar en un control si el que tiene que controlar está sometido al controlado. Con independencia del controlante, más el dato de un ancho espacio sujeto a control y el acceso a la información, tendremos realmente la posibilidad de que el control no sea un eufemismo. Y por último, la *responsabilidad*, principio tan olvidado pero que es una de las notas esenciales de la forma republicana de gobierno, que de alguna manera debe ser implementada y debe ser perfeccionada a efectos de que no reine el criterio contrario, es decir, el de la actuación de los gobernantes de *legibus solutus*, que es la consagración de la impunidad, en virtud de la cual el gobierno y el Estado resultan un coto de caza del ocupante, sea *de jure* o sea *de facto*.

Se ha lanzado en momentos de desesperación la idea de fundar una nueva república, de cambiar la república. Algún titular de un Ministerio ya desaparecido (que se llamaba “de la Planificación”) habló de la necesi-

dad de fundar una nueva república. Pero no deben confundirse la Constitución con la República. Cuando se habla de fundar una nueva república o de refundar la república, y se apela al lanzamiento de una supuesta etapa fundacional, se comete una confusión entre la definición de nuestra forma de gobierno, que ya tuvo lugar en el siglo XIX y que estimamos es aceptada y compartida por la sociedad argentina, y el mejoramiento de las instituciones, que es otra cosa. Esto último es el perfeccionamiento de sus mecanismos, que es una tarea a acometer periódica y permanentemente. Nuestra Independencia se proclamó en 1816 como culminación necesaria de la auténtica Revolución de 1810. Luego, la forma republicana de gobierno advino y triunfó en el 20 con la caída de la Constitución sospechosa de monarquía y el fin consiguiente del Directorio, envuelto en alambicadas negociaciones monárquicas. Esa es la *única* República Argentina, *nuestra* patria. Las que pueden cambiar son las instituciones, que siempre son susceptibles de reformas. Puede incluso reformarse la Constitución. Cuando se habla de refundar la República, surge la pregunta: ¿Y para qué? ¿Alguien piensa que fue mal fundada? Esa es la esencia. Todo lo demás son figuras literarias o equivocación de concepto, porque la etapa fundacional es propia del Poder Constituyente fundacional, que aparece con el nacimiento o creación de un nuevo Estado, o sea, el constituyente “originario”.

También se ha reclamado la necesidad de ser leales con el sistema constitucional y de mejorarlo a través de él mismo. Usemos *la interpretación*, y, en su momento, apelemos también a *la reforma*, a la que sólo tendremos que tener miedo cuando las circunstancias la hagan sospechosa de afanes de perpetuidad en el poder. Usemos todo lo que dentro de ese marco extenso y amplio de los cauces constitucionales está contemplado para alcanzar el perfeccionamiento del sistema. Afiancemos la vigencia y la efectividad. Demos funcionalidad y eficacia; y evitemos en lo posible la discontinuidad. La vida constitucional requiere un mínimo de paz. Pero en América Latina (y nuestro país no ha sido ajeno a ello) los golpes de estado *han militarizado* el Estado y las contestaciones violentas y subversivas han marcializado la *sociedad*. Se ha vuelto, increíble e insensiblemente, a la trágica dicotomía de Carl Schmitt: *amigo-enemigo*. Ante esa realidad, la reflexión de los constitucionalistas debe descartar la erudición por la pura erudición misma; debemos ir hacia la búsqueda de modelos asequibles que conduzcan a la implementación de reglas viables y aptas, que partiendo del dato inexcusable de la realidad —como quería Alberdi—, permitan alcanzar un verdadero “estado

de derecho”, que es la meta de este siglo pues sigue siendo una “asignatura pendiente”.

Con modestia pero con ambición, el constitucionalismo latinoamericano afronta macro-problemas a diferencia del constitucionalismo europeo que debe resolver micro-problemas, preferentemente en el orden de la hermenéutica o de la verificación de las discretas mutaciones constitucionales. Nosotros tenemos grandes problemas: problemas gigantescos de discontinuidad, de salvajismo, de violación de las reglas del juego; y hasta en el estilo hemos pasado a una forma convexa y dura, haciendo de la política una medición de fuerzas, que en vez de tener una forma cóncava y sensible, es decir, de difusión y de conversión, asume contornos ríspidos y tajantes. El ya recordado Burdeau señalaba que lo apropiado para describir la lucha o competencia política, no es la imagen brutal de una lucha de gladiadores, sino las estilizadas figuras de un ballet, cuya coreografía obedece a normas más atentas a la flexibilidad que a la fuerza.

Ni el despotismo (ilustrado o no ilustrado) es eterno, ni nadie con instinto de conservación puede propiciar una caída en el vacío. Los regímenes de fuerza se derrumban con la tentación a la inmovilidad. Gabriel Marcel ha dicho que sólo está frustrado el que no supera la soledad; y, a veces, queda a la vista que los detentadores del poder están absolutamente solos, en pleno aislamiento. Ante ello, el camino a seguir es el de la metodología alberdiana: preguntarnos qué necesitamos y emprender el tránsito hacia ello. Luego tendremos las instituciones de consolidación definitiva; pero cuando estas lleguen, actuemos de manera tal que no sean la obra de un solo partido, de un solo grupo, o de una sola facción. Ni de partido político único, ni de facción solitaria (sea civil o militar), porque ya están acreditados sus fracasos en reiteradas oportunidades. Las fuerzas armadas son “órganos” del Estado, pero no son “poderes” del Estado. Las instituciones deben ser la obra del pueblo todo, No puede ser el resultado del acto unilateral de nadie. Por ello, como balance institucional de tan frustrantes experiencias podemos extraer una conclusión: que no se altere nada mientras no lo decida el pueblo, expresado a través del sufragio y con la intermediación de los partidos políticos, en un clima de libertad y de pluralismo.

Permítasenos expresar en síntesis el *valor* de nuestra Constitución. Ha dicho Alf Ross que la democracia es una “supraideología”, consistente en la vigencia de ciertas “reglas de juego”, que permiten a diversas fuerzas

políticas y a distintos programas una amplia competición por el acceso al poder. Esas reglas democráticas se oponen a los procedimientos de las autocracias que con diversas formas y estilos se postulan como una alternativa a lo largo de los siglos. La democracia significa creación del ordenamiento con la intervención, representación y participación de los gobernados; pero también significa predominio del consenso sobre la coerción, separación de los poderes, limitación y control del poder, pluralismo en general y pluripartidismo en especial. La autocracia se caracteriza por la vigencia de las notas contrarias a las señaladas; y si bien es cierto que ninguna de estas dos formas opuestas se ven en la práctica en términos químicamente puros, lo cierto es que todos los regímenes existentes pueden ser ubicados en uno y otro tipo, sobre la base del predominio de unas u otras características.

Las autocracias modernas admiten diversas clases de titulares o sujetos, pero esa diversidad tiene el común denominador de enrolarse en el principio "minoritario", de pensamiento "único o de minorías calificadas", ya sea que la autocracia se apoye en la hegemonía de un hombre, de una raza, de una clase, de un partido o en la violencia de un grupo. La democracia, en cambio, se apoya en el principio opuesto, en cuya dinámica son absolutamente necesarias la libertad de expresión y la libertad de asociación, para poder formar y cambiar a esas mayorías. Es así como la democracia asegura la institucionalización del disenso, la posibilidad de organizar ese disenso a través de partidos y grupos y, sobre todo, la perspectiva de una alternancia en el poder. La democracia busca la paz, a través de la máxima competencia y de la mínima conspiración, asegurando a la minoría de hoy que puede llegar a ser la mayoría de mañana, y viceversa. Por eso, la verdadera opción contemporánea, en todas partes del mundo, está entre los regímenes "monocráticos" y las "democracias pluralistas".

Los únicos límites del pluralismo deben surgir por autoexclusión: se marginan los practicantes de la violencia y los que reniegan del sufragio. La exclusión de ambos es lo que permite afirmar con énfasis que no puede mediar ninguna incompatibilidad entre un régimen pluralista y las insoslayables exigencias de la seguridad: la democracia debe contar con todos los instrumentos necesarios para su defensa, como parte del poder para la conservación del estado y de sus instituciones. Se ha dicho que la ciencia no puede decidir la opción permanente entre autocracia y democracia, pero es tarea científica el esclarecimiento de los rasgos de cada una y de sus respectivas "consecuencias significativas", para que de esa manera el

hombre y la sociedad tomen su decisión, que es un acto de voluntad a llevar a cabo después de un acto de conocimiento. Si bien la libertad es un valor supremo de la democracia, en la actualidad las exigencias de igualdad y de eficiencia han entrado a gravitar enormemente en la apreciación comunitaria de las formas de gobierno, a tal punto que la existencia “continuada” de la democracia requiere una mínima satisfacción de esas exigencias, a los efectos de comprometer a favor de la democracia al más amplio espectro posible de sectores que conformen un sistema de lealtades en torno a la democracia. Por ello debe procurarse la combinación armónica de los derechos *civiles* a través de garantías y de control, para asegurar la creatividad por la acción humana, con los derechos *políticos*, mediante la legitimidad y la participación para asegurar el auto-gobierno, más los derechos *sociales* para efectivizar una mayor igualdad de oportunidades a través de la seguridad social y la equidad. La meta es el “derecho a la autorrealización de la persona”, como lo denominaba con acierto Carl Friedrich.

Es obvio destacar la importancia del control, ya que con la aparición del “Estado providencial” se impone la necesidad política de que a mayores atribuciones correspondan mayores controles. Las autocracias no toleran el control por las mismas razones que repudian el liberalismo, rechazan el “pluralismo” y no reconocen el derecho a la crítica.

El *valor* de la Constitución Nacional, vista con la perspectiva de nuestro tiempo, asume otra proporción que es menester destacar. Se trata de la aceptación que esa norma debe obtener por la vía de su cumplimiento y como gran enunciado de las “reglas de juego” para encauzar la vida política de la Nación. Sin incurrir en lo que se ha llamado la “beatería” constitucional (que preferimos denominar “idolatría” constitucional), la Ley Suprema reapareció en 1983 ante el pueblo argentino como una *institución* incuestionada: en ese momento y cuando todo había sido cuestionado, la Constitución sobresale y se distingue por estar más allá de cualquier disputa sectorial. Aun los que predicaban su cambio total o los que veían en ella una suerte de “carreta” decimonónica, declinaron sus pretensiones inmediatas y aceptaron que la normalización de la República se operara bajo las prescripciones del texto histórico de 1853-1860. Se produjo así, con la Constitución, un fenómeno espiritual y propio del pueblo argentino, que causó asombro por su peculiaridad: esto es, que una norma y no una persona, que una institución y no una voz, adquiriera proporciones de poder convocante y *carismático*, al que acuden todos los

sectores en la búsqueda de un camino que los guíe hacia una convivencia pacífica y ordenada, frente a los desmanes ya conocidos de la “ley de la selva”. La polarización se produce pues entre el caos y la Constitución, entre la autocracia y la Constitución, entre el despotismo (¿ilustrado?) y la Constitución, entre el privilegio faccioso y la Constitución, entre la fuerza y la Constitución... y así podríamos seguir casi *ad infinitum*. ¿Qué quiere decir “la Constitución” en los términos de estas antinomias? Pues, quiere significar que en la valoración media y ambiente de nuestro tiempo y en nuestra especial circunstancia histórica, la Constitución es visualizada por la comunidad argentina como la representación normativa del tránsito por la democracia. Constitución y Democracia aparecen así como términos equivalentes e indisolubles (que no se pueden disociar) de un problema que se traduce periódicamente en el retorno a la búsqueda del consenso y de una legitimidad basada en él. Constitución y Democracia son herramientas o medios de la sociedad argentina para operar una transformación del régimen político que va más allá de la condena de los abusos y que pretende —en términos orteguianos— instaurar nuevos usos y prácticas políticas, cuyo sentido final no es otro que procurar “que la Argentina regrese al mundo”. Regreso al mundo de los valores compartidos y de las creencias comunes que, por pocas que sean, siempre asumirán el valor espiritual de una cultura en común.

De la Constitución de los argentinos, cuyo Preámbulo enuncia las grandes aspiraciones: la libertad, afianzar la justicia, unión nacional, proveer la defensa común, promover el bienestar general; el objetivo de consolidar la paz interior se hermana con el deber de mantener relaciones de paz y de comercio con las demás naciones. Es todo un programa, con permanencia y realización perpetua. La Nación Argentina nació en el seno de una revolución (1810-1816), tomando conciencia de que lo violento puede ser a veces efímero, y si es efímero es reversible. Las únicas revoluciones no efímeras son las que se generan en la conciencia y que por lo tanto son ante todo y sobre todo culturales. ♦

SANTO TOMÁS Y LA JUSTICIA

POR MARIANO GAGLIARDO (*)

1. Santo Tomás de Aquino, es sin duda alguna, el más egregio exponente de la especulación cristiana de todos los tiempos y el pensador político más recio e iluminado de la Edad Media.

Lamentablemente, no nos dejó un tratado sistemático de sus concepciones políticas, contrariamente a lo que acontece con su obra ciclópea en otras materias, acerca de temas cuya docencia e ilustración merecen el respeto de todos los credos.

Son palabras mayores, aludir a su concepción acerca de la filosofía jurídica en sus tratados acerca de la ley y la justicia.

Varias son las obras donde trata su preocupación acerca del Estado, citando sólo alguna de ellas: 1. Comentarios a los 4 libros sentenciaros de Pedro Lombardo, allá por el año 1253 y si bien es una obra de contenido teológico, contiene pautas para una reconstrucción del pensamiento político tomista; 2. Comentarios a la Etica nicomaquea de Aristóteles del año 1261; 3. Opúsculo denominado régimen de los príncipes, posiblemente del año 1266; 4. Suma Teológica, la más importante de sus obras que se corresponden con los años 1266 a 1272, entre otras tantas.

2. Como pensador político, recibe el influjo de dos grandes pensadores: San Agustín, quien penetra en la obra de Tomás mediante el cristianismo antiguo y de la Patrística, así como la de un platonismo y estoicismo ya

(*) Comunicación del Académico, en la sesión privada del 10 de mayo de 2012.

cristianizados. Aristóteles, en cambio, representa la culminación del saber pagano acerca del Estado.

Estas fuentes de inspiración, al confluir en un mismo pensador no dejan de suscitar inconvenientes, más la forma maravillosa como Santo Tomás supo concertarlas, es una prueba inequívoca de su talento y sagacidad.

3. Pero vayamos al núcleo de estas reflexiones, donde Santo Tomás desarrolla varias concepciones exactas acerca de la justicia con fórmulas de distinta textura. Así, por ejemplo, cuando dice que la justicia es aquello merced a lo cual se distingue lo propio de lo ajeno; o al enseñar, en otra ocasión, que es peculiar de la justicia establecer el orden entre las cosas.

Parejamente, San Agustín había hablado de muchas maneras de la virtud de la justicia. Singular es el fulgor que difunden estas palabras “la justicia es una ordenación del alma, que nos permite no ser siervos de nadie, sino sólo de Dios”.

Pero es claro que tales asertos apenas si fueron pensados con el propósito de que sujetasen al rigor de una definición conceptual. El único que se acomoda a este propósito es el anteriormente mencionado, que es al mismo tiempo el más sobrio y objetivo de todos: el que describe la justicia como virtud que inclina al hombre a dar a cada uno lo suyo.

Y de estas reflexiones, es el propio Santo Tomás quien elabora una conclusión categórica: “Si el acto de justicia consiste en dar a cada uno lo suyo, es porque dicho acto supone otro precedente, por virtud del cual algo se constituye en propiedad de alguien”.

Esta proposición, enuncia con soberana sencillez una realidad fundamental. La justicia es algo segundo. La justicia presupone el derecho. Si algo se le debe a un hombre como suyo, el hecho mismo de que tal se le deba, no es en sí obra de la justicia. “El acto por el cual se constituye inicialmente algo en propio de alguien, no puede ser un acto de justicia”.

No sería acertado poner fin a estas afirmaciones sin hacer también aquí mención, siquiera brevemente, de otro supuesto de justicia. Porque muy bien puede darse el caso del individuo que, sin negar formalmente en modo alguno que tal o cual cosa le sea debida a otro, no vacile, en añadir que ello excede la esfera de su interés o de su incumbencia; a renglón seguido que para el eficaz ejercicio de sus acciones, es enteramente irre-

levante el problema de saber qué tipo de relación pueda o no implicar tal cosa en el ámbito de la verdad objetiva.

Dicho en otras palabras: el acto de justicia no solamente se funda en el acto anterior citado, por el que algo pasa a ser debido, sino que supone, además, el acto de la prudencia, que se endereza a plasmar en conducta la verdad de lo real.

En función de lo dicho y de esta dependencia, resulta fácil cobrar idea exacta de una forma de injusticia de máxima actualidad: la que tiene cabalmente su razón de ser en la pérdida de la relación a la verdad que ha experimentado el hombre. Por eso se mira la cuestión de saber si una cosa le es o no debida a alguien como un problema que carece de la más remota gravedad. Con lo cual se pone al descubierto algo todavía más hondo y radicalmente inhumano que lo revelado por cualquiera de los actos que, hablando en sentido formal, atribuimos a la injusticia; por la acción humana, sólo es propiamente tal acción cuando se impone en ella con carácter de medida la visión de lo real.

Por lo demás, y ello se hace aquí patente, no cabría hablar con pleno sentido ni fruto de la justicia, si antes no se la sitúa en el complejo total de la teoría de la vida a la que pertenece.

Porque no pasa de ser tan solo uno de los siete rasgos que componen la imagen total del hombre; y la parte sólo cobra su plenitud de sentido cuando se la considera dentro del todo.

En otra perspectiva, el distintivo peculiar de la virtud de la justicia es que tiene por misión ordenar al hombre en lo que dice relación al otro; mientras que las demás virtudes, se limitan a perfeccionar al ser humano, exclusivamente, en aquello que le conviene cuando se lo considera tan sólo en sí mismo.

Este enunciado de la Suma Teológica, envuelve una significación idéntica a la expresada por el clásico adagio: "la justicia implica una referencia al otro".

Se llama la atención, y en forma mucho más literal y precisa de lo que a primera vista pudiera parecer, sobre la alteridad y diversidad del sujeto paciente y de la acción justa.

Cabalmente, es esta circunstancia lo que distingue la justicia del amor: que en las situaciones gobernadas o susceptibles de ser gobernadas por la justicia, los seres humanos intervienen desempeñando recíprocamente el papel de otros, por no decir de extraños, sin dejar de mantener una mutua separación. La justicia, requiere en un sentido estricto, la recíproca diversidad de sus partes. Si hay en la relación de padre e hijo, no hay lugar tampoco a la justicia, no hay sitio para la justicia estrictamente dicha, pues ninguno de los dos guarda respecto del otro absoluta separación individual que más bien pertenece el hijo al padre, el cual se conduce con él y como lo hace consigo mismo. Y ésta es la razón de que no puede darse la justicia formal en el caso del amor: porque la persona amada no es propiamente “otro” para quien la ama.

Ser justo significa reconocer al otro en cuanto otro, o lo que viene a ser lo mismo, estar dispuesto a respetar cuando no se puede amar.

La justicia enseña que hay otro que no se confunde conmigo, pero que tiene derecho a lo suyo. El individuo justo, es tal en la medida misma en que confirma al otro en su alteridad y procura darle lo que corresponda.

4. La justicia es la virtud de lo justo y la medida de lo justo es la ley dictada por la prudencia gubernativa. Todo esto lo dejó formulado con precisión y nitidez Santo Tomás en la Suma Teológica.

Ley, derecho, justicia son realidades humanas envueltas en relaciones y correlaciones, que les dan una enorme complejidad de contenido y flexibilidad expresiva. Así resulta que el *ius* es contracción de *justum* (lo justo, lo ajustado, lo adecuado), es decir una relación de igualdad entre lo que uno hace o da y lo que a otro es debido, a la que inclina virtuosamente la justicia.

Hay quienes identifican el Derecho con el conjunto de leyes o normas jurídicas, sin más. “El Derecho para el Aquinatense, como tampoco para los juristas romanos, no es un conjunto de normas. Difiere así en perspectiva de la contemplada en la mayoría de las definiciones modernas del derecho objetivo.

La justicia o virtud de lo justo para Santo Tomás, significa, además, del hábito de la opción virtuosa por lo justo, la sanción judicial sobre una acción única o injusta, “de la que se hace justicia”.

Aun, ciñéndose al ámbito estricto de la virtud cardinal de la justicia, con sus tres notas esenciales de alteridad, igualdad y débito, al entrar en el análisis de sus especies o partes subjetivas, nos encontramos con características esencialmente distintas en la justicia conmutativa, en la justicia distributiva y en la justicia legal, las cuales no pueden menos que ser entendidas y valoradas analógicamente.

Cosa parecida ocurre con la noción de ley, que, en su primordial acepción de la ordenación de la razón al bien común promulgada por el responsable de la comunidad, hace referencia a la justicia legal, como revela su propio nombre, y al dictamen del principal responsable del bien común en el ejercicio de la prudencia política, bien por sí o por su cuerpo legislativo, según los sistemas políticos.

Pero la ley no queda reducida a ese ámbito humano comunitario. Existe también, la ley divina que rige los destinos humanos y cósmicos; existe la ley moral de ámbito personal y familiar de mayor urgencia que la ley puramente humana, y existe la ley infrahumana que rige los procesos biológicos y físico-químicos sin que sus sujetos lo perciban o gestionen. Son órdenes esencialmente distintos que no pueden ser entendidos y valorados unívocamente.

La noción general de ley, como de la razón práctica del gobernante, imperado y promulgado por él para utilidad común, vale, en primer lugar, y *via inventionis*, para la ley humana positiva. Lo indica la misma etimología de la palabra, pues *lex* (ley) deriva, según Varrón, *de legere* (leer): para ser leída; o *de eligere*, según Cicerón (*De legibus*, I, 6): elección o fijación de lo justo. Santo Tomás, además de estas etimologías de Varrón y de Cicerón, da también entrada a la propuesta por Casiodoro, *de ligare* (atar).

No obstante esta acepción etimológica y usual primaria de la ley, es la ley eterna u ordenación de todas las cosas creadas, incluida la vida humana, a su propio fin existente en la mente divina o divina providencia. Esta ley eterna, relativa a la vida humana (pues su impresión en las cosas infrahumanas no es ley más que metafóricamente, según dice Santo Tomás), individual y social, participada en la razón práctica del hombre, se llama ley natural, bien entendido, que la ley eterna se participa también sobrenaturalmente por vía de revelación y de gracia. Pero esta ley natural, participación de la ley eterna en el hombre, se verifica en tres grados fundamentales, específicamente distintos, no unívocos, sino análogos:

a. *La ley simplemente natural*, participación de la ley eterna en el hombre y para el hombre, pero que no es producto del hombre en su especificidad. La integran los primeros principios del orden moral o *sindéresis*, que rigen el ámbito de la justicia u de todo el orden moral. Esta ley natural, impresa o congénita en la inteligencia del hombre, guarda analogías con la ley natural que rige la naturaleza infrahumana, pero es esencialmente diferente y superior, incluso en cuanto a su originación, en parte congénita y en parte adquirida en su existencia y ejercicio.

b. *La ley natural humana*, derivada de la simplemente natural o *sindéresis* por vía de razonamiento, es más humana que la anterior en su especialidad. Se trata de los principios secundarios de la ley natural excoGITADOS por la inteligencia razonadora del hombre a partir de los principios de la *sindéresis*, en orden a materias y situaciones más particulares. Constituyen el criterio del derecho de gentes.

c. *La ley humana positiva*, que se llama positiva, no en contraposición a la ley negativa o prohibitiva, sino en contraposición a la ley natural que no es puesta por el hombre, sino dada o impresa por Dios, alcanza toda la legislación humana, en dos grados distintos:

1. El de las normas derivadas de los principios primarios o secundarios de la ley natural, con mayor o menor proximidad, con mayor o menor certeza de esa vinculación, en orden a objetivos concretos, también más o menos discernibles y legislables. A estas derivaciones suele prestar atención la jurisprudencia y sobre todo la *Ética* y la *Teología Moral*. No tienen el mismo valor y urgencia que el derecho de gentes, pero están en esa línea de derivación racional, medie legislación o no. Santo Tomás marcó bien claramente esa continuidad: “El derecho de gentes es ciertamente de algún modo natural al hombre, en cuanto racional, en cuanto que deriva de la ley natural a modo de conclusión que no se aleja mucho de los principios. De ahí que en ello hayan consentido fácilmente los hombres”. Piensa, pues, Santo Tomás que otras conclusiones derivan de los principios más remotamente y más difícilmente discernibles.

2. El de las normas establecidas sobre materias indiferentes, cuya regulación exige la pública utilidad, v. gr., leyes de circulación, sistema de votación electoral, etc.

Estas normas de ley natural humana, más alejadas que el derecho de gentes de la *sindéresis*, con más o menos estrecha vinculación, son positi-

vamente legislables, si no para darles validez (que tienen de suyo), sí para velar por su vigencia o respeto de cara a los protervos.

Sin embargo, no toda ley natural tiene por qué ser positivamente urgida o legislada; es más, muchas veces conviene que no lo sea, dando margen a una prudente tolerancia, ventajosa para el bien común a imitación de la divina Providencia; pues, como advierte Santo Tomás: deber y derecho de tolerar, en virtud del bien común, que asiste al legislador, no al delincuente o tolerado, a quien ninguna ley puede autorizar a obrar mal, ni a aducir derecho positivo alguno a ello.

Pero del hecho de que la ley humana positiva calle, no urgiendo el bien ni prohibiendo el mal, no se puede inferir la no obligatoriedad ética.

Tolerar o despenalizar no es autorizar ni ética ni legalmente. Y, por supuesto, una ley positiva contraria a la ley natural ni obliga ni es ley éticamente válida. Es decir, la injusticia o cualquier mal moral tolerado, por el hecho de no ser legalmente prohibido, no conlleva que sea objeto de derecho natural en ninguno de sus grados, ni siquiera de derecho humano positivo, pues tolerar el mal no es autorizarlo o justificarlo en sí, de cara al propio sujeto de imputación: “Lex humana dicitur aliqua permittere, non quasi ea approbans, sed quasi ea dirigere non potens”.

El llamado derecho objetivo o normativo (en contraposición al derecho subjetivo) está constituido por el conjunto de leyes y articulación científica de las mismas. Su filosofía es, pues, la filosofía de la ley.

El derecho subjetivo, del que en nuestros días se suele hablar mucho en plural, “derechos humanos”, está constituido, a la vista de los textos de Santo Tomás, por la relación del hombre perfectible a lo que le es debido para realizarse en plenitud.

La correlación de ajustamiento, adaptación o conmensuración del derecho (subjetivo) de uno y lo debido del otro, constituye lo justo (*iustum*) a lo que inclina virtuosamente la virtud cardinal de la justicia. De ahí que en la esencia y ejercicio de la justicia, lo mismo que en la constitución de lo justo, entren como pilares el derecho y el deber de. Entre ambos, se extiende la virtud de la justicia, que satisface al acreedor y justifica al deudor. Por supuesto, que quien tiene derechos también tiene deberes y el que tiene deberes también tiene derechos en otros ámbitos o ulteriores instancias. En realidad, son los derechos los que nacen de los deberes y no

al revés; y la conculcación de derechos es antes, con prioridad de naturaleza, conculcación de deberes.

Distinguen Santo Tomás y los clásicos de la filosofía del derecho, tres modos o género de derecho: el derecho natural, correspondiente a los primeros principios de la *sindéresis*, participación de la ley eterna, impresa inmediatamente por Dios en la inteligencia del hombre; el derecho de gentes, correspondiente a la ley formalmente humana, derivación racional, inmediata y universal de la ley natural, y el derecho positivo, correspondiente a ulteriores derivaciones de la ley natural y a las determinaciones particulares del legislador humano sobre materias más o menos indiferentes.

A los primeros principios, los anotadores prefieren llamarlos *prejurídicos* o *metajurídicos*: “Nos atrevemos a insinuar que lo calificado de derecho natural primario es algo previo, metajurídico... El verdadero derecho natural, en el ámbito social humano, o sea, el propiamente jurídico, es el secundario que determina lo justo en relación a las consecuencias que se derivan”. “También creemos patente que el denominado derecho natural primario es natural, en el sentido de corresponder a la naturaleza bruta, pero no es jurídico, es decir, no es derecho rigurosamente hablando. Es algo *prejurídico*”.

Ciertamente, estos principios secundarios de ley natural, razón del derecho de gentes, son formalmente humanos. En cuanto fácilmente derivados de los primeros principios por discurso racional, reguladores de lo justo.

Pero los principios anteriores, primeros, producidos por la *sindéresis* son, en cierto modo, más humanos que los secundarios, en cuanto que nacen de la inteligencia en cuanto inteligencia, anterior a la función de la inteligencia en cuanto razón. Son más radicales en nosotros, más universales y perennes los principios de ley natural de la *sindéresis*, razón del derecho natural primario, que los principios naturales derivados, razón del derecho de gentes y positivo. Subrayo, con Santo Tomás, en nosotros, porque la ley natural en nosotros es de distinta condición que la ley natural en los animales y resto de la naturaleza. Si, pues, los principios intelectuales de acción de la *sindéresis* son propiamente ley, también el derecho natural fundado en ellos está propiamente dentro de la *juridicidad* natural, y en grado superior al de la *juridicidad* del derecho de gentes y del derecho positivo.

Como derechos naturales dice, con Santo Tomás: a. la igualdad entre lo que se da y lo que se recibe; b. la conservación de la vida; c. la unión de hombre y mujer en el matrimonio; d. la nutrición y educación de los hijos; e. la convivencia en sociedad; f. la posesión de bienes materiales.

Como derechos naturales derivados señala: a. el derecho de la autoridad pública de matar al malhechor nocivo al bien común; b. el derecho al matrimonio indisoluble; c. el derecho a la propiedad privada con los límites del destino primario de las riquezas.

Estos derechos naturales secundarios, estén o no garantizados por la ley positiva, canalizan muchas veces la fuerza del derecho natural primario, v. gr., penalizando el asesinato o el aborto, garantizando el natural uso de los bienes materiales con la propiedad privada protegida, el matrimonio monogámico indisoluble, etc.; pero sin anular, modificar o limitar el derecho natural primario, plasmación de la ley eterna.

Esta intangibilidad de la ley natural y del derecho natural la subraya vigorosamente Santo Tomás, con alusión explícita a la ley escrita y al derecho de gentes en lo que tiene de positivo.

Así, pues, los principios secundarios de ley natural no pueden anular ni limitar, ni modificar los principios primarios, pero sí al revés: los principios secundarios pueden ser limitados en ciertos casos para salvar el vigor de los primarios. Es algo así como la no naturalidad de los milagros respecto de sus causas naturales inmediatas, pero que son naturales respecto de la causa primera.

La definición esencial de justicia que diera Santo Tomás y su división adecuada en tres especies (conmutativa, distributiva y legal), ha prestado gran atención a las exigencias de la justicia social o legal, tan tratada desde hace un siglo a nuestros días, referida concretamente al problema del destino de los bienes superfluos.

Que sobre los bienes superfluos pese un deber moral de caridad social o misericordia y de liberalidad resulta indubitable.

No da por válidas las razones que se alegan para incluir este deber en el ámbito de la justicia conmutativa o distributiva; pero suscribe las que lo incluyen en el ámbito de la justicia legal o social, dado que la atención de los pobres es exigencia del bien común, objeto formal de la justicia legal.

Deber de estricta justicia legal, que obliga moralmente a ser satisfecho y a la restitución en caso de incumplimiento, medie o no ley positiva que urja o sancione al respecto.

En todo caso, la dificultad de regular legalmente la sobreabundancia de las riquezas, como la vigencia de los demás deberes y derechos de justicia social, no invalida su posibilidad y conveniencia. Para concluir, diría parafraseando un comentarista del Aquinate:

“En la noche sin luna de la crisis de la Cristiandad, cuando las estrellas quedaron cubiertas por las nubes del nominalismo, y cuando la brújula del humanismo se desvió del norte geocéntrico que en su caminar había orientado al hombre occidental, éste se halló sumido en la oscuridad, y los nuevos caminos guiados por Santo Tomás, por los que a partir de entonces ha venido transitando, comprendemos hoy que nos han desviado del abismo”.◆

LA JURISPRUDENCIA Y LA SEGURIDAD JURÍDICA

POR ROBERTO ENRIQUE LUQUI (*)

I. Preliminar

La palabra “jurisprudencia” tiene varios significados. En un sentido general se la utilizó para referirse al saber jurídico. De ahí que se la emplee aun para denominar escuelas, facultades, títulos académicos, obras jurídicas, etc. Esta acepción tuvo una vigencia mayor en el derecho antiguo, hasta mediados del siglo XIX y se mantiene en los países de habla inglesa, donde *Jurisprudence* es equivalente a ciencia del derecho, filosofía jurídica o teoría general del derecho. Corresponde a la noción de jurisprudencia teórica, que es el saber dirigido al conocimiento de un sistema jurídico, y se diferencia de la jurisprudencia práctica, en que esta última se refiere a las sentencias de los órganos encargados de aplicar el derecho.

En su significado originario de la voz “jurisprudencia” fue el saber dirigido a lograr la justicia como fin del derecho. De ahí que encontremos en su raíz etimológica un componente valorativo, la prudencia, que según el Diccionario de la Lengua significa sensatez o buen juicio. Jurisprudencia o *prudencia juris* o *juris prudentia* sería la sensatez o el buen juicio en la aplicación del derecho. De ahí también que los romanos denominaran *prudens* a los juristas.

(*) Comunicación del Académico en la sesión privada del 24 de mayo de 2012.

En Roma la doctrina elaborada por los *prudens* ejerció una gran influencia en el desarrollo del derecho. Eran intérpretes del *jus*, peritos en materia jurídica, cuyos dictámenes y opiniones fueron en cierta manera formadores del derecho (Gayo, I § 2° 7). Los *prudens* asesoraban al Pretor y también a los individuos, a estos últimos para auxiliarlos en la formulación y redacción de los negocios jurídicos. Tanto durante la vigencia del *jus civile* — muy riguroso y formalista— cuanto del procedimiento formulario, cumplieron un papel importantísimo, pues cualquier error en los negocios jurídicos o en los litigios podía hacer fracasar el derecho de las partes, por lo cual eran consultados necesariamente.

La actuación de los *prudens* en Roma se puede considerar como el aporte doctrinal en la formulación derecho. Savigny, luego de distinguir los dos sentidos en que se emplea la palabra jurisprudencia —una, para designar al verdadero derecho consuetudinario fundado en una larga serie de monumentos judiciales, y otra, para las decisiones uniformes de un tribunal— señala que “sería más conveniente no emplear las palabras jurisprudencia y práctica, sino en el primer sentido, es decir, para designar el verdadero derecho consuetudinario consignado en las decisiones judiciales” (1). De esta manera resaltaba el carácter formador del derecho que cumplió en Roma.

En los sistemas de derecho escrito de origen romano-germánico, la jurisprudencia tiene un significado diferente, circunscripto a las decisiones judiciales dictadas en ejercicio de la función jurisdiccional y, en forma extensiva, a las emanadas de ciertos órganos administrativos. De manera aún más precisa se la emplea para denominar la interpretación reiterada y uniforme que los jueces hacen del derecho en los casos contenciosos.

II. ¿Qué se entiende por jurisprudencia?

La sentencia judicial constituye una fase de la realización del derecho en los casos contenciosos llevados ante los estrados de justicia. Para algunos es el verdadero derecho positivo, porque el juez concreta en el caso particular las reglas generales y abstractas de la ley. Es el derecho en su realidad, la actuación de las normas generales y abstractas aplicadas en las decisiones jurisdiccionales de carácter particular.

(1) M. F. C. de SAVIGNY, “Sistema de derecho romano actual”, trad. esp. de J. Mesía y M. Poley, Centro Editorial Góngora, Madrid, t. I, p. 117.

La sentencia produce dos efectos: uno inmediato y directo, que es resolver el caso sometido a conocimiento y decisión del tribunal, y otro mediato e indirecto, que es generar una fuente normativa para casos futuros, la cual, según sea el carácter que le asigne el sistema jurídico, puede ser fuente formal o fuente material o directiva para seguir un criterio de interpretación.

Este segundo efecto generador de derecho resultante de la interpretación hecha por la justicia de las reglas o de los principios jurídicos en los casos contenciosos, es lo que entre nosotros se entiende por jurisprudencia. No es una simple acumulación de fallos, aun cuando se hayan dictado en el mismo sentido. La jurisprudencia es la doctrina judicial, extraída de las decisiones que tomaron los tribunales en forma reiterada respecto de un tema determinado. García Maynez la define como el “conjunto de principios y doctrinas contenidas en las decisiones de los tribunales” (2). Con algunas variantes propias de los diferentes sistemas jurídicos, este es el concepto que impera en la mayoría de los países de Europa continental y de América, con excepción de los de habla inglesa que adoptaron el régimen del *common law*, donde los precedentes judiciales son fuente formal de derecho, pues siguen el principio *stare decisis*.

En nuestro país el sistema federal de gobierno determina que cada provincia, y la Nación en el ámbito de su jurisdicción, regulen el valor de la jurisprudencia (arts. 5, 75 inc. 12 y 121 de la Constitución Nacional). No obstante ello es posible dar algunas pautas básicas aplicables a nuestro sistema. Para que exista propiamente jurisprudencia se deben dar varios presupuestos: a. que se trate de sentencias dictadas en un mismo sentido por el tribunal superior de la causa, b. que los hechos sean coincidentes, c. que haya una reiteración de esos fallos, d. que la interpretación se mantenga a través del tiempo, e. que fallos no sean contradictorios, f. que los casos sean materia de interpretación judicial, y g. que se pueda extraer de los fallos una doctrina única. La *ratio decidendi* puede tener importancia, pero no decisiva, pues lo que interesa a fin de configurar una jurisprudencia es la conclusión a la cual arribaron los fallos en su tarea de interpretar y aplicar el derecho, y no el razonamiento seguido para ese fin. Los argumentos dados *obiter dicta* no forman jurisprudencia. Cuando no se dan *íntegramente* estos presupuestos, no es posible hablar de *jurisprudencia*

(2) GARCIA MAYNEZ, Enrique, “Introducción al estudio del Derecho”, 10ª ed. México, 1961, p. 68.

sino de precedentes, que pueden servir como guía para la solución de otros casos, en la medida que tengan valor como razonamiento jurídico de interpretación del derecho.

La jurisprudencia es la doctrina judicial extraída de sentencias reiteradas y constantes de un tribunal de alzada, cuando son coincidentes en la forma de interpretar el derecho. Como dice Liebman, “no es tanto un conjunto de decisiones judiciales como el criterio de interpretación que se extrae de ellas y se condensa en máximas generales” (3). Cuando no existe uniformidad en los fallos, no se puede hablar de jurisprudencia. Por eso es impropio sostener que sobre un tema dado la jurisprudencia de un tribunal o fuero es “contradictoria”. Si existe contradicción, no hay jurisprudencia. Serán fallos contradictorios, pero no jurisprudencia contradictoria. Los fallos son los elementos con los que se conforma una jurisprudencia, pero no un sinónimo de jurisprudencia.

Si bien las cuestiones de hecho no son, por lo general, materia de jurisprudencia, pues la apreciación de la prueba le corresponde siempre al tribunal de la causa y, especialmente, al de primera instancia, los jueces interpretan y aplican el derecho sobre la base de determinados presupuestos de hecho que tienen como válidos. De ahí que los hechos que rodearon los casos tomados para extraer una doctrina jurisprudencial deban ser cuanto menos similares, sobre todo si incidieron en la decisión.

En el orden nacional no existe una regla para establecer cuántos fallos coincidentes son necesarios para generar una jurisprudencia. El buen criterio es la pauta para resolver este tema. En algunas legislaciones se prevé el número de sentencias necesario para configurar una jurisprudencia. La cantidad de causas en las cuales recayeron sentencias sobre una materia tiene influencia, pues si se trata de una cuestión que raramente llegó a los estrados judiciales y los pocos casos se resolvieron en el mismo sentido, se podrá considerar que es una jurisprudencia. También influye el tiempo en que se dictaron los fallos, si se mantuvo el mismo criterio durante un lapso prolongado, o si se trata de sentencias dictadas esporádicamente, o muchos años atrás, cuando las circunstancias sociales, políticas y económicas eran diferentes. Aunque algunos fallos de la primera mitad del siglo

(3) E. T. Liebman, voz “Giurisprudenza”, en *Nuevo Digesto Italiano*, Turín, 1938, t. IV, p. 411.

pasado hayan sentado doctrina y sean decisiones ejemplares, no siempre mantienen su vigencia en la actualidad.

Otro aspecto que tiene especial importancia es que los casos se refieran a cuestiones en las cuales la aplicación del derecho sea materia de interpretación judicial. No hay propiamente jurisprudencia cuando la solución del caso está regulado por la ley de manera clara y precisa. La justicia debe aplicar la ley, y los fallos pueden generar jurisprudencia cuando es necesario interpretarla para establecer su verdadero significado. Si no existe duda sobre lo que expresan las palabras y su significado, pues basta con seguir una interpretación literal, poco tiene que hacer la jurisprudencia, aunque sí la sentencia, para dictar la norma individual (4).

En oportunidades los jueces deben resolver cuestiones que no están reguladas expresamente por la ley, porque no existe una norma que prevea la solución del caso. Como no pueden dejar de juzgar bajo pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes (art. 15 del Código Civil), tiene que recurrir a la analogía o basarse en los principios generales del derecho, con lo cual la jurisprudencia que puedan generar será integradora o creativa.

En los países que adoptaron el sistema del *common law* y siguen el principio de *stare decisis* las decisiones judiciales tiene fuerza vinculante, no ya como jurisprudencia en el sentido expresado, sino como precedente con valor normativo. No es necesario que haya una doctrina extraída de fallos reiterados en un mismo sentido, basta con que exista un pronunciamiento del tribunal superior para que lo resuelto se considere derecho aplicable a los casos iguales o semejantes.

En el orden nacional están los fallos plenarios, que tienen características especiales. Cuando hay sentencias contradictorias de las salas de un fuero, se reúnen los jueces integrantes de todas ellas y resuelven por mayoría respecto de un caso, que es igual a los restantes sometidos a plenario. Ese fallo obliga a todos los magistrados de ambas instancias a aplicar la interpretación allí resuelta, pudiendo los jueces expresar su discrepancia, como simple manifestación (art. 303 del Código Procesal). En realidad, los fallos plenarios no son la doctrina extraída de precedentes reiterados

(4) KELSEN, Hans, "Teoría pura del derecho", trad. esp. de M. Nilve, 3ª ed. Eudeba, Buenos Aires, 1963, p. 167 y ss.

dictados en un mismo sentido, sino una decisión tomada por mayoría por los jueces de la cámara para unificar la jurisprudencia y evitar los fallos contradictorios.

III. ¿La jurisprudencia es una fuente de derecho?

Para responder a esta pregunta antes debemos hacerlo con otra más compleja: *qué se entiende por fuentes del derecho*. Legaz y Lacambra, después de reseñar los distintos significados, dice que existen dos categorías iniciales de fuentes del derecho, las internas, que atienden a los factores de los que proceden las normas jurídicas, o sea la autoridad que las crea, y las externas, que son las formas en que aparecen las normas, las maneras de manifestarse. A su vez — agrega— se pueden distinguir las fuentes en sentido de fundamento (Dios, razón, voluntad, naturaleza humana, la conciencia colectiva, etc.), las fuentes en razón de los grupos sociales que originan el derecho (Estado, Iglesia, comunidad internacional, comunidades sociales, etc.) y las fuentes consideradas por el origen o autoridad o fuerza social reconocida por el derecho positivo para conferirle el carácter de norma jurídica (ley, costumbre, jurisprudencia, sentencia, negocio jurídico, etc.) (5).

Cualquiera que sea el origen de las fuentes o la clasificación que se adopte, cabe concluir que la fuente originaria del derecho es el Estado, pues, como dice Recasens Siches, es quien “las quiere como tales y las aplica como tales” (6). De ahí que para saber qué son fuentes del derecho debamos seguir un criterio empírico y analizar en cada ordenamiento jurídico a cuáles se les reconoce este carácter, no sólo por el derecho objetivo, sino por la práctica de la Justicia.

El sentido en que comúnmente se emplea este concepto es el de *modos o formas como se establecen las reglas jurídicas*. Se distinguen las fuentes materiales de las fuentes formales, las inmediatas o directas, de las mediatas o indirectas. De ahí que para el tema que nos ocupa tengamos que dejar de lado lo que establece el derecho positivo, no porque carezca de

(5) LEGAZ LACAMBRA, Luis, “Filosofía del derecho”, 2ª ed. Bosch, Barcelona. 1961, p. 487 y ss.

(6) RECASENS SICHES, Luis, “Filosofía del derecho”, 7ª ed. Porrúa, México, 1981. p. 282.

importancia, sino, al contrario, porque sus disposiciones son definitorias en este aspecto. No admiten discusión.

El problema se plantea cuando la ley nada dice al respecto, pero, no obstante, los jueces se basan en ella para resolver los casos contenciosos. De ahí que corresponda analizar si la jurisprudencia, en los hechos, tiene o no carácter vinculante cuando los jueces la aplican como fundamento de sus sentencias y se remiten a ella para interpretar la ley. A su vez, interesa saber, también en los hechos, si la jurisprudencia genera reglas jurídicas que se consideran obligatorias. En otras palabras, si la jurisprudencia es o no admitida por los jueces como fuente de derecho. Nos referiremos a lo que ocurre en nuestro país, en el orden nacional.

Sobre el valor de la jurisprudencia en los sistemas continentales se escribieron varios millares de páginas, sin haber logrado esclarecer el tema con la precisión deseada, porque, en realidad, se trata de una cuestión política, aunque sea materia de estudio de juristas y filósofos(7). Están quienes siguen una idea “normativista,” al considerar que el derecho es lo que expresa la ley y la función de los jueces se debe limitar a aplicarla, y los que consideran que el derecho es lo que dicen los jueces, a los cuales podríamos denominarlos “judicialistas” (8). Ninguna de estas posiciones se puede considerar absoluta, pues, por mayor que sea la densidad de las regulaciones legales, siempre existirá un margen de apreciación y de valoración por parte de los jueces para resolver las causas por aplicación del derecho. Y, paralelamente, por mayores que sean las atribuciones conferidas a los jueces, siempre deberán ajustar su actuación a reglas vinculantes. Por lo demás, el valor atribuido a la jurisprudencia en los diferentes ordenamientos jurídicos no es uniforme. Varía según sea la preeminencia que se le confiera al derecho escrito y la competencia atribuida a los órganos judiciales. Cuanto mayor es la regulación legal, menor es la autoridad de la jurisprudencia. La codificación relegó su valor, sobre todo durante el auge la interpretación exegética, al otorgarle al juez sólo el papel de intérprete de la ley y no de intérprete del derecho.

(7) Entre nosotros es ilustrativa la polémica que mantuvieron Sebastián SOLER y Genaro CARRIÓ en sus excelentes trabajos, “Las palabras de la ley” y “La interpretación de la ley”, del primero y “Notas sobre derecho y lenguaje”, del segundo.

(8) Enrique Lalaguna, voz “jurisprudencia”, Enciclopedia Jurídica Seix, Barcelona, 1971, t. XIV, p. 597.

También las atribuciones conferidas a los tribunales es determinante del valor que tiene la jurisprudencia, pues en los países donde existen tribunales de casación o tribunales constitucionales los fallos que dictan tienen fuerza vinculante.

IV. El derecho positivo y la realidad

En nuestro país, en el orden nacional, hay que distinguir lo que dispone el derecho objetivo de lo que ocurre en la realidad. Si nos atenemos a lo que establece el art. 16 del Código Civil *para las cuestiones civiles*, la jurisprudencia no es fuente de derecho. Según este artículo, cuando una cuestión no se pueda resolver ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá al principio de leyes análogas, y si aún la cuestión fuese dudosa se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso. No menciona para nada a la jurisprudencia, de lo cual cabría concluir que no es una fuente de derecho.

Pero, este artículo obliga a efectuar algunas reflexiones. La primera, establecer cuál es su ámbito de aplicación, porque expresamente se refiere a *las cuestiones civiles* y, como es sabido, las reglas de interpretación de la ley son diferente en las distintas ramas del derecho. Así, por ejemplo, en el derecho penal y en el derecho fiscal la sujeción a lo que establece la ley es estricta. Lo mismo ocurre en muchas cuestiones de derecho administrativo, no sólo en materia sancionatoria, sino también en temas donde tiene preeminencia el interés público. Además, la jurisprudencia administrativa (los dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación, de los tribunales administrativos, las decisiones de los organismos de control) puede ser fuente de derecho y ser tenida en cuenta por los jueces cuando dictan sentencia. De ahí que el art. 16 del Código Civil no sea una norma aplicable al derecho en general.

Otra reflexión es la relativa a la ideología que imperaba cuando se sancionó el Código Civil, eminentemente normativista, como lo demuestran otros códigos de la época y el auge que tuvo el método exegético en ese entonces. A la idea de que la ley existe por un acto de soberanía, se agregó luego el criterio racionalista de que es producto de la razón y de la voluntad general. En Francia se generó la idea —que se perpetuó hasta el presente— de la majestad de la ley. Tanto es así, que en 1790 el legislador francés prohibió a los jueces que interpretaran las leyes, y dispuso que

para ello debían dirigirse al parlamento. Recordemos que a fin de cumplir con la idea de que sólo el legislador las podía interpretar, se creó la Corte de Casación como organismo desprendido del parlamento. También Federico el Grande quiso impedir la interpretación del código prusiano, y en 1780 dictó un decreto para que en caso de duda los jueces no dictaran sentencia hasta haber oído a la comisión legislativa, mandato que tuvo poca vida, pues quedó sin efecto en 1798. Antes, Justiniano había prohibido toda crítica y comentario de su obra legislativa.

Si nos atenemos a lo que disponen las normas de derecho legislado en nuestro ordenamiento jurídico, la jurisprudencia no es fuente formal de derecho. Salvo el caso de la interpretación de la ley hecha por los fallos plenarios, que por lo dispuesto en el art. 303 del Código Procesal es obligatoria para la cámara y para los jueces del fuero, las sentencias —en principio— no obligan ni siquiera al tribunal que la dictó. Más aun, tampoco son obligatorios los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En tal sentido declaró que “los jueces se pueden apartar de la solución dada por la Corte en fallos análogos, cuando a su juicio, expresado con fundamentos serios, sostengan la inconveniencia o inaplicabilidad del criterio adoptado” (9).

Sin embargo, también sostuvo que “aún frente a la inexistencia de una norma en tal sentido, este tribunal ha señalado reiteradamente el deber que tiene las instancias ordinarias de conformar sus decisiones a las sentencias de la Corte dictadas en casos similares (Fallos: 307:1094; 321:2007; 316:221; 318:2060; 319:699; 321:2294), que se sustenta tanto en su carácter de intérprete supremo de la constitución nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia, como en razones de celeridad y economía procesal que hacen conveniente evitar todo dispendio de actividad jurisdiccional (10). Y, también manifestó que sus sentencias “no sólo son supremas en los casos concretos que decide, sino que también poseen carácter de pautas orientadoras para todos los órganos jurisdiccionales y administrativos, sin excepción, en virtud de la alta autoridad moral del cuerpo del que emanan” (11).

(9) “Fallos,” 25:364; 212:51 y 251.

(10) “Fallos,” 25:364; 212:51; 256:208; 301; 1769; 311:1644 y 2004; 318:2103; 320:3201 y sus citas.

(11) “Fallos,” 12:134; 25:364; 205:614; 235:662; 245:429; 304:898.

Como vemos, si bien no existe norma que confiera a la jurisprudencia el carácter de fuente de derecho, nuestro alto tribunal le reconoce una importancia especial, al menos respecto de sus fallos, que no pueden ser ignorados por los jueces a la hora de dictar sentencia. La realidad refuerza este criterio para todos los casos contenciosos. Podríamos afirmar que en los hechos, la primera fuente de interpretación a la que acuden por lo general jueces y abogados frente a un pleito, es la jurisprudencia. Como dice Puig Brutau, “proclamamos la primacía de la ley, pero dependemos en cuanto a su eficacia, de cómo la aplique el juez” (12).

Existen innumerables ejemplos que demuestran la fuerza vinculante de la jurisprudencia. Sólo mencionaré algunos. Hasta que se dictó a ley 19.549 el agotamiento de la instancia administrativa para impugnar ante la Justicia un acto administrativo fue un requisito establecido por la Justicia, lo mismo que la supresión de la reclamación administrativa previa de la ley 3952 cuando se transformaba en un ritualismo inútil. Otro tanto se puede decir del planteamiento oportuno de la cuestión federal, que no está previsto en ninguna norma. Y, ¿cuántos recursos extraordinarios se rechazaron por no haber cumplido con este recaudo? En materia de repetición de impuestos, hasta 1973 no fue necesario la prueba del empobrecimiento del recurrente que invocó el pago sin causa; desde ese año hasta 1977, la demostración de tal circunstancia constituyó un requisito indispensable para que proceda la repetición (13); desde 1977 se retomó el criterio anterior (14), para volver en 2004 al criterio de la prueba del empobrecimiento (15), todo ello según los fallos dictados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con cuatro composiciones diferentes (16). En materia de responsabilidad extracontractual del Estado por los actos

(12) PUIG BRUTAU, José, “La jurisprudencia como fuente del derecho”, Bosch, Barcelona, p. 7.

(13) Fallos, 287:79.

(14) Fallos, 297:500.

(15) Fallos, 327:4023.

(16) La Ley 25.795 (Adla, LXIII-E, 4969) modificó el art. 81 de la ley 11.683 (t.o. 1998) (Adla, LVIII-C, 2969) y estableció que los impuestos indirectos sólo podrán ser repetidos por los contribuyentes de derecho cuando acrediten que no los trasladaron a los precios, o bien cuando habiéndolo trasladado acrediten su devolución en la forma y condiciones que establezca la AFIP, lo cual importa una “prueba diabólica”.

de sus agentes la jurisprudencia interpretó originariamente que no era responsable, tal como surgía de una interpretación literal de los textos vigentes. A partir del caso “Devoto” (17) admitió la responsabilidad, sobre la base de una interpretación extensiva del art. 1113 del Código Civil. Luego, con el caso “Vadell” (18), sostuvo que la responsabilidad se basa en una interpretación —muy particular— del art. 1112 del mismo Código. Estos son sólo algunos ejemplos, y podríamos llenar muchas páginas con otros similares.

La distinción entre fuentes directas o inmediatas e indirectas o mediatas, tiene importancia cuando claramente se contraponen la jurisprudencia con una ley, y corresponde seguir un orden jerárquico normativo, pero no cuando se trata de un caso difícil, en la terminología de Dworkin, o no previsto, en el cual la justicia debe recurrir a otras normas aplicando la analogía, o a generar una regla sobre la base de interpretar un principio general del derecho. La afirmación de que en esos casos la función de la jurisprudencia no es integradora del orden jurídico, sino simplemente intérprete de la ley, es un eufemismo, porque la zona que divide la interpretación de la creación es muchas veces difusa. De ahí que en los hechos, en el orden nacional, no obstante ser la jurisprudencia —para el derecho positivo— una fuente indirecta o mediata de derecho, en muchas ocasiones funciona como fuente directa, y se la aplica como tal sin mayor cuestionamiento. La jurisprudencia es fuente de derecho porque en los hechos, aunque no lo declaren expresamente, los jueces “la aplican como tal” —según la expresión de Recasens Siches— por lo cual son los propios jueces quienes le reconocen ese carácter. Esta es una realidad que destruye muchos argumentos formulados dogmáticamente.

V. La aplicación del derecho

La idea de que el juez se debe limitar a aplicar la ley al caso contencioso, por un silogismo donde la premisa mayor es la norma, la premisa menor son los hechos de la causa, y la sentencia su conclusión, tuvo su auge en el siglo XIX. El método exegético seguido por los autores de ese entonces —aunque su origen se remonta a los glosadores— es una clara demostración de la influencia que ejerció esta escuela, especialmente en el derecho

(17) Fallos, 169:111.

(18) Fallos, 306:2030.

privado, que tuvo en la codificación el instrumento adecuado para realizar el derecho positivo. El pensamiento racionalista influyó en la creencia de que las reglas jurídicas sólo podían emanar de las leyes, las cuales permitían cubrir todo el espectro de supuestos de hecho que pudiesen ocurrir en las relaciones humanas. No existían lagunas del derecho, y los casos no previstos se podían resolver por la aplicación analógica de otras normas, o por lo principios generales del derecho. La plenitud del orden jurídico positivo, fue y sigue siendo, en el pensamiento de muchos autores, un presupuesto del principio de legalidad. No sólo se siguió ese criterio, sino que se consideró a la interpretación judicial como reñida con la autoridad del poder legislativo (Bentham), que era más fácil alcanzar el gobierno libre cuanto más reducidas sean las facultades de los jueces para aplicar mecánicamente las leyes (Montesquieu).

Por más que se haya pretendido colocar en un plano inferior a la fuerza generadora del derecho que contienen los pronunciamientos judiciales y la doctrina, es innegable que las reglas jurídicas, en su gran mayoría, no son el producto de la voluntad del poder que las crea —llámese monarca, emperador o legislador— sino del derecho de juristas, que lo fueron elaborando con sus decisiones y sus obras, extraídas de la experiencia recogida del comportamiento humano. Como dice Puig Brutau, “resulta curioso que tres autócratas como Justiniano, Federico el Grande y Napoleón hayan unido su nombre a grandes obras legislativas. En realidad su obra únicamente en la forma es creadora. Es decir, fueron grandes acuñadores del Derecho a base de aprovechar la obra auténticamente creadora de los juristas. Lo que antes de ellos tenía un carácter más o menos fragmentario, casuístico y disperso, se convierte en un cuerpo ordenado de normas jurídicas alineadas con el rigor de una formación militar” (19).

La aplicación mecánica de la ley es una utopía del positivismo que nunca tuvo vigencia absoluta, y la fue perdiendo cada vez más a través del tiempo, para reconocer progresivamente la función integradora del derecho que realiza la justicia. De haberse aceptado tal concepción de positivismo extremo en el funcionamiento del derecho, no hubiesen sido necesarios los tribunales de justicia, pues habría bastado con crear órganos administrativos que apliquen automáticamente las leyes a los casos controvertidos, por un simple ejercicio de lógica.

(19) PUIG BRUTAU, José, op. cit. p. 141.

Es archisabido que las proposiciones jurídicas contenidas en las normas sólo alcanzan a cubrir una mínima parte de las hipótesis de conflicto que se pueden plantear en las relaciones humanas (20). Además, existen zonas de penumbra en las cuales no es fácil deducir el verdadero significado de la ley (21). Y, también es una realidad incontrastable que, como afirmó el célebre jurista francés Saleilles y lo reiteraron muchos autores, cuando se trata de resolver un caso “se empieza por querer el resultado para hallar después el principio que lo justifica: tal es la génesis de toda interpretación jurídica” (22).

A lo dicho se agrega la textura abierta del lenguaje jurídico, que muchas veces permite interpretaciones diversas. Por otra parte, las leyes contienen conceptos jurídicos indeterminados, conceptos normativos, conceptos de libre interpretación y cláusulas generales (23), cuyo contenido, significación o alcance deben ser establecidos por el juez en cada caso, lo cual no significa que lo resuelto quede librado a su arbitrio, ya que siempre deberán respetar el principio de razonabilidad y ajustarse a lo que establece el marco normativo.

Por lo demás, estas decisiones de la justicia, aun cuando tengan un importante ingrediente de discrecionalidad, deben guardar coherencia con

(20) Hans Nipperdey, aun cuando niega que la jurisprudencia sea fuente de derecho, reconoce la actividad creadora del juez para el caso concreto. En este sentido dice: “Ni en la ley ni en el derecho consuetudinario se hallan resueltas todas y cada una de las cuestiones jurídicas que se producen en las relaciones de la vida. Algunas están expresamente sometidas al arbitrio judicial, otras, tácitamente, al haberse abstenido de regularlas el legislador para no anticiparse al juez o a la doctrina. También se dan algunas no intencionales que derivan de la imprevisión, e incluso son inevitables respecto de aquellas cuestiones de las que sólo se ha tenido conciencia después de dictarse la ley, en virtud de la modificación de las relaciones de la vida” (ENNECERUS, KIPP y WOLF, “Tratado de derecho civil”, trad. de la 39ª por Pérez González y Aguer, Bosch, Barcelona, 1943, 1ª ed., t. I, Parte General, Vol. I, p. 164 y ss.

(21) CARRIO, Genaro R., “Notas sobre derecho y lenguaje”, 5ª ed. Lexis Nexis Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2006, p. 73 y ss.

(22) PUIG BRUTAU, José, “La jurisprudencia como fuente de derecho”, Bosch, Barcelona, p. 3.

(23) ENGISCH, Karl, “Introducción al pensamiento jurídico”, trad. esp. de Garzón Valdés, Guadarrama, Madrid, 1967.

lo resuelto en otros casos similares. De ahí la necesidad de que exista una cierta normalización de las resoluciones discrecionales. Así, por ejemplo, para establecer el daño moral los jueces se deben ajustar a pautas similares cuando los presupuestos de hecho también lo son, pues, de lo contrario quedaría librado al arbitrio del magistrado la cuantificación del resarcimiento sin ninguna pauta que lo objective, en desmedro de la garantía de igualdad y del derecho de propiedad.

La participación del juez en la realización del derecho es tan necesaria como la ley misma. Como dice Recasens Siches, “el juez es esencialmente una pieza integrante del orden jurídico positivo” (24).

Lo dicho no habilita a sostener que el derecho sea solamente lo que declaran los jueces. Las normas jurídicas regulan el comportamiento social y, por lo común, son acatadas de manera voluntaria por los individuos, sin que sea necesario que intervenga la Justicia. En toda sociedad existe un sentido jurídico subyacente que los induce a respetarlas, aun cuando en muchos casos ni siquiera las conozcan. Y, si las conocen, para aplicarlas las interpretan según el entendimiento de cada uno. Los jueces intervienen en los casos de conflicto, muchos de los cuales aparecen como manifestaciones patológicas del derecho. Como dice Soler, los jueces ven el derecho en casos de transgresión o de conflicto, para resolver una contienda, y es erróneo suponer que sólo puede ser válida esa interpretación (25). Sostener lo contrario implicaría que sólo existe el derecho judicial, y no el que gobierna las sociedades, que en la generalidad de los casos es aceptado y acatado por los individuos.

El derecho no está sólo en la ley. También está en la interpretación que hacen los jueces para resolver las controversias, y también está en la doctrina de los autores, porque tanto los individuos cuanto los jueces desarrollan su razonamiento con el auxilio de esas ideas, todo lo cual conforma el llamado derecho de juristas. Cuando sostenemos que es derecho la interpretación de la ley no nos referimos solamente a la norma particular, sino a la doctrina que generan las sentencias, pues en la mayoría de los casos los jueces no se circunscriben a aplicar literalmente lo que disponen

(24) RECASENS SICHES, Luis, “Filosofía del derecho”, 7ª ed. Porrúa, México, 1981, p. 319.

(25) SOLER, Sebastián, “Las palabras de la Ley”, ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1969, p. 166.

las normas según un lenguaje unívoco y preciso. En la interpretación de la ley, sea por el tribunal o por la doctrina, siempre existe un ingrediente aportado por el intérprete que se agrega al texto de las normas, ya sea para aclarar su significado, para restringirlo o ampliarlo, o aún para extenderlo a otros supuestos de hechos no contemplados expresamente por la ley.

VI. ¿Las palabras de la ley o las palabras del juez?

En realidad nunca existió un normativismo absoluto ni un judicialismo absoluto. Si bien la polémica sobre si es preferible un gobierno de las leyes o un gobierno de los jueces tiene larga data, el debate sobre el valor de la jurisprudencia como fuente de derecho se planteó especialmente en los países de Europa continental y en Hispanoamérica, porque en los sistemas que adoptaron el *common law* huelga discutir este tema.

No obstante las diferencias que existen entre ambas concepciones, las dos siguen reglas que deberían ser aprovechadas recíprocamente, para garantía de los derechos individuales y para preservar la seguridad jurídica. Precisamente, una de las finalidades de este trabajo es demostrar los beneficios que se lograrían si adoptáramos algunas reglas del *common law*, sin que implique propiciar un gobierno de los jueces y, al mismo tiempo, demostrar que el sistema anglosajón, no obstante reconocerle a los precedentes valor de fuente de derecho, en los hechos, se dan dentro de un marco normativo de derecho consuetudinario.

Aun cuando el *common law* sea un derecho de origen judicial que sigue el principio denominado *stare decisis et quieta non movere* —o simplemente *stare decisis*—, es también derecho consuetudinario, pues, además de incluir a la costumbre como fuente de derecho, los precedentes judiciales son obligatorios y tienen fuerza de ley por su uso prolongado e inmemorial y por su recepción universal, es decir, porque son derecho consuetudinario, y al constituir éste una fuente de derecho, la creación judicial siempre se da dentro de límites normativos (Cossio). De ahí la idea de que las sentencias judiciales no crean derecho, sino declaran el derecho preexistente (Blackstone) (26).

(26) En el *common law* los jueces están obligados a resolver los casos según lo decidido por jueces de la misma jurisdicción, de mayor o igual jerarquía, en casos previos de naturaleza similar. Cuando son sentencias de otra jurisdicción sólo tienen fuerza persuasiva. Tanto es el valor de los precedentes judiciales en el

El problema que presenta la técnica del precedente es resolver qué casos son similares y, dentro de ellos, dónde está la similitud, qué circunstancias son relevantes para conferirle fuerza obligatoria. Pero, éste es un tema de interpretación que se da también cuando el juez debe aplicar una norma jurídica. Tanto en uno cuanto en el otro caso, lo importante es extraer de la regla jurídica —ley o precedente— el contenido normativo para aplicarlo a la solución del caso.

El respeto por lo resuelto en fallos anteriores es un modo de preservar la garantía de igualdad, para que todos seamos juzgados según las mismas pautas de justicia. También constituye un postulado de seguridad jurídica, para que los individuos sepan a qué atenerse si tienen que ir a la justicia. Como expresa Cueto Rúa, el *stare decisis* se apoya en los valores seguridad, orden, paz y justicia (27). La Corte Suprema de los Estados Unidos declaró que “el *stare decisis* corporiza una importante política social. Representa el elemento de continuidad en el Derecho y encuentra sus raíces en la necesidad psicológica de satisfacer las expectativas razonables”.

Los sistemas de derecho escrito persiguen los mismos valores que los que aplican el *stare decisis*; ambos pretenden lograr la seguridad, el orden, la paz y la justicia, uno basándose en la ley como expresión de la voluntad general y el otro en la autoridad de los precedentes judiciales. El realismo del *common law* se evidencia en la expresión de Hughes, cuando manifestó que “la Constitución de los Estados Unidos es lo que la Suprema Corte de Justicia dice que es”. Esta es una afirmación que también tiene vigencia en nuestro sistema, pues, aun cuando los fallos de la Corte Suprema solamente son obligatorios para el caso concreto, al ejercer un control difuso de constitucionalidad siempre ha de ser quien diga la última palabra sobre lo que dicen las palabras de la ley, al menos en los planteos de inconstitucionalidad.

Es verdad que en el *stare decisis* el eje del poder está inclinado más hacia la justicia, y que los jueces tienen una autoridad mayor que en nuestro sistema. Esta es una idea política que se apoya en una larga tradición del

common law, que cuando deben interpretar la ley escrita (*statute law*) lo hacen de manera restrictiva, como si fuese una excepción a las reglas extraídas de los precedentes judiciales.

(27) CUETO RUA, Julio César, “El common law”. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1956, p. 104.

derecho anglosajón y en el respeto que siempre ha tenido el poder político para con el poder judicial. No obstante ello, ya que en nuestro sistema la jurisprudencia es una fuente indirecta de derecho que en los hechos tiene prácticamente el mismo valor que una fuente directa, sería una buena política judicial establecer como regla que cuando existe una jurisprudencia en el fuero, los jueces no se puedan apartar de ella sin hacer referencia y refutar los argumentos, como ocurre con los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. También sería acertado que la jurisprudencia del fuero sirva como *ratio decidendi* de los fallos, sin que los jueces deban explayarse en el desarrollo de argumentos aplicable al caso en cuestión.

Esta es una forma de respetar la garantía de igualdad, pues no sería justo que existiendo varios precedentes en un sentido, el nuevo caso se resuelva de manera diferente, sin dar las razones por las cuales el juez consideró procedente modificar el criterio de interpretación. No debemos olvidar que los jueces no actúan como personas individuales, sino como el Estado que ejerce la función jurisdiccional.

VII. ¿Debe el Estado informar la jurisprudencia?

La publicación oficial de las leyes es una exigencia de seguridad establecida por el derecho para que sean obligatorias (art. 2 del Código Civil). Cumplida que sea, nadie se puede excusar de cumplirlas invocando ignorancia o error (art. 923). Aunque imperfecto, la publicación oficial es actualmente el medio de difusión del derecho positivo de nuestro ordenamiento jurídico. Es un requisito sustancial, porque la falta de publicación obsta a su obligatoriedad. Si bien el Código Civil se refiere a “las leyes”, debe interpretarse que lo hace en sentido material, que incluye a los decretos, resoluciones, ordenanzas y demás actos que crean normas de carácter general. Pero, el derecho que se aplica coactivamente por el Estado no es sólo el que está escrito en las leyes, decretos, ordenanzas, etc., sino también el que resulta de la interpretación que hacen los jueces en los casos concretos, cuya doctrina es la jurisprudencia.

Por eso, no basta con difundir e informar el derecho escrito si los individuos no tienen a su alcance los mismos medios de información para la jurisprudencia, pues ignorarán qué es lo que para los órganos jurisdiccionales dice el derecho escrito. De ahí que todo lo que se ha hecho y se haga para ordenar y difundir la legislación —en sentido lato— por correcto y eficiente que sea, nunca podrá satisfacer la necesaria publicidad

de las reglas jurídicas, porque lo que el Estado debe informar —no sólo por un principio de seguridad, sino por elementales razones éticas— es todo aquello que constituya derecho y, como es sabido, el derecho no es sólo la ley, sino toda manifestación de autoridad de alcance general que regule coactivamente la conducta humana, idea que comprende a todas las fuentes, directas e indirectas. Se podría argumentar que con ese criterio también debería informarse la doctrina, que es una fuente indirecta. Aun cuando no estaría de más que así fuera, porque el ideal en esta materia es que se informe el dato jurídico global, a diferencia de la doctrina la jurisprudencia es una fuente que proviene de un Poder del Estado. Aun cuando indirecta es una fuente oficial, que los jueces la tiene como tal.

Salvo la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que publica oficialmente los fallos (ahora memorizados en registros magnéticos, a los cuales se puede acceder por Internet), la información de la jurisprudencia está en manos de editoriales privadas, que publican los fallos que solicitan a las secretarías de las cámaras y a algunos juzgados de primera instancia, sin que pueda considerarse que de esta manera se cumple satisfactoriamente con la difusión e información de esta fuente del derecho. Además, las editoriales privadas publican sentencias de las cuales muchas veces no se puede extraer la jurisprudencia, si no se tiene al mismo tiempo la información de los demás fallos que trataron el tema. Existieron algunas publicaciones oficiales de fallos plenarios, pero sin regularidad.

Esta es una cuestión de la mayor importancia que debería encarar el Estado seriamente, por varias razones, jurídicas y técnicas. No es coherente que a la interpretación que los jueces hacen de las leyes en forma reiterada y constante —que salvo casos excepcionales va a ser la que aplicarán en sentencias futuras— no se les dé el mismo tratamiento que a las leyes, sobre todo cuando la verdadera interpretación de la ley (no la auténtica) es la que resulta de las decisiones judiciales, algunas de ellas generadoras de reglas jurídicas. Si para que las leyes puedan ser conocidas es necesario que se publiquen, también debería serlo para que se pueda conocer lo que para la justicia dicen esas leyes. Ya vimos que las palabras de la ley no son unívocas, la textura del lenguaje jurídico es por lo general abierta, muchas leyes contienen conceptos jurídicos indeterminados, otras se aplicaron para resolver casos no previstos, con lo cual las leyes adquieren una amplitud mayor, en suma, la aplicación de la ley pocas veces puede ser una tarea exclusivamente lógica.

VIII. La jurisprudencia no es un producto elaborado

Para que los individuos puedan conocer qué dice la jurisprudencia en un ordenamiento jurídico donde no es fuente formal de derecho y no existe casación —como ocurre en el orden nacional, salvo en materia penal—, la primera dificultad es obtener la “materia prima”, esto es, las decisiones judiciales que conforman una doctrina a la cual se considera jurisprudencia. Muchas veces los propios tribunales manifiestan en los considerandos de sus fallos que siguen determinada interpretación porque así lo indica la jurisprudencia, con lo cual le confieren a esos fallos esa cualidad. Pero, son escasos los trabajos de investigación dedicados a extraer de los fallos judiciales la jurisprudencia de un tribunal, bien catalogada y referenciada con las normas correspondientes. Por eso, cada vez que tienen que tratar un tema esa investigación la deben hacer los jueces y los abogados, buscar en los repertorios de jurisprudencia y leer los fallos, sobre todo cuando los sumarios no son confiables. Una tarea reiterada y tediosa que se podría evitar fácilmente, para dedicar el tiempo a estudiar la raíz del conflicto y el modo de resolverlo.

La utilidad que tiene la catalogación de sentencias por temas y por sus referencias normativas es indiscutible. Recuerdo en mi juventud que los cuatro libros jurídicos más vendidos por las editoriales eran códigos anotados, a los cuales los autores les agregaban, al pie de cada artículo, los fallos dictados y los tribunales respectivos. Sólo tenían en algunos casos un comentario breve. Sin embargo, todos los abogados y jueces los tenían como auxiliares indispensables, no obstante que en ese entonces los fallos que publicaban las revistas especializadas tenían sumarios breves y bien redactados, y la doctrina judicial era mucho más estable que ahora. Además, había menos causas, así como también menos tribunales.

Como las cámaras no dicen oficialmente cuál es la jurisprudencia en los diferentes temas que resolvieron, pues se limitan en sus sentencias a invocar fallos que muchas veces ni siquiera están publicados en las revistas especializadas, los jueces y abogados deben extraer de las publicaciones privadas o, peor aún, de los libros de sentencias del tribunal, la doctrina contenida en los fallos, y deducir de ellos la jurisprudencia, sin tener la certeza de que esos son todos los precedentes. A diferencia de las leyes, la jurisprudencia no es un producto elaborado. Es necesario extraerla y elaborarla cada vez que la necesitamos, con la dificultad de conseguir los

ingredientes, de saber si esos son o no todos los que están disponibles y, lo más importante, si esa es o no verdaderamente la jurisprudencia.

Extraer de las sentencias judiciales una doctrina no es una operación automática, ni siquiera lógica. En primer lugar es necesario conocer los presupuestos de hecho tenidos por válidos por el tribunal. Los jueces siempre resuelven causas. No se expiden sobre cuestiones abstractas. Y, aun cuando la cuestión sea de puro derecho, en las causas siempre se dan hechos presupuestos que fueron tomados por ciertos y valorados. De ahí que sea necesario conocer los hechos relevantes de los juicios anteriores, para cotejarlos con los del caso a tratar o a resolver.

También influyen circunstancias políticas, sociales o económicas. Prueba de ello son los casos resueltos con motivo de las leyes de emergencia económica, que si los analizamos a la luz de las demás leyes que conforman nuestro derecho positivo difícilmente encontraremos un fundamento lógico o racional que las justifique. Sin embargo, esa jurisprudencia se aplicó y se sigue aplicando, aún después de desaparecida la “verdadera” emergencia, no la que se mantiene especulativa e injustificadamente para que el Estado pueda eludir sus obligaciones. No se debería aplicar la jurisprudencia dictada en situaciones de emergencia, a casos de normalidad económica y social.

Tanto si se la considera una fuente directa de derecho, cuanto si se le reconoce al carácter de fuente indirecta, por su incidencia en la aplicación del derecho corresponde darle un tratamiento similar que a las leyes, como presupuesto de seguridad jurídica. Por eso, el Estado debe publicar *oficialmente* los fallos de los tribunales, ya sea en forma directa o por medio de una editorial privada —como ocurre actualmente con el Boletín Oficial— porque lo que interesa no es el ente que se encarga del trabajo material de editar o de memorizar la información y difundirla, sino del carácter oficial que se le debe conferir a esa información. En Italia, la información de la jurisprudencia está a cargo del Centro Electrónico de la Corte Suprema de Casación, con sede en Roma, dirigido por magistrados, los cuales se ocupan también de redactar los sumarios. De esta manera jueces y abogados pueden tener acceso a la información jurisprudencial *oficial*, memorizada en un sistema informático que es uno de los más desarrollados de Europa.

En nuestro país no sólo carecemos de una información oficial de las sentencias judiciales, sino que los tribunales ni siquiera las seleccionan

para remitirlas a las revistas especializadas. Estas reciben lo que las secretarías de jurisprudencia le envían, sin ningún control por parte de las cámaras. Peor aún, tampoco redactan los sumarios, tarea que está a cargo de empleados de las editoriales privadas, con el agregado que distan mucho de constituir verdaderos “sumarios”, pues son reproducciones de las partes de las sentencia que los redactores consideran, a su criterio, más importantes. Es así como muchas veces se reproducen argumentos *obiter dicta*, o los razonamientos hechos por los jueces para dictar la sentencia, o referencias insustanciales, cuando no ocurre que el sumario dice algo diferente que la sentencia. Además, salvo algunas publicaciones que están precedidas de una pequeña referencia del contenido de la causa, no se efectúa una correcta indicación de los hechos.

IX. El acceso a la jurisprudencia como presupuesto de seguridad

Lo descripto es la situación en que nos hallamos frente al problema de la “conocibilidad” de la jurisprudencia, que es un presupuesto formal de seguridad, porque la seguridad jurídica sustancial no se limita a asegurar que los individuos tengan la posibilidad de conocer las normas jurídicas y la jurisprudencia, sino a garantizar la efectiva realización del derecho, para lo cual es necesario que se cumpla con los presupuestos propios de un Estado de derecho, a fin de alcanzar la justicia, raíz esencial de lo jurídico.

Por eso, corresponde señalar que todas las consideraciones expuestas presuponen el cumplimiento de otros valores más importantes que el conocimiento de la jurisprudencia. No nos ocupamos ahora de ellos, pues merecerían un análisis profundo y más extenso, que excedería el objeto de este trabajo. Sólo mencionaremos algunos que consideramos más relevantes.

La primera cualidad que debe tener la jurisprudencia es la que expresa el concepto mismo, la *prudencia* en la interpretación y aplicación del derecho. Prudencia es corrección, sensatez, buen juicio, que se relaciona con la virtud. En la concepción kantiana la jurisprudencia sería un concepto analítico, porque el predicado está en el sujeto: *prudencia juris* o *juris prudentia*. Por eso se debe dar por entendido que el conocimiento de la jurisprudencia es un presupuesto de la seguridad jurídica cuando la doctrina seguida por los tribunales cumple con las formas de realización del derecho y con los valores de justicia y razonabilidad.

Otra cualidad que debe reunir la jurisprudencia para preservar la seguridad jurídica es la estabilidad, que no se debe confundir con el inmovilismo. La jurisprudencia tiene que ser estable porque el derecho también lo debe ser. Al igual que las normas jurídicas, la jurisprudencia no puede experimentar cambios bruscos, reiterados, muchas veces innecesarios, porque afectaría la certeza y degradaría la fe que los individuos deben tener en el derecho. De ahí que sea aplicable el pensamiento de Carnelutti, aunque referido a la ley, cuando dice: “Toda mutación de la ley representa una turbación de equilibrio, un trastorno de previsiones, una rémora de iniciativas. Peor aún, todo cambio que no se produzca en los límites normales de la mutabilidad, hace perder la confianza en la estabilidad de la ley, que es el estado de ánimo indispensable para la prosperidad social” (28).

La cualidad práctica —objeto de este trabajo— es la accesibilidad a la información jurisprudencial. No basta con registrar los fallos y guardarlos en volúmenes o en archivos magnéticos, si no se cuenta con un instrumento ágil y eficiente que permita encontrar los fallos judiciales, para extraer de ellos la doctrina jurisprudencial. Muchas veces señalé que la informática jurídica no consiste en almacenar información, sino en poder encontrar rápidamente la que buscamos. Por eso, así como una norma que no se conoce tampoco se puede aplicar, una jurisprudencia ignorada es como si no existiera. A diferencia de los que ocurre con la legislación, cuyos textos son oficiales y están numerados, el contenido muchas veces se halla indicado en títulos y descriptores, y las prescripciones normativas están redactadas en toda su extensión (es norma lo que expresa la ley), la jurisprudencia es un material que se debe extraer de la lectura de muchos fallos, dictados sobre la base de hechos que es necesario leer.

La necesidad de reunir las normas jurídicas en cuerpos legislativos para darles unidad y sistematizarlas, determinó a lo largo de la historia que se realizaran sucesivas recopilaciones, pues, luego de efectuadas, el crecimiento desordenado de la legislación obligó a efectuar la misma tarea con las normas nuevas. Es así, por ejemplo, en España, que es nuestro país antecesor en derecho, a partir del Edicto de Vespasiano se fueron sucediendo el Fuero Juzgo, las Siete Partidas, la Recopilación, la Nueva Recopilación y la Novísima Recopilación, hasta llegar a la codificación, con la cual

(28) CARNELUTTI, Francesco, “Discorsi in torno al diritto”, Padova, 1937, p. 180.

se pensó que culminaría la obra ordenadora del derecho. Tiempo después se pudo comprobar que resultó insuficiente, porque los códigos no contienen todas las normas que regulan la materia de que trata cada uno y se mantiene el desorden legislativo. De ahí que podamos afirmar que el proceso de recopilación, sistematización y ordenamiento de las normas es una constante desde hace varios siglos.

A diferencia de las leyes, en sentido lato, la jurisprudencia no se puede codificar. Sin embargo, en algunos casos son norma jurídica o, cuanto menos, complemento o aclaración de las normas. Por ello, es necesario recurrir a técnicas modernas de información y sistematización que no existían cuando se redactaron los primeros códigos. Actualmente el ordenamiento y sistematización de cualquier información jurídica —llámese leyes, fallos o doctrina— se puede realizar técnicamente sin que sea necesario reunirlos en libros. Basta con conocer dónde está cada dato jurídico, para incorporarlo en una base y recuperarlo cuando lo necesitemos, para hacer con ellos cualquier tarea de ordenamiento, confrontación, sistematización, depuración, etc. Lo importante es que los datos jurídicos sean oficiales y que los métodos de búsqueda resulten eficientes.

En los Estados Unidos, no obstante ser un país que no se rige fundamentalmente por el derecho escrito, se creó en el año 1923 el American Law Institute —a iniciativa de William Drager Lewin, decano de la Universidad de Pensylvania—, para la clasificación y simplificación del *common law*. En este instituto participaron jueces, abogados y profesores eminentes, los cuales redactaron una obra titulada *Restatement of American Common Law*, que concluyó en 1945. Luego siguieron publicando trabajos posteriores sobre diferentes materias, con la misma finalidad.

Como vemos, sin tener un derecho codificado, en los Estados Unidos fue posible llevar a cabo una tarea técnicamente similar con las normas del *common law*, no obstante que cuando se comenzó el trabajo sus autores carecían de los instrumentos que hoy nos brinda la tecnología, que son inmensamente más eficientes y económicos. Por fortuna ahora es posible reunir la información jurisprudencial, depurarla, ordenarla, sistematizarla y procesarla, para que todos podamos conocer cuál es la jurisprudencia de nuestros tribunales en las distintas ramas del derecho. Sólo resta que lo hagamos. ♦

MARGARITA ARGÚAS: SU SIGNIFICATIVA ACTUACIÓN EN LA JUSTICIA Y EL DERECHO

POR JORGE REINALDO VANOSI (*)

I. Recordar la personalidad y la trayectoria de la doctora Margarita Argúas es más que la positiva combinación de un placer con un deber. Hay un goce espiritual al traer a colación la sumatoria de sus virtudes ciudadanas, sus dotes intelectuales, la moral intachable y la notable calidad humana que siempre se reflejaba en su trato. Hay un plus que abona y avala la evocación de su nombre y que radica en el imperativo de conciencia que nos golpea cada vez que no encontramos su mención al momento de ser situada en el tiempo y espacio la incorporación de la primera mujer al sitial de juez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. Pasados más de cuatro décadas de ese acontecimiento histórico, duele observar que de manera mezquina y sesgada se produce deliberadamente la preterición de su apellido por tratarse de una fecha en la que estaba en vigencia un gobierno de facto, que no fue el primero ni el último en el catálogo de nuestras vicisitudes institucionales (1).

Esa omisión no puede afectar los fuertes perfiles de su nombradía, jalonada —entre otros componentes— por haberse distinguido también al ser nominada en distintos momentos de la vida nacional la primera mujer que accedió como magistrada a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo

(*) Comunicación del Académico en la sesión privada del 14 de junio de 2012.

(1) El acierto de esa designación, concretada el 13 de agosto de 1970, fue un mérito del doctor Jaime Perriaux, brillante abogado de reconocidas cualidades intelectuales. Margarita Argúas sucedió al fallecido Juez Dr. José F. Bidau.

Civil de la Capital Federal por designación del Presidente Arturo Frondizi y acuerdo del Senado, en 1958; a la titularidad por concurso de la Cátedra de Derecho Internacional Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires; al rango de Académica Titular de nuestra Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires y, más allá de nuestras fronteras, a la presidencia de la “International Law Association” con sede en Londres. Este quinteto de primeridades femeninas indican a las claras que fueron sus antecedentes y sus méritos en una constante y abnegada dedicación al quehacer jurídico los elementos que justificaban cada una de esas nominaciones; las que en el conjunto de su “hoja de vida” fueron y son un orgullo de la cultura y la ciencia jurídica de nuestro país. Todos y cada uno de esos jalones no fueron el efecto de la casualidad sino que testimoniaron el fruto de la causalidad proveniente de sus acendradas calidades (2). Y es por tal razón que no constituiría una exageración ni una lisonja reconocerle a Margarita Argúas, en su medio y en su tiempo, el rango del primicerio que revisten quienes adquieren la superioridad o son los más adelantados en el periplo de sus emprendimientos.

Estas consideraciones liminares, a manera de introito, explican que en el epígrafe conste la adjetivación de “significativa” con referencia a la actuación de nuestra recordada profesora de la materia final de la carrera de Abogacía; pues el vocablo lo dice todo: valer, tener importancia, distinguirse por alguna cualidad o circunstancia; o sea, que tiene importancia por representar o significar algo (confr., Diccionario de la RAE).

Veamos, entonces, algunas facetas de lo que se ha dado en llamar su “hoja de vida” o, en este caso, los aspectos estelares de la intensidad de un vivir.

II. Margarita Argúas nació en Buenos Aires, el 29 de octubre de 1905, siendo sus progenitores don Domingo Argúas y doña Margarita Royol. Cursó los estudios secundarios en el Liceo N° 1 que hoy lleva el nombre de José Figueroa Alcorta (ex Presidente de la Nación y de la Corte Suprema de Justicia), con asiento actual en la Avenida Santa Fe al 2700 (3).

(2) “Acendrado”: dicho de una cualidad, de una conducta, etc.; puras y sin mancha ni defecto (RAE).

(3) El citado Liceo lleva el nombre de “Figueroa Alcorta” en recordación del Presidente de la Nación que dictó el decreto que dispuso su creación, en marzo

La vocación la conduzcó a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, casa de estudios en la que se graduó en 1925, con veinte años de edad y la merecida asignación del “Diploma de Honor” en razón de su elevado promedio. Al poco tiempo presentó su Tesis doctoral, acerca de “La regla *Locus Regit Actum* en la legislación civil y la jurisprudencia argentina”, calificada “Sobresaliente” y que junto con el título de Doctora en Jurisprudencia recibió el galardón del “Premio Acésit” de la Facultad.

El feliz arribo al título máximo obtenido en la Facultad de Derecho no fue el último peldaño que traspuso en la meritoria carrera que proseguiría Margarita Argúas en los jerarquizados planos de la enseñanza, el ejercicio profesional, la actividad académica, la carrera judicial y en las más altas reuniones y tribunas del país y del exterior.

Desde 1933 hasta 1946 se desempeñó como Profesora Adjunta de Derecho Internacional Privado en la Facultad de su graduación; y en ese carácter fue elegida Secretaria Asesora de la Delegación de la República Argentina que entre 1939 y 1940 se reunió en Montevideo con el fin de perfeccionar y elaborar nuevos instrumentos jurídicos de regulación y cooperación entre las naciones del continente americano. De ese cónclave surgió el texto de los llamados “Tratados de Montevideo”, cuya aprobación por los países americanos signatarios significó el perfeccionamiento de los instrumentos aprobados a fines del siglo XIX.

La renuncia a la cátedra, en 1946, fue a raíz de un comunicado de la Subsecretaría de Informaciones sobre “fiscalización por los delegados in-

de 1907, con la denominación de “Liceo Nacional de Señoritas N° 1”; que pasó a llamarse “Liceo Nacional N° 1” a partir de la incorporación de varones en 1986. En la actualidad depende del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (C.A.B.A.) y funciona en un edificio situado en la misma cuadra.

A ese prestigioso establecimiento concurrieron y se graduaron numerosas jóvenes que prosiguieron sus estudios en diversas Facultades universitarias, en una lejana época en que el porcentaje de alumnado femenino en las aulas superiores era todavía pequeño. Las ex alumnas acostumbraban reunirse periódicamente a fin de continuar las amistades nacidas del compañerismo de estudiantina. Allí se conocieron Margarita Argúas y la madre del autor de estas líneas, Angela Estela Carabelli de Vanossi, que luego se graduó de Química en la Facultad de Ciencias Exactas, Físicas y Naturales de la Universidad de Buenos Aires (falleció en agosto de 1989).

terventores [en las Facultades] de la actitud de los profesores en el acto de tomar examen a los alumnos” (*sic*) según lo manifestó la propia doctora Argúas en una carta dirigida a los diarios: se trataba —como es obvio— de una censura a la libertad de expresión de los docentes universitarios (cabe señalar que todas las Universidades Nacionales estaban intervenidas por decreto del Presidente Edelmiro Farrel, dictado en las vísperas de la instalación del nuevo gobierno resultante de las elecciones del 24 de febrero de ese año). A pedido de los alumnos de la Facultad de la que se alejaba, dictó un curso de su materia, durante el año 1947, en el Colegio Libre de Estudios Superiores, institución refugio del pensamiento independiente.

III. Con ese gesto voluntario de su renuncia suspendió su quehacer docente, con la nostalgia de una labor que había emprendido con firme decisión de prolongar sus vínculos con la Facultad. Muchos años después, al incorporarse a la Academia, recordaría en sus primeras palabras del discurso de estilo, que la invadió la emoción “...cuando di mi primera clase —eran seis— para optar el concurso, frente a un jurado formado por Lafaille, Vico, Hugo Alsina, Tobal, Eduardo Bidau y Carlos Alberto Alcorta; yo no había sido nunca maestra ni profesora secundaria; llegaba desde la profesión a esa cátedra, que habían honrado maestros de prestigio internacional”; y mencionó los nombres —famosos todos ellos— de Amancio Alcorta, Estanislao Zeballos, Alcides Calandrelli y Carlos M. Vico; subrayando el empeño del entonces Decano Clodomiro Zavalía “que supo romper vallas tradicionales” para que una mujer accediera a esa función. En la misma oportunidad, Margarita Argúas tuvo palabras de gratitud hacia el Presidente Agustín Matienzo —ausente por la gravedad de su salud— al que destacó como “símbolo del maestro de Derecho” y con quien —añadió— “a su lado, formando mesa [de exámenes] comencé mis experiencias de joven profesora de la Casa” (4). Según viejo dicho, “nobleza obliga”; y de esa manera —con elegancia y sin lisonjería ni alabanzas afectadas— la novel Académica honra a quienes con su estímulo coadyuvaron en sus sucesivos pasos de una exitosa trayectoria, en la que siempre brillaron las luces de su doble idoneidad: la técnica y la ética.

Margarita Argúas fue reincorporada en las mismas funciones en noviembre de 1955. A partir de allí, salvo breves períodos en que la salud del doctor Carlos M. Vico —el profesor titular— lo permitía, tuvo ella a su

(4) Confr., “Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales”, Buenos Aires, 1970, págs. 159 y sigtes.

cargo la titularidad de la Cátedra con carácter interino, hasta su renuncia, aceptada en junio de 1969 (en 1966 había obtenido por concurso la titularidad del cargo) (5). Desde junio de 1967 tuvo a su cargo —al mismo tiempo— la Dirección del Instituto de Derecho Comparado de su “alma mater”, la Facultad de Derecho de la U.B.A.

Como puede verse, de todo lo antedicho se desprende la triple condición de aptitud —vocación— dedicación que a lo largo de su vida asumió y demostró poseer la doctora Argúas para el más cabal ejercicio de la ciencia del Derecho, con la doble idoneidad —la ética y la técnica— que nunca desmintió su vida pública ni privada. Ello, en base al esfuerzo y a sacrificios, pues como alguna vez confesó a sus amistades de vieja data, cuántos renunciamientos mediaron para avanzar en “actos de abnegación inspirados por la vehemencia del amor”, su amor por el Derecho y la Justicia (6). En las múltiples opciones que aparecen en el decurso de la vida, la felicidad también puede encontrarse en la profundización de las ciencias “del espíritu” (al decir de Wilhelm Dilthey), y no necesariamente en la riqueza material o en las metas políticas.

IV. Si tomamos como marco de referencia la cuantía de las relaciones internacionales de cada época, resulta intensa la actividad desplegada por Margarita Argúas en los años correspondientes a su vida docente acorde con su especialidad jurídica. A nivel mundial, asumen trascendencia sus participaciones en reuniones y entidades como las siguientes:

- Presidente de la International Law Association con sede en Londres, designación de agosto de 1968 (Primera presidencia de una mujer desde la creación de la I.L.A. en 1873). A ese momento era Presidente de la Rama Argentina de la misma entidad.
- Presidente permanente de la Comisión sobre “Aspectos legales del Asilo”, de la International Law Association, elegida el 27 de marzo de 1965, por el Consejo Ejecutivo de la Asociación, con sede en Londres.

(5) En su extenso peregrinaje docente, la doctora Argúas también ejerció la Cátedra como Profesora de Derecho Internacional Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Plata desde 1956 a 1958, en que renunció. Años después fue designada Profesora, por contrato, para organizar la cátedra de Derecho Internacional Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad del Nordeste, de 1965 a 1967, en que renunció por razones de salud.

(6) Séptima acepción del vocablo “sacrificio” (Diccionario RAE).

- Presidente de la Comisión sobre “Marcas de Comercio”, en la 52º Reunión de la International Law Association, realizada en Helsinki, agosto de 1966.
- Vice-Presidente de la Comisión sobre Estudio y Enseñanza del Derecho Comparado, en la Reunión del VIIº Congreso Internacional de Derecho Comparado, celebrado en Upsala, Suecia, organizado por la Academia Internacional de Derecho Comparado, en agosto, 1966. En esa oportunidad, fueron presidentes, el Prof. Alfred Jauffret, de la Facultad de Derecho y Ciencias Económicas de Aix-en-Provence, de Francia y el Prof. T. B. Smith, de la Universidad de Edimburgo, Gran Bretaña; a solicitud de estos profesores la Reunión fue presidida por la Dra. Argúas.
- Secretaria Asesora de la Delegación Argentina al Segundo Congreso de Derecho Internacional de Montevideo, 1939-1940. Intervino personalmente en las Comisiones de Derecho Civil y Derecho Comercial; su actuación resulta de las actas correspondientes.
- Delegada del Gobierno Argentino a la XI Conferencia Panamericana de Mujeres, celebrada en Santo Domingo en 1956, dependiente de la Organización de Estados Americanos.
- Delegada Argentina al V Congreso Internacional de Derecho Comparado, realizado en Bruselas en agosto de 1958.
- Declarada huésped oficial del Gobierno de Luxemburgo, al inaugurarse la Universidad de Derecho Comparado, agosto, 1958.
- Invitada por el Gobierno de Israel para asistir al Congreso de Jurisconsultos de Jerusalén, celebrado en agosto, 1958. Presidía la Delegación de Francia, René Casin, Premio Nobel de la Paz 1968.
- Invitada por la Rama Inglesa de la International Law Association, asistió a la 48º Conferencia de la Asociación, celebrada en New York, 1958.
- Miembro correspondiente extranjero de la Universidad Pontificia Bolivariana —Medellín, Colombia— (Academia de Derecho Internacional) a proposición del Profesor Doctor Alfredo Cock Arange, junio, 1947.

- Participó en 1947, de las clases de Derecho Internacional Privado de la Facultad de Derecho de París, dictadas por el Profesor Niboyet; y a propuesta de éste, dictó una clase de seminario en la Facultad de Derecho de París sobre Derecho Internacional Privado Argentino.

En una de sus travesías atlánticas, en el periplo europeo de Margarita Argúas y estando en París, al visitar una librería cercana a la Facultad de Derecho, solicitó al vendedor un ejemplar del Código Civil de Suiza, a lo que éste le respondió al instante: “*madame*, Francia no importa Derecho, Francia exporta ciencia jurídica...” La anécdota fue narrada por nuestra querida profesora en una sobremesa de las sesiones de la Asociación Argentina de Derecho Comparado, en tiempos de la presidencia del doctor Eduardo Busso (si la memoria no me es infiel, tuvo lugar en el Club Francés). La doctora Argúas era asidua concurrente a esas “comidas de trabajo”, que se amenizaban con enriquecedoras pláticas, a lo que no eran ajenos los temas del rubro “viajes”, como en el caso que traemos a colación en esta oportunidad. El intercambio de impresiones y de observaciones en redor de otras naciones y de diversos sistemas legales resulta siempre positivo para el bagaje no sólo jurídico sino también cultural. En ciertos momentos, la necesidad de trasponer los límites es una suerte de requerimiento intelectual que no es bueno dejar insatisfecho; y es así cómo Margarita Argúas llevó adelante esos emprendimientos más allá de las conferencias y congresos, tal como ocurrió en 1947 con sus visitas a España, Italia, Bélgica, Francia y Gran Bretaña, que le aportaron un “valor agregado” a su acervo de contenidos humanísticos en general y jurídicos en especial; sin que ello obstara a su acercamiento con naciones de nuestro continente, como U.S.A., Colombia y Uruguay; e Israel y Holanda, entre otras. Todo ese bagaje formativo más su experiencia en la aplicación del método comparativo, constituyeron sobrados títulos para su elección a la Vicepresidencia de la “Asociación Argentina de Derecho Comparado”, en marzo de 1967.

V. Inquieta, activa y productiva, Margarita Argúas volcó su energía y fuerza creativa al quehacer de numerosas y muy variadas instituciones, tanto de su especialidad jurídica cuanto de las más variadas índoles; siempre transmitiendo su sano y fecundo optimismo en la percepción de las cuestiones y al abocarse al tratamiento de los problemas, en particular los que revestían interés público. Así, a manera de ejemplo de su multiplicidad de facetas a realzar, cabe recordar que ejerció la Presidencia

de la Comisión de Codificación del “Centro de Estudios de Derecho Internacional Privado” en 1926, prosiguiendo durante muchos años como Directora titular o suplente de esa entidad. Con análogo entusiasmo y nunca desmentida vocación perteneció y actuó en el “Instituto Argentino de Derecho Internacional”; en la Cátedra Roosevelt de Estudios Americanos, creada en abril de 1945 con motivo del fallecimiento del Presidente de EE.UU. y de la que fue Directora en el renombrado Colegio Libre de Estudios Superiores. En carácter de Delegada por la “Junta de la Victoria” concurrió en 1946 al Congreso Argentino de Educación Laica; en tiempos difíciles sumó su profesión de fe democrática y republicana a la difícil tarea de defensa de las instituciones que llevaba a cabo —como en toda su historia— el Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires (Montevideo 640), en el que fue miembro del Directorio durante cuatro períodos y formó parte de la Junta de Gobierno de FACA; como así también la Vicepresidencia del “Instituto Argentino de Estudios Legislativos” a partir de 1956 (7).

Todo ello al mismo tiempo que ejercía la profesión en el prestigioso bufete del doctor Pablo Calatayud, quien había detectado su brillo y talento en el paso por las aulas universitarias de la vieja Facultad.

A manera de completitud, podemos añadir que ella también participó del solaz esparcimiento, habida cuenta que siendo saludable tomar recreo periódicamente y llevar el tiempo libre en cercanía de la naturaleza y de la buena vista, con gusto y placer se incorporó a la membresía del Club Náutico de San Isidro, ámbito adecuado para el alivio de sus intensos trabajos.

Una vida tan pletórica en vivencias y obras, recibió el aplauso de quienes supieron ameritar la valía intrínseca de una persona que advino al rango de personalidad —en el sentido más encomiástico de la expresión— sin perder por ello las notas dignificantes de la sobriedad, la modestia y la humana comprensión hacia el prójimo. Prueba de ello fueron el premio “Dama de las Américas”, otorgado por el Consejo Nacional de Derechos de la Mujer (México, 1971); el “Premio Konex Humanidades” (1986); y dos

(7) Esa entidad había nacido de una iniciativa de la Federación Argentina de Colegios de Abogados, a cuyo seno retornó años más tarde y prosigue en la actualidad.

veces el “Trébol de Plata”, entregado por el Rotary Club Internacional, por su brillante trayectoria y por su actuación en la Justicia (8).

De su labor judicial en los años de actuación como vocal de la Cámara Civil, fue también meritoria la sólida fundamentación de las sentencias que llevan su firma; en las que —como lo destacara el doctor Pablo Calatayud en el discurso de presentación en la Academia—, Margarita Argúas emitió votos que resultaron precursores de ulteriores reformas legislativas, como en el caso del art. 1306 del Código en materia de disolución de la sociedad conyugal (ley 17.711), en la justificación del resarcimiento del daño moral en los cuasi contratos, los cuasi delitos y los contratos (modificación al art. 522, ídem), como así también su interpretación amplia del art. 1075 (9).

VI. Como prueba del mayor reconocimiento de sus quilates intelectuales y de su integridad moral. La Dra. Argúas fue elegida Académica Titular de la Academia Nacional de Derecho de Buenos Aires por el voto unánime de sus miembros en la sesión del 9 de octubre de 1968, en la vacante dejada por fallecimiento del doctor Enrique Ruiz Guiñazú y correspondiente al sitial N° 2 que lleva el nombre de Nicolás Avellaneda, siendo Presidente de esta corporación el doctor Agustín N. Matienzo y Secretarios los doctores Alberto G. Padilla e Isidoro Ruiz Moreno. Con fecha 14 de octubre aceptó y agradeció el “altísimo honor” dispensado; y el 14 de mayo de 1970 se llevó a cabo la sesión pública de su incorporación (10), en acto presidido por el doctor Eduardo B. Busso —en ausencia del titular por enfermedad— y estando a cargo del doctor Pablo Calatayud el discurso de recepción. El tema elegido fue titulado “El derecho internacional privado en el Código Civil”; una enjundiosa exposición —que no es del caso pormenorizar en este lugar— de la que se impone destacar el párrafo de cierre y en cuyo final se exalta el valor trasnacional de la persona humana. Dice así:

(8) Homenaje “Día Internacional de la Mujer”, en la Revista del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, Buenos Aires, abril de 2001 (nota recordatoria titulada “La primera mujer en la Corte”).

(9) Ob. cit., “Anales”, págs. 153 y sigtes.

(10) Tuvo lugar en la sede de la Academia, por entonces en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, Av. Figueroa Alcorta 2263. La crónica del diario “La Nación”, al día siguiente, hace notar que el público asistente “desbordó la capacidad del salón de actos” (sic).

“A modo de síntesis de esta larga exposición, con referencia precisa a aquellas cuestiones que son de fundamental importancia desde el punto de vista del Derecho Internacional Privado y de las disposiciones que regulan la convivencia individual en la comunidad jurídica de los Estados, con prescindencia de aquellas normas que respondieron a las exigencias de una época, como sería el matrimonio religioso, me permito afirmar que la metodización de las principales normas generales de Derecho Internacional privado adoptadas por el codificador, permitirían, aún hoy, a cien años de la sanción del Código, la redacción de una Ley de Introducción o de un Título preliminar que no significaría un retroceso con respecto a los preceptos y disposiciones que aceptamos como expresión de las exigencias del mundo contemporáneo, en materia del respeto del individuo en sus relaciones internacionales”.

La conferencia de la Académica recipiendaria abarcó diversos aspectos pertinentes al título y al tema elegido. Hay uno de ellos, que por su permanencia en el trájín de las opiniones, es digno de especificar, aunque tan solo sea por la aguda percepción de la expositora, que al abordarlo dejó aclarado su respeto por todos los criterios conocidos en punto a la cuestión. Ello no impidió, sin embargo, que declarara su postura en el tema. Se trata de la institución de “la legítima” que recoge el Código Civil en lo atinente a familia y herencias; a cuyo respecto expresó Margarita Argúas que “estimo con el doctor Vico, que la legítima en el Código, por interpretación del art. 3598 y la nota correlativa del codificador, es de orden público local, de tal modo que ella no podría ser afectada mediante disposiciones testamentarias cuando el último domicilio del causante está en la República (art. 3283) pero que sí podría serlo cuando el último domicilio está en el extranjero.

“Este tema de la legítima me lleva a un problema de incontestable actualidad.

Me decide a ello la mención de Wolf (Derecho Internacional Privado, ed. Original de Oxford, traducción al español, ed. 1958), citando una frase de Warwick, sobre ‘estos bellos y agudos subterfugios del derecho’.

La legítima asume la calidad de un problema de innegable importancia desde el punto de vista de los textos que estamos analizando, sin embargo, como bien lo puso de manifiesto el doctor Busso en una conferencia pronunciada en esta misma sede de la Academia, por efecto de disposi-

ciones legales posteriores al Código y en especial la ley sobre sustitución del impuesto sucesorio, correlativo a la formación de sociedades especiales anónimas a las que se incorpora todo el patrimonio de una persona o de una familia, ella puede llegar a desaparecer o hacerse de imposible respeto y cumplimiento al producirse el fallecimiento del titular originario de derechos reales sobre inmuebles situados en la República.

La organización de la familia y su riqueza, basada en el valor de la tierra, característica del siglo XIX, ha desaparecido en la época actual. El inmueble, aún en nuestro país, no es el único exponente de riqueza y de rango social; la ubicación del hombre en las ciudades, la importancia cada vez más creciente de las organizaciones industriales, y el desarrollo de los valores mobiliarios, de las acciones, como exponente de la riqueza, han superado en cierta medida aquellos valores tradicionales que tienen su exponente máximo en la tierra” (11). ¡Sesudas observaciones de la Académica!

VII. Al momento de ser sorprendida con la grata noticia de su ascenso al sitial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la doctora Argúas se aprestaba a viajar a La Haya para participar de la XXXIV reunión de la “International Law Association”, cuya presidencia había asumido dos años antes. Como allí concluía su período, cumplió pues con el cometido —como también lo hizo con otros compromisos universitarios en países europeos— para regresar al mes siguiente y asumir las nuevas funciones judiciales, que coronaban su nutrido “cursus honorum”: accedía al más alto Tribunal de la República, creado por la Constitución Nacional de 1853-1860 y puesto en funcionamiento en los albores de la presidencia de Bartolomé Mitre para completar así el gobierno federal compuesto por los tres poderes. La Corte Suprema era y es la cabeza visible del Poder Judicial; y ella misma se ha definido como “intérprete final de la Constitución” y, a la vez, como “tribunal de garantías constitucionales”. En seguimiento del modelo de la Constitución de Filadelfia (USA, 1787), la Argentina practicó y practica el control “difuso” de la constitucionalidad de las leyes y demás normas de nuestro ordenamiento (el art. 43 nuevo de la Constitución en su texto de 1994 así lo ratifica). Esto hace innecesario que se impulse la creación —reforma constitucional mediante— de un Tribunal Constitucional que monopolice (concentre) el control de cons-

(11) Confr. “Anales”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, año 1970, págs. 186 y 187.

titucionalidad, según el modelo europeo, que allá funciona bien pero que en los trasplantes a algunos países latinoamericanos se ha convertido en un órgano de integración político-partidista y de composición renovable periódicamente. O sea, de alto riesgo y superfluo; un cuerpo extraño a nuestra filiación judicialista. A la Corte Suprema de nuestra Constitución no hay que “vaciarla” sino potenciarla en el ejercicio de sus atribuciones con la “energía jurisdiccional que brote de la calidad de sus miembros, como así lo entendió ella misma cuando en el *leading case* “Viuda de Elortondo c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires” (Fallos 33:162; año 1988) se jerarquizó al incluirse entre los tres altos poderes políticos (*sic*) de la Nación en su Gobierno Federal. El párrafo textual dice así: “que en todo caso no son los antecedentes y prácticas de gobiernos regidos por instituciones monárquicas, que no son las nuestras, y en las cuales no existe el *poder político que en nuestro sistema constitucional se acuerda a los tribunales de justicia* para juzgar de la validez de los actos legislativos, los que conviene invocar en oposición a los de la nación que nos ha dado el modelo de sus instituciones, esencialmente contrarias por su índole a toda idea de absolutismo en el gobierno y más encaminadas por tanto a la protección y conservación de los derechos individuales” (véase, Vanossi, “Teoría Constitucional”, t. 2, pág. 87, Ed. Depalma, 2ª ed., Bs. As., 2000).

El ideario liberal y democrático-constitucional de Estado de Derecho y sistema republicano de gobierno fue el que comulgaba Margarita Argúas, que tal como lo había sustentado en sus actuaciones previas, también la acompañó en su tránsito por los estrados de la Corte Suprema, hasta el mes de mayo de 1973. El valor simbólico y emblemático de la Constitución estaba presente, aún en una emergencia institucional que se traducía en un régimen *de facto*. Por encima de cualquier otra normativa, debe campar en la mente del juez lo proclamado por la Corte Suprema en otro gran pronunciamiento (el caso Sojo, Fallos 32:120, año 1887) al afirmar que “*el palladium* de la libertad es *la Constitución*, esa es el arca sagrada de todas las libertades, de todas las garantías...” (pág. 128). La alusión al *Paladio* es acertada, al tratarse de *Palas*, el templo ante el cual se reunía en Atenas un tribunal de justicia más antiguo que el Areópago, para rendir tributo a la diosa Palas Athenea (hija de Zeus) que era considerada una de las doce divinidades supremas del Olimpo en cuanto a la sabiduría, al orden y a la Justicia, conservando una virginidad perpetua y asumiendo la imagen de protectora de Atenas y toda Grecia y su zona de influencia.

De Palas y Paladio (“palladium”) proviene el vocablo español “paldión”, que remite a lo que estriba o se cree que consiste en la *defensa* y *seguridad* de algo (confr. Diccionario RAE); y qué mayor garantía de ello que el cumplimiento de la Constitución (12).

VIII. A partir de “Fallos” tomo 178, correspondiente al mes de octubre de 1970, pueden encontrarse las sentencias que llevan la firma de la doctora Argúas en el Alto Tribunal, cuyo desempeño abarca treinta y dos meses —o sea, algo menos de tres años— en cuyo transcurso se pronunció sobre muy importantes cuestiones federales, en temas tales como en hábeas corpus (defendiendo su vigencia y amplitud); el amparo (sosteniendo su aplicación como gran creación pretoriana y por encima de las limitaciones del decreto ley reglamentario dictado en diciembre de 1966); la defensa en juicio de la persona y sus derechos (rechazando todo tipo de menoscabo); el derecho de propiedad en su acepción más lata, protegiendo todos los derechos subjetivos incorporados al patrimonio de la persona con el escudo de la inviolabilidad; la limitación del estado de sitio a lo vinculado con sus causas, admitiendo el control judicial de la razonabilidad de los actos de aplicación y el examen de las motivaciones ante posibles desviaciones del poder; las garantías y límites alrededor de la potestad de tributación que ejerce el Estado; y —entre otros más— las cuestiones derivadas de la revisión de sentencias inferiores tachadas de “arbitrariedad” o ante casos en los que mediaba ostensiblemente una “gravedad institucional” (13).

El día 24 de mayo de 1973, se recibieron en la Corte Suprema las comunicaciones cursadas por el Poder Ejecutivo Nacional por los cuales se aceptaban las renunciaciones presentadas por los Señores Jueces del Tribunal, doctores Eduardo A. Ortiz Basualdo, Roberto E. Chute, Marco Aurelio Ri-

(12) En el dictamen del Procurador General doctor Eduardo Costa, en el caso Sojo, direcciona hacia el habeas corpus “...considerando como una de las más grandes conquistas, el palladium de la libertad...” (pág. 125).

La invocación y el culto de la diosa Palas se extendió a través de su derivación en “palladium” como apelación al resguardo de los sistemas políticos, especialmente las democracias (en el sentido griego del término). Ver: GRIMAL, Pierre, “Diccionario de mitología griega y romana”, Ed. Paidós, Barcelona.

(13) En diversas oportunidades la Dra. Argúas compartió votos concurrentes o votos en disidencia con el doctor Marco Aurelio Risolía, también académico y profesor de la Facultad (véase: Apéndice IV de este trabajo).

solía, Luis Carlos Cabral y Margarita Argúas (Fallos 285:349). Las últimas sentencias que llevan la firma de Margarita Argúas están fechadas el 17 de mayo; declarando el Tribunal en uno de ellos que “en materia previsional sólo puede llegarse al desconocimiento de derechos con extrema cautela, pues en esa materia lo esencial es cubrir riesgos de subsistencia”. ¡Doctrina de permanente actualidad!

IX. *The last but not least*, Margarita Argúas falleció el 27 de julio de 1986, a la edad de ochenta y un años. Su alejamiento terrenal fue muy sentido por la pléyade de sus amistades, sus colegas de magistratura, profesión y docencia, por sus ex-alumnos y por infinidad de ciudadanos que la respetaban y admiraban por sus actos y sus actitudes. En nombre de la Academia hizo uso de la palabra en la despedida del sepelio el entonces Presidente doctor Marco Aurelio Risolía, quien sin poder contener la emoción generada por la tristeza del deceso, manifestó que hasta en las últimas conversaciones con tan destacada dama recibía de ella “una y otra vez la sensación de que se encontraba más allá de toda urgencia, de toda lamentación, de toda duda”. Ponderó amén de su inteligencia, bondad y gracia, “su amor a los gestos que decoran la vida”, colocándola en el plano superior de quien “siempre allanó el camino de la verdad con la expresión atinada, la actitud compasiva y el soberano don de la sonrisa” (14).

Debo decir que recuerdo —por testimonio personal de muchas ocasiones— la humana comprensión y la connatural sonrisa de Margarita Argúas y, en muy peculiar circunstancia, el 30 de diciembre de 1959, al rendir ante la mesa presidida por ella (el Dr. Vico se había ausentado en razón de la hora) mi examen de la última materia de la carrera de abogacía.

Bien le cabe a ella la mención que de la pluma literaria apunta a “genio y figura hasta la sepultura”. Y, en efecto, habiendo previsto la cercanía del

(14) En otro de los párrafos de su vibrante evocación, Risolía hizo mención del valor adicional del mérito como mujer, afirmando: “Quien habla tuvo el privilegio de compartir sus tareas durante muchos años y puede decir lo irrefutable, lo cierto sobre su límpida conducta, sobre su pasión por la verdad, por la libertad, por la justicia, *valores y metas que persiguió porfiadamente* en el ámbito nacional e internacional, desde sus años juveniles, cuando era osado pretender para sus congéneres una participación activa y gravitante en los más elevados centros de la cultura, en el ágora, en el pretorio, en los círculos donde se debate y se combate, a veces con pasión, por las nobles conquistas del saber, de la virtud, de la probidad intelectual, del progreso y el bien de la República”.

desenlace de su vida, al instrumentar sus disposiciones testamentarias con fecha 14 de enero de ese mismo año (1986), estampó la mayor prueba de su amor y reconocimiento por la pertenencia a esta institución. De su puño y letra dice: “Hago donación de los libros de derecho de mi biblioteca a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires” (15).

Creo no equivocarme si afirmo que su biblioteca comprendía muchos otros libros, además de los textos jurídicos donados. La amplia cultura general de Margarita Argúas estaba cimentada en lecturas del más variado género, de lo que daban cuenta sus diálogos y conversaciones, en las que exhibía un jugoso conocimiento de autores y de temas. Valga como última anécdota de este recordatorio de su vida, que en sendas oportunidades nos recomendó —y con fundamentos para ello— acudir a la obra del Académico Anatole France (Premio Nobel, 1921) titulada “La isla de los pingüinos”, porque ayudaba a comprender el origen de muchas instituciones y derechos; como del mismo modo subrayaba la impresión causada por la obra de Thornton Wilder (1897-1975) “Los idus de marzo”, en la que el famoso escritor norteamericano apeló a la atmósfera de los tiempos finales de la república romana y el asesinato de Julio César como relato en torno a regímenes políticos que inspiraban parangones con dictaduras contemporáneas de la vida de ese autor (16).

Bien puede reconocerse en la vida y la trayectoria de Margarita Argúas, que hizo un apostolado del Derecho y de la Justicia, al mismo tiempo que conjugó esa vocación con el cultivo de la riqueza cultural y con el culto y respeto de hondas convicciones democráticas y republicanas como partes componentes y vitales de su fe en los valores y su acendrado arraigue moral. En síntesis: una presencia ejemplar.

(15) La doctora Margarita Argúas era soltera. Su hermana Dominga Argúas falleció poco tiempo antes (el 24 de junio). En el ínterin, instituyó heredero al arquitecto Héctor Nicolás Ledesma.

(16) “Los idus de marzo” se publica en 1948, pocos años después de la caída de Benito Mussolini, bajo cuyo régimen circulaban clandestinamente cartas de fuerte contenido crítico y opositor: el libro de Thornton Wilder tiene un estilo literario de narración epistolar. Este escritor recibió tres veces el Premio Pulitzer.

APÉNDICE I
PRINCIPALES PUBLICACIONES
DE LA DOCTORA MARGARITA ARGÚAS

- “Tratado de Derecho Internacional Privado”, 1926, en colaboración con el Dr. Carlos Alberto Lazcano.
- “La Regla “Locus Regit Actum” en la Legislación Civil y la jurisprudencia argentina”, Buenos Aires, 1928. Premio “Accesit”.
- “Algunos aspectos del domicilio en el Derecho Internacional Privado”, Revista Argentina de Derecho Internacional —2ª serie—, Tomo II, Octubre-Noviembre-Diciembre, N° 4, 1939.
- “Las Leyes de Partidas y el Derecho Internacional Privado”, en Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales —Año I— 3ª época, N° 4, Octubre-Diciembre, 1946.
- “Efectos sobre el Derecho Internacional en las decisiones de los Tribunales con respecto a los criminales de guerra”. En colaboración con el Dr. Isidoro Ruiz Moreno (h), Revista Peruana de Derecho Internacional, Tomo III, Julio-Diciembre, N° 25 y 26, 1947.
- “Comentario del Tratado de Derecho Internacional Privado del Dr. Alfredo Cock”, Colombia, 1940. En la Revista del Instituto Argentino de Derecho Internacional.
- “Comentario bibliográfico sobre la obra del Dr. Lorenzo Herrera Mendoza”, Profesor de Derecho Internacional privado de la Universidad de Caracas. Revista del Instituto Argentino de Derecho Internacional, 1945.
- Memorándum sobre las principales reformas introducidas en el texto del Tratado de Derecho Comercial Terrestre Internacional firmado en Montevideo en 1940, con relación al Tratado de Derecho Comercial Internacional de 1889. Publicación del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la Nación, 1940.
- “Algunos aspectos del domicilio en el Derecho Internacional Privado” (1961); “La adopción en el Derecho Internacional Privado”

- (1981); “Las últimas reformas del Código Civil Español en Derecho de Familia” (1985).
- El concepto de “Apátrida”, en la Enciclopedia Jurídica Omeba.
 - En la Enciclopedia Metódica Larousse, Tomo 3º, ed. de octubre de 1964, pág. 763, ha tratado el tema: “Derecho Internacional Privado”.
 - “Observaciones a los proyectos de “Ley Uniforme sobre la formación del contrato de venta internacional de objetos muebles corporales” y de “Ley Uniforme sobre la venta internacional de objetos muebles corporales” (Conferencia de La Haya, abril 1964), publicado en Revista Jurídica de Buenos Aires, Tº I, pág. 85.
 - Su discurso de incorporación a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires (“Anales”, 1970).

APÉNDICE II CURSOS, CONFERENCIAS Y SEMINARIOS

- Seminario sobre: “El transporte terrestre. Regulación internacional del Transporte terrestre entre dos o más estados. Ley aplicable en jurisdicción. Preparación de un Proyecto de Ley uniforme”. Dictado en el año 1941.
- Seminario sobre: “El transporte terrestre en los países americanos. Las convenciones de Berna. Estudio de la Jurisprudencia Argentina”, 1942. Este seminario y el anterior fueron dictados en la Facultad de Derecho de Buenos Aires. Estudios Legislativos. En 1941 se dictaron 43 clases y en 1942, 40 clases.
- Curso para el Doctorado, 1959. Dieciséis clases sobre el tema: “Divorcio”; Subtema: “Estudio de los efectos extraterritoriales de las sentencias que conceden la tenencia de hijos menores a uno de los padres; remedios para asegurar su cumplimiento cuando los menores son sacados del país del juez (Lex fori), en violación de la sentencia que otorga la tenencia a uno de ellos” y “Cumplimiento extraterritorial de la sentencia que concede alimentos cuando el alimentante traslada su domicilio para eludir el cumplimiento de aquélla”.

- Conferencia sobre “La actuación de los abogados del Foro de París durante la ocupación alemana”, Colegio Libre de Estudios Superiores, Buenos Aires. Esta conferencia se pronunció el 31/08/47 en el 3º Aniversario de la Liberación de París, a pedido del Instituto Francés de Estudios Superiores y con los auspicios del Colegio de Abogados de Buenos Aires.
- El agregado cultural de la Embajada de Francia Sr. Warbel Richard, le hizo llegar a la Dra. Margarita Argúas en nombre de Maitre Ribet, Presidente de la orden de los Abogados de la Corte de Justicia de París, el caluroso agradecimiento y la confraternal simpatía de los abogados franceses por la disertación.
- Conferencia sobre “La renovación jurídica en la Francia de post-guerra”, publicada en “Cursos y Conferencias”, Febrero-Marzo, 1949.
- Conferencia sobre “El Libro de Montesquieu. Del espíritu de las leyes”, publ. en “Cursos y Conferencias”, octubre-Diciembre, 1949, y en la Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires, Nº 3 y 4.
- Conferencia sobre el tema “Observaciones de un Juez sobre el ejercicio de la profesión de abogado”, 1963, Cátedra Libre de Etica profesional, del Instituto de Extensión Universitaria, de la Facultad de Derecho de Buenos Aires.

APÉNDICE III
EDITORIAL DEL DIARIO “LA NACIÓN”
DEL 15 DE AGOSTO DE 1970

Otro triunfo de la mujer

Aunque en el mundo actual, regido por ideas cada vez más renovadoras en todos los planos de la vida humana, no le está vedado, de hecho, ningún camino al llamado sexo débil —no con demasiada razón, por cierto—, ha de estimarse singularmente excepcional la designación de una figura femenina para integrar, en calidad de ministra, la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Como ello no había ocurrido nunca en la historia del país no puede sorprender que la decisión del Poder Ejecutivo haya sido subrayada muy especialmente, no sólo en los círculos tribuna-

licios sino también en todos cuantos componen nuestra estructura social. Pero si es explicable que tal nombramiento suscita un inocultable eco de simpatía en esferas ajenas a la función jurídica, resulta harto importante que quienes están en condiciones de avanzar más allá de la resonancia grata del caso e internarse en el terreno crítico para juzgar el acierto de la elección oficial, dan testimonio de una circunstancia de mucho mayor trascendencia: los altos méritos intelectuales y la ponderación de espíritu de esta maestra del derecho.

A través suyo, pues, la mujer argentina ha accedido a la posición de máxima responsabilidad en nuestra justicia y ratificado su aptitud para desenvolverse sin desmedro en los cargos que demandan más destreza intelectual y sentido del equilibrio. Anótese, entonces, este paso como un nuevo avance de la capacidad de sus congéneres para el cumplimiento de tareas que, hasta no hace mucho tiempo, parecían reservadas exclusivamente a los hombres.

APÉNDICE IV ALGUNAS SENTENCIAS DE LA C.S.J.N. (POSTURA DE LA DRA. MARGARITA ARGÚAS)

Expropiación (Fallos 283:102): Voto de los jueces Risolía y Argúas

11º) Que lo que se reclama en el “sub *judice*” —al margen de los términos usados por las partes y sin perjuicio de que la desvalorización monetaria no aparece excluida, sino antes bien comprendida en los términos del responde (ver cons. 4º)—, es la indemnización que cubre el *valor real* y *actual* del bien que se expropia, medido correctamente, al tiempo de la sentencia o del efectivo pago, con un índice o metro que no se contraiga ni se dilate. Ello —se reitera— según razones sustanciales; nunca según razones circunstanciales o de forma.

12º) Que en apoyo de la doctrina del plenario que llega a conocimiento de esta Corte y del fallo recurrido de fs. 250/251, que es su consecuencia, cabe, pues, invocar la conocida jurisprudencia del Tribunal sobre el valor prevalente de la verdad objetiva (Fallos 247:176; 268:413; 279:239); sobre la preocupación por la justicia, como capítulo de primera prioridad en la tarea de los magistrados (Fallos 253:267; 259:27); y sobre la obligación

de atender en la realización del derecho a la vigencia de los principios, antes que a una aplicación mecánica de normas y criterios legales (Fallos 238:550).

Honorarios (Fallos 283:173): Caso Jaime Bahar y otros

Empleados a sueldo de la Nación.

Los Procuradores Fiscales pueden cobrar honorarios por su intervención en causas sobre contrabando cuando el monto de las multas y comisos se destina a denunciantes y aprehensores, puesto que entonces los honorarios no quedan a cargo de la Nación, que es el caso que excluye el art. 93 de la Ley de Aduanas (t.o. 1962).

Empleados a sueldo de la Nación.

Es inaceptable que se regulen honorarios al Procurador Fiscal que ejerce su ministerio público en causa criminal y en interés de la represión del delito (Voto de los Doctores Marco Aurelio Risolía y Margarita Argúas).

Inflación (Fallos 283:213): Caso “La Florida vs. Nación”

DAÑOS Y PERJUICIOS: Determinación de la indemnización. Daño material.

Quien, en período de inflación, obtiene una sentencia favorable a sus pretensiones procesales, luego de algún tiempo de litigio, no podrá compensar el daño sufrido si la condena se refiere a los valores vigentes a la época de la demanda (Voto de la Doctora Margarita Argúas).

DAÑOS Y PERJUICIOS: Principios generales.

La desvalorización monetaria es una contingencia ajena al hecho generador del perjuicio, que sólo afecta su valor referido a un sistema monetario dado. Por ello la adecuación de la condena por daños y perjuicios, derivados de un cuasidelito al proceso de desvalorización de la moneda —invocada, por primera vez, en la oportunidad de alegar— no comporta una modificación posterior al perjuicio originariamente reclamado (Voto de la Doctora Margarita Argúas).

Entre otros considerandos, sostiene la Dra. Argúas:

7º) Que el objeto de la acción resarcitoria es reintegrar un valor, donde éste se ha perdido. En efecto, no otra cosa significa “resarcir” sino “indem-

nizar, reparar, compensar un daño, perjuicio o agravio” (Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, décimo novena edición, 1970).

10º) Que en virtud de lo anteriormente considerado, la cantidad entregada en concepto de indemnización por pérdida o deterioro de una cosa ha de ser de la cuantía necesaria para su restauración o para la adquisición de otra similar en las nuevas circunstancias monetarias. En caso de desvalorización, será necesario elevar aquella cuantía.

Y concluye, afirmando: porque, finalmente, como esta Corte declarara en Fallos 238:550, “el proceso civil no puede ser conducido en términos estrictamente formales. No se trata ciertamente del cumplimiento de ritos caprichosos, sino del desarrollo de procedimientos destinados al establecimiento de la verdad objetiva, que es su norte”.

Impuestos (Fallos 283:360): Caso “Ford Motor c/ Aduana

La repetición se otorga, en principio, a quien pagó indebidamente y cuenta con los comprobantes del pago; pero nada impide acreditar que fue otro quien soportó el pago y tiene, por ello, interés y acción para repetir (Voto de los Doctores Marco Aurelio Risolía y Margarita Argúas).

REPETICION DE IMPUESTOS.

Si en la causa la actora intenta repetir las sumas abonadas por un impuesto que tacha de improcedente y la demandada se opone a tal pretensión por considerar, entre otras razones, que aquellas sumas fueron pagadas por terceros, debido a la traslación del impuesto a los consumidores, resulta conveniente esclarecer el punto controvertido para ponderar el interés que da base a la acción. En consecuencia, para mejor proveer, corresponde practicar un peritaje contable sobre tal aspecto, sin que ello suponga pronunciarse respecto de la procedencia de aquella defensa (Voto de los Doctores Marco Aurelio Risolía y Margarita Argúas).

Estado de sitio (Fallos 283:425): Caso Pirozowsky

a) Voto de la mayoría:

La facultad específica conferida al Presidente de la Nación, durante la vigencia del estado de sitio, de arrestar a las personas o trasladarlas de un

punto a otro del país siempre que ellas no prefiriesen salir del territorio argentino, es judicialmente irrevisable, salvo que medie transgresión de los límites trazados por el art. 23 de la Constitución Nacional.

b) Disidencia de la minoría:

Las situaciones derivadas de la comisión de delitos comunes no deben considerarse comprendidas en la hipótesis de “conmoción interior” a que se refiere la Constitución Nacional. Las facultades que otorga el art. 23 de la misma no pueden ser ejercidas para cohibir los efectos nocivos propios de actividades económicas incriminadas penalmente (Voto de los Doctores Marco Aurelio Risolía y Margarita Argúas).

Ambos magistrados amplían con los siguientes fundamentos:

La decisión política que instaura y pone en obra el estado de sitio es, como principio, materia no susceptible de revisión por los jueces. Pero, excepcionalmente, incumbe al Poder Judicial el conocimiento de las causas en que se cuestiona la razonabilidad de las medidas particulares adoptadas en virtud del estado de sitio, cuando ellas no guarden relación con los presupuestos y objetivos del art. 23 de la Constitución Nacional, procediendo con extrema cautela, para no incurrir en extralimitación de sus facultades ni evadir el ámbito propio del otro poder (Voto de los Doctores Marco Aurelio Risolía y Margarita Argúas).

La circunstancia de que la persona en cuyo favor se sustancia un recurso de hábeas corpus se encuentre en el extranjero por haber ejercido la pertinente opción constitucional, no le priva de interés para obtener un pronunciamiento definitivo. Ello es así porque mientras la medida dispuesta en su contra por el Poder Ejecutivo se mantenga en vigencia, no podrá gozar de su plena libertad en el territorio de la República. Y esto, sin duda, le agravia actual y concretamente (Voto de los Doctores Marco Aurelio Risolía y Margarita Argúas).

Daños y perjuicios (Fallos 282:138): Caso “Ferrocarriles Argentinos c/ Expósito”

Estaba en juego la responsabilidad del Estado y la del conductor. La mayoría se pronunció por la culpa exclusiva del conductor del automóvil (que falleció en el accidente, mientras que la minoría votó declarando la culpa *concurrente* de ambos; en los siguientes términos:

Corresponde declarar que existe culpa concurrente, del 80% para el conductor del automóvil que falleció, y del 20% para el Ferrocarril, en el accidente de tránsito ocurrido en horas de la noche en un paso a nivel con barreras si se dan las siguientes circunstancias: el conductor del automóvil intentó cruzar cuando las barreras habían comenzado a descender; la barrera, sin romperse, quedó sobre el “capot” del vehículo, sin que la parte delantera de éste la atropellara; el descenso de la barrera debió ser observado; el conductor, desoyendo las indicaciones del guardabarreras, en el sentido de que abandonara el vehículo, trató de ponerlo en marcha en vez de abandonarlo como lo hizo su esposa con la hija de ambos en brazos; el guardabarreras no cerró el cruce con la anticipación indicada en el art. 521, a), del Reglamento para uso de los Empleados de la Empresa (Voto de los Doctores Roberto E. Chute y Margarita Argúas).

Defensa en juicio - Debido proceso legal (Fallos 282:153): Caso Vélez Carreras

Referido a las garantías procesales bajo el estado de sitio, en los siguientes términos:

CONSTITUCION NACIONAL: derechos y garantías. Defensa en juicio. Principios generales.

La defensa en juicio tiene significación capital en el régimen civil y político propio de un estado de derecho. Si se la restringe más allá de los límites impuestos por una razonable reglamentación, los demás derechos esenciales del ciudadano se convierten en meras abstracciones formales. El debido proceso legal es, por tanto, incompatible con disposiciones que impidan ejercitar la defensa, según las pautas a que debe ajustarse una recta administración de justicia (Voto de los Doctores Marco Aurelio Risolía y Margarita Argúas).

CONSTITUCION NACIONAL: Derechos y garantías. Defensa en juicio. Principios generales.

La circunstancia de que el procesado se halle alojado en un establecimiento sito en el lugar donde tienen su asiento el tribunal que instruye el proceso o en lugar próximo a él, integra razonablemente la garantía constitucional de la defensa en juicio. Esta presupone en el procesado la posibilidad de estar inmediatamente atento a las alternativas de la causa

y la de proponer, aun durante el sumario, las diligencias conducentes a su defensa, posibilidad que desaparece o queda seriamente menoscabada cuando se produce una grave desvinculación entre el acusado y su defensor por una parte y el tribunal por la otra. (Voto de los Doctores Marco Aurelio Risolía y Margarita Argúas).

CONSTITUCION NACIONAL: Derechos y garantías. Defensa en juicio. Principios generales.

La asistencia que presta el defensor a su defendido requiere, además del libre ejercicio de su función, una continua e inmediata comunicación con el inculcado. (Voto de los Doctores Marco Aurelio Risolía y Margarita Argúas).

ESTADO DE SITIO.

El estado de sitio es un recurso extremo y transitorio, para preservar y no para suprimir el imperio de la Constitución, en cuya virtud no se afecta el funcionamiento de los poderes públicos ni se restringen o suspenden en su totalidad los derechos y garantías individuales que aquélla otorga y reconoce, sino tan sólo los que, en cada caso, resultan incompatibles con el propósito de conjurar la conmoción interior o el ataque exterior. Entre las garantías cuya vigencia puede hallarse en pugna con la necesidad de preservar la tranquilidad y el orden, no se encuentra la que tutela la defensa en juicio (Voto de los Doctores Marco Aurelio Risolía y Margarita Argúas).

CONSTITUCION NACIONAL: Derechos y garantías. Defensa en juicio. Principios generales.

El decreto-ley 3731/56, que extiende la jurisdicción de los tribunales nacionales a todos y cualquiera de los establecimientos y lugares en que puedan hallarse detenidos los encausados a su disposición y les permite constituir allí el asiento de sus juzgados y realizar las diligencias que estimaren pertinentes, debe ser entendido dejando a salvo la garantía de la defensa y los recaudos del debido proceso. Cuando, como en el caso ocurre, la distancia entre la sede ordinaria del tribunal y el lugar de detención de los procesados es de gran magnitud, se hace difícil o ilusoria la posibilidad del inculcado para atender a las alternativas del proceso y la de proponer, por sí o por medio de su defensor, las medidas que estime necesarias para esclarecer su conducta (Voto de los Doctores Marco Aurelio Risolía y Margarita Argúas).

ESTADO DE SITIO.

La disposición del Poder Ejecutivo —inspirada en atendibles razones de seguridad— por la que se traslada a la Cárcel de Resistencia a personas detenidas a su disposición, con proceso abierto ante la justicia federal de Córdoba, puede conjugarse con el resguardo de la garantía de la defensa, en los términos del decreto-ley 3731/58, si existiese en la Ciudad de Córdoba o en sus proximidades, alguno de los establecimientos a que esa norma se refiere. A tal efecto, corresponde oficiar al Poder Ejecutivo para que informe a la Corte sobre ello (Voto de los Doctores Marco Aurelio Risolía y Margarita Argúas).

Control judicial en la aplicación del estado de sitio

En otro caso surgido de la aplicación del estado de sitio, sentaron doctrina en voto conjunto los doctores Risolía y Argúas, de la siguiente forma y principios, enfatizando el control de la *razonabilidad* y el alcance de las *garantías*: (**Fallos 282:74**), caso Todres.

La decisión política que instaura y pone en obra el estado de sitio es, como principio, materia no susceptible de revisión por los jueces. Pero, excepcionalmente, incumbe al Poder Judicial el conocimiento de las causas en que se cuestiona la *razonabilidad de las medidas particulares adoptadas* en virtud del estado de sitio, cuando ellas no guarden relación con los presupuestos y objetivos del art. 23 de la Constitución Nacional, procediendo con extrema cautela, para no incurrir en extralimitación de sus facultades ni invadir el ámbito propio del otro poder (Voto de los Doctores Marco Aurelio Risolía y Margarita Argúas).

El estado de sitio se instituye *para preservar y no para suprimir el imperio de la Constitución*, y en su virtud se restringen temporariamente algunos derechos y garantías individuales —los que resulten incompatibles, en cada caso, con el propósito de conjurar la conmoción interior o el ataque exterior— (Voto de los Doctores Marco Aurelio Risolía y Margarita Argúas).

Los jueces, ante una situación excepcional, no pueden omitir el control de razonabilidad de la detención de una persona dispuesta por el Poder Ejecutivo. La declaración del estado de sitio no significa el naufragio de todas las garantías individuales ni el sometimiento de todas las libertades al arbitrio de la autoridad ejecutiva. El ejercicio de los derechos

constitucionales sólo se suspende en relación con la necesidad razonable de prevenir o reprimir la emergencia que la motivara, no pudiendo, por tanto, el art. 23 de la Constitución ser invocado para fundar una detención ordenada en condiciones que comprometen la legitimidad y razonabilidad de la medida (Voto de los Doctores Marco Aurelio Risolía y Margarita Argúas). (El destacado es nuestro)

El mismo énfasis sobre la trascendencia del control de la *razonabilidad* (que corre parejo con el de la *causabilidad* fue enunciado en más de una ocasión (**Fallos 282:36**), caso Gertel:

La sentencia que, con fundamentos de hecho y prueba, rechaza el recurso de hábeas corpus interpuesto a favor de una persona que, puesta en libertad por el tribunal ante el cual se la procesa, fue detenida por orden del Presidente de la República en virtud del estado de sitio, es insusceptible de revisión por la vía del recurso extraordinario *en tanto se funda en la apreciación de las circunstancias, que juzga razonables, determinantes de la detención*. (Voto de los Doctores Marco Aurelio Risolía y Margarita Argúas).

Control de causalidad y razonabilidad. Libertad de exhibición cinematográfica (Fallos 282:392): Caso Mallo

La Dra. Argúas formó parte de la mayoría, con disidencia del Dr. Cabral.

CONSTITUCION NACIONAL: Derechos y garantías. Derecho de publicar las ideas.

La garantía constitucional que ampara la libertad de expresión cubre las manifestaciones recogidas y vertidas por la técnica cinematográfica.

CONSTITUCION NACIONAL: Derechos y garantías. Derecho de publicar las ideas.

La libertad de expresión cinematográfica, como toda otra forma de libertad de expresión, no es absoluta. Debe coexistir armónicamente con los demás derechos y admite el ejercicio ponderado del poder de policía.

CONSTITUCION NACIONAL: Derechos y garantías. Derecho de publicar las ideas.

La libertad de expresión —oral, escrita o proyectada (cinematográfica)— no escapa a las restricciones impuestas por el estado de sitio ni a las

medidas que el Poder Ejecutivo adopte en virtud de las facultades que le confiere el art. 23 de la Constitución Nacional.

ESTADO DE SITIO.

El estado de sitio es un recurso extremo y transitorio, concedido para preservar y no para suprimir el imperio de la Constitución.

ESTADO DE SITIO.

En virtud del estado de sitio se restringen temporariamente los derechos y garantías individuales que resulten incompatibles con el propósito de conjurar la conmoción interior o el ataque exterior, pero sólo en la medida necesaria que la situación imponga.

ESTADO DE SITIO.

Si bien la decisión política que instaura el estado de sitio no es susceptible de ser revisada por los jueces, no escapa al Poder Judicial el conocimiento de *las causas en que se cuestiona la razonabilidad de las medidas* particulares adoptadas en razón del estado de sitio.

PODER JUDICIAL.

La misión más delicada de los jueces es la de saber mantenerse dentro de su órbita, sin menoscabar las funciones que incumben a los otros poderes del Estado.

ESTADO DE SITIO.

Tratándose en el caso de *una película* compuesta sobre la base de secuencias fílmicas documentales, objetivamente desprovista de carácter insurreccional, aun cuando aborda un tema vinculado con episodios y personajes de reciente actuación, que provocaron enconadas polémicas, cabe concluir que no hay en la obra materia que autorice a mantener la prohibición y el secuestro ordenados por el Poder Ejecutivo en uso de las facultades del art. 23 de la Constitución Nacional.

Otra sentencia importante, con disidencia conjunta de los Jueces Risolía y Argúas, es la de (**Fallos 282:441**), Caso Martín M. Federico, donde sostienen que:

La decisión política que instaura el estado de sitio es materia no susceptible de revisión por los jueces. Pero, excepcionalmente, incumbe al

Poder Judicial el conocimiento de las causas en que se cuestiona la razonabilidad de las medidas particulares adoptadas en virtud del estado de sitio, cuando ellas no guarden relación con los presupuestos y objetivos del art. 23 de la Constitución Nacional, procediendo con extrema cautela, para no incurrir en extralimitaciones de sus facultades ni invadir el ámbito propio de otro poder. Corresponde admitir el hábeas corpus cuando es insostenible y no se ajusta a las constancias de la causa la afirmación de que el detenido ha desarrollado actividades vinculadas a la subversión y el terrorismo. (Voto de los Doctores Marco Aurelio Risolía y Margarita Argúas).

Finalmente, sobre estado de sitio cabe recordar un pronunciamiento unánime de esa composición de la Corte, en Fallos 285:267, caso Pujadas, con firma de la Jueza Argúas donde se establecen límites a los actos del Poder Ejecutivo:

Puesto que el art. 23 de la Constitución Nacional prohíbe al Presidente de la República condenar por sí o aplicar penas, es violatorio de la Constitución someter a las personas arrestadas en virtud del estado de sitio al régimen arbitrado por las leyes 19.582 y 19.863 para los procesados y condenados de máxima peligrosidad.

Aunque los poderes políticos pueden determinar las medidas de orden y disciplina que deben observar los detenidos a disposición del Poder Ejecutivo en virtud del estado de sitio, se excede la facultad de simple arresto a que se refiere el art. 23 de la Constitución Nacional cuando se los somete al régimen establecido para los procesados y condenados de máxima peligrosidad.

El arresto a que se refiere el art. 23 de la Constitución Nacional no es, ni debe ser, una pena ni una prisión preventiva. Es una simple medida de seguridad política, cuyo alcance debe interpretarse restrictivamente y en sentido favorable a la seguridad personal.

Propiedad - Leyes de locaciones

En tan manido tema, también existen sentencias que apuntan a la preservación de ese derecho, fulminando normas que revistieran un efecto confiscatorio, prohibido por la Constitución Nacional. Veamos un caso: **(Fallos 285:148)**, autos "S.C.A. De Stefano c/ Agua y Energía Eléctrica". Mientras la mayoría del Tribunal sostuvo que:

El beneficio establecido a favor del Estado por el art. 3º, inc. m), de la ley 16.739 no viola el art. 16 de la Constitución, pues el límite que establece al monto de los alquileres no carece de fundamento ni es intrínsecamente inicuo.

CONSTITUCION NACIONAL: Derechos y garantía. Derecho de propiedad.

La limitación del monto de los alquileres que debe pagar el Estado según el art. 3º, inc. m), de la ley 16.739 no es violatoria del art. 17 de la Constitución en tanto no exista un desapoderamiento de bienes desproporcionado con los valores en juicio o una auténtica confiscatoriedad. Esto no ocurre si el apelante no demuestra que la tasación fiscal del inmueble carece de fundamento y legitimidad.

Dos Jueces disintieron en términos categóricos:

Es confiscatorio, en el caso, observar lo dispuesto por el art. 3º, inc. m), de la ley 16.739, cuando la peritación no observada por las partes estima en \$ 104.600 la renta anual del inmueble y la aplicación de aquel precepto reduce a \$ 59.388 dicha renta, privando al propietario de un 43% de lo que podría obtener. (Voto de los Doctores Marco Aurelio Risolía y Margarita Argúas).

Los disidentes estimaron, con base en el art. 17 de la Constitución, que era admisible la impugnación de la norma legal aplicada por cuanto “en el caso concreto, a raíz de la aplicación del tope de que se trata, resultase un desapoderamiento de bienes de una magnitud desproporcionada con los valores comprometidos en el juicio o cuando se origine una situación que pueda configurar una auténtica confiscatoriedad, con arreglo a los precedentes jurisprudenciales sobre la materia (Fallos 270:462 y 276:355)” (Considerando 4º).

Impuestos: réditos del comercio, industria o profesiones (Fallos 284:420): Caso “Casa Denk”

La Corte fijó un criterio interpretativo, a saber:

Los importes reconocidos por el importador argentino al exportador extranjero para compensar la postergación del pago en una operación de compraventa constituyen, específicamente, el fruto civil o interés del

capital cuya entrega al exterior fue diferida; capital éste que se halla colocado y es utilizado económicamente en la república, por cuya razón su producido configura un rédito de fuente argentina (art. 6, ley 11.682 t.o. 1960).

Pero la Dra. Margarita Argúas amplió los fundamentos del fallo, en voto aparte, con expresa invocación de precedentes en la materia (Considerandos 9, 10 y 11):

9º) Que, con abstracción del lugar en que se encuentren el capital o sus dueños, los intereses pactados como contraprestación del pago diferido se originan y producen en fuente argentina. Es en este país, en efecto — económicamente hablando—, donde se negocia la mercadería importada y donde, de las sucesivas transacciones en este mercado, nace la renta que -en parte- el importador argentino acredita al exportador extranjero en el carácter ya aludido.

10º) Que en un caso que guarda estrecha analogía con el presente (Fallos 181:184), esta Corte tuvo oportunidad de declarar que ese interés “es la retribución de un servicio prestado aquí, es la porción que en la distribución de las riquezas corresponde al capital por un negocio o un ato de producción realizado en la Argentina...”; y agregó después “Que la ley 11.682 al adoptar en el art. 1º el principio de que se grava por ella toda renta de fuente argentina no ha hecho más que seguir la política de los países nuevos que escasos de fortuna mobiliaria reclaman sobre las rentas de los capitales extranjeros, empleados o utilizados dentro de su territorio (que es el lugar donde las ganancias se han creado), el tributo que legítimamente les corresponde por la protección y oportunidad ofrecida a los mismos. Entre el Estado que suministra el capital y aquél donde el interés se produce, la tenencia actual es hacer prevalecer el derechos fiscal de este último...”

11º) Que reiteradamente este Tribunal ha sostenido que las exenciones impositivas deben resultar de la letra de la ley, de la indudable intención del legislador o de la necesaria implicancia de las normas que las establezcan. Fuera de tales supuestos, corresponde la interpretación estricta de las cláusulas respectivas (Fallos 271:338, sus citas y otros; 277:374). Cabe concluir, entonces, que no siendo la del “sub lite” la situación regulada por el art. 9, inc. b), de la ley 11.682, no corresponde eximir a la actora de las obligaciones tributarias establecidas por el Fisco.

Competencia originaria de la Corte Suprema (Fallos 284:28): Caso “Martínez c/ Ramos”

La mayoría del Tribunal aceptó esa competencia, por tratarse de diplomáticos:

La jurisdicción originaria de la Corte Suprema para conocer en las “causas” o “asuntos” concernientes a los embajadores y ministros extranjeros, en los términos de los arts. 100 y 101 de la Constitución Nacional, le ha sido acordada con arreglo al derecho de gentes y en garantía de las altas funciones que desempeñan dichos diplomáticos.

Con arreglo de lo dispuesto por el art. 24, inc. 1º, del decreto-ley 1285/58, la competencia originaria y exclusiva de la Corte Suprema comprende no sólo a los embajadores y ministros extranjeros sino también a las personas de su familia y al personal de la embajada o legación que tenga carácter diplomático.

De conformidad con la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas, art. 31, inc. c), el agente extranjero no goza de inmunidad de la jurisdicción civil y administrativa del Estado receptor cuando se trata de una acción referente a cualquier actividad profesional o comercial ejercida por aquél fuera de sus funciones oficiales. En consecuencia, corresponde correrle traslado de la demanda sin necesidad de requerir la conformidad previa del Gobierno respectivo.

Pero votaron en disidencia los Jueces Risolía y Argúas, estableciendo el criterio de que:

No corresponde a la jurisdicción originaria y exclusiva de la Corte Suprema en los términos del art. 101 de la Constitución Nacional y del art. 324, inc. 1º, del decreto-ley 1284/58, el conocimiento de la causa promovida contra un diplomático extranjero por cobro de remuneraciones e indemnizaciones a raíz de un despido, y vinculada a la actividad comercial que el nombrado ejerce, ajena a sus funciones oficiales. En el caso, no proceden la inmunidad de jurisdicción ni la originaria y exclusiva de la Corte (Voto de los Doctores Marco Aurelio Risolía y Margarita Argúas).

Establecimientos de utilidad nacional (Fallos 284:161): Caso “Atlas c/ Provincia de Santa Cruz”

Este polémico tópico (ex art. 67 inc. 27 en la Constitución de 1853-1860) ha sido retocado en la redacción de la reforma de 1994, art. 75, inc. 30, y

siempre ha sido materia de disputa entre la Nación y las Provincias. El caso vale como antecedente ilustrativo de la interpretación. La mayoría de aquella Corte entendió que:

La ley 14.773, por la cual la Nación incorporó a su dominio exclusivo los yacimientos de hidrocarburos sólidos, líquidos y gaseosos a fin de satisfacer una necesidad nacional, calificada de urgente, atribuye a esos yacimientos en explotación el carácter de establecimientos de utilidad nacional a que se refiere el art. 67, inc. 27, de la Constitución Nacional.

El art. 67, inc. 27, de la Constitución Nacional comprende no sólo los lugares adquiridos en las provincias por compra o cesión, sino también aquellos que han pasado a integrar el patrimonio nacional en virtud de la ley 14.773, cuya constitucionalidad no ha sido cuestionada en el caso.

La unidad nacional es el objetivo esencial de la Constitución. Nunca puede ser atentatorio al régimen autónomo de las provincias el ejercicio legítimo por la Nación de las facultades que le han sido expresamente delegadas en aquélla, por más que tales facultades deban ejercitarse en el propio territorio de los Estados autónomos.

Sólo el Gobierno federal tiene la potestad de legislar, ejecutar y juzgar en los lugares que la Constitución ha querido reservar para su jurisdicción en razón de la utilidad común que ellos revisten para toda la Nación. Tal propósito resultaría frustrado si se admitiera el ejercicio simultáneo de poderes provinciales en los establecimientos de que se trata.

La facultad del Congreso para legislar exclusivamente en los lugares a que se refiere el art. 67, inc. 27, de la Constitución Nacional elimina toda otra legislación concurrente. No puede admitirse, lógica ni legalmente, que una legislatura provincial pueda establecer impuestos sobre territorios nacionales. La autonomía de los Estados cede ante la soberanía única de la Nación, amparada por la Constitución como principio fundamental de la unidad de la República, dentro del régimen federativo.

Los arts. 2º y 3º de la ley 18.310, en cuanto reconocen jurisdicción a las provincias sobre establecimientos de utilidad nacional, son contrarios al art. 67, inc. 27, de la Constitución Nacional, toda vez que la competencia que por él se confiere al Estado nacional es exclusiva y excluyente y no puede ser prorrogada por actos legislativos.

IMPUESTO: Facultades impositivas de la Nación, Provincias y Municipalidades.

Corresponde admitir la demanda por repetición del impuesto a las actividades lucrativas cobrado por la Provincia de Santa Cruz sobre el producido de servicios prestados a empresas petroleras en las zonas donde se hallan los pozos de extracción del mineral. Las instalaciones donde éstos se encuentran son establecimientos de utilidad nacional, según la ley 14.773, y las provincias carecen allí de facultades.

En tanto que la doctora Argúas sostuvo una interpretación restricta, en base a la jurisdicción exclusiva y excluyente del Estado Nacional, afirmando así:

No debe pagar impuesto provincial a las actividades lucrativas la empresa que presta servicios técnicos a las industrias petroleras, del gas y mineras en lugares de la Provincia de Santa Cruz donde la Nación ejerce jurisdicción exclusiva, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 67, inc. 27, de la Constitución Nacional y en las leyes 14.773, 17.319 y 17.320. Las sociedades privadas que colaboran en el cumplimiento de los fines reconocidos en esas leyes a Empresas del Estado están amparadas por la exención de la facultad impositiva provincial, aunque se invoquen los arts. 2 y 3 de la ley 18.310, que son contrarios al art. 67, inc. 27, de la Constitución (Voto de la Doctora Margarita Argúas).

Los jueces: su conducta y sus fallos (Fallos 278:153): Caso González Bonorino

La mayoría del Tribunal, con la firma de la Dra. Argúas, señaló por vía de superintendencia, que:

El ejercicio por la Corte Suprema de sus facultades de superintendencia sobre todos los magistrados, funcionarios y empleados de la justicia nacional puede requerir, para juzgar su conducta, el examen de la actuación de cada uno en el desempeño de las funciones que le han sido encomendadas. En lo que se refiere a los jueces, no se podría por esa vía modificar o revocar sus decisiones; pero éstas pueden revelar un comportamiento susceptible de sanción, en los términos a que aluden los arts. 14 y 15 de la ley 16.937 y la doctrina del Tribunal.

Tasas (Fallos 281:338): Caso “Sniafa c/ Municipalidad de Berazategui”

La mayoría entendió que:

No es atendible el agravio basado en la pretendida superposición de impuestos si los importes cuya repetición se persigue se cobraron en concepto de derechos municipales de inscripción, inspección, contralor, seguridad, higiene y asistencia social, no existiendo así identidad con el impuesto a las actividades lucrativas, que tiene otros fines, ni con el impuesto nacional a las ventas.

En cambio, los doctores Risolía y Argúas expresaron que:

“la tasa siempre debe guardar cierta proporción razonable con el costo del servicio (Fallos 201:545), al margen de que, en muchos casos, esté destinada a solventar prestaciones de beneficio general (Fallos 181:264; 185:12; 192:139; 236:22; 251:50)”.

Y “Que, en consecuencia, cuando el monto de la tasa se manifiesta a todas luces como exorbitante, sin guardar proporción alguna con el servicio -o aun prescindiendo de que éste haya sido prestado- cabe que se lo impugne por su carácter confiscatorio (doctrina de Fallos 201:545 y los allí citados)”.

Las pruebas en el amparo (Fallos 281:394): Caso “Cámara de Armadores de Buques Pesqueros c/ Servicio Nacional de Pesca”

La mayoría de la Corte sostuvo un criterio ceñido:

La acción de amparo no procede en el supuesto de cuestiones opinables, que requieren amplio debate y prueba.

Es improcedente la demanda de amparo cuando se pretende la revocación de actos administrativos fundados en normas vigentes —art. 9 del Reglamento aprobado por el decreto 8802/67—.

En cambio, a su turno los disidentes estimaron que:

La desestimación del amparo, fundada en la complejidad del asunto y en la necesidad de mayor debate y prueba, no se concilia con su rechazo

de plano, dispuesto sin que se hayan pedido informes o incorporado copias de los actos impugnados, que podrían gravitar dañosamente en un rubro importante de la industria y el comercio local y con el extranjero, como es el de la pesca en aguas argentinas. Corresponde, por ello, incorporar tales elementos a la causa antes de decidirla (Voto de los Doctores Marco Aurelio Risolía y Margarita Argúas).

Conclusión: la herramienta del amparo

Como demostración de fe en el Derecho y de “energía jurisdiccional” a ser aplicada y ejercida en los casos de necesidad para la efectiva protección de las libertades, cabe traer algunos precedentes de *amparo* que fueron citados y tomados en cuenta en fallos que llevan la firma de la doctora Margarita Argúas, en la línea doctrinaria que en 1957 trazara Alfredo Orgaz a partir del caso *Siri* y siguientes:

- Que la Constitución Nacional garantiza la *inviolabilidad* de la defensa en juicio de la persona y de los derechos (art. 18), como así el *derecho de propiedad* (art. 17), que cubre también, en su *aceptación lata*, la protección de los *derechos subjetivos incorporados al patrimonio*.
- Que la vigencia efectiva de tales derechos contra todo acto u omisión de los agentes de la administración pública que en forma actual o inminente los lesione, restrinja, altere o amenace, determinó —como una creación pretoriana de esta Corte— la institución del *amparo*, establecido hoy por el decreto 16.986 y por múltiples ordenamientos locales.
- Que el objeto de la demanda de amparo es *la tutela inmediata* de los derechos humanos esenciales acogidos por la Constitución Nacional, frente a la transgresión que cause *grave daño, irreparable* en tiempo oportuno, y que exige *urgente remedio* (Fallos: 267:215 y los allí citados).
- Que de ello no cabe inducir, ciertamente, que por esa vía excepcional puedan obviarse las debidas instancias ordinarias, administrativas o judiciales, y traer cualquier cuestión litigiosa a conocimiento de esta Corte (ídem, cons. 5º). Pero también es verdad que, desde el caso señero que se registra en Fallos: 241:291, este Tribunal tiene decidido que “Siempre que aparezca de modo claro y manifiesto la ilegítimi-

dad de una restricción cualquiera a alguno de los *derechos esenciales* de las personas así como el *daño grave e irreparable* que se causaría remitiendo el examen de la cuestión a los *procedimientos ordinarios*, administrativos o judiciales, corresponderá que los jueces restablezcan de inmediato el derecho restringido por la *rápida vía* del recurso de amparo”.

- De lo contrario, podría resultar frustratorio de los derechos constitucionales en que se funda el recurso, por ser de *insuficiente, imposible* o *tardía* reparación ulterior (Fallos: 257:301; 265:326; 271:406; 272:188, y los allí citados).
- Que asegurar la vigencia de los derechos constitucionales ante una *palmaria ilegalidad y arbitrariedad, acreditada meridianamente*, es el objetivo sustancial de la acción de amparo, cuyo procedimiento *sumarísimo* se instituye en función de la urgencia de la reparación debida. Es también deber de *todos los tribunales* de justicia y misión rectora de éstos, que *no puede justificar recursos meramente adjetivos, ápices de procedimiento, nulidades por la nulidad misma o interpretaciones dilatorias que acrecienten los perjuicios morales y materiales, graves e insusceptibles de pronta reparación*, que padece el agraviado (doctrina de Fallos: 238:550, cons. 5º; 248:291, cons. 24º; 249:37, cons. 5º).
- Que, en tales condiciones, y habida cuenta de las circunstancias muy particulares que se dan en el caso, desde que *la función judicial no se agota en la letra de la ley*, con olvido de la *efectiva y eficaz* realización del derecho (Fallos citados en el considerando anterior); desde que una *tramitación dilatoria es lo más parecido a una denegación de justicia* y no se compadece con la garantía de la defensa en juicio (Fallos: 244:34; 246:87; 249:399; 250:390; 265:147); desde que *la verdad sustancial* debe siempre prevalecer *sobre los excesos rituales* (Fallos: 236:37; 238:550; 247:176; 253:133; 254:311; 262:459; 268:71; 271:278, y causas: M.79XVI, “Municipalidad de La Matanza c/ Vivina S.A.”, del 11 de mayo de 1970; B.101-XVI, “Bustos de Kaswalder M.R.N. s/ pensión”, del 23 de octubre de 1970; L. 119-XVI, “La Nación c/ De Lena, R.E.A.”, del 14 de diciembre de 1970, y A.113-XVI, “Amengual, F.A. s/ apelación”, del 24 de febrero de 1971); y desde que *la justicia es, en suma, una virtud al servicio de la verdad sustancial*, corresponde concluir que la decisión apelada, en cuanto *cohibe el goce oportuno*

tuno de derechos esenciales garantizados por la Ley Suprema —manifiestamente transgredidos en el “sub *judice*”—, es insostenible y debe revocarse, tal como se peticiona en el recurso extraordinario interpuesto (17).◆

(17) Parece increíble que después de tan sabios precedentes y doctrinas; y habiéndose incorporado el art. 43 nuevo de la Constitución Nacional (año 1994), el H. Senado no haya convertido en ley a la media sanción por Diputados de un proyecto consensuado, aprobado por unanimidad, en reemplazo del vetusto decreto de Onganía (dic. de 1966).

LA CODIFICACIÓN HASTA NUESTROS DÍAS

(EL SENTIDO PERDURABLE DE LOS CÓDIGOS)

POR EMILIO P. GNECCO (*)

1. Los Códigos se ha dicho que son la expresión más elaborada, depurada y elevada del derecho. Me referiré especialmente a los Códigos civiles y a su destino perdurable ante las múltiples exigencias que se plantean en las sociedades de nuestros días y la acentuada dispersión que por tal motivo puede fácilmente advertirse de las normas jurídicas en general. Estas consideraciones al mismo tiempo me han llevado inevitablemente a acompañarlas con alusión a un recorrido de antecedentes que, aunque de enorme interés, he procurado sintetizar lo más posible. Es que indiscutiblemente en este atrayente tema, como bien lo señala el destacado académico Tau Anzoátegui, al jurista no le es posible eludir el elemento histórico, por lo cual la exposición no puede desentenderse de algún sentido “descriptivo”.

2. La codificación en su moderna apreciación, fue un movimiento que puede decirse de reacción ante la concepción jurídica que venía de los tiempos antiguos, reacción que comenzó en el siglo XVII en plena época moderna y se acentuó con la sanción de los cuerpos codificados desde fines del siglo XVIII y comienzos del siglo XIX. El profesor Alejandro Guzmán de la Universidad de Valparaíso, anota las “tendencias de las sociedades cada cierto tiempo, a reunir el derecho en cuerpos únicos, compactos y totalizadores...” que puede ser destacada “como tendencia universal

(*) Comunicación del Académico, en la sesión privada del 28 de junio de 2012.

y permanente” (1). Y este fenómeno de la codificación se ha dicho por De Ruggiero, que se lo puede considerar como “una ley natural de la evolución jurídica” (2).

3. La codificación es propia de los “derechos o sistemas continentales o escritos” a diferencia de las características que asume el sistema del “*common-law*” de países anglosajones.

En los países del “*common law*” el fundamento del sistema está dado fundamentalmente por la “costumbre”, es decir por el “derecho consuetudinario” (3), y asume singular relevancia la labor interpretativa del juez, con una decisiva importancia del “precedente” para la resolución de los casos particulares.

En el sistema escrito continental, aunque fuera “por un tiempo” y por más que no desaparecían, se encontraban desplazadas de manera acentuada la costumbre y la jurisprudencia, adquiriendo relevancia como fuente del derecho “la ley”. No obstante, la verdad es que aún en los países con Códigos civiles, debe reconocerse que acompañando a estos cuerpos, ha existido una notable labor derivada de la doctrina y de las decisiones de los tribunales de valor innegable, que ha conducido a interpretaciones muchas veces verdaderamente creativas. Por eso se advierte que la “co-

(1) GUZMAN, Alejandro, conferencia en la Cátedra de Derecho Civil de la Universidad de Valparaíso, Chile, en mayo de 1983.

(2) DE RUGGIERO, R., “Instituciones de derecho civil”, t. I, p. 101 y ss.

(3) De allí el denominado “derecho común” o “*common-law*”. Estados Unidos en su organización política constituyó un país que fue de la diversidad a la unidad, eran verdaderos Estados que se confederaban y de allí que se estableció un “federalismo” mas puro, como consecuencia de lo cual los Códigos fueron atribuciones reconocidas a cada uno de los Estados. A la inversa de lo que aconteció entre nosotros que “fuimos de la unidad a la diversidad y donde el federalismo no aparece tan “puro”: fue un federalismo “mixto” según Alberdi. De tal forma que, como ocurrió también en otras naciones, se decidió en la “Constitución de 1853-60” que los Códigos serían sancionados por el Congreso Nacional uniformes para toda la Nación. En este sentido había un concepto “unitario” pero plenamente justificado pues en ese tiempo no hubiera sido entendible ni aconsejable que cada Provincia dictara un Código de fondo. El Código Civil fue así un elemento que efectivamente hizo a la unidad del país, presidiendo una larga época de avance y progreso de la Nación.

dificación moderna” es, o debe ser, contemporánea a una labor jurisprudencial y doctrinaria de significación.

En el caso del sistema codificado la valoración judicial, no obstante la importancia que debemos asignarle, no podría sustraerse demasiado de la letra escrita de la norma, mientras que en el sistema del “common-law” la actuación del juez adquiere por si misma significación determinante, pues los “precedentes” solo toman valor a través de las sentencias que dicen en el caso concreto que deciden.

4. En la visión de una primer idea de los “códigos”, como repertorios de costumbres, normas o reglas que se observaban desde antiguas sociedades, hay muy remotos e interesantes antecedentes de importantes repertorios o compilaciones en los cuales, no obstante la tentación de hacerlo, no es del caso detenernos mayormente ahora pues alargaría desmedidamente esta exposición.

Solo la mención de las “*Leyes de Manu*” (escritas en “sanskrito”, antigua lengua de los hindúes, de los siglos II y III a.C.), consideradas como dictadas por el Dios supremo Manu y que comprendían referencias desde la creación del mundo, hasta reglas (“códigos”) de conductas aplicables a los individuos y que debían respetarse en la sociedad de castas de la india (4), formulando así reglas o recomendaciones de comportamientos de manera muy particular vinculadas generalmente con lo religioso (5); también desde edades muy lejanas (redacciones escritas de los años 200 y 400 d.C.) “*El Talmud de Jerusalem*”, como colección de arraigadas costumbres rabínicas que se dijo que “*codificó*” las tradiciones orales de ese tiempo (principios sostenidos por el cuerpo sacerdotal) y *El Talmud de Babilonia*, reuniendo los comentarios a aquellos principios y que debían estar en concordancia con el contenido de la “Torá”, que era el cuerpo que condensaba la tradición “escrita; o las antiguas leyes Irlandesas: “*Antiguas leyes de Brehón*” (6) (años 600 a 900 d.C.), que si bien no tomaron el nombre de “*código*” fueron consideradas como un verdadero Código Civil con leyes tradicionales del pueblo irlandés, apartadas de lo que era

(4) Obligaciones de los individuos, referencia a los esposos, a la mujer, al matrimonio, a procedimientos civiles y penales, etc.

(5) Ejemplo: “Ley 6-46: “Piensa bien antes de actuar, habla de acuerdo a la verdad, mira por donde caminas y filtra el agua que has de beber”..

(6) “Brehón” anglicismo tomado del idioma inglés que significa “juez”.

el “*common law*” —derecho al que consideraban foráneo— en un pueblo irlandés que se podía definir como católico, romano y anti-inglés (7).

5. Pero los que podríamos llamar “ordenamientos” (agrupamientos normativos) que existieron en esos antiguos tiempos, no constituyeron propiamente los “*códigos*”, en el concepto más moderno que luego se adjudicará al producto de un trabajo metódico y completo.

Desde ya una básica distinción: Una cosa es la *recopilación o compilaciones*, que implica juntar en un libro todas las normas existentes o las relacionadas con una parte del derecho (8).

Otra, la idea de la *consolidación*, que ya involucra un trabajo de mayor compromiso, desde que si bien se trata de la reunión de las distintas normas existentes sobre una parte del derecho, existe una tarea de análisis más detallado que lleva a reajustar o descartar normas.

Y otra, por último, la *codificación* propiamente, que es el grado más desarrollado que lleva a reunir en un libro o código, como expresión única de todas las normas jurídicas concernientes a una parte del derecho, reunión elaborada a la que le asisten las nociones, entonces, de unidad, de exclusividad, y especialmente la de sistematización. Es decir, en otras palabras, un agrupamiento orgánico, racional, sistemático y completo de todas las disposiciones normativas que se refieren a una misma materia y que da como resultado el cuerpo homogéneo de un “Código” (del latín “*codex*”), eliminando contradicciones y evitando las lagunas en ese terreno del derecho.

Entre tanto debemos decir que en nuestro país, lo que se viene tratando de hacer con lo que se ha dado en llamar el “Digesto jurídico argentino” (ley 24.967), y más allá de la buena voluntad sin duda que pueda animar a quienes trabajen en él o lo promuevan, no deja de resultar un “agrupamiento” de leyes y normas, con facultades para modificar o “arreglar”

(7) Leyes “tradicionales”, con reglas aplicables sobre las personas, sobre las cosas y sobre las acciones (organización de la familia, del parentesco, del laboreo de minas, de la explotación de la tierra y bosques, sobre los vínculos obligatorios, etc., etc.).

(8) Así fueron precisamente denominadas la “Nueva Recopilación” de reglas españolas de 1567; la “Recopilación de las leyes de Indias” del año 1680 y la “Novísima Recopilación” de 1805.

contradicciones, pudiendo convertirse, por encima de los ordenamientos constitucionales (art. 75 inc. 12 de la CN), en lo que con los riesgos que todos podemos suponer, se intenta llamar “la verdad del derecho argentino con valor de ley” (9). Habrá que ver en todo caso de que manera subsiste este trabajo ordenatorio, ante la intención hecha a conocer actualmente, de llevar adelante un Proyecto de unificación de las normas civiles y comerciales en un solo Código.

6. Pero volviendo a los antecedentes generales sobre la codificación, en la trascendente herencia que nos dejó el formidable cultivo jurídico romano, convertido en factor de civilización extraordinario (10), se encuentran citadas ciertas compilaciones como la legendaria reunión de normas que se llamó el “*Código de Flavio*” o “*Jus Flaviorum*”; o la Compilación

(9) SCAGLIARINI, Amadeo F. J., “El Digesto jurídico argentino y el problema de la interpretación jurídica de las leyes y de los reglamentos”, en ED del 19/12/2011, p. 2 y ss.

(10) Veamos como ha sido a grandes rasgos. Allí junto al derecho que Roma reservaba para sus ciudadanos y que tomaba la denominación de “jus civitatis” y derivada de ella de manera inmediata la denominación propiamente de “jus civilis”, se formaba una posición de grupos de normas que contemplaban como sujeto al “foráneo”, con “elementos comunes cuya coincidencia no podía dejar de cobrar sentido universal y de constituir por consiguiente una especie de derecho del hombre, derecho “natural”, derecho de gentes “jus gentium”. En la búsqueda de antecedentes de esa tarea codificadora, pueden aquí citarse como lo haremos en el texto, entre otros, La antigua Ley de las XII Tablas romana, El Corpus Juris Civilis de Justiniano (siglo VI), y fuera ya de Roma, en territorio español y luego de la convivencia ibero romana con los visigodos, el Código de Eurico, Breviario de Aniano, las llamadas Lex romana visigothorum y finalmente el Fuero Juzgo (671) y asentada cada vez mas en la edad media la nacionalidad española, aparece un movimiento “recopilador” o “codificador” con el Fuero Viejo de Castilla (1212) y Las siete partidas de Alfonso el Sabio del siglo XIII, La Nueva y la Novísima Recopilación de Leyes de España en 1567 y 1805: v. CUQ, “Institutions juridiques des romains”, París, t. I, p. 169 citado por REBORA, J. C., en “Derecho Civil y Código Civil”, 1960, p. 14.

El legado del “derecho romano” a que aludimos, podemos decir entonces que está referido al conjunto de disposiciones jurídicas (derivadas de distintas vertientes como lo señalaremos) y al propio sistema legal de Roma, desde la primer compilación de leyes que puede situarse hacia el año 450 a.c., hasta la muerte de Justiniano en el año 565 d.c.

de “*Sextus Papyrius*” o *Jus papiriarum*; o la llamada “*Lex Tribunitia*” (11), y sobre todo *La Ley de las XII tablas* (año 450 a.C.) que es considerada la compilación trascendente más antigua de Roma (12), que quiso conciliar las costumbres patricias con las plebeyas siendo que fue su importancia muy grande y tanto los Pretores como las respuestas de los jurisconsultos eran aplicación de sus preceptos (13).

Existieron también otras codificaciones o mejor compilaciones destacadas, como la colección de las constituciones imperiales efectuadas por el Pretor *Gregorio*, que dio lugar al que se llamó “*Codex Gregorianus*” y la que con la misma finalidad efectuó el jurisconsulto *Hermógenes* que se

(11) Sobre cuya existencia, como sobre la de otras compilaciones no se tiene demasiada comprobación. La aplicación de las leyes la realizaban los “patricios” —Colegio de los Pontífices— y Flavio juntó en un “código” no muy conocido, la jurisprudencia que sentaban estos pontífices. La *Lex Tribunitia* se dijo que fue dictada para dejar sin efecto las contradictorias normas que existían con anterioridad.

(12) Está basada en el derecho “quiritario” oral consuetudinario, correspondiente a los “quirites” (ciudadanos romanos que gozaban de privilegios en relación a los demás no romanos), se lo consideró un derecho fuerte, riguroso y formal.

(13) El origen de las XII Tablas está llena de leyendas. Se cuenta de tres romanos que fueron a Grecia a estudiar las leyes de Solón y Licurgo y a su regreso junto a otros magistrados (“Decenviros”) elaboraron la legislación presididos por Apio Claudio. Otros consideran que constituye un verdadero tratado producto del acuerdo entre patricios y plebeyos. Las planchas en que fueron grabadas no fueron conocidas y se tienen noticias de ellas solo por referencias (comprendía disposiciones sobre procedimientos judiciales tanto en el campo civil como penal, se ocupaba de la patria potestad, de la tutela y curatela, del dominio y la posesión, de la sucesión por muerte, se refería al derecho sagrado y al derecho público, etc.).

El derecho romano que venimos destacando, en especial en la nota anterior, podía decirse que se conformaba por un lado por las normas jurídicas emergidas del pueblo en las reuniones que celebraba; por la doctrina expuesta fundamentalmente por los juristas que estaban investidos del “*ius publicus respondendi*”; por las leyes romanas-bárbaras que se dictaban (en el senado) a petición de los germanos que se encontraban en suelo dominado por los romanos; y luego, proyectándose en el tiempo, por la continua reinterpretación del derecho de Justiniano realizada por los glosadores (que dotaron de anotaciones marginales al “*corpus Justiniano*”) y por los posglosadores (que a su vez se ocuparon también de comentar tales notas), ya en la edad media, y por lo que podría llamarse la “*pandectística*” alemana que se ha dicho proporciona la “segunda vida del derecho romano”.

llamó “*Codex Hermogeneanus*”, obras que se refundieron luego en el llamado “*Codex Gregorianus et Hermogeneanus*” que se consideraba en los Tribunales como única fuente del derecho. También fue una compilación de constituciones imperiales el llamado “*Código Teodosianus*” o *Código de Teodosio*, obra que estableció que no habría más fuentes del derecho que ese “Código” que comprendía, agrupada, toda la legislación romana hasta Constantino y fue promulgado en el Imperio de Oriente y de Occidente, por decisión del Senado.

La verdad es que el derecho romano (14), no obstante las “recopilaciones” efectuadas en los que se “llamaron Códigos” mencionados antes, se seguía encontrado repartido en infinidad de leyes, constituciones y obras de jurisconsultos que no estaban totalmente comprendidas en las compilaciones. La “incertidumbre jurídica” planteó la necesidad. Por eso la labor que emprende Justiniano (año 527 d.C., siglo VI) resultará trascendente: en estricto sentido la “codificación” del emperador Justiniano propone la unificación del derecho esencialmente por medio de un ordenamiento normativo que, como compilación de leyes y jurisprudencia romanas (del Senado y de los Pretores), tomó la denominación de “*Corpus juris civilis*”, que implicaba ya reducir a cierto “sistema” el montón de reglas jurídicas existentes y comprendía cuatro partes, el “*Código*”, el “*Digesto*” o *Pandectas*, las “*Institutas*” y las “*Novelas*” (15).

(14) Aplicable a todos los habitantes del Imperio que habían sido declarados ciudadanos por edicto de Caracalla.

(15) El emperador Justiniano (483 a 565 d.c.) en su lucha contra los bárbaros, realizó en el siglo VI una tarea enorme de recopilación de las normas jurídicas existentes, empresa de investigación, reunión y ordenamiento que llevó a cabo a través de Triboniano con quien también colaboraron otros cuantos jurisconsultos. Se pudo así decir (recordando la clásica afirmación, varios siglos después, que acompañará a esa gran obra de proyección generalizada como fue el “Código de Napoleón” de 1804), que aunque Roma sucumbiera el “Derecho Romano sobreviviría” a través de la consagración de esta monumental obra del emperador Justiniano. El “*Corpus Juris Civilis*” se componía del denominado propiamente “Código” (que no era sino una reunión o compilación de las reglas que existían de orden imperial, dictadas por los emperadores —*Codex constitutionum*—); del “*Digesto*” o *Pandectas* (del griego “lo tengo todo”), que no era sino otra agrupación, quizá con un orden cronológico, de los “*iuras*” o sea, de las decisiones de los Tribunales —o jurisprudencia—, agregando además, el “comentario” proveniente de los mas renombrados jurisconsultos, especialmente Paulo, Papiniano, Ulpiano, Gayo, Modestino, Celso y otros (eran alrededor de 50 libros, con identifi-

En realidad en los códigos modernos, posteriores naturalmente a estas épocas, actúa la idea de la “creación” del derecho a través de la “codificación”. Algo de eso de todas formas se cree encontrar en aquel derecho romano, pues en las “Novelas” de Justiniano se puede llegar a descubrir una labor “creativa”, porque al dar a conocer las “decretales” nuevas del emperador, se tendía a efectuar una tarea de compadecimiento con las anteriores con un resultado de nuevas creaciones normativas.

7. La difusión de este derecho romano pasado el esplendor del imperio, se irá extendiendo a toda Europa a través de los “glosadores” y de los “post glosadores”(siglos XII y XIII) (16).

Luego, se generará durante los siglos XV y XVI en suelo germano y en Francia en el siglo XVIII y XIX un “movimiento codificador” abriendo el paso a los modernos Códigos. Alguien ha podido decir que “el proceso de codificación resultó vencedor en el siglo XIX como un elemento indispensable para el nacimiento de los Estados modernos” (17).

cación cada uno por el nombre del jurisconsulto y de la obra de donde fue tomado); las “Institutas” (instituciones, que se referían a principios fundamentales y básicos destinados al conocimiento de los estudiantes del derecho, sobre la base de las “Instituciones” de Gayo); y las “Novelas” (“Novelae constitutiones”, donde se procede a revisar las disposiciones preexistentes del derecho y que reúne las nuevas constituciones dictadas por el propio Justiniano luego de realizada la labor compilatoria y recopiladora

(16) En el siglo XII Irnerio de Bolonia funda la escuela de glosadores que encara la adaptación del Corpus Juris Civilis que quedaba desde aquella época de Justiniano a las nuevas realidades que se vivían pero sin salirse mayormente de la letra de tales cuerpos: Irnerio, Hugo de Alberico y Acucio hasta alrededor del siglo XIII: pero estos en realidad aclaraban glosando con notas el derecho romano tomando palabra por palabra. Los posglosadores (desde s. XIII al siglo XV) entre ellos Cirio de Pistoia y quizá el máximo representante Bartolo (Bartoleo) de Saxoferrato (1313 a 1357), actuaron con mayor libertad, no aferrados a la exclusiva letra de las obras compiladas o llamadas “códigos” romanos, sino abordando y tratan de indagar la “razón de ser” de las leyes y normas que componían esas obras que nos legaba el derecho de los romanos Así fue penetrando (complejo de ideas, experiencias, y ordenamientos jurídicos (en las que quedaban incluidas las doctrinas y la jurisprudencia) que se sucedieron a lo largo de la historia Romana desde los orígenes de la “ciudad” hasta la muerte del emperador Justiniano.

(17) NARVAEZ HERNANDEZ, José R., “La crisis de la codificación y la historia del derecho”, Rev. jurídica An. Mexicano de Historia del Derecho, v. XV, p. 26.

Cuatro nombres trascienden en este proceso codificador. En el siglo XVII y XVIII Godofredo G. Leibniz (alemán, nacido en Leipzig, 1646-1716) quien desde su “racionalismo jurídico” había defendido la “codificación”, asignando la “utilidad de la legislación” para reunir en Códigos (cuerpos específicos) todo el derecho (18).

Luego, en el siglo XVIII y XIX el jurista inglés Jeremías Bentham (1748-1832), afirmó la idea de la “codificación” influenciando su pensamiento en otros países. Se lo llegó a llamar “Padre de la codificación”. Si bien se había formado en el “*common law*”, consideró a la codificación como una “garantía para los ciudadanos” (“se lograba a través de ella un “orden justo y conveniente, conocido y respetado”). No aceptaba que el valor normativo surgiera de los “precedentes judiciales”, decía que “los jueces fijan el derecho hacia el pasado, pues a una situación no regulada aplican precedentes anteriores”, lo que consideró “contrario al principio de la irretroactividad del derecho” (19).

Contemporáneos de Bentham fueron a su vez en Alemania Anton Friederich Justus Thibaut (1772-1840) y Federico Carlos Savigny (de Hannover: 1779-1861). El primero defendió el proceso de codificación en Alemania: los Códigos debían contener enunciaciones claras y precisas, regulando todas las situaciones sociales: se daría así un mismo derecho para todos independientemente del pensamiento de cada soberano. Escribió “*Sobre la necesidad de un Código Civil para Alemania*”. A su vez, Savigny, contrario a la codificación, que contestó la publicación del libro de Thibaut con su obra “*La vocación de nuestro tiempo para la legislación y*

(18) Se distinguía por lo tanto en Alemania una primera etapa desde Leibniz hasta la sanción del Código Civil Austríaco y en Francia el Código Civil de Napoleón, y una segunda etapa desde entonces hasta nuestros días. Los Códigos según Leibniz, buscaban un orden y seguridad jurídica contra la abundancia y desorden del “ancien regimén”. Defendía la idea de creación de un Código que fuera redactado con fórmulas “breves” pero ordenadamente. De tal manera que la incertidumbre (oscuridad y contradicción) y lo superfluo (repeticiones de cosas inútiles) estarían ausentes. Se afirmaba en que la razón “es la máxima facultad y representación del hombre y el derecho que proviene de esta (la razón) ha de ser universal”.

(19) Su prédica no tuvo éxito entre los anglosajones, que continuaron con el “common law. Criticó el “common law” adjudicando a ese sistema falta de certeza, agregando que el pueblo no podía controlar la producción del derecho.

la jurisprudencia”, sostenía por el contrario que Alemania no estaba preparada para codificar el derecho: no se podía codificar un derecho que consideraba “decadente” (20).

8. A partir del siglo XVII (ilustración y racionalismo) y acentuado en los siglos que le siguieron, el Estado moderno aparece reuniendo los poderes y concibiendo el derecho: el derecho civil a través de la codificación, de los Códigos. El juez debe atenerse en principio a las normas establecidas.

De todas maneras esas realizaciones legislativas de los modernos Estados, no son todavía codificaciones en el sentido que va a asumir un cuerpo de normas de trascendente proyección como lo será el Código francés. En tal sentido “las Ordenanzas de Luis XIV aun cuando tomaban una materia, no trataban sino de la justicia o del comercio y los Códigos daneses, suecos o bávaros como las leyes y Constituciones del Rey de Cerdeña, siguen siendo “meras compilaciones” que recogen textos anteriores sin intención de distanciarse o cuanto sea modificar, el derecho antiguo” (21).

Recién en los siglos XVIII y XIX se da la idea de que por medio de la codificación se tenga la “aspiración a un derecho nuevo” que contemple el sentir de la sociedad. La aspiración precisamente era lograr en esos momentos con los Códigos, no solo ordenar la multiplicidad de normas establecidas en las distintas leyes y por las costumbres diversas, sino también el propósito, sin duda, de unificar el derecho del país, respondiendo a las características del modo de vida de su población, para contribuir de esa

(20) Para Savigny las fuentes del derecho eran: 1) el derecho del pueblo, 2) el derecho científico y 3) el derecho legislativo. No se podía restringir el derecho científico (la doctrina y la jurisprudencia) a una “codificación. Recurriendo a la conciencia común del pueblo (usos y costumbres). La costumbre arraigada sostenía que era el “símbolo del derecho positivo”. Para él todo el derecho se originaba en esos usos y costumbres (derecho consuetudinario) y luego en la jurisprudencia, nunca podía ser el resultado del arbitrio de un legislador.

Montesquieu sostuvo luego que el juez no puede salirse de la ley, no puede tener una libertad que invalide la separación de los poderes y la seguridad jurídica. Beccaria en cuanto al derecho penal parece más drástico: el juez no puede interpretar la ley (debe aplicarla) pues le daría un sentido distinto.

(21) HALPERIN, Jean-Louis (ex Decano de la Facultad de Derecho y de C. Políticas, Univ. de Bourgogne [Dijon], Francia), “El origen de los códigos, de Europa a Latinoamérica” (trad de S. Ríos), París, 1992 p. 6 y ss.

manera a la unificación de la propia nación; asegurar las reformas y proceder a una labor “sistematizadora” de los contenidos del código sobre la materia de que se ocupaba.

A diferencia de las compilaciones (denominadas en muchos casos códigos como *vimos*), que pretendían tener un carácter general abarcando la totalidad del derecho y conteniendo además en muchos de sus casos no solo normas de carácter jurídico, sino también enunciaciones de hechos, de doctrinas de los jurisconsultos y de decisiones jurisprudenciales, la codificación moderna nos revela códigos que en consonancia con el sentir propio de sus sociedades, normatizan cada rama del derecho con textos en lo posible simplificados, breves y precisos (22).

9. Surgen así los dos grandes Códigos civiles modernos por todos conocidos, el francés y el alemán.

En Francia existía una división entre regiones o países de derecho escrito y regiones o países de derecho consuetudinario. De ahí que desde años antes hubo Ordenanzas que dispusieron se procediera a la “redacción” de todas las costumbres (insinuándose de tal manera un “derecho escrito”). Con tendencia hacia la “unificación” del derecho, los monarcas consideraron la importancia de contar en el país con “*un solo peso, una sola medida, una sola ley*” (23). Criticando el estado de la legislación francesa de esos tiempos, Francisco Voltaire decía que “*cuando viajaba por Francia, cada vez que se cambiaba el tiro de caballos se cambiaba igualmente de legislación*” (24).

(22) Esta codificación moderna encuentra sus antecedentes hacia la segunda mitad y fines del siglo XVIII, en el Código de Prusia (Federico II de Prusia) y en el Código Austríaco (María Teresa de Austria), antes de la aparición del Código Francés en 1804. La idea del “Estado legislador” se daba tanto en Prusia y Austria por intermedio directamente de los monarcas que decidían legislar “solos”: lo que pensaban sería lo mejor para sus súbditos (revolución desde arriba), como luego en Francia, pero en este caso a través de un “marco constitucional (Constitución que la Asamblea sancionó en 1791 y que anunciaba la adopción de un “Código de leyes civiles”), que será redactado y contará con el voto de asambleas” y al mismo tiempo con la influencia en particular del propio Napoleón.

(23) Hacia mediados de 1400 dictaron Ordenanzas en tal sentido Carlos VII y luego Luis XI.

(24) MOURLON, “Le premier examen du Code Napoléon”, París, 1869, p. 31.

El Código francés destinado a tener una trascendencia enorme en distintos países, en principio se caracterizó por la intención de “ruptura” con el orden antiguo, proyectando el Código que obrara a favor de la “unidad nacional”. Pero no obstante, en ese trabajo codificador francés inspirado sin duda en los principios de entonces (liberalismo, racionalismo e individualismo, respeto de la libertad individual, la igualdad ante la ley, la inviolabilidad de la propiedad, etc.), no se prescindió totalmente de los antecedentes que le suministraba el pasado jurídico y tomaron muy en cuenta como fuentes, el derecho consuetudinario que predominaba en el norte, el derecho romano que regía en el sur, las ordenanzas reales, y aún el derecho canónico, etc. (25).

Y como de “ordenación jurídica” para todo el reino se trataba, la ley que establecía el Código Civil de los franceses disponía en su artículo séptimo: “Desde el día en que estas leyes del Código Civil tienen fuerza ejecutoria, las leyes romanas, las ordenanzas, las costumbres generales y locales, los

(25) Un Código de leyes civiles comunes concebido para todo el Reino. Los intentos de Cambaceres fallidos, terminan con la designación en 1800 de una comisión de jurisconsultos integrada por Portalis, Tronchet, Bigot-Préameneu y Maleville. Se presentaron 36 leyes, y una ley del 21 de marzo de 1804 (30 ventoso del año XII) declaró que tales leyes constituían el Código Civil de los franceses. Siendo que tal ley del ventoso decidió que la primer ley constituyera un Título preliminar; que las 11 siguientes formaran el Libro Primero de Las Personas; que las 4 inmediatas el Libro Segundo “De los bienes y de las diferentes modificaciones de la propiedad” y las 20 restantes el Libro Tercero “De las diferentes maneras de adquirir la propiedad”. (Las 36 leyes en particular disponían: La 1^a, normas concernientes a la publicación, efecto y aplicación de las leyes en general —en cualquier materia que pudieran dictarse—; la 2^a, sobre goce y privación de los derechos civiles; las 10 siguientes sobre cuestiones del estado de las personas, sobre domicilio de las personas y las relaciones de familia; otras 4 instituían el régimen de los bienes y de los derechos reales; la 17 organizaba la transmisión mortis causa; la 18 la transmisión por donación o testamento; la 19 el régimen de los contratos en general; la 20 el de las obligaciones (sin convención); la 21 de los contratos prematrimoniales; la 22 a 31, el contrato de compra y venta, el de permuta, el de locación, el de sociedad, el de préstamo, el de depósito, el de los contratos aleatorios, el del mandato, el de la fianza y el de las transacciones; la 32 el régimen de prisión por deudas; la 33 el de la prenda y anticresis; la 34 los privilegios y las hipotecas; la 35 de la expropiación forzosa y graduación de los créditos y la 36 de la prescripción). Se lo llamó Código de Napoleón por ley de 1807, luego se restauró el primer nombre por ley de 1816 y después por segunda vez se lo designó de Napoleón, siendo que finalmente se volvió a la primera denominación de Código de los franceses.

estatutos, los reglamentos, cesan de tener fuerza de ley general o particular en las materias que constituyen el objeto del presente Código” (26).

10. A su turno, el Código Civil alemán sancionado para todo el imperio federal en 1896 y que entró en vigor desde el 1º de enero de 1900, fue concebido con un exigente rigor científico y del cual llegó a creerse que “habría de gravitar en el siglo XX como el Código Civil de los franceses gravitó en el siglo XIX” (27).

Antes del importante Código Civil a regir desde 1900 (BGB), algunos Estados alemanes ya venían aplicando “Códigos” redactados en décadas precedentes, como el Código de los Estados Prusianos de 1794. En otros Estados se aplicaba el Código de Napoleón, en otros el Código austríaco (código General civil de 1811 para todos los territorios alemanes) y en otros el derecho romano.

Ya en el primero, código prusiano, y característica destacada del sistema de Códigos en el que se reconoce predominancia como fuente del derecho a la creación legislativa por sobre cualquier otra, se establecía que “en la decisión de los casos litigiosos el juez no puede dar a las leyes otro sentido que aquel que se desprende de las palabras” (parágrafo 50) (28).

(26) Aunque no con la trascendencia que adquirió el francés fuera de sus fronteras como fuente de otros códigos, hubo otros ordenamientos codificados en el tiempo de fines del siglo XIX y comienzos del XX. El suizo por ejemplo. Es que la Constitución Helvética de 1798 (al igual que la Asamblea Francesa), en su art. 48 aludía a planes de codificación de las leyes civiles. Y el Código Civil suizo de 1907 tuvo como antecedente el Código Federal suizo de las Obligaciones de 1881. Entre tanto el de las Obligaciones mantuvo su autonomía luego de sancionado el Civil integrado este por el Libro 1ro. “De las personas”, el 2do. “De la familia”, el 3ro., “De las sucesiones” y el 4to., “De los derechos reales”.

(27) REBORA, Juan C., “Derecho civil y código civil”, EUDEBA, 1960, p. 38 y ss.

(28) Contenía este Código alemán una Ley de introducción, que se ocupaba de la aplicación y efectos de la ley en el espacio, regulaba la conexión de la legislación general con legislaciones locales, lo cual las revestía a estas normas introductorias de Introducción a las normas jurídicas del Imperio en general. Luego venían 5 libros: el 1ro., generalización sobre personas, cosas y actos jurídicos, generalización que recae sobre los elementos del derecho en general y da la impresión de comportarse como soporte de las demás leyes. Los demás libros se refirieron a las obligaciones, a los derechos reales sobre las cosas, al derecho de familia y a sucesiones.

Durante el siglo XIX por consiguiente, se dieron los códigos “de primera generación” iluminados con el precedente fundamental del Código Francés.

11. Pero al mismo tiempo que se fueron dictando diversos Códigos en distintos países durante estos siglos XIX y XX, el desarrollo de las sociedades modernas va produciendo un fenómeno que se considerará incidiendo en la idea de codificación que se había expandido por medio de aquellos códigos decimonónicos. Se creaba así para algunos, un proceso que pudo llamarse de “descodificación”, que incluso se decía que era presagio de la desaparición de los Códigos.

A) El proceso clásico de codificación fue, como señalaba Diez-Picazo, un intento de racionalización del mundo jurídico normativo, persiguiendo una perfección no solo en cuanto a la cantidad de normas, sino también en sus condiciones cualitativas, (al hacerlas más inteligibles y accesibles), poniendo a todos en igualdad de situación frente a la ley y robusteciendo el sistema jurídico (29).

El proyecto codificador moderno ya no implicaba “recopilar o reformular el derecho existente, sino proyectarse hacia la sociedad con ordenaciones metódicas, de tal manera que tal proyecto codificador se enfrente al caos jurídico-político elevando un sistema normológico garante de la sencillez, la coherencia, la plenitud, la unidad y por lo tanto, de la seguridad y libertad” (30), pero al mismo tiempo, y esto adquiere importancia relevante, respondiendo la codificación al verdadero pensamiento y verdadera idiosincrasia arraigada en la sociedad. No podían elaborarse códigos que contrariaran tal orientación.

B) La idea de codificación si bien se trató de poner en cuestión especialmente desde el pasado siglo XX(31), no ha sido abandonada. Por el contrario, se ha dado muchas veces lo que también puede ser llamado un

(29) DIEZ-PICAZO, Luis (Presidente de la Sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación en España), “Codificación, descodificación y recodificación”, Anuario Civil, Madrid, t. XLV-1992, p. 473 y ss.

(30) Citando a “Benjamín Constant v. Suárez Llanos”, ob. cit., p. 224, num. 3.1.

(31) SUAREZ LLANOS, Leonor, “El sueño de la codificación y el despertar del derecho”, de la Univ. de Oviedo, Cuadernos de Fil. del Derecho, Nº 29, del 2006, p. 220 y ss.

proceso de vuelta a la codificación metódica (“*recodificación*”). Y hay algo que debe también destacarse: la codificación civil moderna resulta siempre contemporánea a una labor jurisprudencial y doctrinaria de larga y comprobada significación, que permite dirigir tal proceso hacia la verdadera demanda jurídica que corresponda a una determinada sociedad en consonancia con su auténtica exigencia.

12. Por eso es que aunque hayan surgido ordenamientos que han legislado sobre materias que podrían haber estado dentro del Código, el principio de codificación, es decir, el proceso que legisla de manera completa, racional, uniforme, simplificada y respondiendo a reglas propias de una sistematización, abarcando un área del derecho, se mantiene vigente hoy en día.

Los Códigos de fondo en todo caso, deben seguir conteniendo los principios generales sobre la resolución de las cuestiones civiles: naturalmente sobre la “relación jurídica”; sobre lo concerniente a la persona y sus derechos (que podemos decir que en los siglos XX y XXI resulta el eje conceptual de lo que se legisla, como lo era el patrimonio en los ordenamientos del siglo XIX) (32), incluidas normas sobre el matrimonio, la sociedad conyugal y demás temas del derecho de familia; sobre las reglas fundamentales sobre obligaciones, la responsabilidad, la culpa y la responsabilidad objetiva; reglas sobre los contratos, los principios de equidad, sobre la buena fe y sobre el “abuso del derecho”; sobre los derechos reales, la propiedad, sus defensas y sus restricciones; sobre lo concerniente a las reglas fundamentales de las sucesiones, etc., etc.

¿A qué se alude entonces con el llamado “proceso de descodificación”? Al producido esencialmente a consecuencia de una superabundante legislación especial, destinada a atender intereses particulares o colectivos. Pero también “por el efecto operativo atribuido a normas de la Constitución y por la valoración doctrinaria que acompaña a tales principios constitucionales; por la influencia del derecho supranacional; y aún a veces, por el aumento de la discrecionalidad judicial, etc.” (33).

(32) ALTERINI, Atilio A., “El nuevo Código Civil”, en LA LEY del 04/04/2012, p. 1 y ss.

(33) SUAREZ LLANOS, ob. cit., p. 222. Coincidiendo con esas razones Julio César Rivera señala como factores que concurrieron para generar ese proceso: “la legislación especial que ha nacido para atender necesidades particulares, la ju-

Se dio lugar de tal forma a la aparición de “ordenamientos” paralelos al Código civil, que fueron conformándose como verdaderos “microsistemas” (34). En nuestro país, sin perjuicio de otros viejos ordenamientos legislativos como el Código municipal de la Capital, fueron luego apareciendo los Códigos del trabajo, aeronáutico, aduanero, de minería, fiscal, rural, de tránsito, de aguas, insinuándose ahora para muchos, los códigos del medio ambiente, del consumidor, etc.

Pero tal “fenómeno legislativo”, que se viene evidenciando fundamentalmente desde mediados del siglo pasado y acentuado en el presente siglo XXI, no implica que se haya “terminado con el tiempo de los Códigos civiles” (“codificación”), como en un principio pretendió sostener el autor italiano Natalino Irti, criterio que en la realidad quedó descartado ante la evidencia despreñada de la cantidad de Códigos Civiles que se vienen sancionando en distintos países desde mediados del siglo XX hasta la época actual del siglo XXI: por ejemplo, desde el Código de Luxemburgo de 1807, de Holanda de 1811, de Italia de 1865, o de España de 1889 entre muchos otros, hasta los más recientes de la Federación Rusa de 1994 y 2001, y de Mongolia de 1994 para no citar sino algunos entre estos últimos (35), y sin perjuicio de los procesos de codificación de nuestros días

risprudencia que ha ido atribuyendo significación a los mensajes contenidos en las normas y hasta ha ido creando nuevas instituciones (en Argentina el abuso del derecho, la lesión antes de la reforma de 1968, la indexación de las obligaciones dinerarias, etc.), el reconocimiento del efecto directamente operativo de algunas cláusulas constitucionales, el derecho supranacional, el derecho comunitario” (“Estudios de derecho privado”, 2006, p. 278).

(34) RIVERA, Julio C., *ob. cit.*, p. 277.

(35) En algunos casos inicialmente “adoptando” directamente el código francés: Luxemburgo en 1807, Holanda en 1811, 1838 y 1992, Bélgica en 1804, Nápoles en 1829, Cerdeña en 1830, Republica Dominicana en 1845, Rumania en 1864, Italia en 1865 y 1942 con reformas ultimas en 2003 y 2004, Portugal en 1867 y 1966, España en 1889 con reformas posteriores, Quebec en 1866 y 1994, Lousiana en 1870, Perú en 1852 y luego en 1984, Bolivia en 1830 y 1975, Paraguay en 1986, Chile en 1857, Argentina en 1871 con reformas posteriores, Brasil en 1917 y 2000, Venezuela en 1942, Egipto en 1949, etc. Y con ocupación primordial del aspecto patrimonial, los Códigos civiles de la Federación Rusa de 1994 y de 2001, de Mongolia de 1994 y de Vietnam de 1995. Ello sin perjuicio de los procesos del mantenimiento del Código Civil a través de reformas introducidas a los mismos como el Código Civil Alemán, el nuevo Código del Brasil, el Italiano en 2002 y nuestro propio

en China y en Israel casos, estos dos, sobre los que agregaremos algunas palabras.

13. El sentido innegable de perdurabilidad que debe acompañar al dictado de los códigos, ha de darse en tanto los ordenamientos que se elaboren no destruyan ni se contrapongan con lo que se encuentra profundamente vinculado a las costumbres y al modo de vida de los pueblos. Por eso es que no será por medio de lo que se legisle que se podrán imponer cambios sustanciales en las sociedades. Serán estas mismas sociedades, en orden al perfil que las define, las que marcarán la eficacia, la inutilidad o la improcedencia de lo que pretenda forzosamente introducirse por la ley. Está comprobado además, que en todas partes estos procesos de codificación llevan años, es decir, mucho tiempo y nunca pueden ser producto de elaboraciones apresuradas e inconsultas.

En este camino por lo tanto de reafirmación de la perdurabilidad de los Códigos, referimos dos últimos proyectos de códigos civiles: en China y en Israel.

—El Proyecto en China de Código Civil es de 2002, aunque se venía trabajando en esa codificación desde 1998. Existió un antecedente en un Código que se promulgara en el año 1929 (con marcada incidencia de la doctrina rusa) y que fuera posteriormente derogado. El concepto en China conforme a su organización política, fue que todas las relaciones económicas de un país socialista debían estar regidas por el Derecho económico. Pero se ha hecho notar, que hubo profesores de derecho que consultando y estudiando el desenvolvimiento de las actividades de las personas, incluso de las que conformaban su propia población, entendieron que “las relaciones económicas entre sujetos de igual condición debían ser reguladas por el derecho civil” y en todo caso “las leyes económicas debían regular el manejo económico del Gobierno y de éste con las empresas” (36).

Código Civil con reformas importantes desde 1888, y mas cercano, en 1954 (ley 14.394), la trascendentes reformas del año 1968 (ley 17.711) y en los años que vienen corriendo en 1985 (ley 23.264), en 1987 (ley 23.515), en 1997 (ley 24.779), en 2009 (leyes 26.449 y 26.579) y en 2010 (ley 26.618) entre otras.

(36) CORONELL VILLALBA, Gustavo A., “El derecho civil en China”, en LA LEY del 29/12/210, p. 7 y ss. Se destaca en este interesante artículo, que hacia 1986 se había sancionado un ordenamiento denominado “Principios generales de dere-

—El otro proyecto de Código civil de nuestro tiempo, es el del estado de Israel que se encuentra en estudio desde el pasado año 2011. Tiene este Proyecto antecedentes de trabajos desde el 2004, con una versión de 2006. Se podría descubrir en el sistema jurídico israelí, influencias tanto del “*common law*” inglés como también del derecho continental europeo, con evidente incidencia en algunas materias, del derecho religioso (37).

Pero es importante destacar, que en este derecho israelí la “codificación” no sería establecida de una vez, imponiendo un código, sino que durante mucho tiempo se fueron dictando distintas leyes sobre aspectos del derecho civil (la propiedad especialmente, sobre la capacidad jurídica, sobre la tutela, etc., etc.), dándose de tal forma “una *codificación fragmentaria o por capítulos*”. Sólo luego de una probada necesidad sobre la conveniencia de una regulación, se procede a formularla como principio general dentro del Código. Las creencias y costumbres del pueblo israelí han sido tenidas muy en cuenta, de tal manera que lo que se presenta en realidad como una “recodificación” del derecho que regía, lo es con la idea de mejorar tal derecho existente en lo que fuera necesario, pero “no sustituirlo por algo distinto y desconocido”, y además, resaltando que la codificación de nuestros días “debe dejar un marco de “maniobra” para la discreción jurídica” (38).

cho civil”, que si bien no era un código era un grupo de 156 artículos en los que se establecían principios e instituciones jurídicas derivadas en general del derecho romano y del derecho continental (persona jurídica, negocio jurídico, responsabilidad civil, etc.). También se refiere que se fueron dictando leyes especiales al abrirse la economía de China, contándose al mismo tiempo con la doctrina emanada de las interpretaciones jurisprudenciales. Todo lo cual culmina con el proyecto de Código de 2002.

(37) Tan es así que el matrimonio no se encuentra comprendido en este proyecto de código civil, sino que “se deja librado a las reglas y exigencias que correspondan a las distintas religiones que se profesen”. LERNER, Pablo, “El proyecto de Código Civil del Estado de Israel”, en LA LEY 26/01/2012, p. 1. Señala el autor que citamos, que con anterioridad a este movimiento codificador, “regía en esos territorios el derecho otomano... la mejilla (Código Civil basado en los principios de la ley religiosa musulmana que regía principalmente cuestiones de contratos y derechos reales), el derecho inglés y el derecho religioso...”.

(38) LERNER, Pablo, ob. cit., con mención como referencia de la obra de BARAK EREZ, D., “Codification and legal culture”, *Toulane and European Civil Law Forum*, v. 13, 1998, p. 125. En realidad al Código proyectado se lo denominó “Ley

14. A la luz del contenido de las codificaciones modernas se comprueba que los principios generales del derecho civil no han abandonado los Códigos como entendió inicialmente el jurista Irti.

Precisamente este mismo autor italiano, con el tiempo terminaba por poner de manifiesto críticas advertencias, señalando que las normas especiales o “microsistemas” que por un lado “constituyen el factor dinámico del ordenamiento, y que por ello aparecen como imprescindibles en la formación del “arco jurídico de la legislación”, por otro, según como fueran concebidas, pueden amenazar o comprometer la unidad, infringiendo los esquemas de la generalidad, introduciendo criterios fluidos e inestables: cuanto más penetran y se extienden, tanto más parece perdida la unidad” (39).

Por lo demás, el comportamiento de tales principios generales que hacen al “núcleo” del derecho civil, es servir en la concepción de la codificación de nuestros días (sin necesidad de ser reproducidos en cada circunstancia), de base o fundamento para las leyes externas o los “microsistemas” o “satélites”, que responden a intereses particulares o colectivos.

De todas maneras, si bien surgió la necesidad de “actualizar” los Códigos ante la aparición de nuevas exigencias de las sociedades y la aceleración vertiginosa de la “fabricación” legislativa, la verdad es que siempre existen en su contenido principios fundamentales que de una u otra forma deben perdurar. Para no tomar sino solo algún ejemplo (y sin perjuicio de “reformas” que permitan “adecuaciones”), el “derecho de propiedad”, incidido por diversas limitaciones en su interacción con otros derechos, no significa de ninguna manera que haya perdido su valor esencial dentro de la formulación codificada; lo mismo podríamos decir del principio de

de derechos patrimoniales” (quedaban fuera de él, como dijimos, la regulación del matrimonio) y comprende: principios básicos, actos jurídicos, obligaciones, contratos en particular, derechos reales, sucesiones, plazos de prescripción. En los principios básicos de este proyecto, que son los que deben inspirar toda codificación, se señala que los objetivos serán asegurar la justicia, la equidad y la razonabilidad; promover la estabilidad, eficiencia y seguridad legal; alcanzar la consistencia de las distintas instituciones del derecho civil y proteger los derechos adquiridos y las expectativas legítimas de las partes. La codificación no limita la discreción judicial aunque la encauza en un marco teórico distinto de aquel que da el “common law”. LERNER, Pablo, ob. cit., p. 4.

(39) IRTI, Natalino, “La edad de la descodificación”, 1992, p. 59.

la “autonomía de la voluntad”, que enfrentando muchas restricciones derivadas de normas aún estimadas como de orden público que resguardan la “parte” considerada más débil, conserva el inestimable valor de principio general en el terreno de la libertad de las relaciones contractuales, en todas las sociedades modernas (40); igualmente podríamos referirnos a la “persona y sus derechos”, a la “institución de la familia”, y tantos otros temas en las distintas áreas del derecho civil codificado, que deben continuar respondiendo a principios generales que los Códigos tienen que seguir conteniendo (regulaciones ligadas a la operatividad de conceptos tan trascendentes como el de la buena fe, la equidad, el abuso del derecho, etc.).

Si los fundamentales principios generales de los códigos, se alteraran o desconocieran en intentos de reformas o en las leyes u ordenamientos particulares que se formarían, bajo ideas que de momento esgrimieran quienes estuvieran en situación de poder lanzarse a hacerlo, sin descartar que más adelante los preceptos que así concibieran, nuevamente se alterarían por otras personas que a su turno también se situasen en igual posición de predominio pero con ideas quizá no coincidentes, estaríamos dentro de un ámbito de codificación que ha sido llamado “*codificación-collage*”, que bien distaría de contribuir a la seguridad y progreso jurídico (41). Esto es trascendente, pues los códigos se establecen, insistimos, como leyes superiores y generales para regir con continuidad, con innegable sentido de perdurabilidad.

Desde que en los Códigos civiles se concentran principios generales que responden a la sociedad sobre la cual se proyectan, afirmando por ello su genuino modo de vida, y siendo que tales principios son susceptibles de aplicarse a un conjunto de situaciones particulares que pueden o no estar abarcadas por la normatividad del código, (42) parece apropiado, con vigencia permanente, aquella síntesis del célebre comparatista fran-

(40) TAPIA RODRIGUEZ, Mauricio, “Códigos civiles y recopilaciones de derecho constante. A propósito del bicentenario del Código Civil de Napoleón”, en Cuad. de Análisis Jurídicos, Col. Der. Privado: “De la codificación a la descodificación”, 2005, Ed. Univ. Diego Portales, p. 172.

(41) TAPIA RODRIGUEZ, Mauricio, ob. cit., p. 173.

(42) ROSATTI, Horacio, “Código Civil comentado. El Código Civil desde el derecho público”, 2007, p. 82 y ss.

cés moderno (1855-1912) Raymond Saleilles: “Más allá del Código Civil pero por el Código Civil”.

15. ¿Cómo vemos que se enfrenta por lo tanto esta realidad dinámica del derecho, que deja planteada desde el inicio la básica interrogación: codificación o desorden y desbande legislativo?

Desde ya que codificación. Pero esta nueva codificación debe apartarse de la concepción del Código cerrado y definitivo, presentándose lo que podría considerarse como una codificación (“neocodificación”) dinámica y abierta. Abierta en el sentido de que los preceptos de los Códigos Civiles de fondo, se constituyan en normas que, como lo hemos dicho ya, sirvan de sustento a los ordenamientos particulares y que puedan ajustarse y dar pié para resolver las situaciones de esos ordenamientos especiales y las que puedan no estar contempladas en los mismos (43).

La textura abierta y flexible de las normas contenidas en los Códigos ha de permitir al mismo tiempo, que tanto la jurisprudencia como la doctrina encuentren abiertos los caminos para contribuir a la integración del derecho privado, afianzando de esa manera la permanencia y la estabilidad de los Códigos. “Los propios códigos contienen en lugares críticos conceptos abiertos o indeterminados, que si son debidamente discernidos permiten su concreción a la luz de valoraciones implícitas que permiten resolver cuestiones que el legislador jamás pudo prever (44).

(43) Ver las interesantes consideraciones expuestas por TAU ANZOATEGUI, Víctor, en “La codificación en la Argentina”, 2da. edic., 2008, p. 9 y ss.

(44) BARROS BOURIE, Enrique, “Sentido y métodos de la codificación en el derecho” en “El futuro de la codificación en Francia y América latina”, 2004 p. 313 y ss. Señala allí este autor que “en verdad los principales códigos contienen en lugares críticos invocaciones a la razón práctica, cuya concreción se produce ‘a partir’ del Código, pero que solo resulta reconocible en la gradual concreción jurisprudencial y en la reordenación que emprende la dogmática. Por cierto que el legislador también puede tomar parte en este proceso de concreción. Así, en el ejemplo de la culpa, la ley puede definir en concreto los deberes de cuidado, allí donde resulta necesario por razones de urgencia, porque el desarrollo jurisprudencial del derecho suele tomar tiempo o, simplemente, por razones técnicas o de seguridad jurídica... En el dinamismo de la noción de culpa, que ocupa un lugar tan crítico en el derecho de las obligaciones, se muestra ejemplarmente la capacidad adaptativa de un ordenamiento que es progresivamente configurado por la jurisprudencia y la doctrina, a veces con el concurso de la legislación, en

16. Sobre la manera de afrontar esa realidad dinámica que eludimos, dos referencias:

A) En Francia, donde hasta nuestros días se ha podido afirmar que su Código civil “puede ser acondicionado, modificado, corregido o completado, pero no sustituido”, siendo que “continúa siendo la fuente central del derecho privado” (45), se ha ido conformando con la finalidad de dar una solución, lo que se denomina “codificación a derecho constante”. El propósito sin duda es el de asegurar de la mejor manera la seguridad jurídica, “transformando todo el producto de la proliferación normativa (que puede producir confusión en el terreno jurídico), mediante el trabajo de órganos de la administración del Estado, en derecho codificado: reunir en códigos temáticos el conjunto de leyes en vigor” en una fecha determinada (46). Este organismo del Estado (Comisión de codificación), atendería a la necesidad de ajustar los nuevos ordenamientos con el conjunto del sistema jurídico y con el Código de fondo. Hasta el año 1989 esos trabajos de codificación debían remitirse al Parlamento, luego, desde 1999 se los aprobaba directamente por “ordenanzas”, dictando el Parlamento la correspondiente ley de “habilitación”, siendo que el Consejo Constitucional declaró que en esas condiciones las ordenanzas resultaban constitucionales (47).

una permanente compensación de flexibilidad y seguridad jurídica”..., “...en el derecho civil es característico lo ocurrido con el concepto de ‘culpa’ que invoca un criterio de atribución de responsabilidad cuya construcción en concreto depende de las circunstancias y es adaptable a las situaciones mas diversas”.

(45) COUAILLER, Michel (Primer presidente de la Corte de Apelaciones de Rennes, Francia), en “La descodificación en la jurisprudencia francesa. Mirada de un juez”, Cuad. de Análisis Jurídicos, Colec. Der. Privado, Univ. D. Portales: “De la codificación a la descodificación (1804-2004)”, p. 117.

(46) TAPIA RODRIGUEZ, Mauricio, “Códigos civiles y recopilaciones de derecho constante a propósito del bicentenario del Código Civil de Napoleón”, en Cuad. de Análisis Jurídico, Col. Der. Privado, 2004, cit., p. 180.

(47) Se critica este método de “codificación por decreto”, por las facultades que en principio se otorgan al órgano administrativo del Poder ejecutivo (que en la codificación que realiza, puede llegar a tener facultades para proponer derogaciones derivadas implícitamente de las nuevas normas, eliminar contradicciones, corregir imperfecciones de redacción, etc., es decir “cambios orientados a armonizar el derecho preexistente”) dejando de lado la “intervención propiamente del Parlamento”. Al mismo tiempo esta codificación a derecho constante que refleja

El método de codificación a derecho constante aún con las críticas que pueda merecer para algunos sería útil, pues permitiría “conservar la esencia de los códigos (los principios y categorías de derecho común) y agregar en los ordenamientos que se realizaran, las actualizaciones que sean imprescindibles. Desde luego que este método es contrario naturalmente a la idea del “inmovilismo” normativo, pero de todas formas “debería impedirse la inserción en los Códigos Civiles de disposiciones específicas que bien poco tienen que ver con su espíritu de generalidad, pues son con frecuencia normas particulares efímeras y al introducirlas en los códigos se resiente la estabilidad del sistema” (48). Ante la posibilidad de actualización que ofrece este método “a derecho constante” francés, se ha señalado que “sería conveniente reservar el concepto de Código solo para los textos generales y estables aprobados como código de fondo por los legisladores e impulsar las “recopilaciones” sectoriales (administrativas o privadas) que deben ser interpretadas e integradas a la luz de las reglas de los códigos civiles *racionalizándose* así la *inflación normativa* (49).

B) Otro proceso que interesa destacar aquí es el de los Estados Unidos. Allí dominó desde siempre el “*common law*” sajón, descartando en principio por ello la “codificación”, que fue considerada como un método inamovible e inflexible, reflejo de la “discrecionalidad legislativa” y que no facilitaba la justicia del caso concreto (50).

las normas del derecho vigente, en realidad deja fuera de su campo el aporte de la jurisprudencia, y no contiene una racionalización y sistematización de las normas, en el afán de comprender todas las reglas que se refieren al tema que provoca la “recopilación” codificadora. En verdad también, se sostiene que este sistema de codificación a derecho constante tiende en general a exceder sus facultades (sin intervención parlamentaria) efectuando “verdaderas reformas”. V. TAPIA RODRIGUEZ, Mauricio, ob. cit., p. 185, donde se hace notar que con este procedimiento se fueron elaborando en los últimos años, el Código de la Propiedad intelectual, el de Consumo, el Rural, el de Jurisdicciones financieras, el General de las Colectividades Territoriales, el de la Salud Pública, el de la Educación, el de la Justicia Administrativa, el de la Ruta, el de Comercio, el Monetario y financiero, el del Medio ambiente, el de Acción Social y de las Familias, el del Patrimonio, el de la Investigación.

(48) TAPIA RODRIGUEZ, Mauricio, ob. cit., ídem.

(49) TAPIA RODRIGUEZ, Mauricio, ob. cit., p. 181.

(50) Hubo no obstante intentos codificadores. El tema de la codificación estuvo siempre presente. Bentham en 1811 ofrece al presidente Madison emprender

Sin embargo modernamente, más precisamente desde la creación en 1920 del “American Law Institute”, aparecen los sucesivos “*Restatements*” (*of the law*), que en realidad sistematizan leyes, jurisprudencia y doctrina racionalizándolas y constituyendo un trabajo privado que muestra una “visión analítica, crítica y constructiva del derecho”, ofreciéndose como verdaderos códigos en las áreas del derecho privado esencialmente patrimonial. Se trata de un sistema que “consolidan en forma de códigos con comentarios y ejemplos, las principales orientaciones jurisprudenciales a la luz de los criterios orientadores de la doctrina” (principios fundamentales del common law) (51). Aunque no tienen aprobación legislativa, los “*Restatements*” adquieren gran autoridad por los juristas que trabajan en su elaboración y por la supervisión que tienen de la mencionada Asociación.

una “codificación del derecho norteamericano” que es rechazada. Hacia 1920 se crea el “American law institute” que inicia trabajos hacia una línea positivadora y racionalizadora que se une a ciertos esfuerzos codificadores que toman distancia de la ortodoxia del “common law” sajón ligado a la tradición y la costumbre. Había preocupación por la “incertidumbre e inseguridad jurídica”. No obstante abrazarse al sistema del “common law”, el tema de la “codificación” siempre preocupó. Solo menciono como antecedentes históricos, que ya hacia 1634 se inició un movimiento codificador en Massachusetts (con una Comisión encargada de la que formó parte Story), que se planteaba una necesidad de enfrentar “la desordenada realidad y el laberinto misterioso del “common law”, como destaca SUAREZ LLANOS, Leonor, ob. cit., p. 235 y nota 38. Hubo un intento de Código Civil para Nueva York que fracasó, pero fue aceptado en Dakota en 1865, en California en 1872, y Montana en 1895. Lousiana a su vez sancionó un Código Civil en 1808 (que se reformó en 1825). No obstante el mantenimiento del “common law”, también la idea de la codificación se ha puesto en evidencia en otros ordenamientos, como el “Código Uniforme Comercial” (codificación del derecho comercial que se iniciara en el año 1940), que los Estados asumen aunque “completándolo” conforme sus particularidades y que es de referencia para los abogados. También el denominado “Código de los Estados Unidos” (en realidad un “oficial Restatements”) referido a las leyes generales y permanentes de Estados Unidos, racionalizando el sistema de legalidad, eliminando ambigüedades, contradicciones e imperfecciones y aprobado en definitiva por el Congreso (desde 1947). Es en verdad una “compilación” en sentido estricto (en realidad se asemeja en parte a la “codificación francesa a derecho constante”) y se actualiza periódicamente. También el “Código sobre Regulaciones Federales” integrado por las reglas generales y permanentes publicadas en el Registro del Gobierno Federal, actualizándolo cada tanto.

(51) BARROS BOURIE, Enrique, ob. cit., IV, p. 158.

Esto demuestra que aún en Norteamérica se ha recurrido a las posibilidades “codificadoras”, aunque ligada a las necesidades pragmáticas del derecho operativo dinámico.

C) Por último, la idea de la codificación se ha mostrado incluso con perspectivas regionales. En Europa se viene trabajando con sentido de “codificación”, sobre la idea de la “unificación de las reglas de los contratos” (cuestión aconsejada desde el Acta de la Unión Europea de 1986). También la indicación del Parlamento europeo en 1994 para elaborar un Código único de derecho privado y la codificación de las reglas relativas a los contratos internacionales del Instituto para la unificación del derecho privado (UNIDROIT) con sede en Roma, etc. (52).

17. Para finalizar resumo conclusiones:

1. La codificación continúa siendo un método de ordenamiento racional y sistemático de normas, empleado en los países con el fin de asegurar no solo el conocimiento de la legislación sino la seguridad jurídica.

2. La codificación y por consiguiente los Códigos Civiles, no deben concebirse como ordenamientos “cerrados” sino “abiertos”, y tienen que seguir conteniendo la reunión de las normas generales y permanentes del derecho civil, (redactadas con sentido de unidad, simplicidad y sistematización), que señalarán líneas fundamentales respecto de las importantes instituciones de que se ocupa, en consonancia a los principios arraigados en las sociedades.

3. La existencia en el Estado moderno de nuestros días de microsistemas o codificaciones especiales, deben compadecerse con los principios generales de los Códigos Civiles de fondo.

4. Estos Códigos de fondo no son leyes ordinarias sino que conforman una legislación concebida y destinada a regir con sentido de continuidad y permanencia y de manera común sobre toda una sociedad, sin estar sujeta a reformas o cambios continuos en los principios básicos que reglamenta. En tal sentido, se refirma que si bien los Códigos deben responder a las exigencias de los nuevos tiempos, admitiendo ajustes y modificaciones, para asegurar su perdurabilidad y eficaz vigencia, los trabajos de co-

(52) Puede verse en este terreno DE LOS MOZOS, José Luis, en su trabajo “Integración europea. Derecho comercial y derecho comunitario” de 1993, p. 220.

dificación y de reformas que aparezcan como justificados, esencialmente deben siempre saber observar los sentimientos predominantes y arraigados en la población, el modo de vida, sus tradiciones y las costumbres que las han venido caracterizando.◆

EL NOMBRE DE LAS PERSONAS DE EXISTENCIA VISIBLE

POR HORACIO A. GARCÍA BELSUNCE (*)

I. Concepto

Los elementos constitutivos de la designación de las personas son fundamentalmente dos: a) el nombre propiamente dicho o *nombre de pila o prenombre*: b) el *apellido* o nombre de la familia o *paronímico*. Este es un calificativo común a todos los miembros de una familia y sirve para identificar no tanto al individuo, sino al grupo al cual pertenece. Perrau lo define como “El término que sirve para designar a las personas de una manera habitual” (*Le droit autonome en matière civil*, Paris, 1910, p. 7). De Ruggiero dice que se trata de un derecho sobre la propia persona y lo incluye entre los *derechos personalísimos* que configuran un derecho subjetivo sobre un elemento inmaterial que es la propia persona (*Istituzioni di diritto privato*, 3º, t. 1, pp. 168 a 171). Spota(1) considera que se trata de un derecho personal cuyo objeto es un bien extrapatrimonial e inherente a la persona, en cuanto ésta, precisamente por ser tal, tiene el derecho de no ser confundida con las demás, siendo tal derecho inalienable, irrenunciable e imprescriptible.

Otra doctrina considera que el ordenamiento jurídico tutela objetivamente los atributos esenciales de la personalidad con normas del derecho

(*) Comunicación del Académico, en la sesión privada del 12 de julio de 2012.

(1) SPOTA, A. G., Tratado de derecho civil, t. I, Parte General, Vol. 3, p. 333, Depalma, 1950.

público, sin que ello enerve el predominio de la voluntad en lo referente a la pertenencia de los atributos mismos, estimando que sólo en forma secundaria la ley puede conferir a la persona derechos subjetivos para amparar esa personalidad. Según este criterio el nombre no importa un derecho subjetivo, ya que se lo atribuye por ley, existiendo un derecho reflejo del hecho ajeno.

Autores italianos han entendido al nombre como un “derecho sobre la propia persona”, repudiando la doctrina de la propiedad sobre un objeto inmaterial, porque el nombre no es algo que esté fuera de nosotros, sin que esto pueda ser puesto en duda por el hecho que el nombre patronímico ataña a todos los miembros de la familia, ya que el apellido contribuye a la formación del nombre individual.

II. Naturaleza jurídica

En doctrina y jurisprudencia hay diversas opiniones sobre la naturaleza jurídica del derecho al nombre. Como en el nombre aparecen un *factor individual* y un *factor social*, algunos autores sólo asignan importancia a uno de ellos descuidando al otro, mientras que cierta doctrina admite la existencia de ambos y, a su vez, dentro de esta tesis, según los criterios, le asignan mayor importancia a uno o a otro. De tal manera, unos consideran al nombre como un *derecho subjetivo, derecho de propiedad o derecho de la personalidad*; otros ven en el nombre una institución del derecho público, que constituye para las partes una *obligación* y para una tercera teoría el nombre, es a la vez, un *derecho* y una *obligación*.

1) Derecho de propiedad

La jurisprudencia francesa habló durante mucho tiempo de un *droit de propriété*.

Un fallo de la Corte de Casación de 1923 cambió aquella jurisprudencia y la moderna doctrina francesa concibe el nombre como un derecho subjetivo extrapatrimonial. Borda considera que esa teoría “Ni siquiera merecería ser mencionada”, pues el nombre de las personas es algo inmaterial, que está fuera del comercio, es inalienable e imprescindible y le falta contenido económico, característica esencial de los derechos patrimoniales y, particularmente del de la propiedad. Agrega que “El concepto común de que se tiene el deber de mantener limpio el nombre paterno,

revela hasta qué punto está vinculado con la persona que lo lleva” (Borda, *Tratado de Derecho Civil Argentino*, Parte General, 5° ed., 1970, t. I, p. 292).

2) *Propiedad Sui Generis*

Trátase de una opinión abandonada por la indefinición en la que se sustenta.

3) *Derecho de la Personalidad*

La sostienen autores como Saleilles, Perreau, Etcheberry Boneo y Bibiloni, que consideran que es uno de los derechos destinados a la protección de la personalidad al permitir diferenciar a cada hombre de los demás, lo que explica la protección jurídica que se le dispensa.

4) *Institución de Policía Civil*

Porque sirve para la identificación de las personas.

Concluye Borda que la verdadera naturaleza jurídica del nombre está dada por la confluencia de estos dos puntos de vista: “El nombre es, a la vez, un derecho de la personalidad y una institución de la policía civil”, y agrega: “Es ésta la opinión prevaleciente en el derecho moderno, y la que inspiró la ley 18.248 (2), que en su art. 1° dice que toda persona tiene el *derecho* y el *deber* de llevar el nombre que le corresponde” (ob. cit., p. 293).

Spota considera que: “Sustentar que el nombre puede ser una propiedad, no obstante no ser susceptible de actos de disposición, importa tanto como confesar que existe un derecho vacío de contenido y de sustancia. Constituye una tesis superada que olvida la íntima esencia del nombre: un derecho intelectual extrapatrimonial, personalísimo, delimitado y hasta configurado por exigencias del derecho público” (Spota A. G.)

5) *Institución Compleja*

Se la considera tal porque protege intereses individuales y sociales. Es la posición sostenida por Ferrara y, entre nosotros, por Salvat, Borda, Legón, Salas, Díaz Quijarro, Acuña Anzorena y Llabrás. Esta parece ser la teoría

(2) Adla, XXIX-B, 1420.

recogida por el art. 1º de la ley 18.248, cuando dice: “Toda persona natural tiene el derecho y el deber de usar el nombre y apellido que le corresponde de acuerdo con las disposiciones de la presente ley”.

III. Caracteres

a) Está fuera del comercio y, por lo tanto, es *inalienable e imprescriptible*; el uso prolongado no da derecho a otro nombre que no sea el propio.

b) Es *inmutable*, sólo por causas graves puede ser autorizada una persona a cambiar su nombre: a) si tiene en nuestro idioma un significado ridículo o se presta a giros injuriosos o agraviantes o a deformaciones maliciosas; b) si es contrario al sentimiento religioso del peticionante y al que predomina en la sociedad; c) si tiene un significado ideológico contrario a las ideas prevalecientes en nuestro medio; d) si es traducción del extranjero; e) si el nombre ha sido públicamente deshonrado por los padres u otros homónimos; g) si el apellido fuese de difícil pronunciación podría pedirse su adecuación gráfica y fonética al castellano (art. 7º ley 18.248). Producida la modificación, cambio o adición del nombre o apellido de una persona, se rectificarán simultáneamente las partidas de los hijos menores y la del matrimonio, si correspondiere (art. 19, ley 18.248).

c) Tiene una *función de identificación* que constituye un aspecto de derecho público. Si bien el nombre es un derecho subjetivo privado, por su función individualizadora interesa al orden público asegurar su inmutabilidad y su uso obligatorio frente a las órdenes del Estado. La ley del Registro Nacional de las Personas (13.482) ordena que el primer elemento de la matrícula individual esté dado por los nombres y apellidos completos de la persona. Esto no significa que la firma con nombre incompleto o seudónimo carezca de relevancia jurídica, pues el uso obligatorio del nombre y apellido sólo rige frente al Estado y aún ante él la firma puede ser incompleta, siempre que sea el modo habitual de suscribir de dicha persona; no obstante, tratándose de instrumentos públicos y actos judiciales o administrativos, el uso del verdadero nombre es el que corresponde.

d) Es un *instituto del derecho público* que se transmite prescindiendo de la voluntad de las partes. Dice Busso (*Código Civil Anotado*, Ediar, Buenos Aires, 1944, t. I, p. 472, nº 33) que el uso ha admitido que el hijo legítimo lleve el apellido del padre, pero también que lo complemente con el apellido materno. Agrega el autor citado, que “el hijo legítimo por consecuen-

cia de su filiación tiene derecho-obligación a usar el apellido paterno y tiene también el derecho potestativo para añadir como complemento el apellido materno" (ob. cit., n° 35).

Borda (ob. cit., p. 291 y ss.) considera que el nombre presenta los siguientes caracteres como atributo de la persona:

1° es *necesario*, en cuanto toda persona debe tener un nombre.

2° es *único*, en cuanto nadie puede tener más de una denominación.

3° es *inalienable*, en cuanto el nombre esta fuera del comercio y, por ende, no es susceptible de enajenación ni de renuncia.

4° es *inembargable*, por la misma consideración precedente.

5° es *imprescriptible*, en cuanto no se adquiere ni se pierde por el solo transcurso del tiempo.

6° es *inmutable*, en cuanto nadie puede cambiar voluntariamente de denominación y el cambio sólo es procedente cuando la modificación del estado civil lo autoriza, por el matrimonio de la mujer, la adopción, etc.

7° es *indivisible*, en cuanto la persona tiene el derecho y el deber de llevar un mismo nombre frente a todos.

IV. El prenombre

Es el elemento que sirve para distinguir las diversas personas de la misma familia y a los homónimos pertenecientes a familias diferentes. Siendo susceptible de forma masculina y femenina, permite la indicación del sexo de cada sujeto. Sin desconocer la importancia del factor voluntario, la adquisición del nombre solamente se produce una vez operada la inscripción. A diferencia del *patronímico* que es determinado automáticamente por la filiación, el *prenombre* es objeto de elección discrecional dentro de ciertos límites.

V. El seudónimo

Toda persona tiene el derecho a identificarse en un determinado ambiente bajo una denominación especial diversa de su patronímico, que se

denomina *seudónimo*, que es usual en las actividades artísticas, literarias y deportivas. Sobre este punto dice Busso: “Si el *seudónimo* busca proteger la identidad de una personalidad literaria o artística, sólo puede invocarse un derecho al mismo cuando se ha constituido esa personalidad y se ha merecido bajo dicha designación, notoriedad o reputación” (ob. cit. n° 98)

VI. Su protección jurídica

Constituyendo el nombre el objeto de un derecho respecto a la persona que lo lleva, su uso está protegido jurídicamente. Las acciones respectivas son las de *reclamación* y de *contestación* del nombre. El derecho de usar el nombre confiere al titular una doble facultad: la de emplearlo como forma de designación oficial en los actos de la vida civil y la de obligar a los terceros a que se lo reconozcan. La primera tiene por objeto esto último cuando el nombre sea desconocido o negado por terceros (Borda, ob. cit., p. 317). La segunda también llamada de *impugnación*, corresponde en el caso en que el nombre sea usado por otras personas para su propia designación (Borda, ídem t. y p.) Borda admite una tercera acción de protección a la que denomina *acción en defensa del buen nombre*. Se distingue de la anterior en que requiere para su procedencia que el uso sea malicioso y que produzca daño material o moral al accionante (art. 21, ley 18.248). En la jurisprudencia anterior a la ley 18.248 esta acción se había confundido con la impugnación, lo que Borda considera que fue un evidente error (ob. cit. p. 318, n° 349 bis), pues la acción de impugnación, se da para evitar que el propio nombre sea utilizado por un tercero, y la que ahora nos ocupa para impedir que el nombre sea utilizado para designar personajes de fantasía, ridículos o inmorales o que por cualquier otra razón perjudique el buen nombre y honor de una persona y para su procedencia es necesario malicia en el autor y perjuicio para el accionante. Según el artículo 22 de la misma ley, las personas facultadas para intentar estas demandas son el interesado, su cónyuge, ascendientes, descendientes y hermanos.

VII. Cómo se adquiere el nombre de pila o individual

La adquisición del apellido puede ser *originaria* o *derivada*. La primera se vincula con la filiación del individuo y es derivada cuando tiene lugar por su cambio de estado. La originaria varía según que la filiación de la persona sea legítima o extramatrimonial. En el caso de filiación legítima el art. 4 de la ley 18.248 dispone: “Los hijos matrimoniales llevarán el primer

apellido del padre. A pedido de los progenitores podrá inscribirse el apellido compuesto del padre o agregarse el de la madre. Si el interesado deseara llevar el apellido compuesto del padre o el materno podrá solicitarlo ante el Registro del Estado Civil desde los 18 años. Una vez adicionado el apellido no podrá suprimirse”.

Para Busso la adquisición ocurre con la inscripción que se haga en el acta de nacimiento pero a este criterio se le objeta que deja al margen a aquellas personas cuyo nacimiento no ha sido denunciado al Registro Civil.

Según Perreau, el nombre se adquiere por la decisión que toma la persona con facultad para elegir su nombre, de manera tal que la inscripción sería sólo la prueba de aquella voluntad. Cabe a este respecto la misma objeción anterior, cuando se ignora quien es el que ha puesto el nombre a las personas no inscriptas.

Para Llambías el nombre individual se adquiere por el *uso*, de manera que las personas cuyo nacimiento no ha sido denunciado, tienen derecho al nombre que el uso les ha impuesto. Por esta razón es que no obstante la inscripción de cierto nombre en la partida de nacimiento, si la persona ha llevado otro, se admite la rectificación de la partida por vía judicial, siempre que se demuestre que la persona es conocida por el nombre que lleva y no por el que indica la partida.

El artículo 2 de la ley 18.248 dice: “El nombre de pila se adquiere por la inscripción en el acta de nacimiento”. No obstante el uso hace sentir su influencia, pues el citado artículo 2, en su parte final, dispone “Cuando una persona hubiese usado un nombre con anterioridad a su inscripción en el Registro, se anotará con él, siempre que se ajuste a lo previsto en el art. 3”.

En el caso de *filiación extramatrimonial*, los hijos tienen el apellido del padre o madre que lo ha reconocido como lo consigna el artículo 5 de la ley 18.248 cuando dice: “El hijo matrimonial reconocido por uno solo de sus progenitores adquiere su apellido. Si es reconocido por ambos, sea simultánea o sucesivamente, adquiere el apellido del padre. Podrá agregarse el de la madre, en la forma dispuesta en el artículo anterior. Sin embargo, si el reconocimiento del padre fuere posterior al de la madre, podrá con autorización judicial, mantenerse el apellido materno cuando el hijo fuese públicamente conocido por éste”.

Respecto de la *mujer* casada establece el art. 8º de la ley citada que, “La mujer al contraer matrimonio añadirá su apellido al de su marido precedido de la preposición de. Si la mujer fuese conocida en el comercio, industria o profesión por su apellido de soltera, podrá seguir usándolo después de contraído el matrimonio para el ejercicio de ésa actividad”. Pero, como hemos señalado en párrafos anteriores, la ley 23.515 modificó categóricamente este precepto al darle al uso del apellido marital el carácter de *optativo*.

VIII. A quién corresponde elegir el nombre

a) Tratándose de *hijos legítimos* la elección corresponde a los padres, en razón de ejercer conjuntamente la patria potestad (art. 264, Código Civil). Además así lo dispone el art. 2 de la ley 18.248, reformado por la ley 23.264, cuando dice: Su elección corresponde a los padres; a falta, impedimento o ausencia de uno de ellos, corresponde al otro o a las personas a quienes los progenitores hubiesen dado su autorización para tal fin. En efecto, todo ello pueden hacerlo los guardadores, el Ministerio Público de Menores o los funcionarios del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas”.

b) Si se trata de *hijos extramatrimoniales* la elección del nombre individual compete al padre o a la madre que lo hubiese reconocido, contemporáneamente a la denuncia del nacimiento, a menos que ésta se hiciese tardíamente, pues entonces deberá inscribirse el nombre que haya usado la criatura.

c) Si se tratase de *hijos extramatrimoniales no reconocidos* por sus padres la elección del nombre debe ser hecha por el funcionario correspondiente.

El artículo 3 de la ley citada establece que “El derecho de elegir el nombre de pila se ejercerá libremente, con la salvedad de que no podrá inscribirse: 1) Los nombres que sean extravagantes, ridículos, contrarios a nuestras costumbres, que posean o signifiquen tendencias políticas o ideológicas, o que susciten equívocos respecto del sexo de la persona a quien se impone. 2) Los nombres extranjeros, salvo los castellanizados por el uso o cuando se trate de los nombres de los padres del inscripto si fuesen de fácil pronunciación y no tuvieran traducción en el idioma nacional. Queda exceptuado de esta prohibición el nombre que se quisiera

imponer a los hijos de los funcionarios o empleados extranjeros de las representaciones diplomáticas o consulados acreditados ante nuestro país y de los miembros de misiones públicas o privadas que tengan residencia transitoria en el territorio de la República. 3) Los apellidos como nombre. 4) Los primeros nombres idénticos a los de los hermanos vivos. 5) Más de tres nombres.

El uso del apellido del marido era para la mujer no sólo un derecho sino un deber, cuya omisión sin causa justificada pudo ser sancionada con el divorcio que pida el marido, según jurisprudencia ya superada. Llambías considera que es objetable la disposición de la ley 13.010 de enrolamiento femenino, según la cual sólo deberá constar en la libreta cívica el apellido de soltera, pues se introduce una alteración en el verdadero nombre de la enrolada casada.

La ley 23.515 (Adla, XLVIII-B, 1535) modificó el artículo 8º de la ley 12.248, por el siguiente: “Será optativo para la mujer casada añadir a su apellido el de su marido, precedido por la preposición de. Con esta modificación el nombre de la mujer casada ha dejado de ser un “derecho-deber” para ser una facultad de usar su apellido de soltera o de adicionar el de su marido. Llambías considera que “Esta facultad de usar indistintamente el apellido de soltera o el de su marido, echa por tierra con el carácter indivisible del nombre” (ob. cit. p. 314).

Según la costumbre la *viuda* conserva su nombre de casada mientras permanezca en ese estado, pero la ley 18.248, en su art. 10, primera parte, se ha apartado de aquella costumbre, disponiendo que “La viuda está autorizada para requerir ante el Registro del Estado Civil la supresión del apellido marital”, pero la segunda parte de dicho artículo resalta que: “Si contrajera nuevas nupcias perderá el apellido de su anterior cónyuge”.

La *mujer divorciada* conserva el apellido que tenía antes de la declaración del divorcio; su nombre, con el carácter de derecho-deber debería seguir siendo el que tenía antes del divorcio, pero la ley 18.248 ha venido a quebrantar la inmutabilidad del nombre de la divorciada, autorizando a ésta a prescindir, según su arbitrio, del apellido del marido. Así, el art. 9 de la citada ley, primera parte, dice: “Decretado el divorcio será optativo para la mujer llevar o no el apellido del marido”. Con esa innovación el nombre de la divorciada ha dejado de ser un derecho-deber para pasar a ser una facultad potestativa.

A título de sanción, la ley prevé que se puede obligar a la *mujer divorciada* a suprimir el nombre del marido en razón de su inconducta, si se la considera deshonrosa para el marido. En tal sentido, la segunda parte del art. 9 de la ley citada dispone que: “Si se tienen motivos graves, los jueces, a pedido del marido, podrán prohibir a la mujer divorciada el uso del apellido de su cónyuge”. Cabe aclarar que esta sanción no puede ser adoptada de oficio por los jueces por más que encuentren en el juicio de divorcio bastante motivo para aplicarla; es indispensable que el marido haga valer su derecho tendiente a impedir el deshonor de su nombre, lo que podrá hacer en el juicio de divorcio o después de decretado éste.

El nuevo texto del art. 9º de la ley 18.248 como consecuencia de la modificación introducida por la ley 23.515 dice: “Decretada la *separación personal* será optativo para la mujer llevar el apellido del marido”. Y el mismo artículo agrega: “Cuando existieren motivos graves, los jueces, a pedido del marido, podrán prohibir a la *mujer separada*, el uso del apellido marital. Si la mujer hubiese optado por usarlo, decretado el divorcio vincular perderá tal derecho, salvo acuerdo en contrario o que por el ejercicio de su industria, comercio o profesión fuese conocida por aquél y solicitare conservarlo para sus actividades”. La claridad de las normas nos exime de comentario.

En el caso de la *mujer separada de hecho* la situación es diferente, pues si el tema del nombre no está librado a la voluntad de las partes, la mujer no puede tomar la decisión *per se*, sino que queda supeditada a lo que judicialmente se resuelva si hubiese causa grave. Llambías considera que la autorización no podría ser acordada porque el apellido de la mujer casada debe coincidir con el estado civil conyugal que le corresponde. En relación a este supuesto las opiniones están divididas, pues mientras Spota piensa que la mujer separada de hecho puede no usar el apellido marital, siempre que la separación no le sea imputable a ella, Borda afirma que la mujer en tal situación tiene el derecho de usar el apellido marital, pero no la obligación (ob. cit. t. I, núm. 331). La controversia ha sido resuelta por el art. 9º de la ley 18.248, antes citado, en la forma mencionada en el párrafo anterior.

En el supuesto de que luego de una larga separación la mujer haya prescindido del apellido marital y resulte conocida por su propio apellido, tal situación puede ser idónea para solicitar un cambio de nombre que los tribunales considerarán según las circunstancias.

En el caso de *anulación o declaración de nulidad del matrimonio* la mujer queda privada del apellido del otro contrayente, pues independientemente de su buena o mala fe al contraer matrimonio, el apellido debe cesar porque ha desaparecido la causa que lo originó. Así lo ha considerado el legislador cuando la ley 18.248, en su art. 11, dispone: “Decretada la nulidad del matrimonio la mujer perderá el apellido marital. Sin embargo, si lo pidiere, será autorizada a usarlo cuando tuviera hijos y fuese cónyuge de buena fe”.

La *mujer divorciada* puede ser privada del uso del apellido marital por su conducta gravemente deshonrosa para el marido. Es, por lo tanto, indispensable que el marido haga valer su derecho tendiente a impedir el deshonor de su nombre, lo que podrá hacer concomitantemente con la articulación del divorcio o después de decretado éste, pero queda claro que la sanción de privación del apellido marital no es consecuencia forzosa de la declaración del divorcio sino castigo de la conducta deshonrosa de la mujer, anterior o posterior al divorcio.

La *mujer separada* de hecho no está facultada a prescindir del apellido marital, porque el tema no está librado a la voluntad de las partes, sino a la decisión judicial que puede dictarse habiendo causa grave. Llambías considera que aún requerida la autorización judicial podría no ser acordada, porque el apellido de la mujer casada debe coincidir con el estado civil que le corresponde. Por el contrario, Spota piensa que la mujer separada de hecho puede no usar el apellido marital, y Borda, afirma que la mujer en tal situación tiene el derecho de usar el apellido marital, pero no la obligación (Spota, A. G. ob. cit., t. 1, vol. 3, n° 1184, p. 393 y Borda, ob. cit., t. 1, n° 331, p. 278).

Llambías agrega que si se niega a la mujer el derecho a prescindir del apellido del marido, también debe negarse a éste el derecho a oponerse al uso de su apellido por la mujer separada de él, no obstante la mala conducta de ella, pues al llevar el apellido marital ésta se limita a ejercer el derecho-deber de usar el nombre que le es propio a partir de la celebración del matrimonio. Disentimos con estos criterios, pues a pesar de que reconocemos la ortodoxia en que se fundamentan, ella esta reñida con la realidad individual y social.

En los casos de *nulidad del matrimonio* el artículo 11 de la ley 18.248 dispone. “Decretada la nulidad del matrimonio, la mujer perderá el ape-

llido marital. Sin embargo, si lo pidiere, será autorizada a usarlo, cuando tuviere hijos y fuere cónyuge de buena fe”.

En algunas legislaciones el solo hecho del divorcio provoca la pérdida del apellido del marido y la recuperación del de soltera; así ocurre en Suiza, Uruguay, Perú, Venezuela, Cuba, etc. En estos países, el divorcio disuelve el vínculo matrimonial y, por consiguiente, la mujer pierde el apellido de su ex esposo.

En otros países, en cambio, la mujer divorciada conserva, en principio, el apellido marital, pero se reconoce al esposo el derecho de pedir que se prohíba su uso en determinados casos. En cambio, en el derecho brasileño, la pérdida del apellido se produce de pleno derecho para la mujer culpable; en Italia queda librado a la apreciación judicial si existen causas suficientes como para prohibir a la mujer el uso del su apellido marital si ella es la única y principal culpable del divorcio.

IX. Cambio, Modificación o Adición del Nombre

El principio de la *inmutabilidad* del nombre al que nos hemos referido, no es absoluto, pues así lo demuestran aquellas adiciones a cambios que puede sufrir por modificarse el estado civil de la persona o en razón del reconocimiento de la filiación, legítima o ilegítima, sea por acto voluntario o por decisión judicial que acoja la acción entablada por el hijo.

El principio de la *inmutabilidad* no niega el derecho de la mujer casada a dejar de llevar el apellido de su consorte, cuando mediando divorcio o con posterioridad a la declaración de éste, exista una causa que justifique esa sanción, pero esta encuentra límites tratándose del nombre comercial de la mujer casada, pues en tal caso los efectos del divorcio no pueden conducir a que desaparezca uno de los elementos constitutivos del fondo de comercio, atento su carácter patrimonial.

Otras veces, es la propia mujer la que puede solicitar no usar el apellido de su marido cuando el divorcio fue decretado por culpa de éste. La separación de bienes puede originar consecuencias que importen una modificación en el apellido de la mujer casada, siendo lícito que esta se limite, a usar únicamente su propio apellido.

El cambio de nombre puede producirse *voluntariamente*, como *consecuencia*, o como *sanción*. Para la procedencia del cambio voluntario de-

ben concurrir motivos graves que serán sometidos a la aprobación de la autoridad competente, que es el juez ordinario del domicilio del interesado por tratarse de una acción personal. En los casos de rectificación de partidas es competente el juez que corresponda a la oficina del Registro Civil donde se otorgó la partida.◆

ALGUNAS DE LAS REFORMAS AL RÉGIMEN SOCIETARIO EN EL PROYECTO DE NUEVO CODIGO CIVIL Y COMERCIAL

POR RAFAEL M. MANÓVIL (*)

I. Introducción

La comunidad jurídica se halla en tensión a raíz del envío al Congreso del Proyecto de Código Civil y Comercial, elaborado por la Comisión Redactora integrada por los Dres. Ricardo Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci, distinguida integrante de esta corporación. La tensión deriva de las muchas novedades que introduce el Proyecto, algunas objeto de controversia doctrinaria e ideológica, de inconsultas modificaciones introducidas al original por el Poder Ejecutivo antes de su remisión al Congreso, pero sobre todo, causadas por el designio de llegar a su aprobación y puesta en vigencia en tiempos políticos incompatibles con las necesidades de pulimiento, de coherencia y de maduración que requiere un cambio, en muchos aspectos muy profundo, en la vida civil de las personas a quienes ha de regir. Tengo para mí que los propios redactores del Proyecto hubieran preferido contar con la tranquilidad de una reflexión y revisión reposadas sobre su obra, para seguir eliminando impurezas, cubrir vacíos y contradicciones, producto, en parte, de que los aportes recibidos del vasto elenco de juristas consultados, han abarcado solamente temas específicos.

(*) Comunicación del Académico, en la sesión privada del 26 de julio de 2012.

Dejaré aquí de lado, entre otros, los aspectos societarios propuestos en el texto original de la Comisión Redactora pero que fueron excluidos del remitido al Congreso. Eran soluciones que en su mayoría hubieran implicado un significativo avance, una interesante modernización, en suma, un progreso, aunque no eran originales: ya se hallaban casi literalmente en el Anteproyecto de Reformas a la LSC de la comisión integrada por los Dres. Jaime L. Anaya, Salvador D. Bergel y Raúl A. Etcheverry.

La presente comunicación tiene el modesto propósito de tratar solamente los temas societarios de imprescindible innovación ante la premisa de la unificación de los Códigos Civil y Comercial en un solo cuerpo legal y lo que fue un criterio aceptado en todos los proyectos del último cuarto de siglo, a saber, la recepción de la sociedad unipersonal. Los necesarios acomodamientos en ambos aspectos no han dejado de rozar algunos conceptos teóricos que, aún sin ser tratados aquí en profundidad, surgirán en el transcurso de la exposición.

II. La necesaria desaparición de la sociedad civil

El problema fundamental que debió resolverse en todos los proyectos de unificación es el de que, al desaparecer todo criterio delimitador de la materia comercial respecto de la civil, las formas societarias debían también prescindir de esa diferenciación. En todos los proyectos se reconoció que ello no podía suceder a costa de una alteración, socialmente resistida, de las modalidades actuales de la sociedad civil. En otros términos, todos los proyectos debieron abocarse a resolver el problema de la eliminación de la sociedad civil como tal, para subsumirla en alguna forma de sociedad general, residual, simple, o sencillamente *sociedad*, que sirviera para actividades tanto de objeto comercial como civil, pero sin adoptar alguno de los tipos legislados en la LSC. La solución a este problema no es sencilla en nuestra tradición jurídica. Para evaluar la propuesta del Proyecto resulta imprescindible hacer un poco de historia, en particular a la luz de algunas voces críticas, por ahora más oídas que leídas, que no se han hecho cargo de la dificultad del asunto.

A. El proyecto de unificación de 1987 y el fracaso de su propuesta

El primer proyectos de unificación, presentado en la Cámara de Diputados en 1987, lo mismo que el posterior de la llamada *Comisión Federal*,

estructuró toda la propuesta en el cuerpo del Código de Vélez Sarsfield. El de 1998 y el actual, en cambio, son piezas legislativas integrales, con metodología y numeración normativa nuevas.

Los principales lineamientos que interesan a la materia societaria del proyecto de 1987, en cuanto aquí tratados, fueron:

a. La modificación de los arts. 30 a 34 del Cód. Civ. y la derogación de sus arts. 35 a 50. En este marco, se suprimió la enumeración de las personas jurídicas privadas del actual art. 33, incluidas las sociedades civiles y comerciales, ensayándose una sumaria regulación de sus características y funcionamiento (1). Pero no se preveía un régimen general para las personas jurídicas.

b. Se derogaba el contenido de los arts. 1648 a 1788 bis del Cód. Civ. sobre sociedades civiles.

c. Este espacio era reemplazado por cuatro capítulos que, con el nombre *“De los contratos asociativos”*, establecían disposiciones comunes a todos ellos, normas sobre la sociedad a secas, sobre asociaciones y sobre sociedades y asociaciones constituidas en el extranjero. El propósito era pasar de lo general —los contratos asociativos— a sus distintas especies, incluida la sociedad. Pero no se reglaba ningún contrato asociativo en particular, fuera de la sociedad y esquemáticamente las asociaciones.

d. Esas disposiciones serían aplicables a todo contrato plurilateral, toda comunidad de derechos, toda asociación y toda sociedad *“en cuanto no sean incompatibles con las reglas especiales aplicables a las mismas”*. El tal vez impensado alcance de esta generalización podía abarcar así a las sociedades del Código de Minería y de la Ley de Navegación, además de las sociedades regulares del Capítulo II de la LSC.

e. Se establecía la libertad de formas, incluso la verbal, para todo tipo de contratos asociativos.

(1) Para un excelente comentario crítico sobre este aspecto del proyecto, véase PALMERO, Juan Carlos. “La persona jurídica en el proyecto de unificación de la legislación civil y comercial de la Nación”, en Rev. del Dcho. Comercial y de las Obligaciones, Año 20, 1987, p. 817.

f. Se modificaba el art. 1º LSC para dar cabida a las sociedades unipersonales (2), que debían ser de responsabilidad limitada (socio único sólo persona física, art. 146) y anónimas (art. 165). El art. 1º restringía el ámbito de aplicación de la LSC exclusivamente a los tipos regulares legislados en ella: o sea, se excluía la aplicación de la LSC a la sociedad residual o general y, como efecto no deseado, a cooperativas, sociedades de economía mixta, etc., aunque las respectivas normas remitieran a aquélla.

g. Se suprimía el art. 17 LSC sobre nulidad de la sociedad, e íntegramente la normativa referida a las sociedades no constituidas regularmente. Se la sustituía por la remisión a la aplicación, para todas ellas, de las normas proyectadas para la nueva *sociedad*, con el agregado de un nuevo sistema de *regularización* mediante la admisión de la transformación de sociedades no regulares en típicas. También la inversa.

h. Sin derogar la insostenible incapacidad de derecho del art. 30 LSC, se limitaba su aplicación a las sociedades comerciales típicas: las sociedades por acciones podían ser socias de la nueva *sociedad*.

i. Se suprimía la responsabilidad ilimitada y solidaria del socio aparente y del socio oculto (art. 34 LSC). El régimen de la sociedad accidental o en participación se entendía subsumido en la *sociedad*.

j. En el inc. 8º del art. 94 LSC se preveían, aunque defectuosamente, las sociedades unipersonales.

k. Permanecían en la LSC las Agrupaciones de Colaboración y las Uniones Transitorias de Empresas, pero a la declaración de que “*no constituyen sociedad ni son sujeto de derecho*” se agregó que ello era así solo “*a los fines de esta ley*”. O sea, podían al mismo tiempo ser y no ser sujeto de derecho.

Se creaban, pues, dos regímenes separados y aislados entre sí: por una parte, la *sociedad* a secas como figura comprensiva de todo fenómeno asociativo, societario o no, y por la otra el de las sociedades regulares de la LSC. Ello estaba en franca contradicción con el declarado propósito de unificar los regímenes societarios civil y comercial.

La cuestión lucía tanto más grave a poco que se reparara en que por la expresa exclusión de la aplicación de la LSC fuera del ámbito de las socie-

(2) “Habrà sociedad a los fines de esta ley cuando una o más personas...”

dades regulares típicas de su Capítulo II, los dos regímenes se iban a diferenciar en que el de la LSC contaría con una parte general común a todos los tipos y, por lo tanto, con principios propios, mientras que nada de ello resultaría aplicable, ni por analogía, al amplio espectro de la *societas* del cuerpo del Código Civil. Derogadas, además, normas de la sociedad civil tan importantes como las que prohíben la sociedad o las estipulaciones leoninas, los aportes de “*crédito o influencia*”, las sociedades “*de todos los bienes presentes y futuros de los socios o de todas las ganancias que obtengan*”, quedaban también sin aplicación las de la LSC sobre los mismos temas, las relativas a participaciones de unas sociedades en otras y al control (arts. 31 a 33), las del socio aparente y del socio del socio, los standards de conducta de los administradores, el régimen de aportes, la responsabilidad de socios y controlantes, la inoponibilidad de la persona jurídica, la intervención judicial, etc.

No menores eran las falencias relativas al régimen mismo que se proyectaba para la sociedad, el cual, según se leía en las Notas Explicativas de la Comisión Asesora que redactó el proyecto, respondía al propósito de dotar a la sociedad de la amplitud deseada y para ello “*regresar al alcance que éstas (las sociedades) tenían ya en el derecho romano clásico*” (3). Es fácil imaginar las críticas de la doctrina a la propuesta de semejante retroceso (4). Tanto más, al señalarse que se había optado por seguir el modelo del Código de las Obligaciones suizo, por su “*atractiva sencillez y*

(3) Capítulo C, bajo el título “De los contratos asociativos”, numeral 6.

(4) Como bien señala Brunetti, “el concepto de una masa de bienes con particular destinación a los acreedores sociales, establece una unión entre la cosa y las obligaciones nacidas por la cosa, de lo que en la *societas* no se tenía la menor idea. En la *societas* romana los socios eran singularmente propietarios de los bienes, acreedores de los beneficios y deudores de las obligaciones sociales. En las relaciones con los terceros se obligaban personalmente y la responsabilidad que se derivaba era independiente de la pertenencia a la sociedad, que seguía siendo una situación interna, generalmente ignorada por el público... Los socios seguían siendo individualmente titulares de los bienes destinados al ejercicio social” (BRUNETTI, Antonio, “Tratado del Derecho de las Sociedades”, Trad. Solá Cañizares, Uthea, Bs. As., 1960, T. I., p. 397, N° 168). El mismo autor dice, en otra parte de su obra, que las relaciones externas de la sociedad han tenido siempre una notable importancia sobre su construcción doctrinal. La *societas* romana no ha alcanzado nunca a imprimir fuerza propulsiva en la economía de los intercambios porque no pasaba de la regulación de las relaciones internas (op. cit., t. I, p. 204).

una flexibilidad que le permite absorber todo fenómeno asociativo que no constituya un tipo especial de sociedad, desde acuerdos de participación en los resultados de un negocio aislado hasta las formas más complejas de organización para grandes emprendimientos ...Esta flexibilidad y sencillez de tratamiento son obtenidas mediante la utilización de opciones y reglas del derecho común, principalmente las de la representación” (5).

Para peor, se dijo que “*no fue propósito de la reforma imponer la conclusión de que la sociedad, en su nueva regulación, no es nunca una persona jurídica*” (6), lo cual importaba remitirse a la futura interpretación para determinar si las manifestaciones de separación patrimonial en cada caso concreto eran suficientes para calificar a la *sociedad* de persona jurídica. Como consecuencia, la sociedad iba a tener personalidad, o no, según el contenido de una manifestación de voluntad de los socios en uno u otro sentido.

La *sociedad* se definía según el texto casi literal del art. 530 del código suizo, como “*el contrato por el cual dos o más personas se reúnen para obtener, con esfuerzos o medios comunes, una finalidad común*” (art. 1652 proyectado), es decir, no se incluía un propósito económico o de lucro. Ello implicaba una modificación substancial de los conceptos del art. 1648 del Código Civil y del art. 1º LSC. Estas reglas se aplicaban a “*toda sociedad que no presente los requisitos especiales de otra sociedad establecida por la ley*”, con lo cual, una vez más, se incluían las actuales sociedades civiles y todas las no regulares típicas del Capítulo II de la LSC, pero también otras figuras cuya finalidad no fuera intercambiar prestaciones sino administrar en común aspectos de ciertos bienes, como los convenios de sindicación de acciones u otros pactos parasociales.

También el régimen de responsabilidad de los socios transcurría en el marco de la mayor imprecisión. Aunque el tercero creyera estar contratando con la sociedad, cuyos integrantes eventualmente conocía y le merecían crédito, si, conforme a las reglas del mandato y la representación, la persona que contrataba con él carecía del apoderamiento necesario, los socios no hubieran podido ser considerados deudores suyos. Lo más grave: el art. 1664 establecía que “*un socio puede convenir que su contribución a las pérdidas se limite a su aporte*”. Este pacto, salvo prueba

(5) Cap. C., “De los contratos asociativos”, numeral 13.

(6) Cap. C., “De los contratos asociativos”, numeral 16.

en contrario, se presumía a favor del socio exclusivamente industrial. En ausencia de prohibición, llevado al extremo, nada impedía que todos los socios convinieran en limitar su responsabilidad por pérdidas a su aporte. Podía llegar a crearse una sociedad con responsabilidad limitada sin inscripción, ni publicidad, ni sujeción a normas o recaudos de ningún tipo (7), como una SRL o anónima no inscriptas.

En suma, no es preciso extenderse en otros aspectos, como la anacrónica remisión al mandato para la administración de los negocios sociales, u otros. La conclusión de todo lo dicho, coincidente en abundante doctrina, fue que era inadmisibles resolver de este modo el problema de la supresión de la sociedad civil. Fue también, uno de los motivos que a la postre citó el Poder Ejecutivo en el decreto 2719/91 para vetar la totalidad de ese primer proyecto unificador, que había sido aprobado por ambas cámaras legislativas como ley 24.032.

B. Dos nuevos proyectos en la misma tendencia

Emparentado con esta metodología, el proyecto de reformas a la LSC preparado en 1993 por los Dres. Alberti, Araya, Fargosi, Le Pera, Mairal, Piaggi y Richard (resolución MJ 465/91) previó la SRL y la anónima unipersonal (art. 1º), sin ninguna reglamentación, y la exclusión de las disposiciones de la parte general (Capítulo I) a todo supuesto que no fuera el de las sociedades típicas del Capítulo II. Luego, se agregaba un Título II con el nombre "*De los negocios de participación*" (arts. 339 al 366), que se aplicaría "*a todo negocio en común o sociedad de hecho, contrato asociativo, o acuerdo para constituir*" una sociedad regular típica "*que no se hubiere inscripto en el registro*". Fue otro intento de crear una figura residual al estilo de la sociedad civil alemana o suiza, útil para cualquier clase de negocio, societario o no, pero esta vez con expresa indicación de que "*los contratos legislados en este título no constituyen ni crean personas jurídicas ni sujetos de derecho*" (art. 341). En forma subsidiaria se aplicaban las reglas de los contratos (art. 342). Subsistían en la LSC la ACE y la UTE.

Muy similar fue lo propuesto en el nuevo proyecto de reformas al Código Civil elaborado por la comisión designada por Dcto. 468/92, integrada por los Dres. Belluscio, Bergel, Kemelmajer de Carlucci, Le Pera, Rivera,

(7) SPOTA, Alberto G., "La denominada unificación de la legislación civil y comercial", en LA LEY, 1988-A, 776.

Videla Escalada y Zannoni. Se incorporó un Título XXIV denominado “*De los contratos asociativos*”, cuyo art. 1451 los definió como “*aquellos en los cuales dos o más personas se ponen de acuerdo para obtener, con esfuerzos o medios comunes, una finalidad común*”. Nuevamente se siguió el modelo suizo (o alemán). Al margen de algunas soluciones puntuales distintas, la diferencia más relevante respecto del proyecto de 1987 fue la supresión de las reglas sobre la sociedad, para convertirlas en reglas generales para los contratos asociativos. Para la incorporación en la LSC de las sociedades de responsabilidad limitada y anónima unipersonales, se usó idéntico método que en el proyecto de 1987 (arts. 1º, 146 y 165).

C. El substancial cambio de metodología en los Proyectos de 1993 y 1998. Los contratos asociativos y la influencia sobre el Proyecto actual

Las profundas críticas que se acaban de aludir, determinaron que la llamada *Comisión Federal* designada por la Cámara de Diputados para ensayar un nuevo intento unificador, decidiera modificar substancialmente el criterio de 1987. Debe mencionarse que algunos distinguidos juristas que integraron ambas comisiones ayudaron activamente a concretar el cambio. Contribuyeron a ello, también, estudios y debates que intentaron precisar el alcance de la categoría *contratos asociativos* y su diferencia respecto de las sociedades como son entendidas en la tradición jurídica argentina.

La nueva tendencia inaugurada con el Proyecto de 1993 tomó el enfoque de separar claramente la esfera de la libertad de configuración para las relaciones contractuales, de la esfera de la tipicidad societaria. Ello así, por lo menos como principio, ya que debió prever la regulación de una sociedad con rasgos atípicos.

En presencia de una esfera jurídica de *libertad* y otra de *restricción* es necesario establecer un límite tal que impida que se haga uso de la libertad para los institutos que no la conceden, o que la conceden en el marco de su propia tipicidad. En caso de duda, frente a la apariencia de un contrato libremente estructurado, es obligado el análisis de sus características para establecer si, en realidad, no esconde una figura incluida en la esfera de la restricción o de libertad limitada a tipos preestablecidos: el intérprete deberá determinar si la relación que aparece estructurada bajo la forma de un contrato —v.gr. un contrato asociativo o de colaboración— es tal, o si, se trata de lo que la ley ha caracterizado como una *sociedad*. De allí la

relevante importancia de que la ley establezca qué es lo que entiende por sociedad, cuáles son sus características y, entre éstas, la que más sobresale, a saber, cuál es su elemento causal, su *causa-fin*.

Bajo estas premisas, el Proyecto de 1993 estableció un reordenamiento de raíz diferente al de 1987. Por una parte, en lugar de crear una figura societaria en el cuerpo del Código, se unificó sobre la LSC, obligando a resolver en el seno de ésta el problema de la desaparición conceptual y legislativa de la sociedad civil. Por otra parte, se creó un capítulo sobre contratos asociativos, con exclusión expresa de las sociedades y con incorporación de los contratos de esta clase ya legislados en la LSC. Decisión de subida importancia fue que, para superar toda duda interpretativa que pudiera haberse planteado con la incorporación en 1983 de los contratos de colaboración en la LSC, se estableció la libertad de configuración de estos contratos bajo formas innominadas o atípicas, así como la validez de su contenido, aún cuando no se inscribieran en el Registro Público.

En apretada síntesis los aspectos principales de este proyecto en la materia fueron:

a. A diferencia de 1987, no se alteraron las normas sobre personas jurídicas, con la excepción, ajena a esta comunicación, de normas sobre su responsabilidad (art. 43) y sobre asociaciones (art. 46).

b. Se derogaban todas las normas en materia de sociedad civil y en el espacio que ocupaban se incorporaba un título, compuesto de cinco capítulos, relativo a los contratos asociativos.

c. En el primero, dedicado *en general* a esta clase de contratos, sin definirlos, se estableció que las disposiciones del capítulo "*se aplican a todo contrato de colaboración, plurilateral o de participación con comunidad de fines que no sea sociedad*" (art. 1648). Para hacer tajante la distinción, la norma agregaba que "*no son sujetos de derecho ni se le aplican las normas sobre la sociedad*". El Proyecto de 1998 adoptó literalmente el mismo texto (art. 1333).

d. En posición opuesta al Proyecto de 1987, se dispuso que "*a las comuniones de derechos reales y a la indivisión hereditaria no se le aplican las disposiciones de los contratos asociativos ni las de la sociedad*". Idéntica redacción, también, en el Proyecto de 1998.

e. Siguiendo en este único aspecto al antecedente de 1987, se reguló lo relativo a la nulidad o anulación en derredor del vicio del vínculo y no del de todo el contrato (art. 1649). Lo mismo el Proyecto de 1998 (art. 1334).

f. Previó un principio muy controvertido, y hasta asistemático, al disponer que *“la existencia de un contrato asociativo excluye entre sus contratantes la invocación de sociedad”*, con el confuso agregado de que *“también lo excluye respecto de terceros que conocían ese contrato y es presunción contraria respecto de otros terceros cuyos vínculos sean posteriores a la fecha cierta del instrumento contractual”* (art. 1649, segundo y tercer párrafos). Idéntico texto se adoptó en 1998 (art. 1335). El desacierto era claro: por una parte, se prefería el *nomen juris* elegido por las partes por sobre la realidad substancial del contrato; por la otra, se afectaba la nitidez de la línea divisoria entre contrato asociativo y sociedad; por fin, permitía llegar a situaciones en que una misma relación jurídica podía ser sociedad y a la vez no serlo, con la consecuencia de ser regido al mismo tiempo por reglas diferenciadas.

g. Mientras las normas antes enumeradas fueron incorporadas al Proyecto actual con apenas pequeñas modificaciones de redacción, las que se acaba de comentar en el punto anterior fue acertadamente eliminada por la Comisión Redactora.

h. Se estableció expresamente el principio de la libertad contractual para esta clase de contratos (art. 1651; art. 1337, Proyecto de 1998) y los contratos reglados que *“no sean inscriptos tendrán plena validez entre las partes”*, aplicándoseles supletoriamente lo dispuesto respecto de la figura contractual respectiva (art. 1672; art. 1360, Proyecto de 1998). El Proyecto actual recoge ambas soluciones (arts. 1446/7).

i. Con el más propio nombre de *“negocios en participación”* y sin alterar su substancia, se trasladaron al cuerpo del Código las normas de la LSC sobre sociedades accidentales o en participación (arts. 1652/5). Lo mismo ocurrió en el Proyecto de 1998 (arts. 1338/42) y en el Proyecto actual (arts. 1448/52).

j. También se trasladaron al cuerpo del Código las normas de la LSC sobre Contratos de Colaboración empresaria, ahora con el genérico título de *“agrupaciones de colaboración”* y de *“uniones transitorias”* (arts. 1656 a 1672; arts. 1343 a 1359, Proyecto de 1998). Sin alterar lo substancial del régimen de esas dos figuras, se eliminó la restricción a sociedades y *em-*

presarios como sujetos habilitados a hacer uso de esas formas contractuales: cualquier persona puede ser *parte*. Se previó la liberalización del uso de las Uniones Transitorias, al pasar del singular al plural indeterminado el objeto de su utilización para obras, servicios o suministros concretos. El actual Proyecto siguió casi literalmente los Proyectos de 1993 y 1998 (arts. 1453 al 1469); pero agregó al Código los “*consorcios de cooperación*” creados por la ley 26.005, bien que eliminando sus incongruencias y errores más relevantes.

D. El tratamiento de las sociedades en los Proyectos de 1993, 1998 y en el actual

Mientras el Proyecto de 1993 no innovó sobre personas jurídicas, sí lo hizo el Proyecto de 1998, y en forma substancial: introdujo una Sección Cuarta en el Título II de su Libro II (arts. 145 a 164), en cuyo primer capítulo estableció una genuina normativa general abarcadora de todas las personas jurídicas privadas. Reguló las asociaciones civiles, simples asociaciones y fundaciones en el cuerpo del Código. También el Proyecto actual trata a la persona jurídica privada en general, aunque con matices diferentes al anterior, v.gr., las enumera (art. 146), prevé su inoponibilidad, incluso para las personas jurídicas públicas (art. 144). Una futura indagación podrá determinar la relevancia de las diferencias entre los tres proyectos en su proyección sobre las modificaciones al texto de la LSC. Las soluciones de 1993 y 1998 fueron casi idénticas. Así:

a. En el art. 1º, además de eliminar la calificación de comercial, se agregó que “*las sociedades de responsabilidad limitada y las sociedades anónimas pueden ser constituidas por una sola persona física o jurídica*”. En el art. 94, inc. 8º, se aclaró que en estos tipos la reducción a un socio no disolvía la sociedad.

b. El art. 17 sustituyó la actual nulidad de la sociedad atípica por la consecuencia de no producir los efectos propios del tipo y de quedar regida por las normas que reemplazarían a las actuales sobre sociedades no constituidas regularmente. El Proyecto actual adopta idéntico criterio.

c. En lo que más interesa aquí, en el espacio dejado por los arts. 21 a 26 se regló una figura única comprensiva de sociedades con defectos formales o de fondo, de hecho y civiles. Se pretendió así abarcar a toda sociedad que, siendo tal por corresponder su naturaleza a la caracterización del

art. 1º LSC, no haya adoptado alguno de los tipos regulares previstos en la LSC o en otras leyes.

Corresponde detenerse ahora en el régimen *residual* diseñado en el Proyecto de 1993, seguido a pies juntillas por el de 1998, porque explica lo previsto en el Proyecto actual. La comparación demuestra, ante todo, que en esta materia no hubo innovaciones sino que la Comisión Redactora siguió criterios ya propuestos hace casi veinte años, criterios que no merecieron críticas fundamentales ni tan duras como las formuladas al de 1987.

Al incorporarse este régimen en el cuerpo de la LSC, y pese a las diferencias entre los tres proyectos en la regulación general de las personas jurídicas, no queda duda alguna de que, conforme al art. 2º LSC, las sociedades de la Sección IV son sujetos de derecho. Los tres proyectos fueron consecuentes, también, en abandonar la errada noción de que la personalidad otorgada a estas sociedades fuera *precaria* o *limitada*, como se predica en la Exposición de Motivos de la LSC. Las limitaciones vinculadas con la exigibilidad y oponibilidad del contrato, y hasta las restricciones a la aptitud de la sociedad para adquirir derechos y contraer obligaciones, aunque limiten la capacidad de derecho de la sociedad, no afectan la plenitud de la personalidad jurídica. Consecuentes con este reconocimiento, contra la interpretación actual, los tres proyectos permiten a estas sociedades la adquisición de bienes registrables, reglando las formalidades para ello.

Los Proyectos de 1993 y 1998 establecieron que los arts. 21 a 26 se aplicarían a “*sociedad que no se constituya con sujeción a los tipos previstos en el capítulo II*”, con expresa declaración de que “*se comprenden las sociedades que omitan requisitos esenciales, tipificantes o no, y las que incumplen con las formalidades exigidas por esta ley*”. Más escueto, el Proyecto actual establece lo mismo: “*la sociedad que no se constituya con sujeción a los tipos del capítulo II, que omita requisitos esenciales o que incumpla con las formalidades exigidas por esta ley*”, se rige por estas normas.

Se ha dicho de modo crítico que, al desaparecer la caracterización de la irregularidad, o de la *no regularidad*, sin modificar, empero, el art. 7º LSC, en cuanto establece que la regularidad se adquiere con la inscripción en el Registro, habría perdido su sentido. También se ha dicho que el régimen proyectado deja fuera el supuesto de la sociedad de hecho, cuya mención ha desaparecido. Pero ambas críticas, además de tardías a la luz de la antigüedad de la propuesta, pecan por no tener en cuenta una lectu-

ra lógica: la sección IV se aplica a toda sociedad que no adoptó uno de los tipos regulares, y también a las defectuosas; la sociedad de hecho no es de los tipos regulares porque *regular* es sólo la que se inscribe en el Registro. En consecuencia sólo por un juego de palabras puede predicarse que no están comprendidas en ese régimen.

El Proyecto de 1993 creyó necesario subrayar un contraste con el de 1987. En éste se había excluido la aplicación de la parte general de la LSC para la *sociedad* a secas, con la consecuencia de su orfandad de principios generales. Por ello, en las versiones del art. 22 de 1993 y 1998 se dispuso la aplicación a estas sociedades de las normas del Capítulo I, es decir, las de toda la parte general. Se agregó que, supletoriamente, se aplicarían las normas de la sociedad colectiva.

En 2012, a casi un cuarto de siglo del Proyecto de 1987 ya parecía superfluo mantener una disposición puramente docente ante un dato sobre el que no cabe otra interpretación: ninguna voz jurisprudencial o doctrinaria ha puesto en duda que a las sociedades no constituidas regularmente se les aplica la parte general de la LSC. También se eliminó la remisión supletoria a la sociedad colectiva, sin implicancia concreta alguna.

La metodología elegida en el Proyecto de 1993, y seguida tanto en el de 1998 como en el actual, requería lograr el encuentro entre los rasgos esenciales de la sociedad civil y una mayor tolerancia para las sociedades comerciales anómalas.

El disfavor con que los padres de la LSC trataron a las sociedades no constituidas regularmente para incentivar el uso de las formas típicas, se tradujo en algunos efectos extremadamente severos: la responsabilidad ilimitada y solidaria de todos los socios por todos los pasivos sociales, la de quienes contratan por la sociedad, la indiscriminada potestad de cualquier socio para obligar a la sociedad, su facultad de exigir en todo tiempo la disolución de la sociedad y, sobre todo, la inoponibilidad e inexigibilidad del contrato social tanto a terceros como entre los socios. Calificada doctrina reaccionó contra esta extrema severidad, particularmente porque este último rasgo, contrario al principio general de la fuerza obligatoria de los contratos, podía ser visto como un premio a la mala fe de quien no quisiera cumplir con sus obligaciones.

Fue así que en los tres Proyectos se estableció que *“el contrato social podrá invocarse entre los socios”* (art. 22, segundo párrafo, apenas distinto

en el actual). Y es oponible a los terceros *“cuando se pruebe que lo conocieron efectivamente al tiempo de la contratación o del nacimiento de la relación obligatoria”* (texto idéntico en los tres proyectos). Por supuesto, el contrato puede ser invocado por los terceros contra la sociedad, los socios y los administradores.

Los Proyectos de 1993 y 1998 establecían que la representación de la sociedad se regiría por el contrato y supletoriamente por las reglas de la sociedad colectiva (art. 23, primera parte). Suprimida la remisión a la sociedad colectiva, el Proyecto actual dispuso substancialmente lo mismo, aunque tal vez con lenguaje menos preciso: *“las cláusulas relativas a la representación, la administración y las demás que disponen sobre la organización y gobierno de la sociedad pueden ser invocadas entre los socios”*. En cuanto a los terceros, los Proyectos de 1993 y 1998, preveían que los terceros a quienes resulta inoponible el contrato *“pueden invocar contra la sociedad los actos realizados en representación de ella por cualquiera de los socios”*.

El Proyecto actual se apartó de esta redacción clara y lógica, e incurrió en una torpeza, fácilmente subsanable si no imperaran el apresuramiento y la precipitación. El error está en decir que *“en las relaciones con terceros cualquiera de los socios representa a la sociedad”*, pero luego condicionarlo a que sea así *“exhibiendo el contrato”*. Es un contrasentido: por una parte, las sociedades de hecho no tienen contrato que pueda exhibirse y, por la otra, si se exhibe el contrato, éste y las reglas y limitaciones relativas a la administración y representación se hacen oponibles a los terceros, con lo cual la indistinta representación por cualquier socio deja de ser aplicable.

Reconocido que la personalidad de estas sociedades es plena, los tres Proyectos de unificación, lo mismo que el Proyecto de Reformas a la LSC de la comisión Anaya-Bergel-Etcheverry, reglaron el modo de adquisición de bienes registrables por ellas. En los cuatro proyectos el texto es idéntico: para adquirir *“bienes registrables, la sociedad debe acreditar ante el Registro su existencia y las facultades de su representante por un acto de reconocimiento de todos quienes afirman ser sus socios”*. En el Proyecto actual sólo se agregó el requisito de que se indique la proporción de participación de cada socio.

El régimen de responsabilidad de los socios requirió una decisión de política legislativa. O se establecía como regla la responsabilidad manco-

munada y por partes iguales (art. 1747 del Cód. Civ.), o se optaba por la solidaridad del art. 23 LSC. Inadmisibles un agravamiento del régimen para las sociedades y actividades tradicionalmente regidas por el principio de responsabilidad mancomunada, los tres Proyectos (1993, 1998 y el actual) establecieron que la responsabilidad de los socios de las sociedades regidas por estas normas sería, como principio, mancomunada y por partes iguales. Los textos evolucionaron. En el Proyecto de 1928) *de las reglas comunes del tipo que manifestaron adoptar y respecto del cual se dejaron de cumplir requisitos sustanciales o formales*" (art. 24).

Con diferencias en los plazos de anticipación, los tres Proyectos prevén que cuando no se ha fijado plazo de duración, cualquier socio puede pedir la disolución social con facultad de los demás, o por lo menos de dos de ellos por mayoría, para decidir la continuación de la sociedad pagando al saliente el valor de su participación según las reglas del art. 92 para la exclusión de socios (art. 25).

Los Proyectos de 1993 y de 1998 habían encarado la posible subsanación de vicios y defectos en la última parte del art. 25 sólo para el supuesto de que *"la sociedad que hubiera sido constituida por contrato escrito con elección de un tipo"*. En este caso *"la omisión de requisitos esenciales tipificantes o no tipificantes, la existencia de elementos incompatibles con el tipo elegido o la omisión de cumplimiento de requisitos formales"* podía subsanarse en cualquier tiempo. A falta de acuerdo unánime, se facultaba al juez a ordenar la subsanación, incluso a suplir la falta de acuerdo sobre una cláusula siempre que no implicara imponer mayor responsabilidad a socios que no lo consintieran. El disconforme podía preceder dentro de los diez días de la decisión judicial. En cambio, el Proyecto actual, sin alterar el sistema, sustituyó la descripción del caso al que se aplica abarcando todas las *"sociedades incluidas en esta Sección"*. Por una parte, la vieja redacción excluía la posibilidad de *subsanación* de las sociedades de hecho, de las sociedades hoy *civiles* y, en general, de todas las no estructuradas conforme a un modelo típico: quedaba excluida la eventual posterior adopción de un tipo regular. Con el texto del Proyecto actual, en cambio, por una parte no es seguro que esa posibilidad esté adecuadamente abierta, mientras que, por la otra, no parece lógico que socios de una sociedad de hecho o de la actual *sociedad civil* puedan verse forzados a aceptar una *subsanación* de vicios que nunca entendieron como tales. En conclusión, el texto de los Proyectos de 1993 y 1998 era preferible, con el agregado, que se preveía en 1987, de admitir expresa-

mente la *transformación* en sociedad típica regular de sociedades que no lo fueran.

Compatibilizar este régimen renovadamente proyectado con todos los institutos societarios será tarea interpretativa que llevará su tiempo. Por ejemplo, ya fue observado en alguna reunión académica que entra en contradicción con el de los arts. 183 y 184 LSC para las sociedades anónimas en formación que, injustificadamente, seguiría siendo más severo que el de la Sección IV.

III. La fracasada incorporación de la sociedad unipersonal

Todos los proyectos del último cuarto de siglo admitieron las sociedades unipersonales, tanto en forma derivada, como a partir de su constitución. En esta dirección deben citarse no sólo los Proyectos de unificación de 1987, 1993 y 1998 y el Proyecto de Reformas a la LSC de Anaya-Bergel-Etcheverry, sino también los Proyectos de la Comisión del Decreto 468/92, y el de reformas a la ley de sociedades (Resolución MJ 465/91).

Ya señalé que el Proyecto de 1987 admitió las SRL y anónimas unipersonales mediante simples agregados a los arts. 146 y 165 LSC, pero limitó las primeras a socios personas físicas. Pero no previó esa limitación cuando los socios se reducían a uno. No estableció reglamentación ni característica especial que distinguiera a las unipersonales de las pluripersonales.

El Proyecto de 1993 usó otra metodología: al art. 1º agregó un segundo párrafo que establecía que *“las sociedades de responsabilidad limitada y anónimas pueden ser constituidas por una sola persona física o jurídica”*, eliminado la restricción a la persona física en la SRL. Tampoco dispuso reglamentación ni característica alguna que diferenciara una unipersonal de una pluripersonal. El Proyecto de 1998 siguió literalmente el mismo camino. Sin embargo, entre las reglas generales sobre personas jurídicas privadas, se había proyectado un art. 159 que establecía que *“la persona jurídica no se disuelve por reducción a uno del número de sus miembros, excepto que la ley especial exija la pluralidad para su existencia, caso en el cual tendrá un plazo de tres meses para incorporar nuevos miembros”*.

En cambio, las sociedades unipersonales fueron reglamentadas en el Proyecto de reformas a la LSC de Anaya-Bergel-Etcheverry, en el cual se agregó un tercer párrafo al art. 1º: *“las sociedades de responsabilidad li-*

mitada y las sociedades anónimas pueden ser constituidas por una sola persona". Así la reglamentación preveía que:

a. *"Una sociedad unipersonal no puede ser socia de otra sociedad unipersonal. Cuando esta situación resulte de la reunión en una sola mano de todas las participaciones de una sociedad que tenía pluralidad de socios, las unipersonales deben fusionarse o la participada disolverse, a menos que una de ellas incorpore nuevos socios en el término de tres meses"* (art. 30, segundo párrafo).

b. Debía agregarse a la denominación la designación *"unipersonal"* (arts. 147 y 164).

c. El capital de las unipersonales *"debe ser integrado totalmente al constituirse o en ocasión de cada aumento"* (arts. 149, cuarto párrafo, y 187, tercer párrafo).

d. Era obligatoria la sindicatura en ambos tipos (arts. 158 y 284).

e. Los créditos personales del socio o accionista único contra la sociedad *"están subordinados al previo pago de los créditos de terceros"* (arts. 150 y 163, últimos párrafos).

Ninguna de estas disposiciones reglamentarias tiene otra justificación que un preconcepto que ve en la sociedad unipersonal un instrumento apto para el fraude a terceros. Algunos autores han propuesto trabas aún mayores: limitación al número de unipersonales que puede constituir la misma persona y responsabilidad subsidiaria del socio único en caso de insolvencia (criterio éste rechazado por toda la legislación comparada para los supuestos de control). Mas, para los desvíos de cualquier clase, el derecho societario y concursal argentino está dotado de instrumentos particularmente fuertes, en muchos aspectos superando a la mayor parte del derecho comparado. En cambio, esas reglas tienen el inconveniente de entorpecer lo que constituye una de las principales ventajas de la sociedad unipersonal por sobre la empresa individual de responsabilidad limitada: la flexibilidad para el ingreso y egreso sucesivo e ininterrumpido de socios y accionistas, propio de la dinámica de la moderna vida empresarial. Por ejemplo, el ingreso de un segundo accionista o su posterior egreso, requerirían modificar el estatuto cada vez para adaptar la denominación.

La subordinación de los créditos del socio único es, tal vez, lo único con cierta justificación. Empero, esa subordinación debería estar referida a la situación de insolvencia de la sociedad y hallar límite en la situación de la sociedad al tiempo de nacer el crédito, y también en la causa del crédito: no es igual el crédito, derivado de un préstamo dinerario, que el nacido de un suministro en el curso ordinario de los negocios. Además, la subordinación de los créditos de los socios no es propia sólo de la sociedad unipersonal: los mismos fundamentos existirían para establecerla respecto del o de los controlantes de una sociedad pluripersonal.

Es cierto que en parte del derecho comparado, v.gr. el Código Civil italiano, se reglamenta la unipersonalidad societaria de modo similar. Pero el razonamiento lógico-jurídico tanto como la apreciación de la práctica justifican estas restricciones tan poco allí como aquí y la experiencia de los países que han admitido lisa y llanamente las sociedades unipersonales demuestra que los riesgos y conflictos no han sido mayores que en los ordenamientos que rechazan o condicionan su uso.

Con estos antecedentes la Comisión Redactora del actual Proyecto envió al Poder Ejecutivo un art. 1º, LSC que decía: *“Hay sociedad si una o más personas en forma organizada conforme a uno de los tipos previstos en esta ley, se obligan a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios, participando de los beneficios y soportando las pérdidas. Si el tipo social prevé dos clases distintas de socios, los socios deben ser dos o más”*. Ninguna otra regulación contenía el Anteproyecto. De este texto amplio derivaba que se aceptaba que cualquier tipo societario pudiera ser unipersonal, con la única excepción de sociedades cuyo tipo exige dos clases diferenciadas de socios, como las en comandita y de capital e industria.

En los *“Fundamentos del Anteproyecto”* se explica que *“se recepta la sociedad de un solo socio. La idea central no es la limitación de responsabilidad, sino permitir la organización de patrimonios con empresa —objeto—, en beneficio de los acreedores de la empresa individual de un sujeto con actividad empresarial múltiple. En esto se han seguido, con alguna innovación, los lineamientos de anteriores proyectos de unificación y la línea general propiciada por la doctrina... También se ha considerado conveniente limitar la cuestión a una norma permisiva, dejando librado a la iniciativa privada el resto de los desarrollos. Por ello se ha omitido una regulación más detallada, que podría obstaculizar la utilización del*

instituto. Además, cabe tener en cuenta que la mayoría de los problemas que se pueden presentar, tienen solución con las reglas generales”.

Este criterio hubiera significado un notable progreso en la materia (8), entre otras razones porque, efectivamente, la sociedad unipersonal podía ser una colectiva y hasta una sociedad de la Sección IV: no es prioritaria la cuestión de la limitación de la responsabilidad —cuando el socio es único tanto da que sea solidaria como mancomunada—, sino otros aspectos, v.gr., que los acreedores de la empresa societaria tienen preferencia sobre el patrimonio social antes que los acreedores del socio único.

Empero, en decisión que es de deplorar, el Proyecto enviado al Congreso alteró totalmente el régimen permisivo propuesto, para peor, sin que de ello se diera cuenta en las *“Modificaciones del Poder Ejecutivo Nacional al Anteproyecto de Reforma del Código Civil elaborado por la Comisión de Reformas”*. Así:

a. Sólo pueden ser unipersonales las sociedades anónimas y una unipersonal no puede ser socia de otra unipersonal (dos últimos párrafos del art. 1º LSC).

b. El capital debe ser integrado totalmente en el acto constitutivo (arts. 11, inc. 4º, 186, inc. 3º y 187).

c. No es causal de disolución la reducción a uno del número de socios, imponiéndose la transformación de pleno derecho en sociedad anónima unipersonal cuando se trata de sociedades en comandita o de capital e industria. De donde, parece ser admitidas las sociedades colectivas y de responsabilidad limitada devenidas unipersonales (art. 94 bis). Esta norma, a diferencia de las demás que se comentan aquí, estaba en la redacción originaria del Anteproyecto.

d. La denominación social debe indicar que se trata de sociedad anónima unipersonal (art. 164).

e. Lo más grave: se agrega un inciso 7º al art. 299 LSC, por el cual quedan incorporadas al régimen de fiscalización estatal permanente, sin importar la dimensión o la actividad de la sociedad, con obligación de contar con

(8) En posición diametralmente opuesta, VITOLO, Daniel, “Las sociedades unipersonales y la reforma de la ley 19.550”, en LA LEY, 2012-C, 959.

un directorio de tres miembros y con una Comisión Fiscalizadora integrada por tres síndicos como mínimo.

El resultado de esta distorsión será que, así regulada, nadie se avendrá a utilizar una sociedad unipersonal y se continuará con la construcción de endeble pluralidades de socios para satisfacer formalmente los recaudos legales. Empero, dado que la nueva caracterización de la sociedad admitirá que sus integrantes sean “*una o más personas*”, podrá considerarse como un progreso haber quitado el sustento del art. 1º LSC a la persecución a que sociedades con socios muy minoritarios son sometidas por ciertos organismos de control.

IV. Reflexión final: aunque unipersonal, la sociedad es siempre un contrato o, por lo menos, una estructura plurilateral de organización

El derecho mercantil fluye con el devenir de los tiempos y de las necesidades de la actividad que regula. Derecho mercantil habrá siempre aunque legislativamente se unifique en un solo código todo el derecho privado patrimonial. Poner barreras jurídicas artificiales al lícito desarrollo de las fuerzas productivas ha sido siempre contraproducente.

Desde hace muchas décadas, en parte como superación de la discusión entre contractualistas e institucionalistas, se ha desarrollado la noción de que la naturaleza de la sociedad es la de un *contrato plurilateral de organización*. El Código Civil italiano trajo unas primeras normas sobre nulidades (art. 1420) anulabilidad (art. 1446), resolución (art. 1459) e imposibilidad sobreviniente (art. 1466). *Plurilateralidad y finalidad común* fueron los conceptos clave que, a partir de allí, ocuparon a la doctrina italiana para tratar de establecer nuevas categorías clasificatorias. El derecho latinoamericano, particularmente el nuestro, acudió a esa fuente y la discusión sobre la naturaleza jurídica de la sociedad o de su acto constitutivo se encontró con una propuesta atractiva. La LSC adopta la doctrina: la sociedad es un *contrato plurilateral de organización* (v.gr., art. 16, y N° 4, Sección I, Capítulo I de la Exposición de Motivos). Sin embargo, a la hora de precisar el exacto significado de esa caracterización los autores vacilan y discrepan; alguno hasta llega a sostener su inutilidad y relativa ineficacia. El punto merece una nueva profundización y actualización, que no cabe intentar en esta oportunidad.

No obstante las discrepancias, existe cierta coincidencia en adosarle algunos efectos relevantes, especialmente como contraste con los contra-

tos de cambio: 1. las obligaciones de los socios no se entrecruzan, sino que concurren a un fin común; 2. el cumplimiento de las prestaciones no agota el contrato; por el contrario, permite poner en marcha la vida del mismo; 3. el incumplimiento no autoriza la resolución del contrato sino la exclusión del incumplidor; 4. no es aplicable la *exceptio non adimpleti contractus*; 5. se establece una igualdad cualitativa de derechos y obligaciones; 6. la estructura del contrato permite el ingreso y egreso de partes. A lo que cabe agregar, en el caso de las sociedades, por su carácter de sujeto de derecho, que los vínculos de los socios se establecen con la sociedad y no entre los socios.

Además, al margen de vacilaciones e indecisiones de la doctrina, el elemento organizativo, en sentido estricto, se refiere a la *organización jurídica*, es decir, a la necesidad imprescindible de dotar al nuevo sujeto de derecho nacido del acto constitutivo, de una mecánica que sirva para formar la voluntad social y expresarla en el mundo jurídico externo en que aquélla se inserta. El contenido de la voluntad que debe formar esa mecánica no se agota en la administración de los negocios, sino que alcanza al *gobierno* social. Ello incluso así hasta en la reformulación de sus propias reglas, o sea, en las modificaciones al contrato o estatuto. En otros términos, éstos ya no son actos de los socios como sujetos independientes, sino del órgano social de gobierno, del cual los socios forman parte.

No es fácil expresar lo que sigue, porque se hallan involucrados conceptos jurídicos largamente asentados en nuestra cultura. Mas si se acepta la categoría del contrato plurilateral de organización esencialmente como un acto de creación de una estructura jurídica que, a partir de esa creación, funcionará por sí misma, dotada de personalidad y de la organización jurídica para formar y expresar su voluntad, con socios que se relacionan directamente en cuanto a sus derechos y obligaciones con esa estructura, no se ve inconveniente lógico para que se siga llamando *contrato plurilateral de organización* al acto jurídico de su creación, aunque haya sido celebrado por una persona única en lugar de una pluralidad de ellas. Las reglas de funcionamiento no son distintas, es idéntico el potencial pluripersonal derivado de la aptitud de admitir infinitos nuevos socios que se seguirán relacionando, cada uno de ellos, con el sujeto resultante del acto fundacional.

El Código Civil italiano, por ejemplo, en el art. 2328 dice que la sociedad por acciones puede ser constituida por contrato o por acto unilateral.

Empero, más allá de las pocas reglas diferenciales para la unipersonal, la naturaleza del sujeto que resulta constituido, las reglas que son aplicables a la formación y expresión de la voluntad, son exactamente iguales, tanto sea que la constitución haya sido uni como pluripersonal. La sociedad devenida unipersonal tampoco modifica su estructura ni su naturaleza por ese hecho.

Estas consideraciones me llevan a subrayar, como única esencial, la relevancia de la estructura jurídica creada a partir del acto constitutivo de la sociedad, y la indiferencia para el mundo económico y jurídico en el cual ha de actuar de la cantidad de personas que participaron de aquél. De allí, también, mi adhesión a la propuesta original de la Comisión Redactora en cuanto a admitir la sociedad unipersonal sin regulación especial alguna.

Si nos resistimos a llamar *contrato* al acto unilateral de creación de una sociedad unipersonal, propongamos otro nombre, tal vez más elegante que el de *estructura plurilateral de organización*, pero no dejemos de reconocer la substancial igualdad de situaciones que se generan. ♦

EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN DE 2012 Y LA LEY DE CONCURSOS

POR AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI (*)

La resistencia al cambio se revela en la mala acogida que, generalmente, reciben algunas novedades legales. En Francia, la incapacidad de la mujer casada fue suprimida en 1942, pero según comenta Ripert, en 1951 los notarios persistían en exigir la firma del marido (1).

1. Objetivo de estas líneas. Metodología de trabajo de la Comisión. Alcances de la unificación. Una regla básica

Como es sabido, en la Argentina, al igual que en el resto de los países a los que estamos vinculados por una tradición jurídica común, el Código de Comercio sufrió el proceso de descodificación de modo más agudo que el Civil. En efecto, de ese código se desgajaron una importante serie de materias, hoy reguladas por leyes especiales, como son las sociedades, los seguros, la navegación marítima, los títulos valores, etc. También la insolvencia está regulada, desde hace muchos años, en una ley especial (hoy ley 24.522 y sus modificatorias). Todas estas leyes configuran verdaderos estatutos, más o menos cerrados, que integran el sistema del derecho privado argentino.

(*) Comunicación de la Académica en la sesión privada del 9 de agosto de 2012.

(1) PEDRALS, Antonio, "La innovación jurídica", Valparaíso, Ed. Edeval, 1976, p. 17.

Dado ese fenómeno, la Comisión redactora del proyecto de 2012 tomó la decisión de mantener esas leyes especiales, y modificarlas sólo en aquellos puntos en los que la reforma proyectada las impacta directa y sustancialmente. Así surge del anexo que contiene las leyes derogadas y modificadas. La revisión y modificación de todos los estatutos particulares, además de no estar incluida en la tarea encomendada por el decreto 191/2011, hubiese sido materialmente imposible dentro del plazo de un año establecido en ese acto emanado de la presidencia de la Nación.

Adelanto que la ley 24.522 no se encuentra mencionada entre las que se derogan o modifican, pero este silencio no significa que no existan puntos de contacto.

La Comisión intentó evitar incongruencias, razón por la cual, en algunos casos, el proyecto incorpora la solución de la ley especial, por ej., en materia de privilegios (art. 2579) oponibilidad del boleto (arts. 1170 y 1171), etc., operándose, en cierto sentido, una “comercialización del derecho civil”; en otras, remite directamente a ese ordenamiento para la regulación de la situación de insolvencia, por ej., en materia de mandato (art. 375 inc. i) o de masa sucesoria insolvente (art. 2360), todo ello independientemente del impacto que ciertos cambios en el régimen civil pueden producir en las situaciones de insolvencia (por ej., el relativo al régimen de bienes en el matrimonio).

Estas líneas son una especie de informe, lo más conciso posible (en algún caso limitado a la transcripción del artículo respectivo) sobre el impacto que el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación de 2012 puede llegar a producir en el régimen concursal argentino y, a su vez, sobre la influencia que ese ordenamiento ha tenido en las soluciones proyectadas en algunas materias específicas.

2. Régimen de afectación de la vivienda

2.1. Los fundamentos

La vivienda ha merecido un tratamiento especial en el Proyecto. Los fundamentos explican: “El derecho de acceso a la vivienda es un derecho humano reconocido en diversos tratados internacionales. Esto justifica que se dedique un Capítulo especial para la vivienda; el régimen proyectado sustituye al del bien de familia de la ley 14.394. Las modificaciones son importantes, en tanto: (a) se autoriza la afectación a favor del titular

del dominio sin familia, atendiendo a la situación, cada vez más frecuente, de la persona que vive sola; se permite que el bien de familia sea constituido por todos los condóminos, aunque no sean parientes ni cónyuges; (b) la afectación también puede ser decidida por el juez, a petición de parte, en la resolución que atribuye la vivienda en el juicio de divorcio o en el que resuelve las cuestiones relativas a la conclusión de la convivencia, si hay beneficiarios incapaces o con capacidad restringida; (c) se amplía la lista de los beneficiarios al conviviente; (d) se prevé expresamente la subrogación real, reclamada por la doctrina y recogida en diversos pronunciamientos judiciales, que permite adquirir una nueva vivienda y mantener la afectación, así como extender la protección a la indemnización que provenga del seguro o de la expropiación; (e) se resuelven problemas discutidos en la doctrina, entre otros: la situación de la quiebra, adoptándose el criterio según el cual el activo liquidado pertenece sólo a los acreedores anteriores a la afectación, y si hay remanente se entrega al propietario; la admisión de la retroprioridad registral, en tanto se remite a las normas de la ley registral que así lo autorizan; la inoponibilidad a los créditos por expensas en la propiedad horizontal y a los créditos alimentarios, etcétera”.

2.2. Los problemas existentes en el régimen vigente.

El art. 38 de la ley 14.394 dispone: “El bien de familia no será susceptible de ejecución o embargo por deudas posteriores a su inscripción como tal, *ni aún en el caso de concurso o quiebra*, con excepción de las obligaciones provenientes de impuestos o tasas que graven directamente el inmueble, gravámenes constituidos con arreglo a lo dispuesto en el artículo 37, o créditos por construcción o mejoras introducidas en la finca”.

La norma fue objeto de muchas interpretaciones jurisprudenciales referidas a la situación concursal, especialmente en torno a la posibilidad de subrogación real y a los efectos en los supuestos en los que la afectación resulta oponible a unos acreedores pero no a otros (2).

(2) Compulsar, de mi autoría, “Protección jurídica de la vivienda familiar”, Buenos Aires, Hammurabi, 1995; “La vivienda en el Proyecto de Código único de 1998”, en Revista Derecho de Familia, Abeledo Perrot, N° 18, 2001, p. 9; Nuevas reflexiones sobre la protección jurídica de la vivienda familiar, en Protección Jurídica de la Persona, Homenaje al Dr. Julio César Rivera, Buenos Aires, La Ley, 2010-243.

Ambos problemas (subrogación real y efectos de la inoponibilidad) están vinculados, desde que, no aceptándose la subrogación real, si el inmueble se liquida, se afirma que se ha extinguido el asiento, aun cuando quede un sobrante a favor del propietario; por lo tanto, el resto de los acreedores puede agredir ese sobrante a través de la actuación del síndico. Por el contrario, si se admite la subrogación real, no hay impedimento en sostener que la afectación pasa el monto liquidado.

2.3. *La solución del Proyecto.*

La primera cuestión (subrogación real) ha sido expresamente resuelta por el proyecto en dos normas: por un lado, el art. 244 admite afectar un inmueble destinado a vivienda, por su totalidad *o hasta una parte de su valor*. Esto significa que, liquidado o subastado el bien, el sobrante queda fuera de la acción de los acreedores que antes de la liquidación no podían agredir ese bien, o sea, los posteriores a la afectación no incluidos entre las excepciones; por el otro, el art. 248, bajo el título “*Subrogación real*” dispone: La afectación se transmite a la vivienda adquirida en sustitución de la afectada y a los importes que la sustituyen en concepto de indemnización o precio.

La segunda cuestión (inoponibilidad) fue aclarada por la Corte Federal al decidir que, por ser un derecho disponible, compete exclusivamente al acreedor y no puede ser invocada por el síndico. En efecto, el 10/04/2007, en la causa *Baumwohlspinner de Pilevski, Nélide s/ quiebra* (3), la máxima autoridad judicial del país decidió que “la sentencia que confirmó la desafectación de un inmueble como bien de familia de acuerdo a lo peticionado por el síndico de la quiebra con base en la existencia de acreedores verificados, de causa o título anterior a la afectación, a pesar de ser manifiesta su falta de interés en sustentar el pedido, importa una exégesis irrazonable del art. 38 de la ley 14.394, que lo desvirtúa y lo torna inoperante en el marco de un instituto que tiene respaldo mediato en el art. 14 de la CN”.

(3) LA LEY, 2007-D, 18. La sentencia fue comentada por CASADIO MARTINEZ, Claudio A., “Bien de familia en la quiebra: facultades del síndico en la interpretación de la CSJN”, en LA LEY, 2007-C, 469 y por ANCHAVAL, Hugo, Concursos. Bien de familia. Sindicatura Legitimación. El síndico tullido, en Rev. Doc. Societaria y concursal, Errepar n° 236/7, 2007, p. 684.

La legitimación del síndico —que la Corte rechaza— es la consecuencia ineludible de la posición asumida por varias salas de la Cámara Nacional de Comercio que sostiene que, subastado el inmueble por ser inoponible a cualquier acreedor, el monto se incluye en el concurso y cobran todos los acreedores por igual (anteriores y posteriores). Esta posición, aunque fundada en el art. 49 de la ley 14.394 que entre las causas de desafectación menciona la expropiación, reivindicación o *ejecución autorizada*, implica confundir la desafectación con la inoponibilidad. Ambas figuras abren el camino a la ejecución del bien, pero tienen distintos presupuestos y producen efectos diferentes. Los supuestos del artículo 38 de la ley 14.394 son de inoponibilidad, y en cuanto tales, proceden sólo respecto al acreedor peticionante, manteniéndose la inscripción del bien de familia respecto a las restantes deudas a las cuales continúa siendo oponible. En cambio, en los casos de desafectación previstos en el artículo 49, el bien de familia queda extinguido, de modo que la totalidad de los acreedores pueden embargarlo y ejecutarlo y, por eso, el síndico está legitimado para reclamar, por la vía correspondiente, la producción de tal efecto.

El proyecto se inclina por la posición más protectora de la vivienda; en este sentido, distingue claramente inoponibilidad y desafectación, resuelve la cuestión de la legitimación y de los efectos, y dispone:

“Artículo 249.— Efecto principal de la afectación. La afectación *es inoponible* a los acreedores de causa anterior a esa afectación. La vivienda afectada no es susceptible de ejecución por deudas posteriores a su inscripción, excepto:

- a) obligaciones por expensas comunes (4) y por impuestos, tasas o contribuciones que gravan directamente al inmueble;
- b) obligaciones con garantía real sobre el inmueble, constituida de conformidad a lo previsto en el artículo siguiente;
- c) obligaciones que tienen origen en construcciones u otras mejoras realizadas en la vivienda;

(4) La mención expresa de las deudas por expensas comunes de la propiedad horizontal soluciona un problema vigente en la jurisprudencia; se inclina por la posición mayoritaria, que entiende que la afectación no puede perjudicar un régimen que encuentra en el pago puntual de las expensas su propia supervivencia (Ver, entre otros, Cám. Nac. Civ. sala K, 24/4/2009, Doc. Jud., n° 43, 28/10/2009, p. 3071).

d) obligaciones alimentarias a cargo del titular a favor de sus hijos menores de edad, incapaces, o con capacidad restringida (5).

Los acreedores sin derecho a requerir la ejecución no pueden cobrar sus créditos sobre el inmueble afectado, ni sobre los importes que la sustituyen en concepto de indemnización o precio, aunque sea obtenido en subasta judicial, sea ésta ordenada en una ejecución individual o colectiva.

Si el inmueble se subasta y queda remanente, se entrega al propietario del inmueble.

En el proceso concursal, la ejecución de la vivienda solo puede ser solicitada por los acreedores enumerados en este artículo” (6).

La desafectación está prevista en el art. 255 que dice:

“Artículo 255.— Desafectación y cancelación de la inscripción. La desafectación y la cancelación de la inscripción proceden:

a) a solicitud del constituyente; si está casado o vive en unión convivencial inscripta se requiere el asentimiento del cónyuge o del conviviente; si éste se opone, falta, es incapaz o tiene capacidad restringida, la desafectación debe ser autorizada judicialmente;

b) a solicitud de la mayoría de los herederos, si la constitución se dispuso por acto de última voluntad, excepto que medie disconformidad del cónyuge supérstite, del conviviente inscripto, o existan beneficiarios inca-

(5) El conflicto entre el crédito alimentario y la afectación del bien de familia ha sido objeto de numerosos estudios (ver, entre muchos, HERRERA, Marisa, “Bien de Familia y crédito alimentario. Cuando la ley está en deuda” en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Bien de Familia, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2011, p. 281 y sus citas). Se trata de un tema difícil de solucionar en tanto en el inmueble pueden estar viviendo otros titulares de prestaciones alimentarias que se verían privados de vivienda por la ejecución solicitada por uno de ellos. El Proyecto adopta una solución intermedia; si se trata de créditos posteriores a la afectación, el inmueble sólo puede ser agredido por algunos acreedores de alimentos, los más vulnerables, o sea, los menores de edad, los incapaces y aquellos con capacidad restringida.

(6) En todos los casos, las bastardillas marcadas en el texto no responden al original; tienen por único propósito subrayar o llamar la atención sobre los puntos modificados.

paces o con capacidad restringida, caso en el cual el juez debe resolver lo que sea más conveniente para el interés de éstos;

c) a requerimiento de la mayoría de los condóminos computada en proporción a sus respectivas partes indivisas, con los mismos límites expresados en el inciso anterior;

d) a instancia de cualquier interesado o de oficio, si no subsisten los recaudos previstos en este Capítulo, o fallecen el constituyente y todos los beneficiarios;

e) en caso de expropiación, reivindicación o ejecución autorizada por este Capítulo, con los límites indicados en el artículo 249”.

Los supuestos de ejercicio abusivo de protección del bien de familia (por ej., inmueble que excede notoriamente las necesidades del deudor y su familia) encontraron respuesta adecuada en la jurisprudencia; el paradigma puede ser individualizado en el caso “*Cuenca, Daniela*”, decidido por la Corte Suprema de la Provincia de Buenos Aires, 14/4/2004 (7); con razón, ese tribunal decidió que los supuestos de ejercicio abusivo no deben ser resueltos eliminando el derecho, sino el abuso, por lo que dispuso: (i) subastar el inmueble; (ii) destinar el 20% de lo liquidado a los efectos de adquirir uno nuevo que responda a las necesidades actuales de la deudora; (iii) otorgar a la deudora el plazo de 60 días para informar sobre el bien adquirido; (iv) afectar el nuevo inmueble al régimen de bien de familia desde la fecha del primer inmueble (v) reenviar el excedente a la quiebra.

Al admitir la subrogación real, y al incorporar el abuso del derecho como una figura aplicable a todo el ordenamiento (ver. Art. 10 en el capítulo 3 del título preliminar) (8) el Proyecto da pie a esta misma solución,

(7) LA LEY, 2004-F, 822 y Lexis Nexis, Buenos Aires 9/1/2007.

(8) “Artículo 10. Abuso del derecho. El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres. El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización”.

aún para los supuestos en los que, tal como ocurrió en el conflicto resuelto por la SC de Buenos Aires, todos los acreedores sean posteriores a la afectación; en aquel caso, la afectación era *oponible* a todos ellos, pero el abuso era manifiesto, por lo que se admitió la *desafectación* con los alcances antes reseñados.

3. Régimen patrimonial de bienes en el matrimonio y el pasivo en la unión convivencial

Las implicancias del régimen matrimonial de bienes en el concursal no siempre han sido bien comprendidas. Varios cambios del Proyecto impactan en la ley de concursos y tratan de aclarar algunos puntos discutidos (9).

3.1. La posibilidad de optar por el régimen de comunidad o el de separación de bienes (arts. 446 inc. d y 463) y la solidaridad de las deudas domésticas

Si el Proyecto se aprueba, el síndico se encontrará con deudores casados por el régimen de comunidad o por el régimen de separación de bienes. En ninguno de los dos, como regla, un cónyuge responde por las deudas del otro.

De todas maneras, cualquiera sea el régimen, los acreedores titulares de las denominadas “deudas domésticas” pueden presentarse al concurso a verificar su crédito, sea o no la contratante la persona concursada o fallida.

El art. 6° de la ley 11.357 determina una obligación concurrente que puede ejecutarse solo sobre los frutos del no contratante; en cambio, el arts. 461, en consonancia con la legislación francesa, dispone:

“Artículo 461.— Responsabilidad *solidaria*. Los cónyuges responden *solidariamente* por las obligaciones contraídas por uno de ellos para sol-

(9) Ver, de mi autoría, “Primeras aproximaciones al tema Insolvencia y Régimen de bienes en el Matrimonio”, Anales de la Academia Nacional de Derecho Ciencias Sociales de Buenos Aires, Año XLVI, N° 39, 2002; compulsar también, entre otros, FERRER, Francisco, “Régimen patrimonial y concurso del cónyuge”, en Libro homenaje al Prof. Dr. Ricardo S. Prono, Santa Fe, Ed. Universidad Nacional del Litoral, 2010, p. 165; en la misma obra (p. 233 y ss.), MENDEZ COSTA, M. Josefa, “Protección del derecho conyugal a los gananciales ante el concurso del cónyuge”.

ventar las necesidades ordinarias del hogar o el sostenimiento y la educación de los hijos comunes...”

Además, para el régimen de comunidad, el 467, 2º párrafo dice:

“Artículo 467.— Responsabilidad... Por los gastos de conservación y reparación de los bienes gananciales responde también el cónyuge que no contrajo la deuda, *pero sólo con sus bienes gananciales*”.

Esto significa que, a diferencia del régimen vigente, el acreedor de estas deudas puede presentarse al concurso del cónyuge no contratante y pedir verificación al síndico sin la limitación de que su crédito solo puede ser percibido sobre los frutos.

3.2. La solidaridad en las deudas domésticas en la unión convivencial

Uno de los fundamentos de la responsabilidad solidaria por las deudas domésticas de ambos cónyuges frente a los acreedores es el deber de asistencia material existente entre ambos miembros de la pareja. Por eso, no debe extrañar que igual régimen rija para la unión convivencial.

En efecto, el art. 521 dice: “Responsabilidad por las deudas frente a terceros. Los convivientes son solidariamente responsables por las deudas que uno de ellos hubiera contraído con terceros de conformidad con lo dispuesto en el artículo 461”.

3.3. Eliminación de la prohibición de contratar entre cónyuges

A diferencia del régimen actual, el Proyecto no prohíbe los contratos entre cónyuges. Además, se amplía la posibilidad de constituir sociedades, al permitir el nuevo texto del art. 27 de la LS que integren entre sí sociedades de cualquier tipo, y las reguladas en la Sección IV (sociedad no constituida regularmente). La regla de la validez de estos contratos no implica que no puedan ser atacados por las vías comunes del fraude y la simulación si han sido hechos en perjuicio de los acreedores, circunstancia que los síndicos deberán tener muy especialmente en cuenta.

3.4. Reglas específicas sobre el fraude entre cónyuge

El artículo 473 resuelve la debatida cuestión del fraude entre cónyuges y dispone:

“*Fraude*. Son inoponibles al otro cónyuge los actos otorgados por uno de ellos dentro de los límites de sus facultades pero con el propósito de defraudarlo”.

Esta norma también puede ser invocada por el síndico y por los acreedores en el concurso o quiebra del cónyuge defraudado.

4. El concurso como causal de disolución de la comunidad de bienes en el matrimonio

El art. 1294 vigente dice:

“Uno de los cónyuges puede pedir la separación de bienes cuando el *concurso* o la mala administración del otro le acarree peligro de perder su eventual derecho sobre los bienes gananciales...”

Se discute si la norma comprende ambos procesos universales, concurso y quiebra, o uno solo; asimismo, si la causal exige igual requisito que la mala administración.

El Proyecto soluciona ambos problemas y se inclina por la solución mayoritaria. En este sentido dispone:

“Artículo 477.— Separación judicial de bienes. La separación judicial de bienes puede ser solicitada por uno de los cónyuges:

a) si la mala administración del otro le acarrea el peligro de perder su eventual derecho sobre los bienes gananciales;

b) si se declara *el concurso preventivo o la quiebra* del otro cónyuge;

c) si los cónyuges están separados de hecho sin voluntad de unirse...”

La norma aclara, entonces, que:

(i) Los dos procesos universales (concurso y quiebra) autorizan la petición de separación judicial de bienes.

(ii) La mala administración y el concurso son dos casos distintos; en el primero hay que acreditar que esa mala administración acarrea al otro el peligro de perder su eventual derecho sobre los gananciales; en cambio, esa prueba no es necesaria si se ha declarado el concurso o la quiebra, situaciones que presumen ese riesgo.

Por otro lado, doctrina y jurisprudencia discutieron en torno a quién debe ser el juez competente en esta acción: si el juez de familia o el concursal.

El Proyecto también zanja la cuestión (10) y dice:

“Artículo 717.— Procesos de divorcio y nulidad del matrimonio. En las acciones de divorcio o nulidad, las conexas con ellas y las que versan sobre los efectos de la sentencia, es competente el juez del último domicilio conyugal o el del demandado a elección del actor, o el de cualquiera de los cónyuges si la presentación es conjunta.

Si se ha declarado el concurso o la quiebra de uno de los cónyuges, en la liquidación del régimen patrimonial del matrimonio es competente el juez del proceso colectivo”.

5. El régimen de responsabilidad parental

El Código Civil vigente dispone:

Art. 301.— Los padres perderán la administración de los bienes de sus hijos, cuando ella sea ruinosa al haber de los mismos, o se pruebe la ineptitud de ellos para administrarlos, *o se hallen reducidos a estado de insolvencia y concurso judicial de sus acreedores*. En este último caso podrán continuar con la administración, si los acreedores les permiten y *no embargan su persona* (11).

Art. 302.— Los padres, aún insolventes, pueden continuar en la administración de los bienes de sus hijos, si dieren fianzas o hipotecas suficientes.

El Proyecto abandona la expresión patria potestad y recoge la de *responsabilidad de los padres*, receptada por la ley 26.061 (12).

(10) Ver, por ej., CNCom., sala D, 26/10/2001, y sus citas, JA, 2002-II-125: “Corresponde radicar el proceso de disolución de la sociedad conyugal, concluido en sede civil, ante el juez de la quiebra, si la cuestión pendiente puede afectar los intereses del juicio concursal”.

(11) La terminología del código civil no se adecua a la del derecho procesal. Evidentemente, el artículo transcrito en el texto se refiere a la inhibición.

(12) Los fundamentos explican: “El lenguaje tiene un fuerte valor pedagógico y simbólico; por esta razón, se considera necesario remplazar la expresión “pa-

Además, resuelve de modo parcialmente diferente la situación de insolvencia de los padres; en efecto, la solución no está sujeta a lo que sostengan los acreedores, ni a la inhibición que importa el proceso de quiebra, ni a que ofrezcan fianzas o hipotecas suficientes, sino a lo que decida el tribunal, teniendo en miras el interés superior del niño. En tal sentido, el art. 694 dispone:

“Artículo 694.— Pérdida de la administración. Los progenitores pierden la administración de los bienes del hijo cuando ella sea ruinosa, o se pruebe su ineptitud para administrarlos.

El juez *puede declarar* la pérdida de la administración en los casos de concurso o quiebra del progenitor que administra los bienes del hijo”.

La solución es más acorde con la situación real (desde que puede ocurrir que no exista otra persona del entorno más apta que el padre) y con el derecho comparado que, en general, no prevé la quiebra como un supuesto específico de pérdida automática de la administración (13).

tria potestad” por la de “responsabilidad parental”, denominación que da cuenta de los cambios que se han producido en la relación entre padres e hijos. La palabra “potestad”, de origen latino, se conecta con el poder que evoca a la “potestas” del derecho romano centrado en la idea de dependencia absoluta del niño en una estructura familiar jerárquica. Por el contrario, el vocablo “responsabilidad” implica el ejercicio de una función en cabeza de ambos progenitores que se manifiesta en un conjunto de facultades y deberes destinados, primordialmente, a satisfacer el interés superior del niño o adolescente. Esta modificación terminológica ha operado en varios países del globo: algunos ordenamientos han cambiado la denominación de “patria potestad” por la de “autoridad parental”; otros por “responsabilidad parental” como acontece, por ejemplo, en el Reglamento del Consejo Europeo n° 2201/03 del 27/03/2003 —también denominado “Nuevo Bruselas II” — se refiere a la “Competencia, el Reconocimiento y la Ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental”; la ley 26.061 y varias legislaciones locales receptan de manera genérica la expresión “responsabilidad familiar” al regular los derechos y deberes de los padres, todo lo cual justifica su incorporación al Código Civil”.

(13) Para el derecho italiano ver, por ej., MONTECCHIARI, Tiziana, “La potestà dei genitori, Milano”, Giuffrè, 2006, p. 241 y ss.; RUSCELLO, Francesco, “La potestà dei genitori. Rapporti patrimoniali”, arts. 320-323, Milano, Giuffrè, 2007.

6. La eliminación del derecho de usufructo paterno

En el régimen vigente, el usufructo paterno sobre los bienes de los hijos menores puede servir para engrosar la masa a liquidar en la quiebra de uno o ambos padres. En efecto, el art. 287 dispone: Los padres tienen el usufructo de los bienes de sus hijos matrimoniales o extramatrimoniales voluntariamente reconocidos, que estén bajo su autoridad, con excepción de los siguientes:... A su vez, el art. 291 enumera las cargas del usufructo.

La cuestión es importante. En función de este articulado, la Corte Federal ha resuelto que “Los intereses devengados como consecuencia de la demora en el pago de una indemnización a favor de un menor son de propiedad de sus padres” (14).

El proyecto, más acorde con la defensa de los derechos del niño, elimina el usufructo paterno. En la Exposición de motivos se lee: “Se deroga la figura del usufructo paterno porque si los hijos son sujetos de derechos diferentes a sus padres, los frutos de sus bienes no deben ingresar al patrimonio de sus progenitores, sino que deben ser conservados y reservados para ellos. De este modo, la regla es que la renta de los bienes de los hijos le corresponde a éstos, no debiéndose confundir con los bienes de los progenitores; sólo de manera excepcional, los progenitores pueden disponer de ellas previa autorización judicial y por razones fundadas en beneficio de los hijos, debiéndose rendir cuenta. Esta autorización no es necesaria cuando las rentas se destinen para gastos para la subsistencia y educación del hijo, los gastos derivados de la administración de estos fondos y gastos de enfermedad o entierro de los hijos”.

La norma proyectada dice:

“Artículo 698.— Utilización de las rentas. Los progenitores pueden utilizar las rentas de los bienes del hijo sin autorización judicial pero *con la obligación de rendir cuentas, cuando se trata de solventar los siguientes gastos*:

a) de subsistencia y educación del hijo cuando los progenitores no pueden asumir esta responsabilidad a su cargo por incapacidad o dificultad económica;

(14) CSN, 5/3/2002, Rev. D. de Familia, 2003-I-123.

b) de enfermedad del hijo y de la persona que haya instituido heredero al hijo;

c) de conservación del capital, devengado durante la minoridad del hijo”.

Queda claro que las rentas no pertenecen a los padres (por eso deben rendir cuentas) y que sólo pueden ser usadas por éstos con los fines establecidos. Por lo tanto, en el régimen proyectado el síndico nunca podrá solicitar que ingresen a la masa los frutos de los bienes de los hijos del deudor fallido o concursado.

En este sentido, el Proyecto va más allá del Código español, que después de la reforma de 1981, suprimió la figura del usufructo legal, pero permite el levantamiento de las llamadas cargas familiares sin obligación de rendir cuentas, lo que ha hecho decir a algunos autores que “la reforma es más nominal que real, aunque en algunos casos puede conducir a resultados importantes” (15). El artículo 165 del Código Civil español dispone: “Pertenecen siempre al hijo no emancipado los frutos de sus bienes, así como todo lo que adquiera con su trabajo o industria. No obstante, los padres podrán destinar los del menor que viva con ambos o con uno solo de ellos, en la parte que le corresponda, al levantamiento de las cargas familiares, *y no estarán obligados a rendir cuentas de lo que hubiesen consumido en tales atenciones*”.

7. Los acreedores en el proceso sucesorio. Régimen de los privilegios

Regular la situación de los acreedores en el proceso sucesorio nunca ha sido fácil (16).

El Proyecto avanza en esta cuestión armonizando el sistema de ese juicio universal (el sucesorio) con el concursal. En este sentido, los arts. 2358 y 2360 disponen:

(15) Para el tema, ver, LLAMAS POMBO, Eugenio, “El patrimonio de los hijos sometidos a la patria potestad”, Madrid, Trivium, 1993, p. 38.

(16) Compulsar, de mi autoría, “Los acreedores quirografarios del causante”, en Sucesiones, Libro homenaje a la Dra. María J. Méndez Costa”, Santa Fe, Rubinzal, 1991, pp. 57/93.

“Artículo 2358.— Procedimiento de pago. El administrador debe pagar a los acreedores presentados *según el rango de preferencia de cada crédito establecido en la ley de concursos*”.

“Artículo 2360.— Masa indivisa insolvente. En caso de desequilibrio patrimonial o insuficiencia del activo hereditario, los copropietarios de la masa pueden *peticionar la apertura del concurso preventivo o la declaración de quiebra* de la masa indivisa, *conforme a las disposiciones de la legislación concursal*. Igual derecho, y de acuerdo a la misma normativa, compete a los acreedores”.

Además, en un nuevo intento de unificar el régimen de los privilegios, el Proyecto dispone:

“Artículo 2579.— Procesos universales. Régimen aplicable. *En los procesos universales los privilegios se rigen por la ley aplicable a los concursos, exista o no cesación de pagos*”.

O sea, en la sucesión, aún solvente, se paga a los acreedores según el orden establecido en la ley de concursos.

“Artículo 2580.— Privilegios generales. *Los privilegios generales sólo pueden ser invocados en los procesos universales. Se rigen siempre por la ley aplicable a los concursos*”.

De este modo, se adhiere al criterio mayoritario según el cual en las ejecuciones individuales sólo pueden oponerse privilegios especiales (17).

A su vez, la regulación de los privilegios especiales es la trasposición al código civil de los arts. 241/245 de la ley de concursos.

Además, en protección de las costas del juicio en la ejecución individual, incluidos los honorarios de los abogados, a la manera de la reserva de gastos prevista en el art. 244 de la L.C., el art. 2585 dispone:

“Artículo 2585.— Reserva de gastos. Antes de pagar el crédito que goza de privilegio especial, del precio del bien sobre el que recae, se debe re-

(17) Compulsar, de mi autoría, “Los privilegios en el proceso concursal”, Buenos Aires, Astrea, 1975; Comentario a los artículos 3845 a 3946, en Código Civil Comentado. Doctrina-Jurisprudencia-Bibliografía. “Privilegios. Prescripción. Aplicación de las leyes civiles”, obra dirigida por Aída Kemelmajer de Carlucci, Claudio Kiper y Félix Alberto Trigo Represas, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2006.

servar los importes correspondientes a su conservación, custodia, administración y realización.

En todos los casos, también debe calcularse una cantidad para atender los gastos y los honorarios generados por las diligencias y tramitaciones llevadas a cabo sobre el bien y en interés del acreedor”.

8. Derecho de retención

A diferencia de la metodología utilizada por el controvertido art. 3946 (18), a los efectos de dar un tratamiento armonioso al derecho de retención en los supuestos de insolvencia, el Proyecto se remite a la ley de concursos. En tal sentido, dispone

“Artículo 2592.— Efectos. La facultad de retención:

a) se ejerce sobre toda la cosa cualquiera sea la proporción del crédito adeudada al retenedor;

b) se transmite con el crédito al cual accede;

c) no impide al deudor el ejercicio de las facultades de administración o disposición de la cosa que le corresponden, pero el retenedor no está obligado a entregarla hasta ser satisfecho su crédito;

d) no impide el embargo y subasta judicial de la cosa retenida, por otros acreedores o por el propio retenedor. En estos casos, el derecho del retenedor se traslada al precio obtenido en la subasta, con el privilegio correspondiente;

e) mientras subsiste, interrumpe el curso de la prescripción extintiva del crédito al que accede;

f) *en caso de concurso o quiebra del acreedor de la restitución, la retención queda sujeta a la legislación pertinente”.*

(18) Para el tema ver, de mi autoría, “Comentario a los artículos 3845 a 3946, en Código Civil Comentado. Doctrina-Jurisprudencia-Bibliografía. Privilegios. Prescripción. Aplicación de las leyes civiles”, obra dirigida por Aída Kemelmajer de Carlucci, Claudio Kiper y Félix Alberto Trigo Represas, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2006.

9. Implicancias en el ámbito de la persona jurídica

En todos los ordenamientos (19), la quiebra tiene implicancias en la vida de las personas jurídicas generándose especiales efectos respecto de los acreedores.

En este sentido, la ley de sociedades dispone:

Artículo 94.— La sociedad se disuelve:

...6) Por declaración en quiebra. La disolución quedará sin efecto si se celebrare avenimiento o *concordado resolutorio*.

Como es sabido, la ley 24.522 hizo desaparecer la figura del concordato resolutorio contenida en la ley 19.551. El proyecto, concordantemente con esa reforma, dispone:

“Artículo 163.— Causales. *La persona jurídica se disuelve por:...*

e) la declaración de quiebra; la disolución queda sin efecto si la quiebra concluye por avenimiento o se dispone la conversión del trámite en concurso preventivo, o si la ley especial prevé un régimen distinto”.

10. Libros de comercio

El Proyecto avanza sobre la actual regulación de los libros de comercio. En lo que a este tema interesa, el art. 331 dispone:

“Artículo 331.— Investigaciones. Excepto los supuestos previstos en leyes especiales, ninguna autoridad, bajo pretexto alguno, puede hacer *perquisas de oficio para inquirir si las personas llevan o no registros arreglados a derecho...*

La exhibición general de registros o libros contables sólo puede decretarse a instancia de parte en los juicios de sucesión, todo tipo de comunión, contrato asociativo o sociedad, administración por cuenta ajena y en caso de *liquidación, concurso o quiebra*. Fuera de estos casos única-

(19) Para amplios datos de la jurisprudencia italiana, ver, entre muchos, SPERANZINI, Marco, “Recenti sentenze in tema di estinzione di società: osservazioni critiche”, en *Giurisprudenza commerciale*, anno VVVII, 2000, Parte Seconda, pp. 285/II.

mente puede requerirse la exhibición de registros o libros *en cuanto tenga relación con la cuestión controvertida de que se trata*, así como para establecer si el sistema contable del obligado cumple con las formas y condiciones establecidas en los artículos 323, 324 y 325”.

De este modo, el concurso o quiebra es uno de los casos de excepción en los que puede decretarse la exhibición general de registros o libros contables. En este sentido, la norma transcripta concuerda con lo dispuesto por los arts. 11 inc. 6 y 88 inc. 4 de la LC.

11. Representación. Forma

También en esta materia, el Proyecto deja a salvo lo dispuesto por la ley concursal. En este sentido, el art. 375 dice:

“Artículo 375.— Poder conferido en términos generales y facultades expresas. Las facultades contenidas en el poder son de interpretación restrictiva. El poder conferido en términos generales sólo incluye los actos propios de administración ordinaria y los necesarios para su ejecución.

Son necesarias facultades expresas para:...

i) renunciar, transar, someter a juicio arbitral derechos u obligaciones, *sin perjuicio de las reglas aplicables en materia de concursos y quiebras*”.

12. Materia obligacional

12.1. Caducidad de los plazos

Un tema muy discutido en la doctrina es si el concurso preventivo hace caducar los plazos o solo la quiebra produce este efecto (20).

El debate proviene de la terminología utilizada, tanto por el Código Civil vigente cuanto por la ley concursal.

(20) Para el tema y las diferentes posiciones ver GRANADOS, Ernesto, “La exigibilidad de los privilegios en el derecho concursal”, Santa Fe, Rubinzal, 2003 y la doctrina allí citada, en especial, capítulo II, III y IV. Compulsar también PRINCIPLE, Silvina, “Efectos de la apertura del concurso preventivo sobre las obligaciones no vencidas”, en Rouillon, Adolfo (director), “Derecho concursal”, Buenos Aires, La Ley, 2004-631, y sus citas.

En efecto, el Código Civil dispone:

Art. 572.— El deudor *constituido en insolvencia* y los que lo representen no pueden reclamar el plazo para el cumplimiento de la obligación.

Art. 753.— Puede el acreedor exigir el pago antes del plazo, cuando el *deudor se hiciese insolvente*, formando concurso de acreedores. Si la deuda fuese solidaria, no será exigible contra los codeudores solidarios, que no hubiesen provocado el concurso.

Por su parte, la ley de concursos prevé la caducidad en el caso de quiebra, pero guarda silencio en caso de concurso preventivo

El artículo 128 dispone:

Vencimiento de plazos. Las obligaciones *del fallido* pendientes de plazo se consideran vencidas de pleno derecho en la fecha de la sentencia de quiebra.

Descuentos de intereses. Si el crédito que no devenga intereses es pagado total o parcialmente antes del plazo fijado según título, deben deducirse los intereses legales por el lapso que anticipa su pago.

En un intento de solucionar estos conflictos, sin perjudicar los derechos del acreedor del deudor concursado, el art. 353 del Proyecto regula:

“Caducidad del plazo. El obligado a cumplir no puede invocar la penencia del plazo si se ha declarado su quiebra, si disminuye por acto propio las seguridades otorgadas al acreedor para el cumplimiento de la obligación, o si no ha constituido las garantías prometidas, entre otros supuestos relevantes. La apertura del concurso del obligado al pago no hace caducar el plazo, sin perjuicio del derecho del acreedor a verificar su crédito, y a todas las consecuencias previstas en la legislación concursal”.

Además, para los créditos con garantía real el art. 2197 dispone: “Realización por un tercero. Si el bien gravado es subastado por un tercero antes del cumplimiento del plazo, el titular de la garantía tiene derecho a dar por caduco el plazo, y a cobrar con la preferencia correspondiente”.

De este modo, se ha intentado no perjudicar los arreglos a los que el deudor concursado pueda llegar con sus acreedores, aclarando que la solución no impide ni la verificación del crédito ni el resto de los derechos

acordados por el ordenamiento concursal (por ej., el funcionamiento de la resolución contractual previsto en el art. 20 de la LC).

12.2. *Compensación* (21)

La compensación en el proceso concursal ha sido siempre materia difícil de resolver.

El art. 130 de la ley 24.522 dispone:

“La compensación sólo se produce cuando se ha operado antes de la declaración de la quiebra”.

En esta materia también se ha intentado no regular en paralelo, por lo que el art. 930 del proyecto remite a la legislación concursal y dice:

“No son compensables:... f) los créditos y las deudas en *el concurso y quiebra, excepto en los alcances en que lo prevé la ley especial*”.

13. **Materia contractual**

Mucho se discute, en el derecho nacional y comparado, sobre si existe un derecho contractual de la crisis empresarial (22). La pregunta es si la

(21) Compulsar la antigua tesis de COTTANCE, Francis, “De la compensation des créances dans la faillite ou la liquidation judiciaire”, Paris, Ed. L. Marpon, 1899. Para el derecho argentino ver ALONSO, Daniel F., “La compensación y el concurso preventivo”, en ROUILLON, Adolfo (director), “Derecho concursal”, Buenos Aires, La Ley, 2004-1 y ss.; para el uruguayo, MANTERO MAURI, E. y SANZ, Laura Chalar, “Compensación en la quiebra”, Montevideo, Fundación de cultura universitaria, 2006; para el italiano, SCALINI, Paolo, “La compensazione nel fallimento”, Milano, Giuffrè, 1998.

(22) Compulsar en el derecho nacional, entre muchos, ROITMAN, Horacio, “Efectos del concurso preventivo sobre los contratos preexistentes”, Buenos Aires, Rubinzal, 2005; del mismo autor, “Efectos de la quiebra sobre los contratos preexistentes”, 2º ed., Buenos Aires, Ed. Rubinzal, 2005; para el derecho italiano, que tanta influencia tiene sobre el argentino en la materia, entre otros, BONSIGNORI, Angelo ed altri, “I contratti nelle procedure concorsuali”, Milano, Giuffrè, 1992; BLANDINI, Mario e DE COSTANZO, Marta, “Gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti nella giurisprudenza”, Milano, Giuffrè, 2005; GUGLIELMUCCI, Lino, “I contratti nel fallimento”, en Cendon, Paolo (a cura di), “I contratti in generale”, Torino, Utet, 2000, p. 159 y ss.; SPARANO, Vincenzo y SPA-

insolvencia de uno o de ambos contratantes hace nacer un plano jurídico diferente del derecho contractual clásico o común.

No intento dar una respuesta a tema tan complejo, sino, simplemente, reseñar algunas normas proyectadas que vinculan el derecho de los contratos a la situación de insolvencia.

13.1. Una regla de clausura en la Ley de concursos

El art. 159 (23) de la LC proporciona una regla general de interpretación e integración para aquellos supuestos no regulados:

“Artículo 159.— Casos no contemplados: reglas. En las relaciones patrimoniales no contempladas expresamente, el juez debe decidir aplicando las normas de las que sean análogas, atendiendo a la debida protección del crédito, la integridad del patrimonio del deudor y de su empresa, el estado de concurso y el interés general”.

En los puntos siguientes analizaré los casos previstos expresamente.

13.2. El boleto de compraventa

El conflicto entre el adquirente por boleto frente a los acreedores del titular registral ha dado lugar a un amplio debate (24). La cuestión ha sido solucionada en el ámbito concursal, pero no en el de la ejecución individual.

En la Argentina, se pueden visualizar dos tendencias opuestas y varias intermedias.

RANO, Biancamaria, “La modifica delle situazioni giuridiche nelle procedure concorsuali”, Padova, Cedam, 2002. Para el moderno derecho español concursal, MORENO SANCHEZ MORALED A, Ana, “Los efectos de la declaración de concurso en los contratos bilaterales”, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010; para el derecho francés, JOUFFIN, Emmanuel, “Le sort des contrats en cours dans les entreprises soumises à une procédure collective”, Paris, LGDJ, 1998.

(23) Ver, entre otros, HEREDIA, Pablo, “Tratado exegético de derecho concursal”, Buenos Aires, Abaco, 2005, t. 5, p. 620 y ss.

(24) Ver, de mi autoría, Comentario al art. 2º de la ley 17.801, en ZANNONI-KEMELMAJER DE CARLUCCI, “Código civil comentado, anotado y concordado”, Buenos Aires, Astrea, 2012, t. 13, p. 76 y ss.

En un extremo están quienes aplican estrictamente los arts. 2505 del CC y 2º de la ley 17.801 y otorgan prioridad al embargante; razonan del siguiente modo: no hay transmisión del dominio al adquirente y, por lo tanto, éste nada puede oponer al embargante(25). Dentro de esta posición, algunas sentencias aclaran que la prioridad del embargante requiere ser de buena fe, o sea, no haber conocido, antes de embargar, que el inmueble había sido vendido (26).

Una tendencia intermedia da prioridad al adquirente por boleto que tuvo acceso registral antes del embargo; se funda en que, en este caso, el embargante sabía o debía saber cuál era la situación del inmueble (27).

Finalmente, otra da prioridad al adquirente por boleto, siempre que se cumplan ciertos requisitos (28); entre los argumentos esgrimidos se invoca la aplicación *a fortiori* del art. 1185 bis del CC. Si el adquirente por boleto puede oponer su derecho al concurso, no hay razón para que no se pueda oponer al embargante individual (29). Esta motivación no ha

(25) Cám. 5ª Civ. y Com. de Córdoba, 19/8/2005, La Ley Córdoba, 2006-64; Conf. voto de la minoría (Dr. Butty), CNCom., sala B, 28/6/2002, JA, 2003-I-75.

(26) TSJ Córdoba, sala civil y comercial, 3/4/2009, Foro de Córdoba, nº 131, año XIX, mayo 2009, pág. 183 y La Ley Córdoba, 2009-954.

(27) CNCom., sala B, 28/6/2002, JA, 2003-I-75; CSTucumán, sala civil y penal, 12/3/2004, elDial - AA1F43; La Ley Noroeste, 2004-1092.

(28) Ver Suprema Corte de Mendoza en pleno, 30/5/1996, Voces Jurídicas 1996-3-197, JA, 1997-I-83 y reseñado en RDC y Comunitario 2002-2-489. Esta Corte resolvió la situación del adquirente de inmuebles por boleto, sin escrituración, desde la perspectiva de la acción de oponibilidad o de la tercería de mejor derecho. Igual criterio había tenido en el plenario anterior del 6/12/1991 (J. de Mza. 41-5, Foro de Cuyo nº 4-99, LA LEY, 1992-B, 160; DJ, 1992-1-1093, Rev. Notarial nº 912-409 y ED, 147-437); conf. CJ Catamarca, 12/8/2005, La Ley Noroeste 2005-1405. Compulsar, asimismo, Puerta de ChacOn, Alicia, "Algunos conflictos actuales entre posesión y registro", JA, 2007-I-1084.

(29) Los antecedentes doctrinales y jurisprudenciales relativos a la aplicación del 1185 bis a la ejecución individual han sido reseñados cuidadosamente en la sentencia de la CNCom., sala D, 3/8/2011, JA 2012-I-94. Un amplio panorama doctrina y jurisprudencial puede verificarse en HERNANDEZ, Carlos A. y SOZZO, Gonzalo, "Adquirente por boleto de compraventa y acreedor embargante. Balance del conflicto en la doctrina y jurisprudencia argentina en Homenaje a los congresos nacionales de derecho civil", Córdoba, ed. Academia Nacional de Derecho

sido reprochada por la Corte Suprema; en efecto, en un caso decidió que “es improcedente el recurso extraordinario que dio prioridad al boleto de compraventa de fecha cierta anterior al embargo, ya que si bien no puede afirmarse que se trate de un criterio compartido por todos los tribunales, no es menos cierto que ha recibido numerosas adhesiones en el sentido de que si bien el art. 1185 del CC se refiere al concurso o quiebra del vendedor, puede aplicarse la norma frente al acreedor en un proceso ejecutivo, en tanto queden acreditados los recaudos legales y el crédito del comprador sea anterior al del embargante” (30).

El Proyecto se ha inclinado por esta segunda posición.

Recuérdese que el 146 de la ley de concursos dice:

“Los boletos de compraventa de inmuebles otorgados a favor de adquirentes de buena fe, *serán* oponibles al concurso o quiebra si el comprador hubiera abonado el VEINTICINCO POR CIENTO (25 %) del precio. El juez *deberá* disponer en estos casos, cualquiera sea el destino del inmueble, que se otorgue al comprador la escritura traslativa de dominio contra el cumplimiento de la prestación correspondiente al adquirente. El comprador podrá cumplir sus obligaciones en el plazo convenido. En caso de que la prestación a cargo del comprador fuere a plazo deberá constituirse hipoteca en primer grado sobre el bien, en garantía del saldo de precio”.

En total paralelismo, el Proyecto dice:

“Artículo 1170.— Boleto de compraventa de inmuebles. El derecho del comprador de buena fe tiene prioridad sobre el de terceros que *hayan trabado cautelares* sobre el inmueble vendido si:

a) el comprador contrató con el titular registral, o puede subrogarse en la posición jurídica de quien lo hizo mediante un perfecto eslabonamiento con los adquirentes sucesivos;

y Ciencias Sociales de Córdoba, 2009, t. II, p. 1225. Los autores destacan que la ley 26.631 de reforma a la ley de protección de los consumidores ha significado un nuevo hito en la protección del adquirente por boleto.

(30) CSN 26/9/2006, LA LEY, 2007-F, 499, con nota de VAZQUEZ, Gabriela, “Poseedor de boleto y embargo. La Corte hizo suyo el dictamen de la Procuradora fiscal”.

b) el comprador pagó el VEINTICINCO POR CIENTO (25%) del precio con anterioridad a la traba de la cautelar;

c) el boleto tiene fecha cierta;

d) la adquisición tiene publicidad suficiente, sea registral, sea posesoria”.

Por su parte, el artículo 1171, conservado en el Proyecto para respetar la larga historia del art. 1185 bis, dice:

“Artículo 1171.— Oponibilidad del boleto en el concurso o quiebra. Los boletos de compraventa de inmuebles de fecha cierta otorgados a favor de adquirentes de buena fe son oponibles al concurso o quiebra del vendedor si se hubiera abonado el veinticinco por ciento (25%) del precio. El juez *debe* disponer que se otorgue la respectiva escritura pública. El comprador puede cumplir sus obligaciones en el plazo convenido. En caso de que la prestación a cargo del comprador sea a plazo, debe constituirse hipoteca en primer grado sobre el bien, en garantía del saldo de precio”.

13.3. Contratos con prestación personal del fallido, de ejecución continuada o normativos. Una regla de la ley 24.522.

El art. 147 de la LC dispone: “Los contratos en los cuales la prestación pendiente del fallido fuere *personal e irremplazable* por cualquiera que puedan ofrecer los síndicos en su lugar, así como aquellos de *ejecución continuada* y los normativos, *quedan resueltos* por la quiebra. Los contratos de *mandato, cuenta corriente, agencia y concesión o distribución*, quedan comprendidos en esta disposición” (31).

El Proyecto contiene varias normas concordantes con la transcripta

a) Para el mandato (32)

“Artículo 380.— Extinción. El poder se extingue:... g) por la *quiebra del representante o representado*...”

(31) Compulsar HEREDIA, Pablo, “Tratado exegético de derecho concursal”, Buenos Aires, Abaco, 2005, t. 5, p. 232 y ss.

(32) Compulsar MOSSET ITURRASPE, Jorge, “Mandatos”, Buenos Aires, Rubinzal, 1996, p. 409. Para el tema en Italia, ver MOSCO, Luigi, “La representación

b) *Para la cuenta corriente bancaria* (33)

“Artículo 1404.— Cierre de cuenta. La cuenta corriente se *cierra*:

b) por *quiebra, muerte* o incapacidad del cuentacorrentista;

c) por revocación de la autorización para funcionar, *quiebra o liquidación del banco*;

d) por las demás causales que surjan de la reglamentación o de la convención.

c) *Para la cuenta corriente* (34)

“Artículo 1441.— Extinción del contrato. Son medios especiales de extinción del contrato de cuenta corriente:

a) la *quiebra, la muerte* o la incapacidad de cualquiera de las partes...”

voluntaria” trad. por F. Cerrillo Quilez, Barcelona, Nereo, 1963, capítulo XX, p. 559 y ss; BALDINI, Gianni, “Mandato e fallimento dei contraenti”, en Alcaro, Francesco (a cura di), “Il mandato”, Milano, Giuffrè, 2000, p. 617 y sus citas bibliográficas; del mismo autor, “Il mandato”, Camerino, Halley, 2006, p. 252 y ss.; CARPINO, Brunetto, “I contratti speciali. IL mandato, la commissione, la spedizione”, Torino, Giappichelli, p. 174; MANZO, Domenico, “La disciplina del mandato, della commissione e della spedizione nel fallimento”, en Fauceglia e Panzani (directo da) “Fallimento e altre procedure concorsuali”, Torino, Utet, 2009, t. 2, p. 817; BRAN, Enrico, “Mandato, commissione e spedizione”, en GUGLIELMUCCI, Lino (a cura di), “I contratti in corso di esecuzione nelle procedure concorsuali”, Padova, Cedam, 2006, p. 115.

(33) Ver, HEREDIA, Pablo, “La cuenta corriente bancaria frente al concurso preventivo y la quiebra”, en ROUILLON, Adolfo (director), “Derecho concursal”, Buenos Aires, La Ley, 2004-313. Compulsar, además, GOMEZ LEO, Osvaldo, “El contrato de cuenta corriente bancaria frente al concurso y la quiebra del cuenta-correntista”, en Gómez Leo (director) y Negre de Alonso, L. (vicedirectora), “Derecho”, Buenos Aires, Ed. Universidad Austral/Rubinzal, 2002, p. 199; para el tema en Italia, ver STESURI, Aldo, “Rapporti tra contratti bancari e concordato preventivo”, Padova, Cedam, 2004, p. 113 y ss.; POLACCO, Paolo, “Il conto corrente ordinario e il conto corrente bancario”, en GUGLIELMUCCI, Lino (a cura di), “I contratti in corso di esecuzione nelle procedure concorsuali”, Padova, Cedam, 2006, p. 191.

(34) Compulsar, TRUJILLO DIEZ, Iván J., “Los efectos del concurso sobre el contrato de cuenta corriente”, Navarra, Aranzadi, 2003. Para la situación en Italia, BLANDINI, Mario e DE COSTANZO, Marta, “Gli effetti del fallimento sui rappor-

d) Para el contrato de agencia (35)

“Artículo 1494.— Resolución. Otras causales. El contrato de agencia se resuelve por:

a) muerte o incapacidad del agente;

b) disolución de la persona jurídica que celebra el contrato, que no deriva de fusión o escisión;

c) quiebra firme de cualquiera de las partes...”

e) Para el contrato de concesión

“Artículo 1509.— Resolución del contrato de concesión. Causales. Al contrato de concesión se aplica el artículo 1494”.

13.4. Otros contratos

El Proyecto se pronuncia expresamente sobre los efectos del proceso concursal en los contratos que se incorporan al Código Civil unificado, en algunos casos, trasponiendo el artículo vigente contenido en la ley especial. Así, por ej.

ti giuridici preesistenti nella giurisprudenza”, Milano, Giuffrè, 2005, capítulo XVI, p. 253 y ss.

(35) Ver ESPARZA, Gustavo, “El leasing y los procesos concursales”, JA, 2012-I-1208; GRISPO, Jorge D., “Algunas consideraciones sobre el contrato de agencia en la quiebra”, en Gómez Leo (director) y Negre de Alonso, L. (vicedirectora), “Derecho concursal”, Buenos Aires, Universidad Austral/Rubinzal, 2002, pág. 211. En la misma obra (p. 349 y ss.) ver MARZORATI, Osvaldo, “Contratos de agencia, distribución, concesión y sus efectos en los supuestos de concurso preventivo y quiebra de alguna de las partes contratantes”. Para el tema en Italia, ver BURSCHETTA, Ernestino, “Contratto di agencia e fallimento del preponente”, Milano, Giuffrè, 2004; GUGLIELMUCCI, Enrico, “Agenzia e mediazione”, en Guglielmucci, Lino (a cura di), I contratti in corso di esecuzione nelle procedure concorsuali, Padova, Cedam, 2006, p. 165. Para la cuestión en España y las sucesivas reformas, ver MARTINEZ FLOREZ, Aurora, “Reforma de la ley sobre contrato de agencia”, en Rojo, A. y Beltrán, E. (directores) “Comentario de la ley concursal”, Madrid, Thomson-Cívitas, 2004, t. II, p. 3319 y en Rev. de Derecho Mercantil, Madrid, nº 222, Oct-Dic. 1996, p. 1143; LARA GONZALEZ, Rafael, “Las causas de extinción del contrato de agencia”, Madrid, Civitas, 1998, capítulo V, p. 335 y ss.

a) *Contrato de leasing* (36)

“Artículo 1237. Oponibilidad. *Quiebra*. Son oponibles a los acreedores de las partes los efectos del contrato debidamente inscrito. Los acreedores del tomador pueden subrogarse en los derechos de éste para ejercer la opción de compra.

En caso de *concurso o quiebra* del dador, el contrato continúa por el plazo convenido, pudiendo el tomador ejercer la opción de compra en el tiempo previsto.

En caso de *quiebra* del tomador, dentro de los sesenta —60— días de decretada, el síndico puede optar entre continuar el contrato en las condiciones pactadas o resolverlo. En el *concurso preventivo*, el deudor puede optar por continuar el contrato o resolverlo, en los plazos y mediante los trámites previstos en el artículo 20 de la Ley 24.522. Pasados esos plazos sin que haya ejercido la opción, el contrato se considera resuelto de pleno derecho, debiéndose restituir inmediatamente el bien al dador, por el juez del concurso o de la quiebra, a simple petición del dador, con la sola exhibición del contrato inscrito y sin necesidad de trámite o verificación previa. Sin perjuicio de ello, el dador puede reclamar en el concurso o en la quiebra el canon devengado hasta la devolución del bien, en el concurso preventivo o hasta la sentencia declarativa de la quiebra, y los demás créditos que resulten del contrato”.

(36) Ver MAFFIA, Osvaldo, “Aspecto de la nueva ley de concursos. El régimen del leasing y su incidencia en la verificación de créditos”, LA LEY, 1996-A, 1472; GAMES, Luis y ESPARZA, Gustavo, “Aspectos concursales de la nueva ley de leasing (ley 25.248)”, ED, 189-539; WALKER, María C., “Leasing y falencia de las partes”, en Libro homenaje al Prof. Dr. Ricardo S. Prono, Santa Fe, Ed. Universidad Nacional del Litoral, 2010, p. 415; MEDICI, Rubén, “El contrato de leasing frente al concurso o quiebra de alguna de las partes”, en Rouillon, Adolfo (director), “Derecho concursal”, Buenos Aires, La Ley, 2004-483. Para la situación en Italia, BASTIANON, Stefano, “Il leasing nel fallimento”, Milano, Giuffrè, 1999; APICE, Umberto, “Il contratto di leasing nelle procedure concorsuali”, Padova, Cedam, 1991; MANENTE, Diego, “Leasing”, en Guglielmucci Lino (a cura di), “I contratti in corso di esecuzione nelle procedure concorsuali”, Padova, Cedam, 2006, p. 697; BLANDINI, Mario e DE COSTANZO, Marta, “Gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti nella giurisprudenza”, Milano, Giuffrè, 2005, capítulo VIII, p. 155 y ss.

b) Contratos celebrados en bolsa o mercado de comercio

“Artículo 1429.— Normas aplicables. Los contratos celebrados en una bolsa o mercado de comercio, de valores o de productos, en tanto éstos sean autorizados y operen bajo contralor estatal, se rigen por las normas dictadas por sus autoridades y aprobadas por el organismo de control. Estas normas pueden prever la liquidación del contrato por diferencia; regular las operaciones y contratos derivados; fijar garantías, márgenes y otras seguridades; establecer la determinación diaria o periódica de las posiciones de las partes y su liquidación ante eventos como el *concurso*, la *quiebra* o la muerte de una de ellas, la compensación y el establecimiento de un saldo neto de las operaciones entre las mismas partes y los demás aspectos necesarios para su operatividad”

c) Contrato de fideicomiso (37)

El artículo 9º de la ley 24.441 dispone: “El *fiduciario* cesará como tal por...”

d) Por quiebra o liquidación”

A su vez, la ley 25.284 que regula el fideicomiso de entidades deportivas dispone que el órgano fiduciario debe estar compuesto por tres miembros (38).

Además, la ley de fideicomisos dispone:

(37) Compulsar GAMES, Luis y ESPARZA, Gustavo, “Fideicomiso y Concursos”, Buenos Aires, Depalma, 1997; ARAYA, Miguel, “Fideicomiso y concursos”, en Libro homenaje al Prof. Dr. Ricardo S. Prono, Santa Fe, Universidad Nacional del Litoral, 2010, p. 89; GRAZIABILE, Darío, “Insolvencia y fideicomiso”, LA LEY, 2005-A, 1363; FAVIER DUBOIS, E. (padre e hijo), “El contrato de fideicomiso frente al régimen concursal: cuestiones generales y particulares”, en *Doctrina Societaria y concursal*, Buenos Aires, Errepar, n° 294, Mayo 2012, p. 373.

(38) Ver TRUFFAT, E. Daniel, “La ley 25.284. Fideicomiso de entidades deportivas, y lo que “en sí y para sí dispone””, en Rouillon, Adolfo (director), “Derecho concursal”, Buenos Aires, La Ley, 2004, p. 863; compulsar también JUNYENT BAS, Francisco, “El salvataje de las entidades deportivas y la alternativa del gerenciamiento”, ED, 234-803; GRISPO, Jorge D., “Régimen especial de administración de las entidades deportivas con dificultades económicas. Fideicomiso de administración con control judicial. Ley 25.284”, Buenos Aires, Ad Hoc, 2000.

“La insuficiencia de los bienes fideicomitidos para atender a estas obligaciones, no dará lugar a la declaración de su quiebra. En tal supuesto y a falta de otros recursos provistos por el fiduciante o el beneficiario según visiones contractuales, procederá a su liquidación, la que estará a cargo del fiduciario, *quien deberá enajenar los bienes que lo integren y entregará el producido a los acreedores conforme al orden de privilegios previstos para la quiebra*; si se tratase de fideicomiso financiero regirán en lo pertinente las normas del artículo 24”.

En consonancia, el proyecto establece:

“Artículo 1687.— Deudas. Liquidación. Los bienes del fiduciario no responden por las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso, las que sólo son satisfechas con los bienes fideicomitidos. Tampoco responden por esas obligaciones el fiduciante, el beneficiario ni el fideicomisario, excepto compromiso expreso de éstos.

Lo dispuesto en este artículo no impide la responsabilidad del fiduciario por aplicación de los principios generales, si así corresponde.

La insuficiencia de los bienes fideicomitidos para atender a esas obligaciones, *no da lugar a la declaración de su quiebra*. En tal supuesto, y a falta de otros recursos provistos por el fiduciante o el beneficiario según previsiones contractuales, *procede su liquidación*, la que está a cargo del juez competente, quien debe fijar el procedimiento *sobre la base de las normas previstas para concursos y quiebras*, en lo que sea pertinente.

d) *Derecho real de tiempo compartido* (39).

La ley 26.356 que regula el Sistema de tiempo compartido (STTC) dispone

Artículo 12.— Efectos de la constitución del STTC. La inscripción del título constitutivo en el Registro de la Propiedad del Inmueble competente determinará: ...

b) La oponibilidad de los derechos adquiridos por los usuarios, al acreedor hipotecario que consintiere la constitución del STTC y al que la cono-

(39) Para el tema, ver Puerta de Chacón, comentario al art. 12 ley 26.356, en ZANNONI-KEMELMAJER DE CARLUCCI, “Código civil comentado, anotado y concordado”, Buenos Aires, Astrea, 2012, t. 13, p. 490.

ciere al tiempo de constituirse el gravamen, como así también a los sucesivos titulares de dominio o de otros derechos de cualquier naturaleza sobre los bienes afectados al STTC;

c) La intangibilidad de los derechos adquiridos por los usuarios, que no podrán ser alterados o disminuidos por sucesores particulares o universales, ni por terceros acreedores del propietario o del emprendedor, ni siquiera en caso de concurso o quiebra.

El Proyecto dice:

“Artículo 2093.— Efectos del instrumento de afectación. La inscripción del instrumento de afectación en el respectivo Registro de la Propiedad determina:

b) la oponibilidad de los derechos de los usuarios del tiempo compartido, que no pueden ser alterados o disminuidos por sucesores particulares o universales, ni por terceros acreedores del propietario o del emprendedor, *ni siquiera en caso de concurso o quiebra*.

13.5. Contratos asociativos

La ley de sociedades vigente regula los contratos de la colaboración empresarial (arts. 367 y ss.) y reconoce dos subtipos: las agrupaciones de colaboración y las uniones transitorias de empresas.

Para la unión transitoria de empresas dispone: Artículo 383. - La quiebra de cualquiera de las participantes o la incapacidad o muerte de los empresarios individuales *no produce la extinción del contrato de unión transitoria que continuará* con los restantes si éstos acordaren la forma de hacerse cargo de las prestaciones ante el comitente (40).

(40) Ver MARTORELL, Ernesto E., “Tratado de concursos y quiebras”, Buenos Aires, Depalma, 1998, t. I p. 405; CRESPI, Marina, “La Ute y las Ace ante el concurso y la quiebra”, Rev. de las sociedades y concursos, Buenos Aires”, Ad Hoc, n° 29, Julio/agosto 2004, p. 101; para el tema en Italia, CENSONI, Paolo F., “Associazione temporanea di imprese e procedure concorsuali”, en Giurisprudenza Commerciale, anno XXIX-2002”, Milano, Giuffrè, Parte prima, págs. 181/I; D’AIUTO, Daniele, “Gli effetti del fallimento nell’associazione in partecipazione”, en Fauceglia e Panzani (directo da) Fallimento e altre procedure concorsuali, Torino, Utet, 2009, t. 2, p. 817; GUGLIELMUCCI, Lino, “L’associazione in partecipazione”, en Guglielmucci, Lino (a cura di), “I contratti in corso di esecuzione ne-

El Proyecto incorpora cuatro tipos de contratos asociativos (arts. 1442/78)

- Negocios en participación
- Agrupación de cooperación
- Uniones transitorias
- Consortios de cooperación

Las normas relativas a las situaciones de insolvencia disponen:

“Artículo 1461.— Extinción. El contrato de *agrupación se extingue*:

d) por incapacidad, muerte, *disolución o quiebra de un participante*, a menos que el contrato prevea su continuación o que los demás participantes lo decidan por unanimidad;

En cambio, la solución difiere para el contrato de *consorcio de cooperación*.

“Artículo 1478.—... La muerte, incapacidad, disolución, liquidación, *concurso preventivo, cesación de pagos o quiebra* de alguno de los miembros del consorcio, *no extingue* el contrato, que continúa con los restantes, excepto que ello resulte imposible fáctica o jurídicamente”.

La diferencia se justifica en los distintos propósitos perseguidos con una y otra figura; conforme los artículos 1453 y 1454: “hay contrato de agrupación de colaboración cuando las partes establecen una organización común con la finalidad de *facilitar o desarrollar determinadas fases de la actividad de sus miembros o de perfeccionar o incrementar el resultado de tales actividades*”; “la agrupación, en cuanto tal, no puede perseguir fines de lucro. Las ventajas económicas que genere su actividad deben recaer directamente en el patrimonio de las partes agrupadas o consorciadas. La agrupación no puede ejercer funciones de dirección sobre la actividad de sus miembros”. La mayor inclinación al aspecto subjetivo de la relación en la agrupación justifica que se extinga, como regla, frente a las situaciones de insolvencia.

lle procedure concorsuali”, Padova, Cedam, 2006, p. 111; y en España, GARROTE FERNANDEZ-DIEZ, Ignacio, “Contratos sobre la comunidad de bienes y figuras afines”, Navarra, Thomson-Aranzadi, 2006, p. 184.

13.6. Contrato de fianza (41)

a) Beneficio de excusión

El código civil vigente dice: Art. 2013. No le es necesaria al acreedor la previa excusión en los casos siguientes... 5) Si el deudor hubiese quebrado, o se hallare ausente de su domicilio al cumplirse la obligación;

El Proyecto dispone:

“Artículo 1584.— Excepciones al beneficio de excusión. El fiador no puede invocar el beneficio de excusión si:

a) el deudor principal se ha presentado en concurso preventivo o ha sido declarada su quiebra...”

b) Caducidad del plazo

El Código Civil vigente dice: Art. 753. Puede el acreedor exigir el pago antes del plazo, cuando el deudor se hiciese insolvente, formando concurso de acreedores. Si la deuda fuese solidaria, *no será exigible contra los codeudores solidarios, que no hubiesen provocado el concurso.*

El proyecto dispone:

“Artículo 1586.— Subsistencia del plazo. No puede ser exigido el pago al fiador antes del vencimiento del plazo otorgado al deudor principal, *aun cuando éste se haya presentado en concurso preventivo o haya sido declarada su quiebra, excepto pacto en contrario*”.

13.7. Contrato de cesión de derechos (42)

El CC vigente dice: Art. 1464. En caso de quiebra del cedente, la notificación de la cesión, o la aceptación de ella, pueden hacerse después de

(41) Compulsar PERDICES HUETOS, Antonio, “Fianza y concurso. Las garantías personales en la ley concursal”, Navarra, Civitas, 2005; CARRASCO PERERA, Angel, “Los derechos de garantía en la ley concursal”, 3ª ed., Pamplona, Civitas/Thomson, 2009, p. 281 y ss.

(42) Ver RICHARD, Efraín H., “El efecto de los contratos respecto de terceros y la cesión de créditos en concursos”, en ALFERILLO, Pascual y otros (coordinadores) *Liber amicorum en homenaje al profesor Dr. Luis Moisset de Espanés*, Córdo-

la cesación de pagos; *pero sería sin efecto respecto a los acreedores de la masa fallida, si se hiciese después del juicio de la declaración de quiebra.*

En un intento de hacer más clara la redacción, el Proyecto dispone:

“Artículo 1623.— Concurso o quiebra del cedente. En caso de concurso o quiebra del cedente, la cesión no tiene efectos respecto de los acreedores *si es notificada después* de la presentación *en concurso* o de la sentencia declarativa de la *quiebra*.”

“Artículo 1630.- Garantía de la solvencia del deudor. Si el cedente garantiza la solvencia del deudor cedido, se aplican las reglas de la fianza, con sujeción a lo que las partes hayan convenido.

El cesionario sólo puede recurrir contra el cedente después de haber excutado los bienes del deudor, *excepto que éste se halle concursado o quebrado*”.

14. Palabras de cierre

La presentación del articulado proyectado ha pretendido ubicar al lector en los principales temas en los que las situaciones de insolvencia tienen puntos de contacto con el derecho común. Espero que estas líneas sirvan, al menos, para facilitar su mejor comprensión. ♦

ba, *Advocatus*, 2010, t. I, p. 515; compulsar también, GIATTI, Gustavo y ALONSO, Juan I., “Cesión de créditos en garantía y concurso preventivo”, en *Rev. de Derecho Privado y comunitario*, 2011-2, p. 205.

EL ARBITRAJE EN EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

POR ENRIQUE M. FALCÓN (*)

1. Concepto y naturaleza

Arbitrar es decidir una diferencia. Este término general está ligado a otros dos: el avenimiento (1) y el arbitrio. En el primer caso nos hallamos en el ajuste y concordancia o armonía lograda entre dos contenedores. El arbitrio es la decisión libre, con facultad de hacer lo que se quiere. Ello es así, porque es definitiva la voz “arbitrar” deviene del concepto de hallar el justo medio evaluado por el criterio de la persona llamada a laudar, sin sometimiento a reglas o imposiciones predeterminadas (2). El arbitraje se conoce desde prácticamente los comienzos de la civilización, pero en la actualidad la sustitución del juez del Estado ha sido mirada con carácter restrictivo (3).

(*) Comunicación del Académico, en la sesión privada del 23 de agosto de 2012.

(1) Arbitros en latín, tanto quiere decir en romance como jueces avenidores que son escogidos y puestos de las partes para librar la contienda que es entre ellas (Partida III, tít. IV, ley 23).

(2) CARNELUTTI, Francesco, *Instituciones del proceso civil*, tr. S. Sentís Melendo, Buenos Aires, Ejea, 1973, I, p. 115; SATTI, Salvatore, *Diritto processuale civile*, Padova, Cedam, 1967, p. 691, dice: “Es esta una manifestación lógica, y consecuencia primordial, de la autonomía contractual de las partes, que ninguna fuerza externa puede impedir sin ir contra la realidad, por el contrario, caer en el absurdo”.

(3) Todo convenio de jurisdicción arbitral es de interpretación restrictiva, porque importa sustraer una contienda de los jueces comunes de la ley. Por ello no

El arbitraje es un sistema, compuesto por un conjunto de subsistemas destinados a la solución de conflictos jurídicos de muy distinto carácter y alcance. El hecho de que los subsistemas interrelacionados sean de distinta naturaleza ha dado lugar a distintas teorías sobre el arbitraje que lo califican como un contrato, una estructura jurisdiccional, o una institución que participa de elementos de ambos incluyendo algunos que resultan distintos.

La teoría más antigua, dentro de la estructura actual del arbitraje, es la teoría del arbitraje como contrato. Esta concepción no sólo proviene de los elementos fundantes del arbitraje sino que se emparenta con el concepto de proceso civil como contrato (4). Así pasaron en el proceso las teorías *contractualistas*, basadas en la *litiscontestatio* del Derecho romano, que se desarrollaron especialmente en Francia (Aubry y Rau y Demolombe (5), encontrándose también en las Partidas de Alfonso el Sabio (6). La teoría contractualista fracasó prontamente, pues no respondía a la realidad ni se podían explicar las instituciones procesales como la acción de carácter abstracto, la pretensión, la cosa juzgada y otras por esa vía. Diversas teorías sustitutivas de la contractual fueron desarrollándose hasta que von Bulow (7) planteó la teoría de la relación jurídica procesal, diferenciando así la relación jurídica procesal de la sustancial, que es la teoría que mayormente tiene consenso en la actualidad.

Con los resabios de la teoría del contrato para el proceso en el caso del arbitraje, la teoría contractualista fue desarrollada en particular por Roc-

resulta admisible que un conflicto generado en el marco de un contrato en el que se previó un procedimiento arbitral de cumplimiento imposible se someta al juicio arbitral previsto en el Libro VI del CPCCN. si el actor se ha opuesto expresamente a tal alternativa, en tanto el compromiso debe formalizarse con la anuencia de las partes (CNCiv., sala F, 27/8/1999, JA, 2000-III-40).

(4) ALCALA ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, Algunas concepciones acerca de la naturaleza del proceso, RDPprocesal, 1952-I-212.

(5) AUBRY ET RAU, Cours de Droit Civil Français, 3^a ed., París, 1856/58; Demolombe Cours de Code Napoléon, Paris 1869.

(6) Partidas III, 10, 3.

(7) VON BÜLOW, La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales, traducida por Rosas Lichtschein para el "Boletín de Derecho Procesal de Santa Fe" y para JA, Doctrina, 1957-II p. 70.

co (8) diciendo que el arbitraje es una transacción anticipada remitida a terceros de confianza. Esta tesis cayó luego de la crítica de Carnelutti (9) que hizo notar que mientras la transacción era una composición del litigio, el compromiso era sólo un medio para llegar a esa composición. Cierta doctrina plantea el arbitraje como un contrato de derecho privado al que las partes transfieren, por declaración de voluntad la resolución de controversias de Derecho Civil excluyéndolas de la decisión jurisdiccional (10). Calamandrei (11), entre otros (12), con un criterio más atemperado entiende que si bien el compromiso limita la cognición que supone la jurisdicción, existe identidad funcional entre el laudo y la sentencia, distinguiéndose el primero por no tener el carácter vinculante de la segunda.

El arbitraje como un sustitutivo de la jurisdicción (13), porque el Estado permite sustraer cierto tipo de controversias de sus tribunales oficiales, no obstante haberse arrogado como un derecho y un deber la solución de los conflictos, sustituyendo la actividad privada de las primeras épocas,

(8) ROCCO, Alfredo, *La sentencia civil*, trad. Mariano Ovejero, Madrid, Ed. España moderna. s/f., pp. 73 a 75.

(9) CARNELUTTI, Francesco, *Estudios de derecho procesal*, Buenos Aires, 1952, p. 517.

(10) ROSENBERG, Leo, *Tratado de Derecho procesal civil*, Buenos Aires, 1955, II, p. 584; SATTÀ, *Diritto Processuale Civile*, cit. p. 694, quien considera que existe un contrato de locación de obra entre las partes y los árbitros inclusive, y que las primeras por vía del compromiso renuncian a la acción, acercándose a una composición; GUASP, Jaime, *Derecho procesal civil*, Madrid, Civitas, 1998, p. 310, entre otros.

(11) CALAMANDREI, Piero, *Instituciones de Derecho Procesal Civil según el nuevo Código*, traducción Sentís Melendo, Buenos Aires, 1962, II, pp. 276, 279 y 280.

(12) CHIOVENDA, Giuseppe, *Principios de Derecho Procesal Civil* (trad. Casais y Santaló), Madrid, 1922/1925, I, 143; MATTIROLO, Luigi, *Trattato di Diritto giudiziario civile italiano*, Utet, Torino 1923, I, 618.

(13) CARNELUTTI, Francesco, *Sistema de derecho procesal civil*, tr. N. Alcalá Zamora y Castillo y S. Sentís Melendo, Buenos Aires, Uteha, 1944, I, p. 483; *Instituciones*, I, p. 115, "es el equivalente al proceso contencioso de cognición"; DIAZ, Clemente, *Instituciones del derecho procesal*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1972, II, p. 514, nos habla del "equivalente jurisdiccional", siguiendo a Carnelutti (citado), estimando a los árbitros como tribunales de equidad.

con el fin de obtener la paz social. Este criterio está ligado a las teorías jurisdiccionales. Su principal representante fue Mortara (14), seguido por Carnacini (15) ya que entiende este último que si bien la falta de coerción es innegable, es igualmente cierto que toda la actividad de los árbitros en cuanto se realiza en forma legítima, tiende a la obtención de un resultado normal, por lo que para definir su actividad es irrelevante el hecho de que la meta haya sido o no alcanzada en concreto. Serra Domínguez (16) explica extensamente su posición en este sentido, fundamentalmente porque los árbitros tienen autoridad, pero no potestad que es un atributo del Estado. Y esto se ve prácticamente en todos los ordenamientos, pues la función jurisdiccional de los árbitros aparece como declarativa en cuanto le falta la *coertio* (17) y la *executio*.

(14) MORTARA, Ludovico, Commentario del Codice e delle Leggi Procedura Civile, Volume I. "Teoría e sistema della giurisdizione civile", Milano, S.F., III, p. 42 y ss.

(15) CARNACINI, Tito, Arbitraje, traducción Sentís Melendo, Buenos Aires, 1961, p. 30 y ss.

(16) SERRA DOMINGUEZ, Estudios de derecho procesal, Barcelona, 1969, pp. 580 a 583.

(17) El aspecto relativo al dictado y ejecución de medidas cautelares es controvertido: La falta de poder de coacción de los árbitros, sólo implicará en los hechos una limitación para aplicar por sí las medidas que dispongan dentro de los casos sometidos a su resolución, debiendo en tal caso, recurrirse al auxilio de la Justicia ordinaria. El art. 33 del Reglamento más arriba referido, tomando una posición bien definida en una materia muy controvertida en el derecho comparado, preceptúa que el Tribunal de Arbitraje puede disponer medidas cautelares, bajo responsabilidad y otorgamiento de contracautela por el solicitante, aunque su cumplimiento queda reservado al brazo secular de los jueces ordinarios. La resolución en crisis será revocada toda vez que, en definitiva, el objeto de las presentes es el auxilio de la jurisdicción a los fines de efectivizar la medida cautelar dictada por el Tribunal Arbitral de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires. El reglamento habilita a que el Tribunal dicte la medida cautelar, mas su ejecución efectiva debe requerirse al juez que hubiere sido competente para entender en la causa si no se hubiere pactado la vía arbitral. No puede ser de otro modo, ya que la coacción y el uso de la fuerza, es monopolio exclusivo del Estado (CNCom., sala F, 15/7/2010 - Expte. 016781/10, Banco de Servicios y Transacciones S.A. c. Appiani Jorge Humberto y otro s/oficio ley 22.172 - elDial.com - AA6397). Sin perjuicio de la existencia de acuerdos arbitrales que habiliten una jurisdicción especial, los tribunales estatales mantienen siempre su facultad para el dictado de medidas cautelares.

También existen teorías atípicas que por ejemplo consideran principalmente la actividad judicial y arbitral como la misma entidad, pero de naturaleza diversa. En ese sentido Carnelutti (18) entiende que el arbitraje es un subrogado procesal próximo al proceso de cognición, en cuanto no tiene carácter público y debe pedir su ejecución a la jurisdicción. Y en sentido similar Redenti (19) para quien el arbitraje es una sustracción de la controversia a la autoridad judicial que requiere un decreto de autoridad con un estudio menos a fondo que el reconocimiento de la sentencia extranjera.

2. Estado actual de la teoría

Señala Guaia (refiriéndose al modelo adoptado por el Proyecto de Código Civil y Comercial) que “La inclusión del arbitraje como un contrato “nominado” en el contexto de un código de obligaciones civiles y comerciales es novedosa y solitaria en la moderna técnica legislativa en la materia y se presenta como una adhesión explícita a una concepción contractualista del instituto que se contrapone con la aproximación “jurisdiccional” o “híbrida”, que no sólo cuenta con la aquiescencia de la principal doctrina nacional (20) y extranjera (21) sino que ha sido consagrada y conservada por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación y por los más relevantes tribunales superiores de otras naciones (22). La tendencia universal ha sido la regulación del arbitraje a través de una ley especial

(C. Nac. Com., sala A, 10/12/2010, Peide Industria y Construcciones SA c. Mina Pirquitas Inc. Suc. Argentina, Newsletter Abeledo Perrot, 8/4/2011).

(18) CARNELUTTI, Instituciones, cit., I, p. 116.

(19) REDENTI, Derecho Procesal Civil, cit. III, 100.

(20) Con cita de: RIVERA, Julio C., Arbitraje Comercial Doméstico e Internacional, Lexis Nexis, 2007, pp. 62 y ss.; CAIVANO, Roque J., Arbitraje, Ad Hoc, 2000, p. 91 y ss. V. también GOLDSCHMIDT, Werner, Derecho Internacional Privado, (1980), para quien los Tratados de Montevideo (1889 y 1940) “aceptan con miras al laudo la doctrina de la sentencia, y repudian la doctrina del contrato” (p. 451 N° 371).

(21) Con cita de: REDFERN, Alan y HUNTER, Martin, Law and Practice of International Commercial Arbitration, Ed. Thompson (Londres) 2004, pp. 13 y ss.

(22) Con cita de: CSN, Bruce c. De las Carreras, Fallos 22:371 (año 1880), CSN, 1/11/88, “S.A. La Nación y otra c. S.A. La Razón Editorial E.F.I.C. y A.”, Fallos 311:2223; ídem, 10/11/88, “Nidera Argentina S.A. c. Elena G. Rodríguez Álvarez de

de procedimiento que, entre otros aspectos fundamentales, reconozca la función jurisdiccional del arbitraje y de los árbitros, la autonomía del acuerdo arbitral, la jerarquía decisoria de los laudos y la función judicial de soporte procesal y recursivo. En este sentido, el acuerdo arbitral es un contrato (23) cuyo objeto es someter la controversia a arbitraje. Lo mismo sucede con el vínculo entre las partes y los árbitros o la institución arbitral. Una vez constituido el tribunal y establecida en su caso la administración institucional del arbitraje, el proceso se rige también por disposiciones legales de naturaleza procesal que determinan que el laudo sea ejecutable o recurrible como una sentencia judicial y que ésta transforme la controversia resuelta en *res judicata*. Ninguna de estas esenciales consecuencias del arbitraje recibe tratamiento en el Proyecto, cuya revisión en este aspecto es imprescindible (24). De esta manera, y de acuerdo con lo expresado en el párrafo anterior, parece totalmente inapropiado la inclusión de este instituto en el molde en que se lo hace.

En la doctrina nacional la tesis jurisdiccional es ampliamente mayoritaria. Alsina (25), Reimundín (26), Colombo (27), Díaz (28), Morello, y otros (29), Fenochietto y Arazi (30), entre otros. La tesis contractual ha

Canale”, Fallos 311:23; V. CARBONNEAU, T., *The Law and Practice of Arbitration*, Juris, New York, 2009, pp. 32 y ss.

(23) Desarrollaremos este tema más adelante considerando el sistema del Proyecto en comentario.

(24) GUAIA, Carlos, con la colaboración de GUAIA, Ignacio, *El Arbitraje en el Proyecto de Unificación Legislativa*, en *Revista del Colegio de Abogados de la ciudad de Buenos Aires*, Julio 2012, t. 72, n° 1, pp. 27-28

(25) ALSINA, Tratado, 1965, cit., VII, p. 53.

(26) REIMUNDIN, *Derecho Procesal Civil, Doctrina, jurisprudencia. Legislación Argentina y comparada*, Buenos Aires, 1956, II, pp. 70 y 71.

(27) COLOMBO, Carlos J., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, anotado y comentado, Buenos Aires, 1969, IV, p. 822.

(28) CARLI, Carlo, *La demanda civil*, La Plata Lex 1977, pp. 14 y 15.

(29) MORELLO, Augusto M.- PASSI LANZA - SOSA - GUALBERTO, Lucas y BERIZONCE, Roberto Omar, *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Prov. de Buenos Aires y de la Nación, Comentados y Anotados*, 1979. t. IX, p. 490.

(30) FENOCHIETTO, Carlos E. y ARAZI, Roland, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, 1993-III, p. 503. Otros autores que se pueden

sido sostenida por muy pocos autores, como Lascano (31), Podetti (32) y Zavala Rodríguez (33). Palacio decía, siguiendo a Barrios de Angelis que: “La tesis contractualista es desechable en cualquiera de sus orientaciones. El encuadramiento de los árbitros como mandatarios comunes de ambas partes resulta en efecto totalmente desestimable no bien se advierte que el contenido del laudo arbitral no configura la ejecución de instrucciones impartidas por aquéllas, sino que constituye una decisión unilateralmente adoptada por los árbitros (o amigables componedores). No cabe concebir, en otras palabras, la existencia de un mandato, porque la imperatividad de la decisión arbitral viene a demostrar que los poderes de los supuestos mandantes (las partes) resultarían inferiores a los poderes del mandatario (árbitros o amigables componedores). No es tampoco aceptable la equiparación del arbitraje a un contrato de locación de obra o de servicios, pues la obtención de la *justicia* a que se aspira mediante el laudo arbitral trae aparejado un conjunto de poderes y deberes difícilmente conciliables con la simple realización de la obra o la prestación del servicio involucrados en la mencionada categoría contractual. Una razón sustancialmente similar se opone a la caracterización del arbitraje como un contrato de “solución” o como un pacto de disolución o de liquidación según lo propone Guasp, pues el laudo arbitral no supone la mera desaparición de las relaciones recíprocas existentes entre las partes que celebran el compromiso, e inclusive, puede mantener tales relaciones cuando aquéllas aspiran, v.gr., a obtener una decisión relativa a la interpretación de una o más cláusulas contractuales.

citar en el mismo sentido: OTTOLENGHI, M., Conceptos fundamentales para una construcción del instituto arbitral, en Rev. de Der. Proc. 1943, 1ª parte, p. 184 y ss.; AYARRAGARAY, Carlos, Naturaleza del proceso arbitral, FERNANDEZ, Raymundo L., Derecho Procesal Civil, 1955, I, 618 y en sentido similar - Código de Comercio, I, vol. 2, pp. 1229 y 1230; FERNANDEZ, Raymundo L. - GOMEZ LEO, Osvaldo R., Tratado Teórico-Práctico de Derecho Comercial, LexisNexis, Buenos Aires 2006, t. I, párr. 49, a), etc.

(31) LASCANO, David, Jurisdicción y Competencia, Buenos Aires 1941, p. 153.

(32) PODETTI, J. Ramiro, Código de Procedimientos en materia civil y comercial de Mendoza, Buenos Aires 1936, III, p. 271.

(33) ZAVALA RODRIGUEZ, Carlos, Código de Comercio y leyes complementarias comentados y concordados, Depalma, Buenos Aires 1959, I, 560.

3. El arbitraje en el Proyecto

En el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación el arbitraje aparece como un contrato. Esta incorporación a la ley sustantiva es un error grave pues no sólo no sigue la línea tradicional argentina en esa materia, sino que el arbitraje no es un contrato en ningún caso y su inclusión en esos términos en el Proyecto presenta una inconsistencia en el sistema.

Veamos la cuestión. No vamos a considerar como argumento el hecho de que la doctrina mayoritaria se oponga al criterio de considerar el arbitraje como contrato, ni tampoco de que existan normas procesales en el derecho de fondo, pues ello depende del ligamen que tengan ambos ordenamientos (de fondo y de forma) o del interés del legislador en conservar una serie de principios generales, en especial en un país federal como el nuestro, ya que en un país unitario esta cuestión tiene menor importancia. Tampoco consideraremos el hecho de que el arbitraje como otras instituciones, por su propia naturaleza conviene que esté incluido en una ley especial independiente (lo que resulta sin duda más conveniente).

Decimos que el arbitraje no es un contrato por las siguientes razones:

1) *Arbitraje obligatorio*. El arbitraje puede ser obligatorio o voluntario. El arbitraje obligatorio está establecido por el art. 516 del CPCCN, referido al cumplimiento de la sentencia en el proceso de conocimiento, y que dice: Siempre que las liquidaciones o cuentas fueren muy complicadas y de lenta y difícil justificación o requirieren conocimientos especiales, serán sometidas a la decisión de peritos árbitros o, si hubiere conformidad de partes, a la de amigables componedores. En tal supuesto obviamente el arbitraje no es un contrato. El mismo Proyecto señala por ejemplo que: “Los propietarios de casas de depósito son responsables de la conservación de las cosas allí depositadas, excepto que prueben que la pérdida, la disminución o la avería ha derivado de la naturaleza de dichas cosas, de vicio propio de ellas o de los de su embalaje, o de caso fortuito externo a su actividad. La tasación de los daños se hace por peritos arbitradores” (Art. 1376) y cuando habla de la determinación de la adecuación de las cosas al contrato dispone que: “En los casos de los artículos 1153 y 1154 el comprador debe informar al vendedor sin demora de la falta de adecuación de las cosas a lo convenido. La determinación de si la cosa remitida por el vendedor es adecuada al contrato se hace por peritos arbitradores, excepto estipulación contraria (Art. 1157). Por su parte, el art. 1650 del

Proyecto prevé que el arbitraje puede estar establecido “en un estatuto o reglamento”. Resulta claro que si el arbitraje proviene de una disposición de la ley, no es contractual, sino legal.

2) *Definición de contrato y de contrato de arbitraje.* El contrato arbitral presenta una inconsistencia con el sistema del Proyecto. El art. 597 del este ordenamiento define el contrato como “*el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales*”. Pues bien, el arbitraje no tiene como objeto de sí mismo ninguna relación jurídico patrimonial, sino que su objeto es la creación de un tribunal para dirimir un conflicto jurídico. La contractualidad del arbitraje contrasta también con la definición del art. 1649 del Proyecto que establece que “*Hay contrato de arbitraje cuando las partes deciden someter a la decisión de uno o más árbitros todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual*”. Se advierte claramente que el arbitraje no es un contrato en sí sino que está supeditado a determinada relación jurídica. Por otro lado, en el caso de las relaciones no contractuales, como el testamento aparece como complementaria la institución del arbitraje. De modo que el arbitraje nunca tiene independencia total, pues si no existe relación jurídica de base un acuerdo arbitral carece de sentido.

c) *La autonomía.* La inconsistencia de la incorporación normativa sobre arbitraje se aumenta cuando se le quiere dar independencia absoluta al arbitraje en el art. 1653, titulado “Autonomía”: “*El contrato de arbitraje es independiente del contrato con el que se relaciona. La ineficacia de éste no obsta a la validez del contrato de arbitraje, por lo que los árbitros conservan su competencia, aun en caso de inexistencia o nulidad de aquél, para determinar los respectivos derechos de las partes y pronunciarse sobre sus pretensiones y alegaciones*”. El criterio expuesto es así considerado en alguna jurisprudencia sobre el tema (34). Pero el artículo que hemos citado,

(34) Toda vez que el conflicto suscitado entre las empresas versa sobre derechos contractuales disponibles que pueden ser materia de transacción, no existe óbice legal a la validez de la cláusula de sumisión al arbitraje de todo diferendo generado por la relación contractual, por cuanto la cláusula compromisoria constituye un contrato autónomo dentro de otro contrato y porque la suerte de este último —así se invoque su nulidad, su inexistencia o su rescisión— no acarrea necesariamente la invalidez del pacto arbitral, en tanto no se pruebe que el consen-

que ha sido tomado probablemente de la regla 16.1) UNCITRAL (35), confunde la situación porque:

1. Se refiere a la nulidad del contrato de base (al decir aquél), que podría ser competencia de los árbitros, pero no puede extenderse esa competencia a la inexistencia, pues el Proyecto, siguiendo la doctrina que se ha impuesto en los últimos años, no incorpora al supuesto de inexistencia cuando habla de “Ineficacia de los Actos Jurídicos” en el art. 382 sólo menciona la nulidad o la inoponibilidad respecto de determinadas personas. Sólo se refiere a la inexistencia del acto en el art. 1647 con relación a la transacción (36).

2. Este error se advierte claramente cuando vemos el citado art. 16.1) de la Ley Modelo CNUDMI (UNCITRAL) que dice: “*Facultad del tribunal arbitral para decidir acerca de su competencia* 1) El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso (sic por inclusive) sobre las *excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje* (véase que se refiere al acuerdo de arbitraje, no al contrato de arbitraje y no hace referencia a la inexistencia del acuerdo de base). A ese efecto, una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará *ipso jure* la nulidad de la cláusula compromisoria”. Una cosa es decidir sobre la validez o existencia del acuerdo de arbitraje y otra sobre la inexistencia del contrato base que lo sustenta.

timiento al arbitraje está viciado de invalidez (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala I, 1/3/2011, Partes: Smit International Argentina S.A. v. Puerto Mariel S.A.).

(35) Ley Modelo de la CNUDMI (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, o UNCITRAL, por su siglas en inglés United Nations Commission for the Unification of International Trade Law) sobre Arbitraje Comercial Internacional 1985, con las enmiendas aprobadas en 2006.

(36) Proyecto. Art. 1647.- Nulidad. Sin perjuicio de lo dispuesto en el Capítulo 9 del Título IV del Libro Primero respecto de los actos jurídicos, la transacción es nula: a) si alguna de las partes invoca títulos total o parcialmente inexistentes, o ineficaces; ...

4. Conclusiones sobre la cuestión del arbitraje contractual

El error radica en considerar el arbitraje como un contrato independiente, cuando en realidad es una cláusula que se puede agregar a los contratos o a otros actos jurídicos. Esta cláusula es convencional y obviamente la misma es una convención un acuerdo, pero también son convencionales las cláusulas de intereses, el arras, la compra con retroventa, la cláusula penal, etc. y no se piensa que las mismas puedan ser independientes del contrato.

Además es una cláusula, porque si bien se forma a partir de una convención o acuerdo de partes, se hace a través de una cláusula llamada “cláusula compromisoria” o “compromiso” (37), como indica la ley modelo (UNCITRAL) que obviamente, como su nombre lo indica no es un contrato, sino que forma parte de un contrato, con independencia de que la cláusula figure en el mismo contrato o sea objeto de un acto posterior. Nuevamente vemos que no podría concebirse un contrato de arbitraje que no tuviese como referencia, como sustento, o como base una relación jurídica a la que hacer esa referencia.

Pero tal vez la contradicción más evidente es la que surge del artículo 1650 del proyecto cuando habla de la forma: “El acuerdo de arbitraje debe ser escrito y puede constar en una *cláusula compromisoria* incluida en un contrato o en un *acuerdo independiente o en un estatuto o reglamento*. La referencia hecha en un contrato a un documento que contiene una *cláusula compromisoria* constituye contrato de arbitraje siempre que el contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato”. Véase que se dice que una cláusula compromisoria es un contrato, lo que es una contradicción en sus propios términos, más allá de que la referencia a un estatuto o reglamento significan algo distinto del contrato.

Finalmente debe hacerse notar que el Proyecto lleva adjunta una ley de aprobación, derogación y modificación de leyes. Entre ellas varios artículos de la ley de sociedades, que el Poder Ejecutivo objetó por considerar

(37) Un compromiso o una cláusula compromisoria es, en Derecho, una estipulación contenida en un contrato por la que las partes acuerdan someter a arbitraje las divergencias que surjan con ocasión del cumplimiento o la interpretación del contrato o un testamento.

que debían tratarse con una modificación total a la ley de sociedades. De todas maneras estos artículos 15 bis, ter y quater, tienen un concepto distinto de arbitraje, pues el primero ya dice: "Artículo 15 bis.- El acto constitutivo, contrato social o estatuto puede incluir una *cláusula compromisoria* que someta en forma obligatoria los diferendos entre los socios, o entre éstos y la sociedad o los integrantes de sus órganos sociales, al arbitraje o a la amigable composición. En este caso se debe especificar..." En las sociedades es una cláusula y no un contrato.

5. La cuestión de la jurisdicción provincial

La concepción de las leyes generales de arbitraje proviene normalmente de países unitarios. Es cierto que podría dictarse una ley general para toda la Nación sobre arbitraje, como sucede en el caso de los concursos y quiebras y diversas cuestiones de derecho de familia, pero estos temas, además de estar acotados, tienen como fundamento principios generales y superiores que no se ven en el arbitraje. Es cierto también que pueden establecerse normas que permitan incluir el compromiso en el derecho sustantivo, pero el Proyecto, además de los defectos que hemos apuntado avanza demasiado en el campo procesal, aspecto reservado a las provincias que tienen dictadas normas sobre arbitraje en los códigos procesales, inclusive en los más modernos y que, integradas a un cuerpo sustantivo nacional aparecen como inconstitucionales, por violar, en principio, el art. 5° CN.

Para considerar el tema, más allá de que como hemos señalado debemos decir que fraccionar la temática del arbitraje es inconveniente desde el punto de vista de la organización jurídica y de la técnica jurídica. Por otro lado, la normativa propuesta por el Proyecto tiene normas que podrían ir en un ordenamiento de fondo, otras que pueden ser omitidas, algunas considerarse como zonas grises y otras directamente procesales que no justifican su inclusión en un ordenamiento sustantivo.

El Proyecto trata del arbitraje en los artículos 1649 a 1665. Examinemos en ellos las cuatro zonas indicadas que pueden dar lugar a la objeción de inconstitucionalidad en razón de interferir la jurisdicción provincial.

a) *Normas que podrían integrar el ordenamiento de fondo.* En primer lugar tenemos la definición del art. 1649. Además de las críticas que ya le hemos hecho se debe agregar que las definiciones no son convenientes en

los códigos y además, en el presente caso, debería cambiarse por otra más adecuada, eliminando el carácter contractual del arbitraje y, consecuentemente trasladando el instituto a otra parte del Proyecto. Por su parte el art. 1650 también puede estar incluido en una ley de fondo con algunas modificaciones. Así se expresa: “El acuerdo de arbitraje debe ser escrito y puede constar en una *cláusula compromisoria* incluida en un contrato o en un acuerdo independiente o en un estatuto o reglamento. La referencia hecha en un contrato a un documento que contiene una *cláusula compromisoria* (constituye contrato de arbitraje, eliminamos) (“será válida”, agregamos) siempre que el contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato”. Pero también habría que agregar que la cláusula puede estar contenida en una relación no contractual, tal cual considera el art. 1649.

La exclusión de controversias no mejora el sistema del CPCCN en los arts. 737 y 738 según los cuales “No podrán comprometerse en árbitros, bajo pena de nulidad, las cuestiones que no puedan ser objeto de transacción” y “Las personas que no pueden transigir no podrán comprometer en árbitros. Cuando la ley exija autorización judicial para realizar actos de disposición, también aquella será necesaria para celebrar el compromiso. Otorgada la autorización, no se requerirá la aprobación judicial del laudo”. Pero además la última parte del art. 1651 del Proyecto (38) cuando indica que el capítulo referido al arbitraje “no es aplicable a las relaciones de consumo y laborales”, omite señalar que tampoco se aplica a las sociedades comerciales, según la reforma de las mismas que se propuso.

b) *Cuestiones que pueden ser omitidas.* Cuando no existe una norma prohibitiva, o resulta obvio determinado resultado legal, ya sea porque su admisión surge de la ley (lo que no está prohibido está permitido) o es consecuencia de la costumbre o la tradición en una materia, es superabundante la inclusión de normas como la del art. 1652, que habla de las *clases de arbitraje*, quedando sólo como hábil la segunda parte para evitar confusiones, pero esta cuestión no es de fondo sino de forma. La norma proyectada dice: “Pueden someterse a la decisión de arbitradores o amigables componedores, las cuestiones que pueden ser objeto del juicio de

(38) Proyecto. Artículo 1651.- Controversias excluidas. No pueden ser sometidas a arbitraje las controversias que recaen sobre el estado civil, las cuestiones no patrimoniales de familia y la capacidad de las personas. Este Capítulo no es aplicable a las relaciones de consumo y laborales.

árbitros. Si nada se estipula en el convenio arbitral acerca de si el arbitraje es de derecho o de amigables compondores, o si no se autoriza expresamente a los árbitros a decidir la controversia según equidad, se debe entender que es de derecho". Se omitió en el caso, además la pericia arbitral. Lo que debió omitirse es la referencia a la opción de arbitraje institucional o derivación a terceros para la fijación del mismo (39), porque esta es una cuestión que corresponde a las partes y no existe límite sobre el particular en ninguna ley.

c) *Zonas grises*. Una cuestión relacionada con la competencia, que ya hemos analizado con relación a la contradicción existente en el campo de la nulidad es la del art. 1653 del Proyecto denominada "Autonomía": "El contrato de arbitraje es independiente del contrato con el que se relaciona. La ineficacia de éste no obsta a la validez del contrato de arbitraje, por lo que los árbitros conservan su competencia, aun en caso de inexistencia o nulidad de aquél, para determinar los respectivos derechos de las partes y pronunciarse sobre sus pretensiones y alegaciones". Se trata de un caso de competencia que debe asociarse con el art. 1654: "Excepto estipulación en contrario, el contrato de arbitraje otorga a los árbitros la atribución para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del convenio arbitral o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia". El establecer que los árbitros son competentes en este particular con relación a su competencia es correcto y tiende a prevenir que la discusión sobre la competencia en los tribunales jurisdiccionales constituya un atraso notable en el tratamiento de las cuestiones si las mismas fueran de competencia del tribunal arbitral, pero es discutible que una norma de competencia de esta naturaleza deba estar integrada en una ley sustantiva, pues su fin es puramente procesal. No resulta clara otra norma que se relaciona con la presente y que se refiere a una cuestión puramente procesal cual es la de la excepción de compromiso. Parece que existe una contradicción entre la norma que comentamos y el art. 1656 dispone que: "El convenio arbitral obliga a las partes a cumplir lo estipulado y excluye la competencia de los tribunales judiciales sobre las controversias sometidas a arbitraje".

(39) Proyecto. Artículo 1657.- Arbitraje institucional. Las partes pueden encomendar la administración del arbitraje y la designación de árbitros a asociaciones civiles u otras entidades nacionales o extranjeras cuyos estatutos así lo prevean. Los reglamentos de arbitraje de las entidades administradoras rigen todo el proceso arbitral e integran el contrato de arbitraje.

das a arbitraje, excepto que el tribunal arbitral no esté aun conociendo de la controversia, y el convenio parezca ser manifiestamente nulo o inaplicable. En caso de duda ha de estarse a la mayor eficacia del contrato de arbitraje”. La competencia arbitral excluye la competencia judicial mediante la excepción de compromiso.

La norma sobre medidas cautelares tiende a terminar con la discusión sobre la posibilidad de los árbitros de dictar medidas cautelares que, como hemos visto ya dividen a la jurisprudencia y la doctrina. El art. 1655 del Proyecto señala: “Excepto estipulación en contrario, el contrato de arbitraje atribuye a los árbitros la facultad de adoptar, a pedido de cualquiera de las partes, las medidas cautelares que estimen necesarias respecto del objeto del litigio. Los árbitros pueden exigir caución suficiente al solicitante. La ejecución de las medidas cautelares y en su caso de las diligencias preliminares se debe hacer por el tribunal judicial. Las partes también pueden solicitar la adopción de estas medidas al juez, sin que ello se considere un incumplimiento del contrato de arbitraje ni una renuncia a la jurisdicción arbitral; tampoco excluye los poderes de los árbitros”. Pero esta norma, que en nuestro ordenamiento es típicamente procesal puede invadir la jurisdicción provincial y ser motivo de una inacabable fuente de planteos.

Otra zona que es seguramente procesal es la relativa a las obligaciones de los árbitros. El art. 1662 establece que: “El árbitro que acepta el cargo celebra un contrato con cada una de las partes y se obliga a: a) revelar cualquier circunstancia previa a la aceptación o que surja con posterioridad que pueda afectar su independencia e imparcialidad; b) permanecer en el tribunal arbitral hasta la terminación del arbitraje, excepto que justifique la existencia de un impedimento o una causa legítima de renuncia; c) respetar la confidencialidad del procedimiento; d) disponer de tiempo suficiente para atender diligentemente el arbitraje; e) participar personalmente de las audiencias; f) deliberar con los demás árbitros; g) dictar el laudo motivado y en el plazo establecido. En todos los casos los árbitros deben garantizar la igualdad de las partes y el principio del debate contradictorio, así como que se dé a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos”. En primer lugar debió decir “el árbitro o los árbitros” y las obligaciones mencionadas más parecen ser deberes de la estructura arbitral en tanto es un proceso parajudicial. Véase que varias de esas normas constituyen principios constitucionales como la independencia y la imparcialidad, la igualdad de las partes y el contradictorio y la

defensa en juicio, motivación del laudo, cuya inclusión es superabundante ya que la violación de los principios da lugar a la nulidad del procedimiento y del laudo aunque no consten en artículo alguno. Otros parecen incluir las causas de excusación o renuncia, cuestión típicamente procesal.

d) *Cuestiones procesales*. Además de las normas que hemos incluidos en las zonas grises hay otras de neto corte procesal y no tienen porqué estar integradas a la normativa sustancial. No cabe duda de que la recusación de los árbitros (art. 1653) (40), la retribución de los árbitros (art. 1664) (41), aunque no se ve por qué tiene que hacerse una referencia a la actividad extrajudicial de los abogados, si la actividad de los árbitros es justamente en un proceso. En el mejor de los casos tampoco se indica si la retribución va a ser la misma en su totalidad si hay un solo árbitro o son varios. Finalmente el art. 1665 habla de la extinción de la competencia de los árbitros, cuestión que no sólo es procesal, sino que está reglada específicamente en los códigos procesales para los jueces y la misma resulta para los árbitros (art. 166 CPCCN) (42). Véase que los ordenamientos procesales que regulan el sistema de arbitraje no ponen una norma especial sobre la finalización de la competencia de los árbitros entendiendo la misma en el sentido que hemos indicado.

6. Errores en la construcción del sistema

Sin perjuicio de lo expresado hay una serie de errores en la construcción del sistema arbitral como los siguientes.

(40) Proyecto. Artículo 1663.- Recusación de los árbitros. Los árbitros pueden ser recusados por las mismas razones que los jueces de acuerdo al derecho de la sede del arbitraje. La recusación es resuelta por la entidad administradora del arbitraje o, en su defecto, por el tribunal judicial. Las partes pueden convenir que la recusación sea resuelta por los otros árbitros.

(41) Artículo 1664.- Retribución de los árbitros. Las partes y los árbitros pueden pactar los honorarios de éstos o el modo de determinarlos. Si no lo hicieran, la regulación se hace por el tribunal judicial de acuerdo a las reglas locales aplicables a la actividad extrajudicial de los abogados.

(42) Proyecto Artículo 1665.- Extinción de la competencia de los árbitros. La competencia atribuida a los árbitros por el contrato de arbitraje se extingue con el dictado del laudo definitivo, excepto para el dictado de resoluciones aclaratorias o complementarias conforme a lo que las partes hayan estipulado o a las previsiones del derecho de la sede.

a) *Cláusulas facultativas*. Cuando el art. 1658 habla de cláusulas facultativas parece establecer reglas para el arbitraje internacional, sin explicitar reglas especiales respecto de éste. Así dice: “Se puede convenir: a) la sede del arbitraje; b) el idioma en que se ha de desarrollar el procedimiento (parece que si el arbitraje es en Argentina el idioma indudablemente el nacional, art. 115 CPCCN); c) el procedimiento al que se han de ajustar los árbitros en sus actuaciones. A falta de acuerdo, el tribunal arbitral puede dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado (de esta manera parece eliminar la posibilidad de que se regule el arbitraje); d) el plazo en que los árbitros deben pronunciar el laudo. Si no se ha pactado el plazo, rige el que establezca el reglamento de la entidad administradora del arbitraje, y en su defecto el que establezca el derecho de la sede (nuevamente aparece el arbitraje con carácter internacional); e) la confidencialidad del arbitraje; f) el modo en que se deben distribuir o soportar los costos del arbitraje.

b) *Designación de los árbitros*. Uno de los problemas centrales es la designación de los árbitros y ello ha hecho fracasar en parte el sistema arbitral en su plenitud, aunque nunca puede alcanzar el ideal planteado por la doctrina que lo supone como una panacea para resolver los problemas del retardo de la justicia en el campo interno (43). El proyecto vuelve con ideas similares a las de los artículos 739 y 740 CPCCN que mostraron su ineficacia (44). Dice la norma: “El tribunal arbitral debe estar compuesto

(43) BRISEÑO Sierra, H., “Arbitraje nacional e internacional” en Cuadernos de Derecho Procesal, nro. 1, dice: “Resulta comprensible que, en lo internacional, el arbitraje sea muy probablemente no sólo la mejor solución sino la única, ya que en determinadas circunstancias no existe ni el órgano ni la vía adecuados para presentar la reclamación correspondiente. La influencia del comercio internacional sobre el desarrollo arbitral se ha visto en todos los países; Francia, que tan renuente fue durante muchos años para darle eficacia a la cláusula compromisoria, finalmente accedió a ello como resultado de los convenios, primero bilaterales y luego plurilaterales que suscribió sobre esta materia” (págs. 44/45). En doctrina se aprecia este último criterio en Matray (“La déontologie de l’arbitrage commercial international”, en *Revue de Droit International et Droit Comparé*, nro. 2, 1985, pág. 103).

(44) CPCCN: Art. 739. - Forma del compromiso. El compromiso deberá formalizarse por escritura pública o instrumento privado, o por acta extendida ante el juez de la causa, o ante aquél a quien hubiese correspondido su conocimiento. Art. 740. - Contenido. El compromiso deberá contener, bajo pena de nulidad: 1) Fecha, nombre y domicilio de los otorgantes. 2) Nombre y domicilio de los árbitros, excepto en el caso del artículo 743. 3) Las cuestiones que se sometan al juicio

por uno o más árbitros en número impar. Si nada se estipula, los árbitros deben ser tres —3—. Las partes pueden acordar libremente el procedimiento para el nombramiento del árbitro o los árbitros. A falta de tal acuerdo: a) en el arbitraje con tres árbitros, cada parte nombra un árbitro y los dos árbitros así designados nombran al tercero. Si una parte no nombra al árbitro dentro de los treinta —30— días de recibido el requerimiento de la otra parte para que lo haga, o si los dos árbitros no consiguen ponerse de acuerdo sobre el tercer árbitro dentro de los treinta —30— días contados desde su nombramiento, la designación debe ser hecha, a petición de una de las partes, por la entidad administradora del arbitraje o, en su defecto, por el tribunal judicial; b) en el arbitraje con árbitro único, si las partes no consiguen ponerse de acuerdo sobre la designación del árbitro, éste debe ser nombrado, a petición de cualquiera de las partes, por la entidad administradora del arbitraje o, en su defecto, por el tribunal judicial. Cuando la controversia implica más de dos —2— partes y éstas no pueden llegar a un acuerdo sobre la forma de constitución del tribunal arbitral, la entidad administradora del arbitraje, o en su defecto, el tribunal judicial debe designar al árbitro o los árbitros (artículo 1659). La norma transcrita equivale en muchos aspectos al sistema de compromiso del CPCCN, que lleva casi inexorablemente a un conflicto de larga duración por la demanda que se tiene que hacer al juez para la constitución del tribunal arbitral, aspecto que el proyecto no soluciona.

c) *Calidades de los árbitros*. Con relación a este tema existen dos problemas. El primer es al que se refiere el art. 1660 del Proyecto que dice que: “Puede actuar como árbitro cualquier persona con plena capacidad civil. Las partes pueden estipular que los árbitros reúnan determinadas condiciones de nacionalidad, profesión o experiencia”. En realidad esta cláusula contiene el mismo error que el CPCCN en el art. 743 segunda parte, ya que se supone que para una cuestión de Derecho los árbitros deben ser abogados, aunque pudiera constituirse un tribunal escabinado (formado por profesionales y legos) para que las pruebas pudieran ser examinadas por un jurado no profesional, pero tal modelo, que es corriente en Alemania (45), no está previsto en nuestra legislación. En el nuevo CPCC de Río

arbitral, con expresión de sus circunstancias. 4) La estipulación de una multa que deberá pagar, a la otra parte, la que dejare de cumplir los actos indispensables para la realización del compromiso.

(45) La ley de la Judicatura Alemana en el art. 45.a) establece: Denominaciones de los jueces honorarios. A los jueces honorarios de la jurisdicción penal se

Negro el art. 741 primera parte, dispone que: “Cuando la cuestión litigiosa haya de decidirse con arreglo a derecho, los árbitros deberán ser abogados en ejercicio”.

Una segunda regla dentro de este tema es el de la situación privilegiada. Dice el art. 1661: “Es nula la cláusula que confiere a una parte una situación privilegiada en cuanto a la designación de los árbitros”. Esta norma coincide en general con el concepto de Abuso de la posición dominante en el mercado (art. 11 del Proyecto). Lo que sucede en la realidad que nunca va a figurar en un acuerdo arbitral una situación privilegiada en cuanto a la designación de los árbitros, pues se trata de una cuestión de hecho relacionada con el poder y el interés de los contratantes. Lo que es muy corriente en los arbitrajes internacionales para países más débiles o necesitados donde se imponen los árbitros, la competencia y otras cuestiones no tan claras.◆

los denomina “escabinos”; a los jueces honorarios de las Cámaras para asuntos comerciales se los denomina “juez en lo comercial”, y a los demás jueces honorarios se los denomina “juez honorario” (ver Witthaus - Poder judicial alemán, p. 162).

VIGENCIA Y VALOR DE LA CULPA

POR MARIANO GAGLIARDO (*)

Señores Académicos: Expondré sobre el tema convocado y lo correlacionaré con variados epígrafes

Exordio

La responsabilidad civil subjetiva, a título de culpa es un instituto de alcances permanentes que subsiste a pesar de sus avatares. La evolución del orden jurídico, no obstante, con su variedad de matices ha impactado sus alcances y sistematizaciones, motivando disparidad de opiniones y sustentos. Se suma a ello, algunas reformas legislativas con “inversión de la carga de la prueba”, pautas acerca de “presunciones”, en donde no pueden faltar teorías y justificaciones.

I. Justicia y eficacia

Los méritos y las virtudes de la responsabilidad son variados y de naturaleza diversa. Los primeros responden a motivos éticos, mientras los segundos a razones prácticas.

La responsabilidad civil es la obligación de responder ante la justicia por un daño y de reparar sus consecuencias indemnizando a la víctima. Su objetivo sustancial es la compensación que consiste en restablecer el equilibrio que había sido alterado por el autor del daño, entre su patrimonio y el de la víctima.

(*) Comunicación del Académico, octubre de 2012.

Tiene también un rol preventivo que induce a los ciudadanos a obrar con prudencia, a fin de soslayar la eventualidad de una reparación. Las experiencias de responsabilidad confluyen en cohesivas instituciones y en vigencias sociales renovadoras.

Las responsabilidades de las personas también incluyen múltiples precisiones de tener que soportar, pues la dignidad de la persona no sólo exige respetos que le son debidos sino también exigencias que le redundan en la obligación de asumir los riesgos del propio vivir, así como las conaturales incertidumbres e inseguridades.

Las experiencias normativas y jurisprudenciales de la responsabilidad civil que rigen en los distintos sistemas jurídicos, ofrecen versiones a veces paralelas y coincidentes y otras disímiles en razón de los ámbitos en que se plantean.

II. Libertad

Existen razones éticas que indican que el individuo, titular de libre albedrío, gobierna su destino y la responsabilidad supone conciencia y en función de su obrar responsable.

Se rescata el rol de la responsabilidad en todos los ámbitos del dominio humano, detonando en ellos el valor de la ética (1). Es que para ser responsable se ha de obrar en ejercicio de la libertad. Ya lo había anticipado Aristóteles: “el hombre libre es causa de sí mismo”.

La libertad, como dato primario de la persona, es presupuesto de la responsabilidad que requiere permanencia de una identidad personal.

Con esas decisiones la persona estructura la conciencia de sí, se hace presente así misma; así es como la libertad comporta ineludible consecuencia de responsabilidad, por lo que esta última, en ausencia de libertad, carecería de sentido.

El hombre vive sus actos libres con la última convicción que efectivamente son suyos por encima del las permisibilidades legales que se le ofrezcan. Y con sus actos, orienta la identificación de su persona. La li-

(1) LE TOURNEAU, Philippe, La responsabilidad civil, Legis, Colombia, 2010, p. 29.

bertad denota que la persona está toda ella en cualquier acto suyo libre, por lo que éstos le generen ineludible interpelación última acerca de su respectivo por qué.

III. Responsabilidad y ética

Etimológicamente, responsabilidad da una idea de obligación asumida ante otra persona; la primera está llamada a dar razón de su ser y actuación. Mediante su responsabilidad la persona cuenta en el medio social en que se encuentra y vive.

La realidad de las cosas, que habrá de dictarla, no es otra cosa que la verdad metafísica, por lo que adviene inseparable el carácter ético de la responsabilidad (2).

El carácter ético es inherente al acto de la verdad. La verdad es forma primitiva de la responsabilidad (3).

La responsabilidad tiene su inicio en la acción del hombre: “quien por acción u omisión causa daño a otro está obligado a reparar el daño causado”. La acción expresa y exterioriza la autoría, la que puede ser adjetivada por un obrar culposo.

El curso moderno de la responsabilidad civil encuentra una trayectoria actual, corolario de la influencia del seguro. El seguro codetermina a la responsabilidad civil y ésta expande al correspondiente seguro.

IV. Alteridad

La noción de responsabilidad da la idea de una obligación asumida frente a otra persona: se trata de un concepto derivado: no se es responsable por sí y ante sí, sino frente a otro que no somos nosotros. Por eso la responsabilidad implica siempre un cierto linaje de dependencia.

La vida social redunda en una alteridad relevante de unos para con otros, de cada uno y de todos, ante todos y cada uno. Mas la alteridad en-

(2) LOPEZ JACOISTE, José Javier, La responsabilidad civil extracontractual, Universitaria, Madrid, 2010, p. 33.

(3) LOPEZ JACOISTE, ob. cit., p. 37.

cuentra su repercusión más concreta, y que más vitalmente insta a cada uno, en las respectivas responsabilidades que genera y en que se traduce. Pues la responsabilidad redonda en asumir las consecuencias de los propios actos: entronca como el fundamento moral de la persona, remodela sus pautas y requerimientos.

V. Garantía y culpa

Garantía equivale a la obligación que asume todo el que transmite un derecho en el sentido de asegurar al adquirente la posesión efectiva del mismo, y eventualmente, incluso la realización de las ventajas que él significa. Esta noción aparece claramente definida en el contrato de compraventa civil (art. 1325 Código Civil) y en la compraventa mercantil (art. 455 Código de Comercio).

A propósito de lo que se viene señalando la “ausencia de culpa”, no es suficiente para sustraer la garantía del campo de la responsabilidad civil. Otro aspecto es que en el régimen civil al analizar el concepto en el ámbito de la zona extracontractual, da a entender que utiliza la expresión “responsabilidad” con relación a situaciones en las cuales no existen conductas no culposas. Así sucede en el art. 1113 Código Civil, de donde se deduce que hay casos de responsabilidad objetiva sin que exista la culpa.

No existe la autonomía del concepto de garantía en ausencia del factor culpa. Dentro del paradigma de la responsabilidad y sus aplicaciones es relevante, la correlación entre las nociones de responsabilidad y garantía formulada por el autor belga Saintelette (4); la primera como proveniente de la causación extracontractual de daños, la segunda como centrada hacia el efectivo cumplimiento contractual.

Sin embargo, las precedentes conceptualizaciones, resultan una manera de entrelazar los efectos en dirección al resarcimiento.

Y así prevaleció, la proyección contractual y extracontractual en un mismo vocablo a pesar de los autores que los tenían como irreductibles.

Más la generalización de la expresión “responsabilidad civil”, es la contrapartida del giro “daños y perjuicios”, primero aplicado para el incumplimiento contractual y luego aplicado.

(4) De la responsabilité et de la garantie, Bruxelles et Paris, 1884, pp. 47 y 55.

VI. Culpa subjetiva: Estado actual

Es notable la declinación que en el siglo XX, se advirtiera en la figura de la culpa, aspecto notable en el desarrollo de la responsabilidad civil. Calificada doctrina (5) justifica la transformación en razón de la supremacía del seguro sobre la responsabilidad.

¿Cuál es la razón de la primacía adquirida por el seguro sobre la responsabilidad? En el contexto de una generalización del seguro, la incidencia pecunística de la condena pesa particularmente sobre el asegurador, lo que elimina "a priori" la justificación de la existencia de una culpa del responsable.

Existe una primicia del seguro sobre la responsabilidad, desde el instante en que la responsabilidad se transformó en un sustento para el seguro, no hay razón para indagarse si cada año se debió o no a una culpa, ni para designar como responsable al autor personal de esa culpa.

Es notorio que existe una relación entre el desarrollo del seguro de responsabilidad y la restricción del papel de la culpa en la organización de la responsabilidad civil.

Más la influencia deformante del seguro sobre la responsabilidad civil no se limitó a ese debilitamiento del papel de la culpa. Dicha influencia contribuyó a eliminar al responsable mismo imponiéndole el desaparecer detrás de su asegurador.

No obstante, la víctima obtiene reparación de su daño dirigiéndose al asegurador, sin tener prácticamente que tratar o negociar con el asegurado responsable. El rol desempeñado por el asegurado responsable es atenuado aun más por el hecho de que la acción directa es considerada como el instrumento de un derecho propio de la víctima. Corolario de lo expuesto, es que la persona ya no figure, en sentido propio, como una causa habiente del asegurado a través del cual ella se beneficia del seguro, sino como acreedor directo del asegurador.

VII. La culpabilidad como instrumento de medida de la sanción de los acontecimientos perjudiciales

La descripción de la declinación de la culpabilidad en los muchos casos en los que la responsabilidad era tradicionalmente subjetiva, no debe

(5) GENEVIEVE VINEY, *Le déclin de la responsabilité individuelle*, Paris, 1964.

ocultar el incomparable impulso que, por su parte, conoce la falta; ésta reaparece hoy corrientemente, con calificativos particulares. Sin duda, ni el legislador, ni la jurisprudencia adjudican efectos propios a la simple falta, o falta leve, y en raras ocasiones la caracterizan. Frecuentemente, en cambio, señalan la existencia de una falta “grave”, “voluntaria”, “dolosa” o “intencional”, “profesional”, “inexcusable”, etc. El Derecho contemporáneo conoce así una renovación de la culpabilidad bajo la forma de “faltas cuatificadas” que se presentan como una escala de gama de gran variedad.

Esta tendencia, en primer lugar sorprende, pues parece anacrónica. No sólo el Código Civil había decidido rechazar la teoría de las tres faltas de Pothier, para patrocinar la de la falta “única” de Lebrun sino que, desde 1804, todo esfuerzo de interpretación jurisprudencial de los textos relativos a la responsabilidad tiene precisamente por objeto despejar un concepto único de falta civil, despojándola de las irreductibles diferencias que distinguen necesariamente las faltas penales de los errores morales.

Sin embargo, la respectiva evolución de cada una, lejos de anularlas, hace que se complementen y condicionen mutuamente.

Para mantener los casos en los que visiblemente sólo se condena la indemnización con consideraciones objetivas, dentro de la obediencia al menos verbal, a la falta, la jurisprudencia, en ocasiones y con mayor frecuencia la doctrina, han ampliado ese concepto, hasta el punto de vaciarlo de su contenido moral, examinándolo *in abstracto*, es decir, haciendo abstracción del estado de la conciencia de su autor. “La falta objetiva ha sido inventada para salvación de la responsabilidad subjetiva; falta que sirve para todo pero que ya no es tal”. La falta ordinaria se desvanece también poco a poco. Se comprende muy bien que su existencia, cada vez más nominal, haya sido después pura y simplemente despreciada, en los casos en los que la indemnización se justificaba con otras consideraciones; en especial por el interés de una justa reparación de las cargas sociales. La falta venía en realidad asumida por un organismo colectivo cuya culpabilidad no había manera ninguna de enjuiciar.

Por el mismo movimiento la responsabilidad perdía evidentemente toda función moral y todo aspecto sancionador. Para que pudiese conservar esta segunda faceta de su misión importaba que la falta se reintrodujese, no como condición de la indemnización, sino como medida de la sanción.

¿Podíase utilizar la falta civil en abstracto de nuevo para este fin? ¿No habría sido esta falta despojada cuidadosamente de toda culpabilidad un instrumento adecuado para medir la represión de los movimientos perjudiciales?

Para restituirle el necesario contenido moral, la jurisprudencia y sobre todo el legislador, resucitaron los calificativos que naturalmente había conocido la teoría de la *pluralidad de faltas* en el antiguo derecho.

La “falta grave” o “falta pesada”, invocada con frecuencia para hacer más pesadas las obligaciones de su autor, se separó de la falta liviana u ordinaria. Luego, la misma gravedad, tan exigida frecuentemente, ya no pareció tan chocante para justificar una acción civil que se acotó sólo a la falta “intencional” o “inexcusable” (injustificable). En todos esos casos y con un vocabulario más o menos variado, lo que se considera es el aspecto reprehensible del acto, (aquí se llama “represión moral”: capacidad de ser reprimido moralmente), con objeto de dar una sanción.

Esta tendencia, evidentemente, contradeciría, a aquella otra que, en materia de indemnización, alivia la falta de su moralidad, si las dos se desarrollasen en el mismo plano y se disputasen idéntico terreno.

Pues bien, el empuje de la socialización de los riesgos da, al contrario, la clave para comprender esta coexistencia, y apreciar su utilidad. Los imperativos de la indemnización imponen, en la relación víctima-colectividad, el abandono de las restricciones que imponía la consideración de la falta de autor, la culpabilidad, expulsada de la fase reparadora de la acción en responsabilidad, tiene, al contrario, una utilidad creciente, y no encuentra obstáculo alguno teórico ni práctico en su fase de sanción.

Por ello, mientras la influencia de la gravedad de la falta permanece tímida cuando se confunden reparación y sanción en una instancia única, y se realizan por una sola condena ella es más sistemática en materia de acción de recurso.

VIII. La culpa y la sociedad civil

Es bueno y positivo que el público considere al delito como algo que... al delincuente. Para que las normas sociales sean respetadas, es necesario que su violación conlleve para todos los miembros de la sociedad, y no

solamente para los que están perjudicados, en sentimiento de malestar y temor, que sientan una deshonra social, que alcance al autor del acto.

IX. La era contemporánea y la culpa

La historia contemporánea de lo que llamamos el derecho de la responsabilidad en el sentido técnico del término, tiende a dejar espacio para la idea de responsabilidad sin falta, bajo la presión de conceptos tales como los de solidaridad, seguridad y riesgo, que tienden a ocupar el lugar de la idea de falta.

X. Final

La culpa es por lo tanto el acto que se siente que implica una deshonra y es ésta la que justifica la sanción y provoca la responsabilidad.◆

LOS ACTOS DE DISPOSICIÓN DE PARTES SEPARADAS DEL CUERPO Y EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

POR JOSÉ W. TOBÍAS (*)

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Cosas que se vuelven cuerpo humano. 3. Las partes separadas del cuerpo. 4. La naturaleza del material biológico humano. 5. Las partes del cuerpo humano y el Proyecto de Código Civil y Comercial. 6. El ámbito de aplicación del artículo 17 del Proyecto. 7. El asentimiento precedido del deber de información y el principio de finalidad. 8. La revocabilidad del asentimiento. 9. Conclusiones.

El ámbito de vigencia de la extrapatrimonialidad configurativa de un derecho personalísimo sobre las partes separadas del cuerpo, rige respecto de ellas “en cuanto tales” —mientras mantienen su inicial sustancia—. No es de aplicación cuando han experimentado transformaciones o cambios pues en ese caso se transforman en cosas en que la onerosidad posterior tiene su causa en las actividades y procedimientos que alteran su sustancia inicial.

1. Introducción

Los sorprendentes avances de la biotecnología han colocado al Biodecho en un protagonismo central: se le plantean numerosos y delicados

(*) Comunicación del Académico, en la sesión privada del 25 de octubre de 2012.

temas que rozan el destino y futuro mismo de la persona humana y en donde la rapidez de los cambios y las nuevas tecnologías contrastan, muchas veces, con la ausencia de normas legales específicas y otras veces con reglas no suficientemente analizadas y procesadas. Aún, en otras ocasiones las particularidades de las nuevas situaciones conducen a la reconsideración de criterios doctrinarios consolidados o a una relectura de las normas legales. Como se ha dicho, “el Derecho trata de adaptarse a marchas forzadas a ciertos cambios, mientras que otros demasiado rápidos e innovadores parecen escapar por completo a la capacidad de absorción” (1).

Es de interés destacar algunas particularidades del nuevo fenómeno en lo relacionado con el tema del título de este trabajo y que un autor ha analizado en algunos de sus aspectos bajo el sugestivo título “El cuerpo humano que se vuelve cosa. Cosas que se vuelven cuerpo humano” (2).

2. Cosas que se vuelven cuerpo humano

En un sentido, cada vez son más las cosas que la ciencia y la técnica elaboran para implantar en el cuerpo humano (prótesis dentales y maxilares, huesos metálicos, marcapasos, mamas de siliconas, audífonos, brazos y piernas ortopédicas, implantes cocleares etc.). Los supuestos pueden multiplicarse y son hoy de alcances impredecibles por su importancia en la salud. Un diario reciente, por ejemplo, informa de la primera prueba publicada de que seres humanos con lesiones cerebrales graves pueden controlar eficientemente una prótesis de brazos a través de implantes en el cerebro (*chip* de silicio con 96 electrodos conectados a un conjunto de neuronas) que transmiten señales neurológicas a una computadora (3). Es posible también insertar bajo la piel chips de modo de posibilitar la ubicación o identificación de las personas: criminales peligrosos, detenidos en libertad provisoria o menores de edad, de modo de poder ser localizados en cualquier momento (4). La misma tecnología, sin embargo

(1) ALTERINI, A., Respuestas ante las nuevas tecnologías: sistema, principios y jueces, LA LEY, 2007-F, 1338.

(2) DE LORENZO, M. F., El cuerpo humano que se vuelve cosa. Cosas que se vuelven cuerpo humano, LA LEY, 2010-B, 807.

(3) Diario La Nación del 18 de mayo de 2012.

(4) RODOTA, S., Il corpo “giuridificato” en Trattato di Biodiritto, diretto da S. Rodotà - P. Zatti, Il governo del corpo, Giuffrè Editore, t. 1, p. 66.

puede ser empleada para posibilitar verdaderos atentados contra la dignidad o privacidad: así, por ejemplo, dirigir vía satélite al trabajador por el empleador, controlar sus movimientos, dirigir su actividad o localizar donde se encuentra; son los llamados *wearable computers* (5).

El fenómeno —excluidos los supuestos de ilicitud en el objeto o la causa del acto (como el de los *wearable computers*)— suscita el interrogante acerca de la naturaleza jurídica del objeto que siendo “cosa” se incorpora al cuerpo humano con visos de perdurabilidad. Un autor clásico argentino sugería que una vez incorporados al cuerpo seguían siendo cosas, aunque inembargables por ser de “uso indispensable del deudor” (art. 3878 CC) (6). Ciertamente, es una explicación que hoy no satisface la sensibilidad del jurista; más atinado es considerar que las cosas dejan de ser tales y pasan a pertenecer al cuerpo formando con él una unidad (7). Ellas adquieren una nueva dimensión jurídica “convirtiéndose” en cuerpo humano.

3. Las partes separadas del cuerpo

a) La doctrina argentina. Necesidad de nuevos análisis. Los avances tecnológicos generan también el fenómeno inverso, planteando problemas jurídicos considerablemente más complejos: la extracción o separación de partes del cuerpo y su disponibilidad con finalidades muy diversas (8).

La doctrina tradicional de nuestro país considera que una vez separados del cuerpo, las partes renovables deben ser consideradas “cosas” en el sentido del artículo 2311 del Código Civil (objetos materiales suscepti-

(5) Autor citado en nota anterior, p. 67.

(6) ORGAZ, A., *Personas individuales*, Assandri, 2ª ed., p. 130, nota 17.

(7) DE LORENZO, F., *El cuerpo humano que se vuelve cosa. Cosas que se vuelven cuerpo humano*, LA LEY, 2010-B, 811. El autor sugiere que la cuestión podría inferirse de la doctrina de los arts. 2315 y 2328 del Código Civil: las cosas muebles tienen la naturaleza de aquello a lo que se han adherido.

(8) Ha de observarse que cuando se trata de material anatómico para implantación entre seres humanos se rige por la ley 24.192, quedando excluidos de sus reglas “los tejidos y materiales anatómicos naturalmente renovables y separables del cuerpo humano” (art. 1º ley citada).

bles de valor económico)(9). Al menos como regla general se considera que son cosas *in commercium* pudiendo ser materia de negocios jurídicos gratuitos e incluso en ocasiones onerosos (10) y que su validez, como es lógico, requerirá la licitud y moralidad del objeto y de la causa fin.

Acerca de la titularidad sobre las partes separadas, las opiniones divergen: dicen unos que al separarse se convierten en *res nullius* u objetos sin dueños susceptibles de ser apropiadas para lo cual la persona de las que provienen tiene preferencia (11); afirman otros que el derecho de dominio se adquiere por una transformación del derecho preexistente, adquiriéndoselo *ipso iure* por una transformación del “*ius in re ipsum*” en *dominium* (12) y se sostiene también que el dominio nace en cabeza de quien provienen las partes separadas por un modo de adquisición originario, siendo el derecho personalísimo sobre el propio cuerpo el antecedente necesario para que el dominio de la cosa recaiga en aquél (13).

En lo relativo a las partes no separadas renovables, los criterios varían entre quienes afirman que los negocios que versan sobre ellas son de invalidez absoluta por carecer de objeto (pues no habría “cosa” ni “bien” que lo constituya) (14) y la de quienes, tratándose de partes renovables,

(9) ORGAZ, A., *Personas individuales*, p. 130; RIVERA, J., *Instituciones de Derecho Civil. Parte General*, 3ª ed., Lexis Nexis, t. II, p. 60; BUERES, A., *El objeto del negocio jurídico*, Hammurabi, p. 65; BERGOGLIO DE BROWER DE KONING, en *Trasplante de órganos*, Hammurabi, p. 54; GATTI, E., *El cuerpo humano, el cadáver y los Derechos reales*, LA LEY, 1997-E, 754. También, TOBIAS, J., *Derecho de las personas*, Ed. La Ley, p. 618 y s., en opinión que rectifico.

(10) BUERES, A., *El objeto del negocio jurídico*, p. 60; BERGOGLIO DE BROWER DE KONING, cit., p. 64, SAGARNA, F., *Los trasplantes de órganos en el Derecho*, Depalma, p. 48.

(11) ORGAZ, A., *Personas individuales*, p. 130.

(12) DE CUPIS, A., *Diritti della personalità*, p. 78; CIFUENTES, S., *Derechos personalísimos*, p. 398.

(13) MALICKI A., *Código Civil y normas complementarias*, Dir. A Bueres, Hammurabi, t. 1, p. 181; BUERES, A., *Prólogo a BERGOGLIO, M. y otras, Trasplantes de órganos*, p. XXX.

(14) ORGAZ, A., cit., p. 143. También, CIFUENTES, S., *Derechos personalísimos*, cit., p. 385; LLAMBIAS, J., *Tratado de Derecho Civil, Parte General*, 20ª ed., t. 1, Lexis Nexis, p. 249.

consideran que hay un objeto determinable que convierte al negocio en válido aunque —producida la negativa del deudor a cumplir— no hay posibilidad del ejercicio de la compulsión física aunque sí del reclamo resarcitorio (15).

El análisis se ha elaborado razonando desde una lógica de los derechos reales y bajo una óptica contractualista e incluso onerosa. Se lo ha hecho en base a circunstancias fácticas limitadas —la disponibilidad de partes renovables como el pelo, las uñas o la leche de nodriza— y la evolución biotecnológica a que se ha hecho referencia suscita, como se dirá enseñada, fuertes cuestionamientos del derecho actual a las conclusiones señaladas.

Un dato paradójico: a pesar del encuadre claramente patrimonialístico dado al tema, éste se considera generalmente dentro de la materia de los derechos personalísimos. Intentando una poco convincente justificación a lo que se presenta como una perceptible contradicción, se ha afirmado que las partes renovables ya separadas conservan parcialmente sus características originales y que el derecho sobre ellas emerge de un hecho (la separación) que incide en la esfera jurídica personal reduciendo el elemento corpóreo de la persona (16).

b) Las partes separadas reimplantables o destinadas a cumplir una función del cuerpo irremplazable. En un primer aspecto, se puede tomar por caso la posibilidad de un reimplante con éxito de un miembro amputado siempre que se realice dentro de un tiempo determinado. Un autor francés, Jean Pierre Baud, ha planteado el dilema de la “mano robada” (17): una persona padece una amputación y conserva el miembro en una congeladora hasta su reimplante. Un vecino —llevado por enconos— se apropia de la mano que es encontrada en un basural. ¿Se trataba del delito de violencia seguida de mutilación (art. 309 C. Penal francés)? Ello requeriría considerar a la mano —pese a estar separada— como parte integrante de

(15) BUERES, A., El objeto del negocio jurídico, p. 60; MALICKI, A., Código Civil y normas complementarias, Dir. A Bueres, Hammurabi, T. I, p. 183; BERGOGLIO DE BROWER DE KONING., cit., p. 64; SAGARNA, F., cit., p. 48.

(16) LACRUZ BERDEJO, J., Parte General del Derecho Civil. Personas, vol. 2, p. 61.

(17) BAUD, J.P., Il caso delle mano robata, trad. L. Colombo, Giuffré 2003.

la persona pues debido al avance de la ciencia puede ser reimplantada. ¿O se trataría del delito de hurto? Ello requeriría considerar que la mano separada del cuerpo es ubicable dentro de la clasificación de las cosas. ¿O correspondería la absolucón de quien incineró la mano? Se necesitaría para ello respaldar el punto de vista que sostiene que quien primero se apropia de la parte separada del cuerpo es propietario de ella. La contestación a los interrogantes, como se podrá advertir, requiere determinar previamente la naturaleza jurídica de una parte del cuerpo separada destinada a ser reimplantada en la misma persona y el sentido común se resiste a calificar a la mano reimplantable como cosa o a sostener que es propietario quien primero se apropia de ella.

Otro caso resuelto por los Tribunales alemanes puede servir para ilustrar mejor la cuestón: una persona con cáncer de vejiga debe someterse a una intervencón quirúrgica que le provocará la imposibilidad de procrear. Debido a ello decide depositar previamente su esperma en una clínica especializada. Dos años después, invocando problemas de espacio, la clínica le requiere por correspondencia que le haga saber en un tiempo determinado si mantiene su decisi3n de conservar el esperma. La persona responde afirmativamente aunque luego de vencido el plazo debido a problemas en la recepci3n de la comunicaci3n y el esperma es destruido. Cuando recurre a la clínica con la finalidad de tener un hijo por medio de las técnicas de reproducci3n asistida, toma conocimiento de la destrucci3n del material y demanda un resarcimiento fundado en el artículo 823 del Código alemán. Las dos iniciales instancias rechazan el planteo sosteniendo que no se estaba en presencia de una lesi3n al cuerpo, como lo requiere el artículo mencionado (18).

En una sentencia del año 1993, sin embargo, al revocar la sentencia de la instancia anterior, el Tribunal Federal de Casaci3n de ese país formula una serie de distinciones de sumo interés. Observa que hay casos de separaci3n irreversible, como cuando la sangre está destinada a ser parte de un cuerpo diverso; en otros, la separaci3n es sólo provisoria destinada a ser reintegrada al cuerpo de la misma persona (autotransfusi3n de sangre o de pelo) manteniendo en esos casos una unidad funcional con el cuerpo

(18) Dice la citada norma: "Deber de resarcimiento del daño. 1. Quien dolosa o negligentemente lesiona antijurídicamente la vida, el cuerpo, la salud, la libertad, la propiedad o cualquier otro derecho de la persona, queda obligado hacia ésta al resarcimiento del daño que de ello resulta".

de origen, que impediría considerar a las partes separadas como cosas distintas estándose en presencia de una lesión al cuerpo.

Razona, finalmente, que el espermatozoide se presenta como un caso aparte pues, aún destinado a ser integrado en el cuerpo de otra persona y haber sido separado del cuerpo de una manera irreversible, estaba destinado a cumplir una típica función del cuerpo como lo es el de la reproducción. Consideró de ese modo que representaba la única posibilidad de la persona de procrear, estando protegida —por ello— por la protección del cuerpo regulada por el artículo 823 del Código alemán (19).

Una primera conclusión puede extraerse de los ejemplos mencionados: una parte separada del cuerpo que es susceptible de ser reimplantada no pierde su unidad funcional con el cuerpo de origen; mantiene su estatus jurídico, es decir, su condición de cuerpo humano (20). En un paso más, la conclusión podría extenderse —como lo sostuvo la Corte alemana— a aquellos elementos destinados a cumplir una función esencial del cuerpo pese a estar separados de una manera definitiva y tener como destino el ser implantados a otra persona.

Se comprende, por ello que se considere en ocasiones al cuerpo como una unidad funcional abarcativa de partes ubicadas en lugares distintos: un cuerpo distribuido en el espacio y en el tiempo —dice Rodotà— tutelado por el derecho a la salud y a la integridad física (21) o, en otros términos, cuerpo humano distribuido en el espacio y, aún en el tiempo, como sucede con aquellas partes separadas que se hallan temporalmente pendientes de su inserción en el cuerpo.

c) La evolución de la biotecnología y el material biológico humano. Otros avances de la ciencia y la tecnología acentúan la necesidad de una reconsideración de los criterios tradicionales. Se extrae o separa material biológico humano (tejidos, células, órganos, descartes operatorios, sangre, orina, etc.) con finalidades muy diversas (terapéuticas, de investiga-

(19) Sobre el fallo, RODOTA, S., *Il corpo "giuridificato"*, cit. p. 60.

(20) DE LORENZO, M., *El cuerpo humano que se vuelve cosa. Cosas que se vuelven cuerpo humano*, LA LEY, 2010-B, 809.

(21) RODOTA, S., *Il corpo "giuridificato"*, cit. p. 60 y ss. También DE LORENZO, M., *El cuerpo humano que se vuelve cosa. Cosas que se vuelven cuerpo humano*. LA LEY, 2010-B, 811.

ción o experimentación para la eventual aplicación médica o industrial de los resultados o la posibilidad de su patentamiento, trasplantes, conocimientos de enfermedades, obtención de medios diagnósticos, obtención de líneas celulares, etc.).

En un tiempo considerados meros descartes operatorios, los materiales biológicos humanos, son hoy protagonistas de una nueva “edad de oro” —así la califica un autor— (22) por contener información esencial para la investigación médica, la comprensión de los procesos patológicos, la elaboración de productos medicinales o la identificación de nuevas técnicas diagnósticas (23).

Su valor científico, a su vez, ha conducido al desarrollo de técnicas de conservación que están en la base de la difusión de centros de investigación que los acumulan y entidades privadas que ofrecen sus servicios para conservarlos, contribuyendo a la expansión de los denominados “biobancos”. Con este último término se designa a una unidad de servicio destinada a recolectar y conservar material biológico humano para ser utilizado en algunas de las finalidades señaladas (24). La magnitud e importancia del tema, puede medirse a través de los datos que brinda un autor en el año 2006. En los Hospitales públicos del Servicio Nacional de Salud inglés existían depositados decenas de miles de órganos y enormes cantidades de tejidos. En los Estados Unidos de América se calculaba que a esa fecha se encontraban recolectados alrededor de trescientos cincuenta millones de materiales biológicos humanos (25).

Todo ello conduce a desplazar el centro de atención a sectores mucho más amplios: ya no sólo las uñas, los pelos o la leche de nodriza sino, más genéricamente, los materiales biológicos humanos y su destino final com-

(22) D. NELKIN en ANDREUS-NELKIN, *Il mercato del corpo. Il commercio dei tessuti umani nell'era biotecnologica*, Giuffrè, p. 5 cit. por MACIOTTI, M., *Le biobanche: disciplina e diritti della persona*, *Tratatto di Biodiritto*, cit., *Il governo del corpo*, t. 1, p. 1195.

(23) MACIOTTI, M., *Le biobanche: disciplina e diritti della persona*, *Tratatto di Biodiritto*, cit., *Il governo del corpo*, t. 1, p. 1195.

(24) NOVELLI, G. - PIETRANGELI, I., *I campioni biologici* en *Tratatto di Biodiritto*, cit., *Il governo del corpo*, t. 1, p. 1041 y ss.

(25) HARDCASTLE, R., *Law and the human body. Property wrights, ownership and control*, Oxford and Portland, 2009, p. 65.

prendiendo la evaluación de los intereses individuales, científicos y sociales comprometidos.

Precisada la importancia del tema en la evolución de la medicina y, por ende, el interés social en el destino final del material, el análisis no puede prescindir del interés individual de la persona en controlar el destino que se dará a las partes o elementos de su cuerpo; a resguardar la información genética que contiene su material biológico (26); su eventual interés en que ese material no se destine a finalidades comerciales o a que la información genética obtenible de sus tejidos se mantenga en el ámbito de su privacidad. Concurren también los intereses de los laboratorios e investigadores en la comercialización o industrialización o patentamiento de los resultados y la controversia acerca de si hay un interés económico de las personas tutelable respecto de las ganancias que puedan derivarse del material obtenido.

4. La naturaleza del material biológico humano

Excluidas las hipótesis analizadas en que las partes separadas están destinadas a ser reimplantadas o aún, la de aquellas destinadas a cumplir una función esencial pese a estar separadas de una manera definitiva —en que se ha concluido que mantienen su estatus de cuerpo humano— se advierte la importancia de establecer la naturaleza jurídica de las otras partes o elementos separados, su cesibilidad, su patrimonialidad o extrapatrimonialidad y, en su caso, su carácter gratuito u oneroso.

Es una cuestión muy ligada a conceptos como “propiedad de los tejidos”, “libertad de investigación científica” o “patentabilidad de la materia viviente” (27).

a) *Property rights* sobre cosas y cesibilidad onerosa. En los Estados Unidos de América parece prevalecer la opinión favorecedora de la cesibilidad onerosa y, por ende, negativa a la vigencia de la extrapatrimonialidad

(26) BERGEL, S., Aportes para un estatuto de las partes separadas del cuerpo, Rev. de Derecho de Familia y de las Personas, año 3, N° 7, p. 200 y s.

(27) NOVELLI, G. - PIETRANGELI, I, I campioni biologici in Trattato di Biodiritto, cit., Il governo del corpo, t. 1, p. 1036. Sobre el tema puede verse también el estudio de BERGEL, S., Aportes para un estatuto de las partes separada del cuerpo, Rev. de Derecho de Familia y de las Personas, año 3, N° 7, p. 205.

(o en todo caso de la gratuidad). Argumentos para sostener ese criterio pueden ser entre otros: la ausencia de riesgos para la integridad física; la conveniencia de incentivos para cesiones de esa naturaleza tendientes a favorecer la investigación y el avance de la ciencia y la consideración de la falta de razonabilidad de un criterio de mercado que posibilita el enriquecimiento de quienes hacen uso del indicado material a través del patentamiento de los resultados y deja afuera a quien ha proveído elementos o partes de su cuerpo para posibilitarlo (28). El criterio tiene puntos de contacto con el predominante de la doctrina argentina mencionado (*supra* 3.a).

b) Existencia de un “common” patrimonio de la humanidad toda. En el otro extremo del punto de vista que posibilita un amplio reconocimiento de un mercado de tejidos humanos, puede ubicarse aquél criterio doctrinario que se resiste a delegar al mercado la recolección y cesión de materiales que son de interés de la humanidad toda, sosteniendo que es el Estado quien debe asumir esa tarea. Se trataría de un *common* —como tal patrimonio de la sociedad toda— y no propiedad de las personas que han experimentado la ablación y menos de los investigadores y depositarios que tienen los tejidos humanos. Se razona destacando los riesgos de las soluciones alternativas: atribuir la propiedad de los tejidos a los cedentes supone el riesgo que ellos alteren su destino en cualquier momento limitando la posibilidad de los investigadores y atribuirlos a estos supondría que ellos podrían impedir la experimentación por otros investigadores externos, reduciendo las posibilidades del material acumulado (29). Desde esa óptica, se ha sugerido la creación de biobancos públicos, distribuidos a nivel local, aunque con gestión centralizada que entregue los materiales depositados a los investigadores que lo requieran haciendo uso de ellos como detentadores de bienes colectivos (30).

Una manifestación particular de ese punto de vista en nuestro país quizá se pueda encontrar en una Resolución 69/2009 del Incucai que regu-

(28) NOVELLI, G. - PIETRANGELI, I., I campioni biologici en *Tratatto di Biodiritto*, cit., Il governo del corpo, t. 1, p. 1036.

(29) MACIOTTI, M., Le biobanche: disciplina e diritti della persona, en *Tratatto di Biodiritto*, cit., Il governo del corpo, p. 1210.

(30) NOVELLI, G. - PIETRANGELI, I., I campioni biologici en *Tratatto di Biodiritto*, cit., Il governo del corpo, t. 1, p. 1038.

la las actividades de los bancos de células progenitoras hematopoyéticas (CPH) estableciendo que los tejidos estarán disponibles para su uso alérgico, es decir, para terceras personas, no pudiendo ser liberadas sin la autorización del Incucaí (31). La norma ha suscitado el cuestionamiento judicial, tanto de las empresas que realizan el servicio de recolección y criopreservación como el de los padres depositantes de las células (que lo hacen pensando en la eventualidad de su uso futuro para sus propios hijos). Con sustento en el principio de autonomía de la voluntad y otras disposiciones constitucionales, parece primar el criterio que sostiene la inconstitucionalidad de la Resolución en cuestión (32).

c) La extrapatrimonialidad de las partes del cuerpo humano o su calidad de cosas sólo disponibles gratuitamente. Una variante relevante a las mencionadas en a) y b) es la fuente inmediata del artículo 17 del Proyecto de Código Civil y Comercial (al que me refiero más adelante). Se trata del artículo 16.1 del Código Civil francés según las Reformas de los años 1994 y 2004, que establece que: “el cuerpo humano, sus elementos o productos no pueden ser objeto de un derecho patrimonial”, que es completado por el artículo 16.5 que prescribe la nulidad de “las convenciones que tienen por finalidad atribuir un valor patrimonial al cuerpo humano, sus elementos o productos”.

Se han sostenido dos maneras de entender su significado:

c.1) La extrapatrimonialidad. Una doctrina ha considerado que la circunstancia que el cuerpo humano, sus elementos o productos no puedan ser objeto de un derecho patrimonial significa que la extrapatrimonialidad actúa como criterio de conformación de la situación subjetiva subyacente, es decir, que las prerrogativas de la persona sobre el cuerpo y sus partes carecen de contenido atributivo y por ende de connotaciones pa-

(31) DE LORENZO, M. F., El cuerpo humano que se vuelve cosa. Cosas que se vuelven cuerpo humano, LA LEY, 2010-B, 810.

(32) JFed. 1ª I N° 2 de Rosario, LA LEY, 27/07/09; JN 1ª I en lo Cont. Adm. N° 7, LA LEY, 2009-D, 567; sala IV de ese Fuero, JA 2001-2-625; íd. Sala III, LA LEY, 28/02/2012 para la discusión, en la doctrina: RABINOVICH BERKMAN, R., Las células tronco también ayudan a pensar (más un comentario sobre el caso que al fallo), LA LEY, 2009-D, 563; CASIGNESSE, V., Ilegitimidad de la autorización que se autoconfiere el Incucaí para disponer de células madre conservadas en bancos privados, LLLitoral 2010 (marzo, 139).

trimoniales. Se trataría, de ese modo, de un derecho reducido a “un puro y simple *droit de défense*” con la consecuencia que quedaría excluida la factibilidad de un reclamo resarcitorio fundado en los beneficios económicos obtenidos de la utilización no autorizada de material biológico humano (v.g. la aplicación industrial de residuos postoperatorios) y limitado a una acción de daños cuando concurren los ordinarios presupuestos de la responsabilidad civil (factor de atribución, antijuridicidad, daño, relación causal) (33). Se ha propiciado, de compartirse esa perspectiva, la necesidad de implementar mecanismos disuasorios de la comisión de ilícitos del tipo de los mencionados (34).

Este criterio descarta el tradicional según el cual tales materiales constituyen el objeto de un derecho de propiedad, que por ello es considerado en sus dimensiones patrimoniales y lo ubica más bien en el ámbito de un derecho personalísimo sobre el cuerpo y sus partes (antes y después de la separación) inserto en el ámbito de la autodeterminación (35).

Se ha atribuido al más conocido fallo en el mundo del *common law* el seguir esa línea interpretativa. Me refiero a la causa “Moore vs. The regents of the University of California”, en que la Corte Suprema de California desestimó uno de los reclamos del actor consistente en lo que consideró su derecho a participar en las ganancias obtenidas como resultado de investigaciones realizadas en elementos separados de su cuerpo sin haber obtenido su consentimiento informado (36). Los profesionales habían

(33) Sobre los dos maneras de entender el principio de la extrapatrimonialidad, RESTA, G., *La disposizione del corpo. Regole de appartenenza e di circolazione* en *Tratatto di Biodiritto*, cit., *Il governo del corpo*, t. 1, p. 818, quien en nota 53 cita, entre otros, a BELLIVIER-NORVILLE, *La circulation du vivant humain: modèle de la propriété ou du contrat?*, p. 115, que afirman: *Surtout elle n’offre au donneur aucun moyen de prétendre á une part des avantages d’en dècouler*”; MACIOTTI, M., *Le biobanche: disciplina e diritti della persona*, en esa misma obra, p. 1201.

(34) RESTA, G., *La disposizione del corpo. Regole de appartenenza e di circolazione* en *Tratatto di Biodiritto*, cit., *Il governo del corpo*, t. 1, p. 818 y s.

(35) Autor y lugar citados en nota anterior. Parecer ser también el parecer de TERRE, F.-FENOUILLET, D., *Les personnes, la famille, les incapacités*, 7^a ed., Dalloz, p. 64.

(36) El actor se había atendido en el Centro Médico de la Universidad demandada por padecer leucemia, extrayéndosele el bazo. En ningún momento Moore

obtenido con ellos una línea celular cuyo valor económico se estimó en Dólares tres billones en un período de seis años. Para rechazar el reclamo, el Tribunal consideró, entre otros aspectos, que el actor no había retenido un interés de propietario sobre sus células después de removido su bazo pues se trataba de material considerable como *sui generis* y que la línea celular obtenida era fáctica y legalmente distinta a las células obtenidos del cuerpo de Moore; concedió sin embargo un resarcimiento limitado al daño por el abuso de confianza por la ausencia de consentimiento informado de que había sido víctima (37).

c.2) La gratuidad. Pero la ausencia de valor económico del Código Civil francés puede también entenderse como la sola prohibición de un correspondiente, es decir, como ligada al requisito de la gratuidad (38). Es perceptible que sólo adhiriendo a esta postura es posible aceptar la configuración de un derecho de propiedad sobre una parte del cuerpo humano (39) y atribuirle al mismo la calidad de “cosa” (sólo disponible a título gratuito). Su fundamento último sería ubicable en el resguardo del derecho a la autodeterminación, es decir, a garantizar que la manifestación de la voluntad sea libre, impidiendo que un incentivo económico incida de manera

había dado su conformidad para investigaciones en el órgano separado u otras partes de su cuerpo ni se le informó de ellas. En los años siguientes retornó al Centro Médico proveyendo sangre, piel y médula espinal aspirada; durante ese período, los profesionales realizaron investigaciones sobre células t.lymphocytes a partir de las cuales pudieron establecer una líneas celular que permitía producir los limphokines que pretendían. Fue bastante después que Moore fue requerido para dar su consentimiento para continuar con las investigaciones, a lo que se negó y promovió acciones judiciales contra la Universidad y los profesionales aspirando, entre otros reclamos, parte de las ganancias obtenidas. La Corte de Apelaciones, por mayoría, consideró que el actor tenía “property rights” sobre el órgano extraído, suficiente para mantener “the cause of action for conversion”. La Corte Suprema del Estado de California, como se dice en el texto, revocó por mayoría ese aspecto del fallo.

(37) Sobre este fallo, ampliamente HARDCASTLE, R., *Law and the human body. Property rights, ownership and control*, Oxford and Portland 2009, p. 65 y s.

(38) En el Derecho francés, estableciendo el significado del art. 16.1 del Código de ese país, parecer ser la opinión de MALAURIE, PH.-AYNES, L., *Les personnes, les incapacités*, 2ª ed., Defrenois, p. 102.

(39) MACIOTTI, M., *Le biobanche: disciplina e diritti della persona*, en *Tra-tatto di Biodiritto*, cit., Il governo del corpo, p. 1201.

potencialmente negativa en aspectos sensibles de la libertad personal, en detrimento de los principios de dignidad e igualdad (40).

Este segundo criterio —el de la gratuidad— es el del Código de Quebec según el cual la enajenación por una persona de una parte o producto de su cuerpo debe ser gratuita y no debe ser reiterada si acarrea un riesgo para su salud (art. 25). El reciente Código Civil brasileiro establece el mismo principio aunque limitado a la disposición post mortem del cuerpo y sus partes para fines altruistas (41). En el derecho europeo, la Convención sobre la Biomedicina para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano en relación a las aplicaciones de la biología y la medicina (Convención de Oviedo) dispone que “El cuerpo humano y sus partes no deben, en cuanto tales, ser fuente de beneficios” (art. 21); es también el criterio de otros documentos internacionales (42).

5. Las partes del cuerpo humano y el Proyecto de Código Civil y Comercial

Dispone el artículo 17 del Proyecto: “Derechos sobre el cuerpo humano. Los derechos sobre el cuerpo humano o sus partes no tienen un valor económico, sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social, y sólo pueden ser disponibles por su titular cuando se configure alguno de esos valores y según lo dispongan leyes especiales.”

En los “fundamentos”, luego de señalar los “problemas de todo tipo...” que plantea la tesis que considera que las partes del cuerpo pueden ser objeto de derechos patrimoniales y, por ende, en calificárselas “como cosas que tienen un precio y pueden ser patentados, transferidos y sometidos al comercio dentro de ciertos límites” se afirma que se admite “la

(40) RESTA, G., La disposizione del corpo. Regole de appartenenza e di circolazione in *Tratatto di Biodiritto*, cit., Il governo del corpo, p. 820.

(41) Implícitamente, también, el Código Civil peruano (art. 7º) dispone: “La donación de partes del cuerpo o de órganos o tejidos que no se regeneran no debe perjudicar gravemente la salud o reducir sensiblemente el tiempo de vida del donante”.

(42) Otros documentos internacionales se alinean en ese criterio: la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea (art. 3º); la Declaración de la Unesco sobre el genoma humano y los derechos del hombre (art. 3º) y sobre los datos genéticos humanos (art. 8º).

categoría de objeto de derechos que no tienen un valor económico, sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social.”

En contraste parcial con su fuente —el artículo 16.1 del Código Civil francés— y en un paso más, se agrega en los fundamentos que se ha preferido la enumeración de las finalidades más que una enumeración negativa (bienes que no tienen valor económico o extrapatrimoniales) por ser más “limitativa del concepto.”

Del texto del artículo 17 y sus fundamentos se puede deducir, a mi juicio, que se ha recogido uno de los significados que se atribuyen al artículo 16.1 del Código Civil francés: el de que el objeto del derecho sobre las partes del cuerpo versa sobre “bienes” carentes de connotaciones patrimoniales, aunque calificados, además, por finalidades específicas constitutivas de “valores que califican la noción de bien como un elemento de tipicidad” (fundamentos). De ahí que se estaría en el ámbito de un derecho personalísimo sobre el cuerpo y sus partes. La postura —de ser derecho positivo el artículo 17 del Proyecto— supondría el abandono de la lectura tradicional, según la cual las partes separadas del cuerpo constituirían el objeto de un derecho de propiedad tutelado en sus connotaciones patrimoniales y disponible a título gratuito u oneroso. Incluso, la superación de aquella otra tesis que, admitiendo también su calidad de cosas, sólo acepta la disponibilidad a título gratuito.

La diferencia del Proyecto con la última de las posturas mencionadas, como se vio (*supra* n° 4.c), no es menor y excluiría la factibilidad de un reclamo resarcitorio fundado en las ganancias obtenidas por la utilización no autorizada del material biológico humano. Desde ese enfoque, se advierte la importancia de la vigencia de las sanciones pecuniarias disuasivas (art. 1714 Proyecto) como mecanismo tendiente a evitar la comisión de ilícitos como los mencionados.

La solución que se proyecta es compartible. Comporta el alejamiento del paradigma mercantilista en aspectos centrales de la persona, como lo es el cuerpo y sus partes y la adhesión a un sistema basado en el principio de la solidaridad. Supone, además, adoptar una postura de salvaguarda de las personas involucradas en la dación de partes de su cuerpo, en el sentido que la ausencia del incentivo monetario posibilite la espontaneidad y libertad de la manifestación de voluntad resguardando los principios de libertad, igualdad y dignidad.

Tiende a tutelar, asimismo, el principio de intimidad, susceptible de ser afectado en muchas ocasiones por el incentivo económico en otro aspecto específico de la esfera personal. En los tejidos humanos, en efecto, concurre un componente “material” —un agregado de moléculas— con otro “informativo”, esta última expresión de la identidad biológica de la persona; la evolución en el campo genético permite hoy extraer datos de la materialidad de los tejidos acerca del estado de salud, la identidad biológica o la propensión a ciertas enfermedades (43), aspectos estos vinculados con su derecho a la intimidad. Se trata de características diversas de un mismo objeto y se comprende por ello la inicial afirmación acerca de la necesidad de evitar la eventual incidencia del incentivo económico en la libertad de decisión de la persona y la facultad de control de su intimidad.

Lo cierto es que la exclusión de la calidad de cosas de las partes separadas requeriría, en su caso, nuevos análisis de las consecuencias resultantes de no haberles atribuido esa naturaleza. Así, por ejemplo, el de la responsabilidad civil de un establecimiento donde se recibe y distribuye sangre, al que un criterio doctrinario y jurisprudencial considera a aquél dueño o guardián por el hecho de la cosa, sea por aplicación del art. 1113 del Código Civil o de la Ley de Defensa del consumidor (44).

6. El ámbito de aplicación del artículo 17 del Proyecto

El criterio que adopta el Proyecto, hace necesario algunas precisiones acerca de su alcance. No creo que abarque alguno de los supuestos que consideraba la doctrina tradicional y que pueden considerarse como bienes comercializables en sí mismos (los cabellos, la leche de nodriza) pues, además de no incidir sobre la integridad física y ser elementos renovables naturalmente, no es de temer que la onerosidad incida negativamente en la autodeterminación de la persona (45).

(43) MACILOTTI, M., *Le biobanche: disciplina e diritti della persona*, *Tratato di Biodiritto*, cit., *Il governo del corpo*, t. I, p. 1204 y ss.

(44) DE LORENZO, M. F., *El cuerpo humano que se vuelve cosa. Cosas que se vuelven cuerpo humano*, *LA LEY*, 2010-B, 809.

(45) BELLIVIER-NORVILLE, *Contrats et vivant en* *Traité des contrats sus la dir.* de J. Ghestin, Igdi, p. 144, nota 273. NOVELLI, G. - PIETRANGELI, I., *I compioni biologici* en *Tratato di Biodiritto*, cit., *Il governo del corpo*, t. I, p. 1036; RESTA, G., *La disposizione del corpo. Regole de appartenenza e di circolazione* en *Tratato di*

Fuera de esos supuestos, debe destacarse que la ausencia de un valor económico con la concurrencia de finalidades específicas rige respecto de las partes del cuerpo “en cuanto tales”, es decir, cuando la dación acaece entre el cedente y el primer beneficiario o entre éste y los sucesivos, en este último caso siempre que las partes del cuerpo mantengan su inicial sustancia (46). No es de aplicación, en cambio, en las sucesivas relaciones jurídicas cuando el material biológico original ha sido objeto de transformación, manipulación o cambio pues la “onerosidad” posterior tiene su causa en un específico ejercicio profesional o una actividad económica que alteran su sustancia original. Se sigue de ello que las posteriores intervenciones técnicas (análisis, fraccionamiento, purificación, conservación) pueden dar lugar a una compensación. También, por ejemplo, cuando la onerosidad deriva de un tratamiento o modificación que ha transformado los tejidos en un producto farmacéutico (47).

Lo que sucede en rigor, es que junto con la transformación o modificación de la sustancia de las partes separadas, acaece también una modificación de su status jurídico que, de bienes carentes de valor económico con finalidades específicas, se convierten en cosas susceptibles de ser disponibles a título gratuito u oneroso.

La Convención de Oviedo, como se dijo, recoge ese criterio en el artículo 21 que dispone que el cuerpo humano y sus partes no deben, en cuanto tales, constituir fuente de beneficios. La explicación oficial a esa formulación sería que los investigadores o profesionales pueden ser pagados por su actividad referida al cuerpo, mientras el cuerpo en sí es el que no puede ser objeto de comercio (48).

La conclusión adoptada no deja de considerar lo que se presenta como un interrogante acerca de la coherencia de un modelo en que las partes

Biodiritto, cit., Il governo del corpo, t. I, p. 825. La aptitud de renovación debe ser permanente y no limitada a una única vez (como los dientes) ni provenir de una situación traumática y no natural (como la remoción de parte del hígado).

(46) Comp. RESTA, G., La disposizione del corpo. Regole de appartenenza e di circolazione en Trattato di Biodiritto, cit., Il governo del corpo, t. I, p. 822, quien circunscribe la gratuidad a la relación entre el cedente y el primer beneficiario.

(47) BERLINGIER, G. - RUFO, F., Mercato e non mercato nel biodiritto en Trattato di Biodiritto, cit., Il governo del corpo, t. I, p. 1019.

(48) Autores y lugar citados en la nota anterior.

del cuerpo son consideradas en base a dos “ontologías normativas” distintas: el de la extrapatrimonialidad con fines solidarios para los ciudadanos comunes y el de la “comercialización” para los productos farmacéuticos o médicos, de un modo que aquellos deban readquirirlos transformados.

Se ha sugerido, por ello, establecer algún sistema de beneficios o compensaciones para los cedentes en los resultados de la investigación — como lo sugieren algunos documentos internacionales— sin perjuicio de la vigencia del principio de extrapatrimonialidad (o del de gratuidad) (49).

7. El asentimiento precedido del deber de información y el principio de finalidad

La importancia del libre asentimiento del cedente precedido del deber de información es bien manifiesto en esta materia (50). Un relieve central se relaciona con el destino a darse a los elementos o partes del cuerpo: la licitud del asentimiento está directamente vinculada al principio de finalidad íntimamente conectado, a su vez, con el de solidaridad.

El artículo 17 del Proyecto, por lo pronto, circunscribe —como se dijo— la validez de la disposición a que tenga una finalidad afectiva, terapéutica, científica, humanitaria o social.

(49) RESTA, G., *La disposizione del corpo. Regole de appartenenza e di circolazione* en *Tratatto di Biodiritto*, cit., *Il governo del corpo.*, t. 1, p. 823, quien recuerda las precisiones en ese sentido de la Declaración Universal de la UNESCO sobre bioética y derechos humanos (el artículo 15 precisa que los beneficios de una investigación científica y sus aplicaciones deben ser compartidos con la sociedad como conjunto y con la comunidad internacional, en particular con los países en desarrollo; agrega que ello puede manifestarse en forma de acceso a servicios de salud eficientes, acceso a los conocimientos científicos y tecnológicos o asistencia a las personas y grupos que han formado parte de la investigación).

(50) BERGEL, S., *Aportes para un estatuto de las partes separadas del cuerpo*, *Rev. de Derecho de Familia y de las Personas*, año 3, Nº 7, p. 202. Una manifestación de la importancia del asentimiento en esta materia puede verse en el derecho francés. El Código Penal de ese país establece penas de 5 años de prisión y multas de 75.000 Euros para quien conserva y transforma en vista de su cesión para un uso científico de órganos, tejidos, células o sangre, sus compuestos y los productos derivados sin haber previamente obtenido la autorización que prevé el art. 1243-3 del Código de la Salud Pública (art. 511-5-2). Ver también arts. 511-5; art. 511-5-1, 511-6 del Código Penal francés.

Sentado esto, un segundo alcance debe atribuirse al citado principio: el destino a darse al objeto de la cesión debe ser el mismo del que le fue informado al cedente y respecto del cual prestó su asentimiento. Así, la cesión de material biológico humano con destino a una finalidad terapéutica no permite darle un destino de investigación. Se requerirá en ese caso una nueva manifestación de voluntad que altere la finalidad inicial. Son los principios generales en materia de actos voluntarios los que permiten fundar esa afirmación. Sin perjuicio de ello, se ha resaltado la importancia de la noción de causa fin del acto jurídico —en el significado objetivo subjetivo que le atribuye la mayoría de la doctrina argentina— cuando se hace referencia al acto abdicativo de un derecho fundamental (51).

Con fundamento en el citado principio de finalidad, se ha afirmado también que el asentimiento del cedente no legitima automáticamente al aprovechamiento comercial o el patentamiento de los resultados de la investigación y que a los fines de una lícita utilización, la persona debe ser previamente informada y otorgar su asentimiento acerca de la posible derivación del patentamiento de una investigación basada sobre su propio material biológico (52).

En lo demás, ha de tenerse en cuenta que el objeto del acto de disposición de las partes separadas del cuerpo no debe ser contrario “a la ley, la moral o las buenas costumbres” (arts. 56 y 279 Pr.) ni al orden público ni la dignidad humana (art. 279 Pr.).

8. La revocabilidad del asentimiento

En temas muy ligados al que se considera, es generalizado el principio de la ausencia de eficacia vinculante del asentimiento y por ello el de su revocabilidad. En el proyecto de Código, la regla rige en materia de investigaciones en salud humana (art. 58 inc. b); tratamientos médicos (arg. art. 56) y lo establece la ley 24.193 de ablación y transplante de órganos (art. 15). Más genéricamente lo consagra el Proyecto en materia de disposición de derechos personalísimos (art. 55).

(51) DE LORENZO, F., Consentimiento e integridad física - volenti non fit injuria, Revista Derecho de Daños, Rubinzal Culzoni, 2011-3.

(52) RESTA, G., La disposizione del corpo. Regole de appartenenza e di circolazione en Trattato di Biodiritto, cit., Il governo del corpo, t. 1, p. 834.

Se trata de una derivación del derecho a la autodeterminación en una materia vinculada con aspectos centrales de la persona y que es compatible (53). No puede dejar de considerarse, sin embargo, la correlación del principio con los de la buena fe, la confianza y la solidaridad. Así, ¿la libertad decisional de la persona debe primar sobre la operatividad de una entera recolección biológica?

La cuestión fue objeto de atención por la doctrina con motivo de otro fallo famoso en el ámbito del *common law*: el resuelto por la Corte Distrital de Missouri en la causa *Washington University c. Catalona*, año 2006. Se trataba de una controversia acerca de la titularidad del material biológico para investigaciones médicas. El demandado era un reputado urólogo contratado por la actora para investigaciones y durante ese período había organizado un centro de recopilación de tejidos prostáticos, sangre y células ADN para estudios sobre el cáncer prostático. En la experiencia, contribuyeron casi treinta mil personas de las cuales tres mil eran pacientes de Catalona. El profesional de *Washington University* para continuar sus investigaciones en otra Universidad y previo a ello escribe a todos los participantes —sin la aprobación de la Universidad— anunciando su partida y pidiendo una autorización para liberar el material a su nombre.

Frente a ello, *Washington University* promovió acciones judiciales y la Corte de Missouri concluyó que los participantes no habían mantenido derechos sobre el material cedido ni la facultad de revocar su decisión ni mantenido facultades para autorizar el uso, la transferencia o el destino del material cedido y que la actora era la única propietaria (54).

Se ha considerado que del modo resuelto, el fallo ha afirmado el principio según el cual la investigación médica puede progresar sólo si el acceso al material biológico no es obstaculizado por interferencia de los cedentes o intereses de tipo económico (55).

(53) Es el criterio de la Declaración de la UNESCO sobre datos genéticos (art. 9°).

(54) Amplias referencias del caso en *HARDCASTLE, R., Law and the human body. Property rights, ownership and control*, p. 74 y ss.

(55) *NOVELLI, G. - PIETRANGELI, I, I campioni biologici en Trattato di Biodiritto, cit., Il governo del corpo*, t. 1, p. 1038.

En el tema que se considera, sin embargo, probablemente pueda concluirse que la libertad decisional de la persona —del que deriva el principio de revocabilidad— debe, como regla, primar sobre las razones de la ciencia o del mercado debiendo, sin embargo, conciliarse en ocasiones de excepción con las reglas de la buena fe, la confianza y la solidaridad para que, en función de las circunstancias del caso concreto, prevalezca uno u otro principio.

9. Conclusiones

Al hilo de la exposición, se pueden intentar algunas conclusiones preliminares:

—Las cosas que se implantan en el cuerpo humano con sentido de perdurabilidad dejan de ser tales, adquiriendo una nueva dimensión jurídica, convirtiéndose en cuerpo humano.

—Las partes del cuerpo separadas y susceptibles de ser reimplantadas no pierden su unidad funcional con el cuerpo de origen, manteniendo su status jurídico, es decir, su condición de cuerpo humano.

—La afirmación precedente puede extenderse, incluso, a aquellos elementos separados del cuerpo destinados a cumplir una función esencial, pese a estar separados de una manera definitiva y el tener como destino el ser implantados a otra persona.

—En lo demás, el sistema de la disposición de las partes del cuerpo humano ya no se sustenta en una visión elaborada desde la óptica de los derechos reales y bajo una óptica contractualista, incluso onerosa. Ese enfoque es reemplazado por un fenómeno de signo inverso —situable en el ámbito de los derechos personalísimos— donde la mayor parte de la fattispecie se ubican en el esquema unilateral del asentimiento autorizativo —con gravitación esencial de los principios de “extrapatrimonialidad”, “finalidad” y “revocabilidad”— mientras la figura del negocio bilateral a título oneroso —y por ende materia de disponibilidad contractual— retrocede a un ámbito conceptual y operativo muy marginal (56). El Proyecto se alinea en este camino y la solución, a mi juicio, es compartible.

(56) RESTA, G., *La disposizione del corpo. Regole de appartenenza e di circolazione* en *Tratatto di Biodiritto*, cit., *Il governo del corpo*, t. 1, p. 844 y s. En sentido

—El ámbito de vigencia de la extrapatrimonialidad —configurativa de un derechos personalísimo sobre las partes separadas del cuerpo— rige respecto de ellas “en cuanto tales” (mientras mantienen su inicial sustancia). No es de aplicación cuando han experimentado transformaciones o cambios, pues en ese caso se transforman en cosas en que la onerosidad posterior tiene su causa en las actividades y procedimientos que alteran su sustancia inicial.◆

parecido, aunque limitando la vigencia del art. 5º del Código Civil italiano —antes que reinterpretándolo— BESSONE, M. - FERRANDO, G., Persona fisiche (dir. privato) en Enciclopedia del diritto, t. XXXIII, p. 202.

UN GRAVE ERROR HERMENÉUTICO (EL FALLO DE LA CORTE SUPREMA SOBRE ABORTO)

POR ALBERTO RODRÍGUEZ VARELA (*)

SUMARIO: I. Antecedentes. II. Las excusas absolutorias. III. El fallo de la Corte Suprema. IV. Repercusiones del fallo de la Corte Suprema.

El derecho a la objeción de conciencia que asiste a los profesionales médicos y también a las autoridades de los establecimientos a los que se pretenda obligar a ejecutar abortos, deriva de los artículos 14 y 33 de la Constitución Nacional y de las convenciones internacionales que amparan la libertad de conciencia.

Transcurridos varios meses desde que el más Alto Tribunal de la República Argentina, a través de la sentencia dictada el 13 de marzo de 2012, ampliara la impunidad del aborto provocado, resulta oportuno hacer una recapitulación de sus antecedentes, del error hermenéutico cometido por el tribunal, de sus contenidos más objetables y de las graves consecuencias que deparará para nuestro país la doctrina judicial definida en ese pronunciamiento.

En otros trabajos me he ocupado de los aspectos filosóficos, biológicos, médicos, sociológicos e históricos comprometidos en el

(*) Comunicación del Académico, en la sesión privada del 22 de noviembre de 2012.

tema(1). Me ceñiré en esta comunicación, en la medida de lo posible, a exponer lo que considero el correcto enfoque jurídico y a destacar las inquietantes desviaciones exegéticas en que ha incurrido el tribunal.

I. Antecedentes

La controversia judicial se planteó cuando la madre de una menor que habría sido violada y embarazada por su padrastro, se presentó ante el juzgado en lo civil en turno de Comodoro Rivadavia, solicitando autorización para que en el Hospital Zonal se le practicara a su hija un aborto. Fundó su petición en una interpretación extensiva de la excusa absoluta del art. 86 inc. 2º del Código Penal cuyo texto declara no punible el aborto cuando el embarazo provenga “de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente”.

La magistrada de 1ª instancia denegó la petición y amparó con su decisión la vida inocente del niño en gestación, adoptando medidas tendientes a proteger al menor y a su madre. El fallo fue confirmado por la Cámara en lo Civil del distrito.

Recurrida la sentencia, el Superior Tribunal de Chubut se expidió el 8 de marzo de 2010 revocando la decisión de la Cámara y autorizando que se practicara el aborto a pesar de que la gestación se encontraba en el quinto mes.

La Defensoría Oficial, en representación del niño por nacer, interpuso recurso extraordinario contra dicho fallo. Sin embargo, el aborto se ejecutó el 13 de marzo de 2010 en el Centro Materno Infantil de Trelew, sin que el pronunciamiento judicial estuviera firme, y a pesar del efecto suspensivo de la apelación federal.

Mucho después, el 4 de junio de 2010, el Superior Tribunal concedió el recurso extraordinario interpuesto por la Defensa Oficial y elevó las actuaciones a la Corte Suprema de Justicia.

Ante tan heterodoxo procedimiento comenzó a perfilarse la posibilidad de que estuviera en gestación un fallo adverso a la sacralidad de la vida

(1) Ver nómina de publicaciones sobre el tema en RODRIGUEZ VARELA, Alberto: “Aproximación a la persona antes de nacer”, pp. 263/264, Editorial de la Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, 2006.

inocente. Se hicieron gestiones en Rawson para que el funcionario de la defensoría oficial que suscribió el recurso extraordinario lo desistiera. Empero, resultaron vanas, a pesar de que la muerte del niño por nacer había transformado en abstractos los agravios constitucionales de la apelación federal.

La Procuración General de la Nación, al expedirse el 11 de abril de 2011, expresó en su dictamen que al haberse consumado el aborto que el recurrente intentó evitar con su recurso, resultaba “de aplicación la doctrina de la Corte según la cual, para el ejercicio de la jurisdicción, tanto originaria como apelada, es necesario que la controversia que se intente traer a su conocimiento no se reduzca a una cuestión abstracta”. En tales condiciones, y con cita de abundante jurisprudencia, el Procurador Fiscal sostuvo que resultaba “inoficioso un pronunciamiento del tribunal en el caso” y que, por ello, debía declararse improcedente el recurso extraordinario.

En pugna con esa doctrina centenaria de la Corte Suprema, varias entidades partidarias de la liberación del aborto, figurando entre ellas la Secretaría de Estado de Derechos Humanos del Poder Ejecutivo Nacional, se presentaron en el expediente requiriendo al Tribunal que prescindiera de la mencionada jurisprudencia y dictara sentencia homologando el fallo del Superior Tribunal de Chubut.

Al margen de la grave responsabilidad moral y jurídica en que incurrieron los jueces del Superior Tribunal provincial que no impidieron la muerte del niño, y sin perjuicio de que resultara inobjetable la decisión requerida por la Procuración General, suscita verdadero asombro que un alto funcionario del Poder Ejecutivo Nacional y demás entidades presentadas en las actuaciones, intentaran ampliar la impunidad del aborto en la República Argentina por una vía procesal improcedente, a contramano de normas de jerarquía constitucional que se encuentran en plena vigencia.

Finalmente, la mayoría de la Corte Suprema, en su sentencia del 13 de marzo de 2012, se abocó a la cuestión de fondo a pesar de que no había nadie con personería válida para sostener el recurso. El tribunal prescindió del dictamen del Procurador Fiscal y resolvió una cuestión abstracta que le estaba vedada porque el recurrente (el niño por nacer) había sido privado del elemental derecho a la vida en el que su representante fundó la apelación extraordinaria. La Corte no podía ni debía emitir pronunciamiento en este expediente y lo hizo incurriendo en un grave error herme-

néutico con base en una exégesis que contradice —como lo precisaré más adelante— la “interpretación auténtica” de las Cámaras que sancionaron el art. 86 inc. 2 del Código Penal, y en una violación flagrante de normas de jerarquía constitucional.

Los límites de esta comunicación impiden reseñar todas las transgresiones procesales, penales y constitucionales que descalifican el fallo del Tribunal. La decisión tiene una gravedad inusitada porque al pretender asumir el rol no de una corte de justicia sino de un supremo legislador que sanciona normas generales de observancia obligatoria en todos los ámbitos: nacional, provincial y municipal, en un altísimo porcentaje de los casos posibles despenalizó el aborto provocado, alzándose de esta forma contra toda la normativa que ampara la vida inocente. Por esa vía de tamaña arbitrariedad, condenó a muerte, en los tiempos venideros, a innumerables niños no nacidos, pretendiendo, al mismo tiempo, aunque resulte una verdadera contradicción, erigirse en “garante supremo de los derechos humanos”.

II. Las excusas absolutorias

El Código Penal en varios artículos como el 86 y el 185 incluyó las denominadas “excusas absolutorias”. No son “causales de justificación” como algunas del art. 34 sino sólo de exención de pena. La conducta no deja de ser antijurídica porque la Constitución y otras normas de igual jerarquía no autorizan en ninguna circunstancia que se provoque de modo directo la muerte de ninguna persona por nacer. Lo mismo ocurre en las hipótesis del art. 185 C.P. que declara exentos de pena los hurtos, defraudaciones y daños entre determinados parientes. Por ello es absurdo pretender reglamentar estas causales de no punibilidad porque estamos ante *acciones antijurídicas* que sólo por razones equivocadas de política criminal —al menos en el caso del aborto— el Congreso declaró impunes en el Código aprobado en 1921. No debemos olvidar que aún antes de la reforma de 1994 el art. 86 del Código Penal fue declarado inconstitucional (2).

(2) BIDART CAMPOS, Germán, al comentar el fallo de un juez de Instrucción que declaró inconstitucional el art. 86 inc. 2º del Código Penal, coincidió con el sentenciante en que dicha norma vulneraba, en primer término, el derecho a la vida y, en segundo lugar, el derecho a la igualdad entre todas las personas concebidas. Reiteró su posición en “Notas de actualidad constitucional”, *El Derecho*, tomo 104, p. 1024: “el aborto —aún el terapéutico— es inconstitucional porque,

No es menos incongruente pretender que los jueces no examinen en cada caso concreto la procedencia de la excusa absolutoria porque la misma no consagra —como se sostiene en el fallo que examinaremos— ningún derecho a matar al niño concebido. El objeto de todas las causales del art. 86 es —como lo señalan Carlos A. Mahiques y Adrián P. Grassi— impedir la prosecución penal luego de constatada la comisión de un aborto provocado, en cuyo caso “*será el juez interviniente quien decidirá su operatividad*, según se verifique o no el supuesto de hecho correspondiente” (3).

Las excusas absolutorias previstas en el art. 86 del Código Penal no figuraban en el Anteproyecto de Código Penal elaborado por el Doctor Rodolfo Moreno. Fueron incorporadas a ese ordenamiento punitivo, a propuesta de la Comisión de Códigos del H. Senado de la Nación, formulada en el informe expedido el 26 de septiembre de 1919. Esa propuesta, con los fundamentos expuestos en dicho dictamen, fue aceptada por ambas cámaras.

La Comisión de Códigos fundó su informe, de modo exclusivo, en doctrinas eugenésicas y racistas que se encontraban en boga, sin advertir sus adherentes que las mismas conducirían y servirían de sustento al régimen nacional socialista instaurado en Alemania a partir de 1933.

La Comisión consideró que la causal del inciso 1º “no necesita explicarse” por resultar —a su juicio— suficientemente claro el sentido de la norma. Optó, en consecuencia, por desarrollar únicamente los argumentos que, en su perspectiva, avalaban el inciso 2º. Su lectura provoca hoy estupor y repugnancia, pero resulta indicativa de la correcta interpretación que debe hacerse del texto legal.

Al fundar la conveniencia de incluir la excusa absolutoria del art. 86 inc. 2º la Comisión consideró que importaba “una verdadera innovación en la legislación criminal”. Agregó más adelante, citando a un profesor de derecho penal mencionado varias veces en el informe, que “*es la primera vez que una legislación va a atreverse a legitimar el aborto con un fin eu-*

fuera del extremo de la legítima defensa, no se puede privar a nadie de la vida, aún incipiente, porque la vida es un bien y es un derecho que la Constitución protege”.

(3) MAHIQUES, Carlos A. y GRASSI, Adrián P., “El fallo F.A.L. de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, entre la *lex* y el *ius*”, “Revista de Derecho Penal y Procesal Penal”, Julio 2012, 7, Abeledo Perrot, p. 1166

genésico, para evitar que de una mujer idiota o enajenada..., nazca un ser anormal o degenerado". Argumentó seguidamente sobre "el interés de la raza", y se preguntó: "¿qué puede resultar de bueno de una mujer demente o cretina?". En definitiva, la Comisión consideró que "es indiscutible que la ley debe consentir el aborto cuando es practicado, con intervención facultativa, a los fines del perfeccionamiento de la raza" (4).

Con esos argumentos racistas, que pocos años después contribuyeron al establecimiento de un régimen demencial que empujó al mundo a la segunda guerra mundial, y que no vaciló en inmolar a minusválidos, judíos, cristianos y gitanos, como así también a todos los que se opusieran a sus designios totalitarios, se introdujeron en el Código Penal las excusas absolutorias. Lo sorprendente es que en estos comienzos del siglo veintiuno la excusa absolutoria del art. 86 inc. 2º haya servido de pretexto en la República Argentina para que provincias y municipios, sin tener facultades para sancionar leyes de fondo, hayan aprobado normas que reglamentan y amplían la impunidad del aborto. El colmo de la audacia se observa en el fallo de la Corte Suprema del 13 de marzo de 2012 que, usurpando atribuciones legislativas, y alzándose contra preceptos de jerarquía constitucional que amparan la vida inocente, extendió la impunidad a todo tipo de violación e ignoró la interpretación auténtica del art. 86 inciso 2º del Código Penal que hicieron los autores de su texto. Basta leer el citado informe de la Comisión de Códigos para comprobar que las violaciones que no fueran en perjuicio de mujeres "idiotas o dementes" quedaban fuera de la excusa absolutoria del art. 86 inc. 2º. Resulta sintomático que los partidarios de la legalización del aborto nunca se refieran al Informe de la Comisión de Códigos. Tampoco ha sido transcripto, hasta donde llega mi conocimiento, en los tratados y manuales que circulan entre estudiantes y estudiosos, a pesar de que es una pieza decisiva para la correcta exégesis de la norma.

La Corte Suprema ha declarado que "la primera regla de interpretación de las leyes es la de dar pleno efecto a la intención del legislador, la cual debe fluir de la letra o del espíritu de la misma" (Fallos: 150:151); principio que exige determinar ese espíritu de la ley cuando fuera de su letra está clara y evidente la intención del legislador y *máxime si esa intención consta en la exposición de los motivos que la fundaron* (Fallos 111: 330). Además, la

(4) Código Penal de la Nación Argentina, Ley 11.719, Edición Oficial, pp. 268/269, Buenos Aires, 1922.

importancia de los informes de las comisiones de las honorables Cámaras como fuente de interpretación de las leyes, aumenta cuando ellas obtienen —como en este caso— asentimiento general (Fallos 115: 174)(5).

Por lo demás, las excusas absolutorias del art. 86 del Código Penal, sobre todo a partir de la reforma de 1994, resultan manifiestamente inconstitucionales ante textos explícitos que amparan de modo irrestricto la vida de la persona por nacer desde el instante de su concepción. De esa normativa con jerarquía constitucional debemos destacar algunos preceptos que ponen de manifiesto que el art. 86 del Código Penal ha perdido vigencia y ha quedado tácitamente derogado. La derogación tácita, en lógica normativa, es de existencia no controvertida porque no pueden ser simultáneamente válidas dos normas contradictorias sobre la misma conducta. Obviamente, rigen las de mayor jerarquía que son también —en este caso— las últimas. Entre ellas destacamos sucintamente las siguientes:

1º) La ley 23.849, cuyo art. 2º, al aprobar la Convención sobre los Derechos del Niño, declaró que el art. 1º de ese instrumento internacional “debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad”. Con esta reserva, “en las condiciones de su vigencia” (art. 75 inc. 22 C.N.), la Convención adquirió jerarquía constitucional.

2º) El artículo 3º de dicha Convención que textualmente expresa:

“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

3º) El art. 6º de la misma Convención que textualmente expresa:

1.- “Los Estados Partes reconocen que *todo niño tiene derecho intrínseco a la vida.*

2.- Los Estados Partes garantizarán “*en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño.*”

(5) LINARES QUINTANA, Segundo V., “Tratado de la interpretación constitucional”, Lexis Nexis Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2007, p. 107.

4º) El art. 75 inc. 23 de la Constitución Nacional atribuye al Congreso la facultad de *“legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños...”*.

“Dictar un régimen de seguridad social especial e integral *del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental*, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia.”

Pensamos que estas normas, que podrían ser ampliadas con otras también de nivel constitucional como las incorporadas a la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 3º), al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 6º), a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. 4.1) y a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 4º), son suficientes para enmarcar las obligaciones asumidas por el Estado Argentino en la Convención sobre los Derechos del Niño y en el art. 75 inc. 23 de la Constitución con relación a los derechos a la vida y a la salud de la persona por nacer.

A partir de tales normas, queda constitucionalmente desautorizada la pretensión de considerar a la persona antes de su nacimiento como *pars viscerum matris*, es decir, como una simple víscera u órgano de la madre, equiparable a los riñones, el estómago o la vesícula. Así como estas partes del cuerpo humano no son sujetos de derecho, tampoco lo sería la persona humana en la etapa más temprana de su vida si fuera sólo una parte del organismo materno.

Porque, en definitiva, como acertadamente lo señalaba Abelardo Rossi, el núcleo del problema radica en determinar si el embrión o feto en el seno materno, e incluso el concebido en forma extracorpórea, es o no un ser humano a quien desde que existe a partir de la concepción denominamos persona (6).

La respuesta afirmativa ya la había dado el Código Civil desde los comienzos de su vigencia. Pero ahora la dan en forma enfática las normas

(6) ROSSI, Abelardo F., “Sobre el aborto”, en *El Derecho*, nº 9592, 23 de septiembre de 1998, p. 1.

de jerarquía constitucional precedentemente citadas. Ello sin perjuicio de que la biología indica con criterio unánime, sólo cuestionado por ideologías que prescindien de los conocimientos científicos, que el ser humano comienza con la concepción y termina su vida temporal con la muerte.

III. El fallo de la Corte Suprema

El error hermenéutico más grave de la sentencia de la Corte Suprema, sin lugar a dudas, es la afirmación de que la excusa absolutoria del art. 86 inc. 2º del Código Penal no sólo está en plena vigencia sino que ampara con un manto de impunidad la muerte provocada de los niños concebidos como consecuencia de toda violación. La mayoría de la Corte Suprema, a lo largo de la extensa sentencia, demuestra de esta forma que ignoró la “ratio legis” del art. 86 inc. 2º C.P., expuesta con claridad manifiesta en el informe del 26 de septiembre de 1919 (7) que ya he glosado.

La lectura del fallo revela que el tribunal prescindió o desconoció —para el caso es lo mismo— ese dictamen en el que se vuelca, como único argumento para dar sustento al art. 86 inc. 2º C.P., un anacrónico y falaz motivo eugenésico y racista que, obviamente, estaba circunscripto al caso de violación de “una mujer idiota o demente”.

Como lo anticipé, el dictamen de marras no dice una palabra de las demás violaciones a las que pretende extender la Corte Suprema la impunidad del aborto provocado, vulnerando el principio de legalidad. Basta leer el informe para advertir la dimensión de la arbitrariedad exegética cometida por el más Alto Tribunal de la República.

Con argumentos racistas se introdujo así en el Código Penal la excusa absolutoria que ahora, contrariando la “interpretación auténtica” de sus autores, la Corte Suprema, extiende a todo tipo de violación que, además, no deberá ser acreditada de ninguna manera y, por el contrario, la ejecución del aborto deberá facilitarse por los agentes de salud, bajo severas advertencias que el tribunal formula contra quienes amparados en el claro sentido de la norma, e incluso en el orcen natural, procuren evitar que de modo directo se provoque la muerte de un ser humano inocente.

(7) Código Penal de la Nación Argentina, Ley 11.719, Edición Oficial, pp. 268/269, Buenos Aires, 1922.

A pesar de los esfuerzos dialécticos que en sentido contrario expone el Tribunal, las excusas absolutorias del art. 86 del Código Penal resultan hoy inaplicables y manifiestamente inconstitucionales ante los textos explícitos de jerarquía constitucional que ya he citado y que amparan de modo irrestricto al niño por nacer. También prescindió la Corte Suprema de la ley 26.061, reglamentaria de la Convención sobre Derechos del Niño, que ratifica y amplía los derechos conferidos en la misma, otorgando prioridad al “*interés superior del niño*” cuando entre en colisión con el de cualquier adulto. Además, ese cuerpo legal advierte que todos deberán reconocer en cada niño la “condición de sujeto de derecho” y el consecuente “derecho a la vida”. Evidentemente los jueces de la Corte Suprema no leyeron estos cuerpos normativos o prescindieron de sus textos, lo que configurara un verdadero alzamiento contra reglas hermenéuticas de jerarquía constitucional.

A la luz de los criterios fijados en las normas precedentemente citadas, no puede controvertirse hoy, en términos jurídicos, que el derecho a la vida se extiende desde la concepción hasta la muerte natural. Cualquier discriminación que se intente, como la que efectúa la Corte Suprema en su sentencia, y que deje sin protección penal la vida de los niños antes de nacer, resultará violatoria de los preceptos de jerarquía constitucional que ya he reseñado y de la igualdad consagrada en el art. 16 de la Ley Fundamental.

La Corte Suprema afirma que el derecho a la vida no es absoluto. Podrá sostenerse tal perspectiva cuando resultare aplicable *la ley del doble efecto* que rige en la legítima defensa y en situaciones bélicas o policiales en las que la muerte del agresor es una consecuencia indirecta (8). Empero, la muerte provocada de *modo directo de un ser humano inocente*, carece de legitimidad moral y de validez jurídica en toda circunstancia, resultando irrelevante que los afectados tengan una semana o tres meses de gestación, un año o noventa años de vida. Todos tienen el mismo derecho a la vida. En estos casos, especialmente el del niño que aún no ha nacido, el derecho a la vida —contra lo que sostiene el tribunal— tiene carácter *absoluto*. Nunca, nunca, ningún órgano legislativo nacional o local, ni siquiera el más Alto Tribunal de la República abusando del ejercicio de su

(8) Ver: BASSO, Domingo M.: *Nacer y morir con dignidad*, p. 187, Buenos Aires, 1989. SALSAMAN, Jorge, en *Deontología Jurídica o moral profesional del abogado*, Bilbao, 1953, nº 24, p. 34.

jurisdicción, pueden legitimar la muerte provocada de modo directo de un niño por nacer, quien, en todos los casos, es totalmente inocente.

Otro tema que ha resultado magullado por la sentencia es el derecho constitucional a la objeción de conciencia. La Academia Nacional de Medicina, en su declaración del 28 de septiembre de 2000, ratificó su rechazo “a todo método que interrumpa el embarazo” y reclamó que no se niegue a los médicos “la libertad de actuar según el criterio de su conciencia ante situaciones que consideren reñidas con la ética”. Contrariando esta alta opinión médica, e incluso su propia jurisprudencia, la Corte Suprema re-atea en esta sentencia la objeción de conciencia, imponiéndole, sin tener atribuciones, límites temporales inadmisibles. Bernard Nathanson relata en su libro autobiográfico (9) que después haber practicado de modo directo o bajo su dirección 75.000 abortos, súbitamente tomó conciencia de que había estado matando niños cuando vio la filmación de una ecografía en la que el bebe hacía movimientos contorsivos y desesperados para evitar que le provocaran su muerte. Desde ese momento cesó en su práctica criminal y se transformó hasta su muerte en uno de los líderes americanos de la corriente “pro life”. Es absurdo sujetar la objeción a inscripciones en registros o a la vigencia de protocolos abortivos y no a los mandatos, que pueden ser súbitos, de la propia conciencia.

El derecho a la objeción de conciencia —que obviamente asiste a los profesionales médicos y también a las autoridades de los establecimientos a los que se pretenda obligar a ejecutar abortos— deriva de los arts. 14 y 33 de la Constitución Nacional y de las convenciones internacionales que amparan la libertad de conciencia. Me refiero concretamente a los arts. 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 12 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Todos estos instrumentos tienen jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22. C.N.)

Como lo explica claramente Siro M. A. De Martini (10), “*nadie puede matar a un ser humano inocente e indefenso. Nadie puede, por tanto, or-*

(9) NATHANSON, Bernard, “La mano de Dios”, Ediciones Palabra S.A., Madrid, 2011.

(10) DE MARTINI, Siro M. A., “Ni los médicos, ni los centros de salud, están jurídicamente obligados a practicar abortos”, en el libro titulado “El médico frente al aborto”, 1ª. ed., Buenos Aires, Educa 2012 (hay edición digital).

denar o exigir que otra persona mate a un ser humano inocente e indefenso. En consecuencia, cualquier orden, norma, exigencia, sugerencia que alguien haga en ese sentido, es ilícita". Agrega el mismo autor que, "afortunadamente, en una república no existe ningún organismo que sea omnipotente. Menos aún, en una república federal. *Por eso la Corte Suprema de Justicia, aún siendo el tribunal más alto del país, y más allá del innecesario lenguaje que utiliza, no puede ordenar a los responsables de la salud pública, ni a los médicos, lo que deben hacer si se presenta en un hospital una mujer embarazada reclamando un aborto*".

Además —puntualiza Siro De Martini en su citado trabajo—, la cuestión liminar que debe examinar el médico es la "*objeción de ciencia*", porque la primera razón que tiene un médico para no realizar el aborto no es moral sino científica. Hay que repetirlo: el aborto no es terapéutico, no forma parte de la ciencia o el arte de curar, es exactamente lo contrario de lo que debe buscar un médico con su actividad: no sólo no cura sino que mata". La segunda cuestión concierne a la libertad de conciencia que nadie tiene derecho a avasallar, ni siquiera la Corte Suprema. Porque, como lo señala Jorge Nicolás Laferriere, el derecho a la "*objeción de conciencia*" tiene una clara y efectiva vigencia en el orden jurídico argentino y su misión es garantizar "una forma calificada de reconocer la dignidad de la persona humana y su conciencia, como ámbito sagrado de toma de decisiones" (11). La ley natural y el régimen jurídico argentino amparan la negativa del médico y de sus asistentes a provocar la muerte de un niño inocente.

Otro argumento falaz del fallo en examen es la invocada responsabilidad del Estado argentino en caso de que no se despenalice el aborto ante cualquier violación. Tal afirmación es falsa. No hay ninguna norma internacional ratificada por el Congreso argentino que haya consagrado el derecho a matar al niño por nacer. Las opiniones que puedan prevalecer en algunas dependencias de la ONU, contaminadas en los últimos tiempos de ideas abortistas, son jurídicamente irrelevantes y no generan ninguna obligación para nuestro país y mucho menos una responsabilidad del Estado argentino por no compartir esas tendencias homicidas. Por el contrario, ya hemos citado las normas de jerarquía constitucional que amparan de modo absoluto la vida del niño por nacer. Concierne a las autoridades

(11) LAFERRIERE, Jorge Nicolás, "Ni los médicos, ni los centros de salud, están jurídicamente obligados a practicar abortos", en el libro titulado "El médico frente al aborto", 1ª ed., Buenos Aires, Educa 2012 (hay edición digital).

administrativas, legislativas y judiciales de la República Argentina el cumplimiento riguroso de esa normativa y no, como sin fundamento pretende el tribunal, prescindir de ellas y sostener un inexistente derecho al aborto.

No menos censurable es que la mayoría de la Corte Suprema se haya arrogado facultades administrativas y legislativas nacionales, provinciales y municipales, desconociendo la organización federal de la República, prescindiendo de las autonomías locales, y procurando obligarlas a que implementen protocolos hospitalarios que faciliten la ejecución del aborto sólo con la invocación de una violación que no se debe acreditar ni denunciar a la autoridad judicial. Es una larvada liberación del aborto, que se extiende durante todo el período de la gestación, y que lamentablemente ya ha comenzado a generar amargos frutos de muerte.

Aunque resulte algo jurídicamente obvio, no debe olvidarse que la Corte Suprema sólo resuelve el caso concreto, que en esta oportunidad no existía porque el niño había sido ilícitamente ejecutado. No media ninguna obligación de acatamiento para los magistrados inferiores federales o provinciales y, mucho menos, para los organismos legislativos y administrativos, nacionales o locales, ajenos al pleito.

IV. Repercusiones del fallo de la Corte Suprema

La sentencia del Alto Tribunal suscitó el aplauso de los sectores abortistas. Por su parte, los defensores de la vida inocente rechazaron airadamente el fallo del tribunal y formularon críticas lapidarias que ponen en evidencia su inconsistencia y manifiesta inconstitucionalidad.

Además, el fallo generó una avalancha de iniciativas y proyectos abortistas. Los órganos de gobierno provinciales y municipales se doblegaron servilmente ante los improcedentes mandatos del fallo y sancionaron normas locales violatorias del régimen constitucional que rige en la Argentina, olvidando, además, que las resoluciones judiciales son obligatorias sólo para las partes. Cuando la mayoría de un tribunal, como la Corte Suprema, pretende impartir instrucciones a los órganos legislativos y administrativos locales, sus mandatos carecen de fuerza imperativa, máxime en el presente caso en el que la posición del Tribunal choca con derechos y garantías constitucionales. Lo mismo debemos decir frente a la pretensión de ordenar a los jueces locales que resuelvan sus causas aceptando la interpretación que hizo el tribunal de una norma de derecho

común, vulnerando así lo dispuesto en el art. 75 inc. 12 de la Constitución Nacional. No exageramos un ápice en lo que decimos. En efecto, la Corte Suprema exhortó en el fallo a las autoridades nacionales, provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires “a implementar y hacer operativos mediante normas del más alto nivel, en los términos aquí sentados, protocolos hospitalarios para la completa atención de los abortos no punibles y para la asistencia integral de toda víctima de violencia sexual”. Además, el tribunal amplió su extralimitación al exhortar a los integrantes del Poder Judicial de la Nación, de las Provincias y de la Ciudad de Buenos Aires a “abstenerse de judicializar el acceso a los abortos no punibles previstos legalmente”. Como acertadamente comenta Norberto Padilla (12): “*A buen entendedor, la exhortación no es tal, es una intimación*”. Agrega el mismo autor que “es verdaderamente asombroso que, en un país en que se judicializa todo, sea la vida humana por nacer la que suscita el rayo fulminante de la cólera del más Alto Tribunal”. Por otra parte, por la naturaleza de las excusas absolutorias, la sujeción de su invocación queda sujeta necesariamente al contralor de los jueces en lo penal.

La intimación la dirige el Tribunal asimismo contra todos: médicos, personal sanitario y responsables de establecimientos sanitarios que, por razones morales y jurídicas, no estén dispuestos a provocar la muerte de modo directo de ningún niño por nacer. La Corte Suprema les advierte que “conspiran indebidamente contra los derechos de la víctima” y hasta pueden ser considerados incurso en una “violencia institucional”, debiendo responder “por las consecuencias penales y de otra índole que pudiera traer aparejado su obrar”

La Corte prescinde así de algo elemental, conocido incluso desde los tiempos de Hipócrates. Me refiero a que la obligación de los médicos es procurar salvar las vidas de ambos, del niño y de la madre. En ningún caso pueden estar obligados a provocar de modo directo la muerte de ninguno, y mucho menos a actuar contra su conciencia, presionados por los términos de la sentencia del Alto Tribunal.

Tamaña intimación resulta especialmente repugnante en el caso del art. 86 inc. 2 del Código Penal que, a través de una hermenéutica reñida con el principio de legalidad, el tribunal extiende a todo tipo de vio-

(12) PADILLA, Norberto, “En la senda de Roe vs. Wade”, *El Derecho*, 22/05/2012, nº 13.0.

lación, facilitando la total impunidad del supuesto violador y condenando a muerte a quien es totalmente inocente respecto de la transgresión cometida en perjuicio de su madre. Y este imaginario derecho a abortar, a criterio del tribunal, podría ser ejercido en cualquier momento del embarazo de nueve meses porque la sentencia no fija tampoco ningún límite temporal. Es difícil imaginar mayor menosprecio por la vida de un niño inocente.

En 1983, diez años después de la sentencia de la Corte Suprema Americana que en los autos *Roe vs. Wade* despenalizó el aborto, el Presidente Reagan sostuvo en un discurso conmemorativo que, como consecuencia de ese pronunciamiento, habían muerto más americanos que todos los caídos en las guerras internas y externas soportadas por los Estados Unidos en el curso de su historia. Y Bernard Natanson ha explicado como los 100.000 abortos anuales anteriores al fallo no tardaron en incrementarse un 1.500%, es decir, quince veces más, ascendiendo la cifra del primer decenio que conmemoró Reagan en su discurso, a aproximadamente quince millones de niños exterminados al amparo de la inicua sentencia de la corte americana. Lamentablemente algo análogo sucederá en la República Argentina porque es lo que ha ocurrido en todos los países que han elegido el camino de la liberación de la práctica del aborto.◆

III

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 el cinco de junio, se comunicó el plan de acción para el período y se comentaron diversas novedades jurisprudenciales y legislativas. A continuación el doctor Gustavo Silva Tamayo expuso sobre el tema *“Los vicios de la voluntad del Acto Administrativo”*. El invitado efectuó una profunda explicación acerca de la importancia de la voluntad como presupuesto o requisito del acto administrativo, para posteriormente examinar los efectos derivados de vicios en su conformación. Al finalizar su exposición se produjo una extensa e interesante discusión acerca de la incidencia de la voluntad respecto de los elementos esenciales del acto.

En la segunda reunión, llevada a cabo el seis de septiembre, el doctor Ismael Mata abordó el tema *“Los reglamentos de las Cámaras del Congreso de la Nación”*. El disertante examinó los distintos reglamentos que emanan de las cámaras de Diputados y Senadores, su régimen y naturaleza jurídica.

En la siguiente reunión, efectuada el siete de agosto, la doctora Estela Sacristán expuso sobre *“Las expropiaciones de fuente regulatoria (‘Regulatory takings’) en el Derecho comparado. Perspectivas en el Derecho argentino”*. La disertante realizó una exhaustiva explicación de las *“Regulatory*

takings” en el Derecho norteamericano, para luego abordar su relación con ciertos institutos jurídicos nacionales que provocan límites estatales al Derecho de Propiedad. Al finalizar la exposición, tuvo lugar un fecundo intercambio de ideas acerca de las consecuencias, particularmente las patrimoniales, que pueden derivar de ciertas limitaciones o regulaciones estatales del Derecho de Propiedad.

El ocho de noviembre, el catedrático español profesor Santiago Muñoz Machado, en la sesión pública de la Academia, al incorporarse como académico correspondiente expuso sobre el tema “*El poder de oficio del juez administrativo*”, a la que concurrieron la mayoría de los miembros del Instituto y de lo que se informa en el punto III de esta Memoria.

Finalmente, en la última sesión del año, realizada el diecisiete de diciembre, el doctor Oscar Aguilar Valdez abordó el tema “*La globalización y la contratación pública*”. En la oportunidad, el expositor, después de ofrecer una perspectiva histórica de la globalización y su impacto en el Derecho Administrativo, puso de resalto la existencia de diversos ordenamientos jurídicos internacionales que inciden sustancialmente en el régimen de la contratación pública. Al finalizar la exposición se efectuó un fructífero intercambio de opiniones acerca de la formación de un *ius commune* de la contratación estatal susceptible de funcionar como una nueva ley pública mercatoria.

INSTITUTO DE DERECHO CIVIL

Bajo la dirección del académico doctor Santos Cifuentes, se publicó la obra número 15 del Instituto, que llevó por título *“Teoría y Práctica de los Contratos”*.

La dirección del Instituto desarrolló el tema *“Teoría y práctica de general del contrato en la Legislación Argentina”*, que incluyó el análisis de la legislación comparada y de jurisprudencia vinculada con la materia, el académico doctor Félix A. Trigo Represas escribió sobre *“La cláusula penal en los contratos”*, y el académico doctor Eduardo A. Sambrizzi sobre *“Los contratos entre cónyuges”*.

Los restantes trabajos que integraron la obra se detallan a continuación: *“Contratos en beneficio de terceros”*, por Juan Carlos Hariri; *“Los contratos de explotación de obras protegidas por el derecho de autor. Principios generales”*, por Delia Lipszyc; *“Diferentes clases de consentimiento. Expreso o tácito”*, por José L. Pérez Ríos y *“Lesión subjetiva objetiva”*, por Rubén S. Stiglitz.

INSTITUTO DE DERECHO CONSTITUCIONAL

Bajo la dirección del académico doctor Juan R. Aguirre Lanari y la subdirección del académico doctor Gregorio Badeni, el Instituto desarrolló una importante labor académica durante las reuniones llevadas a cabo en el año, que siempre contaron con la asistencia de un número importante de miembros que mostraron sumo interés e hicieron aportes significativos una vez finalizada la exposición de cada disertante.

El plan de labor anual se programó en la primera reunión llevada a cabo el diecisiete de abril, ocasión en la que se decidió mantener el tercer martes de cada mes como día de los encuentros del Instituto. Asimismo, se fijaron los temas y se acordaron los nombres de los miembros que tendrían a su cargo las exposiciones.

En esa ocasión, el doctor Néstor Sagüés expuso con solvencia el tema *“El poder constituyente como intérprete de la Constitución: experiencias comparadas”*. El quince de mayo el doctor Alfonso Santiago (h) desarrolló en profundidad la temática referida a *“La responsabilidad penal por el contenido de las sentencias: los recientes procesos por prevaricato al juez Garzón”*. El diecinueve de junio el doctor Antonio Martino efectuó un interesante aporte al abordar el tema *“Desde el gobierno electrónico al expediente judicial”*. El 10 de julio el doctor Enrique Zuleta Puceiro desarrolló un tema de su especial conocimiento, *“Itinerarios sobre el nuevo realismo constitucional”*. El veintiuno de agosto el doctor Emilio Ibarlucía expuso en forma clara y fundada el tema *“El neoconstitucionalismo y la sobreinterpretación constitucional”*. El dieciocho de septiembre el profesor Douglas Elespe efectuó una significativa contribución al exponer sobre *“La carta orgánica del Banco Central y la ley de entidades financieras”*. El dieciséis de octubre el doctor Mario Serrafiero abordó una importante temática, *“Juicio político y renuncia presidencial en América latina”*, y el veintisiete

de noviembre de la doctora María Gabriela Abalos expuso con solvencia sobre *“El control de constitucionalidad y el control de convencionalidad”*.

Todas las disertaciones se caracterizaron por su excelente nivel, abarcando una multiplicidad de aspectos novedosos que concitaron el interés general y la valiosa participación de los miembros.

Asimismo, el veintinueve de junio se celebró una reunión especial a efectos de recibir a parlamentarios de Vietnam, quienes solicitaron mantener un diálogo con los miembros del Instituto con relación a la reforma constitucional que intentan realizar en su país.

Con la asistencia de un número considerable de miembros se dio respuesta a cada una de las preguntas formuladas y con posterioridad se respondió un cuestionario que fue elevado al señor presidente de la Academia, para su envío a la Embajada de la República Socialista de Vietnam en Buenos Aires, lo que así se hizo.

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 primera reunión del año, el doctor Mauricio Boretto se refirió al tema "*Constitucionalización del Derecho Privado y su influencia en la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico mercantil*". El disertante recordó que en tiempo reciente han ingresado a los textos constitucionales relaciones que tradicionalmente pertenecieron al Derecho Privado, como las relaciones entre empresas y consumidores), y se refirió además a algunos derechos subjetivos incorporados a la Constitución Nacional por la reforma de 1994, como la protección del consumidor consagrada en el artículo 42, el habeas data mencionado en el artículo 43 y la acción de reparación del daño ambiental consagrada en el artículo 41.

Señaló que desde la reforma constitucional de 1994 se ha configurado un nuevo sistema de fuentes del derecho, por lo que los casos en que rija la legislación del Derecho privado deben ser resueltos de acuerdo a las leyes que regulen la materia de que se trate y que resulten aplicables, interpretándolas conforme a la Constitución Nacional y a los tratados suscriptos por la Argentina.

Luego planteó diversas aplicaciones prácticas del fenómeno de la constitucionalización del Derecho Privado en el país, y su influencia en la interpretación y aplicación de la legislación mercantil infra constitucional.

En la segunda reunión del año, realizada en el mes de abril, el doctor Guillermo Cabanellas expuso sobre "*Determinación del derecho aplicable a las marcas en el ámbito internacional*", ocasión en la que señaló que el Derecho Internacional Privado (DIPR) no ha logrado una solución clara y unívoca respecto de su aplicación a las relaciones vinculadas a las marcas.

Mencionó que las dificultades se originan mayormente en las premisas y metodologías erradas utilizadas por la doctrina para enfocar la determinación del Derecho aplicable en relación con las marcas, y recordó que para un conflicto determinado, sólo será posible conocer el régimen de DIPR aplicable conociendo cuál es la jurisdicción nacional aplicable a ese conflicto. Determinada esa jurisdicción, ésta utilizará su régimen de DIPR para establecer el Derecho aplicable al conflicto. Pero no existe un mecanismo unívoco supranacional que determine la jurisdicción sobre los litigios relativos a marcas.

Cada país o entidad multinacional determina unilateralmente su jurisdicción, lo que conduce a que, frente a un litigio determinado, uno, varios o ningún Estado tenga tribunales que se declaren competentes en la materia. Esta determinación unilateral puede verse limitada por acuerdos internacionales; pero no existen acuerdos mundiales omnicomprendivos que superen globalmente las incoherencias de los regímenes nacionales.

El disertante destacó que a ello se agrega una particularidad de las marcas, consistente en que pueden encontrar protección, en la generalidad de los regímenes contemporáneos, no sólo a través de su registro, sino también mediante su mero uso, y recordó que en el ámbito de las relaciones internacionales argentinas, el Tratado de Montevideo de 1889 incluye diversas normas de conflicto. En materia de formalidades y condiciones para la protección de las marcas, se aplica el Derecho del país donde se pretenda usar la marca; en materia de infracciones respecto de las marcas, se considera aplicable la *lex fori*. Pero estas reglas son insuficientes para regir adecuadamente las cuestiones internacionales en materia de marcas. En primer lugar, porque no determinan el ámbito de aplicación de la ley marcaria que se considere relevante. En segundo lugar, porque no resuelven los casos de interés en esta materia, que son aquellos en que los actos relativos a una marca se desenvuelven en el ámbito económico de diversos países. Finalmente, porque su aplicación está limitada al ámbito del Tratado de Montevideo.

Acotó también que en la Argentina es de difícil aplicación dicho principio porque la ley de marcas no indica los actos a los que se otorga protección, a lo que siguió un interesante intercambio de opiniones entre los asistentes.

En la tercera sesión del Instituto, realizada en mayo, el doctor Carlos Molina Sandoval habló sobre el tema "*Directores suplentes o sustitutos*."

Conflictos y problemas en la dinámica societaria”, sobre el que dijo que presenta un marco normativo insuficiente, que es suplido en general con la aplicación de principios generales y sentido común.

Subrayó que la ley no contempla en forma diferencial la realidad de directorios unipersonales, ni el fenómeno del director-accionista, y recordó que si bien la normativa no regula la duración de las funciones del director suplente, se aplica el régimen del director titular.

Otro de los temas que abordó el expositor es el relativo a las garantías que deben prestar los directores, cuestionándose si es menester que las otorguen antes de asumir efectivamente funciones en el directorio, y también expuso sobre el orden de incorporación de los directores suplentes, asignando primacía a lo que indique el Estatuto y, en su defecto, postulando como solución posible, más allá de las dudas que genera la cuestión, el común criterio de respetar el orden en que hayan sido designados.

Analizó además distintos supuestos que podrían presentarse en relación con los honorarios de directores suplentes y sustitutos, se refirió brevemente al caso de la inhabilitación concursal y, sobre la legitimación procesal, dijo que, en su opinión, el director sustituto no puede impugnar decisiones del directorio que no lo afecten.

Tras la exposición hubo un fecundo intercambio de ideas, con intervenciones de los doctores Guillermo E. Ragazzi, Rafael M. Manóvil y Carlos S. Odriozola.

En la cuarta sesión del Instituto, realizada en junio, la doctora Ana Isabel Piaggi expuso sobre el tema *“Empresa Familiar. Tratamiento en el Proyecto de Código Civil”*, ocasión en la que abordó las dificultades que entraña su definición conceptual.

Expuso los caracteres que halló diferenciales, primordialmente, que la propiedad de la empresa se encuentra en manos de un grupo familiar, que se va dispersando y subdividiendo conforme pasa el tiempo, la participación de la familia en el gobierno de la empresa, etcétera.

Postuló que las formas jurídicas propuestas por el derecho positivo argentino resultan inapropiadas para comprender y regular apropiadamente la problemática del desarrollo y sucesión en la empresa familiar, y enumeró ventajas competitivas de esta estructura empresarial, como la

autofinanciación, mayor vinculación con la clientela y con los trabajadores, como también un mayor compromiso con el resultado del negocio. Aunque también puntualizó sobre la dinámica negativa de las empresas familiares, por problemas familiares e instrumentales.

En tal sentido, señaló que resulta necesario modernizar la normativa testamentaria, de la legítima y de los regímenes patrimoniales, el usufructo de accione, la suscripción preferente, escisión/fusión, disolución y liquidación, mediación y arbitraje para crear dispositivos que se adecuen mejor a las necesidades de la empresa familiar.

Y se preguntó sobre la conveniencia de receptar la registrabilidad de los protocolos familiares en los registros públicos. Repasó la práctica del protocolo familiar en Estados Unidos de América, Francia, Italia y España, principalmente. Expresó su parecer respecto a que el protocolo de familia podría ser oponible a la sociedad, si se otorgase por escritura pública.

Respecto del Proyecto de Código Civil, anticipó su criterio de que la sociedad anónima y la sociedad de responsabilidad limitada se amoldan mejor que la sociedad unipersonal a las necesidades de la empresa familiar, al término de lo cual se produjo un interesante intercambio de ideas, con intervenciones de los Guillermo E. Ragazzi, Eduardo Roca, Osvaldo J. Marzorati y Héctor Alegria.

En la quinta reunión del Instituto, en el mes de agosto, el doctor Juan Malcolm Dobson ofreció una comunicación sobre *“Los Títulos Valores en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012”*. El orador destacó el esfuerzo sistematizador efectuado por los autores del Anteproyecto, en el que se materializan dos aspiraciones del profesor rosarino e integrante del Instituto, doctor Miguel Araya, que son la de incorporar una sistematización de los títulos valores y la de admitir la libertad de creación de los mismos.

Añadió que en la actualidad, la interpretación de los efectos de los títulos valores que integran el derecho cambiario se formula por los tribunales sobre la base de los principios de literalidad y autonomía, y son pocas las referencias al sistema, incluso a las restantes partes del propio Código de Comercio. Agregó que en la práctica jurisprudencial argentina se admite la discusión de la causa entre partes directas, y que el Proyecto 2012 permite la emisión de títulos de libre creación abstractos por ciertas personas.

Pero observó que dado que las disposiciones del Proyecto 2012 son aplicables supletoriamente a “las especiales que rigen para títulos valores determinados” (artículo 1834), frente a la derogación del artículo 212 del Código de Comercio, el resultado será que la discusión de la causa se hallará vedada entre partes directas, incluso en el cobro por la vía ordinaria de un pagaré, un cheque, etcétera.

La materia comercial requiere una interpretación propia, en la que la protección del crédito y la producción aparece como imprescindible. El hecho que la normativa propuesta por el Proyecto 2012 establezca que la denominación del código sea: “Código Civil y Comercial”, determina que la materia comercial se mantiene.

El expositor repasó la regulación de los títulos valores en la legislación actual, no sin aclarar que no se cuenta en el derecho argentino vigente con un concepto legal de “título valor”, y analizó seguidamente la situación frente al Proyecto de las leyes complementarias referidas a la letra de cambio, el pagaré, el cheque, la factura conformada y el certificado de depósito bancario a plazo fijo, para concluir que la legislación vigente actualmente para estos títulos se mantendrá intacta con posterioridad a la posible aprobación por Ley del Proyecto 2012, junto con el muy profuso cuerpo de jurisprudencia y doctrina existente al respecto.

En la sexta reunión, realizada en el mes de septiembre, el doctor Rubén Stiglitz se refirió a “Los principios generales de la Teoría general del contrato en el Proyecto de Código civil y comercial. Examen de nuevos temas”. El orador mencionó que el Proyecto contempla tres tipos de contratos, los discrecionales, donde sigue rigiendo el principio de autonomía de la voluntad salvo que se trate de normas indisponibles; los contratos por adhesión, y los contratos de consumo.

Agregó que en el Proyecto los límites a la autonomía de la voluntad se hallan constituidos, entre otros, por (a) la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres (artículo 958); (b) por la facultad acordada a los jueces de modificar el contrato cuando sea a pedido de partes cuando lo autoriza la ley, o de oficio cuando se afecta, de modo manifiesto, el orden público (artículo 960).

Sostuvo que a los fines de una prelación normativa, aplicable en caso de eventual conflicto de normas entre disposiciones contenidas en leyes especiales y el Código, el Proyecto hace prevalecer: (a) las normas imperati-

vas de la ley especial y del Código, (b) las normas particulares del contrato, (c) las normas supletorias de la ley especial y (d) las normas supletorias del Código (artículo 963).

En orden a la integración del contrato, dijo que el Proyecto hace prevalecer las normas imperativas por sobre las cláusulas incompatibles con ellas, lo que no deja de ser una aplicación del principio de prelación normativa.

Tras la exposición se generó un interesante intercambio de ideas con otros miembros del Instituto, como los doctores Rafael M. Manóvil, Mariano Gagliardo, Miguel Araya y Héctor Alegria, ocasión en la que se abordaron algunos aspectos de la nueva regulación prevista en el Proyecto sobre ciertos institutos, tales como la imprevisión, la regulación de los contratos conexos, contratos de larga duración, y reforma sobre el *leasing*.

En la octava reunión del año, celebra en octubre, el doctor Miguel Araya abordó el tema de los “*Contratos asociativos*”, sobre los cuales el Proyecto de Código Civil y Comercial incorpora reglas específicas en el Libro III, “De los derechos personales”.

Indicó que su contenido se inicia con disposiciones generales, aplicables a toda clase de estos contratos, para luego regular cuatro contratos asociativos típicos: negocios en participación, agrupaciones de colaboración, uniones transitorias y consorcios de cooperación.

Adicionalmente, consagra la “libertad de contenido de los contratos asociativos” atípicos, en regla incluida en el artículo 1446.

Precisó que el proyecto toma fundamentalmente los antecedentes propuestos por la Comisión Federal (1993) y, en especial, el proyecto de Código Civil del año 1998.

Destacó que los cuatro asociativos típicos mencionados forman parte hoy del derecho vigente, algunos en la Ley de Sociedades Comerciales, y otro, en la ley específica número 26.005, y que un aspecto original es la parte general de los contratos asociativos, que incorpora seis artículos de aplicación general a esta clase de contratos.

Señaló que el instituto incluye tanto a los contratos plurilaterales personificantes (asociación, sociedad), como los no personificantes (*joint ventures*), y que estos contratos no admiten su inclusión en la noción tra-

dicional de contratos de cambio ya que, al igual que las sociedades comerciales, tienen una finalidad común.

A modo de conclusión, el expositor subrayó que la inclusión de los contratos asociativos en el Proyecto de Código Civil y Comercial responde tanto a restablecer un orden metodológico en materia contractual, separando de la ley de Sociedades, lo que no debía estar en ella, como a generar reglas propias de reconocimiento de libertad contractual en la materia.

Luego de la disertación se produjo un rico intercambio de ideas entre los asistentes.

En la novena y última reunión del año, llevada a cabo durante el mes de noviembre, el doctor Osvaldo J. Marzorati se refirió a *“Algunos temas de distribución comercial a la luz del Proyecto de Código Civil y Comercial”*.

Al comenzar apuntó que fue autor de esta parte del Anteproyecto, aunque luego recibió varias modificaciones, producto de revisiones, la más relevante de ellas la de dejar como estaba en el Proyecto de 1998 el contrato de distribución regulándolo por el de concesión.

Indicó que la distribución no está regulada expresamente, sino que, en cuanto sea pertinente, se rige por las reglas de la concesión. Pertinencia que a juicio del ponente surge de los usos y costumbres comerciales, y que no es lo mismo que compatibilidad. Es decir, que la distribución tiene sus propias reglas, caracterizadas por usos y costumbres y por la doctrina y en lo demás se aplica la concesión.

También se refirió a la “compra indent”, institución común en Europa, que incluyó en el Anteproyecto, y que se realiza directamente entre el consumidor y el fabricante, quien nacionaliza el bien y paga los impuestos por cuenta y orden del destinatario final, sea o no consumidor.

En tal caso, explicó que no hay compraventa y que cuando se liquida la operación se hace como si fuera una agencia, sin que la relación de distribución se convierta en relación de agencia, en la medida en que la operación indent es excepcional, por obedecer a la circunstancia de que el distribuidor carece de operaciones de volumen con la capacidad financiera para adquirir el producto, pagarlo y nacionalizarlo.

El disertante abordó sucesivamente los temas de la agencia, la compensación por clientela, la concesión y la franquicia, de la que trazó un pa-

norama general sobre cómo se la regula en el Proyecto, para, finalmente, dejar constancia de que de la iniciativa se eliminó la sección del Registro de antecedentes del franquiciante, al cabo de lo cual se produjo un nutrido intercambio de pareceres.

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.

Los integrantes de la Sección continuaron sus reuniones mensuales, en las que analizaron y debatieron diversos temas de la disciplina a partir de las distintas novedades legislativas y jurisprudenciales que se manifestaron a lo largo del año. Particularmente fueron motivo de estudio a través de la exposición a cargo de uno de los miembros de la Sección, el entonces proyecto de ley modificatorio de la Ley de Riesgos del Trabajo, el nuevo Estatuto para el Trabajador Rural, distintos fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, especialmente los referidos a la cuestión de los efectos de la conducta discriminatoria del empleador, suscitándose interesantes intercambios acerca del acierto o inoportunidad de alguno de esos pronunciamientos.

En el segundo semestre del año comenzó el trabajo de estructuración de un plan de exposiciones sobre la "Libertad sindical", lo cual se concretó en un extenso temario que se distribuyó entre los integrantes del grupo.

Desde noviembre se inició dicho tratamiento con el tema de "*La libertad sindical al interior de la asociación*" a cargo del doctor Jorge Rodríguez Mancini. Al igual que como se ha procedido con los anteriores temas centrales tratados, es propósito de los miembros de la Sección publicar los textos de los comentarios en una obra una vez agotado el programa elaborado.

En el mes de septiembre tuvo lugar la presentación del primer tomo de la obra "*Fuentes del derecho del trabajo*", que como fue informado oportunamente, es el fruto de los trabajos presentados en sucesivas reuniones de la Sección.

La presentación del libro, editado por la editorial Astrea, estuvo a cargo del doctor Néstor Sagüés, habiéndose publicado comentarios sobre dicha

obra en el diario La Ley, a cargo del doctor Gregorio Badeni, y en la Revista Derecho del Trabajo, de la editorial La Ley, preparado por la doctora María Angélica Gelli.

En febrero de 2013 aparecerá el segundo tomo de esta obra.

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 2012 se llevaron a cabo cuatro sesiones, cada una de ellas seguida de un enriquecedor debate e intercambio de ideas, en el cual los miembros asistentes efectuaron importantes aportes.

En la primera sesión de este año, celebrada el veintinueve de mayo, el doctor Osvaldo Marzorati abordó como tema *“Reflexiones sobre pacta sunt servanda y la atenuación del principio por fuerza mayor y otras doctrinas”*. En la segunda sesión, celebrada el veintiséis de junio, las doctoras María Elsa Uzal y Adriana Dreyzin de Klor se refirieron a *“La regulación de Derecho Internacional Privado en el Proyecto de Reforma del Código Civil (parte I)”*. En la tercera sesión, celebrada el catorce de agosto, los doctores María Susana Najurieta y Marcelo Iñíguez expusieron sobre el tema *“Panorama de la regulación de Derecho Internacional Privado en el proyecto de reforma del Código Civil (parte II)”*. Finalmente, en la última sesión del año 2012, el veintitrés de octubre, el doctor Alberto Zuppi abordó como tema *“La reserva, la libertad de formas y el funcionamiento de las reglas de Derecho Internacional Privado en la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías (CISG)”*.

Actualmente se están organizando las actividades correspondientes al año 2013 y ya está programada la primera sesión, en la cual el doctor Roque Caivano abordará como tema *“Arbitraje Internacional: novedades en el reglamento de la Cámara de Comercio Internacional (CCI)”*.

INSTITUTO DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

Bajo la dirección del académico doctor Hugo Caminos, el Instituto celebró reuniones en la que sus integrantes expusieron el alcance de sus trabajos y estado de ejecución de los mismos, para luego ser sometidos a análisis y observaciones del resto de los integrantes del cuerpo.

En ese sentido, el doctor Pablo Ferrara terminó la labor de adaptación de su tesis doctoral en la Universidad de California (Berkeley) 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 mayor importancia.

El trabajo del doctor Ferrara se elevó a consideración de la Mesa Directiva, que, en su reunión del veinticinco de octubre, dispuso su publicación, temperamento que el plenario ratificó en la sesión privada que tuvo lugar el mismo día.

Para el año 2012 el Instituto se propone finalizar otros trabajos en curso e iniciar el estudio de nuevos problemas que atañen al derecho internacional público, sin perjuicio de evaluar la presencia de expertos y destacados académicos que puedan enriquecer sus reuniones, para lo que oportunamente se presentará una agenda.

INSTITUTO DE DERECHO PROCESAL

Bajo la dirección del académico doctor Enrique M. Falcón, el Instituto se dedicó a preparar el Anteproyecto de Ley de Procesos Colectivos, mediante reuniones realizadas de modo personal y a través de Internet, según el programa establecido en el año 2009. Luego del 28 de febrero, fecha hasta la que la iniciativa fue puesta a consideración de los miembros, se procederá a su redacción definitiva para luego exponerse los fundamentos, que serán presentados a consideración de la Academia.

INSTITUTO DE DERECHO TRIBUTARIO

Bajo la dirección del académico doctor Horacio A. García Belsunce, el Instituto incorporó a comienzos de año al doctor Alberto Tarsitano, de lo que se informó en el punto VI apartado A) de esta Memoria.

Las reuniones mensuales comenzaron el diez de abril, ocasión en la que se fijaron las pautas y temas de interés a desarrollar a lo largo del período académico 2012.

En la sesión del tres de mayo, el doctor Cristián Rosso Alba expuso sobre *“Externalidades normativas en materia de pecios de transferencia, a raíz del fallo Volkswagen”*. Se esbozaron durante la reunión conclusiones que podrán servir de bases para futuras investigaciones y análisis dentro del Instituto.

El nueve de mayo, el Instituto contestó una consulta del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, vinculada al Impuesto de Sellos a los actos que tuvieren por objeto inmuebles ubicados en el territorio provincial y que fueren otorgados fuera del mismo, formalizados en instrumento público o privado.

El dos de agosto, el doctor José O. Casás elaboró un proyecto de declaración acerca de la limitación a la compra de moneda extranjera. Como consecuencia de un pormenorizado debate sobre el tema, el Instituto dio a conocer una declaración que, con conocimiento del plenario académico, fue publicada en distintos medios especializados en materia tributaria.

En la reunión del cuatro de octubre se comenzó a debatir el tema sobre el avasallamiento financiero del federalismo argentino, a partir de diversos incumplimientos de la Nación de las obligaciones que para con las provincias ha asumido en el Régimen de Coparticipación, y el cual dado su relevancia institucional, será tratado en el futuro.◆

IV

XIX REUNIÓN CONJUNTA DE LAS ACADEMIAS NACIONALES DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA Y BUENOS AIRES

HOMENAJE AL DOCTOR EDUARDO AGUIRRE OBARRIO

POR GREGORIO BADENI (*)

Expreso mi particular complacencia por la muy feliz idea de rendir este justo homenaje al Doctor Eduardo Aguirre Obarrio. A ese entrañable amigo y distinguido jurista que, en el ejercicio de la presidencia de nuestra Corporación, se había comprometido, con singular entusiasmo a asistir a esta XIX Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.

El 28 de septiembre de 2011, la Providencia le impidió cumplir con su deseo al convocarlo para acompañar a sus maestros e innumerables amigos. A Juan Ramos, Jorge Eduardo Coll, Eusebio Gómez, Alfredo Molinaro, Juan Silva Riestra, Lino Palacio, Carlos Manuel Muñoz, Jorge Aja Espil, Federico Videla Escalada, Víctor Massuh y a tantas otras personalidades ilustres con las cuales compartió los peldaños más elevados del culto a la inteligencia, la sensatez y el honor.

Describir la relevante trayectoria de Aguirre Obarrio a lo largo de su fecunda labor como abogado, docente universitario, publicista y en el ejercicio de la función pública, nos insumiría las dos jornadas que conforman esta Reunión. De modo que haremos una apretada y respetuosa síntesis de su personalidad y de sus antecedentes más destacados, asumiendo el riesgo de omitir muchos de ellos.

(*) Disertación del Académico Presidente, en la XIX Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires, realizada los días 19 y 20 de abril de 2012.

Concluyó sus estudios de abogacía en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. En ella, el 22 de diciembre de 1953, fue aprobada y distinguida su tesis doctoral por un Jurado que integraron Ricardo Levene (h), Horacio Maldonado y Alberto Millán. Su tesis, que fue ponderada por el Jurado, llevó el título de “El Chantaje”. Obra de calidad que, seguramente debido a la autocrítica severa del autor, unida a su sencillez que erradicaba toda muestra de soberbia y vanidad, permaneció inédita hasta el año 2005. Una década antes de su publicación, Lino Palacio decía que resultaba incomprensible que no se difundiera el contenido de tan valiosa obra que tuvo oportunidad de describir públicamente. Se trataba de un producto intelectual gestado en plena juventud del autor, admirable por la agudeza los juicios de conocimiento que contiene, por su claridad y concisión, así como también por ceñirse a un método riguroso y a un sentido de sobriedad infrecuente.

Autor de más de 400 artículos y folletos sobre los más diversos temas que interesan a los estudios del Derecho Penal, en cada uno de ellos se perciben las pinceladas originales de su talento. Asimismo, su lectura permite advertir la presencia de una erudición que, superando el ámbito jurídico, se introduce con comodidad en las áreas propias de la literatura, la sociología, la política, la filosofía y la historia. Cada comentario, cada reflexión, cada juicio de Aguirre Obarrio revelaban una particular versación forjada por el conocimiento de tales enfoques.

Al margen de “El Chantaje”, corresponde recordar la faena intelectual que abordó, con su usual entusiasmo, al actualizar la obra de Juan Ramos, “Los delitos contra el honor”, publicada por Abeledo Perrot en 1957, y muy especialmente, los tres tomos de la obra de su maestro Alfredo Molinario, “Los delitos”, publicada por TEA entre 1966 y 1969.

Precisamente, junto a Alfredo Molinario y bajo su guía, comenzó a desenvolver su descollante trayectoria en el arte de abogar que, de modo ininterrumpido, se extendió hasta el fin de su vida.

Como abogado Aguirre Obarrio no fue un teórico. No sucumbió a la tentación, tan frecuente entre algunos intelectuales, de encerrarse en una campana de cristal para generar sus elucubraciones teóricas que nos presentan como verdades indiscutibles. Con una visión esencialmente realista y práctica, propiciaba más que ceñirnos a las concepciones teóricas, preocuparnos por las consecuencias que deparan sus aplicaciones.

Ese realismo fue el factor que lo abstuvo de adscribirse a ciertas manifestaciones de la Escuela Clásica del Derecho Penal que cultivó su eminente bisabuelo, Manuel Obarrio, primer presidente de nuestra Academia. También al positivismo y a la escuela determinista forjada por los seguidores de Augusto Comte. Respetaba las ideas resultantes de estas concepciones, así como también del positivismo crítico en materia penal, pero su realismo y sensatez le impedían encadenarse incondicionalmente con una doctrina penal.

En el ejercicio del arte abogar, y una vez agotada su relación profesional con Molinario, tuvo destacados colaboradores como los doctores Luis María Rizzi y Gonzalo Mugica.

Accedió a la docencia universitaria satisfaciendo una necesidad vital. Tanto su inagotable afán por aprender y comprender, como también el de transmitir sus conocimientos con un estilo coloquial, ameno, tolerante, basado sobre el diálogo y el intercambio de las opiniones más audaces con sus alumnos y colegas. Ese es el recuerdo que guardo de quien fue mi inolvidable profesor de Derecho Penal hace 50 años, y justamente reconocido como Maestro de Maestros del Derecho Penal.

En la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires accedió, en 1960, al cargo de Profesor Adjunto, y en 1970 al de Profesor Titular de Derecho Penal II, ambos por concurso. En ella, también dictó cursos de doctorado, y lo propio hizo en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina, donde también tuvo a su cargo la Cátedra de Derecho Penal II desde 1965.

Figura consular del Derecho Penal Argentino, su presencia fue requerida para presidir diversas entidades. Entre otras, la Sección Argentina de la Comisión Redactora del Proyecto de Código Penal Tipo para Latinoamérica; de la Sociedad de Abogados Penalistas. Fundador de la Rama Argentina de la Asociación Internacional de Derecho Penal, integró varias comisiones a las cuales se les encomendó la elaboración de anteproyectos de reformas a la legislación penal, aunque justo es reconocer que su participación en ellas siempre estuvo presidida por su prudencia y realismo. Por tal razón siempre estuvo en desacuerdo con proponer reformas innecesarias aunque estuvieran avaladas por la moda penal o aquellas que estaban desprovistas de un sentido práctico y acorde con la sensatez.

Su cautivante personalidad y su inagotable labor merecieron el reconocimiento de las más variadas asociaciones. Recuerdo que, en la última década, obtuvo en el año 2005 el Premio Justicia otorgado por la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales; en 2006 el Premio Konex; en 2010 el Premio Security a la trayectoria jurídica relevante. Ese año también fue distinguido por el Rotary Club de Buenos Aires con el “Laurel de Plata”, y al año siguiente con el Premio Trasandino que, cada dos años, es concedido por los clubes rotarios de Santiago de Chile y Buenos Aires a la personalidad que más se distinguió durante ese lapso como figura emblemática representativa de los nobles ideales rotarios.

Aguirre Obarrio se incorporó a nuestra Academia en 1993. Fue propuesto por los académicos Alberto Rodríguez Galán, Horacio García Belsunce, Jaime Luis Anaya y Lino Enrique Palacio, para la cobertura de la vacante producida por el fallecimiento de Manuel María Diez en el sitial patrocinado por José Figueroa Alcorta. Su conferencia de incorporación fue “Pre-ludio a la Seguridad Jurídica”.

Los académicos consideraron que su nombramiento se imponía porque, al margen de sus innegables conocimientos jurídicos y de su sabiduría que comportaban la dignidad intelectual propia de un académico, se añadía la dignidad en la vida. Como destaca Horacio García Belsunce, el académico debe ser ejemplo de virtud y actuar siempre con señorío. En síntesis, para ser académico, no basta el saber científico si está desprovisto de atributos humanos honorables. El cabal cumplimiento de tales condiciones, determinó que Aguirre Obarrio fuera elegido Presidente de nuestra Corporación, habiendo ejercido el cargo con particular excelencia entre 2009 y 2011.

En la función pública Aguirre Obarrio se desempeñó como Asesor General del Ministerio del Interior y Subdirector General de Provincias (1955/1957); Subsecretario de Defensa (1962); Director de Bloque en la Cámara de Senadores de la Nación (1963/1966); Asesor del Ministerio de Justicia (1967/1970); Subsecretario de Justicia (1970/1971); Ministro de Defensa (1972/1973); Asesor del senador nacional Juan R. Aguirre Lanari (1987/1998).

A su vocación por el derecho, se añadían sus inquietudes literarias, su interés por el deporte y su pasión por la música. Parte importante de su actividad diaria, especialmente la matutina, la dedicaba a ejecutar y com-

poner obras musicales que le brindaban alegría y sosiego a su espíritu. Cuando Arturo Rubinstein interpretó públicamente el “Preludio en La Mayor” de Aguirre Obarrio, fue en reconocimiento de las elevadas cualidades musicales de su amigo. Aguirre Obarrio también se había comprometido a componer la música que debía acompañar algunos poemas de Carlos Muñiz. Su obra quedó inconclusa, aunque fue parcialmente concluida por uno de sus hijos cuando, en diciembre de 2011, tuvimos oportunidad de oírla en el acto de homenaje a Carlos Muñiz y Eduardo Aguirre Obarrio que realizó el CARI.

Su estrecha relación con literatos y artífices del arte, acrecentó la dimensión de su vida interior, que cultivó con entusiasmo y constancia. Prudente por naturaleza, respetuoso de las opiniones adversas, más dispuesto a oír que a hablar, fue firme y claro para defender y aplicar los preceptos que brotaban de su conciencia imbuida por los principios rectores del liberalismo y el realismo, por la libertad, la dignidad y el progreso del ser humano.

Fue ejemplar su culto por la amistad y el honor. Su apego a los valores éticos en la vida cotidiana. Su apego a una conducta que no se compadecía con el exhibicionismo y la frivolidad.

Su autoridad intelectual, su hombría de bien, forjaron una personalidad inolvidable que supo conseguir el respeto de quienes no compartían todos sus puntos de vista en materia jurídica y la admiración de sus amigos y discípulos. Siempre, ante la ingratitud o el agravio contestó con la piedad del perdón o el silencio.

Quienes tuvimos el privilegio de conocer a Aguirre Obarrio; de haber sido sus alumnos en la Facultad de Derecho; de haber sido honrados con su confianza y amistad; de compartir el arte de abogar; de acceder al conocimiento de sus ideas y valores; sabíamos que era uno de los penalistas contemporáneos más importantes del país; uno de los defensores más firmes de la libertad, dignidad y progreso del ser humano; un modelo de honorabilidad, de nobleza y de hombría de bien. Sabíamos, en definitiva, que Aguirre Obarrio era un grande. Pero lo que no sabíamos era cuán grande sería el vacío y el dolor que nos provocó su partida. Vacío y dolor que procuramos atenuar con este justo homenaje. ♦

LA BIOÉTICA EN EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN DE 2012⁽¹⁾

POR AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI (*)

...Huir de lo viejo... Beber lo que viene. Tener alma de proa (2).

Todos vivimos bajo el mismo cielo, pero no todos tenemos el mismo horizonte (3).

No se trata de retomar la ambición del pensamiento simple de controlar y dominar lo real. Se trata de ejercitarse en un pensamiento capaz de tratar de dialogar, de negociar con lo real (4).

(*) Disertación pronunciada por la Académica los días 19 y 20 de abril de 2012. Con posterioridad, el 28/11/2012, la Corte I.D.H. emitió la decisión en el caso Artavia c/ Costa Rica que coincide con la solución a la que se hace referencia en el punto 4.3.a de este trabajo (ver especialmente pág. 397).

(1) Aclaro que las normas que se transcriben en este artículo han sido extraídas del anteproyecto que la Comisión redactora presentó al Poder Ejecutivo Nacional. Obviamente, el Congreso tiene atribuciones para cambiar estos textos si decide aprobar el anteproyecto en general.

Agradezco a Marisa Herrera y Eleonora Lamm, personas extraordinarias, que tanto colaboraron durante el período de redacción del anteproyecto de Código Civil, la lectura de este trabajo, sus comentarios y acertadas observaciones.

(2) GÜIRALDES, Ricardo, poema "Viajar", 1914.

(3) KONRAD Adenauer, cit. por FRENI, Fortunato, *La laicità nel biodiritto. Le questioni bioetiche nel nuovo incidere interculturale della giuridicità*, Milano, ed. Giuffrè, 2012.

(4) MORIN, Edgar, *Introducción al pensamiento complejo*, Barcelona, ed. Gedisa, 1990, p. 22.

1. Preliminares. Relaciones entre la Bioética y el Derecho. Límites de estas reflexiones.

La bibliografía sobre las relaciones entre Derecho y Bioética no deja de crecer (5). Más aún, centros muy prestigiosos de estudio de Bioética incluyen en su nombre la palabra Derecho, tal como acontece con el Observatorio de Bioética y Derecho del Parque Científico de Barcelona que funciona en el ámbito de la Universidad de esa ciudad (6).

El reconocimiento de la libertad de la persona para adoptar las decisiones que afectan su salud, su integridad física o su bienestar ha sido uno de los factores que más ha contribuido al aumento del número de normas jurídicas relativas a temas de “la vida” (*bio*). Esta valoración de la libertad individual también ha cambiado el punto central de la construcción de la Bioética: en sus comienzos, la Bioética fue un instrumento para uso del *profesional* que debe adoptar decisiones; hoy sirve a *cada persona* implicada en ese proceso. Esa decisión compleja, que comprende a una

(5) Resulta imposible resumir en un artículo de estas características los principales contenidos de esos libros, artículos, comentarios a decisiones judiciales. Creo, en cambio, que las extensas notas al pie incluidas pueden guiar al lector hacia las principales fuentes de información para profundizar los temas que se abordan en el texto, aunque en muchas ocasiones yo no comparto la posición de los autores mencionados. Para las relaciones, en general, entre Bioética y Derecho ver, especialmente, CASADO, María, *Las leyes de la bioética*, Barcelona, Ed. Gedisa, 2004; CASADO, María (Compiladora) *Nuevos materiales de bioética y derecho*, México, Ed. Fontamara, 2007; BERGEL, Salvador y MINYERSKY, Nelly (coordinadores) *Bioética y derecho*, Sta. Fe, Ed. Rubinzal, 2003; BLAZQUEZ RUIZ, Francisco J., *Bioética y derecho*, Pamplona, Ed. Eunate, 2009; MARTIN MATEO, Ramón, *Bioética y derecho*, Barcelona, Ed. Ariel, 1987; LABRUSSE-RIOU, Catherine (sous la direction de), *Le droit saisi par la biologie*, Paris, Ed. LGDJ, 1996; CHIEFFI, L. e GIUSTINIANI, P. (a cura di), *Percorsi tra bioetica e diritto. Alla ricerca de un bilanciamento*, Torino, Ed. Giappichelli, 2010; BUSNELLI, Francesco D., *Bioetica e diritto privato. Frammenti di un dizionario*, Torino, Ed. Giappichelli, 2001; BORSELLINO, Patrizia, *Bioetica tra “moralì” e diritto*, Milano, Ed. Raffaello Cortina, 2009; BROEKMAN, Jan, *Bioética con rasgos jurídicos*, trad. Hans Lindahl, Madrid, Ed. Dilex, 1998; FRENI, Fortunato, *La laicità nel biodiritto. Le questioni bioetiche nel nuovo incedere interculturale della giuridicità*, Milano, Ed. Giuffrè, 2012.

(6) La actividad de este Centro de Estudios y sus publicaciones pueden compulsarse en <http://www.bioeticayderecho.ub.es>.

pluralidad de sujetos, indudablemente, ha otorgado al Derecho, un gran protagonismo (7).

El punto de partida de muchos autores que reflexionan sobre temas bioéticos es la teoría general de los Derechos Humanos (8) y los documentos internacionales que la concretan como, por ej., la Declaración Universal de la Unesco sobre el genoma humano y los derechos del hombre; la Declaración universal sobre la bioética y los derechos del hombre, etc. El objetivo de las Naciones Unidas es que estas declaraciones sirvan de guía a los Estados en la formulación de leyes, políticas u otros instrumentos en el ámbito de la bioética; siendo así, el vínculo necesario entre Bioética y Derecho se deduce fácilmente (9).

(7) GOMEZ SANCHEZ, Yolanda, Los principios de autonomía, igualdad y no discriminación en la Declaración Universal sobre bioética y derechos humanos, en GROS ESPIELL, Héctor y GOMEZ SANCHEZ, Yolanda (coord.), La declaración Universal sobre bioética y derechos Humanos de la Unesco, Granada, Comares, 2006, p. 279.

(8) Entre otros, BYK, Christian (sous la direction de), Bioéthique et Droit International. Autour de la déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme, Paris, Ed. Litec, 2007; BALDINI, Vincenzo (a cura di), Diritti della persona e problematiche fondamentali. Dalla bioetica al diritto costituzionale, Torino, Ed. Giappichelli, 2004; BOMPIANI, Adriano y otros, Bioetica e Diritti dell'uomo nella prospettiva del diritto internazionale e comunitario, Torino, Ed. Giappichelli, 2001; BOMPIANI, Adriano, Diritti umani e biomedicina. Genesi della convenzione di Oviedo e dei Protocolli, Roma, Ed. Studium, 2009; MARINI, Luca, Il diritto internazionale e comunitario della bioetica, Torino, Ed. Giappichelli, 2006; HEYMANN-DOAT, Arlette, (sous la direction), Génétique & Droit de l'homme, Paris, L'Harmattan, 1999; BLAZQUEZ RUIZ, Derechos humanos y proyecto genoma, Madrid, Ed. Comares, 1999; CASADO, María (coordinadora) Sobre la dignidad y los principios. Análisis de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la Unesco, Madrid, Ed. Thomson Reuters, 2009; GROS ESPIELL, Héctor y GOMEZ SANCHEZ, Yolanda (coord.), La declaración Universal sobre bioética y derechos Humanos de la Unesco, Granada, Comares, 2006; RUIZ DE LA CUESTA, Antonio (coord.), Bioética y derechos humanos. Implicaciones sociales y jurídicas, Sevilla, Ed. Universidad de Sevilla, 2005; HOOFT, Pedro, Bioética y derechos humanos. Temas y casos, 2ª ed., Bs. As., Lexis Nexis, 2004; VIDELA, Mirta, Los derechos humanos en la bioética, Bs. As., Ed. Ad Hoc, 1999.

(9) CASADO, María, Bioética y Derecho, en GROS ESPIELL, Héctor y GOMEZ SANCHEZ, Yolanda (coord.), La declaración Universal sobre bioética y derechos Humanos de la Unesco, Granada, Comares, 2006, p. 29.

Este punto inicial, que comparto, tiene el problema de la complejidad ínsita en la internacionalización y regionalización de los Derechos Humanos, pero su realismo se prueba fácilmente por el solo hecho de constatar la gran cantidad de temas bioéticos que llegan al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (de aquí en adelante TEDH) (10), prestigioso organismo que se ha pronunciado sobre cuestiones relevantes como la de la personalidad antes del nacimiento (por ej., *Vo c. France*, 8/7/2004); el derecho a la vida familiar y a tener un hijo por los métodos de la reproducción humana asistida (*Dickson c. Reino Unido*, 4/12/2007; *S. H. y otros c. Austria*, 01/04/2010); la revocabilidad del consentimiento en la reproducción humana asistida (*Evans c. Reino Unido*, Evans 7/3/2006, confirmado 10/4/2007); la maternidad anónima (*Odièvre c. France*, 13/2/2003); el derecho a la identidad de los transexuales (desde *B. c. France*, 22/3/1992, que incluyó el tema en el derecho a la vida íntima, hasta *Goodwin c. Reino Unido*, 11/7/2002, que reconoció el derecho a celebrar matrimonio), la eutanasia (*Pretty c. Reino Unido*, 29/4/2002), el derecho a la interrupción del embarazo en forma segura (*Tysiack c. Polonia*, 20/03/2007), el respeto por el destino de los restos mortales de una persona (*X c. RFA*, 10/3/1981), y tantos otros temas.

En palabras de Jacques Chirac, en su momento presidente de Francia, al parecer, también en este ámbito, los Derechos Humanos nos llevan a la *mundialización civilizada*.

Algunos autores conducen las relaciones entre Derecho y Bioética por sendas que, de algún modo, estrechan el campo bioético. Así como en un momento comenzó a hablarse de Biomedicina, hoy se escribe sobre el *Bioderecho*, o la *Biojurídica*.

¿Qué implicancias tiene este avance terminológico? Podría alegarse que así como la Ética no es lo mismo que el Derecho, la Bioética no es lo mismo que el Bioderecho; éste serviría para poner límites, para establecer qué se puede hacer y qué no, y de este modo tendría a su cargo imponer normas mínimas de convivencia social, con fundamento prioritariamente

(10) Ver DE STEFANI, Paolo, Dimensioni del biodiritto nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti umani. Aspetti penalistici, in RODOTÀ, Stefano e TALLACHINI, M., Ambito e fonti del biodiritto, Milano, Ed. Giuffrè, 2010, p. 657; LEVINET, Michel, La notion d'autonomie personnelle dans la jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l'Homme, Rev. Droit N° 49, 2009 p. 3.

te filosófico (11). Algunos avanzan en la especialización y analizan en paralelo la llamada “neurociencia” y el “neuroderecho” (12), la Genética y el Derecho genético (13), la Política y la “Biopolítica” (14), etc.

No creo necesaria esa disociación. Pienso, con muchos autores, que la Bioética hoy cumple una misión diferente a la que animó su aparición; como dije, no se trata sólo de crear y articular normas éticas de comportamiento de los operadores biomédicos y de los investigadores, sino de hacer la labor previa, es decir, llevar a cabo la deliberación para el logro del denominado “consenso bioético” que sirva para la elaboración de normas jurídicas, tanto a nivel nacional como supranacional (15).

En definitiva, aunque los términos Bioderecho y Biojurídica son discutibles (16) y tienen potencialidad expansiva, no son peligrosos si son usados como mero vehículo lingüístico que sirve para designar, de modo sintético, el “espacio de intersección y encuentro que se produce al con-

(11) Palazzani, Laura, *Il concetto di persona tra bioetica e diritto*, Torino, Giappichelli, 1996, p. 12.

(12) PICOZZA, Eugenio ed altri, *Neurodiritto. Una introduzione*, Torino, Ed. Giappichelli, 2011; TAFARO, Laura, *Neuroscienze e diritto del futuro: il neurodiritto*, en TATARANO, G., e PERCHINUNNO, R., *Studi in memoria di Giuseppe Panza*, Napoli, Ed. Scientifiche Italiane, 2010, p. 687.

(13) VARSÌ ROSPIGLIOSI, Enrique, *Derecho genético*, 4ª ed., Lima, Ed. Grijley, 2001.

(14) D'AGOSTINO, Francesco, *Bioetica e biopolitica. Ventuno voci fondamentali*, Torino, Ed. Giappichelli, 2011; MORI, Maurizio, *Biodiritto e pluralismo dei valori*, en RODOTÀ, Stefano y TALLACHINI, M., *Ambito e fonti del biodiritto*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 445.

(15) GOMEZ SANCHEZ, Yolanda, *Los principios de autonomía, igualdad y no discriminación en la Declaración Universal sobre bioética y derechos humanos*, en GROS ESPIELL, Héctor y GOMEZ SANCHEZ, Yolanda (coord.), *La declaración Universal sobre bioética y derechos Humanos de la Unesco*, Granada, Comares, 2006, p. 281.

(16) Un autor francés sostiene que el término fue rápidamente aceptado por el dogmatismo religioso (BAUD, Jean Pierre, *Le droit de vie et de mort. Archéologie de la bioéthique*, Paris, Aubier, 2001, p. 7). Ver las prevenciones contra el término de los directores, Stefano RODOTÀ y Paolo ZATTI, en la presentación de su extraordinario *Trattato di biodiritto* (Milano, Giuffrè, 2011) (seis volúmenes). En las notas sucesivas cito esta obra por el título de cada volumen.

verger el desarrollo biotecnológico, la reflexión bioética y el razonamiento jurídico” (17), alertando, además, que tal bioderecho no debe ser una simple rama más del derecho, sino expresar una nueva forma de pensar lo jurídico, con vasos comunicantes con la bioética” (18).

De cualquier modo, como bien se ha señalado, el “*descubrimiento*” de la vida (*bio*) por parte del Derecho no revela una laguna ni una desatención del pasado; nace de un hecho nuevo, de la revolución científica que, entre sus muchos efectos, ha hecho posible que la persona elija libremente en aspectos sobre los cuales antes existía un límite aparentemente “natural”, por lo que la presencia del Derecho era impensable e insensata. “No se trata pues del clásico problema de la tensión entre regla jurídica y cambio social, económico, cultural que exige actualización de la disciplina y adecuación de las categorías y técnicas jurídicas; por el contrario, estamos frente a una transformación del objeto mismo de la actividad jurídica, la vida; quizás, se trate, incluso de un salto antropológico; por eso, la norma se extiende a áreas que antes le resultaban extrañas” (19).

A nadie le llama la atención que hoy se diga: “los jueces deben estar comunicados con los científicos” (20).

(17) KEMP, P., *Le discours bioéthique*, Paris, Les éditions du cerf, 2004, ps. 13 y ss.; ROMEO CASABONA, Carlos M. (Director), *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, Granada, Universidad de Deusto, 2011 (dos volúmenes); RODOTÀ, Stefano e ZATTI, Paolo, *Trattato di biodiritto*, Milano, Giuffrè, 2011 (6 volúmenes); PALAZZANI, Laura, *Introduzione alla biogiuridica*, Torino, Giappichelli, 2002; STANZIONE, Pasquale, *Biodiritto, postumano e diritti fondamentali*, en A.V. *Studi in memoria di Bruno Carboni*, Napoli, Ed. Scientifiche Italiane, 2010, p. 1061; DI ROSA, Giovanni, *Biodiritto. Itinerari di ricerca*, Torino, Giappichelli, 2009; CASONATO, Carlo e altri (a cura di) *Forum Biodiritto 2008. Percorsi a confronto*, Padova, Cedam, 2009; CASONATO, Carlo, *Introduzione al biodiritto. La bioetica nel diritto costituzionale comparato*, Trento, Ed. Università degli studi di Trento, 2006; JUNQUERA DE ESTEFANI, Rafael (director), *Bioética y bioderecho. Reflexiones jurídicas ante los retos bioéticos*, Granada, Comares, 2008; BLANCO, Luis G., (compilador) *Bioética y bioderecho. Cuestiones actuales*, Bs., As., Universidad, 2002;

(18) HOOFT, Pedro, *Bioética y derechos humanos. Temas y casos*, 2ª ed., Bs. As., Lexis Nexis, 2004, p. 23.

(19) RODOTÀ, Stefano e Tallachini, M., *Introduzione*, en RODOTÀ, Stefano e TALLACHINI, M., *Ambito e fonti del biodiritto*, Milano, Giuffrè, 2010, p. XLIII.

(20) SANTOSUOSSO, A. e REDI, C.A., *Scienza e giudici in dialogo: un'esperienza*, en RODOTÀ, Stefano e TALLACHINI, M., *Ambito e fonti del biodiritto*,

Por lo tanto, tampoco debe sorprender que el contenido de varios artículos del anteproyecto de código civil de 2012 tenga vínculos con la bioética (21).

Los textos pretenden ser breves, claros, comprensibles para el hombre común, destinatario de las normas, y fijar sólo los grandes lineamientos; de este modo, se contrarresta la afirmación generalizada según la cual la normativización es excesiva, copiosa, y escasamente internalizada, tanto por la sociedad como por los mismos juristas.

Están en un anteproyecto de código civil, porque como bien se ha dicho, “frente a los conflictos, es importante tomar en consideración la existencia de alternativas distintas a la tipificación penal de determinadas conductas, pues dentro del propio sistema jurídico existe un amplio abanico de formas de regular. El derecho moderno tiene a su alcance diversas técnicas que le permiten ejercer su función de control social a través de un entramado de medidas diversas, unas de carácter previo, otras sucesivas, unas represivas, otras promocionales. Solo mediante la acción combinada de todas es posible asumir los retos que los presentes cambios representan” (22).

Como es sabido, la bioética es una disciplina en expansión. Si bien surge en EEUU con temas médicos, con el tiempo, se fue extendiendo a otros campos. Hoy se ocupa de todos aquellos conflictos éticos que tienen que ver con la vida, con la supervivencia y con la calidad de vida,

Milano, Giuffrè, 2010, p. 771; FUSCO, Mauro, La bioetica italiana tra l'incudine della politica ed il martello della magistratura, en CHIEFFI, L. e GIUSTINIANI, P. (a cura di), Percorsi tra bioetica e diritto. Alla ricerca de un bilanciamento, Torino, Giappichelli, 2010, p. 37.

(21) Modernos códigos de América Latina han seguido el mismo criterio; por ej., el código peruano de 1984 (Para estas normas, ver SIVERINO BAVIO, Paula, A propósito del derecho a la disposición del propio cuerpo. Un análisis desde el ordenamiento jurídico peruano, en Rev. de Derecho de Familia y de las Personas, año 3, n° 5, Junio 2011, p. 214 y ss.).

(22) CASADO, María, Bioética y Derecho, en GROS ESPIELL, Héctor y GOMEZ SANCHEZ, Yolanda (coord.), La declaración Universal sobre bioética y derechos Humanos de la Unesco, Granada, Comares, 2006, p. 32; de la misma autora, ¿Por qué bioética y derecho?, Acta bioética. Año VIII, Núm. 2. 2002, disponible en <http://www.scielo.cl/pdf/abioeth/v8n2/art03.pdf>. Compulsado el 11/12/2011.

por lo que abarca, por ejemplo, los problemas relacionados con el medio ambiente (23).

Resulta, pues, imposible abordar todos los artículos del anteproyecto que tienen vínculos con la bioética. Aclaro desde el inicio que, por la extensión que merece su tratamiento, no analizo la cuestión de la filiación por las técnicas de reproducción humana asistida, sin perjuicio de alguna referencia incidental. Tampoco pretendo un análisis exegético de los textos, sino sólo dar las razones de su incorporación a la normativa.

2. Un punto de partida referido el método de la reflexión bioética

Coincido con aquellos que sostienen que, metodológicamente, la reflexión bioética se caracteriza por ser:

a) *Dialógica*: “La bioética ha venido a significar la aplicación del diálogo a los asuntos humanos” (24); de allí que el acercamiento a las soluciones razonables debe ser entendido como un proceso abierto, un descubrimiento progresivo (25).

Ese proceso debe tener por base sustancial el *conocimiento* y no los dogmas ni las meras ideologías. Dice Kelsen: “La ideología encubre la realidad, sea transfigurándola para defenderla y asegurar su conservación, sea desfigurándola para atacarla, destruirla y remplazarla por otra. Todas las ideologías emanan de la voluntad, no del conocimiento. Su existencia está librada a ciertos intereses o, más exactamente, a intereses diversos del de la verdad, cualquiera sea, por otra parte, su importancia o valor. Pero el conocimiento concluirá siempre por desgarrar los velos con los cuales la voluntad envuelve las cosas” (26).

(23) GONZALEZ ARNATZ, Graciano, Bioética: saber y preocupación, en Junquera de ESTEFANI, Rafael (director), Bioética y bioderecho. Reflexiones jurídicas ante los retos bioéticos, Granada, Comares, 2008, p. 6.

(24) LOLAS STEPKE, Fernando, La bioética como filosofía social en la formulación de políticas públicas, en Estudios de Derecho privado. Libro homenaje al profesor Gonzalo Figueroa Yáñez, Santiago, Jurídica de Chile, 2008, p. 607.

(25) BLAZQUEZ RUIZ, Francisco J., Bioética y derecho, Pamplona, Eunate, 2009, p. 28.

(26) KELSEN, Hans, Teoría pura del derecho, trad. Moisés Nilve, 3ª ed., Bs. As., Eudeba, 1963, p. 64.

(b) *Interdisciplinaria*: la realidad humana es manifiestamente dinámica, poliédrica, compleja y presenta múltiples aristas; por eso, el enfoque racional de esa realidad requiere un abordaje desde los distintos saberes, no unidimensional ni uniforme.

(c) *Plural*: en el mundo de lo humano, igual que en el de la naturaleza (vegetal o animal), la diversidad es fecunda y enriquecedora; ignorarla es claramente empobrecedora y perniciosa para el conocimiento y el proceso de toma de decisiones.

(d) *Democrática*: la bioética es un ámbito de la ética para la discusión pública, en el sentido que indaga las relaciones entre individuos e instituciones y las decisiones colectivas en materia de salud, enfermedades, vida y muerte; incluye, pues las reflexiones sobre las opciones y sus resultados (27). Por eso, uno de sus roles es abrir nuevos espacios y caminos para la discusión y el acuerdo, con el fin de facilitar la correspondiente toma de decisión normativa en un contexto socio cultural cada vez menos homogéneo, más multicultural, tolerante, secularizado y pluralista (28).

De allí que la complejidad sea la nota dominante, y el disenso inicial debe ser entendido como un valor, ya que de otro modo, el acuerdo sin debate podría inducir a pensar que el consenso se obtuvo de modo sospechoso, como sucede a veces en el ámbito político con algunos acuerdos en sede parlamentaria (29).

Por otro lado, como dice María Casado (30), los planteamientos ante las biotecnologías, individuales o sociales, oscilan entre la confianza extrema en el progreso científico y la absoluta desconfianza por lo que, frecuente-

(27) SALA, Roberta, *Etica pubblica e biodiritto*, en RODOTÀ, Stefano e TALLACHINI, M., *Ambito e fonti del biodiritto*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 125.

(28) VALLS, Ramón: *Etica para la bioética, y a ratos para la política*, Gedisa, Barcelona, 2003.

(29) BLAZQUEZ RUIZ, Francisco J., *Bioética y derecho*, Pamplona, Eunate, 2009, p. 28.

(30) CASADO, María, *Bioética y Derecho*, en GROS ESPIELL, Héctor y GOMEZ SANCHEZ, Yolanda (coord.), *La declaración Universal sobre bioética y derechos Humanos de la Unesco*, Granada, Comares, 2006, p. 32; de la misma autora, ¿Por qué bioética y derecho?, *Acta bioética*. Año VIII, Núm. 2. 2002, disponible en <http://www.scielo.cl/pdf/abioeth/v8n2/art03.pdf>. Compulsado el 11/12/2011.

mente, las cuestiones se plantean como conflictos de absolutos. Esta es la actitud que hay que evitar.

No desconozco las diferentes posiciones sobre las relaciones entre ciencia, sociedad y democracia (31); solo señalo que, en mi opinión, *democracia* no se identifica con “poder político de turno”, aunque esté apoyado por las grandes mayorías circunstanciales; mucho menos, con el poder económico. Nada mejor que transcribir a Kelsen: “El primado de la voluntad sobre el conocimiento tiene como consecuencia la de que sólo puede pasar por verdadero lo que es bueno; pero lo que es bueno, nadie puede decirlo sino la autoridad estatal, a la que han de someterse no sólo la voluntad, sino la razón y la fe de los súbditos; de manera que quien osa resistir a esa autoridad, no sólo delinque, sino que, además, incurre en error” (32). “Si desaparece la creencia en la posibilidad de una ciencia libre de los intereses del poder político y, por tanto, digna de la libertad, o si el ideal de la objetividad del conocimiento cede el puesto a otros ideales, se inicia el viraje hacia una actitud espiritual favorable a la autocracia. Un movimiento semejante suele ir de la mano con la alta estima concedida al irracionalismo y el consiguiente menosprecio de lo racional” (33).

Por último, pero no menos importante, hay que recordar que un Estado democrático no obliga a nadie a poner en práctica una de las tantas posibilidades jurídicas; precisamente, por ser una democracia, cada persona puede actuar de acuerdo con sus convicciones morales, laicas o religiosas (34).

Este carácter del diálogo no impide que estas cuestiones perturben y dividan a los tribunales constitucionales de los Estados liberales demo-

(31) Ver HOTTOIS, Gilbert, *Science, société, démocratie*, en RODOTÀ, S. e TALLACCHINI, M., *Ambito e fonti del biodiritto*, Milano, Giuffrè, 2011, ps. 79 y ss. El autor analiza estas vinculaciones según las ideas de Francis Bacon, Jürgen Habermas, Hans Jonas, Gilbert Simondon y Hugo Engelhardt.

(32) KELSEN, Hans, *Esencia y valor de la democracia*, Granada, Comares, 2002, p. 116.

(33) KELSEN, Hans, *Esencia y valor de la democracia*, Granada, Comares, 2002, p. 117.

(34) MARTINEZ SAMPERE, Eva, *El derecho de la mujer a decidir su maternidad*, en Ruiz de la Cuesta, Antonio (coord.), *Bioética y derechos humanos. Implicaciones sociales y jurídicas*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 2005, p. 274.

cráticos. “Las presiones de los antagonistas políticos, el interés de la opinión pública, la atención de los medios de comunicación, los conflictos de conciencia son solo algunos de los diversos factores que determinan esta perturbación; si a todo esto se suma el peso de los *lobbies* que, en diverso modo pueden condicionar la actividad del juez, el cuadro muestra la extrema dificultad que distingue la formación de la decisión judicial en la materia” (35).

3. Los principios generales mencionados en los fundamentos o exposición de motivos del anteproyecto vinculados al tema bioético

Los fundamentos que acompañan al anteproyecto de código civil enumeran los siguientes principios generales que lo estructuran, íntimamente vinculados a estas reflexiones:

“(a) *Constitucionalización del derecho privado*. La mayoría de los códigos existentes se basan en una división tajante entre el derecho público y privado. El anteproyecto, en cambio, toma muy en cuenta los tratados en general, en particular los de Derechos Humanos, y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad. En este aspecto innova profundamente al aceptar la constitucionalización del derecho privado, y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina. Esta decisión se ve claramente en casi todos los campos, en especial, la protección de la persona humana a través de los derechos fundamentales. Puede afirmarse que existe una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado.

(b) *Código de la igualdad real*. Los textos vigentes regulan los derechos de los ciudadanos sobre la base de una igualdad abstracta, asumiendo la neutralidad respecto de las asignaciones previas del mercado. El anteproyecto busca la igualdad real, y desarrolla una serie de normas orientadas a plasmar una verdadera ética de los vulnerables.

(35) D'AMICO, Giacomo, *Tecniche argomentative e questioni scientifiche controverse in materia di Biodiritto: US Supreme Court e Corte Costituzionale a confronto*, en CASONATO, Carlo e altri (a cura di) *Forum Biodiritto* 2008. *Percorsi a confronto*, Padova, Cedam, 2009, p. 7; para la jurisprudencia norteamericana ver también BARON, Charles, *Droit constitutionnel et Bioéthique. L'expérience américaine*, Aix en Provence, Economica, 1997.

(c) *El paradigma no discriminatorio*. En la tradición histórica, el sujeto del derecho privado ha sido el hombre, en abstracto. Se ha cambiado este paradigma para concebirlo en términos igualitarios, sin discriminaciones basadas en el sexo, la religión, el origen o su riqueza. En los textos proyectados aparecen la mujer, el niño, las personas con capacidades diferentes, el consumidor, las comunidades originarias, y muchos otros que no habían tenido una recepción sistemática hasta el momento.

(d) *Los bienes*. La mayoría de los códigos decimonónicos han quedado desactualizados. En efecto, aparecieron bienes que, siendo de la persona, no tienen un valor económico, aunque sí una utilidad, como sucede con el cuerpo, órganos, genes, etcétera.

(e) *La sociedad multicultural*. En materia de familia se han adoptado decisiones importantes a fin de dar un marco regulatorio a una serie de conductas sociales que no se pueden ignorar. En ese sentido, se incorporan normas relativas a la filiación que tienen en cuenta la reproducción humana asistida; en el régimen legal de las personas menores de edad también se receptan muchas novedades como consecuencia de los tratados internacionales; en materia de matrimonio, se regulan los efectos del sistema igualitario ya receptado por el legislador y la posibilidad de optar por un régimen patrimonial; también se regulan las uniones convivenciales, fenómeno social cada vez más frecuente en la Argentina. Ello no significa promover determinadas conductas o una decisión valorativa respecto de algunas de ellas. De lo que se trata es de regular una serie de opciones de vidas propias de una sociedad pluralista, en la que conviven diferentes visiones que el legislador no puede desatender.

4. El comienzo de la persona

4.1. El articulado

Artículo 19.— Comienzo de la existencia. *La existencia de la persona humana comienza con la concepción en el seno materno. En el caso de técnicas de reproducción humana asistida, comienza con la implantación del embrión en la mujer, sin perjuicio de lo que prevea la ley especial para la protección del embrión no implantado.*

4.2. Los fundamentos

Se lee en los fundamentos que acompañan al anteproyecto:

“El Libro Primero se abre con la regulación de la persona humana; ella es, conforme a la doctrina judicial de la Corte Federal, la figura central del derecho. En seguimiento del Proyecto de 1998, que tanta influencia tiene en este Anteproyecto, se utiliza la denominación ‘persona humana’ y se elimina la definición del artículo 30 del Código Civil vigente.

Es importante señalar que, dentro de un Código Civil, la persona es regulada a los fines de establecer los efectos jurídicos que tienen fuente en esa personalidad, tanto en el orden patrimonial como extrapatrimonial en el ordenamiento civil, sin ingresar en otros ámbitos, como puede ser el derecho penal, conducido por otros principios. Desde esa perspectiva, el anteproyecto no varía el estatus legal del comienzo de la persona, en tanto se reconocen efectos desde la concepción en el seno materno, como ocurre en el derecho vigente, a punto tal, que se ha conservado hasta su antigua terminología. Conforme con la regulación de la filiación por técnicas de reproducción humana asistida, el anteproyecto agrega los efectos para el caso del embrión implantado en el cuerpo de la mujer; en este sentido, se tiene en cuenta que, según el estado actual de las técnicas de reproducción humana asistida, no existe posibilidad de desarrollo de un embrión fuera del cuerpo de la mujer. Esta posición en el código civil no significa que los embriones no implantados no tengan protección alguna, sino que, tal como sucede en el derecho comparado, corresponde que esta importantísima cuestión sea regulada en leyes especiales que, incluso, prevean su revisión periódica, dado el permanente avance científico en la materia”.

4.3. Explicaciones adicionales

Un distinguido académico, el Dr. Julio César Rivera, en una entrevista radial, ha sostenido que este artículo no satisface a nadie: ni a los conservadores, que pretenden que haya persona desde el momento de la concepción extrauterina, ni a los que defienden la autonomía de la mujer sobre su propio cuerpo, puesto que el artículo pone una valla muy significativa a la despenalización del aborto.

Ambas críticas están respondidas en los fundamentos antes reproducidos. No obstante, es necesario hacer algunas aclaraciones suplementarias.

a) La distinción entre el embrión implantado y no implantado

La distinción entre embriones criopreservados e implantados en la mujer, aceptada por la mayoría de las leyes de los países que regulan la materia (por ej., España, Inglaterra, Finlandia, Suecia, Bélgica, República Checa, Suiza, etc.)⁽³⁶⁾ es de toda lógica: los segundos tienen viabilidad para desarrollarse; o sea, en las condiciones oportunas para su evolución, su tendencia o destino natural es convertirse en fetos y en individuos neonatos tras el nacimiento; los criopreservados, sin tal transferencia, no tienen esa posibilidad, al menos en el estado actual de la ciencia. Por eso, no hay discriminación jurídica, desde que es doctrina consolidada de la Corte Suprema de la Nación que no se incurre en un trato discriminatorio cuando se regula de manera distinta situaciones disímiles.

Por otro lado, independientemente de que la concepción es hoy una noción científicamente discutida en razón de que no se produce en un momento determinado, jurídicamente genera una serie de consecuencias relevantes, como son el cómputo de los plazos a los fines del derecho sucesorio, el derecho a solicitar alimentos, etc.; todos esos efectos son impensables, como regla, respecto de embriones criopreservados en un laboratorio.

Si el tema se visualiza desde la perspectiva penal, es indudable que la normativa contenida en el código penal presupone una mujer embarazada; en otras palabras, en la legislación argentina, los embriones *in vitro*, no gozan de protección penal.

La conclusión según la cual en el embrión hay vida pero *no existe persona humana como titular de derechos* es la aceptada por la gran mayoría de los profesionales de la salud que se dedican a esta práctica médica en la Argentina, tal como surge de la encuesta realizada durante el Simposio que tuvo lugar en Bs As., en abril del 2011, organizado por la Sociedad Argentina de Andrología, la Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva y la red Latinoamericana de Reproducción Asistida, en el que se consultó,

(36) FIGUEROA YAÑEZ, Gonzalo, El comienzo de la vida humana: el embrión como persona y como sujeto de derechos, en BERGEL, S. y MINYERSKY, N. (coordinadores) Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2003, p. 283; JUNQUERA DE ESTEFANI, Rafael, Respuestas jurídicas ante la congelación de gametos y embriones, en JUNQUERA DE ESTEFANI, Rafael (director), Bioética y bioderecho. Reflexiones jurídicas ante los retos bioéticos, Granada, Comares, 2008, p. 247.

de manera anónima, a 80 reproductólogos del país, es decir, a profesionales de la medicina que trabajan en este área (37).

Hay que hablar sin eufemismos; decir que los embriones *in vitro* son personas implica prohibir la técnica de la criopreservación, cuya consecuencia directa es eliminar la práctica, pues el efecto necesario es que los embriones no se pueden usar en un segundo intento, lo que supone que hay que implantarlos todos de una vez, con grave riesgo para la salud de la madre. Recuérdese que el 15/3/2000, la Sala constitucional de Costa Rica declaró la inconstitucionalidad del decreto del 3/2/1995 emanado del presidente de la Nación. Entre otras razones, sostuvo que esa práctica supone una elevada pérdida de embriones sobrantes, incompatible con el derecho a la vida de esos embriones. Esa decisión se encuentra cuestionada ante la Corte Interamericana de Costa Rica, quien debe pronunciarse ante la queja de un grupo de personas que invocan violación al derecho a la vida íntima y familiar.

Por el contrario, acertadamente, el 29/05/2008, la Corte Federal del Brasil rechazó la acción de inconstitucionalidad deducida contra la ley de bioseguridad de este Estado, que permite la investigación médica para el tratamiento de enfermedades sobre células tronco embrionarias. En términos categóricos, la Corte sostuvo que esa ley no viola el derecho a la dignidad ni el derecho a la vida. La mayoría manifestó expresamente que el embrión no implantado no es persona, con argumentos similares a los aquí expuestos.

Negar carácter de persona a los embriones no implantados o transferidos en la mujer no quiere decir que sean tratados como meras cosas sin protección de ningún tipo. Metodológicamente, esa protección debe estar regulada en la ley especial, a la que el anteproyecto se remite en varias oportunidades. El Código Civil no es el ámbito para regular qué tipo de protección debe dársele a los embriones criopreservados. Se trata de una cuestión compleja sobre la que no existe consenso, conectada al desarrollo y al avance científico; por eso, todas las legislaciones extranjeras se refieren a esta cuestión en leyes especiales que, incluso por mandato legislativo deben ser revisadas periódicamente.

(37) Compulsar publicación del simposio realizado en Bs. As. los días 29 y 30 de abril bajo el título Aspectos éticos y legales de las técnicas de reproducción asistida y las diferentes alternativas terapéuticas.

De allí que la posición asumida en el anteproyecto no contradiga al Tribunal de la Unión Europea (38) que el 18/10/2011 declaró no patentable “una invención cuando la información técnica objeto de la solicitud de patente requiera la destrucción previa de embriones humanos o su utilización como materia prima, sea cual fuere el estadio en el que éstos se utilicen y aunque la descripción de la información técnica reivindicada no mencione la utilización de embriones humanos”, desde que esa decisión en ningún momento afirma que esos embriones no implantados sean personas o tengan “derecho a nacer”, que es el nudo de la discusión planteada. Bergel lo dice con todas las letras: “Todo otro tema queda al margen de la decisión, por no haber sido materia de consulta, por cuya razón las conclusiones alcanzadas no pueden ser extrapoladas a otros temas. La libertad de investigación en materia que implique la utilización de embriones o células madres no ha sido siquiera mencionada, por no constituir materia comprendida en la consulta” (39)

b) La penalización del aborto y el momento inicial de la concepción

Conservar la regla del art. 70 del código civil vigente obedece a varias razones:

(i) La tradición argentina coincide, en lo sustancial, con la del art. 4 del Pacto de San José de Costa Rica: “Derecho a la Vida. 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”.

(ii) Desde la perspectiva del derecho civil, esta regla ha permitido reclamar alimentos al presunto padre biológico, antes del nacimiento, favoreciendo de esta manera la igualdad entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales gestados de modo natural.

(38) Ver decisión en Rev. de Derecho de Familia y de las personas, diciembre 2011, año III, n° 11, p. 199, con nota de Faraudo, Gabriela Inés, Patentes de invención relacionadas con el uso de embriones humanos y en Rev. de Derecho de Familia y de las personas, abril de 2012, año IV, n° 3, p. 227, con nota de Bergel, Salvador Darío, De embriones, patentes y dignidad humana.

(39) BELGEL, Salvador, De embriones, patentes y dignidad humana Rev. de Derecho de Familia y de las personas, abril de 2012, año IV, n° 3, p. 241.

(iii) La cuestión de la interrupción del embarazo pone en juego *conflictos* de derechos, que deben ser resueltos por el legislador, con racionalidad y justicia, y con franco apoyo en el principio de proporcionalidad; la regla no impide ni la existencia del conflicto, ni la posibilidad de soluciones flexibles.

(iv) La regla tampoco pone obstáculos a la despenalización de la interrupción del embarazo; como he dicho antes, con cita de María Casado, el derecho penal no es el único ámbito para regular las cuestiones bioéticas; más aún, diría no debe serlo.

5. Inviolabilidad y dignidad de la persona humana

5.1. El articulado

Artículo 51.— Inviolabilidad de la persona humana. *La persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad.*

5.2. Fundamentación

La noción de dignidad se ha convertido en el nudo gordiano de una serie de documentos internacionales (40); así, por ej. la Conferencia de San

(40) Me he referido a este tema en un artículo elaborado en coautoría con la Dra. Nora Lloveras (KEMELMAJER, Aída y LLOVERAS, Nora, Dignidad humana y consentimiento de personas carentes de competencia. Art. 7 de la Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos), en María Casado (coord.), *Sobre la dignidad y los principios. Análisis de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO*, Civitas-Thomson Reuters, Barcelona, 2009, p. 219. Transcribo, en el texto, algunos párrafos que contiene esa obra en autoría. Para el tema, compulsar muy especialmente, el resto de los trabajos publicados en esa obra; ver también, CASADO, María, *El conflicto entre bienes jurídicos en el campo de la genética clínica: exigencias de salud pública y salvaguarda de la dignidad humana*, en *Rev. de Derecho y Genoma Humano*, 4/ 96 p. 25; MAURER, Béatrice, *Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l'homme*, Marseille, Ed. Université d'Aix-Marseille, 1999. Compulsar, igualmente, numerosos artículos de Roberto ANDORNO, entre otros, *Bioética y dignidad de la persona*, Madrid, ed. Tecnos, 1998; *La dignidad humana como fundamento de la bioética y de los derechos humanos en la declaración universal*, en *La declaración Universal sobre bioética y derechos Humanos de la*

Francisco de 1945 (“a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la *dignidad* y el valor de la persona humana...”); la Declaración Universal de los derechos humanos de 1948 (“La fe de las Naciones Unidas en la *dignidad* y el valor de la persona humana”); el Pacto internacional de derechos civiles y políticos de 1966 (“que conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz del mundo tienen por base la *dignidad* inherente a todos los miembros de la familia humana...”); el Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales (“La educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su *dignidad*”); la Declaración Interamericana de Derechos Humanos (“Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su *dignidad*”); la Carta de Niza (41), la Declaración Universal sobre el Genoma Humano

Unesco, coord. por Héctor Gros Espiell y Yolanda Gómez Sánchez, Granada, 2006, p. 253; La dignidad humana como noción clave en la Declaración de la Unesco sobre el Genoma Humano, en Rev. de Derecho y Genoma Humano n° 14, 2001, p. 41; ¿Cuál es el rol de la dignidad humana en el bioderecho internacional? A propósito de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de 2005, en Rev. de la Facultad de Derecho Universidad Nacional de Rosario n° 17/18, Homenaje al Prof. Dr. Luis O. Andorno, años 2005/2006, p. 49, Libertade e dignidade da pessoa: dos paradigmas opostos ou complementares na bioetica, en Bioetica e Responsabilidade, Judith Martines-Costa (coord.), Rio de Janeiro, ed. Forense, 2008, pag. 73; Libertad y dignidad de la persona: ¿dos paradigmas rivales o complementarios en el campo de la bioética? en GARAY, Oscar (coordinador), Bioética en medicina, Bs., As., ed. Ad Hoc, 2008, p. 79.

(41) La Carta de Niza se abre con un capítulo que lleva el título “Dignidad”, que reagrupa cinco artículos dedicados a: la dignidad humana, el derecho a la vida, el derecho a la integridad de la persona, a la prohibición de la tortura y de las penas o tratamientos inhumanos o degradantes, y a la prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado. Ver, entre muchos, SANTOSUOSSO, Amedeo, Integrità della persona, medicina e biologia: art. 3 della Carta di Nizza, en Danno e Responsabilità, Milano, Ipsoa, 2000, n° 8/9, p. 809. Se ha destacado que, llamativamente, la expresión “dignidad humana” no se menciona en la Convención Europea de Derechos Humanos (Ver MAURER, Béatrice, Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l’homme, Marseille, Université d’Aix-Marseille, 1999, p. 16); sin embargo, la Corte Europea de Derechos Humanos repite en numerosas decisiones que “en la esencia misma de los objetivos fundamentales de la Convención está el respeto de la dignidad y de las libertades humanas” (GRABARCZYK, Katarzyna, Les principes généraux dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme, Marseille, Presses Universitaires d’Aix-

y los Derechos Humanos (1997), la Declaración Internacional sobre los datos genéticos humanos (2003), la Convención de Derechos humanos y Biomedicina (o Convención de Oviedo) del Consejo de Europa (1997), la Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos, etc.

Estos documentos responden a la tendencia persistente, especialmente después de la segunda guerra mundial, que incorpora la dignidad humana a las Constituciones (42) como un nuevo derecho fundamental (43). Efectivamente, después de ese desgraciado hito histórico, el jurista tomó

Marseille, 2008, p. 211). Pese a este cúmulo de documentos, para algunos, “la dignidad humana no ha podido crear hasta hoy un marco general consensuado de referencia para el discurso ético” (SIMON, Jürgen, La dignidad del hombre como principio regulador en la Bioética, en *Rev. de Derecho y Genoma Humano*, nº 13, Julio/Diciembre 2000, p. 25).

(42) A vía de ejemplo cabe mencionar el art. 10.1 de la Constitución española que dice: “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respecto a la ley y a los derechos de los demás, son fundamento del orden político y de la paz social”. Para una explicación del texto y la historia de su formulación ver, entre otros, Gómez SANCHEZ, Yolanda, La dignidad como fundamento de los derechos; especial referencia al derecho a la vida, en GUERRA, María J. y otros, *Bioética: la cuestión de la dignidad*, Madrid, Universidad Pontificia Comillas, 2004, p. 75; GARCIA GARCIA, Clemente, El derecho a la intimidad y a la dignidad en la doctrina del Tribunal constitucional, Murcia, Universidad de Murcia, 2003 p. 52 y ss.; ALEGRE MARTINEZ, Miguel A., *La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español*, León, Ed. Universidad de León, 1996; para un análisis de los textos constitucionales italianos ver BARTOLOMEI, Franco, *La dignità umana come concetto e valore costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1987. Resulta interesante el art. 41 de ese ordenamiento que dice que “la iniciativa económica privada no puede desarrollarse de modo de provocar daño a la dignidad humana”.

(43) La asociación entre la dignidad humana y principios fundamentales es frecuente (Ver DIAZ REVORIO, Francisco J., *Valores superiores e interpretación constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, p. 545; GONZALEZ PEREZ, Jesús, *La dignidad de la persona*, Madrid, Civitas, 1986, p. 30; CLOTET, Joaquim, *Acerca de dignidade, direito e bioética*, en *Bioética, Uma aproximação*, 2ª ed., Porto Alegre, Edipucrs, 2006, p. 211; JIMENA QUE-SADA, Luis, *Dignidad humana y Justicia Universal en España*, Madrid, Aranzadi, 2008, p. 29 y ss.) Sin negar tal asociación, un sector de la doctrina se preocupa por distinguir ambas nociones con la finalidad de dar mayor precisión a la noción de dignidad humana (Ver GIMENO CABRERA, Véronique, *Le traitement jurisprudentiel du principe de dignité de la personne humaine*, Paris, LJDJ, 2004, p. 6 y ss.)

conciencia de que no basta proteger la vida del ser humano; hay que custodiar el respeto de su dignidad. Podría decirse, pues, que la dignidad es el valor fundante, “la matriz de todos los valores, una suerte de axioma, de brújula de lo que hacemos” (44); representa, entonces, “una palabra clave en el discurso contemporáneo” (45).

Obviamente, lo dicho no significa que el concepto de dignidad haya aparecido después de la segunda guerra mundial. Sólo indica que, jurídicamente, sólo en esa época se convirtió en pivote de los documentos internacionales de derechos humanos y de las modernas constituciones; en este sentido, la dignidad es un concepto nuevo, en tanto los textos que la mencionan son de la historia reciente (46).

La modernidad no es sólo jurídica. En opinión de algunos autores, aunque los materiales que sirven para la construcción del modelo moderno se encuentran en la antigüedad, el sentido actual de dignidad humana “arranca con el tránsito a la modernidad, cuando surge el concepto de hombre centrado en el mundo y centro del mundo, es decir, cuando esa dignidad es acompañada por la idea de laicidad; la dignidad de la persona y la dignidad de la humanidad son dos aspectos de una misma mentalidad, la del antropocentrismo y de la laicidad, dos coordenadas que en-

(44) PANEA, José Manuel, *La imprescindible dignidad*, en Ruiz de la Cuesta (coord.), *Bioética y derechos humanos. Implicaciones sociales y jurídicas*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 2005, p. 18.

(45) RESTA, Giorgio, *La dignità*, en RODOTÀ, Stefano e TALLACHINI, M., *Ambito e fonti del biodiritto*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 259; VALLS, Ramón, *El concepto de dignidad humana*. *Revista de bioética y Derecho*. Num. 6. Diciembre 2005, http://www.ub.edu/fildt/revista/pdf/RByD5_Art2.pdf. compulsado el 08-04-2012.

(46) EDELMAN, Bernard, *La dignité de la personne humaine, un concept nouveau*, en Pavia, M.L. et Revet, (sous la direction de) *La dignité de la personne humaine*, Paris, Economica, 1999, p. 25. En p. 31 recuerda el ejemplo al que se refieren casi todos los autores franceses, o sea, el caso resuelto por el Consejo de Estado francés que consideró contrario a la dignidad del hombre el contrato firmado por un enano de un circo que era lanzado como si fuese la bala de un cañón. Para las distintas acepciones en la antigüedad ver, entre otros, PETTITI, Lous E., *La dignité de la personne humaine en droit européen*, en Pavia, M.L. et Revet, (sous la direction de) *La dignité de la personne humaine*, Paris, Economica, 1999, p. 57.

cuadran todo el proceso (47). Otros, en cambio, aún en la visión actual, rescatan una larga historia en la que confluyen tradiciones culturales religiosas y laicas (48).

Independientemente de quién tiene razón, lamentablemente, los hechos no siempre responden a los textos (49), y la lucha por la dignidad aún tiene muchas batallas por ganar. Se ha dicho: “La evolución biológica dejó al ser humano en la playa de la historia. Entonces, comenzó la gran evolución cultural, la ardua humanización del hombre mismo y de la realidad”, pero nos dejaron “sin manual de instrucciones, y luchamos para constituirnos como especie dotada de dignidad; queremos edificar una nueva esencia sobre la esencia biológica recibida. La dignidad no está en el pasado sino en el futuro” (50).

6. La autonomía personal, noción básica de la bioética. Preliminares

Varios artículos del anteproyecto tienen como presupuesto la noción de autonomía personal. Los transcribo más adelante, al analizar cada una de las figuras jurídicas que se vinculan a ella.

Por ahora, aclaro que la palabra *autonomía* no tiene un único significado. Edgar Morin enseña que la noción de autonomía humana es compleja, porque depende de condiciones culturales y sociales. “Para ser nosotros

(47) PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio, La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho, Madrid, Dykinson, 2002, p. 21 y 64. La obra analiza este concepto en la antigüedad, muy diverso al que tiene en nuestra realidad. Otros antecedentes pueden compulsarse en SARLET, Ingo W., Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais, 5ª ed., Porto Alegre, liv. Do advogado, 2007, p. 29.

(48) VELAZQUEZ, Luis, La fundamentación de la dignidad, en GUERRA, María J. y otros, Bioética: la cuestión de la dignidad, Madrid, Universidad Pontificia Comillas, 2004, p. 105. No obstante, el autor reconoce que el sentido moderno de la dignidad fue acuñado por Kant

(49) Más aún, muchos textos que mencionan a la dignidad provienen de gobiernos que mostraron desprecio por ella. Un ejemplo paradigmático puede ser el proyecto de Constitución para Francia de Phillipe Pétain, o el “Fuero del trabajo español del 9/3/1938 (para estos antecedentes ver Cabrera, Véronique, Le traitement jurisprudentiel du principe de dignité de la personne humaine, Paris, LJDJ, 2004, p. 34).

(50) MARINA, José A. y DE LA VALGOMA, María, La lucha por la dignidad, Barcelona, Anagrama, 2000, p. 17 y ss.

mismos, nos hace falta aprender un lenguaje, una cultura, un saber, y hace falta que esa misma cultura sea suficientemente variada como para que podamos hacer, nosotros mismos, la elección dentro del surtido de ideas existentes y reflexionar de manera autónoma. Esa autonomía se nutre, por lo tanto, de dependencia; dependemos de una educación, de un lenguaje, de una cultura, de una sociedad, dependemos, por cierto, de un cerebro, él mismo producto de un programa genético, y dependemos también de nuestros genes” (51). Exagerando este punto de partida se dice que “la autonomía, más allá de sus efectos positivos, es el gran mito contemporáneo, en tanto, en la vida cotidiana, la dependencia es notoria” (52).

Reconociendo esta dependencia, se señala que “mientras la filosofía teórica parece tener por centro el conocimiento, la filosofía práctica (moral, jurídica o política) gira en torno a un concepto central: la voluntad. El ámbito práctico, el que se refiere a las cosas cuyos principios pueden ser de otra manera, es decir, el ámbito de la acción, es territorio de la voluntad. Sin embargo, este claro reparto de los territorios empieza a oscurecerse cuando nos percatamos de que la voluntad humana es, a fin de cuentas, voluntad racional, de forma que voluntad y racionalidad terminan formando una sola cosa. Una voluntad auténticamente racional y una razón que se expresa a través de la voluntad son, en definitiva, los componentes de la libertad. Ciertamente, ser libre supone poder elegir, pero contando con una información, al menos razonable, sobre la situación en la que se encuentra el sujeto libre, las posibles alternativas que se le ofrecen para alcanzar la meta que persigue, y las probables consecuencias de esas alternativas. Si faltan tales requisitos, o se encuentran debilitados en alto grado, la libertad se reduce hasta hacerse inexistente. Esta es una de las razones por las que se afirma que información es poder, entendiendo por poder la capacidad de los seres vivos de realizar acciones. En el ámbito de los seres humanos la información es poder porque amplía el campo de la libertad, entendida como capacidad de elección” (53).

(51) MORIN, Edgar, *Introducción al pensamiento complejo*, Barcelona, Gedisa, 1990, p. 98.

(52) SERRANO RUIZ-CALDERON, José Miguel, *Eutanasia y vida dependiente*, 2ª ed., Madrid, Internacionales Universitarias, 2001.

(53) CORTINA, Adela, *Problemas éticos de la información disponible, desde la ética del discurso*, en FEITO GRANDE, Lydia, *Estudios de bioética*, Madrid, Universidad Carlos III y Dykinson, 1997, p. 43.

Las fórmulas para expresar el principio de autonomía son muy variadas: “las acciones y las elecciones personales no deben ser constreñidas por los demás” (54); “la persona es dueña de sus actuaciones, expresión que significa que por estar asistida de la razón, es capaz de dominar el curso de sus actos” (55), etc.

En el ámbito de la salud, hay cierto consenso en que cuando la conducta personal no compromete a terceros, se recluye en el ámbito de la *privacidad*. En este sentido, la conducta es *autorreferente* (56); dicho en otras palabras, la salud propia, en tanto no altera la de los terceros, entra en el ámbito de la autonomía de la voluntad y de la privacidad, por lo que el ser humano puede desarrollar y ejecutar estilos de vida que respondan a sus propios modelos individuales (57).

En EEUU estos conceptos fueron reconocidos hace muchos años. Así, por ej., el 25/5/1891, en el caso *Union Pacific v. Botsford*, la Corte Federal afirmó que “en el Common Law ningún derecho está más cuidadosamente protegido que el derecho que cada uno tiene a *la posesión y control de su propia persona*, libre de toda restricción o interferencia de los otros, a menos que haya una clara e incuestionable disposición de la ley”.

7. La autonomía y los derechos sobre el propio cuerpo

7.1. Los textos

Artículo 17.— Derechos sobre el cuerpo humano. *Los derechos sobre el cuerpo humano o sus partes no tienen un valor económico, sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social, y sólo pueden ser disponibles*

(54) Ver, entre muchos, SANLLEHI, Joseph, A vueltas con el principio de autonomía, en CASADO, María (compiladora) Estudios de bioética y derecho, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, p. 101.

(55) ROVIRA SUEIRO, María, Relevancia de la voluntad de la persona para afrontar su propia discapacidad, Madrid, Universitaria Ramón Areces, 2005, p. 11.

(56) BIDART CAMPOS, Germán, La salud propia, las conductas autorreferentes y el plexo de derechos en el sistema democrático, ED 165-361. Compulsar D'ARRIGO, Cosimo M., Autonomia privata e integrità fisica, Milano, Giuffrè, 1999.

(57) MALEM, Jorge, Privacidad y mapa genético, en VÁZQUEZ, Rodolfo (compilador) Bioética y derecho. Fundamentos y problemas actuales, México, Fondo de Cultura Económica, 1999, p. 189.

por su titular cuando se configure alguno de esos valores y según lo dispongan las leyes especiales.

Artículo 55.— Disposición de derechos personalísimos. *El consentimiento para la disposición de los derechos personalísimos es admitido si no es contrario a la ley, la moral o las buenas costumbres; no se presume, es de interpretación restrictiva y libremente revocable.*

Artículo 56.— Actos de disposición sobre el propio cuerpo. *Están prohibidos los actos de disposición del propio cuerpo que ocasionen una disminución permanente de su integridad o resulten contrarios a la ley, la moral o las buenas costumbres, excepto que sean requeridos para el mejoramiento de la salud de la persona; y excepcionalmente, de otra persona, en los términos legales.*

La ablación de órganos para ser implantados en otras personas se rige por la legislación especial.

El consentimiento para los actos no comprendidos en la prohibición establecida en el primer párrafo no puede ser suplido, y es libremente revocable.

7.2. Fundamentos

El punto 7.6. de los fundamentos dice: “Tradicionalmente se ha considerado que el cuerpo es soporte de la noción de persona y sobre este aspecto no hay mayores discusiones.

El problema jurídico surge cuando se advierte que el cuerpo humano y sus partes, tales como las piezas anatómicas, órganos, tejidos, células, genes, pueden ser separados, aislados, identificados, y luego trasplantados, patentados, transferidos comercialmente.

Un modo de resolver el problema es recurrir a los derechos de la personalidad. El derecho a la integridad personal se extiende tanto al cuerpo como a las piezas anatómicas una vez extraídas del cuerpo, mientras sea posible la identificación de éstas con dicha persona. La información sobre las distintas partes del cuerpo y, en especial, los genes, forman parte del derecho de la persona. Todo se incluye dentro del derecho a la autodeterminación, de lo que se deriva, además, que estos derechos están fuera del comercio. No tienen un valor económico, sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social.

Dentro de este modelo puede citarse el Código Civil francés (artículos 16.1, 16.5 incorporados por Ley 94-653 del 29/07/1994) que dispone que el cuerpo humano es inviolable, y que sus elementos y productos no podrán ser objeto de ningún derecho de naturaleza patrimonial, lo cual hace que sean nulos los contratos que tengan como finalidad conferirles un valor patrimonial.

Una visión completamente diferente es la que considera que es posible que el cuerpo o sus partes sean objeto de derechos patrimoniales. En este esquema, es posible separar elementos que se califican como 'cosas' que tienen un precio y pueden ser patentados, transferidos y sometidos al comercio dentro de ciertos límites.

Esta concepción patrimonialista plantea problemas de todo tipo. Hay problemas lógicos, porque el derecho de propiedad sobre una cosa lo tiene el titular, que es inescindible de ella; la identidad cuerpo-cosa-persona es un obstáculo difícil de superar. Hay problemas éticos, porque se afecta la dignidad humana. Hay cuestiones vinculadas a las consecuencias que produciría una decisión de este tipo sobre la organización de la sociedad y la economía misma, porque un grupo de empresas podría comercializar a gran escala partes humanas, genes, células, con todas las derivaciones, imposibles de calcular en este momento.

La abstención no es una respuesta válida porque, en ausencia de regulación, la comercialización será inevitable con sus graves consecuencias.

Tampoco se puede ignorar el progreso experimentado por la ciencia y la técnica que permite la utilización de determinadas partes del cadáver para la salvación o cura de enfermedades de otras personas, en cuyo caso esas partes del cuerpo adquieren un valor relevante para la salud y para la existencia del hombre. No son bienes en el sentido jurídico del artículo 2312 del Código Civil, ya que no son derechos personales ni derechos reales sobre cosa ajena. El tema surgió palmariamente en la problemática de los trasplantes de órganos, luego con partes mucho más minúsculas del cuerpo (muestras biológicas depositadas en biobancos, líneas celulares, células madre), pues con los adelantos de la ciencia y de la técnica, el cadáver o algunas de sus partes son utilizadas para investigación, curación, producción, etc.; así se convierten en objetos que quedan en este mundo de los vivos.

En estos supuestos, el valor que se les dé puede no ser pecuniario, sino que está configurado por el interés científico, humanitario o social que lo informa.

Se admite, pues, la categoría de objeto de derechos que no tienen un valor económico, sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social. Es preferible esta enumeración que es limitativa del concepto, a una enunciación negativa ('bienes que no tienen un valor económico' o 'extrapatrimoniales'). El valor configura un elemento de la tipicidad de la noción de bien y está calificado porque es afectivo (representa algún interés no patrimonial para su titular), terapéutico (tiene un valor para la curación de enfermedades), científico (tiene valor para la experimentación), humanitario (tiene valor para el conjunto de la humanidad), social (tiene valor para el conjunto de la sociedad). En todos los casos se trata de valores que califican la noción de bien como un elemento de tipicidad.

En cuanto a los caracteres, hay demasiada variedad, lo que hace necesario remitir a la legislación especial la regulación de cada uno de los casos”.

7.3. Fundamentación complementaria

Hasta hace algunas décadas, no se hablaba de los “derechos sobre el propio cuerpo”, ni sobre el “poder de disposición del propio cuerpo”.

¿Qué importancia tiene esta nueva terminología? Bien se ha dicho: “Ninguna transformación semántica es verdaderamente inocente. El simple hecho de enunciar, relacionado con una ley, la existencia de un derecho, debe ser tomado en serio... La utilización de un vocablo hasta ese momento inutilizado muestra, sino una realidad nueva, al menos una representación nueva de la realidad” (58).

En primer lugar, cabe recordar, como lo hacen todos los autores, que Stuart Mill, en su obra “Sobre la libertad”, en 1859, decía: “*Over himself, over his own body and mind, the individual es sovereign*” (Sobre sí mismo, sobre su propio cuerpo y espíritu, el individuo es soberano) (59).

(58) HENNETTE VAUCHEZ, Stéphanie, *Disposer de soi?*, 2004, Paris, L'Harmattan, 2004, p. 103.

(59) JUNQUERA DE ESTEFANI, Rafael, *El paciente y su capacidad de decidir en el ordenamiento español*, en JUNQUERA DE ESTEFANI, Rafael (director),

En 1914, el juez Cardozo de la Corte Suprema del Estado de New York dijo que “cada ser humano adulto y sano de mente tiene el derecho a determinar qué es lo que hará con su propio cuerpo” (60). Aunque en otro contexto, la Corte Federal argentina ha declarado que “el sentido del art. 19 de la C.N. es conceder a todos los hombres una prerrogativa según la cual *pueden disponer* de sus actos, de su obrar, *de su propio cuerpo...*” (61).

Los debates bioéticos en torno a los derechos sobre el propio cuerpo han dado lugar a una extensa bibliografía (62); hace algunos años también yo me referí a esta cuestión (63). Las razones del debate son numerosas; una de las más significativas es el rol que juega el concepto de *identidad* (64) en tanto la condición humana no se concibe sin el cuerpo que lo muestra; es por el cuerpo que la persona es nombrada, reconocida, identificada como perteneciente a un grupo social, a una edad, a un color de piel, a una apariencia. El cuerpo cubre y encarna a la persona; toda relación del hombre con el mundo implica la mediación del cuerpo (65).

Bioética y bioderecho. Reflexiones jurídicas ante los retos bioéticos, Granada, Comares, 2008, p. 130.

(60) Compulsar CAMELO, Gustavo, Los niños y el consentimiento informado para la práctica de tratamientos médicos y ensayos clínicos, en Rev. Derecho Privado, año I, n° 1, ed. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, presidencia de la Nación, 2012, p. 92.

(61) CSN, 6/4/1993, Bahamondez, Marcelo s/medida cautelar, ED, 153-254.

(62) MUZNY, Petr (sous la direction de) La liberté de la personne sur son corps, Paris, Dalloz, 2010; PRIEUR, Stéphane, La disposition par l'individu de son corps, Bordeaux, Les études hospitalières, 1999; CANESTRARI ed altri (a cura di) Il governo del corpo, Milano, Giuffrè, 2011, (dos volúmenes); HENNETTE VAUCHEZ, Stéphanie, Disposer de soi?, 2004, Paris, L'Harmattan, 2004; D'ARRIGO, Cosimo, Autonomia privata e integrità fisica, Milano, Giuffrè, 1999.

(63) BELLUSCIO-ZANNONI (director/coord.), Código civil anotado; Bs. As., Astrea, Comentario al art. 2311.

(64) RESTA, Eligio, L'identità nel corpo, en Canestrari ed altri (a cura di) Il governo del corpo, Milano, Giuffrè, 2011, t. I, p. 3.

(65) LE BRETON, David, L'appartenance du corps, en Canestrari ed altri (a cura di) Il governo del corpo, Milano, Giuffrè, 2011, t. I p. 77.

La alternativa entre las dos concepciones del cuerpo humano —mercadería o valor— recorre toda la historia (66).

Frente a la *summa divisio* “persona-cosas”, “sujeto-objeto”, está claro que “abolida la esclavitud y elevado universalmente el hombre a la categoría de persona, es decir, de sujeto de derecho, el objeto se encuentra necesariamente en la naturaleza no libre, es decir, en las cosas (67). No obstante, como se ha dicho, hay “objetos” situados en terrenos fronterizos al de las personas y las cosas: sangre, órganos, proteínas, enzimas, hormonas, anticuerpos, material genético, etc. La novedad no consiste en que el cuerpo humano o partes de él sean apreciados por otros e, incluso, tengan un precio (esto ocurría también en la esclavitud) sino que esas partes tengan muchos y nuevos empleos. Así, por ej., un riñón humano podía tener algún valor ritual religioso en la antigüedad; hoy, en cambio tiene un valor distinto y más concreto: es un medio de mejorar la calidad de vida y de asegurar la continuidad de la vida de quien sufre una insuficiencia

(66) BERLINGUER, Giovanni, Il corpo come merce o come valore, en obra colectiva bajo la dirección de RODOTÀ, Stefano, Questioni di bioetica, Roma, Laterza, 1997, p. 74 y, especialmente, p. 81. Hoy se habla de “nuevos bienes” y “nuevas propiedades” destacándose que lo importante es poder determinar qué norma o principio regula una determinada situación (Ver ZOPPINI, Andrea, Le nuove proprietà nella trasmissione ereditaria della ricchezza –note a margine della teoria dei beni–, en Riv. de Diritto Civile, anno XLVI, 2000 n° 2, p. 243). Compulsar también VENUTI, María Carmela, Atti di disposizione del corpo e principio di gratuità, en Il Diritto di Famiglia e delle persone, vol. XXX, t. I, 2001, p. 827.

(67) Conf. MALAURIE, PH., et AYNES, L., Droit civil. Les personnes. Les incapacités, Paris, ed. Cujas, 1994, n° 293; PAUL, François, Les choses qui sont dans le commerce au sens de l'article 1128 du code civil, Paris, Ed. LGDJ, 2002, p. 84. Recuérdese que el art. 15 de la Constitución Nacional dispuso que una ley especial reglaría las indemnizaciones a que diese lugar la declaración de la abolición de la esclavitud. Una autora francesa señala que esa medida a favor de los propietarios —idéntica a la que rigió en las colonias francesas— se justifica jurídicamente en el hecho de que el cuerpo del esclavo era considerado una mercadería (HERMITTE, Marie Angèle, Le corps hors du commerce, hors du marché, en Archives de Philosophie du Droit, t. 33, Paris, Sirey, 1988, p. 325). La idea venía desde lejos. Aristóteles afirmaba que “La propiedad es un conjunto de instrumentos: también el esclavo es un objeto de propiedad animada” (cit. por KUHSE, Helga, Il corpo come proprietà. Ragioni di scambio e valori etici, en obra colectiva bajo la dirección de RODOTÀ, Stefano, Questioni di bioetica, Roma, Laterza, 1997, p. 66).

renal (68). Son “*cosas de origen humano, con finalidad humana*”, o, como dicen algunos autores, “el cuerpo es una persona por destino, en el sentido que se sitúa entre las personas y las cosas” (69), por lo que su régimen jurídico no puede ser suministrado, directamente, por los mecanismos del mercado movidos al ritmo de la lógica de la producción; en otros términos, no pueden ser tratados como una simple materia prima (70). Por eso, aún los juristas modernos más permisivos afirman que de hecho, el cuerpo humano está en el comercio jurídico (piénsese en la sangre, el ma-

(68) KUHSE, Helga, *Il corpo come proprietà. Ragioni di scambio e valori etici*, en obra colectiva bajo la dirección de RODOTÀ, Stefano, *Questioni di bioetica*, Roma, Laterza, 1997, p. 67. Una autora francesa señala que muchas excreciones, excrementos y otros elementos del cuerpo (como las lágrimas, la saliva, el sudor, la orina, el aire expirado, etc.) no han sido objeto de estudio por parte de los juristas, no obstante que se utilizan en investigaciones científicas. Recuerda el comercio de orina organizado por el emperador romano Vespasiano, que recogía gratuitamente este líquido y lo revendía a los tintoreros de la ciudad que extraían el amoníaco natural (ARNOUX, Irma, *Les droits de l'être humain sur son corps*, Bordeaux, Presses Universitaire de Bordeaux, 1994, p. 81).

(69) BAUD, Jean Pierre, *Le corps, personne par destination*, en *Droit des personnes et de la famille, Mélanges à la mémoire de Danièle Huet Weiller*, Paris, LGDJ, 1994, p. 15.

(70) Compulsar LEBRETON, Gilles, *Libertés publiques et droits de l'Homme*, Paris, A. Colin, 1995, p. 243; HERMITTE, Marie Angèle, *Le corps hors du commerce, hors du marché*, en *Archives de Philosophie du Droit*, t. 33, Paris, Sirey, 1988, p. 323. Se cuenta que en los comienzos de la década del noventa, un conde alemán, Adelman von Adelmansfelden, encontró un nuevo sistema para ayudar a los deudores insolventes a obtener algo de dinero. Fundó la “Asociación de ayuda mutua para la donación de órganos humanos”; luego, obtuvo la lista oficial de los deudores insolventes y les escribió una carta con el siguiente texto: “Querido deudor insolvente: Ud. es ahora un apestado social. Hasta podría tener Sida. Si no tiene el coraje de robar, estafar un banco o iniciar una vida en el exterior, tiene una alternativa: venda un riñón, a través de mi intermediación, a un paciente que tiene necesidad de un trasplante”. En la misma época, un imputado de homicidio, se ofrecía a donar un riñón a cambio de un abogado defensor; en una carta publicada en un diario, el hombre afirmaba que no tenía dinero para un abogado particular y creía que el defensor oficial no hacía cuanto debía (cit. por KUHSE, Helga, *Il corpo come proprietà. Ragioni di scambio e valori etici*, en obra colectiva bajo la dirección de RODOTÀ, Stefano, *Questioni di bioetica*, Roma, Laterza, 1997, p. 65).

terial genético, etc.) “*pero sometido a un control especial*” (71). Ese control se hace necesario, dado el uso y abuso que, a veces, por razones socio-económicas y culturales se hace de las diferentes partes del cuerpo humano (72), sin dejar de advertir que las prohibiciones absolutas fomentan el fraude a la ley (73).

Desde hace tiempo se afirma que algunas partes del cuerpo de una persona, *una vez separadas*, dejan de formar parte de ésta, por lo que, si son susceptibles de tener un valor, son bienes corporales o materiales, es decir, cosas y por consiguiente son susceptibles de constituir el objeto de relaciones jurídicas; por ej., el cabello, la leche de madre (74), la sangre (75), el semen, la piel, los dientes, las córneas, los huesos y en general los órganos y materiales anatómicos (76). Esta solución exige una aclaración: el acto por el cual la persona enajena una parte de su cuerpo todavía no

(71) GOBERT, Michelle, *Réflexions sur les sources du droit et les principes d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes*, Rev. Trim. Droit Civil, 1992 n° 3, p. 513.

(72) BERGEL, Salvador D., *Aportes para un estatuto de las partes separadas del cuerpo*. Rev. Derecho de Familia y de las personas 2011-7-199. GARRAFA, Volnei, *Usi e abusi del corpo umano*, en obra colectiva bajo la dirección de RODOTÀ, STEFANO, *Questioni di bioetica*, Roma, Laterza, 1997, p. 100.

(73) Ver informe de la Office of Technology Assessment (OTA), *New developments in biotechnology: Ownership of human tissues and cells*, cit por TRISTRAM ENGELHARDT (jr), H., *Il corpo in vendita: dilemmi morali della secolarizzazione*, en obra colectiva bajo la dirección de RODOTÀ, Stefano, *Questioni di bioetica*, Roma, Laterza, 1997, p. 132 (el autor se manifiesta contrario a los principios permisivos propuestos en ese informe). Conf., entre otros, CARUSI, Donato, *Contratto illecito e soluti retentio*, Napoli, Jovene, 1995, p. 1, quien señala que, aún sin norma expresa, el Derecho está presente a través de los principios generales

(74) La importancia de la provisión de leche materna por parte de las llamadas nodrizas motivó que la legislación francesa crease en su favor, en 1874, un privilegio general sobre los bienes muebles (Véase GOBERT, Michelle, *Réflexions sur les sources du droit et les principes d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes*, Rev. Trim. Droit Civil, 1992 n° 3, p. 511).

(75) Para este tema ver, LABRUSSE RIOU, Catherine, *Le sang. Entre l'être et l'avoir*, en obra colectiva dirigida por Cadiet, Loïc y otros, *Santé, marché, droit de l'homme*, Paris, Dalloz, 1996, p. 11.

(76) GATTI, Edmundo, *El cuerpo humano, el cadáver y los derechos reales*, LL 1977-C-747.

separada no es ejecutable, desde que su ablación implica un ataque a la integridad corporal. Esta afirmación vale tanto para las partes renovables como las no renovables y, consecuentemente, la persona puede arrepentirse, sin consecuencias jurídicas en su contra (77).

Cuando hay entrega espontánea para la ablación o extracción, en principio, las cosas que surgen de ese acto no son de la persona que practica la intervención ni de cualquier otro que pretenda apropiarse, sino del sujeto de quien provienen (78). Este aserto necesita ser explicado: la Corte Suprema de California debió resolver la pretensión de un paciente afectado de un cáncer que reivindicaba para sí parte de los beneficios resultantes de la explotación de una patente obtenida por las secuencias genéticas descubiertas en las muestras de un tejido que le habían sido extraídas durante su tratamiento (79). La demanda se fundaba en que la persona conserva un cierto control sobre las muestras extraídas y sobre la información que de ella resulta; la solución final del juicio fue indemnizar al paciente por la falta de información pero no por el supuesto derecho de apropiación de parte del cuerpo. Para evitar este tipo de reclamaciones, en la mayoría de los contratos hoy se coloca una cláusula que dice: “una parte del material biológico y/o lo que de él derive podrá ser utilizado de manera anónima para la investigación de enfermedades”; aun así, los autores sostienen que estas convenciones no transmiten la propiedad plena de este material (80).

(77) CIFUENTES, Santos, Elementos de derecho civil. Parte General, 3ª ed., Bs. As., Astrea, 1992, n° 34. Comparar Gastaldi, quien afirma que si se trata de partes renovables, aunque no puede obligarse al deudor a cumplir, se abre firmemente la tendencia de que debe indemnizar (GASTALDI, José María su intervención del 18/9/1991 en la mesa redonda, Contratos relativos a la persona y a su cuerpo, en Temas de Derecho Privado, Bs. As., Ed. del Colegio de Escribanos de la Capital Federal, 1993, t. IV, p. 54).

(78) CIFUENTES, Santos, Elementos de derecho civil. Parte General, 3ª ed., Bs. As., Astrea, 1992, n° 34.

(79) El precedente judicial, conocido como Caso Moore (nombre del paciente) es relatado por muchos autores; me he referido a este precedente en Genoma humano y derechos fundamentales, en JA, 2003-III-977.

(80) Para las diferentes posturas sobre la naturaleza jurídica del material genético, ver MAZEN, Noël, Reflexions juridique sur le materiel genetique de l'homme, en Bioéthique et Droit, ob. cit. p. 195.

El tema de los llamados “desechos hospitalarios” (elementos del cuerpo provenientes de ablaciones o amputaciones) es objeto de algunas dificultades interpretativas. Piénsese en la placenta evacuada por una parturienta; antiguamente, las clínicas las destruían; hoy, las investigaciones farmacéuticas (e incluso las vinculadas a la cosmetología) han probado las virtudes de ese elemento; consecuentemente, toman un camino diferente; muchos hospitales y clínicas las venden a laboratorios sin que la madre ni ningún otro miembro de la familia sean informados. Para algunos, el silencio implicaría dar autorización para esa comercialización; para otros, en cambio, supondría que la placenta debe ser destruida pero no comercializada.

También el cordón umbilical sirve a diversos tipos de usos (81). En nuestro país, la Resolución del Incucaí del 15/4/2009 contiene en sus considerandos interesantes referencias a los precedentes existentes en el derecho comparado; de cualquier modo, cabe recordar que diversas decisiones judiciales declararon la inconstitucionalidad de la referida reglamentación o hicieron lugar a cautelares admitiendo la verosimilitud de esa contradicción con la ley fundamental del Estado (82).

En los EEUU la jurisprudencia presenta casos curiosos: un paciente, a quien se le había amputado una pierna, demandó al hospital porque había incinerado la parte amputada sin pedirle su consentimiento; la demanda fue rechazada; el tribunal entendió que, a falta de estipulación expresa, el cuerpo médico es quien puede disponer de los órganos, miembros y tejidos (83); igualmente singular es el caso del boxeador Holyfield, campeón del mundo a quien Mike Tyson, su retador, le mordió la oreja

(81) Ver ARNOUX, Irma, *Les droits de l'être humain sur son corps*, Bordeaux, Presses Universitaire de Bordeaux, 1994, p. 84.

(82) Ver, entre otros, Juzgado Federal n° 2 de Rosario, 1/6/2009, Rev. Derecho de Familia 2010-1-75; LL 2009-C-644 y Rev. de Derecho de Familia y de las personas 2009-1-263; ídem. 10/9/2010, La Ley Litoral 2010-139; Juz. Nac. Fed. Contencioso administrativo n° 12, 25/11/2009, Rev. Derecho de Familia y de las personas 2010-3-285; Cám. Fed. Bahía Blanca, 12/8/2009, LL Bs As 2009-1003; Cám. Nac. Fed. en lo contencioso administrativo, sala IV, 15/10/2009, Rev. Derecho de familia y de las personas 2009-3-280; sala III, 22/12/2011, LL boletín del 28/3/2012, fallo n° 116.177.

(83) Citado por ARNOUX, Irma, *Les droits de l'être humain sur son corps*, Bordeaux, Presses Universitaire de Bordeaux, 1994, p. 83.

derecha sacándole una parte; ese pedazo de oreja fue llevado a la clínica, pero los médicos optaron por hacer una plástica reconstructiva; una persona del servicio de seguridad tomó ese pedazo de carne y lo vendió a un coleccionista (un tal Pete Stevens) por la suma de \$ 18.000 dólares, quien se hizo certificar por el médico la procedencia del objeto que guardó en formol (84). Otro caso de características similares fue resuelto en Francia: una persona detenida en una prisión, en signo de protesta, se había mutilado cortándose la falange del anular derecho; luego de recibidas las curaciones del caso en un hospital, fue reconducido a su celda; la falange amputada, y oportunamente preservada en un contenedor, le fue confiscada por la administración de la cárcel por cuanto, según el reglamento carcelario, se podían confiscar a los reclusos todos los objetos que portaran consigo; el condenado reclamó al juez sin éxito, porque el fragmento de dedo fue considerado un simple objeto (85).

8. La autonomía y el derecho sobre el propio cuerpo de los niños, niñas y adolescentes

8.1. El texto

Artículo 26.— Ejercicio de los derechos por las personas menores de edad. *La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales.*

No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada.

La persona menor tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona.

Se presume que los adolescentes entre TRECE (13) y DIECISEIS (16) años tienen aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no

(84) D'ARRIGO, Cosimo, *Autonomia privata e integrità fisica*, Milano, Giuffrè, 1999, n° 8, p. 211 nota n° 87.

(85) Caso relatado por ALPA, Guido y ANSALDO, Anna, *Le persone fisiche*, en *Il codice civile. Commentario*, diretto da Piero Schlesinger, Milano, Giuffrè, 1996, p. 255.

resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física.

Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, los adolescentes deben prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico.

A partir de los DIECISEIS (16) años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo.

8.2. Fundamentos

El anteproyecto distingue la capacidad de derecho de la capacidad de ejercicio. Las modificaciones importantes se producen en esta última, a fin de adecuar el derecho positivo a la Convención Internacional de los derechos del niño y a la Convención Internacional de las personas con discapacidad.

De allí la flexibilidad de las normas, las permanentes referencias a nociones como “edad y grado de madurez”, la necesidad de que las restricciones a la capacidad estén legalmente previstas, las facultades judiciales para la determinación de esas restricciones, la obligación del juez de oír, tener en cuenta y valorar las opiniones de estas personas, etc. En este contexto, se incorpora “el adolescente” y se elimina la categoría de menor adulto o púber, adecuando la edad a la modificación operada en materia de mayoría de edad. También se mantiene la noción de incapacidad, especialmente para los actos patrimoniales, en protección de estas personas.

El anteproyecto regula expresamente la capacidad de ejercicio de la persona menor de edad en lo relativo al cuidado de su propio cuerpo, siguiendo reglas generales aceptadas en el ámbito de la bioética y en el derecho comparado, que han desarrollado en forma exhaustiva la noción de autonomía progresiva, diferenciándola de la capacidad civil tradicional.

8.3. Fundamentación complementaria

El principio rector del derecho del niño a ser oído y a que sus opiniones sean tenidas en cuenta establecido en la Convención Internacional de los

derechos del niño y machaconamente reiterado en la ley 26.061 se recoge en el art. 26 (86).

Las diferencias entre capacidad civil (para los actos patrimoniales) y la autonomía o competencia progresiva (para los actos personalísimos) han sido objeto de muchos estudios (87). De cualquier modo, el tema de la autonomía progresiva en materia de salud no está exento de dificultades (88); adviértase que la noción de “competencia” se inicia, precisamente, en un ámbito conflictivo, como es el de la información en el ejercicio de los derechos reproductivos. Por mi parte, me he referido antes de ahora a los derechos del niño sobre su propio cuerpo (89), a la noción de autonomía progresiva y a la justificación de una suerte de adelantamiento de la capacidad en materia de acto médico (90).

Resta por decir que el artículo 2 inc. c) de la ley 26.529 de los Derechos del paciente, referido al derecho de aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos y a revocar posteriormente su manifestación de voluntad, recoge esta autonomía progresiva al remitir a la ley 26.061, ordenamiento que tiene esa noción como columna vertebral (91).

(86) Me he referido a esta cuestión en muchos trabajos; ver, específicamente, El derecho constitucional del menor a ser oído, *Revista de Derecho Privado y Comunitario* n° 7, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1.994, p. 157/188.

(87) SALVATERRA, Elena, Autodeterminazione e consenso nell'incapacità e capacità non completa. Capacità e competence, en LENTI, L. ed altri, *I diritti in medicina*, en RODOTÀ, S., *Trattato di Biodiritto*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 341; en la misma obra, LENTI, Leonardo, *Il consenso informato ai trattamenti sanitari per i minorenni*, p. 417.

(88) Para la cuestión en la moderna jurisprudencia norteamericana, ver SCHERMAN, Ida, *La competencia en las decisiones médicas*, en *Derecho de Familia* n° 52, Abeledo Perrot, Bs. As., Nov. 2011, p. 289.

(89) Ver de mi autoría, *El derecho del menor sobre su propio cuerpo*, en libro *La Persona Humana*, dirigido por el Dr. Guillermo Borda, La Ley, Buenos Aires, 2001, p. 249, y 1er. Seminario Internacional en Minoridad y Familia, Mza. 2001, p. 7; en *Bioética y Derecho* (Coord. Bergel-Minyersky), Rubinzal, 2003; p. 105; y en *O Directo Civil no Século XXI*, (Cor. M.E. Diniz y otra), Saraiva, 2003, pág. 1.

(90) *Dignidad y autonomía progresiva de los niños*, en *Rev. de D. Privado y Comunitario*, Rubinzal Culzoni, 2010-3-123.

(91) “Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a intervenir en los términos de la ley 26.061 a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedi-

El anteproyecto recoge esta noción en numerosas disposiciones (especialmente las referidas a la *responsabilidad parental*, antes llamada patria potestad (92), arts. 638 y ss.), por lo que el art. 26 resulta totalmente coherente con el sistema.

9. Cuestiones relativas al consentimiento informado en los tratamientos y en la investigación

9.1. Los textos

Artículo 57.— Prácticas prohibidas. *Están prohibidas las prácticas destinadas a alterar la constitución genética de la descendencia, excepto las que tiendan a prevenir enfermedades genéticas o la predisposición a ellas.*

Artículo 58.— Investigaciones en salud humana. *La investigación médica en salud humana relativa a intervenciones (tratamientos, métodos de prevención, pruebas diagnósticas o predictivas) cuya eficacia o seguridad*

mientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud”. Un análisis de esta norma puede verse en FERNANDEZ, Silvia, Los derechos de niños y adolescentes en el ámbito de la salud y del cuidado del propio cuerpo. Una aproximación a la cuestión frente a la ley 26.529 de Derechos del Paciente, JA 2010-III-928.

(92) Los fundamentos del proyecto explican la razón del cambio terminológico: “El lenguaje tiene un fuerte valor pedagógico y simbólico; por esta razón, se considera necesario reemplazar la expresión “patria potestad” por la de “responsabilidad parental”, denominación que da cuenta de los cambios que se han producido en la relación entre padres e hijos. La palabra “potestad”, de origen latino, se conecta con el poder que evoca a la “potestas” del derecho romano centrado en la idea de dependencia absoluta del niño en una estructura familiar jerárquica. Por el contrario, el vocablo “responsabilidad” implica el ejercicio de una función en cabeza de ambos progenitores que se manifiesta en un conjunto de facultades y deberes destinados, primordialmente, a satisfacer el interés superior del niño o adolescente. Esta modificación terminológica ha operado en varios países del globo: algunos ordenamientos han cambiado la denominación de “patria potestad” por la de “autoridad parental”; otros por “responsabilidad parental” como acontece, por ejemplo, en el Reglamento del Consejo Europeo n° 2201/03 del 27/03/2003 —también denominado “Nuevo Bruselas II”— se refiere a la “Competencia, el Reconocimiento y la Ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental”; la ley 26.061 y varias legislaciones locales receptan de manera genérica la expresión “responsabilidad familiar” al regular los derechos y deberes de los padres, todo lo cual justifica su incorporación al Código Civil.

no están comprobadas, solo puede ser realizada si se cumple los siguientes requisitos:

a) ser precedida de una cuidadosa comparación de los riesgos y las cargas para las personas que participan en la investigación en relación con los beneficios previsibles para ellos y para otras personas afectadas por la enfermedad que se investiga;

b) contar con el consentimiento previo, libre, escrito, informado y específico de la persona que se sujeta a la investigación; el consentimiento es libremente revocable;

c) no implicar para el participante riesgos y molestias desproporcionados en relación con los beneficios que se espera obtener de la investigación;

d) asegurar al participante la atención médica pertinente, durante y finalizada la investigación;

e) ser parte de protocolos de investigación para determinar su eficacia y seguridad;

f) contar con la aprobación previa por parte de un comité de evaluación de ética en la investigación;

g) contar con la autorización previa del organismo público correspondiente.

Artículo 59.— Consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud. *El consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud es la declaración de voluntad expresada por el paciente, emitida luego de recibir información clara, precisa y adecuada, respecto a:*

a) su estado de salud;

b) el procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos;

c) los beneficios esperados del procedimiento;

d) los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles;

e) la especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto;

f) las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados.

g) en caso de padecer una enfermedad irreversible, incurable, o cuando se encuentre en estado terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, el derecho a rechazar procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital, cuando sean extraordinarios o desproporcionados en relación a las perspectivas de mejoría, o produzcan sufrimiento desmesurado, o tengan por único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible e incurable;

h) el derecho a recibir cuidados paliativos integrales en el proceso de atención de su enfermedad o padecimiento.

Nadie puede ser sometido a exámenes o tratamientos clínicos o quirúrgicos sin su consentimiento, excepto disposición legal en contrario.

Si el paciente no está en condiciones físicas o psíquicas para expresar su voluntad al tiempo de la atención médica ni la ha expresado anticipadamente, el consentimiento puede ser otorgado por el representante legal, el cónyuge, el conviviente, el pariente o el allegado que acompañe al paciente. En ausencia de todos ellos, el médico puede prescindir del consentimiento si su actuación es urgente y tiene por objeto evitar un mal grave al paciente.

Artículo 60.— Directivas médicas anticipadas. La persona plenamente capaz puede anticipar directivas y conferir mandato respecto de su salud y en previsión de su propia incapacidad. Puede también designar a la persona o personas que han de expresar el consentimiento para los actos médicos y para ejercer su curatela. Las directivas que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas se tienen por no escritas.

Esta declaración de voluntad puede ser libremente revocada en todo momento por quien la manifestó.

Artículo 61.— Exequias. La persona plenamente capaz puede disponer, por cualquier forma, el modo y circunstancias de sus exequias e inhumación, así como la dación de todo o parte del cadáver con fines terapéuticos, científicos, pedagógicos o de índole similar. Si la voluntad del fallecido no

ha sido expresada, o ésta no es presumida, la decisión corresponde al cónyuge, al conviviente y en su defecto a los parientes según el orden sucesorio, quienes no pueden dar al cadáver un destino diferente al que habría dado el difunto de haber podido expresar su voluntad.

9.2. Preliminares. Investigación y experimentación

La experimentación en seres humanos, como práctica científica tendiente a comprobar hipótesis probables, es relativamente nueva si se la compara con la larga historia de la medicina. Los autores señalan como hito importante la publicación del libro del científico francés Claude Bernard *Introducción al estudio de la medicina experimental*, en 1865, fecha en la cual la experimentación habría adquirido carta de ciudadanía, al establecerse los principios de una verdadera metodología científica en el campo médico (93). Otro paso significativo se dio en 1935, año en el que las investigaciones habrían comenzaron a realizarse en los hospitales, con algunos pacientes (94).

Frecuentemente, la experimentación en seres humanos se asocia a métodos aberrantes, utilizados sobre personas incluidas compulsivamente, como fueron las investigaciones realizadas durante la Alemania nazi, o en los EEUU, en Alabama por cerca de 40 años (95).

(93) PELAYO GONZALEZ-TORRE, Angel, *Bioética y experimentación con seres humanos*, Granada, Comares, 2002, p. 2.

(94) LUNA, Florencia, *Experimentación con seres humanos*, en CASADO, María (Compiladora) *Nuevos materiales de bioética y derecho*, México, Fontamara, 2007, p. 177.

(95) Este caso dio lugar al conocido informe Belmont. Recién en 1972, el público estadounidense tuvo conocimiento de que en Alabama, desde hacía cuarenta años, en lugar de dar tratamiento adecuado a la sífilis latente en más de 400 hombres, todos ellos afroamericanos pobres, los médicos que investigaban la enfermedad omitieron todo tratamiento, incluso después del descubrimiento de los antibióticos, a los efectos de tener datos sobre la evolución del mal cuando no se lo trataba. En 1974 se creó una comisión nacional para la protección de sujetos humanos en la investigación biomédica y conductual que elevó un informe. Para estas y otras atrocidades, ver VEGA GUTIERREZ, J., y otros, *Experimentación humana en Europa*, Valladolid, Universidad de Valladolid, 1997; LOPEZ D., Luis M., y otros, *El caso "Guatemala"*, JA 2011-I-1189.

Sin embargo, no toda investigación científica en sujetos humanos es sinónimo de humillación (96).

La investigación es una actividad que se proyecta sobre lo desconocido, explicando paso a paso, con orden y método, lo que previamente aparecía como misterio. Justamente, por actuar sobre lo desconocido, ha tenido que abrirse paso históricamente sobre prejuicios de todo tipo; es que “en cualquier ámbito de la vida, todo paso hacia la novedad supone un riesgo, riesgo que viene teñido de la luz de la posibilidad y de la sombra del temor” (97). En efecto, la historia de la humanidad y la personal se inscriben entre progreso y regresión. En el ámbito de las ciencias biomédicas esta situación se produce de modo clarísimo: es necesario el progreso, la mejora de las condiciones de vida, pero, a la vez, sus implicaciones son cada vez más arriesgadas, tanto para el individuo como para la colectividad” (98). Además, dominar su realización y utilizar sus frutos es tentador para el poder político y económico.

En definitiva, los peligros fundamentales que se oponen a la libertad de la ciencia son dos: (a) los prejuicios y (b) la dependencia del poder, político o económico. “Para que la investigación pueda proyectar la plenitud de los efectos beneficiosos de sus logros y de sus posibilidades hay que conjurar ambos riesgos” (99).

Encontrar puntos de equilibrio es muy difícil; por eso, el tema de la investigación médica con seres humanos y una de sus formas, la experi-

(96) HOOFT, Pedro, *Bioética y derechos humanos. Temas y casos*, 2ª ed., Bs. As., Lexis Nexis, 2004, p. 53. Compulsar LOI, Michele, *Giustizia e genética*, Milano, ed. Bruno Mondadori, 2011, p. 12. El autor desarrolla el tema bajo el sugestivo título “De la apocalipsis a la filosofía política”.

(97) Así, por ej., se teme contraer enfermedades causadas por gérmenes invisibles.

(98) MARCOS DEL CANO, Ana María, *La investigación clínica: potencialidades y riesgos*, en JUNQUERA DE ESTEFANI, Rafael (director), *Bioética y bioderecho. Reflexiones jurídicas ante los retos bioéticos*, Granada, Comares, 2008, p. 39.

(99) RUIZ LAPEÑA, Rosa, *Voz Libertad de investigación*, en ROMEO CASABONA, Carlos M. (Director), *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, Granada, Universidad de Deusto, 2011, t. II, p. 1047.

mentación, ha sido y es motivo de largo debate (100), en algunos casos, incluso, con respuestas legislativas, tal como sucede, por ej., con la ley española 14/2007, de 3 de julio, sobre Investigación Biomédica (101).

En la deliberación bioética, hay que analizar las razones a favor y en contra, no solo de realizar tal investigación, sino también de no hacerla. Es más fácil la deliberación sobre la acción que sobre la omisión; por eso, cabe hablar hoy de la ética de la no investigación. ¿Qué habría ocurrido si Pasteur no se hubiese arriesgado a ensayar las vacunas? La investigación es el motor de los éxitos más espectaculares de la medicina moderna; “las

(100) La bibliografía no es escasa; ver LOLAS, F. (editor) Dimensiones éticas de las regulaciones en salud, Santiago, Ed. Universidad de Chile, 2009; SANCHEZ-CARO, Javier y ABELLAN, F., (coord.), Investigación biomédica en España. Aspectos bioéticos, jurídicos y científicos, Granada, Comares, 2007; con la misma coordinación, Ensayos clínicos en España, Granada, Comares, 2007, 2006; PELAYO GONZALEZ-TORRE, Angel, Bioética y experimentación con seres humanos, Granada, Comares, 2002; CHIEFFI, Lorenzo, Ricerca scientifica e tutela della persona. Bioetica e garanzie costituzionali, Napoli, Ed. Scientifiche italiane, 1993; SICA, Salvatore, Sperimentazione umana. Disciplina francese e esperienza italiana, Napoli, ed. Scientifiche italiane, 1990; PANUNZIO, S. e RECCHIA, G. (a cura di), Malattie rare: la ricerca tra etica e diritto, Milano, Giuffrè, 2007; MARCOS DEL CANO, Ana María, La investigación clínica: potencialidades y riesgos, en Junquera de Estéfani, Rafael (director), Bioética y bioderecho. Reflexiones jurídicas ante los retos bioéticos, Granada, Comares, 2008, p. 39; Bompiani, Adriano y otros, Bioetica e Diritti dell'uomo nella prospettiva del diritto internazionale e comunitario, Torino, Giappichelli, 2001, p. 87; BINET, Jean René, Droit et progrès scientifique, Paris, Puf, 2002; LAMBERTERIE, I. et VERGÈS, E., (sous la direction de) Quel droit pour la recherche?, Paris, ed. Litec, 2006; Hervé, C. et autres (sous la direction de) Ethique de la recherche et santé publique : où en est-on ?, Paris, Dalloz, 2004; bajo la misma coordinación, Systèmes de santé et circulation de l'information. Encadrement éthique et juridique, Paris, Dalloz, 2007; TOURNAY, V., (sous la direction de) La gouvernance des innovations médicales, Paris, ed. Puf, 2007

(101) En la Argentina, esta cuestión ha sido objeto de tratamiento en diversas leyes provinciales; así, en 1990, la provincia de Bs. As. sancionó la ley 11.044 sobre “Protección de las personas comprendidas en las investigaciones científicas”; en 1994, Tucumán, la ley 6580 sobre “Regulación de la investigación en salud sobre seres humanos”; en 1996, Río Negro, la ley 3028 sobre “Regulación y control de la actividad de investigación biomédica en los seres humanos”; en 2009, la ciudad de Buenos Aires, la ley 3301, sobre “Protección de derechos de sujetos en investigaciones en salud”; en 2009, Córdoba, la ley 9694 sobre “Sistema de evaluación, registro y fiscalización de las investigaciones en salud”, etc.

ciencias son deudoras de la experiencia; sin la posibilidad de corroborar sus aciertos, rectificar sus apreciaciones o refutar la existencia de nexos causales hipotéticos a través de las labores de campo, ni la biología, ni la medicina pasarían de ser un dominio de la mera intuición, los prejuicios y el azar” (102); de allí que, en algún momento, esa investigación exige del ser humano, obviamente, con todos los cuidados y controles; piénsese, por ej., en los nuevos medicamentos, que han sido probados previamente en células *in vitro*, en animales, pero que agotadas esas etapas también deben ser probados en seres humanos. Saltear estas etapas, vender esos medicamentos sin previa experimentación absolutamente controlada, puede llevar a resultados catastróficos, como aconteció con la talidomina (103).

Como se dijo, la investigación es, por definición, una invasión de lo desconocido; por lo tanto, los costos y los beneficios del experimento proyectado no pueden ser conocidos con precisión anticipadamente; por eso, al cerrar el balance no cabe olvidar incluir en la columna del “debe” las consecuencias de infringir la libertad de investigación (104).

Los extremos (se prohíbe todo y se autoriza todo) son rechazados, cualquiera sea la posición que se sostenga. O sea:

Hay acuerdo en que no se puede prohibir toda investigación, pues esto supondría impedir el avance científico y violar el derecho humano a tener acceso a ese nuevo conocimiento. Recuérdese que la libertad de la investigación constituye un valor consolidado no sólo para el científico, sino para toda la cultura; además, tener acceso a los avances científicos alcanzados también es un derecho humano; en efecto, el art. 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos dice: “Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye... el de investigar y recibir información y opiniones...” El art. 27.1 de la misma

(102) NIÑO, Luis F, Experimentación biomédica sobre seres humanos: una propuesta legislativa, en BERGEL, S. y MINYERSKY, N. (coordinadores) Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2003, p. 271.

(103) PELAYO GONZALEZ-TORRE, Angel, Bioética y experimentación con seres humanos, Granada, Comares, 2002, p. 16.

(104) RAMON LACADENA, Juan, Bioética y biociencia, en GROS ESPIELL, Héctor y GOMEZ SANCHEZ, Yolanda (coord.), La declaración Universal sobre bioética y derechos Humanos de la Unesco, Granada, Comares, 2006, p. 82 y ss.

Declaración dice: “Toda persona tiene derecho... a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten...” De allí que los autores señalen que la libertad de investigación tiene rango constitucional (105).

También hay coincidencia en que no toda investigación sobre seres humanos debe ser admitida. La historia del siglo XX es la prueba más acabada de las atrocidades que la autoridad política puede hacer en el nombre de la ciencia. La preocupación de los gobiernos contemporáneos por evitar su repetición es manifiesta; así, en EEUU, durante la presidencia de Bill Clinton, se creó el Comité Consultivo sobre experimentos de Radiación en Humanos para analizar los experimentos con radiaciones realizados por varias agencias del gobierno federal de USA entre 1944 y 1974 para, a partir de allí, evaluar la ética de estos experimentos y hacer nuevas recomendaciones sobre cómo evitar abusos en el futuro.

Para encontrar el equilibrio, es necesario enmarcar la investigación dentro de las pautas y valores esenciales de los tratados de derechos humanos (106), coincidentes, en la mayoría de los casos, con los derechos fundamentales establecidos en las diversas Constituciones.

Por eso, se refieren a este tema, entre otros: el llamado Código de Núremberg, declaración de diez puntos que esbozan la experimentación médica permisible en seres humanos, aprobada por la Asamblea General de la ONU, por voto unánime, el 11/12/1946; la Declaración de Helsinki, de 1964 y su reformas surgidas de la revisión en Tokio en 1975 y en Edimburgo en 2000, etc. (107).

(105) CHIEFFI, Lorenzo, *Ricerca scientifica e tutela della persona. Bioetica e garanzie costituzionali*, Napoli, ed. Scientifiche italiane, 1993, ps. 25 y ss.; GOMEZ SANCHEZ, Yolanda, *La libertad de creación y producción científica en la ley de investigación biomédica*, en SANCHEZ-CARO, Javier (coord.), *Investigación biomédica en España. Aspectos bioéticos, jurídicos y científicos*, Granada, Comares, 2007, p. 1; AROSTEGUY, J., y otros, ¿Hay un derecho a la investigación?, JA 2008-I-1193.

(106) MARTINEZ MORAN, Narciso, *Los derechos humanos como límite a la libertad en las investigaciones biomédicas*, en JUNQUERA DE ESTEFANI, Rafael (director), *Bioética y bioderecho. Reflexiones jurídicas ante los retos bioéticos*, Granada, Comares, 2008, p. 61. En la misma obra (p. 95 y ss), ver MARTINEZ MORAN, Narciso, *La protección jurídica del derecho a la intimidad en el ámbito de las investigaciones biomédicas*.

(107) Así, por ej., la ley 3301 de la ciudad de Bs. As., publicada en el Boletín oficial del 09/02/2010, dispone expresamente: “1. A los efectos de la presente Ley se

El artículo 58 del anteproyecto, a través de una serie de requisitos, pretende alcanzar el equilibrio y la aplicación de esos valores fundamentales. Obviamente, una regulación detallada trasciende el ámbito de un código civil. A las leyes especiales, incluso del orden provincial, se suman otras disposiciones, como por ej., la Guía para Investigaciones con Seres Humanos aprobada por Resolución 1480/2011 del Ministerio de Salud de la República Argentina el 13/9/2011, cuyos lineamientos han sido tenidos en cuenta en la redacción del artículo que se comenta (108).

Adviértase que se refiere a aquellos procedimientos “cuya eficacia o seguridad no estén comprobadas”; significa, pues, que esta norma regula la “experimentación” que se define, precisamente, como “las investigaciones referidas a la aplicación de medios o procedimientos aún no comprobados, o aún no suficientemente verificados, con la finalidad de poder así determinar si enfoques hasta entonces existentes en salud requieren ser revisados” (109).

adoptan como principios generales en investigaciones los siguientes instrumentos, a saber: a) Los Principios Éticos para las Investigaciones Médicas en Seres Humanos - Declaración de Helsinki de la Asociación Médica Mundial, 2008; b) Pautas Éticas Internacionales para la Investigación Biomédica en Seres Humanos establecidas por el Consejo de Organizaciones Internacionales de las Ciencias Médicas (CIOMS 2002); c) Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos aprobada por la Conferencia General de la UNESCO el 19 de octubre de 2005; d) Documento de las Américas sobre Buenas Prácticas Clínicas. (OPS, República Dominicana, 4/03/05); e) Guías operacionales para comités de ética que evalúan investigación biomédica (OMS 2000); f) Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos aprobada por la Conferencia General de la UNESCO (11 de noviembre de 1997); g) Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos aprobada por la Conferencia General de la UNESCO el 16 de Octubre de 2003. Para un análisis de estos textos internacionales, ver MARSICO, Gaia, *La sperimentazione clinica: profili bioetici*, en LENTI, L. ed altri, *I diritti in medicina*, en RODOTÀ, S., *Trattato di Biodiritto*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 625; en la misma obra, PALERMO FABRIS, Elisabetta, *La sperimentazione clinica: profili giuridici* (p. 643).

(108) Las provincias y la ciudad de Buenos Aires también tienen normas relativas a la protección de las personas implicadas en investigaciones. Así, por ej., Ley 3301 de la ciudad autónoma de Bs. As. relativa a la Protección de Derechos de Sujetos en Investigaciones en Salud, publicada en el Boletín oficial el 9/2/2010.

(109) Ver HOOFT, Pedro, *Bioética y derechos humanos. Temas y casos*, 2ª ed., Bs. As., Lexis Nexis, 2004, p. 54.

Además, el art. 57 adelantó un marco a la experimentación al prohibir las prácticas destinadas a alterar la constitución genética de la descendencia, excepto las que tiendan a prevenir enfermedades genéticas o la predisposición a ellas (110).

En definitiva, se fijan requisitos para la investigación médica experimental con seres humanos y se reitera un principio básico en materia de bioética: el consentimiento es libremente revocable.

Se aclara que la evaluación ética debe ser hecha por comités en ética de la investigación (111), lo que significa que no es necesario ni suficiente, por ej., el dictamen de un comité de bioética de un hospital.

(110) Estas terapias exigen información específica; así, por ej., la guía aprobada por el Ministerio de Salud, aprobada por Resolución 1480/2011, del 13/9/2011 dice: “Además de los requisitos usuales para el consentimiento de los potenciales participantes en investigación, la información debe expresar claramente: (a) los riesgos previsibles de la terapia experimental propuesta. Por ejemplo, en el caso de las terapias con células madre, la proliferación celular y/o el desarrollo de tumores, la exposición a materiales de origen animal y la posibilidad de transmisión de vectores virales; y en el de las génicas, los posibles efectos sobre las células gaméticas y la descendencia; ...(c) en el caso de las terapias celulares, la irreversibilidad del trasplante celular debe explicarse con claridad. Las células, a diferencia de muchos productos farmacológicos o de dispositivos médicos implantables, no pueden extirparse del cuerpo y podrían seguir generando sus efectos adversos durante toda la vida del paciente; ...Reconociendo el valor potencial de las nuevas terapias celulares y génicas para pacientes con deterioro cognitivo y la importancia de que estos no resulten excluidos de tales avances, los investigadores deben desarrollar un procedimiento para que los representantes autorizados de los pacientes puedan tomar una decisión en nombre de ellos. Los representantes deberán estar debidamente calificados y con conocimiento suficiente para evaluar el ensayo y proporcionar una protección adecuada”.

(111) Ver DE LECUONA, Itziar, *Los Comités de Etica como mecanismos de protección en investigación biomédica: Análisis del Régimen Jurídico Español*, Civitas, Navarra, 2011; IMMACOLATO, M. e MORI, Maurizio, *Comitati etici per la sperimentazione: storia, funzioni, problema*, en LENTI, L. ed altri, *I diritti in medicina*, en RODOTÀ, S., *Trattato di Biodiritto*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 705; SICA, Salvatore, *Sperimentazione umana. Disciplina francese e esperienza italiana*, Napoli, ed. Scientifiche italiane, 1990, p. 87.

9.3. El consentimiento informado

Mucho se ha escrito sobre el consentimiento informado, concepto que fue introducido en la jurisprudencia en el año 1957, en la sentencia dictada en *Salgo v. Leland Stanford Jr. University Board of Trustee*, por un tribunal de apelaciones del estado de California, EEUU. En aquel caso, el paciente sufrió una parálisis como resultado de una operación a la que había consentido, pero el médico no le había advertido del riesgo de parálisis asociado a este procedimiento. El tribunal dijo: “un médico viola la obligación hacia su paciente y está sujeto a responsabilidad si omite cualquier información necesaria para formar la base del consentimiento *informado* (112) del paciente al tratamiento propuesto”. Podría afirmarse que, con esta sentencia, judicialmente, la relación médico paciente pasó del modelo paternalista al de la *self determination* (113).

El artículo 59 del anteproyecto sigue de cerca el art. 5º de la ley 26.529 (114). Agrega un dato importante: quiénes pueden prestar ese consentimiento si el paciente no está en condiciones para expresar su voluntad y antes no la ha expresado anticipadamente. En consonancia con el reconocimiento de distintas formas de familia, incorpora al conviviente en la lista de las personas que pueden suplir esa voluntad.

9.4. Las directivas anticipadas

a) Preliminares. Según datos estimados, en nuestros días, aproximadamente el 80% de las muertes se producen en los hospitales, y de ellas, al menos el 70% suceden después de un período más o menos largo de incapacidad mental para decidir por uno mismo (115), durante el cual, generalmente, se toman decisiones que afectan tanto la cantidad como la

(112) La expresión usada en inglés en la sentencia es *intelligent consent*.

(113) CERCHIA, Rossella E., *Le advance directives nei paesi di Common Law. Prospettive per il nostro ordinamento*, en *Riv. di Diritto Civile*, anno LI nº 6, 2005, p. 733.

(114) Compulsar MAYO, Jorge, *La autonomía de la voluntad en el ámbito de la medicina*, *Rev. Derecho de Familia y de las personas*, Bs. As., *La Ley*, año IV, nº 2, marzo de 2012, p. 171.

(115) SIURANA, Juan Carlos, *Voluntades anticipadas. Una alternativa a la muerte solitaria*, Madrid, Trotta, 2005, p. 9.

calidad de vida del paciente. La expresión “siglo de la biotecnología”, usada por Jeremy Rifkin para referirse al siglo XXI (116), alerta sobre cómo las decisiones tomadas en ese período pueden ser tomadas respetando o no la autonomía del paciente.

Al parecer, el ser humano necesita protección contra el abuso tecnológico; la figura jurídica de las *voluntades anticipadas* es, de algún modo, una reacción contra “la apuesta de llevar cada vez más lejos los confines entre la vida y la muerte” (117); una “aceptación serena de las limitaciones del organismo, de la ciencia y de la técnica, en contra de actitudes prometeicas y fáusticas, o de respeto sacramental no razonable a la vida” (118).

La cuestión se relaciona, pues, con el denominado *ensañamiento terapéutico*, expresión que hace referencia a acciones médicas, aplicadas en el sistema hospitalario, que siguen el criterio según la cual un objetivo médico es “hacer durar al enfermo terminal lo más posible” (119). Las voluntades anticipadas son un instrumento para conocer cuáles son las preferencias de un paciente en torno a los tratamientos a aplicar.

El documento sobre voluntades anticipadas emanado del prestigioso Observatorio de Bioética y Derecho de la Universidad de Barcelona dirigido por la profesora María Casado ya mencionado afirma: “el derecho

(116) Ver su libro *El siglo de la Biotecnología. El comercio genético y el nacimiento de un mundo feliz*, Barcelona, Editorial Crítica-Marcombo, 1999.

(117) CALÒ, Emanuele, *Bioética. Nuevos derechos y autonomía de la voluntad*, traducción de L. Di Vita, Bs. As., La Rocca, 2000, p. 206.

(118) ROYES, Albert, *El consentimiento informado y los documentos de voluntades anticipadas*, en CASADO, María (Compiladora) *Nuevos materiales de bioética y derecho*, México, Fontamara, 2007, p. 159; SIURANA, Juan Carlos, *Voluntades anticipadas. Una alternativa a la muerte solitaria*, Madrid, Trotta, 2005; ELIZARI BASTERRA, Francisco Javier, *Bioética*, 2ª ed., Madrid, Ed. San Pablo, 1991, p. 188; RIOLO, Antonio (a cura di) *Il testamento biológico*, Roma, Ediesse, 2009; CROVI, Luis D., *La persona y los actos de disposición para la propia discapacidad*, en Graziabile (coordinador) *Protección jurídica de la persona*, Bs. As., La Ley, 2010, p. 103.

(119) SERRANO RUIZ-CALDERON, *Eutanasia y vida dependiente*, 2ª ed., Madrid, Internacionales Universitarias, 2001, p. 117.

del paciente y el principio de autonomía de la persona constituyen un elemento central en la relación paciente profesional de la salud. Las manifestaciones más claras de esta posición tienen que ver con la información y el consentimiento, aunque no soy las únicas. La libertad de la persona y la autonomía individual adquieren una especial relevancia en las relaciones asistenciales. En este ámbito, uno de los aspectos más remarcables es la posibilidad de que la persona pueda establecer previsiones por si en el futuro se convierte en paciente y no se encuentra en condiciones de decidir sobre la acción terapéutica a recibir. La posibilidad de otorgar un documento de voluntades anticipadas, junto con la exigencia del consentimiento informado, modificarán profundamente la tradición en las relaciones sanitarias dentro de nuestra cultura. Es preciso valorar positivamente esta voluntad de cambio, si bien hay que tener en cuenta que una innovación en hábitos tan arraigados no es de esperar que tenga lugar rápidamente, y requerirá del empeño educativo de los responsables de las instituciones sanitarias” (120).

Me referí a este tema en un artículo publicado en el año 2006 (121). Por entonces, algunos autores argentinos ya se habían ocupado de la cuestión; las XXII Jornadas Nacionales de Derecho civil reunidas en Córdoba en setiembre de 2009 lo incorporaron en el temario, lo que incentivó su estudio. Sintetizaré algunos contenidos, sólo para explicar la norma introducida.

b) **Concepto.** Con criterio amplio se ha dicho que la expresión *directriz anticipada* es un término genérico que designa “el acto por el que una persona, disfrutando del uso normal de sus facultades, manifiesta con adelanto sus deseos sobre decisiones relativas a la salud o a la vida para

(120) El documento fue coordinado por A. Royes y está disponible, según consulta realizada el 4/8/2012 en http://www.pcb.ub.edu/bioeticaidret/archivos/documentos/Voluntades_Anticipadas.pdf.

(121) “Las voluntades anticipadas. Una apertura a favor del reconocimiento de la autonomía de la voluntad para expresar decisiones bioéticas”, en *Bioética y Derechos Humanos* (Coord. Salvador Bergel), Revista Jurídica de Buenos Aires, 2006, p. 246. El artículo también se reprodujo en la obra *El nuevo derecho de familia*, Bogotá, Universidad Javeriana, 2010, p. 237 y en *Estudios de Derecho privado. Libro homenaje al profesor Gonzalo Figueroa Yáñez*, Santiago, Jurídica de Chile, 2008, p. 395.

cuando pierda la consciencia o se encuentre incapacitada para manifestar su voluntad” (122).

Las numerosas definiciones dadas por la doctrina y la legislación hacen mención a dos elementos básicos:

- El documento se realiza cuando la persona está en el uso normal o pleno de sus facultades, en previsión del momento en que no lo estará.
- La declaración de voluntad consiste en instrucciones dadas a terceros, y están referidas a intervenciones médicas sobre la persona misma del declarante (su salud, su propio cuerpo).

Para algunos autores, la eficacia de estos documentos se enmarca en la obligación de fidelidad del médico hacia su paciente; el respeto a la autonomía no sólo exige respetar sus opiniones cuando se está en condiciones de manifestarlas, sino también cuando ya no dispone de la capacidad si en el momento en que fueron adoptadas se realizaron libremente (123). Dentro de esta línea, algunos textos vinculan la figura legal con el derecho del paciente a ser tratado como *un consumidor del servicio de salud*, con todas las implicancias constitucionales que tal carácter significa. La visión no difiere de la anterior pues el círculo siempre se cierra sobre la noción de consentimiento informado (124).

c) **Voluntades anticipadas y eutanasia.** Los estudiosos del tema normalmente introducen la cuestión relativa a la eutanasia. No discuto la conexión entre las figuras, pero no se confunden, pues la eutanasia no se limita a la mera aceptación de las directivas anticipadas y las directivas

(122) Conf. HOOFT, Pedro F. y HOOFT, Irene, Directivas anticipadas o testamentos de salud: hacia una mayor protección de la dignidad humana y la autonomía personal, en Rev. D. Privado y comunitario, Rubinzal Culzoni, 2010-3-225.

(123) GARCIA AZNAR, Sobre el respeto a la autonomía de los pacientes, en CASADO, María (compiladora) Estudios de bioética y derecho, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, p. 210.

(124) REQUERO IBAÑEZ, José L., El testamento vital y las voluntades anticipadas: aproximación al ordenamiento español, Rev. Jurídica española La Ley 2002-4-1899.

anticipadas ocupan un campo mucho mayor que el de la situación del enfermo en estado terminal (125).

Dos casos provenientes del derecho inglés permiten ver la diferencia: un tribunal hizo lugar al reclamo de la Sra. Miss B, mantenida viva por un ventilador mecánico, haciendo lugar a la petición de la propia paciente que así lo había manifestado con anterioridad pidiendo que se le sacara el ventilador mecánico. Por el contrario, Dianne Pretty, cuyo caso llegó a la Corte Europea de los Derechos Humanos, no pudo ser desconectada porque el pedido era que se permitiera al esposo ayudarla a morir sin que fuese sometido a proceso penal; recuérdese que su muerte segura sería por sofocamiento, desde que estaba afectada de esclerosis amiotrófica lateral, una enfermedad que comporta una parálisis progresiva que termina con la parálisis de los centros respiratorios. La solución de la Corte Europea era previsible porque, para mayor claridad, de ese acto no se hacía cargo un médico sino el esposo (126).

A pesar de esta clara diferencia, muchas de las definiciones del derecho comparado, incorporan expresiones según las cuales la voluntad anticipada no puede incluir la demanda de eutanasia (127). Este es el criterio

(125) GRIFFI, Andra Patroni, *Direttive anticipate: brevi note*, en PRODROMO, R. (a cura di) *Progressi biomedici tra pluralismo etico e regole giuridiche*, Torino, Giappichelli, 2004, p. 230; TAIANA DE BRANDI, Nelly y LLORENS, Luis R., *Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad*, Bs. As., Astrea, p. 8. La bibliografía bioética sobre la eutanasia es incommensurable; me limito a recordar a DWORKIN, Ronald, *El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*, trad. de R. Caracciolo y otro, Barcelona, Ariel, 1994; entre los más recientes, en el derecho italiano, ver Amato, Salvatore, *Eutanasie. Il diritto di fronte alla fine della vita*, Torino, Ed. Giappichelli, 2011.

(126) BORSELLINO, Patricia, *Decisione di fine vita tra morale e diritto*, en PRODROMO, R. (a cura di) *Progressi biomedici tra pluralismo etico e regole giuridiche*, Torino, Giappichelli, 2004, p. 185. Para los casos en el derecho norteamericano ver, entre otros, JASANOFF, Sheila, *La scienza davanti ai giudici*, trad. de Marta Graziadei, Milano, Giuffrè, 2001, p. 319 y ss.

(127) TINANT, Eduardo, *Dignidad y autonomía de la persona al final de la vida*, en *Rev. de Familia*, Bs. As. Lexis Nexis, 2005-III-104 nota 17.

seguido en la Argentina por el art. 11 de la ley 26.529 (128), que el art. 60 del anteproyecto mantiene (129).

De cualquier modo, no resisto la tentación de reproducir las palabras recibidas desde la literatura histórica argentina. Cristina Bajo (130), recuerda que la voz “*despenar*” es un argentinismo que significa matar, acabar con la vida de una persona o animal que está sufriendo, dando fin a sus padecimientos. “La *despenadora* era llamada cuando había un agonizante que alargaba dolorosamente su vida. Se acudía a ella cuando el enfermo no podía “cortar” la agonía y estaba sufriendo mucho. Los métodos de las despenadoras eran a veces suaves, a veces cruentos. Iban desde el uso del cuchillo en la garganta, una muerte rápida y, se dice, casi indolora, al uso de una soga para ahorcar, o de hierbas que hacen caer en un sueño del que no se despierta. Algunas *despenadoras* de origen africano solían emplear un tambor pequeño. Este se usaba para devolver el ritmo a un corazón que desfallecía, tanto como para hacer que se detuviera. En el primer caso, comenzaba su tam-tam muy lentamente e iba incrementando el compás hasta que el pulso se volvía normal. Si lo que

(128) Art. 11 ley 26.529. Directivas anticipadas. Toda persona capaz mayor de edad puede disponer directivas anticipadas sobre su salud, pudiendo consentir o rechazar determinados tratamientos médicos, preventivos o paliativos, y decisiones relativas a su salud. Las directivas deberán ser aceptadas por el médico a cargo, salvo las que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas, las que se tendrán como inexistentes.

La validez constitucional de estas directivas ha sido ratificada por la Corte Federal, el 1/6/2012, en el caso Albarracini Nieves, J.W. s/Medidas precautorias. El tribunal funda la decisión en el art. 19 de la CN y dice expresamente: Esa norma, “ha ordenado la convivencia humana sobre la base de atribuir al individuo una esfera de señorío sujeta a su voluntad; y esta facultad de obrar válidamente libre de impedimentos conlleva la de reaccionar y oponerse a todo propósito, posibilidad o tentativa por enervar los límites de esa prerrogativa. En el caso, se trata del señorío a su propio cuerpo y, en consecuencia, de un bien reconocido como de su pertenencia”. “Vida y libertad forman la infraestructura sobre la que se fundamenta la prerrogativa constitucional que consagra el art. 19 de la CN”.

(129) El paper originario, preparado por la subcomisión, correctamente, no contenía esa referencia. Fue agregada con posterioridad, con motivo de una reunión celebrada con autoridades eclesíásticas en las que se solicitó se mantuviese el texto vigente.

(130) La trama del pasado, Bs. As., Sudamericana, 2006, ps. 364/366.

quería era detener el corazón, se invertía el ritmo. Se comenzaba tomando la cadencia del pulso del enfermo, y se espaciaban los golpes, amortiguando el sonido, hasta que el corazón dejaba de latir. Otro método era el de canturrear alguna canción que sólo ellas sabían. La despenadora generalmente quedaba a solas con el enfermo y se tomaba su tiempo, probablemente para quedar en paz con el que iba a matar. No recibían dinero, aunque podían aceptar algo de ganado, ya fuera menor o mayor, o alguna donación de los parientes del despenado. Otras simplemente se negaban a recibir nada, pues el beneficio era el poder que obtenían sobre los que la habían llamado”.

d) **Tipos de voluntades anticipadas.** Algunos autores (131) distinguen dos tipos de instrumentos:

(i) Las directivas anticipadas propiamente dichas, por las que el interesado mismo da indicaciones sobre las decisiones a tomar ante una enfermedad que no le permite expresarse.

(ii) El llamado *mandato sanitario*, en italiano *procura sanitaria* (132), en inglés, *durable powers of attorney; designation of patient advocate for health care, appointment of health care agent, designation of health care surrogate*, que implica la designación de un representante, un *agent, attorney in fact, proxy, o surrogate*, o persona autorizada para decidir en momentos en que una enfermedad le impida hacerlo por sí mismo (133). Obviamente, ese representante puede aceptar o no el mandato conferi-

(131) CERCHIA, Rossella E., Le advance directives nei paesi di Common Law. Prospettive per il nostro ordinamento, en Riv. di Diritto Civile, anno LI n° 6, 2005, p. 751; PRODRONO, Raffaele, Le metamorfosi della salute nelle fasi iniziali e finali della vita, en PRODRONO, R. (a cura di) Progressi biomedici tra pluralismo etico e regole giuridiche, Torino, Giappichelli, 2004, p. 20; CENDON, Paolo, I malati terminali e i loro diritti, Milano, Giuffrè, 2003; TRIPODINA, Chiara, Il diritto nell'età della tecnica. Il caso dell'eutanasia, Napoli, Jovene, 2004, p. 318.

(132) Compulsar CENDON, Paolo, I malati terminali e i loro diritti, Milano, Giuffrè, 2003; TRIPODINA, Chiara, Il diritto nell'età della tecnica. Il caso dell'eutanasia, Napoli, Jovene, 2004, p. 327.

(133) Para este segundo tipo ver CALÒ, Emanuele, Il mandato in previsione dell'incapacità, en Il testamento di vita e il ritorno delle autonomie, Rozzano, Ipsosa, 2005, p. 73.

do (134). Se trata de una encomienda por la que el tercero se obliga: a hacer cumplir las instrucciones que recibe del hoy capaz para ser observadas en caso de enfermedad, senectud o accidente que impidan al agente la expresión de su voluntad o ejercer sus derechos; a prestar el consentimiento informado en su nombre y por su cuenta (135).

El art. 60 del anteproyecto acepta ambas modalidades.

e) **Finalidades ajenas a las voluntades anticipadas.** Por último, es conveniente insistir en que estas directivas no tienen por finalidad: (i) Liberar al médico de sus propios actos culposos; o sea, estas declaraciones no tienen por objetivo hacer ingresar válidamente por la ventana del ordenamiento jurídico las cláusulas prohibidas de exoneración de responsabilidad (136); (ii) servir de medio para suprimir tratamientos adecuados pero caros; (iii) otorgar un mandato o poder para la realización de negocios de contenido económico.

9.5. La voluntad para disponer sobre actos a realizar después de la muerte

El artículo 61 regula los derechos de la persona para disponer de su cuerpo después de su muerte (137); no innova sobre la situación existente.

10. La ciencia y la prueba de la muerte

10.1. El texto

Artículo 94.— Comprobación de la muerte. *La comprobación de la muerte queda sujeta a los estándares médicos aceptados, aplicándose la legislación especial en el caso de ablación de órganos del cadáver.*

(134) SAMBRIZZI, Eduardo, Derecho y eutanasia, Bs. As., La Ley, 2005, p. 150.

(135) ELIZARI BASTERRA, Francisco Javier, Bioética, 2ª ed., Madrid, Ed. San Pablo, 1991, p. 188.

(136) CALÒ, Emanuele, Il mandato in previsione dell'incapacità, en Il testamento di vita e il ritorno delle autonomie, Rozzano, Ipsoa, 2005, p. 736.

(137) HENNETTE VAUCHEZ, Stéphanie, Disposer de soi?, 2004, Paris, L'Harmattan, 2004, p. 193.

10.2. Fundamentación de la norma proyectada

La cuestión de la muerte del ser humano y su comprobación suscita siempre nuevos problemas para la ética y el derecho. Los criterios cambian con nuevas pautas proporcionadas por la ciencia (138). Los casos de muerte aparente se describen en obras antiguas y modernas; episodios de personas que se creyeron muertas y se reaniman se cuentan en textos de Diógenes Laerzio, Plinio, Plutarco, etc. Edgard Allan Poe relata magistralmente uno de esos casos en su cuento *"The premature burial"*. También los diarios relatan hechos de este tipo. Se habla del "fenómeno de Lázaro" (nombre en recuerdo del hecho descrito en los Evangelios) definido como el retorno retardado de la circulación espontánea después de la suspensión y reanimación cardiopulmonar; De allí que las normas antiguas preveían plazos largos previos a la posibilidad de que una persona sea enterrada (139).

Por otro lado, a partir de los años sesenta, en la mayoría de los países occidentales, se procedió a una redefinición de los criterios de constatación de la muerte (140).

Estos antecedentes justifican que el anteproyecto se refiera a los estándares médicos aceptados para la comprobación o prueba de la muerte en general, y para el caso de ablación de órganos, se remita a la ley específica; la remisión pretende concluir con decisiones absurdas, como la que resolvió que existía delito de lesiones y no de homicidio porque la muerte la

(138) LECALDANO, Eugenio, La questione della morte. Definizioni tra etica e filosofia, en CANESTRARI ed altri (a cura di) *Il governo del corpo*, Milano, Giuffrè, 2011 t. II, p. 2025. En la misma obra ver BECCHI, Paolo, Definizione e accertamento della morte: aspetti normativi (p. 2053); BARCARO, Rosangela, La morte dell'essere umano. Scienza o filosofia nell'accertamento del decesso?, en CHIEFFI, L. e GIUSTINIANI, P. (a cura di), *Percorsi tra bioetica e diritto. Alla ricerca de un bilanciamento*, Torino, Giappichelli, 2010, p. 111; CASONATO, Carlo, *Introduzione al biodiritto. La bioetica nel diritto costituzionale comparato*, Trento, Università degli studi di Trento, 2006, p. 19

(139) RODRIGUEZ, Daniele, Definizione e accertamento della morte: la prospettiva medico-legale, en CANESTRARI ed altri (a cura di) *Il governo del corpo*, Milano, Giuffrè, 2011 t. II, p. 2087.

(140) HENNETTE VAUCHEZ, Stéphanie, *Disposer de soi?*, 2004, Paris, L'Harmattan, 2004, p. 73

produjo la ablación y no el arma de fuego que impactó en la cabeza de la víctima ocasionándole graves lesiones cerebrales (141).

11. Breves palabras de cierre

El anteproyecto ha dado los primeros pasos para ubicar en el código civil algunos temas que presuponen relaciones entre Ciencia y Derecho.

De este modo, pretende un debate racional y razonable que, lamentablemente, no todos los sectores de la población están dispuestos a dar en temas que resultan conflictivos.

En la mayoría de los casos se ha mantenido en la tradición ideológica argentina. El apartamiento en otros obedece al convencimiento que el *statu quo* perjudica gravemente los intereses de las personas visiblemente más vulnerables de la sociedad.

Obviamente, el diálogo está abierto.◆

(141) Cám. 5ª Crim. Mendoza, 18/8/2010, Ahumada Nuñez, La Ley Gran Cuyo 2010-835, con nota de GORRA, Daniel G. Un fallo de ontología. ¿Cuándo muere una persona?

APORTES AL FORTALECIMIENTO DEL RÉGIMEN REPUBLICANO

POR JORGE REINALDO VANOSI (*)

I. La forma y la sustancia de la República

No obstante que los datos resultantes de las estadísticas numéricas y las mediciones cuantitativas ponen de relieve el auge de las “democracias constitucionales” fundadas en el “Estado de Derecho”, en el pluralismo y en el reconocimiento de la “eminente dignidad de la persona”, por su respeto de los “derechos humanos”; lo cierto y verdadero es que en muchas partes del orbe, tales como diversos países de Latinoamérica, África y Asia (y algunos “bolsones” de Europa) saltan a la vista distintos regímenes cuyos sistemas político-constitucionales, aunque no calcados de un mismo modelo, ofrecen en común el predominio de rasgos y de notas cuantitativas que pueden dar pie al sostenimiento de reales autocracias o autoritarismos.

En todos es casos —a veces distantes entre sí— se exhiben con alto nivel de erosión las “claves de bóveda” que son legado consagrado de la era constitucional a partir de las tres grandes Revoluciones que impulsaron una nueva organización gubernamental basada en la consagración de las libertades públicas y privadas (la inglesa, la americana y la francesa).

(*) Disertación pronunciada por el Académico, en la XIX Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires, celebrada los días 19 y 20 de abril de 2012.

Viene en ayuda de esta verificación, el acudimiento al prefijo “des” que, como es sabido, es una confluencia de prefijos latinos tales como “ex” y “dis”, entre otros; pero en cuya significación se denota “negación o inversión del simple”, o “privación”, o “exceso” o “demasia”, o “fuera de” (RAE). O sea, que en todos los casos se denuncia una *negación* de calidades o cualidades inherentes al concepto positivo.

En nuestro ámbito de análisis, trátase de sacudimientos y demás vicisitudes institucionales, que llevan como mínimo a la desnaturalización o desfiguración del régimen institucional original o normal. Se estaría ante algo más delicado que una mera crisis: es la “desconstitucionalización”; por lo que sería del caso acudir a otro vocablo indicativo del retroceso que esto significa: *desandar*, es decir, invertir el difícil camino emprendido a partir de la instauración democrática y de las sucesivas reinstalaciones del republicanismo plenario.

La historia y la contemporaneidad nos brindan un ramillete con abundancias de hipótesis que responden a prototipos que compartan los puntos atinentes al proceso de degeneración (sic) de la ingeniería constitucional diseñada en la etapa fundacional conforme a las reglas y patrones constitucionales más ortodoxos, aunque a veces ilusorios a tenor del subdesarrollo cultural de la sociedad en que se proyectaban aplicar. Sobran ejemplos de resultados alejados del paradigma pretendido. Por ejemplo:

- El más frecuente en indoamérica: el *cacicazgo*, como reanimación de lo telúrico y la atávico, en las relaciones de mando-obediencia; y que en sus versiones de “disfraz” se explica mediante el *reeleccionismo sin límites*.
- Los *gobiernos “de facto”*, como inspiraciones “retro” basadas en los alzamientos, los “pronunciamientos” y demás expresiones abusivas o desplazamientos de la legitimidad de Derecho para dar paso a implantaciones de “salvación nacional” por el poder demiúrgico de las fuerzas asumidas y ejercida de *legibus solutus*.
- El “déspota” (o la “déspota”) que trasmuta su legitimidad de origen para cortar los límites constitucionales del poder, malversando la legitimidad de ejercicio y, las más de las veces, burlando la legitimidad de transferencia del poder con el propósito de asegurar “el continuismo” *sine die*.

- El *despotismo no ilustrado*, que se diferencia de los despotismos anteriores a la era constitucional por las burdas manifestaciones que evidencian la “des-preparación” para el ejercicio legal y eficaz del poder público y la irresistible impudicia invasiva del ámbito vedado a la autoridad y que es propio de la sociedad.
- Las *diarquías*, en sus proteicas formas; ya sea con la cobertura de una apariencia legal en la separación de la jefatura de gobierno y la jefatura de Estado (el caso de Rusia con el “dueto” Putin - D. Medvedev) cuando no se trata en la realidad más que de una máscara bifronte que cubre una titularidad unipersonalizada; o bien sea sin tal sutileza normativa, cuando abiertamente el poder se desenvuelve por carriles más propios del derecho de familia o de las relaciones de parentesco (por ejemplo, un *nepotismo no ilustrado*).
- Una suerte o especie de trampolín que deriva el poder legal a una administración del poder real por la vía de mecanismos cuya mayor peligrosidad estriba en la nota de *irresponsabilidad* constitucional del detentador efectivo de la “autoritas” y de la “potestas”, distanciando al régimen así instaurado del cumplimiento de uno de los requisitos y elemento fundamental de la forma republicana de gobierno, cual es que la vigencia del control sea la antesala de la apertura de los mecanismos que tornen operativa la exigencia de *responsabilidad* (política, penal, administrativa, etc.) de los gobernantes: ello marca la diferencia entre Luis XIV (“el Estado soy yo”) o Luis XV (“después de mí el diluvio”), con la rendición de cuentas que supone la superación del *absolutismo* político por el cambio hacia la *limitación* del poder.

La figura precedentemente expuesta sirve para fortalecer la convicción acerca de que *no hay República sin Responsabilidad*. Tampoco puede existir una República en los casos en que los gobernantes (sean titulares o “sosías”, para recordar la comedia “Anfitrión” de Plauto) confunden lo que ya estaba claro en el derecho público romano: la separación entre el *erario* público y el *peculio* privado, a fin de evitar el aprovechamiento indebido del primero y, al mismo tiempo, impedir el apoderamiento ilícito del segundo. Si el escritor inglés Oscar Wilde afirmó alguna vez que “lo único que no puedo resistir son las tentaciones”, parece reactualizado por la tendencia incontenible de los gobernantes a usar y disponer del “erario” cual si fuere un bien personal (con el consiguiente olvido de algunos artículos del Código Penal respectivo). Como en todos estos problemas

de desvirtuación de las reglas de gobierno, hay en la raíz una enfermedad o defecto o debilidad de índole cultural, toda vez que asistimos al mismo tiempo a la vigencia de monarquías constitucionales (en Europa y en Japón v.gr.) que son más respetuosas de los postulados republicanos que muchas autodenominadas “repúblicas” que en los hechos se traducen en perversiones y tergiversaciones habituales en las tan criticadas “republicuetas” de la antología latinoamericana y africana.

Las comprobaciones que surgen de las complejas realidades son corroborantes de la indicación señalada por la Corte Suprema de Justicia, al aplicar en infinidad de casos concretos la doctrina de la “verdad jurídica objetiva”, que no es otra cosa que la marcación de la imperativa búsqueda de la sustancia antes y por encima de la denominación convencional que se atribuya por las partes interesadas a los actos y a las cosas. O en términos bíblicos: *la verdad es lo que es*.

II. En el orden de las conductas y los valores

¿Hay dos Repúblicas? Parecería que sí, cuando es cada día más cierto que para alcanzar la más amplia comprensión de los fenómenos de índole institucional es imprescindible acudir a la ayuda metodológica de los aportes provenientes de disciplinas como la Sociología Política y la Psicología Social, que complementan así el conocimiento de la faz constitucional del funcionamiento de las instituciones políticas. Veamos ahora que ocurre con las dos visiones “republicanas”:

La primera es el resultado del accionar de quienes sucesivamente marcaron la impronta que fuera aludida por Mark Twain al observar que “la fama es puro humo y la popularidad, un accidente: la única certeza terrenal es el olvido”. Amarga reflexión del gran escritor citado.

La segunda es la que soñaron hombres de la talla de Eduardo Mallea (“vivir una intensa pasión argentina”) o del imperecedero Joaquín V. González, el estadista completo, un arquetipo de la gloriosa “generación del ochenta” al tiempo de su etapa final. Y así percibimos, en consecuencia, una dualidad bifronte: por un lado, aparece la figura del país en su realidad, que es la Nación y, por otro, la emoción y el sentimiento, que es sublimación de la Patria. Para J. V. González no era cuestión de “patriotismo”. Era una espiritualización; del mismo modo como lo sintió indignado el Premio Nobel portugués Saramago, cuando sufrió el contraste: o

una Nación o un “lugar”, dicho con términos distintos y en circunstancias distantes.

¿Qué nos ha acontecido? ¿Qué nos pasa entre nosotros y en varios países más? Veamos las hipótesis:

- a) La desgracia de Lot y la “estatua de sal”, por causa o consecuencia de tanto mirar hacia atrás. En ese caso, si así fuera, tendríamos que traer a colación la advertencia de Albert Camus, cuando acusa que “las derrotas de un hombre (que puede ser un gobernante) no juzgan a las circunstancias sino a él mismo”.
- b) La República de los “estadistas”.

Para tenerlos, no basta con una sola virtud, pues hacen falta, por lo menos, reunir las dos condiciones que suponen la *formación*, más la *trayectoria*. No se improvisan. Se elaboran y se prueban. Si no “entrega” la fábrica y hay desabastecimiento de esas cualidades, pues entonces la mayor culpa de la falta de calidad del producto directivo proviene de dos *contra-virtudes* o anti-virtudes, que son: la indiferencia y el conformismo, el “quietismo” de la resignación. Es una verdad axiomática que el precio del goce y perduración de la libertad consiste en el deber de asumir una *vigilancia* continua.

¿Qué hay? ¿Qué nos acosa a los republicanos?: La falta de compromiso. Ausencia de “civismo”. Tampoco hay que olvidar el capítulo de las *responsabilidades*. Allí aparecen los déficit que radican en la *complicidad* de las facciones, de las parcialidades, de las mezquindades sectoriales. Dicho con otras palabras: reposan en la inverecundia generalizada, que es sinónimo de desvergüenza y desfachatez.

El fruto de esas actitudes queda a la vista: hay muchos *valores* ofendidos, ultrajados. Pero entre ellos, sobresalen en las heridas el “*bienestar general*” y la “*paz interior*”, que consagran —con su providencial inspiración— las máximas del Preámbulo constitucional, al señalar los *finés* permanentes que deben orientar los movimientos de la Sociedad y del Estado que conforman la República Argentina, por ejemplo.

Si analizamos los datos panorámicos, surge la pregunta: ¿Las medidas de la profundidad del descenso del republicanismo, son insondables? Caben dos respuestas. Como somos naturalmente optimistas, creemos que

se pueden revertir las tendencias. Pero para ello hay que reabrir la fuente de la que pueden surgir los “perfiles de coraje”; aquéllos senadores que merecieron la evocación de J. F. Kennedy en obra que recibió el Premio Pulitzer; y generar así las actitudes –y no meras poses– de compromisos para dar u ofrecer “sacrificios” antes que obtener o sacar los “beneficios” (Churchill sólo prometió “sangre, sudor y lágrimas” ante el ataque nazi de 1940. ¿Qué necesitamos para esa meta? Nos falta una *linterna* orientada y que sea orientadora hacia el camino que conduce en esa dirección.

Esa falencia es grave. Es verdad probada que no puede haber *cambio* si no hay un *plan*. Y en el plazo inmediato, no se avizoran las tendencias de “perspectivas” viables ni de “prospectivas” dotadas de andamio. Plan y planes o modelos los hubo, por lo menos, en 1810, en el ideario de la generación de 1837 y, ciertamente, en la “del 80”. No se pueden confundir los modelos paradigmáticos o ejemplares con las simples medidas que apuntan a lograr efectos “marketineros” para justificar índices de estadísticas falseadas. Una vez más, el nudo gordiano de la cuestión consiste en apuntar que junto al orden de las normas, la efectiva vigencia del republicanismo depende del orden de las actitudes, de las conductas gubernamentales y del comportamiento ciudadano.

Es fácil caer en confusión, toda vez que algunos países ostentan el triste privilegio de erigirse en el único caso en que “*muerto el perro se prolonga la rabia*”. ¿Qué rabia? El virus del “populismo”, que con cierta frecuencia y recurrencia toma los rasgos propios de una modalidad patológica de *despotismo no ilustrado* (sic). No entraremos a detallar sus deformaciones. Basta con exhibir “como muestra un botón”: en efecto, por caso, en vez de predicar y practicar la regla de la subsidiaridad del Estado, lo que abunda y en exceso lujurioso es o son las políticas “subsidiaristas” demagógicas, que dan alimento al clientelismo y prebendismo, que es una forma de domesticación social y de corrupción político-electoral. ¿A qué conduce esto? A por lo menos cuatro signos alarmantes de descomposición general: 1) A que los vectores de la política no pasan por donde deberían transitar: el Parlamento o el Congreso y los Partidos; 2) A que los vectores de la cultura no pasan por las Universidades y las Academias; 3) A que los vectores de las relaciones económicas y sociales no pasan por sus organizaciones y estructuras naturales; 4) A que los vectores de la custodia de la seguridad individual se “tercerizaron” en manos de grupos ajenos al Estado, cuando éste debería conservar el monopolio legítimo de la potestad delegada por la Sociedad.

Y así es que todo se deforma ante los ojos de la ciudadanía, que ve que: 1) Los gremialistas fungen como “gremialeros”; 2) Los políticos se ridiculizan como “politiqueros”; 3) Los gobernantes se apoderan del Erario Público y proceden como si fuera su *peculio* personal.

Ante tamañas y riesgosas “malformaciones”, la Sociedad requiere que el menú de las alternativas ofrezca un salto *cualitativo* y no sólo guarismos cuantitativos. También demanda el pueblo que no se ampare a unos en desmedro de los otros, pues la seguridad, la producción, la educación (por no mencionar los demás “*issues*”) se deben desplegar en su plenitud y en armonía: *todos* (y no unos u otros) deben ser el objetivo de la gestión pública. Y para alcanzarlo, nada más simple que recordar que el “programa” vuelve a ser claro y sencillo: cumplir la CONSTITUCION, que es la norma fundamental del basamento de un Estado de Derecho, único camino para evitar la “ley de la selva”; y recordando —para tenerlo siempre presente— al decir de la Corte Suprema —que es el intérprete final de aquella—, que “fuera de la Ley Suprema sólo cabe esperar la anarquía o la tiranía” (Fallos 191:197). De nuestra cosecha, agregamos: que la experiencia histórica nacional y comparada indican que la primera desgracia suele engendrar el establecimiento de la segunda. Si bien comprobamos que en el tiempo contemporáneo no abundan las soluciones con baño de “ortodoxia”; es un deber cívico demostrar al menos un *apego* por la vigencia efectiva de las instituciones, pues ello también hace a la calidad de vida. Como advierte el politólogo americano Scout Mainwaring, ya no caen los gobiernos por golpes de estado o crisis económicas, pero la combinación de pobreza, desigualdad y formas no legítimas de ejercicio del poder es un peligroso caldo de cultivo para nuevos autoritarismos (Conf. Reportaje en “Clarín”, 21/XII/2008). Es que en la raíz más profunda de todos los problemas uno encuentra una respuesta que remite a la CULTURA: ¿está sana o está enferma?

Nuestro ciclo es estremecedor: de la Argentina del Centenario a los *restos* y *rastros* del Bicentenario. ¿Cómo revertir la tendencia degeneratriz? Una vez se reclamó un retorno a la razón (Guido de Ruggiero). Otra vez se reclamó un retorno a la sensatez; y, por un clamor generalizado, se percibe que las cosas deben volver a su “quicio”. También se alertó que las civilizaciones y, por lo tanto, las instituciones y hasta los pueblos, pueden ser mortales (Paul Valery). ¿Cómo evitarlo entonces? Sobran recetas pero fallan las fórmulas. Nos parece que también es imprescindible el marco ETICO.

Es el “azimut”, el ángulo rector, la clave de bóveda de la cuestión. Y eso vale para todo. Véase esta reflexión: “(...) *En treinta años, la misma suma invertida reportaría casi nueve veces más en las empresas dotadas de altas normas morales que en las que no tienen perfil ético afirmado*” (ha señalado Gilles Lipovetsky, en su obra “El crepúsculo del deber”).

El “amoralismo” y el “relativismo” son venenos antigerminantes de las semillas que esperamos ver brotar. No tiene ésto los ritmos previstos del ciclo perpetuo entre la *bajamar* y la *pleamar*. No es cuestión de meras oscilaciones. Es la SOCIEDAD toda ella la que debe jugarse: el ejemplo más claro es la corrupción, en particular la que se desenvuelve ávidamente en los corredores del Poder.

La ciudadanía debe prestar atención, puesto que los roles no se delegan: se asumen (“si tu quieres que una cosa no se haga, pues encomiéndasela a otro...”, según autor anónimo).

No se trata de subir a una fantasía de ocasión. Se trata de saber elegir, de seleccionar la calidad entre los poseedores de la doble idoneidad: la ética y la técnica. Hay que embarcarse en carruaje o navío bien dotado, con rumbo cierto y preciso, con pilotos a prueba de tentaciones y aceptando de antemano que las aguas son procelosas y los caminos están plagados de “puentes-rotos”.

Pero a cambio de tanto riesgo, hay una brújula que indica la dirección. Es imposible equivocarse, pues la fórmula está a la vista: ¿cuál? Que hay que hacer todo lo contrario de lo que se viene haciendo en el lascerante derrotero de cuyos frutos sólo emergen ruinas, desencantos y la angustia del futuro. ¿Casualidad? No: es *causalidad*; es la obra de “chambones”, que asolan demasiados espacios continentales. Una gran “chamboneada”. No incurramos en la irreverencia del desgano, de decir “que la única salida racional es resignarse a aguardar un milagro”. Es preferible pensar que sería mejor tomar un compás y reorientar el sentido en 180 grados. Sólo así nos sentiremos felices en la celebración del Bicentenario de la Independencia, cuando llegue el año 2016.

Nunca es tarde cuando la dicha es buena: para los juristas, es frase manida pero sabia. Acaso sea más pulida, la confesión al respecto, del polémico pero celebrado Pablo Picasso: “cuando me dicen que soy demasiado *viejo* para hacer una cosa, procuro hacerla enseguida”. Por contraste, viene a colación que un orador romano —precursor de las vizcacherías del

Martín Fierro— afirmaba socarronamente que “si quieres ser viejo mucho tiempo, hazte viejo pronto...”

Más allá de ironías o “chanzas”, el mensaje de los hombres de Derecho es muy lacónico: hay que volcar “manos a la obra”, porque sabemos de antemano que meterse es embarrarse (o como dijera el legendario parlamentario doctor Nicolás Repetto, es “tirar la honra a los perros”). Pero ello es inevitable, si se quiere salir del “quedantismo”; y concordaríamos así con Madame de Staël (que lo había comprobado ella misma), en el sentido de que “la murmuración se parece al humo, porque se disipa pronto, pero ennegrece todo lo que toca”.

Tenemos el arma para contrarrestar tal negrura: es “esa belleza tan antigua y tan nueva” de la que nos habla San Agustín, que es la dulce belleza de la *fe*. Hay que tener fe, para no sucumbir bajo la leyenda del “continente perdido”. Esa misma fe en la Libertad que condujo a Erich Fromm a disentir con Sigmund Freud y con el marxismo en cuanto a las respectivas expresiones del determinismo (el biológico y el económico) para erigir en el eje del ser humano su propia libertad (Conf. “El miedo a la libertad”, 1941; y “Las Cadenas de la ilusión”, 1962 y edición Paidós 2008 en reedición). Hay que desafiar un terrible *estigma*, en la acepción de este vocablo que alude a lesiones o trastornos orgánicos o funcionales que indican la existencia de una enfermedad constitucional y hereditaria (RAE): nos referimos al “pálpito” de Simón Bolívar en su carta al primer presidente de Ecuador —el Gral. Flores— conocida como “la carta de Barranquilla” (allí fechada el 9 de noviembre de 1830) cuando el libertador le confesaba a su amigo esta amarga síntesis de su vida y experiencia: “Ud. sabe que yo he mandado veinte años, y de ellos no he sacado más que pocos resultados ciertos: 1º, la América es ingobernable para nosotros; 2º, el que sirve una revolución ara en el mar; 3º, la única cosa que se puede hacer en América es emigrar; 4º, este país caerá infaliblemente en manos de la multitud desenfrenada para después pasar a tiranuelos casi imperceptible de todos colores y razas; 5º, devorados por todos los crímenes y extinguidos por la ferocidad, los europeos no se dignarán conquistarnos; 6º, si fuera posible que una parte del mundo volviera al caos primitivo, éste sería el último período de América.

“La primera revolución francesa hizo degollar las Antillas, y la segunda causaría el mismo efecto en este continente. La súbita reacción de la ideología exagerada va a llevarnos a cuantos males nos faltaban, o más bien

los va a completar. Ud. verá que todo el mundo va a entregarse al torrente de la demagogia, y ¡desgraciados los pueblos! y ¡desgraciados los gobiernos!" (Confr. Simón Bolívar, "Escritos políticos. Selección e introducción de Gabriela Soriano". Alianza Editorial, 5ª edición, Madrid, 1981, página 169).

Si somos inqueridos, inquiridos y requeridos acerca del "espectáculo" constitucional de una República maltrecha, es obligación moral y un deber jurídico dar respuesta al interrogante: ¿Cómo está nuestro continente? Se lo ve un poco "descuajeringado", o sea descuidado; no obstante, el verbo descuajeringar equivale a desvencijar, desunir, desconcertar. Esto último es —por lo menos— lo que sentimos todos: estamos desconcertados (sic). Al tener a la vista el "Diccionario político y social del Siglo XX español", obra que contiene más de 125 voces, debida a Javier Fernández Sebastián y Juan Francisco Fuentes (Ed. Alianza, Madrid, 2008) nos encontramos con que las denominaciones y nomenclaturas del lenguaje político-institucional cambian y se suceden, pero ello no obsta a que la metamorfosis del léxico permita detectar la perduración o la resurrección de los problemas y cuestiones. Antes se hablaba de "oligarquías" y "caciquismos", luego de "modernización" y "regeneración", más tarde de "totalitarismos", nuevamente de "despotismos" y "dictaduras", a menudo de "cambio", "crisis" y "revolución", de "masas", "elites" y "dominados", etc., etc.; siempre con objeto de *describir* o de *calificar* y *descalificar*, cuando no se clasifican los tiempos y sus regímenes coetáneos, en busca de una sistematización de los conceptos en función de los contenidos y de las notas distintivas de cada régimen o situación que haya sido gravitante. Hoy no habría que prescindir de las nociones de "globalización", "transparencia", "governabilidad", "teco-burocracia" y otras más, para obtener un perfil más completo de las instituciones en boga. Pero muchas nociones permanecen y están presentes en la vigencia de los hechos, aunque parezcan arcaicas o vetustas.

En otro yacimiento de las "fuentes", encontramos en los países carentes de democracia, formas y adiciones propias de malestar institucional que configuran en los hechos a regímenes de DESPOTISMO, por el dato de sumar: a) una autoridad absoluta no limitada por el Derecho; con b) un abuso de superioridad, de poder o de fuerza (RAE). Siglos atrás se practicó en Europa por algunos monarcas el denominado "despotismo ilustrado": se trataba de reyes o príncipes que, inspirados en las ideas de la Ilustración (siglo XVIII) fomentaban la cultura y la prosperidad, procurando

cierto bienestar de sus “súbditos” al mismo tiempo que la expansión del poder territorial. Se cuenta de Federico de Prusia que habiéndose auto-proclamado “el primer sirviente del pueblo”, al mostrarle los borradores al pensador Voltaire, el sabio francés le corrigió los originales, reemplazando el vocablo “sirviente” por la expresión “servidor del reino”. De allí en más, podemos registrar por lo menos tres tipos en una “tipología” de los despotismos, a saber: 1) el ABSOLUTISMO, que fue el más antiguo, caracterizado por la doble condición de ilimitado e incondicionado; 2) el DESPOTISMO ILUSTRADO, que ya mencionamos; y 3) el más reciente y frecuente, al que podemos denominar “DESPOTISMO NO ILUSTRADO” aunque tecnificado, por unir las modalidades de autoritarismo o de la autocracia con las formas y estilo que adopta el gobernante cuando su denominación demuestra al pueblo que es necio, incapaz, tosco, sin pulimiento, torpe y por lo general, es excesivamente obstinado y de un proceder “desarreglado”. En algunos casos, el elenco que lo acompaña ostenta riquezas “mal habidas” y se rodean de ágrafos y aneurónicos (sic), con lo que alcanzan un rango *non plus ultra* de contradicción con el adelanto (y a veces el refinamiento) de las clases medias actuales.

En consecuencia, un régimen puede devenir en otro que sea *TIRANO*, por obtención del gobierno *contra Derecho* o por su ejercicio sin justicia y a medida de su voluntad.

Eso es el abuso del poder, que se impone como superioridad (“super poderes”) en grado extraordinario.

Pero: ¿cómo y por qué se llega a tales extremos en los países que “se quedan fuera del mundo”? Por una sencilla razón, que deviene de salirse del marco del Derecho y, enseguida, por ceguera institucional (desapego) conduce a entrar o a estar en la INOPIA, que es sinónimo de cosas tan “fuertes” como la indigencia, la pobreza, la escasez; más la sumatoria de ignorar algo que otros conocen o no haberse enterado de ello.

El “Estado de Derecho” sobrevive gracias a la tenacidad y el martirio de los que resistieron a los totalitarismos practicados durante gran parte del Siglo XX.

La palabra “República” la vemos inscrita en todas partes. Muchísimos regímenes institucionales se autodenominan así, a manera de una adhesión meramente formal al “republicanismo” o al tipo “republicano” de gobierno; aunque sin serlo desde el momento que hacen abandono

o desvirtúan las seis notas características que indisolublemente entre sí componen el sistema mencionado: la democracia a través del ejercicio del sufragio (soberanía del pueblo), la separación y distribución de poderes y funciones, la igualdad ante la ley (igualmente obligatoria para gobernantes y gobernados), la periodicidad de los gobernantes titulares de las altas funciones políticas, la publicidad de los actos estatales (y el consiguiente derecho de acceso a la información) y la responsabilidad efectiva de los gobernantes como resultado del contralor de sus actos (conf. Madison, Aristóbulo del Valle, etc.)

Entonces, cabe formular el interrogante, frente a la promiscuidad del uso nominal del término y la constatación del incumplimiento —en muchos casos— de las condiciones y elementos constitutivos arriba mencionados: ¿qué significa hoy el vocablo “República”? ¿Es un sustantivo o un adjetivo? ¿Es un calificativo o es un pabellón que cubre cualquier mercadería? ¿Nombre o sustancia?

La denominación “República” o la invocación “republicana” se han tornado *polisémicas*. Y en efecto, la *polisemia* (de acuerdo a su etimología y a los diccionarios) remite a los casos —desgraciadamente frecuentes en la realidad constitucional de muchos estados— en los que la *pluralidad de significados* de una palabra, de un signo o de un mensaje, se da o presenta con independencia de la naturaleza de los signos (o elementos) que lo constituyen. En definitiva, estamos ante casos y situaciones que nos evocan la imagen de una “farsa”, pero entendiendo esta expresión como algo más terrible que una comedia o drama, dado que el sentido trágico radica en el más maligno de los virus que afectan a las democracias constitucionales: el engaño, la tramoya para aparentar.

La principal diferencia se observa en los contrastes que ofrecen los ámbitos donde se impone la impunidad; lo que nos recuerda la advertencia de Montesquieu en el sentido de “que lo grave no es que las penas sean leves, sino el hecho de que no se apliquen”. Fiscales, jueces, legisladores y demás órganos de control deberían dar la respuesta pertinente ante la sensación social de vivencias de “endemias” de irresponsabilidad y anomias desconstitucionalizantes.

Francis Fukuyama, autor de “El fin de la historia” (otro texto polémico que despertó agudas controversias entre politólogos contemporáneos) el actual profesor de la John Hopkins University (Washington), al analizar

los fenómenos políticos e institucionales más llamativos, admite también que es preocupante la aparición de lo que él denomina “*las democracias autoritarias*”, que en nuestra opinión, son dictaduras con nuevas fachadas, que emergen en varios Continentes.

La verdad expresada a través del lenguaje, semióticamente hablando, necesita reemplazar términos más suaves por términos más fuertes (como se dice ahora) o en tono más subido. Pero la expresión *desconstitucionalización* no nace con la era constitucional, porque es precisamente en el plano de la realidad en el que se están marcando puntos críticos o álgidos del desarrollo de la evolución constitucional. Tenemos memoria de que en los viejos textos y en las clásicas aulas se hablaba para referirse a este complejo cuadro, de tropiezos, de dificultades, de crisis; y recuerdo además que Sánchez Viamonte, que fue mi profesor en la materia, hablaba de “las vicisitudes” del constitucionalismo, en una expresión muy cara al lenguaje de él.

La incorporación de la palabra *desconstitucionalización* en nuestro ambiente fue efectuada por el maestro Segundo V. Linares Quintana, tomando en cuenta fundamentalmente a los procesos que surgieron incipientemente después de la Primera Guerra Mundial y de los años 30’, y luego de la Segunda Guerra Mundial se extendieron a otras partes del orbe, señalando el tronar de esa resonancia. De modo, entonces, que la aplicación a nuestro país y a nuestra realidad tiene, desde luego, antecedentes o precedentes tanto propios como derivados del Derecho comparado. No se puede sostener que sea un mero “invento criollo”; pues bien sabido es que las patologías políticas que traspasan con facilidad las fronteras y sus procesos de gestación y desarrollo, suelen guardar algunos puntos en común, como por ejemplo, el señalado por Albert Camus, al decir que “cuando la inteligencia se apaga, llega la noche de las dictaduras” (sic).

Si lo limitáramos a un problema de patología tendríamos que acudir a la medicina para encontrar, más que el diagnóstico, la búsqueda del medicamento para superar la situación. Si lo consideráramos producto de una maquinación demoníaca o mefistofélica, pues entonces habría que traer de inmediato a un exorcista. Pero todos los que se han convocado hasta este momento han fracasado en el intento salvador. En realidad, nosotros acumulamos —y decirlo no es orgullo sino expresión de tristeza—, bastantes capas geológicas de *desconstitucionalización* que han ido sedimentándose (para no fijar fechas polémicas ni entrar en discusiones

de calendario) desde muchas décadas atrás. Y obviamente tenemos que algún día “salir del neolítico” como se dijo con referencia a la enseñanza del Derecho y a la metodología de su enseñanza. Nosotros también, en materia de regularidad constitucional, tendríamos que salir del neolítico. Así lo indicó siempre el uso de la razón, pero con puntual fruición hemos ignorado el consejo de Johan Wolfgang Goethe, válido para muchas oportunidades: “todos los hombres cada día deberían escuchar una canción, leer una hermosa poesía, admirar una buena pintura y, si fuera posible, decir unas cuantas palabras sensatas”.

III. Podemos asociar la licuación republicana a una expresión que ha puesto de moda *mutatis mutandi* un sociólogo que hoy ya tiene sus años; que hasta hace poco tiempo sin embargo era poco conocido, acaso por ser de origen polaco y que recién ahora puede expresarse con mayor libertad. Me estoy refiriendo a Zygmunt Bauman, quien ha introducido las expresiones *líquido* y *liquidez* para diversos problemas de la vida: *el amor líquido*, *la vida líquida*, *la convivencia líquida*, *el mundo líquido*, etcétera, etcétera: ya son muchos títulos. Y nosotros creemos que no habrá inconveniente al dar cabida también a la “constitución líquida” o a la “constitucionalidad líquida”. Esta apelación a la liquidez se refiere, como la expresión lo insinúa, a la licuación que transforma a una serie de cuestiones que, tradicionalmente, estaban aceptadas como valores entendidos, en algo más que maleable, en algo tan difícil de asir con la mano, como si fuera el mercurio o algún otro producto líquido (no está aceptado el término “licuoso”) que no tiene formas permanentes sino que toma la forma del recipiente que lo contiene. Y eso es lo que ha ocurrido también con los principios constitucionales. Han sido, no transformados, sino desformados a tenor de los recipientes que le dieron, en definitiva, cabida con una etiqueta determinada; y no siempre la etiqueta ha correspondido con la calidad o la fórmula química del contenido propiamente dicho.

Recuerdo también que otro profesor de la materia, refiriéndose a los textos constitucionales los equiparaba, haciendo gala de un gran sentido artístico y una gran cultura general en materia pictórica, con el problema de la sonrisa de la Gioconda, diciendo que la sonrisa de la Gioconda, en alusión a la célebre obra de Da Vinci, admitía toda clase de interpretaciones. No se sabe, mirándola bien a la Gioconda, si se ríe o si tiene dolor, si tiene angustia o si siente placer; y hasta se puede discutir si es hombre o si es mujer, porque es una imagen que admite toda clase de significado o comprensión. Y hemos hecho con el constitucionalismo, también,

una suerte de sonrisa de la Gioconda, no tanto con la literalidad del texto sino con las malformaciones que con la aplicación del texto se ha pretendido justificar todo. Es algo parecido a lo que los maritimistas caratulan “el pabellón cubre la mercadería”, es decir, basta con atenerse al signo del pabellón, cualquiera sea la mercadería, para que se dé protección a los contenidos embarcados. Y esto es triste. Lo afirmamos un poco sarcásticamente, pero es triste y doliente. Un gran escritor italiano, Italo Svevo, el autor de “La Conciencia de Zeno”, en otra de sus obras aparece una pintura de Federico Zandomenighi titulada “On the divan (causerie)”, *circa* 1890, que muestra a dos mujeres, una de espalda y la otra de perfil, en conversación. La mujer que escucha tiene una expresión ambigua, pero es imposible conocer cuál es su estado de ánimo: si lo que oye la divierte, la confunde o la pone triste (“Todos los relatos”, Ed. Gadir, Comentada en “El País” del 23/09/07). Podríamos añadir —por nuestra cuenta— que igual acontece con el sentido de algunas normas: son crípticas, adolecen de cripticidad, por confusión o enigma.

Nosotros los argentinos tenemos la costumbre de no privarnos de nada, tanto en los placeres como en los sacrificios; también en los vicios, ya sean los secos o húmedos; y también en las virtudes, ya sean teologales o mundanas. De modo que en esta materia podemos hacer un catálogo, que excede las medidas de esta reflexión.

Lo cierto es que una de las manifestaciones más ciertas de nuestra *desconstitucionalización* ha sido la complacencia con que han sido celebradas todas las situaciones *de facto* y las doctrinas que, importadas del Derecho administrativo, fueron a partir de 1930 aplicadas sin reparar en las diferencias de situación contempladas por los autores Gastón Jeze y Jean Constantineau con respecto al Derecho Constitucional, cuando se trata no de casos de funcionarios *de facto* sino de usurpadores del poder. Y eso pasó tranquilamente, cuando estaba demasiado lejano el famoso fallo de la Corte del siglo anterior, apoyado en el asentimiento de los pueblos. El “asentimiento” y no el consentimiento, pues eran más cuidadosos y tenían mayor recato o más pudor al hablar de “la revolución triunfante” y asentida por los pueblos (y no consentida), tal como se dijo en el caso “Baldomero Martínez”, el 5 de Agosto de 1865 (Fallos 2:141).

Pero hemos atravesado el inmenso terreno de la anomia; absolutamente todo, a tal punto que esa aceptación de la anomia —que Carlos Nino examinara en un libro específicamente dedicado a ese tema— hace apli-

cable a la Argentina lo que en algún momento de disgusto el escritor y premio Nobel portugués Saramago dijera en exclamación de su indignación: “¡Esto no es un país, esto es un lugar!”. Y a veces por despecho (por “bronca”, para hablar con un término poco académico) se siente la necesidad o la inclinación de proferir una frase de ese tenor tan descalificativo.

El decaimiento empezó con las “mutaciones constitucionales”, que luego sirvieron como trampolín para otra cosa. Las mutaciones constitucionales fueron primeramente estudiadas y así denominadas por Jelinek. Pero este autor alemán se refería a los cambios en cuanto efectos, resultados o decisiones que se introducían con motivo de la fuerza operativa que tomaban factores de poder que no habían sido previstos específicamente en los textos constitucionales, tal como ya ocurría definitivamente con los partidos políticos, como también con las demás fuerzas sociales intermedias cuando se organizaban y transformaban en grupos de interés o en grupos de presión, y así sucesivamente. Se estaba pues ante supuestos de cobertura de algunas lagunas constitucionales. Ese fue el alcance que le asignó Jelinek, pero de ahí en más se fue pasando con sucesivos saltos (no subiendo la escalera sino bajándola) al *decisionismo* más salvaje, es decir, al reconocimiento lisa y llanamente de la fuerza y el voluntarismo del autócrata, ya fuera electivo o fuera *de facto*: el que estuviera de turno. Una de las muestras con mayor desparpajo y desenfado en la versión criolla es la explicación de un ex Presidente que cuando sus asesores le decían: “pero mire su excelencia que esto no se puede”, con una cierta tonada muy característica respondía: “hay que buscarle la vueltita”, “busquen la vueltita para que se pueda hacer lo que no se puede”. Era igual a sostener lo equivalente a que “el fin justifica los medios”, como una frase más sincera en relación a las conductas respecto de esta viveza criolla. Esta expresión de “buscar la vueltita” es la cultura de la trampita, la cultura del vericuetto, que ha insuflado mucho no sólo a la cultura en general sino también a la cultura jurídica en particular: no para explicar fenómenos, lo cual sería natural, sino para justificar situaciones y sus resultados y consecuencias, que es mucho más grave que una explicación. En la vereda opuesta podemos guiarnos por quienes no aceptan el relativismo moral y rescatan los valores con firmeza y convicción. Tal es el caso de Raymond Aron cuando en su “Ensayo sobre las Libertades” (Ed. Alianza, 2007) afirma: “Las libertades intelectuales, los procedimientos democráticos son una protección contra el poder y lo arbitrario, pero ofrecen también, y tal vez en primer lugar, una oportunidad para instruir a los hombres, *para hacerles capaces de razón y de moralidad*”.

IV. Llegamos así al enunciado de la Constitución real, que es una Constitución que hoy tiene un solo artículo. La Constitución formal tiene los que tenía la del 53' más la farragosa redacción tropical que incorporó la reforma del 94'. Pero la actual Constitución real tiene un solo artículo que dice "*todo vale*". Con ese artículo se manejan todas las relaciones de poderes entre sí, o de los poderes con los particulares: correspondería hablar de los ciudadanos, pero en realidad a veces se percibe la sensación de la *subditancia* más que de la ciudadanía. Esto conduce a la caducidad (como lo vamos a remarcar al final en tres palabras) del principio fundamental de la forma republicana de gobierno, que es el principio de la responsabilidad. Está claramente establecido que hay que elegir entre la impunidad y la responsabilidad, y ésta —que es la secuela del control—, porque el control es una cuestión nada más que de "antesala" de la responsabilidad, pues no hay control por el control mismo: no es un fin en sí mismo. Es el mecanismo para abrir el camino a lo que sí le interesa a la sociedad, que es la aplicación de sanciones o premios según los defectos, pecados o delitos, o según las virtudes, méritos y aciertos de quien ha sido depositario de la voluntad popular, o designado en la forma en que los mecanismos representativos determinan. El *sustratum* de todo este proceso, en algunos casos tiene raíz filosófica y en otros casos no, pues tiene una vertiente ideológica. Por su raíz filosófica casi todos estos procesos han tenido un trasfondo hegeliano, ya sea como decía nuestro querido y memorable colega Miguel Ekmekdgian, "hegeliano de izquierda, o hegeliano de derecha"; y el panorama del siglo fatídico pasado (del siglo XX) lo demuestra para cualquier gusto del paladar, ya sea de la extrema izquierda o de la extrema derecha, pero con igual punto de partida hegeliano, aunque a veces con unas etapas de tránsito que en algunos casos pasan por Feuerbach, Marx, Sorel, Shopenhauer, Nietzsche, Spengler o algún otro autor, según se incorporara a este elenco el elemento de la violencia u otros ingredientes determinantes. El *sustratum* no ideológico es *el populismo*, que es el más complejo de todos y el que más influye en la *desconstitucionalización*, por la sencilla razón de que no se lucha contra una idea cuando se está en contra del populismo como camino hacia la *desconstitucionalización*, sino que hay que lidiar contra un estilo, un hábito, una práctica, una desviación de conducta; y entonces la cuestión no pasa por el orden de las normas, sino por el orden de los comportamientos, y de tradiciones arraigadas que se repiten recurrentemente. Es por ello muy difícil combatir al populismo con ideas, sino que hay que apuntar a cambiar los usos, toda vez que como decía Ortega "es mucho más difícil

de cambiar los usos que colmar y calmar los abusos”; y tenía razón, como la tuvo cuando profundizó la morfología de la sociedad de masas. El pensador español nos instaba a emprender un cambio, a modificar el rumbo y erradicar las malas prácticas. Acaso creía válido para los argentinos la suposición que abrigaba George Elliot en el sentido de que “nunca es tarde para ser lo que podrías haber sido”. Claro está que para ser así hay que acudir a un esfuerzo en conjunto, entre todos: una *estrepada* o *estrepón*, como luce en el más puro idioma español, referido a los remeros.

La raíz de esta decadencia es profunda y, evidentemente, de índole cultural; y se traduce en el desapego a las instituciones. En el caso concreto de la Argentina, el desapego a las instituciones de raíces constitucionales es la explicación más válida del por qué hay un avance paulatino del proceso de *desrepublicanización*. Si hubiese habido una cultura sana y sólida de respeto a las instituciones, se hubiera optado por dar siempre prevalencia al valor de las instituciones y no el desprecio hacia las mismas, como ya lo detectaba Juan Agustín García en “La Ciudad Indiana”: el caudillo por encima de la racionalidad y la facción por encima de la nación. No hemos sabido auto-corregirnos a tiempo; lo que nos hubiera posibilitado alcanzar la excelencia. Siempre recuerdo aquel párrafo de Antoine de Saint-Exupéry: “el futuro no basta con preverlo, hay que hacerlo posible”.

V. Veamos nada más que tres o cuatro ejemplos sencillos y prístinos para representar esto. Por ejemplo: sufragio libre u obligatorio. Cuando se debatió la ley Sáenz Peña hubo divergencia entre las dos Cámaras en ese único punto, pues estaban de acuerdo en el sufragio universal, había conformidad en el voto secreto, pero no en la obligatoriedad del sufragio. Predominó la Cámara que había votado el sufragio obligatorio y así quedó establecido en la ley Sáenz Peña. En la reforma constitucional de 1994 se introduce, no una norma, sino dos normas. No una norma que esté en contradicción con la Constitución del '53 o con la ley Sáenz Peña que es de rango inferior a la Constitución, sino dos normas introducidas al mismo tiempo y en el mismo texto, de rango supremo. Por un lado, en el artículo 37 se impone que el sufragio es obligatorio, pero en el artículo 75 inciso 22 se incorpora dentro de los diez Pactos iniciales y Convenciones y Declaraciones de Derecho, tres de ellas en las cuales no es obligatorio. Es un tema de interpretación, (no abro juicio, simplemente pongo los trazos de la pintura sobre el tapete). Será un problema a resolver, o por otra Convención constituyente, o por interpretación del legislador, o por alguien que plantee un caso judicial y llegue a la Corte Suprema; pero convenga-

mos en que no ha sido muy prolijo el cuidado de este aspecto de un derecho político por antonomasia. Segundo ejemplo: las leyes recientes de Presupuesto; más la Ley de Superpoderes; y esto se vincula, además, con la queja de Ricardo Lorenzetti, respecto de que la Corte no puede disponer ni de la organización de su personal; pero, además, ni siquiera puede disponer de los millones que están ahí depositados y no perdidos y que podrían solucionar muchos de los problemas, no tanto de sueldos, sino del equipamiento logístico de la Corte para eliminar algunas lacras como la morosidad judicial y prácticas antiguas como coser expedientes con aguja e hilo, etc. Pero los superpoderes están allí y el manejo discrecional del Jefe de Gabinete que dispone de miles de millones.

La ley de presupuesto, por lo tanto, no tiene sentido debatirla, porque esa “ley de leyes” puede reducirse a dos artículos. El primero que fije, de acuerdo a lo que la Constitución dispone, la estimación de los recursos para el año en curso, que será de tantos miles de millones. Artículo segundo: “hagan lo que quieran”. Así, el Congreso abandona la orientación política que tiene que dirigir al Poder Ejecutivo a través del orden de prioridades de la política general de inversiones de todo el país, determinando si hay que gastar más en educación que en propaganda, más en salud que en viajes al exterior, o más en vivienda que en otros gastos inútiles o superfluos que podrían evitarse en aras del bienestar general a que se refiere el Preámbulo de la Constitución Nacional. Nuestros gobernantes —que ni siquiera suelen ser administradores— parecen ignorar algo tan elemental como la advertencia de Blas Pascal en sus “Pensamientos”: “tengo por imposible conocer las partes sin conocer el todo, así como conocer el todo sin conocer las partes”. ¡Elemental, Watson!

El artículo 38 tiene también la evidencia de otro proceso de *desnaturalización* muy notorio, entre los deberes que establece al institucionalizar los partidos políticos. Y bien que lo ha hecho, para evitar fenómenos como la supresión o disolución y confiscación de los bienes de los partidos, que también hemos conocido en su momento, no obstante que estaban amparados con la protección al ejercicio de la libertad de asociarse con fines útiles que estaba en el art. 14 de la vieja Constitución. Pero tiene el artículo 38 un párrafo muy interesante, cuando entre sus funciones y sus deberes menciona e indica la “competencia” para la postulación de los candidatos a cargos públicos electivos: esto equivale en lenguaje sofisticado, a lo que comúnmente llamamos elecciones internas, es decir que los candidatos a cargos electivos no surjan en el living comedor de la casa de una persona,

o en un “caucus” a puertas cerradas entre cinco o diez personas, sino a través del voto de la membrecía siempre que sean elecciones internas no abiertas. Sin embargo sabemos que salvo alguna excepción, no conocemos en detalle nadie que haya respetado el artículo 38 de la Constitución. ¿Será por ignorancia? Voltaire afirmaba que “la ignorancia es la salvaguarda de la dominación”, pues —agregaba— que “si la mayoría gobernada estuviera compuesta por bueyes y el pequeño número de gobernantes por boyeros, el pequeño grupo haría muy bien en mantener al grande en la ignorancia” (sic).

VI. Y, por supuesto, habría que hacer un largo capítulo de la *desconstitucionalización* por omisiones. Por ejemplo, la indiferencia por dar sanción definitiva a una Ley de Amparo que responda al sabio artículo 43 del nuevo texto constitucional, norma que permite, siguiendo la orientación de una tesis bien amparista, declarar incluso la inconstitucionalidad de las normas a través del amparo. Pero acontece que subsiste la coexistencia de un decreto-ley de diciembre de 1966 de un gobierno de facto de neta orientación antiamparista que expresamente dice lo contrario, pues prohibía la declaración de inconstitucionalidad de la norma; no obstante lo cual una Corte Suprema nacida desde ese mismo gobierno de facto lo dejó de lado: procedió a declarar en los casos “Outón” y “Mate Larangeira Mendes” la *inconstitucionalidad* de normas que impedían la reparación del Derecho que estaba violado. Es inconcebible que habiendo una de las Cámaras del Congreso sancionado por unanimidad en general, y por unanimidad en particular una nueva ley de amparo donde por consenso se contemplaba la inclusión de aspectos tan novedosos como la del “amparo colectivo”, que duerma debajo de una silla del Senado, porque hay una persona que no quiere y no le gusta que se apruebe esa ley, que le “acotaría” esos poderes absolutos. ¿Orgullo, soberbia, capricho o despotismo? Los personajes de pacotilla deberían tener a la vista —y tomar en cuenta— las palabras de Winston Churchill: “la democracia es la necesidad de doblegarse de vez en cuando a las opiniones de los demás”.

Otro caso es el de la coparticipación. Ese instrumento no se ha sancionado, no obstante que una ley que está vigente (no derogada) pero que su plazo ha vencido (ley 24.621, art. 3º), permitía que si dentro del plazo previsto por la cláusula sexta de las disposiciones transitorias de la reforma del 94, es decir, a los dos años de sancionada ésta, tres provincias podían presentarse en el Senado a través de los senadores para iniciar con un pro-

yecto el trámite parlamentario de sanción de la ley de coparticipación. No lo hicieron. Hoy habría que sumar a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y por supuesto, hemos presentado un proyecto (Exp. 4011-D-2007) reestableciendo el texto que no está derogado, pero sí modificando los plazos para darle una nueva vigencia, habida cuenta que muchas veces los quiebres y *desconstitucionalizaciones* de la división vertical del poder (el régimen Federal) se deben no sólo al campo abierto o espacio sin límites que encuentra el poder central, sino a la declinación de facultades que las provincias tienen reconocidas y que no asumen por cobardía de sus gobernadores, que reciben la limosna de los ATN y de la dádiva de la válvula del poder central. Así, además, se evitan aparecer antipáticos ante sus comprovincianos, no teniendo que cumplir la obligación de recaudar lo que por derecho le corresponde, a cambio de recibir una dádiva. Pero esta resignación de facultades que según la Constitución son propias de los poderes locales, ata, limita, condiciona, extorsiona, pero bueno: “a caballo regalado no importa que sea ciego o manco”, total...viene regalado. Mal ejemplo.

El acceso a la información es otro caso de *desvirtuación de la república*. Está consagrado en la Constitución en más de una oportunidad pero nunca se llega a la sanción final de la ley. No pasa de la aprobación por una de las Cámaras. En la otra Cámara no se considera esa media sanción, ¿y por qué? Y, muy sencillo: porque el acceso a la información es la condición *sine qua non* junto con la independencia del controlador respecto del controlado, para que pueda ejercerse el control. Al vedar el acceso a la información no hay una posibilidad fehaciente y veraz de obtener los datos fundamentales para el ejercicio del control y pedir las rectificaciones y/o las sanciones que puedan corresponder por incumplimiento.

VII. Vayamos al tema de los partidos. Nos resignamos al hecho de que ya no hay partidos. En su lugar se conocen “espacios”, “espacios políticos”, que es una expresión también “líquida” (para volver a Sigmund Bauman). Es líquido en tanto y en cuanto el espacio es infinito. El globo terráqueo es espacio y no tiene comienzo y no tiene fin. Lo que puede reconocerse así, como consecuencia de que estos partidos han hecho “implosión”, que es el nombre indicado —como rotura y ruptura interior por desequilibrios de presión— para hablar de lo que es aproximadamente análogo a un infarto masivo referido a agrupaciones y no a personas individuales. Si seguimos así, va a ser a su vez reemplazado el espacio político en cuanto tal, por el

“tiempo político”: entonces va a surgir un clamor gritando lo mismo que en su momento dijeron los que vociferaban “que se vayan todos”, “ya fue” o “ya fueron”, es decir, ya no va a haber *espacios* sino *tiempos*, pero apuntando a un pretérito, o sea como repudio de un pasado. Será algo así como un presente que sí viene con *protestas* pero no contiene *propuestas*, no satisface arquitectónicamente lo que una República requiere y, además, con el riesgo del advenimiento de un futuro bastante incierto al respecto. Si seguimos así entonces, visualizaremos “tiempos”: tiempos de la vieja política; tiempos de la nueva política, tiempos de la novísima política, sin saber realmente si se tratan de más de lo mismo o de menos de lo mismo, o de peor de lo mismo; que son las tres alternativas posibles.

Pasó también el tiempo del respeto por la *seniority*, es decir de la trayectoria y de la veteranía en la experiencia de “la cosa pública”. Ahora lo que interesa es el *marketing*, entendido como el elemento fundamental componente de la respuesta al cambio, es decir, a lo que se llama la “nueva política” que es un novedoso estilo de frivolar. Pero los países altamente constitucionalizados respetan la “hoja de vida”, respetan la trayectoria, respetan (como ocurre en el Congreso de EE.UU. o en el parlamento francés o en el italiano, o en el español con menor tradición) ese aspecto fundamental que hace no tanto a la cantidad pero sí a la calidad del quehacer que deben cumplir sus ocupantes. Por eso es que muchas veces nos preguntamos si hay “representantes” que no son “representativos”, ya que puede ocurrir que la representación sea válida en cuanto a la legalidad concerniente a las reglas dictadas por la legitimidad democrática, pero que el representante no sea representativo o que lo representativo sea, ¡oh sorpresa! la *desconstitucionalización*, la anomia, el populismo, la violación de la ley, el “todo vale”. No afirmamos esto con el propósito de autoexculparnos; al contrario, pensamos como Albert Camus, que los errores o la derrota de un hombre no juzgan a las circunstancias sino a él mismo: es decir, no es un problema de circunstancias, sino en definitiva de personas.

Ezequiel Martínez Estrada, que no está demás recordarlo, hacía referencia, para llamar la atención, con dos palabras: las *invariantes* o las *inalterantes* históricas costumbres argentinas. La primera figura en el Diccionario de la RAE (magnitud o explosión que no cambia de valor al sufrir determinadas transformaciones). Las invariantes de la historia argentina se referían a la repetición de los errores; y este es otro problema cultural, pues todo siempre nos conduce a lo cultural. El argentino, considerado

en términos aristotélicos, es un ser *politikon*, que tropieza no sólo dos veces, sino cinco, diez, o veinte con el mismo obstáculo, y sigue tropezando porque no tiene capacidad de rectificación. Y no la tiene porque no quiere ejercer la autocritica, no quiere reconocer el error. Nadie reconoce sus errores y al que lo reconoce le dicen que es un estúpido, cuando en verdad el reconocer los errores es “nobleza obliga”, o sea lo que corresponde en definitiva a los ciudadanos conscientes de sus deberes y responsabilidades. Para ello se requiere cumplir con decisión (firme) y con honestidad (sincera), para no caer en el pecado que un colega reprochaba al afamado Heidegger: “la vaguedad”.

VIII. Es menester insistir en que el problema no se circunscribe a la epidermis. No basta con cambiar un sistema electoral. En la Reforma política (de la cual ya ni se habla) y en ocasión de los mensajes presidenciales de los últimos años (donde hay largas alusiones sobre el Ministerio de bienestar social, sobre aportes del Tesoro Nacional, y sobre la política exterior, etc.) no se encuentra ni un renglón, una sola referencia, ni una sola palabra sobre la reforma política, entendiendo por tal a la reforma del sistema de los partidos políticos, y temas conexos. No obstante, existe una subsecretaria o secretaria de estado sobre la reforma política, pero desde entonces no ha querido hacer ninguna exposición ante las Comisiones del Congreso respecto de la tarea cumplida en un organismo que pagamos entre todos los argentinos.

La conclusión letal es que para la salud del sistema los vectores de la política están pasando fuera de su quicio, no pasan por los partidos políticos ni por el Congreso.

Ya no basta con crear al ciudadano. A lo que Sáenz Peña dijera: “quiera el pueblo votar”, alguien le agregó, “sepa el pueblo votar”. Pero ahora hay que tener en cuenta que así como se sostuvo que no hay democracias sin demócratas ni república sin republicanos, lo que faltan son partícipes. Hay que participar, pues la única solución es la participación ciudadana a efectos de movilizar todos los mecanismos que existen. Los hay muchísimos, pero que la abulia generalizada lleva a que, bueno... como “todo vale”, para qué voy a actuar, si total encima voy a perder tiempo, no voy a conseguir nada, y para colmo pueden ejercer alguna venganza o algún perjuicio o crearme un impedimento. De esa tentación por la resignación (antesala de la claudicación) hay toda clase de testimonios; algunos tan conmovedores como el interrogante feroz que formulara Charles Baude-

laire en “Las flores del mal”, cuando respondía a la pregunta “¿Dónde ir?” con esta pasmosa respuesta: “...no importa dónde con tal que sea fuera de este mundo”. Pero esa no es la solución.

Mecanismos hay, desde la defensa del usuario y del consumidor hasta la “ley de defensa del orden constitucional y de la vida democrática”. El derecho constitucional, por lo tanto, requiere de un orden público imperante; y no puede caer en el *vicio de traslapar*, que significa cubrir total o parcialmente algo con otra cosa. Traslapar es eso. Se vende una mercadería pero el contenido que va debajo de la etiqueta es otro distinto, y se repite a diario así. Este Derecho constitucional no debe estar limitado ni resignado a eso. El Derecho constitucional debe estar en todo caso destinado, si se quiere, a *reconstitucionalizar*, a la transparencia, a traspasar y no a traslapar. Dar transparencia a procesos oscuros, dudosos y cuestionados que hacen no solo al incumplimiento de la ley sino también a la “desviación del poder”. Porque muchas veces la incumbencia legítima se ejerce con una finalidad totalmente ajena al fin que la ley o que la constitución tienen en cuenta. Y para cumplir con esa función nos viene a la memoria nada mejor que la sentencia de Goethe, el gran genio de Frankfurt, cuando ese insigne poeta dice: “no basta saber, se debe también aplicar”. No es suficiente querer, se debe también hacer. Esa es una peraltada misión de los constitucionalistas y demás protagonistas del Derecho: elevar el nivel.

IX. Entonces, tres conclusiones:

1) Dejémonos de levitar y de musitar sobre la planicie de lo fútil. Vayamos a la examinación para tomar enseguida las prominencias que el alarmante cuadro de la *desrepublicanización* exige. Ahora o nunca, debemos emprender el camino de la re-constitucionalización y de la re-institucionalización, para ascender en el ranking de la calidad de nuestro Estado de Derecho; hoy con medidas muy precarias en los criterios de su valoración.

2) Dejar de endiosar a los embusteros que, con sus chapucerías de torpeza y de manifiesta imperfección, nos agravan los males existentes, sumando una obra hecha sin arte ni pulidez: por ejemplo muchas de las normas que nos rigen. No sólo cuando se “discursea” hay que ser preciso; también lo exige la redacción de las normas prescriptivas, que deben responder —para su mejor comprensión— a lo que Ortega y Gasset denominaba “la cortesía de la claridad”.

3) Superemos la desoxigenación de los círculos áulicos de los tilingos, por no decir mafiosos de la última moda, de la cosmetología pseudo-constitucional. El camino sensato es sencillo y es factible. *No sancionar leyes, normas y constituciones que no se puedan cumplir.* Reformar lo que no es viable ni tenga andamio, para no mantener ilusiones que no se puedan cumplir, porque esa es una forma de estafar o defraudar en la mente. Creando una confusión se crea un resentimiento; y generando un resentimiento se crea una incipiente semilla o germen de una insurrección, de una rebelión respecto del orden establecido. Y por último, hay que cumplir a raja tabla los principios republicanos que son siempre los mismos: democracia, separación de poderes, igualdad ante la ley, publicidad de los actos públicos, periodicidad en la función y responsabilidad. De los seis, probablemente se cumpla, formalmente, uno. El primero. Nada más; y siempre que no reaparezca el fantasma del fraude, que alguna vez se lo ensalzó con el aditivo de “patriótico”.

Las reflexiones que anteceden son una invitación al optimismo. Sólo falta sumarles el convencimiento y la voluntad, orientadas por la razón. No desvanecerse ante las contrariedades ocasionales. Nuestras conductas deben guiarse por el impacto emocional que produce el hecho cósmico de “que nunca la noche es más oscura que en el instante previo al amanecer”. Ya llegará la alborada. Savater confesó su perplejidad al leer la frase que un romano hizo escribir en su tumba: “creo con certeza que no hay mañana”. Pero para nosotros, es todo lo contrario. Si por “el ocaso” intuyéramos “el fin” antes del mañana, rogaríamos que en la lápida se estampara la nota convocante de Eduardo Mallea: que hemos vivido una intensa “pasión argentina”, animados todos por la fe en el Derecho. La misma idea vale para proclamar que debemos vivir una “intensa pasión constitucionalista”, para América y para toda la humanidad.◆

APORTES AL FORTALECIMIENTO DEL RÉGIMEN REPUBLICANO

EL RÉGIMEN REPUBLICANO REQUIERE UN FUNCIONAMIENTO REPUBLICANO DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS

POR JORGE REINALDO VANOSI (*)

I. Hablando en sentido amplio, debates sobre el tema electoral o sobre la „reforma política“, los ha habido para todos los gustos y todos los paladares. De modo que dentro del gran relativismo que rodea esta temática, tal como lo vienen observando los autores de derecho comparado de todas las democracias, sólo se puede abordar sabiendo que no hay verdades absolutas, no hay grandes certezas: y menos, en la actualidad cuando los psicólogos, con mucha gracia y precisión, definen al nuestro como el tiempo de “la quiebra de las certidumbres”. No podemos pretender certidumbre en materia de régimen electoral o de partidos políticos; lo que sí podemos pretender es no reiterar o repetir errores que ya hemos experimentado. Con una palabra voy a remarcar el sentido que se debe tomar como faro orientador: *experiencia*; el valor de la experiencia en materia electoral. Ya Platón, el sabio, nos llamaba la atención: “Lo que digo no lo digo como hombre sabedor, sino buscando junto con vosotros”. ¡Y así debe ser!

(*) Disertación pronunciada por el Académico, en la XIX Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires, celebrada los días 19 y 20 de abril de 2012.

Nosotros añadimos: Es bueno que nos ocupemos de la materia electoral, porque no está de más reflexionar acerca de que el acto electoral es el único momento —desgraciadamente— en la cual en países como los nuestros *todos somos iguales*. En el momento en que se vota no hay diferencias; hasta un minuto antes de votar y a partir del minuto posterior resurgen las diferencias, porque lamentablemente hay grandes desigualdades que quiebran la libertad de acceso y disminuyen la igualdad de oportunidades como una nota esencial de las democracias sociales contemporáneas y del futuro. Entonces, ese instante de igualdad total en que vale lo mismo el voto de un multimillonario que el del cirujano que no tiene dónde dormir y qué comer, ese momento sagrado, hay que custodiarlo para que el axioma básico que es: *un hombre o una mujer igual a un voto*, se cumpla, se respete y esté efectivamente garantizado.

En este sentido, creemos que la cuestión no pasa exclusivamente por el régimen electoral, sino además por el sistema de partidos políticos, del cual hasta hoy poco se ha hecho o cambiado. Es obvio que por más que alcancemos el máximo ideal en materia electoral y de controles electorales, si no perfeccionamos el sistema de las estructuras necesarias e imprescindibles de intermediación, que son los partidos políticos -máxime cuando las reformas constitucionales prácticamente les dan el monopolio de la intermediación-, si no mejoramos la herramienta, el producto va a seguir ofreciendo muchas críticas o lamentaciones.

Recordamos que fue Churchill, no en su frase tan remanida respecto de la democracia, sino a propósito de los partidos, quien decía que el sitio donde menos se practica la democracia suele ser aquel que corresponde al espacio ocupado por las herramientas imprescindibles para ejercerla, es decir, los partidos políticos. Si partimos de la premisa de Schumpeter, según el cual “la democracia es un sistema institucional para llegar a las decisiones políticas, en el que los individuos adquieren el poder de decidir por medio de una lucha competitiva por el voto del pueblo”; pues entonces comprenderemos la trascendencia de la cuestión.

El problema está en los partidos políticos y no en el sistema electoral. Podemos tener el mejor sistema electoral, pero con ello no vamos a mejorar la calidad del Parlamento. Vamos a mejorar la calidad del Congreso o de la Legislatura cuando mejoremos la calidad de los partidos políticos. El error en este punto radica en que en nuestros países se ha creído siempre en un criterio puramente cuantitativo de los partidos políticos, relativo

a su conformación; mientras que si observamos el desenvolvimiento de la partidocracia en aquellos países donde la calidad de vida política ha crecido considerablemente con el transcurso de los años, veremos que el criterio ha sido más *cualitativo* que cuantitativo.

En la Argentina nos llenamos la boca de orgullo diciendo que en el partido tal tenemos tres millones de afiliados, que en el partido cual tenemos otros tres millones, que fulano o zutano tienen medio millón o un millón y medio; pero sabemos que todo eso es, en el mejor de los casos, una distorsión exagerada para consumo de los ingenuos, porque la realidad es que los padrones se hicieron hace muchos años, más precisamente en 1982, después de la guerra de las Malvinas: y en ellos siguen figurando los muertos, y algunos vivos que se hacen demasiado los vivos y que no pueden actuar ni participar porque hábilmente se los proscribió o no tienen posibilidad de intervenir bajo las reglas de juego vigentes.

Respecto de los grandes partidos políticos de las democracias, constatamos que muchos de ellos no llegan a los cien mil afiliados y aun así gobiernan potencias mundiales. Nos gustaría que alguien —que tenga una gran experiencia en derecho comparado— dijera si en Francia existe algún partido político que haya excedido en su membresía formal esa cantidad. Lo mismo puede comprobarse con los partidos políticos de Italia, España, Alemania; etc. Distinto era el caso del Laborista inglés, pero en tiempos en que su afiliación era solamente indirecta, o sea, a través de los sindicatos. Por su parte, en EE.UU., las estructuras partidarias están acotadas por el régimen de las llamadas elecciones primarias abiertas.

También podemos considerar que en algunos países está latente la tentación a la perpetuidad: el que está quiere quedarse, el que se fue quiere volver, y el que tiene un espacio político lo quiere agrandar. Está en la naturaleza del político acrecentar su espacio imaginario, pero el país no soporta más de ciertos límites. Las hegemonías han sido nefastas y las hemos pagado no con sudor y lágrimas sino con sangre, que es mucho peor, más costoso; y nadie quiere volver a ese tipo de experiencias.

La contradicción fundamental que limita al sistema, es la *lista bloqueada*, bien llamada técnicamente de esa forma, aunque con frecuencia se la denomina erróneamente lista “sábana”. La lista bloqueada no da más. Todas las encuestas de opinión pública y todas las formas de captar el humor de la sociedad indican que el sistema está agotado; pero el sistema no

se va a cambiar tan fácilmente, por la sencilla razón de que los que hacen las listas no quieren que el pueblo tenga la osadía y el atrevimiento de modificar en el cuarto oscuro esa oferta cerrada como un *closet*, como un *container*, que se le presenta en el momento de la votación. Y aquí viene la contradicción fundamental a la cual aludíamos: por un lado, nos llenamos la boca y agotamos la garganta predicando las formas de participación, el “participacionismo”. Se escribe, se ensaya y se pronuncian discursos sobre las propuestas más avanzadas; pero en el acto básico y fundamental de participación, el sufragio, donde todos somos iguales, cuando hay que entrar al cuarto oscuro, tomar una boleta, ponerla tal como está, cerrarla en un sobre y colocarla en una urna: vemos que en realidad se trata de un menú fijo, que no permite elegir opciones diferentes. “¡Tome o deje!”

En el mundo sólo hay dos países que mantienen el sistema de representación proporcional D’Hondt y conservan la lista bloqueada. Todos los demás han flexibilizado el sistema D’Hondt y algunos han llegado a extremos que no podemos ni soñar. Por ejemplo, en un par de países de origen anglosajón el votante entra al cuarto oscuro, encuentra una sola boleta donde están todos los candidatos por orden alfabético con la sigla y el emblema del partido respectivo, y marca con una cruz los que quiere; por lo general lleva la boleta preparada con las marcas que ha hecho luego de una meditación previa. Por otra razón importante creo que no debemos irnos del sistema D’Hondt, a fin de *que nadie pueda tener una mayoría tan absoluta como para cambiar el sistema constitucional del país o los reglamentos de las cámaras, que suelen ser tan importantes como las leyes supremas del Estado.*

La reforma constitucional argentina de 1994, toma dos precauciones al respecto: el inc. 3° del art. 99 prohíbe modificar el sistema electoral por decreto de necesidad y urgencia.

La segunda precaución está reflejada en el art. 77, recogido por la ley 24.430 —“el olvidado” que se les cayó el último día—, que exige una mayoría especial de votos en ambas cámaras para poder modificar el sistema electoral. Esto significa que hay que conseguir un gran consenso, hay que buscar el acuerdo sobre las reglas del juego, el “*agreement on fundamentals*” de los *yankees*, el acuerdo sobre las reglas del juego.

Consideramos que el pueblo está maduro, los que no estamos maduros somos los dirigentes; en esto discrepamos parcialmente con algunos

recalcitrantes. El pueblo de la Ciudad de Buenos Aires lo demostró en la primera elección de 1912, cuando la lista no era bloqueada —porque en la Argentina hubo lista desbloqueada desde 1912 hasta 1951—, eligiendo a Luis María Drago, que pertenecía a un partido que resultó cuarto. Pero Drago, el gran canciller, que señaló ante la faz del mundo que no podía haber cobro compulsivo de la deuda pública externa; fue votado por el pueblo y resultó uno de los dos diputados más votados, junto con Vicente Gallo y el luego presidente Alvear.

En 1930 se llevó a cabo una elección entre los partidarios de Antonio Di Tomaso (PSI) y el irigoyenismo, que ya estaba en crisis. Nicolás Repetto (PS) por su gran prestigio como hombre público, probo, transparente, fuera de toda sospecha, fue electo por la “preferencia”. Santiago Carlos Fassi, uno de los pocos diputados de la concordancia que apoyaban al presidente Ortiz para que volviera la pureza electoral al país y se interviniera a las provincias fraudulentas y violentas que manejaban los conservadores de aquella época, fue votado y electo diputado en 1938 no obstante que su partido (el Antipersonalista) estaba tercero o cuarto. Entonces, si el pueblo estuvo maduro en los años 1912, 1930 y 1938, ¿cómo no va a estar maduro hoy? Rechazamos, pues, categóricamente, la oposición al desbloqueo de las listas sobre la base de los argumentos que dicen que el pueblo no está preparado, que se va a confundir o que es complicado: la gente ya no es tonta y no traga vidrios.

La gente conversa, la televisión y la radio llegan, y ni hablar de aquellos que tienen acceso a Internet o a otras cosas. A la gente en este momento no se la puede engañar: quiere *elegir, seleccionar, participar* y ser *protagonista*. No podemos negar esto, porque si lo hacemos vamos a tener más indiferencia de la ya existente, más alejamiento del que ya hay, y más pérdida de “identidad” de la que ya tienen los partidos políticos. Debemos tener mucho cuidado con esto, ya que la pérdida de *identidad* trae aparejado el alejamiento de la *pertenencia*, constituyendo un gran vacío favorable a las situaciones de *anomia*, que creemos nadie quiere provocar. Nótese que en elecciones recientes, la sumatoria de los votos en blanco con los votos anulados y las abstenciones por incomparecencia, arrojaron un total de un hipotético tercer partido político argentino. Esta grave situación de deslegitimación se sigue acentuando notablemente.

Debemos expresar que no nos convencen los sistemas electorales mixtos. No los vemos fáciles de aplicar, al menos, en la Argentina, donde te-

nemos algunas provincias superpobladas y otras infrapobladas, pero esto forma parte de otro tema, que es el reemplazo de la *ley del equilibrio* por la *ley de las equivalencias* en el federalismo argentino, donde por vía de la regionalización tendremos que procurar, como quería Dorrego —y cito a un federal y no a un unitario—, unidades equivalentes entre sí, ya que sino el federalismo argentino es un “engañapichanga”, como alguna vez expresara Félix Luna. La concepción folklórica del federalismo nos trae a colación la severa advertencia de Edgar Allan Poe: “Si se mira demasiado fijo una estrella, se pierde de vista el firmamento”.

El sistema mixto que predicán también los politólogos del *establishment* se refiere al de Alemania: pero aclaremos que este país tiene una Cámara de Diputados de más de 650 miembros y 90 millones de habitantes. Si en nuestro país habláramos de duplicar el número de integrantes de la Cámara de Diputados seríamos seriamente criticados, ya que toda la sociedad —no sé si con o sin razón— clama por la disminución del llamado “gasto político”. Como es por todos bien sabido, el verdadero gasto político es la corrupción y no el gasto de la política, ya que ésta es necesaria. De otro modo vamos a volver a la *delegación gerencial* que hizo la Argentina durante muchas décadas —y así le fue—, cuando se decía que la clase dirigente no se mete en política porque insume mucho tiempo, hay reuniones de noche y trasnoche, es puerca, etcétera; y por eso, entonces, delega en los militares, en los tecnócratas, en los empresarios, y en todas las entidades cuya finalidad no es gobernar, sino en todo caso influir, gravitar o defender sus intereses; pero no ocupar el poder. Por culpa de la desidia de la “clase dirigente” —o mal llamada dirigente— se entregó el paquete del poder a quienes no tenían que ejercerlo, sino en todo caso controlar o gravitar respecto de él. Y si los cargos políticos no están retribuidos, pues entonces solamente los muy ricos, o los “esponsorados” o los corruptos podrán acceder a ellos.

De modo entonces que no creemos que sea fácil dividir al país en dos partes: por un lado, provincias grandes con un sistema electoral más perfeccionado y, por el otro, provincias chicas con un sistema electoral más primario. Por otra parte, tenemos serias reservas y dudas respecto de las llamadas elecciones primarias abiertas —que es otra aparente panacea— que presenta algunos pequeños inconvenientes que deseamos señalar. Por lo pronto, hay que leer con detenimiento la opinión de los autores norteamericanos que tienen muchas experiencias para analizar y que llegan al convencimiento de que, para los cargos legislativos —tanto

del orden federal como estadual—, ese tipo de sistema no ha servido para mejorar la calidad de las listas. Sí, en cambio, puede ser útil para la selección de los candidatos presidenciales. En Argentina este sería un ensayo a realizar, pero siempre y cuando la elección primaria abierta sea en serio y no “a la criolla”, es decir, debe realizarse el mismo día y para todos los partidos, con el mismo padrón y con las mismas autoridades. No sea que los de un partido vayan a votar por el peor precandidato del otro partido para “reventarlo”, cosa que ya ha ocurrido. Y hay otros partidos que ni siquiera han podido dar las cifras finales veraces del escrutinio de sus primarias abiertas porque tuvieron menos votantes que afiliados. O sea, que lo de “primarias y abiertas” parece un eufemismo. Pero el argumento de fondo es de actualidad. Si practicáramos la elección primaria abierta para todos los cargos significaría, lisa y llanamente, la duplicación del gasto político; y ello es así porque hay que hacer dos elecciones completas ante todo el electorado: el doble en publicidad, televisión, radio, afiches, viajes, hoteles, mesas redondas, alquiler de locales, movilizaciones de dirigentes; todo el doble, y el país no está en condiciones de soportar eso. Entonces, creemos que lo mejor es empezar por el ABC: tenemos que mejorar nuestros partidos, o de lo contrario pueden seguir siendo “más de lo mismo”. Entre el gatopardismo del príncipe de Lampedusa y la sentencia de Lavoisier, optamos por el mayor margen que nos concede la segunda: “Nada se pierde, todo se transforma”. ¿Con los partidos acontecerá lo mismo? ¿O caerá sobre ellos la maldición que Paul Valery dirigió a las civilizaciones?: “También son mortales...” (1945, al cabo de la segunda guerra mundial).

Todos nuestros partidos están en lo que los italianos llamaban la *corriente-cracia*, es decir, más que una demo-cracia una corriente-cracia, como era el Uruguay con la ley de lemas. En definitiva, cada vez que nos ilusionábamos con algo —porque hay que tener lo que Ortega y Gasset llama la *idea de futuridad*, es decir que hay que tener una ilusión y avizorar un país, lo que ahora y bajo la crisis casi terminal, ningún argentino vivencia— al cabo de los años nos encontrábamos con que estábamos metidos no en más de lo mismo, sino en “peor de lo mismo”. Y eso lleva al desánimo y a la confusión, pues bien advertía el escritor Saúl Bellow que “cuando la necesidad de ilusión es profunda, una gran cantidad de inteligencia puede ser empleada en no comprender nada”.

El pueblo hace el siguiente cálculo: los partidos políticos, del cien por cien de su energía política vuelcan el ochenta por ciento a la *política agonal* del internismo, que se transforma en un autismo o masturbación; y el

ya fatigado veinte por ciento restante queda para la *política arquitectónica* que es lo que Santo Tomás hace muchos siglos llamó “procurar el bien común”, el interés general o el bienestar general del que habla nuestro sabio Preámbulo de la Constitución Nacional. Entonces, creemos que hay que empezar a tomar el toro por las astas, y reconocer que el mal lo tenemos dentro de los partidos; esa perversión o desviación del sistema, que no está tanto en las normas, sino en los comportamientos y en las conductas.

En este sentido, recordamos una anécdota de un ex presidente al que le llevaron un elaboradísimo dictamen —sobre todos estos temas, preparado por una muy sabia comisión—, y él señaló: “¿Pero señores, con el trabajo que nos cuesta hacer “la trenza” y armar la lista y que “la camándula” quede perfeccionada, vamos a permitir que se deshaga, y se evapore en el acto del comicio?”. Fue sincero, pero esa “sinceridad” es deprimente. No nos alarme entonces que la juventud se vaya a la búsqueda de otros ámbitos y de otras voces (como diría Truman Capote) y así, coincidiendo con sus propuestas, los jóvenes ingresen a las ONG o a Cáritas, porque ahí no se roba, a la Liga Argentina de Lucha contra el Cáncer, porque ahí no se trampea; es decir, a las mil entidades religiosas y laicas que tienen un mínimo de transparencia asegurada.

No se trata sólo de crear nuevos órganos de hipertrofia de mecanismos de control —ya hay muchos—; y la Constitución reformada ha constitucionalizado algunos y ha creado otros; hay casi una exageración de órganos de control y nadie sabe “quién controla al control”, porque también hay corrupción en los órganos de control. Los supuestos controladores son más sospechosos que los pretendidos controlados. No hay diferencia entre ellos. No busquemos otras causas en nuestros fracasos. Es tan claro, que lo marcó el poeta Fernando Pessoa: “Porque el único sentido oculto de las cosas, es que no tienen ningún sentido oculto”.

Lo que falla en algunos de nuestros países es el principio republicano de *la responsabilidad*. La gente quiere ver culpables sancionados y también responsables inhabilitados. En este tema los norteamericanos, a la larga, lo consiguieron: por eso es que en los Estados Unidos los juicios contra el Estado no están caratulados en abstracto, por ejemplo García contra el Estado Nacional o García contra Arizona, sino con el nombre del funcionario que cometió la “barrabasada”. ¿Qué es lo que sucede aquí? Diez años después la Corte Suprema resuelve que hay que condenar al Estado a pagar diez millones de dólares por una medida o resolución mal hecha

emanada de un órgano gubernamental, y nadie sabe quién fue diez años antes el presidente del Banco Central que fue culpable de eso; y lo pagamos todos con las contribuciones, porque la plata sale del presupuesto que es aprobado por los representantes del pueblo y pagado por el pueblo.

Entonces, Montesquieu tenía razón: el problema no está en la levedad de las penas —los que quieren garrote—, sino en que ellas no se aplican, y lo que la sociedad reclama es ejemplaridad; es decir, comportamientos y conductas a la altura de las circunstancias. Bien advertía, mucho tiempo antes, Francis Bacon: “El que quiere no pensar es un fanático; el que no puede pensar es un idiota; y el que no osa pensar, es un cobarde”. Bacon sabía que *el pensamiento era poder*, sepamos, entonces, aplicar ese poder, pues nos estamos acercando al instante en que, traspuesto ese momento, después será demasiado tarde. ¡Evitemos la frustración! Hay que afrontar el desafío, no hay que evadirse; pues bien advierte un autor: “Quien dice que la ausencia causa olvido, merece ser por todos olvidado” (Juan Boscan).

II. El problema que gira en torno al financiamiento de la actividad política ha adquirido en los últimos tiempos una trascendencia fundamental en el debate de los grandes temas atinentes a las democracias modernas. Se trata de dar transparencia a actividades que hasta no hace mucho tiempo carecían de toda reglamentación, Situación que se fundaba en la creencia de que no se debían invadir áreas vinculadas con las relaciones que mantienen los individuos con el poder político no estatal dentro de la sociedad. Sin embargo, la anomia lejos de facilitar el sano funcionamiento de las instituciones del Estado de Derecho, permitió de alguna manera que se desarrollaran formas de corrupción totalmente reñidas con las más mínimas consideraciones éticas que deben regir la vida de una República.

Semejante estado de cosas no sólo genera graves situaciones de desigualdad que resultan intolerables en un sistema democrático, sino que atenta de manera sumamente grave contra su propia subsistencia. No por casualidad, hace un siglo, Max Weber, descollante pensador y lúcido observador de nuestra época, advertía, que “las finanzas de los partidos constituyen, para la investigación y por razones comprensibles, el capítulo menos claro de su historia y, sin embargo, uno de los más importantes” (“Economía y Sociedad”, Fondo de Cultura Económica, p. 231, 1977). Nuestro autor hacía estas reflexiones en la década del 20, cuando recién se producían los primeros atisbos de constitucionalización de los partidos

políticos. La consolidación del sistema de partidos en todos los países que han accedido al constitucionalismo, ha agudizado de manera alarmante la situación a que se hace referencia en nuestra cita.

La legislación argentina presenta un grave vacío en la materia. La existencia de numerosas iniciativas presentadas en la Cámara, no han llevado aún a la sanción de la proyectada norma. Desde el Poder Ejecutivo se lanza periódicamente la promesa de la autodenominada "reforma política de la Argentina". Se trata de un ambicioso proyecto de enmienda de nuestro sistema político en sus áreas relativas a la problemática electoral y a los partidos políticos. Es justamente en lo atinente a este último tema donde se insertan una serie de propuestas vinculadas con el financiamiento de los partidos. Se enuncian varios puntos sobre los cuales hasta el momento sólo se conoce lo que han difundido los medios de comunicación masiva. Pero nunca se concreta nada.

Hay que insistir en los procedimientos de control a través de los cuales, el Estado, dando cumplimiento a uno de sus cometidos indelegables, velará por el fiel cumplimiento de los comportamientos contenidos en la nueva normativa. Nos preguntamos cómo es posible que se haya omitido la institucionalización de un campo tan importante de esta temática. Los más destacados especialistas en la materia consideran que resulta ocioso poner en práctica los más modernos institutos relativos al control del financiamiento de los partidos, si se deja de lado el tratamiento de la autoridad de aplicación que, justamente tendrá a su cargo la vigilancia de la operatividad efectiva de las normas.

¿De qué sirven las mejores normas si no existe la más mínima probabilidad de que ellas produzcan un cambio en los comportamientos de aquellos a quienes ellas van dirigidas, en la medida que no se ha pensado en la autoridad encargada de asegurar su observancia? Todas estas reflexiones las estamos haciendo a la luz de lo que disponen las legislaciones comparadas. En Estados Unidos es sumamente conocida la actuación de la "Comisión de Elecciones Federales": su intervención ha posibilitado cambios notorios en el accionar de los actores políticos.

Bélgica y Francia han adoptado la normativa más avanzada en la materia. El país galo inicia en 1988 el proceso de transformación de la actitud del Estado frente a los aspectos económicos y financieros de las agrupaciones políticas. En ese año sanciona una ley que más adelante es evalua-

da como demasiado laxa e incompleta, lo que lleva dos años después a la elaboración de dos nuevos ordenamientos. Nos referimos a la ley orgánica 90-283 del 10/5/90, relativa al financiamiento de la campaña para la elección de Presidente y de diputados: y, a la ley ordinaria 90-55 del 15/11/90, referente a la limitación de los gastos electorales y a la clarificación del financiamiento de las actividades políticas. Estos dos instrumentos contienen un modelo de suma utilidad para el tratamiento de nuestra temática.

Con el tiempo, han sido perfeccionadas; y guiados por el objetivo de la aludida reforma política, encontramos en la *“Comision Nationale des comptes de campagne et de financements politiques”*, contemplada en la legislación citada, el marco más adecuado para analizar a partir de dicho órgano, cómo lograr algo similar. La Comisión está integrada por 6 miembros con mandato por 5 años, 2 son designados por el Vicepresidente del “Consejo de Estado”, 2 por el Primer Presidente de la Corte de Casación y los dos restantes, por el Primer Presidente de la “Corte de Cuentas”. Los candidatos y partidos deben presentar las cuentas de campaña ante la Comisión. Para ello tienen un plazo de dos meses. La Comisión cuenta con seis meses para expedirse, en el marco de un procedimiento contradictorio. De no hacerla dentro de ese plazo, se supone que las cuentas han quedado aprobadas. La aprobación de las cuentas es fundamental para las agrupaciones, pues dicho acto condiciona los reembolsos previstos para las elecciones futuras. La Comisión puede disponer la realización de investigaciones mediante la intervención de oficiales de la policía judicial e imponer multas. Si entiende que han mediado delitos, debe comunicarlo al juez penal, y si estima que se han cometido hechos susceptibles de alterar el resultado del comicio debe informar al juez electoral pertinente.

Nuestro sistema de controles presenta una orfandad total, producto de un mal diseño de las instituciones encargadas de llevarlo a cabo; y, del desmantelamiento sistemático que han sufrido dichos órganos. La situación resultante de tan preocupante proceso ha sido denunciada en múltiples ocasiones y, por lo tanto, nos consideramos eximidos de argumentar nuevamente sobre la afirmación que acabamos de realizar. Lo que preocupa es que a los efectos de la finalidad que perseguimos a través de nuestros proyectos, no encontramos en nuestro medio la posibilidad de extraer de las instituciones existentes, los elementos necesarios para poner en funcionamiento un órgano que se asemeje a la comentada Comisión. El Uruguay cuenta desde antigua data con una Corte Electoral, que es un órgano independiente y de índole judicial. En México y otros países

latinoamericanos ya cuentan con “institutos” o “agencias” que asumen y tienen incumbencia en todo el proceso electoral.

Nuestra preocupación sobre la ausencia de todo control republicano en nuestras instituciones, —repetimos— se puso de manifiesto en numerosas ocasiones, pero en 1991, presentamos un proyecto de “creación del Consejo de Control de los órganos de Fiscalización del Poder Ejecutivo” (Exp. 5329-D-91 - T.P. N° 215/91). Proponíamos la organización de una suerte de Consejo de las Magistraturas, cuya actuación apuntaba al ámbito de los órganos encargados de controlar al Poder Ejecutivo. La principal función de dicho órgano consiste en la designación y remoción de los integrantes de los entes de control antes aludidos. Se establecería un novedoso procedimiento para el nombramiento de los miembros de dicho Consejo, a fin de evitar “el copamiento” del nuevo instituto, ya que se exigía el voto de las dos terceras partes de los miembros de las Cámaras reunidas en Asamblea Legislativa, con previa audiencia del candidato (art. 7).

Creemos que las modalidades de organización y la composición del Consejo constituyen un precioso antecedente para poder estudiar las características que debería tener la Comisión encargada de fiscalizar a los partidos. Pues, creemos, de acuerdo a lo expresado en los fundamentos del proyecto citado, que dicha institución se fundamenta en los principios básicos que inspiran la efectivización del control dentro del marco de un esquema efectivo de división de poderes.

Por otra parte, nos parece muy importante que se puedan efectuar balances periódicos de los resultados que arroja la aplicación de las nuevas normas en materia de financiamiento de partidos. Consideramos que ello nos permitirá conseguir el “*aggiornamento*” constante de las mismas. Somos partidarios de incorporar a nuestras prácticas parlamentarias el instituto que en el derecho sajón —y en especial el de los Estados Unidos— se conoce con el nombre de: “*reauthorisations procedures*”. El mismo ha sido la resultante de la necesidad de revisar los textos legales, cuando las conductas relacionadas con el objeto de los mismos, pueden ser muy variables en el tiempo. También este mecanismo es de gran utilidad, cuando es difícil determinar con anterioridad la correcta adecuación de los remedios propuestos a la situación crítica imperante. Para lograr un ajuste adecuado de la norma con la realidad, es preciso efectuar análisis periódicos en aras de ir modificando aquellas cuestiones que requieran una redefinición o una ampliación en determinados aspectos.

En muchas leyes de distintos países se introducen cláusulas que constituyen una suerte de compromisos de parte del órgano legislativo de proveer, a futuras revisiones, dentro de los plazos que se establecen en una disposición que forma parte de la ley que se acaba de sancionar. Esta previsión, conjuntamente con los procedimientos de monitoreo que se efectúan de modo casi permanente a fin de determinar el grado de observancia y de aplicación que tienen las leyes dedicadas a ciertas cuestiones, como la que tratamos o los temas ambientales, posibilitan una actualización y puesta a punto de la normativa de manera constante. En la realidad francesa se ha previsto especialmente en las mismas normas citadas, la obligación de parte de la Asamblea de realizar un balance, 18 meses después de su sanción. El resultado del primer balance posterior a su puesta en vigencia fue el que motivó la derogación de la ley de 1988 y su sustitución por las dos normas de 1990. En Francia, también son notorios los avances que se detectan como resultado de las opiniones del Consejo Constitucional y asimismo, de las resoluciones de la Comisión de control creada como autoridad de aplicación de la ley.

El deseo de contribuir en la consolidación de un sistema político prestigiado por la actuación transparente de sus protagonistas y prestigioso por la enorme respetabilidad que el mismo produzca en el ánimo de la ciudadanía toda, es el motivo que nos lleva a urgir el paso de la declamación retórica al plano de las realizaciones concretas y efectivas. Sólo así se recuperará la confianza, renacerá la credibilidad. *El paso más apremiante es la "judicialización" de todo el iter o proceso electoral, toda vez que con el sistema actual casi el 90% de ese espacio es cubierto por el Ministerio político (Ministerio del Interior) y el fuero electoral sólo cuenta con un tribunal propiamente específico en su competencia (la Cámara Nacional Electoral), ya que en primera instancia interviene la Justicia Federal a través de una Secretaría electoral. Y nada más.*

III. La crisis de identidad y pertenencia de los partidos políticos debe motorizarnos hacia la concreción de pasos decisivos y decisorios, que ratifique la toma de conciencia en torno a la gravedad de la situación.

No vamos a filosofar en torno a estos temas que hoy en día son de uso frecuente en el lenguaje de la política: son un valor entendido, al que todos se refieren cuando intentan destacar la trascendencia de una persona, institución o entidad que sirve y actúa como modelo o paradigma para una buena parte de la sociedad. Tal es el caso de los partidos políticos

(algunos más que centenarios) y cuyo peso cualitativo tiene siempre un valor igual o superior que el número de sus seguidores. ¡Cómo será la incidencia de nuestro partidos históricos en la vida cívica de los argentinos, que cada vez que han a sufrido una crisis o una división, las secuelas de ella han causado daño no solamente al propio partido sino al funcionamiento mismo de las instituciones democráticas del país! Así fue como en el siglo último, cada catarsis de los conservadores, los peronistas o los radicales aparejó rupturas y discontinuidades en el orden constitucional, poniendo en emergencia la gobernabilidad y acrecentando los riesgos de la vida democrática y en libertad. No es exagerado afirmar que el pluripartidismo argentino tiene a su cargo un deber adicional del que no se puede excusar: tal es su condición de agente pacificador del pueblo en su conjunto, ya que frente a los duros choques de las facciones sectoriales, el modelo social de nuestro sistema de representación política debe procurar el predominio del bien común y del bienestar general; o sea, el triunfo del solidarismo sobre el egoísmo y el éxito del altruismo sobre el individualismo. La partidocracia no puede ser indiferente a la cuestión social ni puede desentenderse de los apremios con que la necesidad insatisfecha limita el goce de las libertades y garantías.

Ha habido muchos partidos denominados “tradicionales” o “históricos” en otros países, pero la suerte dispar de ellos comenzó a partir de la pérdida de identidad de esas fuerzas, cuyo origen había respondido a una lucha regeneradora de una “causa” (a la que se idealizaba) frente a un “régimen” (al que se denostaba). *Y al perder la identidad, se fue alejando la pertenencia o membresía*, hasta quedar reducidos a meros apéndices del grupo dominante de turno. El pueblo se alejó de ellos. En la senda correcta, el kraussista ungido Presidente advertía: ¡que se pierdan mil gobiernos pero que se salven los principios! Los principios dejan de ser claramente visualizados por la ciudadanía cuando los dirigentes se mimetizan con las antípodas. La primera transparencia que cabe exigir es la del respeto y consecuencia con la razón de ser de un partido: podrán cambiarse las metodologías de trabajo y acción, pero no pueden arriarse los valores emblemáticos que peculiarizan a una fuerza política. Ante la pérdida de la confianza popular, hay que empezar de nuevo, para que renazca la credibilidad, una herramienta que no es fácil de sustituir. Pero ¡cuidado!; porque aquella afirmación de que las civilizaciones pueden ser mortales, también cabe para los partidos políticos, que no tienen asegurada la eternidad si toman el camino de la frivolidad, el cholulismo, la farandulería o el simple vaciamiento de sus contenidos históricos que le imprimieron su

“identidad”. ¡Cuidado con los socios circunstanciales! Porque aquello de que “el pabellón cubre a la mercadería”, ya no engaña a nadie. El pueblo está mucho más esclarecido pues no tiene el velo que turba la visión de algunos dirigentes que viven sumergidos en el autismo. Sepamos escrutarse las verdades, que suelen ser sencillas, como lo es la sabiduría popular.

Para tornar más dramático el cuadro de situación, basta con la paradójica comprobación de la dinámica “suma”, versus “resta” que exhiben los impulsos que animan a los “movimientismos” es desmedro de la tipicidad de los partidos políticos entendidos como fuerzas orgánicas y permanentes destinados a fungir como estructuras necesarias de la intermediación en los regímenes de naturaleza representativa. En el afán de sumar (léase: de “rejuntar” y “rejuntar más y más”) desembocan periódica, sucesiva y espasmódicamente en actos prepotentes de segregación de todo disidente que se atreva a quebrar el coro de la unanimidad o del discurso único. Es que el “unicato” no tolera la discrepancia, ya que ésta equivale a la herejía; de donde resulta que el afán movimientista precipita fagocitaciones por un lado y expulsiones por el otro, todo ello en un clima de intolerancia como reflejo de una arrogante voluntad de dominación. Ante tamaño delirio no hay piedad que los detenga; y el contraste es un espectáculo de relieve surrealista: en vez de la verborrea “inclusión” que se predica, en la práctica se consuma una generalizada “exclusión” de aquellos que no comparten la supuesta verdad oficial.

IV. A manera de proposición, dejamos algunas sugerencias que consideramos apropiadas para el logro de los cambios necesarios a introducir en los regímenes vigentes en la actualidad. A saber:

1. La reorganización amplia de los partidos políticos y su puesta en estado de asamblea, ya que, actualmente, la voluntad participativa de la ciudadanía se encuentra lejos de estar representada en sus registros de afiliados. En efecto, los padrones existentes son de 1982 y ningún partido tiene tantos millones de afiliados como manifiestan tener. Incluso, cuando un “frente” hizo la experiencia de una elección primaria abierta, concurren a esa votación menos ciudadanos que la suma de los afiliados que tenían los partidos que lo componían. Debe sincerarse la situación real de los grandes partidos políticos. En Europa, éstos no pasan de los cien mil afiliados y son países de 50, 60 o 70 millones de habitantes. Naciones que tienen partidos, no obstante la crisis universal de los mismos, con energía genuina y no artificial.

2. La puesta en valor del caudal de afiliados debe hacerse lo antes posible y en tal sentido es necesario que los partidos políticos se reconstituyan democráticamente con afiliación ante la justicia, no ante un señor que va con un portafolio lleno de “fichitas”, que hace llenar estas “fichitas” hasta a los muertos y también a algunos vivos, que finalmente resultan ser demasiado vivos. Esta “cosecha de voluntades” termina volcándose en los padrones a favor de las cúpulas que se perpetúan de acuerdo a la “ley histórica *de* las oligarquías partidarias” (Michell). Esta es la suprema contradicción del sistema: no le exigimos a los partidos políticos lo que sí exige la Constitución al pueblo, a los gobernantes, a todas las entidades intermedias. Los partidos viven, en ese sentido, en un mundo aparte que, desgraciadamente y en ciertas circunstancias, se comprueba que es el mundo del autismo (sic). Otro tanto, y no podemos dejar de decirlo, acontece con muchas otras instituciones públicas. La afiliación a los partidos políticos, formalizada ante la justicia, es perfectamente factible y sencilla si mediante una Ley-Convenio entre la Nación y las provincias se habilitan a ese efecto todos los tribunales existentes en el país.

3. En cuanto a la organización interna de los partidos, deben incorporarse algunas reformas a sus estatutos o cartas orgánicas; por vía de su autonomía y autogestión y no como una imposición heterónoma. Por ejemplo: representación proporcional (con régimen de “preferencias”) en la elección de sus cuerpos directivos y en la selección de los candidatos nacionales, provinciales y municipales. Además, reemplazar las anacrónicas “plataformas electorales” (extensísimas y costosísimas, que nadie lee y nadie cumple) por cartillas o documentos que contengan declaraciones explícitas y terminantes en torno a la orientación y dirección que se habrá de emprender, con líneas doctrinarias precisas, claras y uniformes que permitan al electorado comparar y diferenciar inequívocamente las distintas alternativas ante los comicios.

4. La creación de un sistema especial de control del financiamiento de los partidos políticos y de los actos de naturaleza económica que éstos lleven a cabo. Dicho cometido deberá estar a cargo de un órgano especializado de fiscalización que ofrezca las mayores garantías de independencia y de transparencia en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con las características contenidas en las legislaciones más avanzadas de los países que han abordado la cuestión.

5. Asimismo, para cada uno de los puntos arriba consignados, se deberán prever mecanismos adecuados a través de un fuero especial del Poder Judicial a cargo de Jueces Electorales de primera instancia que deban ser creados; hasta llegar a la plena judicialización de todo el control que debe recaer sobre los partidos políticos y los procesos electorales.◆

LA REPÚBLICA Y EL ESTADO DE DERECHO FENECEN CUANDO DECAE LA “SEGURIDAD JURÍDICA”

POR JORGE REINALDO VANOSI (*)

I. La seguridad y las seguridades

En su “Manual de Derecho Constitucional” (Kapeluz, Bs. As, 1956) destacaba Carlos Sánchez Viamonte que “para la manifestación de la personalidad y para su pleno desarrollo se necesitan un conjunto de condiciones que consagren su inviolabilidad. A este conjunto de condiciones se le llama seguridad, y corresponden a una cualidad esencial de la personalidad humana: la dignidad” (pág. 127).

El léxico de las “crucifixiones” se desborda de acusaciones y de jactancias sobre la ausencia o presencia de ciertos niveles de la seguridad, que es la *conditio sine qua non* de la real y efectiva vigencia de un Estado de Derecho. No todo Estado “formal” de Derecho es tal si no cuenta con datos mensurables de un Estado “material” de Derecho, por la razón de que las autocracias y hasta los totalitarismos pueden engañar o cautivar con la nota de su perduración, cuando ésta —en rigor— se halla sometida al vaivén del circunstancial detentador del poder. Por ello, errónea es la creencia de que loada sea la seguridad que se apoya en la mera coerción del poder, cuando la simple exhibición cohibitoria no puede sostenerse

(*) Disertación pronunciada por el Académico, en la XIX Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires, celebrada los días 19 y 20 de abril de 2012.

en ausencia de consentimiento social con garantías de asegurar reglas jurídicas legítimas, estables, claras, perdurables y garantizadas en su cumplimiento por el libre ejercicio de los órganos de control independientes.

La concentración del poder es apariencia óptica pero no es garantía concreta de limitaciones que impidan el abuso o la desviación (*detournement*) del poder. Motivos por los cuales la “seguridad” es un dato poli-facético y comprensivo de elementos tan mutua y recíprocamente interdependientes como el establecimiento —exigible por la ciudadanía— de una organización del poder que naciendo de la preservación de la “seguridad personal” o individual, se prolongue en el firme mantenimiento de la “seguridad jurídica” (reglas de calculabilidad, de predictibilidad, previsión y sanciones), más el reaseguro de un componente indeclinable en favor de la cobertura de las necesidades mínimas de las sociedades que requieren movilidad ascendente y que recibe el nombre de “seguridad social”.

Así y todo, si bien es cierto que el reconocimiento de la seguridad en general responde a la sumatoria de datos objetivos, no es menos cierto que en cuanto a la confiabilidad y a la credibilidad de un standard razonable y aceptable de “seguridad jurídica” —indispensable para crecer en los terrenos de la inversión (interna o externa)—, de la ocupación, de la asunción del riesgo emprendedor, de las garantías protectoras y de la reparación de los despojos confiscatorios, todo ello se presenta a juicio y ponderación de la sociedad (y no sólo de los “calificadores” de riesgos) como la percepción de una “sensación térmica” de fuerte influjo decisorio.

Sólo un país “desnortado”, sin brújula que lo oriente en el camino del afianzamiento de esas condiciones y recaudos, puede creer viable o divertida la burla en el derecho objetivo y el pisoteo prolongado de los derechos subjetivos, más allá de las limitaciones anormales y transitorias que puedan justificar las emergencias nacidas de una crisis y que deben cesar tan pronto se supere la necesidad de una excepcionalidad que jamás puede extenderse con la amplitud de regla permanente.

El derecho no es una estructura de convalidación complaciente de “super-poderes” que trastocan de quicio la regularidad de los derechos y garantías. Es cierto que “a grandes males deben corresponder grandes remedios”, pero cuando los avatares del siniestro —ya sea político, económico o social— vuelven a recuperar las tonalidades, variaciones y amplitudes

afines con la normalidad, los órganos de control deben ejercer un *pouvoir d'empêcher* frente a la vesania de quienes se creen iluminados para *gobernar de legibus solutus* sin percibir que además del daño inmediato y el retraimiento de la libre acción humana creadora habrán de inyectar un soporífero desmoche que causará la pérdida de frecuencia hasta llegar a la fase de la anemia de las fuerzas que impulsan el desarrollo social. La remembranza de experiencias habidas en diversas partes del globo nos lleva al convencimiento de que quienes así actúan —tan “despreparada” o incapacitadamente para esas funciones— no consiguen otra cosa que lo opuesto a una proclamada mejora de la “inclusión”, pues como consecuencia inevitable, ante la detracción productiva habrán de multiplicarse los índices de “exclusión”.

Cuadro macabro. Aguja punzante. Son trazos patéticos de “adanismo” (por Adán) que —aún sin tomar conciencia de ello— actúan a la manera de querer o pretender empezar todo de nuevo. Son espíritus (¿?) que habitan en la mansarda o buhardilla de los trastos viejos y gastados, fijados en recetas cuya obsolescencia indica el signo del fracaso. La psiquiatría los califica como enfermos de “parafrenia”, por cuanto residen en un pasado lejano (la niñez, la adolescencia, la juventud, la pubertad o la “estudiantina”) que producen el doble efecto de: a) impedir la apreciación correcta de la situación real, para actuar en consonancia con los cambios necesarios; y b) cegarse ante el desafío de una “futuridad” que reclama adaptarse y adecuarse a una “globalización” que —guste o no guste— está presente e impone imaginación y valor para precaverse de sus ansias dominantes sin renunciar a la aparcería en sus beneficios. Pero a veces nos topamos en el camino con extravíos que hasta las aves voladoras rehuyen, aunque como observaba Franz Kafka, “siempre hay un pájaro que voló hacia su jaula”. ¿Habrá pensado en los argentinos?

La tragedia de Somalia, en el llamado “cuerno de Africa”, que lleva muchos años de matanzas, invasiones exteriores, guerras civiles, contra-invasiones, choques tribales, enfrentamientos raciales y religiosos, luchas de tribus y clanes, más otras desgracias como el hambre, la pobreza y las pestes; son éstos algunos de los datos elocuentes que permiten dudar de la existencia misma del Estado. En efecto, Somalia (que no es el único caso) sufre desde 1991 una sangría interna que ha destruido cualquier forma de organización estatal. Afirman los *reporters* que cubren con informaciones procedentes de ese cuadro dantesco, que el “*Kaláshnikov*” (por la legendaria arma de origen ruso) es la única autoridad real de So-

malia (sic); transcribiéndose la penosa confesión de un nativo: “Nunca he visto un Gobierno en mi vida, sólo he visto jóvenes con armas y mucha destrucción” (“El País”, 20/I/2007). Podríamos —desde nuestra óptica— resumir esta vista lacerante y verista del vacío existencial del Estado, que los pobladores que allí sobreviven sueñan con un Estado; y, en tanto, imaginan lo que podría ser y hacer un Estado; pero no lo tienen. Sin Estado, sin Derecho, sin dignidad humana, el “todo contra todos”; el sentirse cada ser como algo igual o inferior a un rejuntemiento de chabisque, es decir, de lodo y fango. Son gente y no personas (pues no se sienten en tal condición), que si sobreviven, transitan el tiempo matando a otro o huyendo de otros; y si algún respiro tienen, podrán tunar (andar vagando en holgazanerías) o tuneando (de tunear, o sea, procediendo como pícaros). ¡Triste destino de quienes siendo también criaturas de Dios, difícil resulta considerarlos nuestros semejantes!

Si Han Kelsen identificó Estado y Derecho, al punto de que su concepto de la estatalidad equivale a la de una personificación metafórica del orden jurídico total; entonces, bien podría sostenerse que en ciertas partes del globo —como el ejemplo somalí— tampoco existe el Derecho, ya que como sustituto de una ordenación basada en la legitimidad y la legalidad, lo que impera es “un no sé qué” (como diría Francois Sagan) cuyos “dictum” emanan de la boca de disparo de las Kaláshnikov. ¿Cómo se va a mentar un “orden justo”, si ni siquiera rige un mínimo de “orden”? ¿Cómo se va a referenciar un Estado si no está vigente el monopolio de la coerción legítima y de la represión legal en manos de los poderes públicos, que son virtuales o inexistentes? ¿Cómo se van a predicar los elementos del Estado, si al decir de Jellinek no tiene gravitación “tan siquiera un umbral de ética”? La conclusión huelga: allí no hay Estado ni Derecho, en pleno siglo XXI.

Cuando el maestro de Viena examina el rol de la interpretación de las normas, por más generosas que sean las amplitudes y extensiones admitidas por sus discípulos, es evidente que al reconocer Kelsen que en la hermenéutica de los textos legales existe o hay cabida para “un marco abierto de posibilidades”, tal afirmación conduce a un par de señalizaciones, a saber:

1º) Que en todo acto interpretativo está presente el conocimiento y la voluntad que en ello vuelca la autoridad de aplicación que la lleva a cabo (p. ej., el legislador ordinario con respecto a la Constitución, el ejecutivo

con relación a las leyes, los jueces en cuanto a todas las normas que invocan para fundar sentencias; y así sucesivamente). Los métodos de interpretación empleados en la exégesis de las normas jurídicas son múltiples y complementarios (p. ej., el literal, el finalista o teleológico, —ver Fallos 307:1018— el integrador, etc.); y es admisible que cuando se trata de las “leyes supremas”, cuanto mayor es su jerarquía con mayor frecuencia se confluya en la tarea con lecturas de significado distinto según se haya adoptado un método de interpretación “estática” u otro de interpretación “dinámica” (p.ej., con el texto de la Constitución Nacional). Así se puede llegar a resultados diferentes, ya que con el primero —el método estático— la norma es entendida “históricamente”, con el tope de los alcances previstos o contemplados al tiempo de su incorporación por el Constituyente, mientras que aplicando el segundo —el método dinámico— las normas *sub examine* se desprenden de la voluntad presunta o explícita de su autor (el poder constituyente) y, al emanciparse como una suerte de rotura de su cordón umbilical, pasa a ser interpretada y aplicada a tenor de los valores que se estiman preeminentes contemporáneamente; y, en muchos casos, ello contribuye a prolongar en el tiempo la vigencia de normas sin necesidad de acudir a su reforma o cambio.

2º) Que al reiterar Kelsen su dibujo o figura de la interpretación de las normas como “un marco abierto de posibilidades”, tanto en la “Teoría pura del Derecho” cuanto en su “Teoría General del Derecho y del Estado”, no ha abierto las compuertas para un jolgorio o relaje de la interpretación normativa; ya que si bien incluye en su conceptualización el término “abierto” —que denota amplitud— también lo une al sustantivo “marco”, el cual juega como una circunscripción: hay límites; o sea, una laxitud limitada. Un marco puede ser cuadrado, triangular, rectangular, ovalado y hasta incompleto en su perfil geométrico; pero no deja de ser un marco, o sea una figura que asociamos a la idea de un cartabón o de un cerco que rodea, ciñe o guarnece; con lo que queda entendido que se supone la presencia de “límites” que encuadran a una cuestión o a un contenido (DRAE).

¿Qué queremos sostener con esto? Que si bien el Derecho regula su propia creación (Kelsen *dixit*), los límites están dados por la escala axiológica que el propio Constituyente incorpora a su obra, no siendo la habilitación que reciben los órganos de aplicación una potestad ilimitada (*de legibus solutus*). No se pueden traspasar los parámetros, por ejemplo, invirtiendo los términos de esa escala de valores. Si así ocurre, se está en presencia de

la violación del plexo jurídico de base o, en el caso de las normas más individualizadas, ante la comisión de prevaricatos. En conclusión, el Derecho regula su propia creación, pero también el Derecho custodia su legitimidad (que según Max Weber, es la creencia en una cierta legalidad). Por cierto que siempre quedará pendiente el interrogante acerca de “quién custodia al custodio” (*Quis custodiet ipsos custodes*) (1); y la respuesta deja traslucir un suspenso: la Sociedad.

II. Conclusiones acerca de la “seguridad jurídica”

1) La seguridad es la *atmósfera* en la que se desenvuelve el Derecho. El concepto de seguridad es incluyente de “todos” y de “todo”, a partir del *prius* de la dignidad de la persona; por lo cual ampara a víctimas y a victimarios, a tal punto que el Art. 18 de la Constitución Nacional, al referirse a las cárceles, señala que las mismas serán “para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas” (1853). Resulta incomprensible la orientación denominada “abolicionista”, que predicán algunos cultores del derecho penal, cuyo progresismo contradice el garantismo que todo el conjunto de la Sociedad necesita y merece, comenzando por el valor de la seguridad. Un adalid de esa vertiente, el profesor holandés Louk Hulsman disertó sobre “Sistema Penal y Abolicionismo” en la Facultad de Derecho de la UBA el 27/XI/2006, en cuya oportunidad esgrimió el sofisma de que el abolicionismo apunta a la justicia penal pero no comprende la supresión del derecho penal; aclarando que la primera (la justicia penal, que calificó de “tradicional”) ha buscado sus soluciones “siempre burocráticamente y negativamente”. Añadió que esa justicia “no otorga ningún beneficio a las víctimas”; y que, el derecho civil, en cambio, ha logrado avanzar poniendo el énfasis “no en la culpabilidad del autor sino en la indemnización de la víctima”; y a pesar de su distinción inicial, arremetió contra el derecho penal afirmando que “se ha quedado en el nivel de la teología moral” (sic). Asimismo, intentó distinguir entre un abolicionismo emparentado con el “movimiento social” (antirracismo, feminismo, etc.) y otra vertiente a la que llamó “abolicionismo académico”, cuyo sentido estricto es “que la jus-

(1) Frase latina del poeta romano Juvenal, diversamente traducida como “Quién vigila al vigilante?”, “¿Quién hace centinela al centinela?”, “¿Quién vigilará a los vigilantes de ellos mismos?”, y similares. El problema esencial fue primeramente expuesto por Platón en “República”, la sociedad perfecta descrita por Sócrates. La pregunta es dirigida a Sócrates: ¿quién vigilará a los vigilantes? o, ¿quién nos protegerá de los que protegen?

ticia penal no es legítima” (sic); pero a renglón seguido distinguió en este caso un rostro “conservador” y otro “crítico”, adjudicando al primero (el conservador) la formación que se imparte en los claustros universitarios y el lenguaje de los profesionales; y remató su argumentación exhortando a los estudiantes a “desafiar las instituciones existentes” y a “trascender los patrones tradicionales” con miras a avizorar “nuevas y originales vías de solución de los problemas sociales y de ejercicio de la defensa penal” (sic). Su única propuesta fue “utilizar un nuevo lenguaje” para “empezar a pensar a la ciudadanía” —y no al Estado— “como destinatario del servicio profesional y de intentar solucionar las conductas ilícitas de una manera *positiva e integradora*” (sic) (2).

Queda en mi modesto entendimiento la convicción de que las ideas expuestas por el Profesor de la Universidad Erasmus de Róterdam no contribuyen a preservar el valor de la “seguridad”.

2) La seguridad jurídica es un componente insoslayable del “Estado de Derecho”, sustancialmente considerado (y no meramente formal).

3) La “calculabilidad” como regla de previsión —especialmente en materias de tributación y de penalidades— es el motor de la acción humana.

4) El apego y respeto a las “instituciones” es indicativo de la alta o baja calidad de vida institucional de la que goza una sociedad.

5) Si lo más “previsible” es la perspectiva de una persistente incertidumbre institucional y una escasa certeza jurídica, la consecuencia es rotunda: ausencia o insuficiencia de “seguridad”.

6) No puede defenderse como válido el supuesto de un régimen autoritario que garantice la seguridad jurídica, pues aún en la hipótesis de una momentánea vigencia de ella, no pasaría de una ficción, siendo de alta peligrosidad ya que al cabo del tiempo y no habiendo *límites*, se entraría súbita o paulatinamente en el reinado de la *discrecionalidad* del poder.

7) Las raíces del problema de la inseguridad jurídica y los horizontes de una rehabilitación de la auténtica juridicidad en un Estado de Derecho, tienen una base común: *cultural*.

(2) Conf., “Derecho al Día”, Boletín de la Facultad de Derecho (UBA), N° 100, 28/XII/06, pág. 8.

8) La dificultad radica en que el “mito de Sísifo” (Albert Camus) es la nota descollante en el comportamiento de sociedades como la argentina: la piedra no solamente se cae repetidamente, sino que con la fenomenología de un síndrome, tropezamos hasta diez veces con ella, sin rectificar el rumbo a tiempo.

9) No se nota gran empeño en mejorar la calidad institucional. Se persiste en hacer “chapuzas”, o sea, realizar actos o efectuar hechos “sin arte ni esmero”, toscos e imperfectos, que no fortalecen el Estado de Derecho. Como paradoja, acontece que al mismo tiempo se observa entre los líderes de opinión una creciente preocupación por el problema: una encuesta de Poliarquía Consultores (“Clarín”, 27/1/07) muestra que la exigencia de una mayor calidad institucional aparece a la cabeza con 47%, por encima de *issues* como la cuestión social (34), la seguridad física (26) y la falta de un proyecto de país (18). Llama la atención que a pesar de esa inquietud de una sociedad que demanda mayor “calidad institucional”, el Presidente de la Nación se haya expresado con mofa y desdén acerca de ese recaudo del Estado de Derecho, en su discurso de apertura de las sesiones ordinarias del Congreso Nacional, el 1º de marzo del corriente año, sin darse cuenta que con ello incurre en burla y escarnio hacia la ciudadanía (fueron palabras infortunadas, reiteradas a lo largo del discurso, propenso a la zafia).

10) Queda la impresión de que para los detentadores del poder —en numerosas naciones estancadas— la vigencia de la juridicidad está relegada por los ansiosos impulsos del oportunismo y de un mal entendido pragmatismo. Se considera al Derecho como un suburbio; y a las normas legales a respetar y cumplir, como si fueran “chabolas”, es decir, chozas o ranchos de muy pobre construcción y de escasas proporciones, con pobladores condenados a vegetar marginalmente.

11) Si cupiera formular un símil o comparación para “dar idea viva y eficaz a una de ellas”, en el tema de la estrecha relación bi-direccional que existe entre la seguridad jurídica y el Estado de Derecho, me atrevería a acudir a la expresión “*sincopado*”. En efecto, si por *síncopa* se conoce una figura de dicción que consiste en la supresión de uno o más sonidos dentro de un vocablo (DRAE), pues entonces la seguridad jurídica es al Estado de Derecho lo que musicalmente acontece entre el ritmo y la *síncopa*: mientras que el ritmo es un orden acompasado en la sucesión o acaecimiento de las cosas, con una proporción guardada entre el tiempo

de un movimiento y el de otro diferente (DRAE), o sea, el mismo rasgo que caracteriza al Estado de Derecho; en cambio, nuestra crónica inseguridad jurídica sorprende cual si fuera una nota sincopada que “toma un movimiento contrario al orden natural, es decir, que va a contratiempo” (DRAE).

12) Por último, sería reconfortante que un día nos anoticiáramos que hemos decidido cambiar el rumbo, tomando en cuenta el aviso dado por el más alto Tribunal, hace menos de una década, cuando expresó: “Que resulta pertinente recordar que la jurisprudencia de esta Corte ha establecido la necesidad de que los particulares conozcan de antemano las “reglas claras de juego” a las que atenerse en aras de la seguridad jurídica (Fallos 311:2082, consid. 7º *in fine*), y destacó la “especial prudencia” que debe presidir la aplicación en el tiempo de los nuevos criterios (Fallos 308:552)” (3). Convendría que todos los gobernantes siguieran estos lineamientos, pues resulta obvio que las “reglas claras de juego” y la “especial prudencia” en sus cambios, hacen al valor de la seguridad jurídica.

Todo lo antedicho adquiere significación tangible y perceptible para el pueblo de cada nación, siempre y cuando la mentada “seguridad jurídica” sirva como rampa de lanzamiento para la movilización de las fuerzas y energías sociales que en goce del cuadro de garantías asegurado se orienten hacia la libertad creadora, en el más amplio sentido de la expresión. Existe una estrecha correlación e interdependencia de todos los factores actuantes, a tal punto que la carencia o insuficiencia de alguno de ellos derivará a la mutilación de los demás engranajes que componen la compleja pieza del sistema socio-económico. Ya señalaba Leandro N. Alem (*circa* 1890) que no puede concebirse una buena economía sin el acompañamiento de una sana política institucional. Así, observamos a más de un siglo después, que los términos se relativizan entre sí: de poco vale la productividad (consecuencia de la seguridad jurídica) si no está asegurada la competitividad (resultado de un marco regulatorio antimonopólico); si no aumenta la productividad (que tiene que contar con garantías para las inversiones de riesgo) de qué vale entonces la competitividad; de qué vale el juego del mercado si no hay suficientes consumidores y usuarios; de qué vale el régimen de premios y castigos (como estímulo para

(3) *Orbiter dictum* de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en autos “I.B.M. Argentina S.A. c. Administración Nacional de Aduanas”, sentencia del 7/V/1998, publicada en La Ley, 1998-D, 695.

toda actividad, material o intelectual) si los derechos son declaraciones y las expectativas son ilusiones; de qué valen los bienes y servicios si se confisca tributariamente el poder de compra, retaceándose de esa forma la posibilidad de acceso; etcétera, etc. Muchos más interrogantes quedan flotando en la confusa atmósfera de la movilidad social ascendente-descendente que muestran las experiencias de un mundo globalizado. El *derecho a la búsqueda de la felicidad* que incluyera Thomas Jefferson en la Declaración de la Independencia está demasiado opacado por manchas de insatisfacción (recomendamos la lectura de la obra de Lord Richard Layard, “La felicidad: lecciones de una nueva ciencia”; es para meditar).◆

V

OTRAS DISERTACIONES Y TRABAJOS

LA LEY SÁENZ PEÑA: UN MOMENTO CULMINANTE DE LA REVOLUCIÓN DE MAYO DE 1810

POR JORGE REINALDO VANOSI (*)

I. 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 ideas 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: sólo

(*) Disertación del Académico, en el acto público celebrado por las Academias Nacionales para conmemorar el “Centenario de la Ley Sáenz Peña”, en la sede de la Academia Nacional de la Historia, el 14 de agosto de 2012.

en 1852-53 culminará esa obra gigantesca, previa etapa de honda meditación y selección del pensamiento, a cargo de la brillante generación del 37. Pero la organización nacional llega sin la unión nacional, que no se concretará sino *a posteriori* de la Batalla de Cepeda, la Convención Constituyente de 1860 *ad hoc*, y de la Batalla de Pavón, exhibiendo el resultado de los tres poderes en funcionamiento y de las 14 provincias reunidas bajo la misma autoridad. Pero quedará aun en suspenso un problema particularmente difícil: el de la Capital Federal. Aquello que lleva a *Alberdi* a decir que recién en 1880 se puede hablar de una consolidación de las instituciones nacionales concebidas por la Constitución de 1853. Es decir, veinte años después de la unidad nacional y a casi treinta años de la Constitución.

Ese año de llegada de 1880, comparado con el comienzo, señala un período de setenta largos años de vicisitudes institucionales, que fueron jalonando un muy complicado y muy complejo proceso, pero que tampoco podemos decir, en realidad, que culmina allí, porque a partir de 1880 nuevos problemas se plantean, como que estaban todavía pendientes algunas cuestiones, entre ellas la nada sencilla de resolver, que era la de la soberanía popular; y esto quería decir la posibilidad de que el sufragio como herramienta de elección y decisión pasara a ser realmente el verdadero motor para la constitución de los poderes nacionales. Esa lucha, que en 1890 ya comienza a tener exteriorizaciones y exhibir el surgimiento de los nuevos partidos políticos nacionales (los partidos políticos orgánicos) sólo tendrá una satisfacción en la década de 1910, con la famosa reforma electoral del Presidente Roque Sáenz Peña, que bien se ha denominado “la quimera de un romántico” o “la revolución por las urnas” (Cárcano), al abrir la posibilidad de hacer pacíficamente un cambio trascendental, que no era solamente político, sino político y social dentro de la comunidad argentina. En las filas conservadoras es justo reconocer que fue una de sus figuras más destacadas, el ex Presidente Carlos Pellegrini; acaso el primero en denunciar la perversión del viejo régimen, mentalizando a su correligionario Roque Sáenz Peña con una misiva en la que le expresaba que “la generación que logre sacar al país de su sopor, encaminándolo a las urnas, habrá prestado servicio tan trascendente [a la Nación] *como el de su independencia*” (véase, R. Sáenz Peña, “Escritos y discursos”, Bs. As., Ed. Peuser, 1935).

Hasta allí tuvimos lo que podemos calificar como *el reinado inicial o aristocrático de la Constitución*, basado en un régimen que hasta la adop-

ción del sufragio universal tuvo la necesaria intermediación de lo que se ha dado en llamar “los notables”, es decir, el sistema preexistente al sufragio universal, igualitario y obligatorio. Hasta ese momento rigió lo que el propio Roque Sáenz Peña calificó como la “democracia conservadora”. Y comienza a partir de allí el período de lo que podemos llamar el *reinado democrático de la Constitución*, en que además de existir, al igual que en el período anterior, la totalidad de los poderes coexistentes y en funcionamiento, se suma esa energía o esa savia del sufragio universal. Pero en 1930 comienza el cuestionamiento (poco tiempo antes, Leopoldo Lugones había anunciado “la hora de la espada”; en las vísperas los perdidosos habían hablado de “la encrucijada alevosa del cuarto oscuro”) y algún tiempo después comenzaría por primera vez en la historia constitucional argentina el cuestionamiento no ya del partido en el poder, no ya de un gobierno en sí mismo, sino el cuestionamiento al sistema constitucional y a la propia democracia constitucional, tal como fluye evidentemente del pensamiento de Carlos Ibarguren y de algunos otros asesores que rodeaban al Presidente Uriburu en aquellos años, según se desprende de los propios discursos del General que no alcanzó a consumir los trasfondos ideológicos provenientes del régimen español encabezado por el General Miguel Primo de Rivera entre 1923 y 1930.

Aquella Constitución sufrió muchas deformaciones patológicas. Diríamos (forzando la biología) que la sufrió mucho antes de su gestación y hasta mucho después de su consagración. Antes de 1853 habíamos padecido la anarquía de 1820, habíamos conocido la larga tiranía. Antes de 1860 (y ya con la Constitución) tuvimos la mácula de la desunión. Antes de 1910 conocimos “el Unicato”, conocimos el régimen aristocratizante de los “notables” y hasta conocimos el “brindis de los incondicionales”. Más adelante, sería largo el repertorio enunciativo (y no taxativo) de nuestras deformaciones patológicas, empezando por las intervenciones federales abusivas. Vayan nada más que como botones, el “fraude patriótico”, por descreimiento en el pueblo, a partir de 1932. La reforma o cambio constitucional de 1949, con un régimen de “cesarismo”; el constante jaqueamiento de los contrapoderes contra los poderes del Estado, en las décadas sucesivas. La historia es conocida; es dolorosa y resulta triste comprobar los avances y retrocesos que explican nuestra inmovilidad. Lo que se erige en pedestal de la superación, al término de cada crisis, es *la vuelta a la Constitución Histórica* y el reiterado ciclo de salir del “desquicio” para volver a “quicio” bajo los grandes lineamientos de aquel documento (genéricos y generosos) que posibilitó el camino de los cambios que engrande-

cieron a la Nación —unificada y organizada—, entre los cuales se destaca la reforma electoral que abrió las puertas de los comicios.

Bien ha expresado el decano de los académicos constitucionalistas argentinos, Segundo V. Linares Quintana, que las bases jurídicas del sufragio son fundamentales para la correcta calificación de los regímenes políticos, afirmando al respecto, que: “Si faltase alguna de ellas, verdaderamente el régimen representativo fundado en el principio de la soberanía del pueblo resultaría falseado y desnaturalizado, y caería por sus cimientos todo el edificio del Estado constitucional. Es por ello que tales condiciones o bases del sufragio desaparecen inmediatamente que se instaura en el poder un régimen autoritario, por resultar incompatibles con el mantenimiento en el Estado del *gobierno de los hombres* como opuesto al *gobierno de las leyes*. A este respecto, es muy interesante y rico en sugerencias un estudio acerca del paralelismo entre los gobiernos despóticos y los sistemas electorales que utilizan” (Tratado, t. 7, pág. 48).

II. ¿Cómo se llegó a tan profunda reforma electoral?

Roque Sáenz Peña era conciente de la falencia institucional que la República ofrecía en lo que al goce y ejercicio de los derechos políticos se refiere. No era un improvisado, ya que su nutrida trayectoria pública lo había llevado a conocer de cerca todos “los bemoles” de nuestra vida política, plena de contradicciones y de frustraciones, no obstante lo cual el progreso y crecimiento nacional lucían ante el mundo como el logro más fecundo al tiempo de la celebración del Centenario de la Revolución de Mayo.

Ya a comienzos del siglo, en un discurso pronunciado en el Teatro Victoria el 31 de octubre de 1903, había exclamado con tono de denuncia y con sentido de reproche, estas durísimas palabras:

“Señores, un pueblo que no delibera, que no piensa, que no puede votar ni darse gobiernos propios, no es un pueblo en el concepto jurídico ni en su significado sociológico; esto no es una república, ni una democracia; será una parodia o ficción, será una tribu vestida a la europea; será una oligarquía, pero no es una entidad política, ni un cuerpo orgánico, ni un pueblo libre que tenga los atributos de la nacionalidad”.

A la fecha arriba indicada, la implosión del PAN y la división de las fuerzas conservadoras que gobernaban en la Nación y en las provincias, ha-

bían debilitado la resistencia a todo cambio. Era menester abrir el paso a una seria alternativa consistente en la fijación de las “reglas del juego”, ya que sin transparencia en las elecciones y sin libertad y garantías en el ejercicio del sufragio, se alimentarían los presumibles conatos revolucionarios, como así aconteció dos años después. Si bien el alzamiento de 1905 —dirigido por Hipólito Yrigoyen— fue sofocado, las mentes más lúcidas que abrevaban en el legado que había formulado Carlos Pellegrini en los años más cercanos, a favor del gran cambio, percibieron la necesidad de buscar a través del diálogo y del intercambio argumental una solución legal que brindara la legitimidad que solamente podía sostenerse sobre la base de la soberanía del pueblo, a tenor del art. 33 de la Constitución Nacional. Al cumplirse la primera década del siglo, las brevas ya estaban maduras para ese logro. Y el abanderado fue Roque Sáenz Peña que, con antelación a su presidencia, también había padecido y censurado la patología del fraude.

Hubo un pacto o acuerdo entre Roque Sáenz Peña e Hipólito Yrigoyen, con antecedente en conversaciones entre el Presidente José Figueroa Alcorta y el dirigente radical. Las constancias obrantes revelan que un hombre de la confianza de Sáenz Peña e Yrigoyen, el Dr. Manuel Paz, resumió en un texto revisado luego por aquellos dos interlocutores, el entendimiento al que finalmente arribaron en aquella reunión del 21 de septiembre de 1910 en la casa de Paz; y que consistía en dos decisiones: la primera, el ofrecimiento del nuevo Presidente para la incorporación de figuras del radicalismo en el gobierno que se abocaría a una reforma electoral completa y profunda, a lo que Yrigoyen declinó alegando que “el partido radical no puede entrar a participar del gobierno sino por medio de posiciones electivas”; y segundo, que el compromiso de sanear el sufragio y la vida política de la representación popular contaría con el apoyo del radicalismo al abrirse así la representación de las minorías (1).

Yrigoyen elevó un informe a su partido, relatando lo tratado con Sáenz Peña; y del mismo se desprende lo arriba señalado, a saber: a) rehusar la participación en el gabinete de ministros; b) aceptar la intervención que se le ofrecía en cuanto a la reforma electoral; c) recordar lo conversado

(1) Según constancias obrantes en el Archivo de Ramón J. Cárcano, carpeta “Acuerdo Yrigoyen-Sáenz Peña”; véase publicación de Editorial EUDEBA, “Las Constituciones de la Argentina”, con notas de SAMPAY, Arturo E., Buenos Aires, 1973, pág. 441 y sigs.).

con Figueroa Alcorta en 1907 y 1908; d) que el voto fuera secreto, en el marco de un sufragio universal y obligatorio; e) que Sáenz Peña disenta en cuanto a la implantación de la representación por el “sistema proporcional”, en razón de que el Congreso no lo aprobaría y que “creía que el pensamiento constitutivo de la Nación fue siempre el de que hubiera dos grandes fuerzas nacionales y nada más” (sic); y f) algo muy importante a los efectos de brindar las mayores garantías de transparencia en los procesos electorales, según Yrigoyen: “*En cuanto a la intervención de los jueces en la legislación electoral, me observó que no impresionaba bien esa injerencia, pero haciéndole presente que se apercibiera de la trascendencia del pensamiento que teníamos por delante, que constituía el problema primordial acaso de la honra de los pueblos, y mucho más el de los regidos por instituciones como las nuestras, sin cuya base no habrá más honestidades ni legalidad porque ésa es la médula de toda índole sana y pura de la vida común, como estimulante para todas las rectas y benéficas acciones; y que no habiendo en la vida pública de esa hora ninguna otra entidad oficial que ofreciera las garantías conducentes al respecto, era presumible pensar al menos que los jueces por su alejamiento de las palpitaciones diarias en la política, eran los únicos que podrían ofrecerlas*” (2).

Por último, cabe citar la resolución del Comité Nacional de la UCR sobre el informe presentado por Yrigoyen y lo acordado con el Presidente Sáenz Peña. Tiene fecha 8 de octubre de 1910 y lleva la firma de José Camilo Crotto en su carácter de presidente partidario y de los secretarios del cuerpo Delfor del Valle y Ricardo Caballero; que dice así: “Primero: Que la Unión Cívica Radical *declina*, nuevamente, la invitación para participar de las funciones del gobierno, desde que con ello no se resuelve el problema del restablecimiento de las instituciones y de las libertades comunes, ni siquiera sería un medio, por sí solo, para alcanzar tan sagrados y vitales propósitos. Segundo: Que está dispuesta siempre a caracterizar con su intervención, y a sancionar con su voto en definitiva, *la reorganización de los elementos constitutivos del derecho electoral*, en cuanto ella sea, plena y realmente, hecha en su concepto legal y en su aplicación verdaderamente garantizada”.

La categorización de la materia electoral como sustancia comprendida en los contenidos jurídicos, recibe en este documento partidario el reco-

(2) Confr., “Documentos de Hipólito Yrigoyen”, Ed. del H. Congreso de la Nación, Bs. As., 1949, págs. 338 y sigts.

nocimiento de la existencia y del valor de una rama del derecho constitucional que allí comienza a denominarse como “derecho electoral”: un gran avance para la época.

III. El “paquete” de reformas electorales presentado al poco tiempo de asumir la Presidencia se componía de tres Proyectos.

Las leyes de Don Roque procuraron una triple transformación: 1) enrolamiento militar obligatorio; 2) empadronamiento general obligatorio; 3) nuevo sistema electoral.

Medió un año entre la presentación del 1º y del 3º proyecto al Congreso. Al aprobarse, fueron las siguientes normas:

- Primera: Ley 8129; de enrolamiento general, con entrega al ciudadano de la “libreta de enrolamiento” como documento.
- Segunda: Ley 8130; de empadronamiento con doble control civil y militar.
- Tercera: Ley 8871; del régimen electoral de lista incompleta (o tercio “restante”) para asegurar la representación de la minoría por cada distrito (las catorce provincias y la Capital Federal); promulgada el 13 de febrero de 1912, integrada por ciento siete artículos; y cuyo principal Decreto reglamentario fue dictado el 21 de marzo de ese año, con veinte normas de articulado; incluyéndose el modelo de las “boletas” de votación.

Un gran avance para esa época fue la asignación de responsabilidades a los Jueces Federales en lo concerniente a los comicios (cabe observar que las leyes Sáenz Peña sólo mencionaban a los “partidos políticos” —títulos V y VII de la N° 8871—); y pasaría medio siglo (sic) hasta la normativa que dispuso la creación de la “Cámara Nacional Electoral” con una competencia más amplia en lo electoral y en lo partidario. Aún hoy falta la instalación de Juzgados Federales Electorales propiamente dichos, si se tiene en cuenta que esa competencia está en la jurisdicción de una Secretaría de los distintos Juzgados Federales del país.

Sáenz Peña se apresuró a cumplir lo que había prometido (3). Dos días después que el radicalismo emitiera ese documento, el 12 de octubre, en

(3) Ya se vieron ut supra algunos pormenores de esas conversaciones, con los detalles respectivos.

su mensaje a la Asamblea Legislativa, al asumir la presidencia, decía: “Aspiro... a que las minorías estén representadas y ampliamente garantizadas en la integridad de sus derechos...”

En el mes de diciembre de ese mismo año 1910, Sáenz Peña puso en marcha las dos primeras partes de la trilogía legislativa que llevaría a la reforma electoral: envió al Congreso el proyecto de ley de enrolamiento general y el proyecto de ley de padrón electoral.

Ambos fueron sancionados por el Congreso en el mes de julio del año siguiente. La ley 8129 ordenó el enrolamiento general de los ciudadanos. Comprendía a los argentinos nativos y a los naturalizados, al cumplir 18 años de edad, y era de carácter obligatorio. Establecía la libreta de enrolamiento como documento exigible por toda autoridad, las sanciones a los infractores, y la obligatoriedad de actualizar permanentemente el domicilio.

La segunda de esas leyes, proyectadas por Sáenz Peña y aprobadas por el Congreso fue la 8.130, complemento de la anterior, y se refería a la formación del padrón electoral, cuya organización ponía en manos de los jueces federales.

Una pauta que permite vislumbrar la trascendencia que se daba allí al padrón electoral y el control que el pueblo ejercería sobre el mismo es que los hechos y omisiones que penaba la ley daban lugar a la acción popular.

Estas dos primeras leyes, proyectadas en 1910, fueron sancionadas y promulgadas en julio de 1911. Inmediatamente después, en agosto de 1911, Sáenz Peña remitió al Congreso el proyecto de ley que ha inmortalizado su nombre, y que lleva el número 8871.

Como es sabido, esta ley consagró definitivamente en nuestro país el sufragio universal, secreto y obligatorio; los derechos y deberes del elector, el funcionamiento de las masas receptoras de votos, el sistema electoral, las sanciones a los infractores, etcétera. Todo cambiaba, hasta la terminología revelaba que los actos electorarios se llevarían a cabo con otra atmósfera: por ejemplo, el voto secreto se emitiría en recintos cerrados; ensobrado, en mesas instaladas en edificios públicos y ya no en los “atrios” de las iglesias y al aire libre; y solo sobreviviría el nombre de “parroquias” referenciando a los circuitos electorales comprendidos en el área de la Capital Federal...

Durante los debates en estas Cámaras, el proyecto fue defendido por el propio ministro del Interior, quien logró superar las distintas trabas y objeciones que se le opusieron, y en febrero de 1912 fue sancionada y promulgada. En marzo se la publicó; y, de inmediato, el Poder Ejecutivo la reglamentó y la puso en vigencia en las siguientes elecciones. Al asumir la Presidencia de la Honorable Cámara de Diputados en la sesión del 3 de junio de 1912, con la aplicación del nuevo régimen, expresó el Gral. Rosendo Fraga con visible emoción: "Voy, pues, a presidir con absoluto espíritu de imparcialidad, satisfecho y sereno, las graves deliberaciones de la Cámara legislativa popular por excelencia y en la cual están digna y brillantemente representados todos los organismos (cuerpos) políticos del país" (véase: Homenaje a Fraga del diputado Vanossi, J. R., en "Obra Legislativa." Fraga fue uno de los legisladores que apoyó la sanción de las leyes de Sáenz Peña).

Así se cumplió una etapa decisiva en la evolución política argentina y se dio el paso definitivo para consagrar la soberanía popular (4).

En cuanto a la representación, estaban a la vista las *virtudes de la Ley*:

- 1) La representación de la minoría, con un tercio: se trataba de "un sistema poco estudiado", al decir de Joaquín V. González, que irónicamente lo denominaba "sistema del voto incompleto" o también mal llamada de "voto restringido", que era parcialmente conocido en España y en algunas Legislaturas de los Estados Unidos (sesión del 1º de febrero de 1912 en Diputados).
- 2) La posibilidad de que el votante formulara "tachas" o "preferencias", por lo que el escrutinio se efectuaba con el recuento de los nombres de los candidatos votados para ser elegidos Diputados. Dicho con otros términos, el votante podía "armar su propia lista", o cambiar el orden de los candidatos, siempre que la letra fuera legible...
- 3) Existía una mitad de argentinos no incluida, pero explicable por la época: el voto femenino, que recién se aprobaría con la ley 13.010

(4) Confr., VANOSSI, "Homenaje a Roque Sáenz Peña", en "Obra Legislativa", Bs. As., 1990, Ed. Congreso Nacional, tomo III, 1989-1990, Cámara de Diputados de la Nación, 1991, págs. 280 y sigts.

en 1947 y recién se aplicaría en los comicios del 11 de noviembre de 1951 (5).

- 4) Un olvido: no incluía los suplentes (sí, la ley de Colombia), lo que recién fue contemplado muchas décadas más tarde, pues hasta en la elección de marzo de 1961 para elegir un senador por la Capital Federal (resultó ganador el legendario Alfredo L. Palacios) se tuvo que incluir la elección de un Diputado Nacional para cubrir una vacante (triunfó el Dr. Carlos Adrogué).
- 5) Otra omisión: *no* incluía el escrutinio al cierre del acto cívico, denominado “recuento en la mesa de votación” o “escrutinio provisorio”, que se incorporó después de las elecciones generales de febrero de 1946.

La ley 8871 permitía en cambio una mayor participación del sufragante: ¡desbloquear las listas!; o sea, cambiar el orden de los candidatos dentro de una misma lista partidaria o incluir candidatos de otras listas en la que se tomaba para votar. Fue una experiencia interesante; pero a causa de la pequeñez de los “punteros” (borratina), se dejó sin efecto en 1960. De allí en más, con cualquier sistema electoral, no se permitió introducir modificaciones en las listas; o sea, que se “bloqueó” la papeleta, reduciéndose de ese modo la participación selectiva del ciudadano, al que únicamente le quedaba (y le queda hasta hoy, año 2012), la disyuntiva forzosa: “tómala o déjala”; en detrimento de la calidad de las candidaturas y de la libertad de selección de los votantes dentro de la oferta o “menú” de candidaturas que presentan los partidos políticos que compiten en los comicios (6). El

(5) En 1932 la Cámara de Diputados había dado “media sanción” a un proyecto en ese sentido. La prédica de las “feministas” fue intensa en los años que mediaron entre 1912 y 1947; y abundaron los proyectos legislativos que acogían esa demanda. En 1953 ambas Cámaras eligieron mujeres para ejercer la vicepresidencia del cuerpo. Y en 1991 se sancionó la ley que estableció el “cupos femenino” en las listas para Diputados y Senadores. Así culmina la prédica iniciada por las “sufragistas” a comienzos del siglo XX.

(6) Cuando el “Consejo para la consolidación de la Democracia” elevó sus dictámenes sobre cambios a realizar, el Presidente Raúl Alfonsín no asintió a la propuesta de “desbloquear” de las listas de candidatos que propusieron algunos consejeros. Otros postularon un sistema mixto (a la alemana) que combinara la representación proporcional con las circunscripciones uninominales (véase: “Re-

autor de este opúsculo presentó un proyecto de ley para “desbloquear” las listas de candidatos a diputados nacionales manteniendo a la vez el sistema de representación proporcional; pero no fue tratado en la Comisión de Asuntos Constitucionales pese a que fue formulado en el período 1989-1990 y reiterado sucesivamente (véase: Vanossi, “Obra Legislativa”, tomo III, págs. 259 y sigs., “Voto de Preferencia” y Vanossi, “El valor de la experiencia en el derecho electoral”, en *Jurisprudencia Argentina*, diciembre 22, año 1993).

El mejor dato para abonar la tesis del “desbloqueo” de las listas electorales proviene de la primera elección de diputados bajo el régimen de la Ley Sáenz Peña, que permitió a la ciudadanía de la Capital Federal —en abril de 1912— que personalidades de la talla y enjundia de Luis María Drago, Vicente Gallo, Estanislao Zaballos y Alfredo Palacios alcanzaran votaciones por encima de sus respectivas nominaciones partidarias.

IV. Ni la Constitución Nacional de 1853-1860, ni su antecesora —que no llegó a regir— de 1826, ni el Proyecto que Alberdi remitiera a Urquiza a través de Juan María Gutiérrez, ninguna establecía el sistema electoral a seguir en cuanto a la votación de los Diputados Nacionales. Ello quedó en manos del Congreso Nacional, que en distintas etapas estipuló el régimen de la lista completa (1857-1902), el voto uninominal por circunscripciones (1902-1905), el retorno a la lista completa (1905-1912), la implantación de “los tercios” de Sáenz Peña (1912-1950), una versión retorcida del voto uninominal por circunscripciones (1951-1955), otro retorno a la lista incompleta (1958-1962), y la adopción del sistema D’Hondt de representación proporcional (1957 para Constituyentes y desde 1963 para Diputados y Constituyentes, hasta la actualidad (2012).

Vale tener presente que el art. 37 (hoy art. 45) de la Constitución Nacional vigente (1994) reitera o mantiene la terminología del art. 10 de la Constitución de 1826, al fijar que esa elección deberá ser hecha “a simple pluralidad de sufragios”; lo que al cabo de discusiones y debates, susci-

forma Constitucional - Dictamen preliminar del Consejo para la Consolidación de la Democracia”, Ed. Eudeba, 1986; y “Segundo dictamen del Consejo para la consolidación de la Democracia”, ídem, Bs. As. 1987.

De los países que aplican la representación “proporcional”, tan sólo España conserva las listas “bloqueadas” o “cerradas”; y existen fuertes críticas por ello, en razón de que conspira contra la “participación política” de los ciudadanos.

tados en diversas ocasiones, ha sido y es interpretado como lo que surge del entendimiento de tan claras palabras, o sea, que *no se exige la mayoría absoluta de los votos válidos emitidos*. Con esta hermenéutica bastó para que fueran admitidas la validez y conformidad constitucional de la lista completa, de la lista incompleta (dos tercios para la mayoría y el “tercio restante” para la primera minoría siguiente), del voto uninominal, y de la representación proporcional; quedando descartada la posibilidad de un sistema de doble vuelta (“ballotage”) con el objetivo de obtener una “mayoría absoluta” de votos para la elección de Diputados (7).

En el transcurso del debate, la “conversión” del diputado y constitucionalista Manuel Montes de Oca a favor de disipar las dudas que flotaban en el ambiente sobre la conformidad del sistema electoral propuesto por el Poder Ejecutivo con relación a la cláusula citada de la Ley Suprema, coadyuvó a superar la incertidumbre de los legisladores indecisos.

Que se aspiraba a un cambio más profundo del régimen de distribución para los cargos electivos en los órganos plurales —como el caso de la Cámara de Diputados de la Nación— tiene antecedentes en opiniones que fueron vertidas con anterioridad al proceso legislativo de 1910 a 1912. Es del caso recordar que José Benjamín Gorostiaga, diputado constituyente de 1853, que en el seno de la Convención Constituyente de la Provincia de Buenos Aires (1870/73) afirmó que el derecho de representación correspondía tanto a la minoría como a la mayoría en proporción a la fuerza numérica de sus adictos. Todo ciudadano tiene un derecho igual de los demás a ser representado (Confr., Carlos Fayt, “Derecho Político”, Ed. Depalma, tomo II, pág. 239, Bs. As., 1988; y Jorge R. Vanossi, “La influencia de José Benjamín Gorostiaga en la Constitución y la jurisprudencia”, Ed. Astrea, edición Pannedille, Bs. As., 1970, págs. 99 a 101).

También en los debates de 1910-1912 se señaló en más de una oportunidad que el sistema de la “lista incompleta” era un paso previo a un sistema de mayor representación de las minorías. Así, el discurso del diputado

(7) Para la elección de los “compromisarios” o electores que conformaban los Colegios Electorales que procedían a la nominación de Presidente y Vicepresidente de la Nación (elección indirecta o “de segundo grado”) la Constitución de 1853-1860 establecía que se efectuara *de la misma forma* que la de los diputados; pero no obstante ello y en preparación del fraude electoral de 1937, se modificó el sistema restableciendo la “lista completa”, que también se mantuvo para las elecciones presidenciales del 24 de febrero de 1946.

Dr. Julio López Mañán, quien sostuvo que “exige una mayor elasticidad del instrumento para estar mejor representada. Entonces, pues, la lista incompleta, señalando un primer paso para salir de la lista completa, está dentro del orden natural, ya que esa es la forma como todos los procesos evolutivos se producen”.

La idea estaba presente desde las conversaciones de Figueroa Alcorta primero y de Roque Sáenz Peña luego, mantenidas con Hipólito Yrigoyen; a tal punto que en el mensaje del Poder Ejecutivo al Congreso con el proyecto que se convertiría en la ley 8871, se expresaba que: “Dentro del sistema electoral a pluralidad de sufragios impuesto por la Constitución, el poder Ejecutivo ha creído que *cabe a título de ensayo preparatorio de la reforma definitiva*, el sistema de lista incompleta que se comprende en el proyecto adjunto”. “Opina el poder ejecutivo que por el momento, al menos, el proyecto acompañado garantiza la libertad y la pureza del sufragio, substrayéndolo al influjo de los intereses y pasiones locales, no siempre bien inspirados, que han desnaturalizado tantas veces los mejores intentos de reforma. Como quiera que sea, el poder ejecutivo ruega al honorable Congreso no aparte de su consideración que las leyes electorales son solamente la combinación de aquellos medios que en determinado momento pueden ser aconsejados como convenientes y oportunos para asegurar la libertad personal del elector, la emisión consciente del voto y la perfecta verdad del escrutinio, que condensa la voluntad popular. Cada día tiene su tarea y su necesidad. Satisfechos los de hoy, los poderes públicos de la Nación Argentina sabrán también satisfacer los anhelos del mañana bajo la inspiración del más sano patriotismo”. ¡Notables conceptos!

En el debate para la sanción de la ley 8871, en la Cámara de Diputados, se recordó que en las presidencias de Sarmiento y de Avellaneda se había postulado la implantación del sistema de “circunscripciones uninominales”, aunque sin éxito. Recién en la segunda presidencia de Roca se aprobaría por breve tiempo. Y en el debate en el Senado, el Ministro Indalecio Gómez —con absoluta sinceridad— confesó o reconoció que el sistema más moderno para asegurar los derechos de las minorías sería el de la “representación proporcional”, pero que mediaban impedimentos para establecerlo (lo que sería superado con la sorpresiva interpretación del diputado Montes de Oca —como se señala en este trabajo— al debatirse el tema en la Cámara baja en cuanto a la “simple pluralidad de votos” (art. 37, C.N.; hoy art. 45).

V. Una reforma copernicana

El debate que acompañó la sanción de las leyes propiciadas por el presidente Roque Sáenz Peña contó con la ilustrada participación de su ministro Indalecio Gómez y con la intervención de legisladores de ambas cámaras, que cualitativa y cuantitativamente abundaron en consideraciones acerca de la tan opinable cuestión electoral. Se ha repetido hasta el cansancio que ningún régimen electoral es inocente ni infalible ni eterno: todo lo electoral se asienta en el terreno de las circunstancias, aproximando soluciones que oscilan entre los valores de la justicia y de la eficiencia. Pero la palabra final nunca está dada.

En su momento, la reforma de 1910-1912 fue realmente copernicana por su concepción de cambio pacífico y profundo de nuestras costumbres políticas y, de sus innovaciones; dos aspectos llaman la atención: el derecho del votante a reemplazar nombres en las listas (siempre que lo fueran por otros incluidos en listas oficializadas) y el sistema de la lista incompleta (o régimen “de los tercios”) en virtud del cual el ciudadano votaba solamente por candidatos equivalentes a las dos terceras partes de los cargos vacantes por elegir (el tercio restante correspondía a la primera minoría).

¿Qué antecedentes se conocían?

Mucho se ha comentado sobre los orígenes de la lista “incompleta” y, en especial, sobre el mecanismo de los tercios. Desde antecedentes españoles hasta incursiones criollas más cercanas, todo ha sido invocado (8). Sin embargo, el precedente más próximo ha caído en el olvido: Colombia. Vamos a rescatarlo. En 1905, una Asamblea Nacional Convocada por Rafael Reyes dictó el “acto reformativo” N° 8, del 13 de abril, por el que se dispuso que en toda elección popular que tuviera por objeto constituir corporaciones públicas “se reconoce el derecho de representación de las minorías”, el que sería determinado según la ley. La norma en cuestión fue sancionada pocos días después (el 29 de abril de 1905), previendo que

(8) En su obra “Derecho Político” (Ed. Depalma, 2ª edición, Bs. As., 1998), NATALE, Alberto A., recuerda que sistemas de “voto restringido” o lista incompleta, se aplicaron en Inglaterra (de 1867 a 1884), en Brasil (de 1882 a 1891) en la elección española de 1907, y en Italia (de 1882 a 1891 y en leyes por breves períodos de 1951, 1956 y 1960, preferentemente en elecciones municipales). Sostiene que tales regímenes quedan incluidos entre los llamados “sistemas empíricos” por diferenciación con los racionales, matemáticos y proporcionales.

“cuando el número de los funcionarios que han de ser elegidos sea exactamente divisible por tres; se votará por las dos terceras partes y se declararán elegidos en el escrutinio a los candidatos que hayan obtenido más votos hasta completar el número total de los funcionarios que se trate de elegir” (ley 42, art. 33).

La fórmula acuñada en esa ocasión (se trataba de una situación política que muchos consideraban autoritaria) fue recogida en 1910 —una vez restablecido el orden constitucional— por el “Acto legislativo” N° 3, que preceptuó: “En toda elección en que se vote por más de dos individuos, aquélla se hará por el sistema del voto incompleto, o del cociente electoral, o del voto acumulativo, u otro cualquiera que asegure la representación proporcional de los partidos. La ley determinará la manera de hacer efectivo este derecho”; y la anunciada ley se dictó finalmente en 1916 (ley 85, art. 111), repitiendo los términos de la ya citada ley 42 del 29 de abril de 1905, más la contemplación específica de los cargos suplentes por elegir simultáneamente con los principales.

Queda pues en claro que la adopción del régimen de “los tercios” por la legislación colombiana se remonta a 1905, perfeccionándose de allí en adelante sobre la base de ese criterio distributivo, pero siempre en redor del cartabón de los tercios: así, por ejemplo, se establecía que “cuando el número de individuos que han de ser elegidos no sea exactamente divisible por tres, tal número se elevará a la cifra inmediatamente superior que sea divisible por tres, y las dos terceras partes de esa cifra, menos uno, será el número de candidatos por el cual se vote” (parágrafo 1, art. 111, ley 85)(9).

Hemos traído a colación estos antecedentes, pues creemos de justicia que se recuerden las instituciones de los países hermanos, resaltando la utilidad que el derecho comparado brinda para la mejor inteligencia de los fenómenos políticos. Y queda así patente que, pese a la incomunicación que han padecido los países de un mismo continente, la fuerza paradigmática de los antecedentes siempre ha operado en el ámbito de

(9) Los datos precisos de la legislación colombiana fueron obtenidos a través del profesor Carlos Restrepo Piedrahita, destacado catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad Externado de Colombia (Bogotá), a quien el autor agradece la valiosa colaboración. (Véase: VANOSI, J. R., “Nada nuevo hay bajo el sol”, en *La Nación* del 23 de junio de 1995).

sus grupos dirigentes: en el caso colombiano que comentamos es probable que el embajador argentino García Merou, a la sazón acreditado en Bogotá y amigo personal de Roque Sáenz Peña, haya tenido la oportunidad de hacer llegar a Buenos Aires los detalles de la novedosa legislación electoral del país hermano y acaso en los archivos de nuestra cancillería se puedan encontrar los informes de práctica elevados por la legislación respectiva, que sería provechoso conocer. El precedente colombiano del año 1905 fue desplazado en la historiografía argentina por la reforma electoral española que el gobierno de Antonio Maura (1853-1925) sancionó en agosto de 1907, en ocasión de su bienio conocido como el “Gobierno largo”, cuando ya había transitado del partido liberal al conservadorismo (sólo votaban los varones mayores de veinticinco años) y se inspiraba en un proyecto de su misma autoría, del año 1904: allí se establecía la lista incompleta, también denominado de “voto limitado” o “voto restringido”. Fue Maura —cinco veces presidente del Consejo de Ministros— quien anunciara “la revolución desde arriba”, frase ésta algo parecida a la de “la revolución por los comicios”; por lo que este destacado estadista hispano resultó coherente al recriminar al Rey Alfonso XIII el asentimiento a la “dictadura” de Primo de Rivera (10).

En el derecho público provincial argentino se puede ubicar un antecedente de los tan mentados “tercios” en la distribución de las bancas. Es el caso de la Provincia de Entre Ríos, cuya Constitución de 1903 (sección segunda, régimen electoral) establecía como “bases para la ley electoral” en su Art. 69 que “En cada Círculo electoral se elegirán tres diputados por un sistema que asigne dos bancas a la mayoría”.

VI. Pese a todo, el mérito supera a los defectos. Había consenso para consumir el cambio: la votación en la Cámara de Diputados dio la aprobación por 49 votos contra 32. El único rechazo fue a la obligatoriedad del voto (art. 6) que esa Cámara desestimó por 34 votos contra 32 a favor; aunque ese resultado fue revertido en el Senado que, en este caso, como Cámara “revisora” corrigió a la Cámara “iniciadora”, que finalmente acep-

(10) Coincidimos con JUSTO LOPEZ (h), Mario, en la obra “De la república oligárquica a la república democrática - Estudios sobre la reforma política de Roque Sáenz Peña”, Ed. Lumiere, Bs. As. 2005, capítulo VII, págs. 253 y sigts., en el sentido de la diferente intencionalidad de las reformas de España y las de Sáenz Peña, por la superioridad de éstas.

tó la obligatoriedad (la mitad de la biblioteca apuntalaba a una decisión y la otra mitad fundamentaba lo contrario...).

Largo y extenuante fue el debate en ambas Cámaras. Y paciente y perseverante fue el Ministro de Interior, doctor Indalecio Gómez, cuya presencia en casi todas las sesiones y sus varias intervenciones orales significaron un sólido apoyo a la sustentación de la proyectada ley electoral. Su desempeño estaba a la altura de las circunstancias: brillante y de suma habilidad. El ministro había nacido en Salta, en 1850 (falleció en Buenos Aires en 1920) habiendo sido alumno de Fray Mamerto Esquiú, “el orador de la Constitución” (así llamado por su sermón del 9 de julio de 1853 en la Catedral de Catamarca); y luego de graduarse de abogado (1876) se desempeñó como Cónsul en Iquique, donde trabó amistad con Roque Sáenz Peña que actuaba a la sazón como voluntario de las fuerzas peruanas en la Guerra del Pacífico; y al caer prisionero de los chilenos fue Indalecio quien obtuvo su libertad. Otras circunstancias hicieron que ambos fueran al mismo tiempo ministros plenipotenciarios de la Argentina en Europa: Sáenz Peña en Italia y Gómez ante las potencias centrales (Alemania, Austria y Rusia), hasta las vísperas electorales, tras lo cual el Presidente Sáenz Peña lo puso al frente de la cartera política (11).

Numerosos elogios ha recibido —mercidamente— el avance logrado a través de la reforma electoral de 1912. Así, vale citar la opinión de Carlos Fayt, cuando señala: “La ley 8.871 ha sido calificada de segunda constitución nacional. En cuanto al presidente Roque Sáenz Peña, ha sido considerado un constructor, que realizó sin esfuerzo aparente, una verdadera

(11) Indalecio Gómez tuvo una activa participación en la vida política; iniciándose como senador provincial y luego diputado nacional. En política exterior atacó los “Pactos de Mayo” (1902, segunda presidencia de Roca) y fue crítico de la gestión presidencial de Yrigoyen. En el mismo año de la muerte de Sáenz Peña participó en la creación del partido Demócrata Progresista (véase: SOLA, Miguel, “Diccionario histórico biográfico de Salta”, Ed. de la Legislatura, Salta, 1964). Como obra de imprescindible consulta, véase: “Los discursos de Indalecio Gómez”, Ed. Kraft, Bs. As., 1950, específicamente la “Introducción” por Atilio Dell’Oro Maini. En cuanto al trabajo de Carlos A. Piedra Buena, publicado en “Anales” de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas de Buenos Aires, 2011, tomo 2, bajo el título “El aporte de Indalecio Gómez a la Ley Sáenz Peña”, págs. 117 a 165 sólo trata el tema de la reforma electoral a partir de la pág. 159. Son muy ponderables sus referencias a los “Pactos de Mayo” en las relaciones con Chile (2ª Presidencia de Roca).

revolución incruenta y fecunda. Depositó en manos del pueblo una herramienta útil para el trabajo cívico. Sabía que la democracia es un proceso sin término. Tal vez un reflejo de la conciencia humana. De ahí la inmovible perennidad de su gloria” (Confr., “Derecho Político”, tomo II, Ed. Depalma, Bs. As., 1988, pág. 236).

Acaso la mayor sinceridad en transitar directamente al meollo de la cuestión, haya sido la del diputado Ramón J. Cárcano al sostener claramente que: “El gobierno es de la mayoría, pero la representación traduce la soberanía, que no es una fracción, sino una integridad. Estos conceptos elementales comprueban que *la lista incompleta, sin ser la reforma más perfecta, es la más honesta y profunda que se ha intentado*, desde la fundación de la República”. El destino le reservó una merecida satisfacción, ya que en futuras elecciones de Gobernador de su Provincia, este ilustre conservador cordobés triunfó con la aplicación de las leyes Sáenz Peña, de la misma forma que en Santa Fe resultara electo el radical Manuel Machaca (12)

Mucho se ha dicho acerca de la actitud asumida por los legisladores que tomaron la decisión de aprobar las profundas reformas que propició el Presidente Sáenz Peña en materia electoral. Algunos estimaron que era inevitable el cambio de las “reglas del juego” y la apertura del *fair play*, pues ya era hora de procurar salidas competitivas y concluir las periódicas “conspiraciones” de una oposición que no obtenía garantías para los comicios. Otros afirmaban que el idealismo de Sáenz Peña ponía en zozobra el crecimiento ascendente de la Nación sobre la base de la estabilidad de su clase dirigente ¿Qué esperaban los congresistas? ¿Tomaron conciencia de que la sumatoria combinada de nuevo enrolamiento, más nuevo empadronamiento, más el voto secreto, universal y obligatorio e igualitario, sumando a ello el “tercio restante” para la minoría, podía acaso convertirse en el refugio conservador ante una nueva mayoría de “dos tercios” a favor de la hasta entonces “oposición”? ¿Pensaron que tal vez se invirtieran los roles y de “gobierno” pasaran a “la oposición”? ¿Podía entenderse ese cambio legislativo como el acta de defunción de una espe-

(12) Al asumir Cárcano, profirió palabras que revelan sus sinceras convicciones acerca de la necesidad de los cambios en la vida política argentina, pues afirmó: “Las clases acomodadas están en retardo y las viejas agrupaciones están en error” (Conf. BISCHOFF, Efraín, “Ramón J. Cárcano. Palabra exacta y acción fecunda”, edición del Círculo de Legisladores de la Nación, Bs. As., 1999, pág. 23).

cie de “suicidio electoral”? ¿Era un acto de rendición ante los adversarios (diputado Olmedo *dixit*)? Más allá de las respuestas que puedan darse a estos interrogantes, lo cierto e indubitable es el nivel de preparación y de experiencia que poseían los principales diputados y senadores que intervinieron en los debates políticos del bienio 1910-1912, como Joaquín V. González, Pedro Olaechea y Alcorta (miembro informante en el Senado), Julio Roca (h), Cárcano, Fraga, Montes de Oca, Terán, Carbó, Láinez, Cívot, Calvo, Agote, Fonrouge (miembro informante en Diputados) y otros oradores, a favor o en contra. La lectura de los diarios de sesiones de ambas Cámaras, correspondientes al tratamiento de la Ley 8871, reflejan la profundidad del análisis de la trajinada “cuestión electoral” en la Argentina de hace un siglo, más allá de los particulares puntos de vista y las preferencias que se manifestaron en esos recintos alrededor de un cambio —el de la lista completa— por una discutida opción entre el régimen de las circunscripciones uninominales y la lista incompleta o del “tercio restante”, cuya constitucionalidad emergió de la penumbra de la duda merced a una nueva y profunda reflexión del profesor de Derecho constitucional Manuel A. Montes de Oca, por entonces legislador (13).

Tampoco se puede olvidar que en 1902 un conservador liberal muy lúcido defendía ese régimen de voto uninominal. En su intervención, Joaquín V. González llegó a expresar que la peligrosidad de los gremios —que alarmaba a sus correligionarios conservadores— sólo es tal cuando el legislador no comprende sus intereses, “cuando no nace el legislador de su seno mismo, porque ésa es la manera como debe darse a esta representación la expresión verdadera de las necesidades sociales” (confr., Diario de Sesiones, sesión del 27 de noviembre de 1902). Pero lo más importante del debate está en la afirmación de González en el sentido de que el régimen electoral preconizado conducía a la representación de los intereses sociales:

“El sistema uninominal, es pues, la representación de los gremios, por su acumulación espontánea en determinadas localidades, y no es a de-

(13) En la obra “Historia política y constitucional de la Argentina” de ROMERO CARRANZA, RODRIGUEZ VARELA y VENTURA, Ed. A-Z, Bs. As., 1993 se recuerdan las palabras de Ruy Barbosa ante nuestro Senado (1916) honrando a esos legisladores que “sin detenerse a medir lo que esa reforma podría tener en contra de sus intereses, no les importó que ella aplastase a sus amigos siendo *una revolución de moralidad y legalidad* la que ellos sembraron (T. 3, pág. 392).

signio que el legislador ni los directores políticos van acumulándolos en determinados puntos. La ley recoge el hecho producido, la acumulación espontánea de las fuerzas productoras, de las fuerzas activas que se manifiestan en una votación al elegir a su representante; y de esa manera indirecta se realiza el más profundo propósito de la Constitución, que es dar representación en el Congreso, en la formación de las leyes, a la mayor suma posible de intereses, ideas y a todas las tendencias políticas”

La predicción de Joaquín V. González se vio parcialmente cumplida, a través de la elección del primer diputado socialista de América, Alfredo L. Palacios, que tuvo lugar por el distrito de la Boca, que en esa época era densamente obrero. Y digo parcialmente, porque los demás defectos del régimen electoral de esa época (fraude, padrones, etc.) impidieron que el sistema adoptado en 1902 rindiera los frutos que se aquilataron al momento de su sanción. Preen elocuentes las palabras pronunciadas entonces por el ministro González, cuando ponderaba la facilidad con que el sistema de circunscripciones conduce a la representación de los intereses sociales, al permitir —según invocación de un legislador inglés— reconcentrar en determinados puntos del territorio intereses diversos de colectividades diferentes. La altura de vuelo del pensamiento de González está presente en el siguiente párrafo de su discurso:

“¿Y cuál es el ideal de las clases obreras modernas sino llegar a hacer oír su voz en los recintos legislativos? ¿Y cuál es la causa de las profundas perturbaciones del día sino que las clases obreras no tienen sus representantes propios en el Congreso? No digo que los Congresos formados de otra manera no se inspiren en los verdaderos intereses sociales, sino que no son formados por la acción directa de los intereses sociales, que tienen en cuenta sus representantes todas las veces que son elegidos con ese designio” (confr., sesión del 27 de noviembre de 1902) (14).

VII. En materia de libertad o de obligatoriedad del voto hay una duplicidad de criterios entre lo que dicen los textos internacionales y el texto actual de nuestra Constitución (1994). Así, la Declaración Universal de Derechos Humanos, del 10 de diciembre de 1948, en su art. 21 señala en el acápite 3º las características del sufragio, omitiendo toda alusión a este respecto:

(14) Véase, VANOSI, “El misterio de la representación política”, Ed. América Actual, Bs. As. 1972, págs. 93 y sigts.; y “Estado de Derecho”, ob.cit., págs. 287 y 288.

“3. La voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público; esta voluntad se expresará mediante elecciones auténticas, que habrán de celebrarse periódicamente, por sufragio universal e igual y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto”. El mismo criterio sigue el sistema interamericano en cuanto a derechos humanos se refiere, toda vez que en el texto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) también se guarda silencio sobre el punto en cuestión, pues según el art. 23 (Derechos Políticos) se dispone que:

“1) Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:

“b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores...”

Hasta 1912 el sufragio se emitía en forma facultativa. El ciudadano tramitaba su inclusión en el padrón cívico (capítulo II de la ley 140 y art. 24 de la ley 4161); lo que fue modificado por la ley 8871, art. 6º y demás leyes posteriores, que dispusieron la obligatoriedad del voto. En 1933, a raíz de su cuestionamiento, la Corte Suprema sentenció a favor de la validez constitucional del deber de votar (caso Esquivel, en Fallos 183:175) con el argumento de “que la Constitución no es fuente exclusiva de las obligaciones ciudadanas; ellas pueden ser objeto de la creación legal”; del mismo modo que “a nadie se le ha ocurrido atacar la instrucción primaria obligatoria”. Ante el silencio del viejo texto de la Constitución (1853-1860) la Corte entendió que competía al Congreso Nacional reglamentar el sufragio, habiendo podido considerarlo como *derecho*, como *deber* o como una *función política*, por lo que ha tenido competencia para “hacerlo obligatorio”.

Hoy en día la situación es la siguiente: mientras que el art. 37 de la Constitución reformada en 1994 dispone que “El sufragio es universal, igual, secreto y obligatorio”; el art. 75, inc. 22 dispone que “tienen jerarquía constitucional” los tratados y convenciones sobre derechos humanos aprobados por el Congreso, entre los que se incluyen expresamente los mencionados precedentemente: Declaración Universal y Convención Americana.

Sin entrar al debate de fondo sobre la libertad u obligatoriedad del voto, ni el concomitante encasillamiento en las categorías del sufragio como

derecho, deber o función política, corresponde recordar que la ley 8871 de Sáenz Peña eximía de la obligatoriedad del voto a los ciudadanos mayores de setenta años de edad y a los analfabetos, como así también a los declarados dementes. Y a tal punto la cuestión desde siempre suscitó divergencias y criterios enfrentados, que en la consulta de opiniones que Rodolfo Rivarola efectuara a través de su “Revista Argentina de Ciencias Políticas” (Nº 12, año 1911), los que se pronunciaron al respecto lo hicieron a favor del voto “facultativo” el 57% y por el voto obligatorio el 43%, sobre casi dos mil respuestas (confr., Mario Justo López hijo, ob. cit., págs. 270 y 271).

VIII. El rol de Victorino de la Plaza desde la Presidencia de la Nación: un momento estelar para la transparencia electoral

—“Hay una gran deuda con Victorino” —dijo el Dr. Ricardo Balbín ante el embajador Guillermo de la Plaza, en la embajada argentina en Montevideo, hace años. Una gran deuda de olvido respecto de la caballerosidad, el señorío y la firmeza con que Victorino de la Plaza condujo el proceso electoral.

Ya en 1914, estando él en ejercicio de la presidencia, se habían realizado comicios de renovación de la mitad de los componentes de la Cámara de Diputados y muchas gobernaciones provinciales. De la Plaza fue “albacea leal” de las creencias de Roque Sáenz Peña. No cedió a ninguna de las tentaciones que se le presentaron en el camino. Con Victorino se consagró la recta doctrina, es decir, que en las contiendas sucesorias el gobernante de turno debía adoptar una estricta abstracción, ajeno a las fuerzas en disputa, habla de la prescindencia en su mensaje al Honorable Congreso en el año de 1916 cuando promete y compromete una absoluta neutralidad. Y hasta condenó un intento de consagrar la emancipación de los electores —me refiero a los radicales disidentes de Santa Fe— con respecto al compromiso contraído ante el electorado de votar a los candidatos anunciados por cada partido político.

No cedió, no transó, no claudicó. Sus palabras fueron las siguientes: “Se anuncia en los círculos políticos una combinación tendiente a que la elección de electores se haga sin mandato imperativo acerca de los candidatos para presidente y vicepresidente... Pienso que jamás se propuso un procedimiento más incorrecto y poco leal para con la opinión pública. Me

resisto a creer que él sea fruto de una combinación maliciosa: pero por ingenuo que sea su móvil, las consecuencias no serían menos equívocas, atentatorias y funestas” (confr. Levene, Gustavo G., “Historia de los presidentes argentinos”, 5ª ed., Tomo 2, pág. 123, Bs. As., 1992).

¡No quería distorsiones! Así como Roque Sáenz Peña había sido consecuente con sus ideas, Victorino fue —además de consecuente— leal cabalmente a la orientación recibida de aquél para aplicar un nuevo régimen electoral de cuyas consecuencias desconfiaba; pero tanto él como su Ministro del Interior Miguel S. Ortiz hicieron prevalecer los principios por sobre las conveniencias de sus correligionarios conservadores.

Ya en 1903, en una conferencia pronunciada en el Teatro Odeón, se había pronunciado condenando la desidia ciudadana y el desinterés de los hombres capacitados, hacia la atención de la cosa pública. Reclamaba la formación de partidos políticos doctrinarios. Exigía la modernización de los viejos partidos a los cuales respetaba, pero que consideraba que debían transformarse. Y que el presidente de la Nación —decía— no sea nunca, a la vez, el jefe partidario.

En los mensajes de apertura de las sesiones ordinarias del Honorable Congreso de la Nación de los años 1914, 1915 y 1916, insistió en su preocupación por el saneamiento de los partidos, acongojándose por el “eclipse” —lo llamó así— de las que fueron grandes agrupaciones y lamentándose de la “...censurable irresponsabilidad de los ciudadanos que votan por formaciones políticas ocasionales” (conf. Carlos Floria y César García Belsunce, “Historia de los argentinos”, Ed. Larousse, Bs. As., 1992, pág. 795 y ss.).

La conclusión que se extrae de todo esto es clara: Victorino —como dicen esos autores— “era un conservador agotado o un sucesor fiel”, y agregan: “el viejo conservador, no quería ser un reaccionario” (pág. 806). Hay un dejo de ironía en esta afirmación.

En mi modesta opinión, si algún despecho guardaban en su ánimo los dirigentes del partido gobernante que quedarían desplazados, debieron enrostrarlo a los legisladores que aprobaron la ley 8871. O sea, a quienes consintieron su propio suicidio político —dicho esto metafóricamente—, pero no a quien primero como vicepresidente y luego como presidente,

cumplió con su deber. Es decir, el único deber posible, que era aplicar la ley (15).

IX. Grandezas y desdichas de la Ley Sáenz Peña

Nunca alcanzarán las palabras para completar laudatoriamente lo que con pleno merecimiento se llamó la reforma electoral del Presidente Roque Sáenz Peña; y a la que se aludió tanto como “la revolución por las urnas” (en alusión a que se superaba así la conspiración perpetua desde 1890, cuanto se elogiaba “la quimera de un romántico”, por las ilusiones que despertaba ese gran cambio. Un cambio “copernicano” en la vida política del país. Pero no todo fueron flores y cánticos. Mediaron acontecimientos que en décadas posteriores significaron un retroceso, como lo fue la vuelta al “voto cantado” en el gobierno de Manuel Fresco en la provincia de Buenos Aires durante parte de la década del treinta, en la que ciertos sectores se jactaron e hicieron gala de practicar del “fraude patriótico” para evitar que el pueblo eligiera libremente sus gobernantes. Y el caso más patético fue el de las elecciones presidenciales de 1937, para elegir la fórmula del período 1938-1944 (interrumpida por el golpe de Estado del 4 de junio de 1943), para cuya preparación fue reformada la Ley Sáenz Peña N° 8871 en su art. 55 en cuanto a la elección de los colegios electorales —uno por cada provincia y la Capital Federal— con el restablecimiento del sistema de “lista completa” (ley 12.298 del 30 de julio de 1936), lo que favorecería ampliamente al oficialismo en Buenos Aires, Santa Fe (que estaba intervenida) y Mendoza (en Córdoba gobernaba la oposición); todo ello en contradicción con el art. 81 de la Constitución Nacional que determinaba la elección de los “electores” por la forma establecida para la de los diputados.

En 1951 se estableció la llamada “paquistanzación” de los distritos electorales, en una imitación dolosa del “gerrymandering” que se producía para las elecciones legislativas locales de algunos estados sureños de

(15) Confr., VANOSI, Jorge R., “Victorino de la Plaza: tres momentos estelares de un hombre de Estado”, Edición del CARI, Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales, Buenos Aires, 2004 (Colección “Los Diplomáticos”). La escrupulosidad de Victorino de la Plaza lo condujo al dictado de un decreto por el cual se disponía la oficialización previa de las “boletas” electorales para la votación, y se reglamentaba la distribución de las mismas; todo ello en bien de una mayor prolijidad.

USA y a la que pusieron fin los célebres fallos “Baker vs. Carr” y “Wesberry vs. Sanders” de la Suprema Corte de USA (16).

Acá conocemos las “colectoras”, que sofistican las modalidades modernas de engaño electivo, con ingeniosas desvirtuaciones del voto, como también acontece con las candidaturas “testimoniales” de quienes aceptan postularse para cargos que no habrán de asumir pues prefieren permanecer en funciones gubernamentales con oropeles de veteranía. Del mismo modo y en acechanza de mal uso, se acerca la perspectiva de la eliminación de la *constancia* del voto, que podrá practicarse sin el sello tradicional que obra en el documento que habilita al ciudadano para sufragar.

Sin soñar ni adivinar tanta creatividad, en 1935 los senadores Alfredo L. Palacios y Eduardo Laurencena presentaron un proyecto de ley que tipificaba verdaderos “delitos” electorales a incluir en el Código Penal; considerándolos no meras faltas o contravenciones sino conductas criminales, a los comportamientos tramposos que desvirtuaran la transparencia de los comicios. Nunca fue tratado por el Congreso.

X. La contrarrevolución: el sufragio “corporativista”

No fue el único, pero acaso haya sido uno de los más fulminantes ataques al régimen electoral instaurado a partir de las leyes de Sáenz Peña, las palabras y los actos de quien fue Gobernador de la Provincia de Buenos Aires, Manuel A. Fresco, en una conferencia pronunciada en el Teatro Comedia el 17 de abril de 1942. Extraemos algunos de sus párrafos, que no sólo cuestionan la representación de las minorías, sino que avanzan contra el sufragio universal, secreto, igualitario y obligatorio, al mismo tiempo que confiesan su ideología corporativista y profundamente antiliberal.

Comenzó afirmando ese adalid del sufragio “restringido” que: “Los comentarios que en ese momento hubiera podido formular, no habrían lo-

(16) Véase: VANOSI, J. R., “Teoría Constitucional”, t. II, 2ª edición, Ed. Depalma, Bs. As., 2000, págs. 399 y sigts. (caso “Baker vs. Carr” en colaboración con Pablo A. HORVATH; y BIDART CAMPOS, G., traducción y comentarios del caso “Wesberry vs. Sanders”, en *El Derecho* (10/XII/1964). En este último caso —17 de febrero de 1964— la Suprema Corte de USA dispuso la corrección por vía judicial de las circunscripciones electorales para preservar la igualdad del voto.

grado remediar nada, aunque produjeran pánico en los hombres que militan en los partidos demo-liberales y usufructúan ese conjunto de ideas engañosas y sentimientos bastardos que se llama “sufragio universal”, con la secuela de mentiras y traiciones que comienzan en el comité y terminan en la cómoda poltrona de los representantes”.

A continuación, atacó más fuertemente la garantía del voto secreto emitido en el “cuarto oscuro”, haciendo gala del envalentonamiento y de la jactancia de la fuerza por la fuerza misma: “En materia electoral quise provocar la quiebra del sistema, imponiendo el voto público y responsable. Pero nunca dije a mis adversarios que garantizaría el voto secreto para robar luego la elección con los manipuleos inferiores que caracterizan el fraude. Hablé siempre con franqueza, sosteniendo que el voto secreto es una cobardía impropia de argentinos; afirmé que el voto secreto aniquila el honor, la dignidad, el valor moral y la lealtad; dije que el voto secreto fomentaba la cobardía y la traición y que el ciudadano que aprovecha la impunidad del cuarto oscuro para votar por una idea contraria a la que públicamente aparenta, se hace fraude a sí mismo y se envilece ante su propia conciencia”.

De allí en más, pasa a fulminar el fundamento mismo de nuestro régimen republicano y del enunciado fundante de los derechos que enuncia el art. 33 de la Constitución Nacional: “El mito que inflamó los ánimos e impulsó las transformaciones institucionales del pasado siglo, es el de la SOBERANÍA POPULAR”.

Y como si ello fuera poco, minimizó el aporte notable de las reformas prohijadas por Roque Sáenz Peña, diciendo: “En el año 1912, un hombre distinguido que fue, sin duda, un demócrata sincero, inspiró la ley electoral que nos rige y lleva su nombre: la *Ley Sáenz Peña*, cuya vigencia ha dado al país las horas más desgraciadas de su historia. Por ella irrumpieron en éste, todos los males del sistema que consagra el mito de la Soberanía Popular e instaura el predominio demagógico. Ha sido una verdadera máquina infernal en la vida política de la Nación, tal es el cúmulo de errores contrarios a los sagrados intereses de la nacionalidad, que pasan desapercibidos entre las disposiciones de un mecanismo electoral aparentemente claro, simple e inofensivo”.

Pasó luego a fulminar el voto juvenil, verdadera conquista de una Argentina moderna, que lo descalificó así: “Sigamos con el tema central. La

Ley Electoral otorga el derecho del voto, la facultad de administrar los bienes materiales y políticos de la República a los menores de 18 a 22 años, quienes, según el Código Civil, no están capacitados para disponer ni de su persona ni de su peculio. Es un contrasentido evidente. Si el Código preserva de un mal al individuo, la Ley de elecciones debió aplicar igual principio, para impedir un daño que alcanza a toda la colectividad”

Sin distinguir que el voto era una obligación o deber para los ciudadanos alfabetizados, pero facultativo para los que aún no se habían alfabetizado, expresó el doctor Fresco: “¡Pero hay algo más grave, mucho más grave que todo eso! La ley concede, también, el voto a los analfabetos. ¡Voto secreto, de los que no saben leer! ¡Los grandes problema, entregados al discernimiento, a la prudencia, la ponderación de los que no saben leer ni escribir! Y no se crea, que esta descabellada disposición carece de importancia. ¡No! Tiene caracteres de verdadera tragedia, como lo voy a demostrar con la simple lectura de algunos porcentajes”

Su descreimiento —compartido por sectores afines a la reacción “anti— Sáenz Peña”— lo llevó a añadir con ironía, que: “¡Estas son las delicias de la democracia cuantitativa! Pero la verdad es que el pueblo soberano no elige jamás. En el mejor de los casos —si los comicios tienen la legalidad que la ley establece—, el electorado, sólo puede optar entre dos o tres listas, formadas en esos centros de pureza democrática, que son los partidos políticos”

Pero la munición gruesa de su embestida contra el sufragio universal no terminaba allí. Su coherencia proseguía con la demonización de los partidos políticos a los que repudiaba en la función de estructuras de intermediación en las relaciones entre la Sociedad y el Estado, como así también para cumplir el rol de la presentación de las candidaturas a los cargos electivos. Los siguientes párrafos de su discurso fueron una verdadera “profesión de fe” contra el pensamiento liberal. Veamos pues: “¡Los partidos políticos! Aunque son demasiado conocidos, vamos a hablar un poco sobre ellos. Vamos a romper la cáscara de los nombres altisonantes con que se escudan, y a penetrar en su interior. Yo los voy a guiar, puesto que conozco bien el camino, que, como dice el refrán, *“el que fue cocinero antes que fraile sabe bien lo que pasa en la cocina”*.

“Los partidos políticos, no representan nada en la vida nacional. Son organismos artificiales, que se interponen entre el ciudadano y el Estado.

Son, esencialmente, agrupaciones que buscan satisfacer intereses de parte, siempre opuestos a los intereses totales de la Nación. Son oportunistas, y condicionan toda su actuación a la posibilidad de alcanzar el poder y las prebendas, que son su verdadera meta. Crean falsos antagonismos, para atraer y mantener la clientela electoral, defendiendo, para ello, ideologías inconsistentes, aptas sólo para herir la imaginación y no para cultivar el intelecto de los ciudadanos”.

Más adelante prosigue con un bombardeo al régimen económico y al paralelismo entre la pluralidad política y el pluralismo de las entidades propias de la actividad productiva. Sostiene que: “Los partidos políticos, no se diferencian un ápice de las grandes empresas industriales o de comercio, establecidas para lucro de unos cuantos aprovechados. Ni en su organización, ni en su actividad, tienen en cuenta la obligación de servir al Estado, y a las verdades eternas que le dan vida y elevación. Por eso el Estado liberal que constituyen, carece de fines trascendentes, es incrédulo, agnóstico, indiferente, como los hombres que ocupan posiciones en su gobierno, que son, además, pésimos administradores, presurosos en medrar”.

Denuncia, más adelante, una suerte de conspiración internacional de intereses espurios; a saber: “Para la realización de sus costosas campañas y para su obra proselitista, los partidos políticos necesitan dinero, y consiguen dinero ¿Cómo? De una manera muy sencilla: Del comité o partido político surgen siempre los gobernantes, los representantes parlamentarios y toda clase de figuras con mando prominente. La finanza internacional, que tiene acaparada nuestra riqueza, necesita, indefectiblemente, de todos ellos, para hacer cumplir las leyes que la beneficien o para obtener nuevas ventajas. Por eso reparte dinero a manos llenas, casi por igual a todos los partidos, con alguna ligera variante, relacionada con el número posible de probabilidades a favor. Terminados los actos electorales, se reclaman los servicios que forman la contra-prestación, en perjuicio del país y beneficio de los magnates extranjeros”.

Arremete con empeño sobre los defectos de los partidos políticos, a los que en ningún momento reconoce virtud alguna: “Todos los partidos tienen su carta orgánica, pero son muy pocos, poquísimos, los adherentes que las han leído, y menos todavía, los que podrían señalar las diferencias que ellas tienen con relación a los partidos antagonicos, cosa que sería indispensable conocer para fundamentar una preferencia consciente. Pero de eso nadie se ocupa”.

Su generalización de los vicios partidarios se vuelca en torno al “intermismo” de la vida de las agrupaciones, equiparando tales extremos —que son censurables— con una fatal patología de lacras insuperables: “No existe en ninguna agrupación política un solo afiliado, importante o no, que se encuentre satisfecho con la forma en que se desenvuelve en ella, la acción pública o interna. Las críticas, las luchas, los enconos, son mucho más violentos entre correigionarios, que entre adversarios. Sólo la proximidad del comicio estrecha las filas y aquieta los odios de familia. Pero, en los períodos en que se eligen las autoridades y los candidatos a los puestos electivos, el furor y las trenzas no reconocen límites”.

Su pronóstico es fatalista. Cree asistir al Apocalipsis de la partidocracia, al anticipar: “Pero señores, el pueblo está cansado, harto de tanta falsedad, de tanta podredumbre. Comprende que ha llegado la hora de terminar para siempre con este sistema y que la falla no se encuentra aquí ni allí, porque es integral y comprende a la Ley, a los partidos, a los elencos que los gobiernan, y a la plutocracia que los utiliza”.

La sentencia condenatoria se hace extensiva a la economía liberal y al régimen capitalista, cuando fulmina que: “El Estado burgués y plutocrático nos ofrece la paradoja de la aparente omnipotencia de sus poderes, sujetos al caprichoso mudar de las mayorías que cambian de continuo los personajes, la estructura de sus funciones y el sentido de su acción, carente de la unidad que requiere el gobierno de la cosa pública”.

Y colocándose en una postura extremista, que se sitúa en la extrema derecha del cuadro político de la época (es un manifiesto del año 1942...), adhiere a las ideologías corporativistas que pregonan el ocaso de la representación política. Dice: “Nuestro Movimiento, contribuirá, a la dilucidación doctrinaria, y a la obra efectiva, pugnando por el establecimiento de una ley fundada en la democracia funcional, que prescinde de los partidos políticos y establece el voto verdaderamente universal y consciente, con representación auténtica en los organismos rectores del Estado, de todos los gremios o estamentos, y supresión definitiva de las diferencias y los odios de clases.

“Al viejo y caduco concepto de la Soberanía Popular, que engendra la demagogia y la venalidad, lo sustituimos por la Soberanía del Estado. No es posible dejar, por más tiempo, librado al capricho de una mayoría establecida sobre fundamentos contrarios a la verdad, el destino sagrado

de la Patria, que el régimen ha dividido y subdividido de acuerdo a sus conveniencias”.

Por si quedaran dudas al respecto, Manuel Fresco denosta por igual al liberalismo y al comunismo marxista, con lo que —por exclusión— proclama su identificación con el régimen corporativista portugués de Oliveira Salazar o el símil italiano de etiqueta fascista: “Esa misma unidad exige, que permanezcamos a igual distancia de la utopía comunista que del individualismo liberal; que no atribuyamos a la sociedad todos los poderes, ni la disgreguemos en pequeños egoísmos personales. El Estado liberal, burgués y capitalista, ha engendrado la aristocracia del dinero, fundando la selección en un concepto materialista, sensual y anti-cristiano, que en lugar de exaltar los valores humanos del coraje, la generosidad y el amor al trabajo, ha promovido ese monstruoso despertar de las bajas pasiones”.

Cabe reconocer que su sinceridad es conmovedora. Así lo prueban las conclusiones de su manifiesto doctrinario, dicho ante el público, cuando en tres párrafos confiesa el camino a seguir:

- 1) “En la democracia funcional, en cambio, todos votan, pero cada uno en su estamento y sólo sobre los problemas de su estamento. De ese modo, el elector conoce a su representante y éste las necesidades y los problemas que debe defender y armonizar en el conjunto general de las fuerzas del Estado. Esa es la única democracia posible y verdadera. La otra, la del sufragio universal, falsa y pervertida, se mantiene en beneficio exclusivo de la plutocracia extranjera que nos explota y los lacayos nativos que le venden sus servicios”.
- 2) “En la democracia cuantitativa que nos rige —o que aparenta regirnos— nadie se encuentra en el lugar que le corresponde. Todo el mundo opina sobre todo y la totalidad de los electores, resuelve, con su voto, todos los problemas de gobierno, por más difíciles y complicados que puedan ser, como si cada ciudadano fuese un hombre omnisapiente”.
- 3) “El cuadro esbozado sería desalentador para quien no tuviera la férrea decisión nacionalista que anima nuestro Movimiento. *La lucha emprendida hará inevitable la reforma del régimen y el archivo de la Ley Sáenz Peña*” (17).

(17) El virus tentador del corporativismo se hizo sentir en la Constitución de la Provincia del Chaco de 1951 (derogada en 1955) que creaba un legislativo unica-

¡Sin comentarios! *Finis corona opus.*

XI. A manera de conclusión, deseo volcar tres reflexiones atinentes a la grandeza política y la integridad humana de *Roque Sáenz Peña*, cuyo legado tiene un valor moral y una significación institucional que trasciende las épocas y las circunstancias, para incorporar su nombre entre los arquetipos paradigmáticos de los grandes estadistas:

1º) Que es una insignificancia entrar a considerar si las reuniones del entonces Presidente electo de la Nación con Hipólito Yrigoyen como interlocutor principal de la oposición al continuismo del régimen electoral vigente, fueron una, dos, tres o más, o muchas otras. Lo fundamental y dato arcóntico del caso, es que arribaron a un amplio entendimiento y armonizaron las razones que asistían a cada uno, en aras de una solución satisfactoria para la pacificación nacional y la legitimidad de los futuros procesos electorales. El cómputo de esas reuniones es cuestión baladí, habida cuenta que don Roque y don Hipólito conservaban una amistad preexistente, que venía de lejos y que, por ende, facilitaba el reencuentro y el diálogo entre ambos, luego del retorno de Sáenz Peña de su destino diplomático europeo (18). No es razonable pretender que de cada plática que llevaran a cabo tuviera que quedar plasmada en un documento: bastó con los acuerdos finales y definitivos, que se conservan en el archivo de Miguel Angel Cárcano, hijo de Ramón J. Cárcano que los tuvo en su poder.

2º) Que el debate (ni siquiera es una polémica) acerca de las “fuentes” tenidas en cuenta para la adopción del sistema electoral más apropiado al momento, es secundario con relación al fondo de la cuestión, toda vez que se trataba de transparentar las elecciones y reconocer la representación minoritaria. Agotado el ciclo histórico de la “lista completa”, las

meral del cual la mitad de sus miembros se elegía por circunscripciones y a través de partidos políticos y la otra mitad —también por circunscripciones— se votaba por representantes gremiales, pero únicamente votaban los afiliados a esas entidades (véase: VANOSSI, “Estado de Derecho”, ob.cit., págs. 300 y sigts).

(18) Roque Sáenz Peña había ingresado a la Legislatura de Buenos Aires en 1876, como Diputado; mientras que Hipólito Yrigoyen accedió al mismo cargo electivo en 1878. Ambos fueron diputados nacionales: Yrigoyen en 1880 y Sáenz Peña en 1906 por la lista “opositora” de los pellegrinistas. Y también ambos pertenecieron al Club del Progreso —centro político por antonomasia— del que Sáenz Peña fuera presidente.

opciones se reducían al retorno del voto “ uninominal por circunscripciones ” (ya experimentado en la presidencia de Manuel Quintana, en una sola elección, que consagró a Alfredo L. Palacios como “ el primer diputado socialista de América ”, gracias al voto de muchos ciudadanos que provenían de diversos partidos de oposición a los conservadores), o el ensayo de otro sistema: el que finalmente prohibió el Poder Ejecutivo en su proyecto fue el de la “ lista incompleta ” o del “ tercio restante ”; que era escasamente conocido y menos aún estudiado o analizado por los estudiosos de la época. Da lo mismo para la valoración de sus méritos que se haya tenido en cuenta alguna de las escasas referencias “ a mano ”; más aún si se tiene certeza que tanto Sáenz Peña (por su admiración a la Constitución bonaerense de 1873) cuanto Yrigoyen, simpatizaban con la representación proporcional, también estimaban que el Congreso Nacional no prestaría aprobación a un “ salto cualitativo ” tan grande ante la incertidumbre del futuro “ cuantitativo ” que se podía prever para el comportamiento electoral de una ciudadanía que hasta entonces sólo había participado en dosis homeopáticas (sic). Si entrando en el campo hipotético nos aventuramos a conjeturar (formar juicio de algo por indicios y observaciones. Conf. DRAE), el repaso de la historia posterior me lleva a suponer que si en aquella oportunidad Sáenz Peña e Yrigoyen se hubieran “ jugado ” por la representación proporcional que preconizaba John Stuart Mill (que la consideraba una *exigencia moderna*) y que durante años reclamaban otros partidos minoritarios de la Argentina, no se hubieran podido consumir ni la destitución de los jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (1946-1947) ni el cambio de la Constitución Nacional (1948-1949). Claro está que ello no corresponde a la historia sino a la ucronía (reconstrucción lógica aplicada a la historia dando por supuesto acontecimientos no sucedidos pero que habrían podido suceder (Conf. DRAE).

3º) Que el acuerdo logrado en 1910 —y esto es lo más importante de resaltar— fue honorable, limpio, generoso y abierto al juego *fair play* que se llevó a cabo aún después del fallecimiento del garante de su cumplimiento, pues De la Plaza actuó con fidelidad y consecuentemente a lo establecido en las nuevas leyes. ¡Qué diferencia con algunos “ pactos ” gestados nada más que con finalidades (que no merecían ser considerados como fines) de índole “ electoralera ”, o sea, para alcanzar una sumatoria de votos suficientes para la obtención del poder (1958) o para destrabar el impedimento reeleccionista y poder así asegurarse la continuidad ejecutiva con

reforma constitucional mediante! (1993-1994)(19). Por lo tanto, quede bien en claro que los “acuerdos” celebrados a fin de alcanzar la plenitud del sufragio y la normalización de la vida política, que condujeron a la sanción de las tres leyes de Roque Sáenz Peña, tuvieron la grandeza de miras y la legitimidad histórica que los permite parangonar con los que para llegar a la Organización Nacional fueron el “Acuerdo de San Nicolás de los Arroyos” del 31 de mayo de 1852 y el Convenio de Paz o “Pacto de San José de Flores” del 11 de noviembre de 1859.

Lejos de todas mezquindades, el estadista y repúblico Roque Sáenz Peña fue —fundamentalmente— un principista que, animado por la fuerza imbatible del idealismo, volcó sus energías a la vocación del quehacer público en bien de una ciudadanía que reclamaba la vigencia de los valores preambulares de la Constitución Nacional, especialmente en el goce de las libertades y en el ejercicio de la igualdad en los derechos políticos. Su visión patriótica de la nacionalidad la proyectó más allá de los límites fronterizos y lo hizo acreedor al reconocimiento del pueblo hermano del Perú que le otorgaran los despachos de General por su gesto en la guerra del Pacífico. Poseía esa alma superior que le inspiró la exclamación de “América para la humanidad” —que complementaba y superaba la emblemática “América para los americanos” de Monroe— y entroncaba con la auspiciosa creencia de “que todo nos une y nada no separa”. Es que los grandes hombres llevan en las entrañas de su personalidad no sólo la grandeza de su trayectoria sino también el ánimo que se nutre de la conjunción de su fe, su esperanza y su ilusión. Roque Sáenz Peña lo demostró. Su épica heroica, al afrontar con éxito el desafío histórico de completar con el *sufragio* el accidentado curso de la organización política del país, es más que suficiente para pertenecer al cuadro de los próceres de nuestra

(19) Bien ha expresado la importancia intrínseca de los sistemas electorales —entre los cuales hay que elegir o combinar entre ellos— el Camarista Electoral de la Nación Dr. Alberto Dalla Vía, con motivo del centenario de la Ley Sáenz Peña: “Los sistemas electorales deben ser confiables y creíbles para los ciudadanos que depositan en ellos sus creencias, sus convicciones democráticas y su fe en la República y las instituciones. Los poderes políticos deben saber comprenderlos para que el pueblo siga queriendo votar”; añadiendo —con respecto al pasado— la siguiente moraleja: “Las normas electorales tienen su propia lógica basada en una indiscifrable racionalidad colectiva que no pocas veces se vuelve contra quienes pretenden manipularlas. Los conservadores perderían para siempre el poder de las grandes mayorías” (Conf., “Ambito Financiero”, 28/VI/2012, pág. 12, Bs. As.).

trajinada democracia constitucional. Y si los desatinos de la posterioridad interrumpieron o tergiversaron el genuino objetivo modernizador y progresista de su emprendimiento, la raíz de los males hay que ubicarla en los déficit subyacentes de nuestra cultura política, verdadera rémora que conduce a la reiteración de los errores y fracasos por mimetización con los vicios y desprecio por las virtudes, en abierto e impúdico menoscabo de la ley y de las instituciones. Con escasa autocrítica, es ínfima la capacidad de rectificación, lo que nos convierte en personajes de “el mito de Sísifo” a la manera que Albert Camus simbolizó el absurdo inherente a esa condición humana en la leyenda del rey corintio condenado a empujar una roca hacia la cima de una montaña pero que siempre caía antes de llegar arriba. ♦

PROYECCIONES DE LA LEY SAENZ PEÑA

POR GREGORIO BADENI (*)

En el curso de la vida de los pueblos se producen ciertos hechos emblemáticos que marcan sus destinos. Hechos que simbolizan hitos trascendentales determinantes de la trayectoria, eficiente o adversa, de una nación.

En el marco del justo homenaje que se le rinde a la personalidad de Roque Sáenz Peña con motivo de cumplirse el centenario de la célebre ley que lleva su nombre, resulta oportuno efectuar un análisis elemental sobre la proyección que tuvo en el desenvolvimiento político argentino una norma que suele ser calificada como emblemática y factor decisivo de una auténtica democracia representativa y participativa que se habría instalado en el país.

Cuando concluyó la ardua tarea de la organización nacional con la sabia Constitución de 1853/60, quedó claramente definido su objeto. Articular una estructura federal basada sobre una comunidad nacional preexistente, y un sistema político impregnado con los valores del secular movimiento constitucionalista. Un sistema político global cuya finalidad es la libertad —tanto política, como económica y social—, la dignidad y el progreso del ser humano en un ámbito donde, para satisfacer la idea sociopolítica dominante en el pueblo, impera el pluralismo, la tolerancia y él

(*) Disertación del Académico en el acto público celebrado por las Academias Nacionales para conmemorar el “Centenario de la Ley Sáenz Peña”, en la sede de la Academia Nacional de la Historia, el 14 de agosto de 2012.

respeto recíproco que permiten una convivencia armónica propia de una democracia republicana.

Desde la sanción de nuestra Ley Fundamental y hasta el amanecer del siglo XX resultaba significativo el avance experimentado por la libertad económica y sus logros, con el consiguiente desarrollo y progreso material del país. La epopeya económica iniciada hacia cincuenta años con singular tenacidad y excelencia, se expandía con renovada intensidad generadora de una serie interminable de nuevos emprendimientos y polos productivos, que se proyectaban favorablemente para la libertad social.

La libertad social no estaba a la zaga. Se cumplía la manda histórica impuesta por el Estatuto Provisorio de 1815, el Estatuto Provisional de 1816 y el reglamento Provisorio de 1817 sancionado por el Congreso de Tucumán: el Cuerpo Social tiene el deber de “garantir, y afianzar el goce de los derechos del hombre. Aliviar la miseria y desgracia de los ciudadanos, proporcionándoles los medios de prosperar e instruirse”. A ese precedente de lo que el académico Segundo V. Linares Quintana bautizó con el nombre de “constitucionalismo social”, se añadía el legado de Esteban Echeverría, adalid de la Generación de 1837, cuando proclamaba: “Queremos garantías sociales, la fraternidad entre todos, la libertad para todos y la igualdad de derechos y deberes en todo y cada uno de los miembros de la familia argentina”. Añadía que queremos “la democracia en la enseñanza; ...en la distribución y retribución del trabajador... El proletario, entre tanto, es hombre como los demás hombres, y en virtud de la ley de Dios y de su naturaleza, en virtud de su derechos inviolable a la comunión con sus semejantes y el universo, tiene derecho igual al de todos a los goces de la familia, de la patria y de la propiedad; tiene sobre todo derecho a vivir y alimentarse con su trabajo”.

En el desarrollo de la libertad social fue fundamental la obra de la Iglesia Católica y la ejecución de las ideas rectoras de Domingo Faustino Sarmiento, así como también su ampliación por los sucesivos gobiernos nacionales y provinciales fomentando la educación popular, el nivel cultural y la instrucción cívica. Sería injusto olvidar la labor de Joaquín V. González y su esfuerzo por difundir la educación democrática. Otro tanto el Código de Trabajo elaborado por el ilustre riojano durante la segunda presidencia de Julio Argentino Roca. Muchas de sus disposiciones, y otras fruto de la creatividad de personalidades como Alfredo Palacios, conformaron la estructura jurídica laboral sancionada en los albores del siglo XX.

Es cierto que, cuando se sancionó la Constitución de 1853/60 existía una amplia brecha entre el orden constitucional y el orden político. Pero también es cierto que ella se fue reduciendo considerablemente en el curso de los siguientes cincuenta años como consecuencia de una acción progresista positiva para el florecimiento del bien común. Se estaba tornando en realidad el vaticinio de Fray Mamerto Esquiú cuando decía: “La acción de la carta constitucional es vastísima y se halla en oposición a casi toda la actualidad de la República: es una savia que tiene que penetrar enmarañadas y multiplicadas fibras, que necesita mucho tiempo para vivificar totalmente el sistema”.

Sin embargo, en el curso de esta evolución se percibía, cada vez con mayor claridad, una situación patológica. La libertad política que había sido el ariete fundamental para concretar la independencia y la organización nacional, distaba de presentar el desenvolvimiento que, conforme a la idea sociopolítica dominante, se imponía en el curso progresista de las libertades económica y social. Este fenómeno, que no era desconocido por la dirigencia política, acarreaba el riesgo sumamente grave de producir la alteración y consecuente ruptura del sistema constitucional, desembocando en la consolidación de una autoritaria estratificación política que es incompatible con los principios cardinales de la democracia republicana.

Indicios de semejante riesgo se advertían con motivo de los frecuentes alzamientos armados que, ya sea respondiendo al oportunismo político o a una sincera preocupación republicana, invocaban la necesidad de erradicar el fraude electoral y de garantizar la libertad en la confrontación política. Nobles ideales que no siempre expresaban el fiel pensamiento de quienes los invocaban.

La insatisfacción que traía aparejada el endeble desarrollo de la libertad política era un problema que, ya desde hacía varias décadas, se manifestaba en Europa y varias naciones latinoamericanas. Su magnitud se acrecentaba, ya sea porque se soslayaba su solución o porque, para abordarla, se acudían a enfoques meramente formales con cierta cuota de malicia. La respuesta insatisfactoria a las crecientes demandas de libertad política comenzaba a corroer los sólidos cimientos del régimen zarista en el Imperio Ruso. La paulatina ruptura del heterogéneo Imperio Austro-Húngaro se profundizó en 1897 con motivo del rechazo intransigente del nacionalismo alemán y de ciertos grupos conservadores a las ordenanzas

que reconocían el pluralismo social ampliando los derechos políticos de las comunidades que integraban el Imperio. Las demandas de libertad política cobraban vigor en el Imperio Alemán como respuestas a las restricciones autoritarias, determinando la creación del Partido Social Demócrata. Demandas de las que no estaba exenta la 3ª República Francesa. Por otra parte, la Restauración Borbónica que se vivía en España exhibía una confrontación intolerante entre sectores liberales, conservadores y republicanos.

Aplicando un enfoque pragmático a los hechos políticos que se producían y al estancamiento como respuesta al dinamismo social, fácilmente se arribaba a la conclusión acerca de la próxima quiebra de las estructuras autoritarias. No se ofrecían soluciones satisfactorias a las demandas de libertad política generadas por la idea socio política dominante, y además no se advertía en la dirigencia política capacitación suficiente para tener una real dimensión del problema y del camino que correspondía seguir para evitar una confrontación innecesariamente lesiva para el bien común. Esa ineptitud acarrea la incompreensión de prever el efecto multiplicador que tendría en Europa la demanda por la libertad política y cuyo traslado al continente americano resultaba inexorable si no se emprendía, de manera orgánica y efectiva, la revitalización política en aquellos países que habían relegado la libertad política en la práctica, aunque no necesariamente en la teoría.

Ese riesgo fue percibido claramente por distinguidos protagonistas de la vida política argentina. En diferentes momentos y con diversos matices se escucharon las advertencias de Carlos Pellegrini, Joaquín V. González, Julio Argentino Roca, Mariano de Vedia, Hipólito Yrigoyen, Alfredo Palacios, entre otros. Sin embargo, sus loables esfuerzos individuales fueron desarticulados cuando se enfrentaron a la mediocracia de la "máquina electoral". Estructura conformada por la creciente estratificación política que se manifestaba en el país.

Entre aquellos protagonistas se destacaba la figura de Roque Sáenz Peña. En 1903 había expuesto con firmeza que "un pueblo que no delibera, que no piensa, que no puede votar ni darse gobiernos propios, no es un pueblo, en el concepto jurídico, ni en su significado sociológico; esto no es una república, ni una democracia; será parodia o ficción, será una tribu vestida a la europea, será una oligarquía, pero no es una entidad política,

ni un cuerpo orgánico, ni un pueblo libre, que tenga los atributos de la nacionalidad”.

Sáenz Peña, conforme a sus profundas convicciones entendía que el restablecimiento de la libertad política estaba condicionado, inevitablemente, a una profunda reforma política que permitiera satisfacer las necesidades cívicas del pueblo. Sólo así sería posible elevar la libertad política a las alturas alcanzadas por las libertades económica y social. Una reforma eficaz para erradicar el caudillismo y replantarlo mediante el surgimiento de sólidos partidos políticos; para desterrar el fraude electoral; para destruir la nefasta “máquina electoral” que frustraba sanas vocaciones políticas; para incrementar el civismo y la participación de los ciudadanos en la vida republicana.

Era una reforma que debía ser orgánica y progresiva. Una reforma que, en el mejor de los casos, podía producir sus frutos en el mediano plazo. Pero era una reforma que, como capítulo inicial, debía implementar una profunda reforma electoral.

Es así que al poco tiempo de asumir Sáenz Peña la Presidencia de la República, el Congreso nacional sancionó dos leyes fundamentales debido a su firme iniciativa. La ley N° 8129 del 4 de junio de 1911 y la ley N° 8130 del 18 de junio de 1911. Fueron instrumentos esenciales para dotar de mayor transparencia al sufragio. La primera de estas leyes dispuso el enrolamiento de los ciudadanos a partir de los 18 años de edad en los distritos militares y oficinas del Registro Civil quienes recibían un documento de identidad —la libreta de enrolamiento— que les permitía acceder a los comicios. La segunda establecía la confección de un nuevo padrón electoral permanente sobre la base de los padrones de enrolamiento militar.

Estas normas conformaron la vanguardia jurídica que permitió abordar exitosamente la reforma electoral concretada el 10 de febrero de 1912 mediante la sanción de la ley N° 8871.

La sanción de la ley N° 8871 estuvo precedida por un prolongado y luminoso debate en ambas Cámaras del Congreso. Es, probablemente, uno de los debates más ilustrativos y profundos de nuestra historia congresual que puso de manifiesto los ricos conocimientos, la esmerada preparación y el talento de los legisladores para propiciar, con sólidos fundamentos, las más diversas posturas teóricas con una cuota empírica que atenuaba

las diferencias en el afán de encontrar una síntesis satisfactoria para el desarrollo de la república.

La ley contiene dos partes. La primera se concentra en la tipificación del voto. Establece que el acto individual del voto es universal, igual, secreto y obligatorio. Las dos primeras características estuvieron presentes en todas las leyes electorales argentinas posteriores a la sanción de su Ley Fundamental, comenzando por la primera de ellas que fue la ley N° 140 de la Confederación Argentina dictada el 16 de septiembre de 1857.

El secreto del voto fue una novedad. En las leyes anteriores sobre la materia se le asignaba carácter facultativo pudiendo ser emitido por escrito u oralmente. El secreto no es una condición teóricamente esencial del voto que haga a su naturaleza conforme a los preceptos de la democracia constitucional. Por el contrario, en una sociedad ideal la conducta esperada la representa el voto público, ya que nadie debería tener temor en dar a conocer el contenido del acto por cuyo intermedio asume una responsabilidad cívica. Sin embargo, el análisis de la realidad social y política revela que el voto público puede conducir a la desnaturalización de la voluntad del ciudadano mediante el fraude. El voto secreto no excluye la posibilidad de las amenazas y coacciones en colegios electorales pequeños pero, en términos generales, su contribución para erradicar el fraude electoral ha sido decisiva.

Otorgar al voto carácter secreto importa, en definitiva, garantizar su emisión dentro de un marco de libertad. Significa permitir al ciudadano su ingreso al cuerpo electoral sin temor, con libertad y sin necesidad de asumir una conducta heroica. Corresponde recordar que con la ley N° 4719 del 26 de septiembre de 1905 fue impuesto obligatoriamente el voto escrito, aunque con ello no se erradicaron las presiones a que podía quedar sujeto el votante.

Uno de los aspectos más controvertidos en el debate congresual de la ley Sáenz Peña fue la obligatoriedad del voto. La finalidad perseguida con la implantación del voto obligatorio residió en fomentar el interés de los ciudadanos por la vida política, disminuir el ausentismo electoral y elevar el grado de representatividad del sistema. Sin embargo, debido a su carácter compulsivo, la participación y la representatividad pueden ser aparentes y no reales, a menos que otros factores revelen lo contrario. Entre ellos, el más significativo está representado por la presencia de sólidos partidos

políticos con los cuales se identifican los votantes. Este fue, precisamente, uno de los objetivos que se fijó Sáenz Peña con su reforma.

En la Cámara de Diputados el proyecto de ley fue aprobado en general el 24 de noviembre de 1911 por 49 votos contra 32. Sin embargo, por 34 votos contra 32 fue rechazada la imposición obligatoria del voto. Los esfuerzos desplegados por el ministro del interior y coautor del proyecto, Indalecio Gómez, fueron insuficientes para rebatir los sólidos argumentos expuestos, entre otros, por Julio Costa, Pastor Lacasa, Julio A. Roca, Luis Agote y Benigno Rodríguez Jurado.

Este rechazo no prosperó. El 7 de febrero de 1912 el Senado aprobó el proyecto por 13 votos contra 6 incluyendo el voto obligatorio que mereció la firme adhesión del senador Joaquín V. González. Al retornar el proyecto a la Cámara de Diputados, fueron aceptadas las reformas introducidas por el Senado.

Las características asignadas al voto por la ley Sáenz Peña fueron fielmente reproducidas en todas las leyes electorales sancionadas con posterioridad. Ellas pasaron a formar parte de la idea política dominante en el país cuya modificación legal se torna imposible. Tal circunstancia torna incomprensible que, 82 años después, fueran incorporadas al texto constitucional con motivo de la reforma de 1994. Nada nuevo se añadió, salvo el hecho de engrosar innecesariamente a la Ley Fundamental.

La segunda parte de la ley Sáenz Peña propiciaba un sistema electoral de voto limitado o restringido. Disponía que en los distritos en donde correspondía elegir a tres o más diputados o electores de presidente y vicepresidente de la República el votante sólo podía expresar sus preferencias por los dos tercios de cargos a cubrir. No era un sistema de lista, como tampoco lo fue el mal llamado sistema de lista completa, porque conforme al art. 57 de la ley el escrutinio se realizaba por persona y no por lista, resultando electos aquellos candidatos que obtenían más votos cualquiera fuera la lista o las listas en que figuraran como tales.

En el debate congresual las opiniones estuvieron divididas entre las que proponían el sistema de mayoría relativa que había previsto la ley N° 140 de la Confederación Argentina, el sistema de circunscripciones uninominales establecido por la ley N° 4161 del 28 de diciembre de 1902, el que proponía el proyecto y hasta el sistema de representación proporcional que contó con el beneplácito de Manuel Montes de Oca. Casi todos los

legisladores coincidieron en sostener que no existe un sistema electoral perfecto y que el recomendable en cada momento es el que mejor se adecue a las características políticas y sociales de un país.

El sistema de voto limitado mereció severas observaciones. Se destacó que restringía arbitrariamente la potestad de votar del ciudadano y que había seguido el modelo vigente en algunos países que registraban un arraigado sistema bipartidista. Este fenómeno no se presentaba en nuestro país donde, además, las agrupaciones políticas eran inestables y ocasionales, con la salvedad de aquellas pocas que respondían a ideas y principios propios y que, según se dijera, no eran mayoritariamente conocidas ni comprendidas por el pueblo.

Sáenz Peña era consciente de esa realidad. En el mensaje que acompañó el proyecto de ley decía: “dentro del sistema electoral a pluralidad de sufragios impuesto por la Constitución, el poder ejecutivo ha creído que cabe a título de ensayo preparatorio de la reforma definitiva, el sistema de lista incompleta que se comprende en el proyecto adjunto. En todo caso, los sistemas de representación de las minorías exigen, para su buen funcionamiento, una sólida organización y una perfecta disciplina en los partidos políticos, de los cuales estamos aún distantes”.

Sostuvo claramente que el régimen electoral propuesto era un primer paso de la reforma política que aspiraba concretar. Ella iba a permitir la participación activa de los partidos políticos en el proceso político y no solamente durante los comicios; la representación de las minorías; la conformación de partidos políticos dotados de disciplina interna y externa, y basados sobre sólidos principios doctrinarios que permitieran erradicar el populismo, la audacia de los caudillos y el autoritarismo que se reflejaba en las facciones políticas existentes.

El entusiasmo que suscitó la aplicación de la ley Sáenz Peña fue razonable y justificado. Se había revitalizado la libertad política que impone la Constitución; comenzaron a gravitar en la vida social nuevas agrupaciones organizadas con todos los requisitos formales y sustanciales propios de los partidos políticos; se redujo sensiblemente el fraude electoral, al menos en sus modalidades clásicas; los ciudadanos comenzaban a sentirse partícipes de la vida cívica.

Sin embargo, se incurrió en el olvido, o en el deliberado y grave error, de no cumplir con el legado de Sáenz Peña. De no proseguir desarrollando su

obra ingresando en las nuevas etapas que la integraban. De no continuar con su reforma política incrementando la cultura cívica y profundizando la idea sociopolítica democrática para que se consolidara como idea dominante.

Probablemente ese estancamiento fue una de las causas que impidió forjar los anticuerpos para enfrentar las concepciones políticas autoritarias que comenzaron a brotar en el país después de haberse consolidado en varias naciones europeas. ¿Cómo explicar la frustración de aquel entusiasmo tras haber transcurrido tan sólo dieciocho años?

A cien años de ser sancionada la ley Sáenz Peña, se estaría incrementando la atrofia de su legado. Los partidos políticos que anhelaba fueron sustituidos por las facciones políticas. Volvió a cobrar vigencia la “máquina electoral” que soslaya al pueblo. El fraude electoral se incrementa con nuevas y audaces modalidades. La libertad política está sujeta a crecientes embates autoritarios. La cultura cívica y las prácticas republicanas son diluidas por el populismo. Se incrementa la brecha entre el orden constitucional y el orden político con el riesgo de provocar la ruptura del primero.

¿Fracasó el proyecto de Sáenz Peña? Entendemos que no. Quienes fracasaron fueron los artífices de la vida política que no supieron concluir su obra. ¿Qué queda de la ley Sáenz Peña? Pues un conjunto de buenas intenciones invocadas permanentemente y la tipificación que le asignó al sufragio. Es muy poco considerando la proyección que le asignó su autor. Lamentablemente, como tantas otras veces, se creyó que la ley era la panacea democrática y que, por sí sola, remediaría los vicios políticos incurriendo en un hedonismo que tornaba innecesaria la activa participación de una ciudadanía consustanciada con los valores republicanos. Grave error cuyas consecuencias estamos padeciendo.

La ley Sáenz Peña fue un hito en la vida política argentina. Etapa de una obra fundamental cuya dimensión no fue debidamente comprendida ni desarrollada. Pero su evocación tiene la fuerza del desafío. Del desafío que representa honrar la personalidad de su autor retomando el camino que proyectó con tanto esmero para restablecer plenamente la libertad política que impone nuestra Ley Fundamental.◆

¿NUEVAS FORMAS DE REPRESENTATIVIDAD DEMOCRÁTICA? EL PELIGRO DE LAS “ACECHANZAS”

POR JORGE REINALDO VANOSI (*)

I. No es fácil ni resulta sencilla la propuesta de nuevas sendas en el camino hacia un hipotético perfeccionamiento de la representación política. ¿Cuál es el estado actual del régimen de Democracia “representativa”? Este interrogante apunta a desentrañar la clave que permita determinar qué es lo que hay que cambiar con miras al acrecentamiento de la calidad institucional; y no por el mero deporte de jugar al cambio por el cambio mismo, que suele deparar sorpresas muy alejadas de las ilusiones incubadas desde los podios del romanticismo político.

¿Se agota la “democracia” en los actos eleccionarios o se integra ese recaudo con la sumatoria de los ingredientes (o elementos) que constituyen los datos morales que confirman el contenido *ético* de la República? Como estimamos que es en lo segundo donde reposa el meollo de la cuestión, resulta pues inevitable una valoración del ámbito cultural en que se desenvuelven los regímenes con base representativa; y, más específicamente, en los espacios ocupados por las democracias constitucionales que responden a las condiciones y los supuestos propios de un “Estado de Derecho”, entendido éste como concepto material y no como figura formal. ¿Qué observamos en ese terreno?:

(*) Disertación del Académico en el VIII Congreso de Academias Jurídicas y Sociales de Iberoamérica y Filipinas, celebrado en Santiago de Chile entre los días 22 y 24 de noviembre de 2012.

A) Signos “preocupantes”

1) El problema no está tanto en el sistema electoral, sino en la “implosión” de los *Partidos Políticos*, que de su máximo nivel de institucionalidad —con su reconocimiento constitucional— han recaído en una crisis de “representatividad”, produciendo un vacío que se traduce en debilitamiento de la intermediación entre la ciudadanía y los órganos que ejercen los poderes políticos del Estado. Este decaimiento es preocupante, pues si se toma en cuenta la dura recordación de Paul Valéry poco antes de su muerte (1945) en el sentido de que “las civilizaciones también son mortales”, cabría suponer la misma suerte con respecto a muchas de las agrupaciones partidarias. La pérdida de la *identidad* de lo que han sido fuerzas políticas de hondo arraigo en la historia de algunas naciones crea la incertidumbre en torno a cómo es o será su reemplazo, ya que tanto a nivel personal como grupal está comprobado que cuando aquélla se diluye, sigue a continuación el abandono de la *pertenencia*.

Una membrecía desmotivada al ver convertido “su” partido en un club cerrado o impermeable a las inquietudes que se proponía atender, es una comprobación de que, por desgracia, ganó la “ley de hierro de las oligarquías partidarias” que fuera denunciada hace un siglo como signo de descomposición del socialismo alemán (Robert Michels).

Es también visible la contradicción señalada por Wiston Churchill: la vida interna de los partidos reniega de las reglas democráticas que paralelamente se exigen para la formación y el funcionamiento de los órganos representativos de los poderes públicos.

Cuando la dinámica interna de los partidos deriva en la obsesión del “internismo”, convirtiendo al medio en un fin en sí mismo; y cuando el clientelismo prebendario alimenta las lealtades partidarias en la puja sectorial de la lucha intestina, queda a la vista del pueblo una patología enfermiza y decadente, muy lejana de las expectativas de que puedan servir al interés general y el bien común al que la sociedad aspira que los partidos interpreten y cuiden.

¿Qué está indicando el lenguaje?: “espacios” y “movimientos” son los vocablos que aluden a las ubicaciones políticas contemporáneas, donde las posiciones y las posturas son cambiantes, las alianzas son fugaces y los ideales brillan por su ausencia.

Es otra muestra del “mal en los partidos”. George Vedel afirmó que en un Estado moderno la democracia no puede vivir sin partidos pero puede perecer a causa del mal en los Partidos. Sería advertencia que el jurista francés enunciara hace muchas décadas y que en algunos casos ha tenido la recepción de una profecía por desgracia cumplida. Transitando por ese ruedo la desnaturalización de los procesos políticos de Venezuela, Ecuador, Bolivia y la Argentina, entre otras declinaciones.

2) Decaimiento de las notas esenciales del “republicanismo”: Madison en “El Federalista” y Aristóbulo del Valle en su texto de enseñanza de derecho constitucional hicieron hincapié en los elementos componentes de esa forma de gobierno, a saber:

- **Democracia y sufragio limpio:** encontramos excesivo número de representantes que no son representativos e, inversamente, quedan fuera de escenario vigorosas figuras representativas que no acceden a la representación ¿Dicotomía? ¿Desprecio por la excelencia? Otra vez la “ley de hierro” de las cúpulas partidarias, propensas a la dolencia del autismo.
- **Separación de poderes:** el hiper-presidencialismo borra las demarcaciones de los poderes y reúne en el brazo ejecutivo la suma del poder público ¿Y “quién controla al control” cuando todos comparten la misma pertenencia? Los abusos en el dictado de “decretos de necesidad y urgencia” y de delegación legislativa responden —más que nada— a la tentación de rehuir al debate público y parlamentario.
- **Igualdad ante la ley:** todos somos iguales pero hay algunos que son más iguales que otros que son menos iguales (Orwell) Los primeros son pocos; los segundos son la mayoría de la ciudadanía. Privilegios, prebendas y canojías son el tránsito fluido hacia la corrupción de los detentadores del poder, lo que insufla un mayor resentimiento social y un agudo descreimiento en los sectores dirigentes.
- **Periodicidad:** hay vocación de eternidad (sic) en la ocupación de cargos públicos electivos. El reeleccionismo por tiempo indefinido se propaga epidérmicamente y “como el hambre viene comiendo” los apetitos de poder ilimitado y de corruptelas generalizadas se expanden por todos los segmentos sociales. El republicanismo requiere que los gobernantes vuelvan periódicamente “al llano”.

- **Publicidad y acceso a la información:** antes eran las “leyes secretas” (y los decretos también); hoy son datos ocultos o estadísticas tergiversadas, que confunden al pueblo y que entorpecen o impiden el funcionamiento del control a cargo de órganos independientes. Es sabido que la práctica de la función de control, cualquiera que sea el sistema adoptado, requiere como mínimo tres condiciones: a) la independencia del controlante respecto del controlado; b) el acceso a la información de todos los elementos; c) que la órbita controlada abarque todo lo fundamental y no se limite a cuestiones nimias o baladíes.
- **“Responsabilidad” versus “impunidad”:** a más altas jerarquías corresponden mayores responsabilidades, siendo el control la antecala de la responsabilidad; y cuando ésta no se hace efectiva se está favoreciendo la instalación de un régimen de impunidad, donde “todo vale”. Se registran innumerables “desprolijidades”, cuando no son abiertas y palmarias violaciones. Además hay que tener presente, que en la letra constitucional todo es contenido y sustancia: las “formas” también. Y hasta un punto o una coma tiene un sentido y por su existencia o no (o por su ubicación) puede cambiar totalmente el sentido de la norma a aplicar. El desprecio por los cumplimientos formales y el apartamiento de los procedimientos establecidos, son rasgos peculiares del desapego por las instituciones y el menosprecio de las pautas que se deben cumplimentar a fin de asegurar fehacientemente la legitimidad del proceder de los órganos y funcionarios públicos. El “populismo” hace gala de jactancia infractora y de actitudes contestatarias del orden establecido. Coincidimos con quienes caracterizan al fenómeno del populismo como una “recusación a la democracia representativa” y una apelación demagógica al “conductor del pueblo” como líder demiúrgico, convirtiéndose en “una coartada para autoritarismos disfrazados” (conf., Carlos Floria en “La incierta ilusión populista”, La Nación, Bs. As., 25/VI/11, autor que destaca las ambigüedades de algo que no constituye ni una teoría política ni un programa económico).

3) ¿Hay una des-culturalización dirigida y dosificada? Sí, con varias modalidades:

- El auge de una *contra-cultura* en materia institucional cuando se instala una paralela, a su lado, para mimetizarla y desplazarla paulatinamente.

- El apogeo de las actitudes anticonstitucionales consumadas: una *anti-cultura* cívica que apunta a la destrucción lisa y llana del ordenamiento institucional; y es coherente con el repudio de los valores vigentes.

Lo único que se invoca es la legitimidad plebiscitaria del origen del acceso al poder, no importando nada las legitimidades correspondientes al ejercicio del poder y a la transferencia en las etapas de renovación de los gobernantes. En esa infracción el llamado neo-populismo es igual que el "populismo".

Cuando uno de los primeros estudiosos del comportamiento social, el argentino Juan Agustín García, abordó los caracteres que provenían de la época colonial y seguían vigentes al tiempo del cambio de siglo (año 1900), detectó el "culto al coraje y el desprecio a la ley" como una nota sobresaliente de los "criollos". Ya los virreyes y capitanes generales proclamaban ante las instrucciones que recibían de la metrópoli, "la acato pero no la cumplo". Y en épocas más recientes, Carlos Nino abordó el lacerante tema de un país que vive en la anomia. Por lo que se sabe y se conoce, el virus se mantiene viviente en diversas latitudes de América Latina. Solo cambian las modalidades. Ahora: la bravuconada y el desplante como actitudes viscerales; y el desprecio por el cumplimiento de las reglas del juego como un deporte habitual que se ejercita y que se practica bajo el ropaje cínico de una proclamada "viveza criolla", sin que los esfuerzos y las enseñanzas culturales puedan domeñar ese impulso instintivo hacia la burla de la legalidad y el insulto a los modales de la debida urbanidad en una convivencia ciudadana. Cabe ensayar una conclusión para la sociología política y la psicología social: los *despotismos no* ilustrados pueden adaptar o cosmetizar la ideología, pero *no* cambiar la *metodología*. El populismo es siempre *proteico* (puesto que cambia de formas o ideas) y *protervo* (es obstinado en la maldad y perverso); dejándose seducir por la aspiración hacia imponer un pensamiento único y, a la vez, valiéndose de la introyección del miedo como inductor de posturas de asentimiento y conformismo ante el desenfreno de los grupos activistas que pregonan las consignas de "al enemigo ni justicia" u otras parecidas para impulsar los antagonismos y así concentrar la vida política en el contraste "amigo vs. enemigo". Si no existe el enemigo, pues entonces hay que inventarlo, provocando así una polarización extrema que movilice y agite la vida social en pleno, sin posibilidad conciliatoria alguna, hasta lograr la extirpación del antagonista y aplicando para ese fin todos los resortes del Poder que

produzcan la asfixia de la resistencia opositora (véase: Aleardo Laria, “La religión populista”, Grupo Editor Latinoamericano, 2012; quien remite al “juego de la creación de un adversario” que Javier del Rey Morató toma de los juegos del lenguaje que Ludwig Wittgenstein plantea en sus “Investigaciones Filosóficas”).

Todos estos signos traen como *consecuencia* el vaciamiento de la calidad de vida institucional de los pueblos, para lo cual mucho ha contribuido la “farandulización” de las actividades políticas y las muestras de comportamientos reñidos con la seriedad (que no es mera solemnidad) que deben guiar los actos de toda pretendida clase dirigente, habida cuenta que el “nudo gordiano” de las élites radica en el doble proceso de su selección y su circulación, siendo portadoras de un rol de ejemplaridad. Por desgracia el “todo vale” cala muy *hondo* en la sociedad y no sólo es epidémico; por lo que se comprueba que de las virtudes de los paradigmas dependen en gran medida las bondades de formulario que asimilen los demás componentes de la sociedad.

Es obvio que una atmósfera de *impunidad* alienta a la reincidencia en las conductas nocivas que trastornan la vida social, atentando contra la convivencia y minando el “contrato social” por el cual se concede a la autoridad la atención de la seguridad como resguardo de la atmósfera que permita en paz el goce de los derechos y libertades de las personas.

4) La afirmación de que “los pueblos tienen los gobiernos que se le *parecen*”, debida a Andre Malraux en Francia y a Eduardo Mallea en la Argentina, es correctiva de la manida exclamación de que los pueblos tienen los gobernantes que se merecen. El contagio de los vicios entre “los de arriba” y “los de abajo” debilita a la red social y fomenta el incumplimiento de los deberes y de las cargas públicas.

Si para detectar el grado de esa erosión ponemos en funcionamiento un “observatorio” de la situación de partes sustanciales o ponderables de la SOCIEDAD (pues allí radica la cuestión) comprobaremos que:

- a) El “sentimiento” constitucional, más una “conciencia” constitucional, son requisitos de supervivencia de un régimen de Estado de Derecho basado en la democracia representativa y los elementos componentes del republicanismo; por lo que cuando ambos decaen —el sentimiento y la conciencia— se debilitan las defensas del sistema. Hay que tener presente que el “sentimiento” producido o afligido por

causas o sucesos que impresionan vivamente, es el disparador que despierta y moviliza a la sociedad; mientras que la “conciencia” constitucional es el conocimiento reflexivo de un pueblo que se percibe a sí mismo como responsable y actúa en consecuencia defendiendo sus instituciones.

- b) La dejación de sus roles por la pretendida clase dirigente, en sus diversos ámbitos de acción, que se traduce en su gradual ó precipitado retiro, provoca un vacío que es ocupado por el aventurerismo o por grupos o personas “des-preparadas” o incapacitadas para afrontar las complejidades de las múltiples funciones de gobierno; con lo que la improvisación imprime una tónica disvaliosa a la operatividad estatal. Sobran “charlatanes” y faltan estadistas; sobran discursos y faltan ideas.
- c) El conformismo ante el dueto de “anomia” más “anarquía”, es un cóctel explosivo para perjuicio de la funcionalidad de las instituciones. Advirtiendo el peligro de las situaciones extremas, la Corte Suprema argentina tiene dicho que fuera de la Constitución sólo cabe esperar la *anarquía* o la *tiranía* (Fallos 191:197). Por nuestra parte podemos agregar que la historia (nacional y mundial) enseña que el auge de la primera (anarquía) suele engendrar las condiciones para que se entronice la segunda (tiranía), en un rápido giro pendular que resulta difícil detenerlo a tiempo. La tentación de acudir a la salida autoritaria está presente con demasiada frecuencia; y, al respecto, señalaba alegremente un escritor español: “Las autoridades no son verdaderamente lo que deberían ser. De ellas suele partir *el desorden* y el peligro. A veces es necesario *un motín* para restablecer el orden” (Rafael Barret, 1876-1910).
- d) El **consentimiento** expreso (que no es mero **asentimiento**) a la aceptación como mal menor de prácticas fácticas o normativas que van de la discrecionalidad a la “desviación de poder” (cuando se tiene la atribución pero se la aplica a un fin distinto al previsto en la Constitución o la ley); y de allí se toma el camino directo de tránsito a través del “derecho emergencial” permanente, donde los poderes excepcionales pasan a ser la regla; y, en definitiva, las limitaciones anormales al goce de los derechos se convierten en habituales y de duración indeterminada. El Estado “de crisis” sustituye al Estado de

Derecho; lo que es equivalente a vivir bajo un “estado de sitio” perpetuo (suspensión de las garantías).

e) El descuido abandonónico de las cuatro *seguridades*:

- *Personal*, con la rotura y ruptura del “contrato social”. Sensación de impunidad; y de una dejación del Estado en cuanto a velar por la vida y el patrimonio (material e inmaterial) de los gobernados.
- *Social*, con la desprotección e incapacitación de los habitantes frente a los riesgos que las personas corren en su tránsito desde antes de la vida hasta después de la muerte (nacimiento, capacitación, empleo, salud, vejez, entierro digno, etc.).
- *Jurídica*, que Max Weber resaltaba como factor determinante de la gran transformación que significó el advenimiento de la sociedad industrial y el desarrollo del capitalismo en Occidente: las reglas que permiten la predictibilidad y la calculabilidad en cuanto a los efectos jurídicos de nuestros actos para poder decidir si los realizamos o nos abstenemos.
- *Internacional*: Cuando las relaciones exteriores están viciadas de errores inexcusables, las consecuencias suelen ser inexorables. Debe guardarse coherencia entre la política interna y la externa, pues de lo contrario se pierde la credibilidad y se evapora la confiabilidad cuando se percibe el puro oportunismo de las circunstancias o las alianzas “contra natura” de democracias con tiranías.

f) El ahorcamiento de las regiones más deprimidas del Estado, donde es menester reemplazar la ley del equilibrio por el principio de la equivalencia. Esto debe ser tenido muy en cuenta en los Estados federales, a efectos de que el federalismo no degenera en feudalismos o, por el contrario, para evitar que el poder central ahogue a las autonomías locales, tanto financieramente como políticamente.

En síntesis, debemos tener en cuenta que la representación política no es un dato suelto sino un indicador que se relaciona con distintos vectores. Así:

- El aislamiento debilita y no fortalece.
- La “soberanía” significa hoy “inter-dependencia”.

- Lo interno y lo externo no se pueden situar en contradicción total.
- El art. 27 de la Constitución argentina (desde 1853) obliga al gobierno nacional “a afianzar sus relaciones de *paz y comercio* con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución”. Con esto han querido significar los constituyentes que organizaron la Nación a mediados del siglo XIX que con la práctica del comercio se fortalece la paz entre los pueblos; lo que queda demostrado con las experiencias de integración comunitaria desarrolladas en Europa después de la segunda guerra mundial: no se ha disparado un solo tiro entre los países asociados paulatinamente en torno a la U.E. Pero para llegar a ello hay que comenzar por procurar la “paz interior” de cada pueblo (Preámbulo de la Constitución argentina). Los altos niveles de crispación y los antagonismos deliberadamente desatados o acuciados pueden derivar en el infortunio de una “guerra civil” o en la disolución de la nacionalidad.

B) ¿Una visión promisoria?

La respuesta es afirmativa, siempre que se cumplimenten políticas conducentes al fin de mejorar las vías representativas de los regímenes democráticos. Es como el “If” (si...) del poema de Rudyard Kipling.

- Para ello, más que problemas normativos debemos adecuar los comportamientos, las prácticas, los usos y las costumbres; desterrando los vicios, las corruptelas y las artimañas fraudulentas que aún perduran, sofocando al sistema de la democracia representativa. ¿Se puede lograr? Sí. Pero si retomamos y encaramos vigorosamente la *educación cívica*. Esta es una *conditio sine qua non*. Los hábitos del civismo se nutren de las enseñanzas emanadas de una sana educación cívica. Las conductas están determinadas por el nivel de la cultura cívica de un pueblo. Sus valores y sus creencias tienen tanto o más peso y gravitación que el andamiaje jurídico.
- Sí; si aplicamos la “*regla de oro*”: a mayor Poder, mayor control, mayores garantías, mayores responsabilidades. Todo acrecentamiento del poder —público o de factores de poder— debe correlativamente generar una vigorización de los controles, un acrecentamiento de las garantías y un potenciamiento en la intervención de los mecanismos

destinados a efectivizar las responsabilidades de los causantes de daños y violaciones. De lo contrario, se desvanece el “equilibrio”, que es una pieza fundamental para el adecuado funcionamiento de todo sistema político e institucional. Las falencias o rupturas en este orden de cosas suelen colapsarlo, provocando luego el surgimiento de una nueva etapa.

- Sí; si en el plano de la *efectividad* responderemos al principio general según el cual a más elevadas jerarquías corresponden más responsabilidades, que vale tanto para el derecho privado como en el ámbito del derecho público (art. 906 del Código Civil argentino de Vélez Sársfield). Existen varios principios de sustancia constitucional, sin perjuicio de que su ropaje legal esté situado en códigos u otros cuerpos normativos, pero que están todos ellos referidos a criterios rectores del ordenamiento institucional del Estado y, como tales, es exigible el cumplimiento del deber de su más plena aplicación en las diversas esferas de acción.
- Sí, si la “*energía jurisdiccional*” (no confundir con “activismo”) es empleada por los magistrados para que el inmediato cumplimiento de las sentencias judiciales haga realidad el postulado jurídico inherente a los sistemas representativos que garantiza a los gobernados tener a su alcance una justicia rápida y eficaz que asegure la real protección en el goce de los derechos (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 14 y afines; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. XVIII y concordantes; Pacto de San José de Costa Rica, Art. 8 y normas complementarias).
- Sí, si evitamos que la rotura y ruptura de las reglas del juego, que causan un grave daño a la seguridad jurídica hacia el interior y el exterior. El *no* acatamiento y el no cumplimiento de laudos arbitrales constituyen infracciones al orden internacional. El CIADI y los Tratados bilaterales de protección recíproca son ley suprema (art. 31 de la Constitución argentina) cuya observancia forma parte del principio de la buena fe en las relaciones entre los Estados. La Convención de Nueva York sobre cumplimiento de los laudos arbitrales tiene el mismo valor superlativo para la garantía del *fair play* y del cumplimiento operativo inmediato de decisiones tomadas por órganos y mecanismos que han sido voluntariamente adoptados por los Estados.

- Sí, sí a la pregunta sobre la existencia de un generalizado Derecho de “protesta” le responderemos con el paralelismo lógico, consistente en que ese derecho tiene un correlato: el deber de “propuesta”.

Y como debemos ser coherentes al respecto, pasamos a formular las siguientes sugerencias que consideramos apropiadas para el logro de los cambios necesarios a introducir en los regímenes representativos vigentes en la actualidad. A saber:

1) La *reorganización amplia* de los partidos políticos y su puesta en estado de asamblea, ya que, actualmente, la voluntad participativa de la ciudadanía se encuentra lejos de estar representada en sus registros de afiliados. En efecto, los padrones existentes son en muchos casos de vieja data o de poco fehaciente contenido y ningún partido tiene tantos millones de afiliados como manifiestan tener (en la Argentina, en la última década del siglo XX, cuando un “frente” hizo la experiencia de una elección primaria abierta, concurren a esa votación menos ciudadanos que la suma de los afiliados que tenían los partidos que lo componían). Debe sincerarse la situación real de los grandes partidos políticos. En Europa, éstos no pasan de los cien mil afiliados y son países de 50, 60 o 70 millones de habitantes, y son naciones que tienen partidos, no obstante la crisis universal de los mismos, con vitalidad genuina y no presencia artificial o mera existencia legal.

2) La puesta en valor del caudal de afiliados debe hacerse lo antes posible y en tal sentido es necesario que los partidos políticos se reconstituyan democráticamente con *afiliación ante la justicia*, no ante un señor que va con un portafolio lleno de “fichitas”, que hace llenar estas “fichitas” hasta a los muertos y también a algunos “vivos”, que finalmente resultan ser demasiados audaces y listos para el engaño. Esta “cosecha de voluntades” termina volcándose en los padrones a favor de las cúpulas que se perpetúan de acuerdo a la “ley histórica de las oligarquías partidarias” (Michell). Esta es la suprema contradicción del sistema: no le exigimos a los partidos políticos lo que sí exige la Constitución al pueblo, a los gobernantes y a todas las entidades intermedias. Los partidos viven, en ese sentido, en un mundo aparte que, desgraciadamente y en ciertas circunstancias, se comprueba que es el mundo del autismo (sic). Otro tanto, y no podemos dejar de decirlo, acontece con muchas otras instituciones públicas. La afiliación a los partidos políticos, formalizada ante la justicia, es perfectamente factible y sencilla si mediante una Ley-Convenio entre la

Nación y las provincias o los municipios se habilitan a ese efecto todos los tribunales existentes en el país.

3) En cuanto a la *organización interna* de los partidos, deben incorporarse algunas reformas a sus estatutos o cartas orgánicas; por vía de su autonomía y autogestión más que a la manera de una imposición heterónoma. Por ejemplo: representación proporcional (con régimen de “preferencias”) en la elección de sus cuerpos directivos y en la selección de los candidatos nacionales, provinciales y municipales. Además, reemplazar las anacrónicas “plataformas electorales” (extensísimas y costosísimas, que casi nadie lee y pocos cumplen) por cartillas o documentos que contengan declaraciones explícitas y terminantes en torno a la orientación y dirección que se habrá de emprender, con líneas doctrinarias precisas, claras y uniformes que permitan al electorado comparar y diferenciar inequívocamente las distintas alternativas ante los comicios.

4) La creación de un sistema especial de control del *financiamiento de los partidos* políticos y de los actos de naturaleza económica que éstos lleven a cabo. Dicho cometido deberá estar a cargo de un órgano especializado de fiscalización que ofrezca las mayores garantías de independencia y de transparencia en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con las características contenidas en las legislaciones más avanzadas de los países que han abordado la cuestión. No debe descartarse la posibilidad de establecer un doble control: el del órgano oficial cometido para ello y el de los partidos entre sí (aquél, para los fondos provenientes de aportes estatales; y éstos recíprocamente para los recursos originados en las contribuciones particulares).

5) Asimismo, para cada uno de los puntos arriba consignados, se deberán prever mecanismos adecuados a través de *un fuero especial del Poder Judicial* a cargo de Jueces Electorales en todas las instancias; hasta llegar a la plena judicialización de todo el control que debe recaer sobre los partidos políticos y los procesos electorales.

La hoja de ruta a seguir puede ser útil para el desenvolvimiento de partidos políticos que coexistan sin ser confundidos entre sí, o sea, que lejos de constituir antinomias irreductibles a todo entendimiento racional, puedan actuar diferenciados a la vista y percepción del electorado. Un autor español de “la vieja guardia”, Rafael Barret (1876-1910) llegó a afirmar ante la “inorganicidad” del sistema que presenciaba, que “...se parecen tanto

unos a otros los partidos que la única manera de distinguirlos es ponerles un color” (sic).

II. Reflexión final

a) Hacen falta más dirigentes con aptitud *propositiva*. No es suficiente con la denuncia o con la arenga.

b) La más fecunda aportación puede canalizarse a través de los cauces e instancias institucionales. Así como no hemos “participado” suficientemente, recordemos que no hay derechos absolutos, lo que sería admitir una concepción anti-social (por ej. la libertad deambulatoria personal está muy lesionada por la libertad de “manifestación” grupal). Los derechos de uno terminan —o se contraen— frente a los derechos de los otros. El pueblo decide a través de sus representantes, a los que elige en comicios por medio del voto, que también puede ser aplicado para el ejercicio práctico de formas semi-directas de democracia (son inserciones o injertos de democracia directa *dentro* de un régimen que sigue siendo de democracia representativa.

c) La opción se da entre el cambio, o tener que elegir “peor de lo mismo”.

d) Las patologías son abrumadoras: un frondoso catálogo de irregularidades que se repiten y de vicios que se fomentan, van desdibujando la figura de las democracias basadas en la representación. Se llega a extremos en los que desaparecen los contenidos propios de las ideas de “representatividad” y de “representación”. Hay ejemplos de:

- Presidentes o Jefes de gobierno que prescinden del cumplimiento de artículos enteros de la Constitución Nacional.
- Ministros que modifican el régimen fiscal por meras resoluciones, o por “decretazos”, o hasta por teléfono (sic), sin respetar el principio de legalidad y la regla “*no taxation without representation*”, consagrada en los años iniciales del siglo XIV, en el documento inglés “*Talagio non concedendo*”.
- Magistrados que convalidan con sus veredictos los reflejos mediáticos o que se subordinan a la voluntad de los poderes políticos o de los poderes de hecho. Toda genuflexión de un juez se traduce en

la negación de un derecho o en el “esmerilamiento” de la libertad. Una cosa es un juicio y otra muy distinta es un “linchamiento”.

- Legisladores que abdican de sus roles: a poderes ejecutivos “fuertes” deben corresponder Congresos o Parlamentos firmes y sólidos. En países como Inglaterra la historia demuestra que en gran medida la conquista de los derechos fue debida gracias al celo y vigor de los sucesivos parlamentos.
- Organos de control cuya composición es “más de lo mismo” que los controlados. Ser de la misma estirpe, talante y calidad, crea mimetizaciones que sirven de rampa para las complicidades. La “vigilancia” para el control requiere sagacidad, perseverancia y coraje; y esto también vale para los casos en que a los parlamentarios les competen incumbencias de esa índole.
- ¿“Pan y circo”? Así se estilaba en la vieja Roma. ¿Y hoy? Poco pan y mucho circo en dosis impúdicas; a lo que cabe preguntarse ¿por qué poco pan? La respuesta la podemos encontrar en cánticos tales como la exclamación “combatiendo al capital...” que aparece en viejas marchas partidarias.

El decrecimiento de la riqueza general de un pueblo puede derivarse de una multiplicidad de causas, entre las cuales se cuenta el bajo nivel de inversiones, el fracaso de emprendimientos inviables y, también, índices elevadísimos de corrupción. Estos son recursos perdidos igual que en las guerras, por cuanto en ambos casos —la guerra y la corrupción— desvían cuantiosos fondos (al armamentismo en la primera y a las alforjas de los corruptos en la segunda) que deberían destinarse a la fecundización del “bienestar general”. La pobreza gesta desinterés por la representación institucional y con frecuencia anima actitudes violentas de acción directa ante la desesperación por el “carenciamiento”.

e) La era constitucional se inició promoviendo PRINCIPIOS. El principio de legalidad ha sido insistentemente resaltado; y no sólo para legitimar la potestad impositiva, sino también para valerse necesariamente de la representación política del pueblo en el reclutamiento de tropas, en la gestión de empréstitos y con particular importancia en las garantías del debido proceso (el formal y el sustantivo) a partir del fundamental eje —axial y axiomático— del postulado del derecho penal liberal: “*nullum crimen, nulla poena sine lege e sine iudicio*” (Beccaria y otros).

Tan es así que para conocer el grado de legitimidad democrática de un régimen que se precie de ser “representativo” siempre ha sido (es y será) menester observar si su legislación penal respeta ciertos postulados arraigados en una concepción humanista, como la libertad de opinión, la prohibición de la aplicación analógica, el “*non bis in ídem*”, el juez natural, la irretroactividad, la precisión en la tipicidad de las conductas punibles, que sólo la ley y no la costumbre pueden crear delitos, la prescripción como garantía de fondo y no como mera estipulación procesal, etc. La Constitución escrita puede ser muy buena, pero las normas penales pueden llegar a desvirtuarla.

f) Por lo tanto hay que regenerar los cimientos para sostener el edificio. Lo que a veces la ciudadanía no advierte es que los dirigentes no cuidan los cimientos. Lo que sí percibe el pueblo es que el edificio está enclenque. Pero los cimientos casi nunca se ven (salvo *a posteriori* del derrumbe...).

¿Qué hacer? Por lo pronto, se debe atender con parejo cuidado a la defensa y preservación de las dos caras de una misma medalla:

- 1) Arquitectura constitucional, que es arte y estilo. No seguir “la moda” por la frivolidad de estar al día con la última novedad. Hay que desconfiar de los creídos intelectuales del último “*best-seller*”, muy “pagados de sí mismo”. El estilo está más próximo de la peculiaridad, de la forma de comportamiento, del carácter y de las características propias que individualizan a la persona, a la entidad o a la época. Es toda una manera de ser.
- 2) Ingeniería constitucional, que es técnica y ciencia también (1).

(1) Véase: VANOSSI, J. R., “La funcionalidad del Estado de Derecho como obra de ingeniería y arquitectura constitucional”, en “Anales” de la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires, Bs. As., 2010. “..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

Ambas son necesarias; y lo son especialmente en el tema difícil y delicado de ir en búsqueda de engranajes y resortes que sean aptos para lograr el éxito funcional de “nuevas formas de representatividad democrática”, que es el tema de esta convocatoria académica. Un desafío de tal magnitud requiere también tener presente la célebre alerta de que “para novedades hay que acudir a los clásicos”; del mismo modo que José Manuel Estrada advertía que los caprichos por la novedad los pagan o sufren después los pueblos con el padecimiento de su experimentación.

El arte también incluye la imagen de “buen gobierno”; y éste —a su vez— debe contar con la base de una genuina “representatividad”, lo que no se puede contar en los regímenes que niegan el pluralismo político y sectorial, o que sustentan un “pensamiento único” pese a guardar las apariencias de una competencia política que no es tal desde el momento que se impone un partido hegemónico.

La “governabilidad” (concepto cuantitativo) es el resultado de la aritmética electoral, cuando resulta asegurada una mayoría de apoyo al gobernante, ya sea por su caudal propio o por el fruto de alianzas o coaliciones. Es pues un dato numérico, producto de una sumatoria de voluntades: es el pueblo ciudadano, que electoralmente se expresa con un hecho de fuerza o cantidad (unos ganan y otros pierden).

La “governanza” (concepto cualitativo) se da y se comprueba con los resultados del acierto en el curso de la gestión de los asuntos públicos; y

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).

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” (idem):

ello depende en buena medida de la calidad y mutua compenetración de quienes sean portadores de las políticas (en plural) que en su ejecución den lugar a la solución de las tensiones entre *inputs* y los *outputs* que se debaten en el seno de la sociedad plural. Tiene que procurarse la armonización que da lugar a la perpetua “cohabitación” entre los factores impulsivos de la nivelación y el igualitarismo por una parte, y los ponderables de la jerarquía y la capacidad por la otra.

Nada de ello es factible sin inducir hacia la “paz interior” (Preámbulo de la Constitución argentina) y sin contar con las relaciones de “paz y comercio” exterior (art. 27). Las posibilidades disminuyen cuando se registran niveles de demasiada crispación, propios de concepciones que alimentan una constante confrontación “amigo-enemigo”, ya sea en lo interior o en lo internacional. La fabricación del “enemigo” —en esa lógica schmittiana (por Carl Schmitt)— suele acarrear un elevado costo social, que lentifica o impide alcanzar índices de buena “gobernanza”.

Ante el escaso diálogo, en algún momento se impone volver a la “Ma-yéutica” de Sócrates, pero con un sentido bidireccional; o sea que con la recuperación del método socrático se pueden esclarecer los caminos a seguir para alcanzar el bien común (en sus orígenes, el maestro —mediante preguntas— inducía al descubrimiento de nociones que en los interlocutores estaban latentes). Una postura así, de amor en la búsqueda de la verdad, facilita el reconstruir el *tejido social* —tan deteriorado—, bajo el dictado de la máxima “comprender lo real para ir hacia el ideal” (J. Jaurés). Para alcanzar esa meta, el régimen representativo requiere que los partidos políticos actuantes generen estadistas: sobran improvisadores y faltan “hombres de estado” (2).

(2) ¿Qué es un “hombre de Estado”? Es una “*rara avis*” en el desierto contemporáneo, en el que pululan tecnócratas de un ápice circunstancial, o charlatanes de feria que vociferan en “la grito del mercado”. El cúmulo de su experiencia se proyecta al nivel de la sabiduría. Hay que estar ante un hombre de bien que reúne la inteligencia con la llaneza. Pero es justo destacar, que ese saber decantado va unido al saber refinado del hombre culto, entendiendo por tal al poseedor de algo más que la acumulación pormenorizada de los conocimientos. Exhibe el dominio de una verdadera “cosmovisión”, en la que sustenta sólidamente todas y cada una de las exigencias que la política aplicada le demandan. No adolece de hemiplejias ni de evanescencias: es íntegro e integral. Nada más lejos de su actitud crítica y analítica que la tentación de guiarse por los seductores fogonazos del reciente “*best-seller*”. No es el intelectual del último libro, descubierto en la noche de la

¿O tenía razón Borges? Porque si las medidas del descenso son insondables, cabe preguntarse ¿de qué valen la representación y la representatividad cuando no cuentan el interés y la voluntad de los representados? ¿No será que la única salida racional consiste en que se produzca un “milagro”? ¿O como en el título de aquella obra de Eduardo Mallea “*todo verdor perecerá*”? No hay fórmulas ni recetas mágicas. Sería suficiente con rescatar los valores fundamentales y erradicar el amoralismo reinante, que se presenta en conjunción con la aceptación de un relativismo sin límites ni limitaciones.

víspera. No se encandila con ilusionismos ni se atasca en el ancla de los anacronismos. Lo definiría con una sola afirmación: el Estadista es un maestro de la política. Es un paradigma del gobernante cuerdo y probo. Está en las antípodas del dueto que Miguel de Unamuno censuraba cuando nos observaba que “el mundo intelectual se divide en dos clases: de una parte los diletantes y de la otra parte los pedantes”.

El Estadista concibe a la ética como marco regulador de toda acción; y al Derecho lo entiende como el cauce insoslayable de todas las transformaciones que el idealismo y la programática le proponen y lo estimulan a alcanzar. Jamás osaría disociar al quehacer político de los imperativos categóricos de la Moral y el Derecho.

El comprende lo que severamente advirtió John Stuart Mill —ese portento del ideario liberal y progresista inglés— cuando sentenció: “el amor del poder y el amor de la libertad se encuentran en eterno antagonismo” (*The subjection of women*).

El hombre de Estado cultiva una amistad que se riega con el licor vivificante de la comunidad de miras y el respeto a la convivencia y a la tolerancia como procedimientos y como contenidos de la vía cultural que conduce a la más feliz autorrealización de la persona humana.

Con memorable pluma, Anatole France apuntaba a que “el Estado es como el cuerpo humano: no todas las funciones que cumple son nobles”. Estadista es el que ilumina el camino más certero para ennoblecer esas funciones, corrigiendo a un Estado que nos ha decepcionado por su atrofia y su paquidermia.

El Estadista afronta los desafíos de la gobernabilidad; y hasta su camino elegido es todo un incentivo para la imaginación que nos reclama la propia dinámica del Estado de Derecho; habida cuenta que la ansiedad social nos impulsa irresistiblemente a reunir la Democracia con la eficacia. De nuestras respuestas dependerá la suerte del sistema y el destino de la humanidad.

¿Cuándo nos encontramos con un “Estadista”? Pues en el instante en que lo mismo que Kafka pedía a su amada Milena: “Por favor, entienda más de lo que digo”.

Para ello, sería menester desbrozar el camino de las malezas que perduran a pesar del resultado negativo que ofrecen las experiencias comprobadas, pues seguimos “afiatados” o comprometidos con el endiosamiento de falacias que actúan como “el árbol que no deja ver el bosque”; causando una hipnotización colectiva que anula a la función representativa. Y son, a saber, las siguientes creencias:

- ni premios ni castigos (la falacia de los abolicionistas);
- “*comodum*” sí y “*periculum*” no (el oportunismo de los desvergonzados);
- producir poco y repartir “*ad infinitum*” (el virus del populismo).

Sobre esta “guía de grandes inventos criollos” expresábamos en 1988:

- “Podemos aseverar y comprobar fehacientemente que nuestro subdesarrollo tan mentado no es un fenómeno unidimensionalmente económico, sino que más bien esta faz de nuestra invertebración es una secuela directa del subdesarrollo político, el que a su vez deviene como consecuencia inmediata e inexorable de nuestro subdesarrollo mental”.
- “La avanzada propuesta según la cual se puede distribuir ‘*ad infinitum*’ sin preocuparse por la simultánea creación de la riqueza, base del bienestar junto con el trabajo digno y fecundo”.
- “El verdadero desafío para la renovación de la lógica universal, es la descomposición de la doctrina milenaria de la correlatividad entre los procesos de riesgo y beneficio. La humanidad a través de los siglos, ha seguido las pautas del ‘*commodum*’ y el ‘*periculum*’ de manera tal que el que se anota en la primera no puede evadirse del segundo, o sea, que la inserción en un proceso de vida y de trabajo —cualquiera que sea su especie— implica soportar riesgos como contrapartida de la eventual obtención de beneficios, y recíprocamente”.
- “La idea del posible funcionamiento social sobre la base de una regla distinta a la motivadora de la conducta a tenor de los premios y los castigos, como forma de alentar comportamientos y de segregar actitudes disvaliosas para la sociedad”.

- “Hemos acuñado un pensamiento irracional basado en la suposición de que metas y productos surgen del espontaneísmo de un acto único y solitario de inspiración genial: bastaría con el *fiat lux* de la inspiración demiúrgica, sin que contaran las pesadas horas del esfuerzo, la constancia, la perseverancia” (Abril, 1988 - “Redacción” N° 181 - 29).

¿Se puede renovar y obtener una “representación” con “representatividad”? ¿Será posible? Vale la pena intentarlo, con esfuerzo. No abrigar ilusiones ni propulsar utopías; pero avanzando con esperanza y con la equidad que las diversas situaciones demandan que se contemplen, recordando que las REPUBLICAS requieren de la virtud y de virtuosos en el protagonismo.

Por último, observamos hoy la existencia de repúblicas que se desenvuelven como monarquías “absolutas”. Y al mismo tiempo que así se disfrazan esas “*republiquetas*”, nos asombran las monarquías “constitucionales” en las que funcionan satisfactoriamente todos los engranajes republicanos de libertades, controles y responsabilidades.

¿Qué encontramos a la vista? Pues: “despotismos *no* ilustrados”, en contraste con los que asesoraban los hombres del iluminismo y la ilustración; más personajes “funambulescos”, cuyo rol es precisamente el que ese vocablo expresa: personajes hábiles para desenvolverse ventajosamente entre diversas tendencias u opiniones opuestas, especialmente en política (conf. DRAE). La respuesta, para la República, es tener presente la sentencia de José Manuel Estrada: “vale más la *virtud* que el talento”. Por lo tanto, la fórmula más apropiada será la que sirva para *inocular más virtud en la representación, con más talento de la representatividad*. Así, el tema no se agota en la periodicidad de los mandatos sino que se plantea en toda su dimensión a partir de la crisis de “representatividad” dentro de los períodos en que se ejerce la “representación” (3).

(3) Conf., VANOSI, J. R., “Estado de Derecho”, Ed. Astrea, 4ª edición, Bs. As. 2008, págs. 136 y 137: “La palabra representación deriva de “representar” y quiere decir “presentar de nuevo” (re-presentar) o “traer presente alguna cosa o alguien que no están presentes”. Con esa significación, la doctrina italiana, a partir de Sartori, ha explicitado dos desenvolvimientos o despliegues de la representación, en un intento por conceder al término el máximo de claridad en sus alcances. Esos dos despliegues son: la representación como *representatividad*, es decir, como semejanza o imitación entre la cosa y su correspondiente versión (una homogenei-

En pocas palabras, nuestra tesis consiste en situar los problemas de las formas de la “representatividad democrática” en las debilidades que exhibe la base cultural de la sociedad, por lo que resulta que las fallas que aquejan a los regímenes representativos —y que difieren en cada uno de ellos— responden a un déficit cultural, ya sea que se lo observe como quebrantamiento de los valores en que se sustenta cada cultura o bien en cambios que no se proyectan en los mecanismos institucionales: la raíz de la cuestión se encuentra en la cultura y en los comportamientos que ella inspira. ◆

dad) y, por otra parte, la representación como *responsabilidad*, como vinculación o ligamen que obliga a uno con respecto a otro en una relación (por medio de una *elección*). En el mismo caso, basta con que el representante sea “uno como nosotros”. Con ello se quiere decir que a efectos de obtener la representatividad, no es imprescindible recurrir a un proceso eleccionario. Se dice, a ese respecto, que habría un proceso de transferencia, de personificación, de encarnación de un *alter ego*. *Nosotros pensamos que cuando se habla de representatividad se está pensando en una cualidad derivada o nacida de la representación; de tal forma que una supone a la otra y recíprocamente, para que exista representación tiene que haber representatividad y, a su vez, no se puede dar esta última sin la representación*”.

VI

HOMENAJES

HOMENAJE AL DOCTOR EDUARDO AGUIRRE OBARRIO

POR GREGORIO BADENI (*)

Esta sesión pública de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, tiene por objeto concretar el justo homenaje a la memoria del Doctor Eduardo Aguirre Obarrio, quien fue su miembro de número y distinguido presidente hasta el 28 de septiembre de 2011.

A ese motivo, se añade el ineludible deber de expresar nuestro profundo agradecimiento por su destacada actividad académica honrando a quien, alentado por los más nobles ideales expuestos en su extensa, tenaz y provechosa brega, fue un esclarecido exponente de nuestra cultura en general y de la jurídica en especial.

Dando cumplimiento al homenaje y al agradecimiento, me cabe el alto honor de hacerlo en nombre de esta Academia. Lo hago con una dificultad comprensible porque son muchos y muy distintos los enfoques a que se presta el análisis y la descripción de la obra y el pensamiento del ilustre destinatario. Es que, Aguirre Obarrio, fue cultor de las ciencias jurídicas, políticas y sociales. Humanista cabal que supo manejar con incuestionable jerarquía concepciones y realizaciones arraigadas y definitorias a lo largo de una existencia fecunda, desprovista de desvíos y retrocesos.

En síntesis, este homenaje es un testimonio a la gratitud, a un hombre inteligente y activo. Un hombre de acción silenciosa y fecunda. A un hom-

(*) Disertación del Académico Presidente, en la sesión pública de homenaje al ex Académico Presidente doctor Eduardo Aguirre Obarrio, el 26 de abril de 2012.

bre que eludía el bullicio y los fuegos artificiales porque sabía que la luz ilumina sin hacer ruido. A un hombre que bajo la sombra de su auténtica modestia trabajaba sin reposo. A un hombre que daba la impresión de ser una persona tímida y sin embargo no vacilaba en acudir a la audacia que exigían las circunstancias. A un hombre que no vacilaba en pedir un consejo, una opinión, para no apartarse de la senda correcta. A una persona que no quería ser un hombre importante porque sabía que los hombres importantes suelen ser los menos importantes. Los hombres realmente importantes como Aguirre Obarrio no buscan títulos ni publicidad. Son los que se sacrifican sin proclamarlo, sin decirlo, sin mostrarlo. Son importantes por su inteligencia, por su acción, por su amor y por las ideas que siembran generosamente.

Hijo de Luis Marcelino Aguirre y Analía Obarrio nació en Berlín el 14 de mayo de 1923 en el seno de una familia que atendió solícitamente a su formación intelectual y moral. Cursó sus estudios primarios y secundarios en el país, habiendo concluido los de abogacía en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires.

Su temprana vocación por las materias propias de la ciencia penal, determinó que procurara satisfacer sus inagotables inquietudes asistiendo a cursos típicos para abogados penalistas. Tales como "Psicopatología Criminal", "Antropología Criminal", "Psiquiatría Forense", "Medicina Legal", "Criminalística", "Sociología Criminal", "Criminología", "Penología", "Derecho Penal Militar", entre otros.

En la Facultad de Derecho, de la cual egresó con el título de abogado, fue aprobada y distinguida su tesis doctoral el 22 de diciembre de 1953 por un Jurado que integraron Ricardo Levene (h.), Horacio Maldonado y Alberto Millán. Su tesis, que fue ponderada por el Jurado, lleva el nombre de "El Chantaje". Presenta la originalidad propia de su talento y de su sólida formación doctrinaria. Obra de calidad que, como consecuencia de la autocrítica del autor, unida a su sencillez que erradicaba toda muestra de soberbia y vanidad, permaneció inédita hasta el año 2005.

Una década antes de su publicación, Lino Palacio decía que resultaba incomprensible que no se difundiera el contenido de tan valiosa obra, que tuvo oportunidad de describir públicamente con motivo de la incorporación de Aguirre Obarrio a nuestra Academia. Se trató de un producto intelectual gestado en plena juventud del autor, admirable por la agudeza

de los juicios de conocimiento que contiene, por su claridad y concisión, así como también por ceñirse a un método riguroso y a un sentido de sobriedad infrecuente.

Describiendo la figura del “chantaje”, el autor destaca que: “El chantaje no opera con engaños ni violencia, sino que usa la amenaza, pero de un modo especial. Porque amenazar es decir a otro que le causaremos un mal... Sin embargo, en nuestro caso del chantaje el asunto es un poco más complicado. No se trata del simple anuncio de que uno producirá un mal a alguien, sino de dejar en claro que lo puede desencadenar y que es capaz de desencadenarlo, pero no lo hará. No lo hará siempre y cuando el otro actúe como el chantajista desea”.

Autor de más de 300 artículos y folletos sobre los más diversos temas que interesan a los estudios del Derecho Penal, en cada uno de ellos se percibe su personalidad polifacética y las pinceladas originales de su talento. Su lectura permite advertir la presencia de una erudición que, superando el ámbito jurídico, se introduce con comodidad en las áreas propias de la literatura, la sociología, la política, la filosofía y la historia. Otro tanto en sus conferencias y comunicaciones, modelos de ilustración y amplios conocimientos ofrecidos con maestría ejemplar. Cada comentario, cada reflexión, cada juicio de Aguirre Obarrio revelaban una particular versación forjada por el conocimiento de tales enfoques.

Además de “El Chantaje”, corresponde recordar la faena intelectual que abordó, con su usual entusiasmo, al actualizar la obra de dos de sus maestros. De Juan Ramos, “Los delitos contra el honor”, publicada por Abeledo-Perrot en 1957, y los tres tomos de “Los delitos” de Alfredo Molinario, que fue publicada por TEA entre 1966 y 1969.

Precisamente, bajo la guía de Alfredo Molinario comenzó a desenvolver su descolante trayectoria en el arte de abogar que, de modo ininterrumpido, se extendió hasta el fin de su vida. En el Estudio de Alfredo Molinario ejerció su profesión durante ocho años. Posteriormente, compartió el ejercicio de la abogacía con destacados colaboradores como Luis María Rizzi y Gonzalo Mugica.

Como abogado y publicista, Aguirre Obarrio no fue un teórico. No sucumbió a la tentación, tan frecuente entre algunos autores, de encerrarse en una campana de cristal para generar sus elucubraciones teóricas que nos presentan como verdades indiscutibles. Con una visión esencialmen-

te realista y práctica, propiciaba más que ceñirnos a las concepciones teóricas, preocuparnos por las consecuencias que deparan sus aplicaciones.

Tampoco participaba de la moda jurídica. Como Enrique de Gandía, consideraba que no hay pensamientos jóvenes ni pensamientos viejos. Sólo hay pensamientos sensatos y pensamientos estúpidos.

A igual que Alfredo Molinario, poseía el don de simplificar los problemas jurídicos más complejos mediante el recurso que consistía en analizar casos judiciales seleccionados con inteligencia, método que se advierte en casi todas sus obras y disertaciones.

Al evocar a quien fuera mi inolvidable profesor de Derecho Penal hace cincuenta años, también evoco al jurista de consulta, al abogado capaz de forjar las más brillantes estrategias en el marco de la ley y al ciudadano hondamente preocupado por la subsistencia de las instituciones constitucionales. En los años 2002 y 2003 tuve el honor de compartir con Aguirre Obarrio la defensa de tres jueces de nuestra Corte Suprema de Justicia cuyos pedidos de remoción obedecían al hecho de no estar dispuestos a claudicar frente a las presiones políticas provenientes de ciertos sectores del gobierno y la sociedad. Al asumir la defensa, Aguirre Obarrio estaba plenamente convencido que asistíamos a una parodia del proceso de remoción de los jueces previsto por la Ley Fundamental para satisfacer intereses mezquinos expuestos sin medir sus consecuencias institucionales. Lamentaba que las transitorias pasiones políticas eclipsaran a la razón, la sensatez y la prudencia abriendo el cauce para el desarrollo del funesto germen de la desconstitucionalización del Estado.

En el arte de abogar, Aguirre Obarrio integró la elite que trabaja más por amor a la obra que por el legítimo rédito material que su obra devengue. Abogó para vivir con libertad. Como Octavio Paz entendía que “La libertad no se define, se ejerce. La prueba de la libertad no es filosófica sino existencial; hay un hombre libre, cada vez que un hombre se atreve a decir “no” al poder”.

El realismo que caracterizó el pensamiento de Aguirre Obarrio fue el factor que lo abstuvo de adscribirse a ciertas manifestaciones de la Escuela Clásica del Derecho Penal. Respetaba a los integrantes de la Escuela Toscana y como consecuencia de los ciclos de inestabilidad institucional que padecemos, con frecuencia compartía una afirmación de Francesco Carrara: “Una vez más me he convencido que justicia y política no nacie-

ron hermanas, porque cuando la política entra por las puertas del templo, la justicia huye por la ventana para retornar al cielo”.

A esa Escuela Clásica había pertenecido su bisabuelo, Manuel Obarrio, quien fue el primer presidente de nuestra Corporación. Lo citaba al decir: “En todos los tiempos y en todos los lugares, hombres más o menos eminentes han avanzado y defendido ideas y doctrinas tan extraordinarias y excepcionales, que el mundo intelectual, en los primeros momentos, ha mirado con asombro por lo atrevido de la concepción; pero que ha visto pasar en seguida como esos cuerpos fosforescentes que cruzan el espacio y cuya luz se extingue casi al mismo tiempo en que ha sido notada”.

Su realismo, basado sobre una clara concepción de la libertad, dignidad y progreso del ser humano, lo impulsaba a sostener que, muchas veces, las novedosas concepciones teóricas en el ámbito del derecho penal son “...un tejido de palabras, con las que se pretende decir grandes cosas o marcar tenues diferencias, importantísimas para el autor y la corte de sus seguidores. Señalo esta particularidad formal, porque, así como hay gente que entiende lo que piensa —y por eso comprende lo que expresa— también hay gente que trata cuestiones aparentemente tan difíciles de revelar que no podemos saber si nosotros no caemos en la cuenta o si ellos mismos no las entienden, o tienen tal dificultad para escribir, que la transmisión es mala. Es claro que algunos de esos autores tienden a creer que uno no comprende por estupidez”. Y, recordando a Schopenhauer, añadía: “¿quién no lloraría al ver el catálogo de innumerables libros recientes, si advirtiera que de todos ellos, ninguno quedaría con vida diez años después?”.

También se apartó del positivismo y de su secuela determinista forjada por la Escuela de Augusto Comte que estuvo representada, entre otros, por José Nicolás Matienzo, Luis María Drago y Rodolfo Rivarola. En sus relatos y reflexiones matizados con la luz de su buen humor, recordaba que los seguidores de esa concepción solían reunirse en la Sociedad Argentina de Antropología. Dice: “Un buen día disertaba Osvaldo Piñero en la Sociedad ante mucho público. Habían recibido de Cesare Lombroso un paquete con fotografías de criminales para proyectar con linterna mágica. Eran fotografías impresas sobre vidrio. El paquete se abrió ante el respetable público, y se proyectó una cara. Osvaldo con un puntero señaló los rasgos que hacían de ese sujeto un asesino por naturaleza. Alguien leyó la anotación coincidente de Lombroso. El teatro se vino abajo con los

aplausos. Así pasaron las fotografías y los rasgos de sátiros, ladronzuelos, estafadores, que encantaron al público. Llegó la última placa, y realmente esa carota había reunido todos los vicios. La anotación decía simplemente Cesare Lombroso”.

Tampoco se enroló plenamente al positivismo crítico de Jorge Eduardo Coll, Eusebio Gómez, Juan Ramos, Alfredo Molinario y Juan Silva Riestra, entre otros, para quienes la fuente de la pena no era la peligrosidad sino el delito. La peligrosidad pasaba a ser un auxiliar para graduar la pena.

Aguirre Obarrio respetaba las ideas resultantes de estas concepciones en materia penal, pero su realismo pragmático le impedía encadenarse incondicionalmente con una doctrina adoptando un criterio empírico.

Accedió a la docencia universitaria en 1956, satisfaciendo una necesidad vital. Tanto su inagotable afán por aprender y comprender, como también el de transmitir sus conocimientos con un estilo coloquial, ameno, tolerante, basado sobre el diálogo e intercambio de las opiniones más audaces con sus colegas y alumnos.

Fue un docente superior de alta jerarquía. Interlocutor afable, atento, comprensivo, su pensamiento lo transmitía sin esa desagradable grosura de los que cubren con vana adiposidad la flaqueza de su razón y su discurso. Exponía con sencillez, sin despliegues innecesarios de erudición. Sabía detenerse en lo fundamental transmitiendo el conocimiento de cuanto se debía saber para acceder a la comprensión de la ciencia penal. Ese es el recuerdo que guardo de mi profesor de Derecho Penal. De alguien que enseñó como sólo enseñan los Maestros de los Maestros del Derecho Penal.

La tarea docente es, tal vez, entre las actividades intelectuales, la que menos trasciende al público pues se concreta en el aula y al margen de toda difusión masiva. Pero es, sin embargo, la más importante cuando se cumple con seriedad y auténtica vocación porque ella permite hacer comprender al joven estudiante el significado de la libertad que dispone para razonar; para formar su conciencia y prepararse para la acción futura; para conocer sus derechos, deberes y responsabilidades frente a la sociedad.

Aguirre Obarrio no integró la categoría de aquellos que buscan la cátedra como un peldaño para lograr fines extraños a la satisfacción de la

vocación docente, sino la de los que arriban a la docencia por sus propios méritos para cumplir una misión fundamental en una sociedad democrática: la de formar hombres capaces y profesionalmente dignos para colmar el bien común.

En la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, accedió en 1956 al cargo de Profesor Adjunto Interino de Derecho Penal II, y cuatro años después le fue concedido el cargo por concurso. También por concurso fue designado Profesor Titular de Derecho Penal II en 1970 y de Derecho Penal y Procesal Penal en 1987. Subdirector del Instituto de Derecho Penal y Criminología, Director de la Carrera de Especialización en Derecho Penal, dictó más de 30 cursos anuales de doctorado. Lo propio hizo en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina, donde también tuvo a su cargo la Cátedra de Derecho Penal II en 1965.

Figura consular del Derecho Penal Argentino, su presencia fue requerida para presidir diversas entidades. Entre otras, la Sección Argentina de la Comisión Redactora del Proyecto de Código Penal para Latinoamérica; de la Sociedad de Abogados Penalistas. Fundador de la Rama Argentina de la Asociación Internacional de Derecho Penal, integró varias comisiones a las cuales se les encomendó elaborar anteproyectos de reforma a la legislación penal. Entre otras, cabe citar la que elaboró con Luis Cabral, la normativa sobre el enriquecimiento ilícito de los funcionarios públicos con Sebastián Soler, el sistema de sanción de los Edictos Policiales; con Sebastián Soler y Carlos Fontán Balestra el proyecto de reformas al Código Penal que se tradujo en la ley N° 17.567; con Sebastián Soler, Eduardo Marquardt y Luis Cabral el proyecto de Parte General del Código Penal en 1973; con Sebastián Soler, Luis Cabral y Luis María Rizzi el Proyecto de Código Penal de 1979.

Cabe reconocer que la participación de Aguirre Obarrio en estas comisiones siempre estuvo presidida por su prudencia y realismo. Decía que “Lo normal es que las reformas sobre derecho civil, comercial, administrativo, de trabajo, etcétera, tomen en cuenta, sin olvidos, las posibles consecuencias... En cambio, las reformas penales se adoptan muchas veces a tambor batiente y producen efectos impensados: unos sobre la interpretación de las figuras, otros en la comparación entre los hechos más o menos graves y sus penas, otros más en cuanto a la justicia de la solución y, finalmente, es probable que se produzcan efectos criminógenos. El golpe

recibido por la ley cuando establece una escala penal desproporcionada con las demás se debe, normalmente, a que no se ha tomado en cuenta la trabazón entre las penas de unos y otros delitos”.

Consideraba que, muchas veces, la legislación penal presenta el defecto de ser hija de la emotividad populista. Esto ocurre cuando un hecho grave conmueve a la sociedad y se solicita la aplicación de penas mayores a sus autores. Ello obedece, advertía, a que se olvida que basta que un hecho sea delito para que sepamos que es un hecho grave; a que una vez estructurado el delito no comparamos la pena con las asignadas a otros delitos, más y menos graves; y permitimos que esa comparación quede en manos de quien tiene especial interés sobre el tema que abarca el delito.

Destacaba que eran errores capitales en materia de política criminal; 1) Creer que el aumento de las escalas penales disminuye la comisión de delitos, pues se traduce en la implementación de un derecho penal simbólico donde se sabe, o se debe saber, que las medidas no producirán el efecto deseado; 2) Fiarse de los proyectos preparados por las reparticiones públicas que tienen un papel importante en la materia tratada. Así, la aduana y el contrabando; las reparticiones fiscales y los delitos tributarios. Esas reparticiones deben ser consultadas sobre los problemas que se presentan, pero si se considera necesario tipificar alguna conducta y fijar su escala penal, no han de ser ellas quienes lo hagan; 3) Legislar emotivamente redactando leyes penales durante los períodos de convulsión social que siguen a un hecho grave.

Aguirre Obarrio integró numerosas comisiones de reforma a las leyes penales, pero siempre estuvo en desacuerdo con proponer modificaciones innecesarias aunque estuvieran avaladas por la moda penal, o por la presión popular, o aquellas que estaban desprovistas de un sentido práctico y acorde con la sensatez.

Su cautivante personalidad y su inagotable labor merecieron el reconocimiento de las más variadas asociaciones. Recuerdo que, en la última década, obtuvo en el año 2005 el Premio Justicia otorgado por la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales; en 2006 el Premio Konex; en 2010 el Premio Security a la trayectoria jurídica relevante. Ese año también fue distinguido por el Rotary Club de Buenos Aires con el “Laurel de Plata”, y al año siguiente con el “Premio Trasandino” que, cada dos años, es concedido por los clubes rotarios de Santiago de Chile y Buenos Aires a la perso-

nalidad que más se distinguió durante ese lapso como figura emblemática de los nobles ideales rotarios.

Aguirre Obarrio se incorporó a nuestra Academia en 1993. Fue propuesto por los académicos Alberto Rodríguez Galán, Horacio García Belsunce, Jaime Luis Anaya y Lino Enrique Palacio, para la cobertura de la vacante producida por el fallecimiento del académico Manuel María Díez en el sitial patrocinado por José Figueroa Alcorta.

Los académicos consideraron que su nombramiento se imponía porque, al margen de sus innegables conocimientos jurídicos y de su sabiduría que comportaban la dignidad intelectual propia de un académico, se añadía la dignidad en la vida. Como destaca Horacio García Belsunce, el académico debe ser ejemplo de virtud y actuar siempre con señorío. Para ser académico no basta el saber científico si está desprovisto de atributos humanos honorables. El cabal cumplimiento de tales condiciones determinó, no solamente la incorporación de Aguirre Obarrio a la Academia, sino también su elección en el cargo de Presidente de nuestra Corporación que ejerció con particular excelencia entre 2009 y 2011.

Su conferencia de incorporación a la Academia versó sobre la seguridad jurídica con el título de “Preludio a la Seguridad Jurídica”. En varias oportunidades explicitó su preocupación sobre un tema tan candente.

Con su habitual agudeza y claridad, decía que “Eso que llamamos seguridad jurídica deriva de la necesidad de confiar en cierta actuación de los demás para poder obrar, y recíprocamente, confiamos en que ellos y nosotros haremos ciertas cosas que el derecho obliga a hacer. Contamos con que esas obligaciones normalmente se cumplan, aun cuando sabemos que existe el peligro de que, a veces, no serán cumplidas. Pero igualmente confiamos en que, si se efectiviza el peligro, entonces existirá una acción del derecho que, razonablemente y con justicia, producirá una consecuencia, que consiste en desbaratar, indemnizar o castigar”.

Añadía, con referencia al Poder Judicial como guardián de la seguridad, que “está difundida en nuestra población cierta desconfianza en la actuación de los magistrados. En parte, ello se debe a maniobras de tipo político, tendientes a desprestigiar las designaciones o para utilizar los escrúpulos buscando una solución favorable en provecho propio. Pero en parte, es cierto que varios magistrados pareciera que buscan complacer no

sólo a personas del gobierno o ligadas a él, sino a corrientes de opinión. Y en esto no basta ser independiente, sino que también hay que parecerlo”.

En este aspecto, siguiendo el pensamiento de von Ihering, entendía que, aunque parezca que una sentencia adversa al Estado va en su contra, en el fondo es al revés, porque fortifica la fe en el funcionamiento de las instituciones.

Claro está que la seguridad jurídica judicial no depende solamente de los jueces. Decía Aguirre Obarrio que sobre ella también gravitan los abogados: “Mucha inseguridad es causada por el abogado incapaz o indolente, ignorante, irresponsable o corrupto”.

Reinsertando su pensamiento en el enfoque realista, Aguirre Obarrio decía: “Yo me temo que nuestra seguridad jurídica no depende de leyes ni cambios legislativos, más que en muy pequeña medida. Depende de los hombres y de la confianza. Cuando se pierde la confianza hay que arreglar el entuerto y, después, igual que con la fractura de un hueso, hay que esperar bastante tiempo. La argentina tiene una suerte de esquizo-seguridad, es decir seguridad jurídica para unas cosas y no para otras. Es de esperar que la parte sana pueda ir ganando posiciones”.

Añadía que “la seguridad jurídica depende mucho de lo que se haga desde el gobierno, pero también depende de que cada uno luce, aunque más no sea un poco, por ella”. En definitiva, en el marco de su pensamiento liberal y realista la seguridad jurídica se puede conquistar mediante la libertad y el derecho, pero una vez concretada esa conquista, hay que luchar permanentemente por ella para disfrutar de sus invaluables beneficios.

En el seno de esta Academia, además de haber desempeñado su presidencia con el beneplácito de todos sus miembros, aportó siempre su consejo prudente y reflexivo, así como también el valioso caudal de su erudición en conferencias y comunicaciones. Entre ellas podemos citar: “Noticias sobre novedades legislativas penales”; “La cláusula ética de la Constitución Nacional”; “Problemas contemporáneos y política criminal”; “La imputación en el derecho”; “Prescripción de la acción penal”; “El macroproceso”; “Ensayo sobre la libertad”.

En esta última obra, donde destaca la necesidad de defender ciertos valores esenciales tales como la justicia, la cultura, el bien, la fe, como tam-

bién de combatir en todos los campos contra los flagelos que los corroen o comprometen, rescata las importantes contribuciones que, sobre la libertad, realizaron Manuel Río, Segundo V. Linares Quintana y Víctor Massuh. Señalaba que “El clima contra la libertad puede provenir de un gabinete científico, de algunos funcionarios, de gente de buena fe, o que abrigue las más escondidas intenciones, de un comité político y hasta de la mesa de un bar. Pero ese clima no se incorpora inmediatamente, como sucede con los adelantos técnicos... Debido a que existen tantos factores que intervienen, conseguir libertad depende de muchas actitudes concurrentes e intercambiables, que en buena medida dependen de que grandes grupos se orienten hacia la justicia y la benevolencia, la amistad cívica y la fraternidad, es decir a rasgos de amor y creatividad que guían las tensiones individuales hacia los fines del hombre”.

En la función pública Aguirre Obarrio se desempeñó como Asesor General del Ministerio del Interior y Subdirector General de Provincias (1955/1957) cuya dirección estaba a cargo de su amigo, el académico Juan R. Aguirre Lanari; Subsecretario de Defensa (1962); Director del Bloque en la Cámara de Senadores de la Nación (1963/1966) integrado, entre otros por Juan R. Aguirre Lanari, Ginés Lubary y Carlos Aguinaga; Asesor del Ministerio de Justicia (1967/1970); Subsecretario de Justicia (1970/1971); y Ministro de Defensa (1972/1973). Su último cargo público fue el de Asesor del senador nacional Juan R. Aguirre Lanari en el período comprendido entre los años 1987 y 1998.

Su estrecha relación con literatos y artífices del arte, acrecentó la dimensión de su vida interior, que cultivó con entusiasmo y constancia. Así, a su vocación por el derecho, se añadían sus inquietudes concretadas en el estudio de las más variadas obras literarias argentinas, españolas y francesas, así como también su interés por el deporte. Especialmente, por el tenis que había sido practicado activamente por miembros de su familia. Enrique Obarrio fue capitán e integrante del equipo argentino que compitió en 1926 por la Copa Davis en Barcelona. Su madre, Analía Obarrio de Aguirre, encabezó el ranking de las tenistas argentinas entre 1929 y 1930, permaneciendo entre las cuatro mejores hasta 1946. Su hijo heredó, al menos parcialmente, su entusiasmo y tenacidad por este deporte, llegando a competir en la primera categoría del tenis amateur.

Una parte importante de su actividad diaria, especialmente la matutina, estaba reservada para satisfacer su pasión por la música. Componía y

ejecutaba obras musicales que le brindaban alegría y sosiego a su espíritu. Arthur Rubinstein, uno de los pianistas más extraordinarios del siglo XX, a quien Thomas Mann calificara como el “Virtuoso feliz”, y portador de un talento musical que fue eclipsado por una ceguera progresiva que determinó su retiro en 1976, reconoció las elevadas cualidades musicales de su amigo Aguirre Obarrio al interpretar públicamente su “Preludio en La Mayor”.

Recuerdo su cordial agradecimiento cuando le entregué grabaciones de obras de interpretadas en piano de Juan Bautista Alberdi, Amancio Alcorta y Juan Pedro Esnaola. Seguramente las conocía, aunque su usual caballerosidad lo indujo a afirmar lo contrario. Tampoco puedo olvidar la perplejidad que me embargó cuando, un distinguido abogado entrerriano al concluir una conversación profesional, me solicitó que le hiciera llegar a nuestro homenajeado las letras de algunos tangos de su autoría para que fueran ornados con el talento musical de Aguirre Obarrio. A este ámbito especial de su vida, se añade el compromiso que asumió para componer la música que debía acompañar algunos poemas de Carlos Manuel Muñiz. Su obra quedó inconclusa, pero fue parcialmente concluida por su hijo cuando, en diciembre de 2011, tuvimos oportunidad de oírla en el homenaje a Muñiz y Aguirre Obarrio que realizó el Consejo Argentino para las Relaciones Institucionales (CARI).

Aguirre Obarrio fue un pensador talentoso dotado de un extraordinario vigor intelectual y de una notable capacidad de realización. Prudente por naturaleza, respetuoso de las opiniones adversas, más dispuesto a escuchar que a hablar, fue firme y claro para defender y aplicar los preceptos que brotaban de su conciencia imbuida por los principios rectores del liberalismo y el realismo, por la libertad, la dignidad y el progreso del ser humano.

Con su reconocida sabiduría, Osvaldo Loudet decía que: “Nada alista tanto como la tolerancia y la amistad sincera, la simpatía espontánea y pura. El éxito tiene un valor muy relativo. Lo que vale es el esfuerzo y un ideal superior y límpido. Tal vez lo mejor de los laureles son las lágrimas escondidas entre sus hojas”. A esa autorizada opinión se ajustó la conducta de Aguirre Obarrio. Fue ejemplar su culto por la amistad y el honor. Su apego a los valores éticos en la vida cotidiana. Su apego a una conducta que no se compadecía con el exhibicionismo y la frivolidad.

Su autoridad intelectual, su hombría de bien, forjaron una personalidad inolvidable que supo conseguir el respeto de quienes no compartían todos sus puntos de vista, como también la admiración y respeto de sus amigos y discípulos. Siempre, ante la ingratitud o el agravio, contestó con la piedad del perdón o el silencio.

No puedo concluir esta exposición sin mencionar, con emoción, a la esposa e hijos de Aguirre Obarrio, cuyas fisonomías se revelaban en él con una mirada de bondad, paz y amor.

Quienes tuvimos el privilegio de conocer a Aguirre Obarrio; de haber sido sus alumnos en la Facultad de Derecho; de haber sido honrados con su confianza y amistad; de compartir el arte de abogar; de acceder al conocimiento de sus ideas y valores; sabíamos que era uno de los penalistas contemporáneos más importantes del país; uno de los defensores más firmes de la libertad, dignidad y progreso del ser humano; un modelo de honorabilidad, de nobleza y de hombría de bien. Quizá no supimos aprovechar todo lo que nos ofrecía su rica personalidad. El ritmo apresurado que imprimimos a nuestras vidas nos priva de gozar de esos ribetes superiores que nacen de la amistad con seres superiores.

Estos sentimientos se agolpan en mi mente al tener presente a una figura eminente cuya vida, cuya bondad siempre estarán presentes en quienes supimos admirar su rectitud, su sabiduría, su obra fecunda. Es que sabíamos que Aguirre Obarrio era un grande como dicen sus alumnos y discípulos. Pero lo que no sabíamos era cuán grande sería el vacío y el dolor que nos provocó su partida. Vacío y dolor que procuramos atenuar con este justo homenaje. ♦

PALABRAS DE APERTURA

POR GREGORIO BADENI (*)

El acto público que nos congrega fue concertado por las Academias Nacionales de Ciencias Morales y Políticas y de Derecho y Ciencias Sociales para rendir un justo homenaje a la Constitución de Cádiz con motivo de cumplirse 200 años de su promulgación. Homenaje que se extiende a aquellos que, con singular heroísmo, no tuvieron reparos en un momento trascendental de la historia de España, en sacrificar sus bienes, sus familias y sus vidas para defender la libertad, la dignidad y el honor del pueblo español.

A lo largo de estos 200 años, la Constitución de Cádiz fue objeto de innumerables elogios y reprobaciones que no siempre se adecuaron a la objetividad del enfoque científico.

Pero al margen de esta controversia, y tal como fue descrito por el académico Alberto Rodríguez Varela en un ensayo que publicó en “Jurisprudencia Argentina” hace 50 años, la Constitución Gaditana representó la fusión entre las ideas europeas de la Ilustración y el pensamiento escolástico, procurando conciliar las ideas tradicionales con las nuevas corrientes doctrinarias.

Es así que, con la Constitución de Cádiz, el secular movimiento constitucionalista irrumpió en España proyectando su espíritu y su texto sobre

(*) Palabras del Académico Presidente en la apertura del acto público en homenaje por los 200 años de la promulgación de la Constitución de Cádiz, celebrado juntamente con la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, el 16 de agosto de 2012.

algunas naciones hispanoamericanas en las cuales, como bien lo puntualiza el académico Eduardo Martiré, tuvo relevante gravitación en sus procesos constitucionales que confluyeron en la organización de Estados independientes.

A algunos de estos aspectos, que son expresión del más puro constitucionalismo de la Madre Patria, se referirán dos distinguidos analistas de las secuelas jurídicas y políticas de la Constitución de Cádiz. El académico doctor Alberto Dalla Vía disertará sobre la Constitución Gaditana como antecedente del constitucionalismo argentino, y el académico doctor Juan Carlos Cassagne hará lo propio sobre el sistema judicialista de la Constitución de Cádiz y su proyección en Iberoamérica.◆

LA CONSTITUCIÓN DE CÁDIZ Y EL SISTEMA JUDICIALISTA: SU PROYECCIÓN EN IBEROAMÉRICA

POR JUAN CARLOS CASSAGNE (*)

I. Liminar

La organización de la justicia administrativa y constitucional en los países de Iberoamérica constituye una de las piezas clave para la configuración y el correcto funcionamiento del Estado de Derecho.

Una visión sobre el conjunto de los sistemas procesales latinoamericanos en lo contencioso-administrativo revela que, salvo el caso de Colombia (1) (en el que se adoptó la institución del Consejo de Estado similar al modelo francés) la casi totalidad de los Estados han permanecido fieles al

(*) Disertación del Académico, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires en el acto público del 16 de agosto de 2012, en el que se conmemoró, juntamente con la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, los 200 años de la promulgación de la Constitución de Cádiz.

(1) Colombia es el único país de Latinoamérica que posee un Consejo de Estado y tribunales administrativos departamentales como jueces de derecho común de la actividad administrativa. El Consejo de Estado fue establecido definitivamente a partir de 1914; véase VIDAL PERDOMO, Jaime, "La justicia administrativa en Colombia", en Estudios de Derecho Administrativo, publicación en homenaje del centenario de la creación de la cátedra de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, tomo I, Montevideo, Universidad de la República, 1978, p. 502.

sistema judicialista que encuentra su raíz en la Constitución liberal de Cádiz del año 1812, la cual, como es sabido, llegó a ser jurada en varios países hispanoamericanos. En efecto, como se verá seguidamente, el punto que marca la impronta del sistema judicialista, en la versión más depurada de la doctrina de la separación de poderes, queda configurado, en dichos modelos, por la interdicción establecida para el ejercicio de funciones judiciales por parte del Ejecutivo.

En tal sentido, el sistema judicialista puro de Cádiz se extendió en Hispanoamérica de una manera más generalizada que en la propia España, donde se tardó muchos años en instituir el modelo judicialista para el llamado contencioso-administrativo.

Ello implica un claro apartamiento tanto del sistema francés como del norteamericano. Lo primero, por cuanto, no obstante existir una influencia proveniente del derecho francés en algunas instituciones del contencioso-administrativo, los países latinoamericanos no adoptaron, como principio básico, la institución de tribunales administrativos del tipo del Consejo de Estado francés. Lo segundo, por la sencilla razón de que el sistema constitucional norteamericano, al no imponer al Poder Ejecutivo la interdicción expresa de ejercer funciones judiciales (tal como lo prescribe la Constitución de Cádiz de 1812) no encontró óbice constitucional alguno para evolucionar hacia el reconocimiento de la jurisdicción administrativa primaria en cabeza de agencias independientes e incluso de órganos administrativos dependientes del Ejecutivo.

En cambio, la Constitución de Cádiz (2), que en este aspecto constituyó la fuente de varias constituciones hispanoamericanas como la de Chile de 1833 (3) y las constituciones chilenas posteriores (4), la del Perú (5) y la Constitución Argentina (6), prohíbe al Poder Ejecutivo el ejercicio de funciones judiciales, avocarse al conocimiento de causas pendientes así como restablecer las fenecidas.

(2) Art. 243 de la Constitución de Cádiz de 1812.

(3) Artículo 108 de la Constitución Chilena de 1833.

(4) Artículo 73 de la Constitución Chilena actual.

(5) Artículo 139 inc. 2 de la Constitución Peruana.

(6) Art. 109 de la Constitución Argentina.

Siendo entonces distinto el punto de partida de la mayoría de los sistemas iberoamericanos, fueron también diferentes su evolución y los problemas institucionales que se plantearon, en cada país, en los aspectos teórico y práctico, para instituir o no, tribunales con jurisdicción en la materia contencioso-administrativa.

En los sistemas comparados existen dos formas básicas de organización del control judicial de la actividad de la Administración y de las leyes. Una es la vertical con una Corte o un Tribunal Supremo como cabeza del poder judicial, a quien puede atribuírsele o no el control de constitucionalidad (vgr. Estados Unidos y España difieren en este punto) y otro de tipo horizontal en el que no hay un solo Tribunal Superior sino varios con diferentes competencias en razón del territorio y de la materia. Este último sistema, adoptado originariamente por Francia en la Constitución de 1791 y en las posteriores, instituye un Tribunal de Casación para evitar las contradicciones jurisprudenciales ya que, se creía, ello afectaba el principio general de igualdad.

En Argentina, hemos seguido, en este aspecto el modelo norteamericano de una Corte Suprema con control de constitucionalidad difuso (que en materia administrativa o de derecho estatutario está concentrado en las Cortes de Circuito) diferenciándonos, en lo que concierne a la interdicción del ejercicio de funciones judiciales por parte del Ejecutivo, configurándose el llamado sistema judicialista puro que impide, en nuestro país, aplicar la teoría de la jurisdicción administrativa primaria.

II. El fenómeno de Cádiz: Influencias e integración

El fenómeno que se produjo en Cádiz operó como un crisol en el que se fundieron diversas influencias provenientes tanto del tronco común de la tradición hispánica favorable a las libertades como del constitucionalismo que entonces asomaba al mundo a través del cauce abierto por las constituciones norteamericana y francesa.

Al respecto, se ha debatido acerca de la gravitación que tuvo la Constitución francesa de 1791 en la de Cádiz (7) y hay quienes la niegan con apoyo

(7) Vid: PERONA TOMAS, Dionisio A, La influencia de la Constitución francesa de 1791 en la española de 1812, en la obra colectiva Cortes y Constitución de Cádiz. 200 Años (Director José Antonio ESCUDERO), Espasa, Madrid, 2011, p. 367 y ss.

en las tendencias historicistas que fueron principalmente sostenidas por ARGUELLES en el Discurso Preliminar.

En cualquier caso, ambas líneas interpretativas convergen en un punto al sostener que el proceso que culminó en Cádiz implicó la destrucción de las bases en que se apoyaba el modelo absolutista (8), proceso que en la inteligencia de la corriente histórica liberal, se consideró contrario a los principios del antiguo derecho español.

La expresión antiguo derecho español o incluso, antiguo régimen, ha de emplearse con sumo cuidado ya que, hasta el advenimiento del absolutismo que importaron los borbones, la tradición política y sus variados regímenes eran favorables a las libertades y a una relativa limitación del poder real, en una línea contraria a la que más tarde se desarrolló en Francia e Inglaterra, donde se sostuvo la idea del origen divino del poder, reflejada en el principio autocrático, producto, a su vez, de la concepción absoluta de la soberanía real.

Ahora bien, todo ordenamiento constitucional termina conformándose como un entramado complejo de las ideas reinantes en el tiempo en que se origina y desarrolla.

En este sentido, la Constitución de Cádiz de 1812 representa una síntesis, realmente original, en la que se fusionaron una serie de principios e instituciones provenientes del antiguo derecho español y de la neo-esco-

(8) ESCUDERO, José Antonio, *Las Cortes de Cádiz: Génesis y Reformas*, Discurso de Apertura leído el día 18 de Octubre de 2010, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Separata, Madrid, 2010, p. 33 y ss.; señala que al abrir la sesión inaugural de las Cortes el representante de Extremadura Diego MUÑOZ TORRERO pronunció un elocuente discurso que produjo un gran impacto entre todos los presentes, al formular cuatro proposiciones sustanciales, a saber: 1) que los Diputados representaban a la nación española hallándose constituidos en Cortes generales y extraordinarias en las que residía la soberanía; 2) que reconocían como Rey a Fernando VII y que consideraban nula la cesión de la corona a Napoleón; 3) que debía respetarse la separación de los tres poderes, legislativo, ejecutivo y judicial, adjudicándose el primero a las Cortes; y 4) que, en ausencia del Rey, se entregaba la titularidad interina del poder ejecutivo al Consejo de Regencia. Al respecto, anota ESCUDERO que "...en el fondo, esos cuatro principios se reducían a dos: asunción de la soberanía por el pueblo y división de poderes. Un verdadero terremoto que, en pocos minutos, dinamitó más de tres siglos de monarquía absoluta", op. cit. p. 34).

lástica salmantina con las ideas liberales que estaban en boga hacia fines del siglo XVIII (principalmente en las obras de LOCKE y MONTESQUIEU y proyectadas más tarde en los constitucionalismos norteamericano y francés).

Aún con los matices y limitaciones propios de la tradición hispánica y de las circunstancias por las que atravesaba en esa época el imperio español, tanto en la península como en América no se puede negar el fondo liberal de las ideas sobre las que reposaba la Constitución de Cádiz.

El hilo conductor del mecanismo constitucional ideado no es otro que la defensa de las libertades (así como de los demás derechos) y la limitación del poder, configurando un “*corpus*” doctrinario que resurge, en cierto modo renovado, tras el desmoronamiento de las concepciones absolutistas.

III. La independencia del Poder Judicial y las prescripciones constitucionales que la garantiza

El modelo constitucional de Cádiz creó un Tribunal Supremo de Justicia, como verdadero poder de la Nación o Estado (9), afirmando así la más absoluta independencia de los jueces.

Las raíces de este principio se encuentran en el antiguo derecho español, al que se remite el Discurso Preliminar cuando funda las respectivas prescripciones constitucionales en los principios de la llamada Constitución histórica de España (10).

La necesidad de tener en cuenta los elementos reales de las instituciones del derecho público exige el auxilio de la historia y de las concepciones filosóficas y políticas prevalecientes en los diferentes momentos históricos porque, si bien “*el futuro no puede ser definido por*

(9) La doctrina constitucionalista argentina considera que la Corte Suprema constituye un poder del Estado y que más que un tribunal es en realidad un tercio del gobierno, ver al respecto: VANOSI, Jorge Reinaldo, Teoría Constitucional, Vol. II, Depalma, Buenos Aires, 1975, ps. 117 y 121.

(10) Vid: MUÑOZ MACHADO, Santiago, Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General, T. I, 2ª ed., Justel, Madrid, 2006, p. 186 y ss.

el pasado"(11), lo cierto es que el estudio de las fuentes no sólo arroja luz sobre el sentido y el comportamiento de los sistemas sino que revela las contradicciones interpretativas, que son, muchas veces, causa del derrumbe o de la mutación de los modelos que oscilan al compás de la realidad sobre la que operan. Es un hecho comprobado que, salvando las distancias y con las adaptaciones que impone la evolución política, social y económica, la historia casi siempre vuelve a repetirse.

Lo que falta, entonces, es una conexión más acotada entre investigaciones históricas y la dogmática del derecho público (constitucional y administrativo) que supere el actual divorcio y las fallas que exhiben aquellos estudios jurídicos que no tienen en cuenta las fuentes de los principios y de las normas que nutren los ordenamientos constitucionales.

Como se ha dicho, *"la historia, no obstante, puede ser cruel y llegar a destruir toda clase de modelos preconcebidos. Cuando los historiadores ponen los pies en la tierra (e incluso descienden a las alcantarillas) constatan fenómenos incompatibles con el axioma"*(12).

Pero lo que realmente llama la atención a cualquier jurista que profundice el análisis de las instituciones del derecho hispanoamericano (también debería asombrar a quienes consideran que, en general, éste es un producto derivado de las concepciones de la Revolución Francesa) lo configura el hecho de que trascendentes conquistas del derecho público occidental moderno encuentran su origen, más que en las ideas de los revolucionarios franceses, en el antiguo derecho español (anterior al absolutismo) y, en parte, también en las concepciones del liberalismo ilustrado.

Al frente de ese catálogo de garantías y de derechos se encuentra la institución de la Justicia de Aragón, magistrado independiente encargado de dirimir las controversias, entre el Rey, la nobleza y posteriormente, los habitantes de las ciudades (la burguesía). Y aunque no haya precisión en cuanto a la fecha en que se instauró la figura (desaparecida tras la muerte

(11) TOMAS Y VALIENTE, Francisco, Constitución: escritos de introducción histórica, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 69, con referencia al pensamiento del Arzobispo de Santiago en las Cortes de Cádiz.

(12) Cfr. NIETO, Alejandro, Los primeros pasos del Estado Constitucional, Ariel Derecho, Barcelona, 1996, p. 17.

de Juan de Lanuza en 1591, durante el reinado de Felipe II) su prestigio traspasó las fronteras españolas muchos siglos después, ya que esa denominación (*Justice y no Judge*) es la que han tenido, y actualmente tienen, los jueces de la Suprema Corte de los Estados Unidos.

Porque en el antiguo derecho español previo al proceso constitucionalista, con las consabidas limitaciones de las diferentes épocas históricas, hay que trazar una raya bastante ancha entre el sistema del absolutismo (a partir de la dinastía borbónica) y el antiguo derecho español (de Aragón, Castilla y Navarra) que, siendo favorable a las libertades y estando más próximo a la división de poderes, fue configurando su verdadera ley fundamental (que recoge el Discurso Preliminar).

En efecto, entre las instituciones más arraigadas en ese antiguo derecho español, aparte de una concepción embrionaria de la división de poderes (13), se encuentran, desde las variadas hipótesis, el derecho de resistencia a la opresión (Victoria) (14), la declaración de nulidad *ipso foro* (15), el principio de legalidad e igualdad en materia tributaria (16), hasta nada menos que el juicio o recurso de manifestación que, según los antecedentes y estudios realizados (17), equivale al *habeas corpus* del derecho anglosajón (18), habiéndose instituido con anterioridad al naci-

(13) Sobre la influencia de la neoescolásticas en LOCKE y en la división de poderes, RODRIGUEZ VARELA, Alberto, *La neoescolástica y las raíces del constitucionalismo*, Separata de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Buenos Aires, 2004, ps. 30 y ss. Con respecto a la gravitación en los fueros de Aragón, véase: LINARES QUINTANA, Segundo V., *Raíces hispánicas del constitucionalismo*, Separata de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Buenos Aires, 2007, p. 17.

(14) RODRIGUEZ VARELA, Alberto, *La neoescolástica...*, cit., p. 12.

(15) Significa que ella surge del propio foro cumpliendo una función similar a la violación de derechos y garantías constitucionales por arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, cuya formulación se encuentra en la regulación de los procesos de amparo de los países iberoamericanos (vgr. Argentina y México).

(16) Cuyos orígenes se remontan a los ordenamientos de Castilla y Aragón; véase: *Constitución Política...*, cit., p. 12.

(17) LINARES QUINTANA, Segundo V., *Raíces...*, cit., ps. 23 y ss.

(18) Cfr. GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo - FERNANDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, T. II, 6ª ed., Civitas, Madrid, 1999, ps. 66-67.

miento en Inglaterra de dicha institución similar. Otro antecedente está representado por el concepto mismo de “*ciudadano*”, que aparece en los derechos de Aragón, Castilla y Navarra, todo lo cual demuestra que siglos de absolutismo no pueden borrar la historia ni el hecho de que la cultura jurídica de los pueblos españoles (en general toda su cultura), durante la Edad Media, haya sido superior a la existente en Inglaterra.

Por último, si se mira al futuro, no se puede desconocer que el Discurso Preliminar hace referencia al paradigma moderno de la tutela judicial efectiva, el cual, aunque sin las actuales proyecciones, fue enunciado por Arguelles en los siguientes términos: “*La justicia, Señor, ha de ser efectiva y para ello su curso ha de estar expedito*” (19), habiendo dicho antes que “*uno de los principales objetos de la constitución es fijar las bases de la potestad judicial, para que la administración de justicia sea en todos los casos efectiva, pronta e imparcial*” (20). Y, por si fuera poco, el principio de la imparcialidad se recoge en la fórmula del juramento de los jueces (21).

Como se verá a continuación, para garantizar la efectividad del dogma de la independencia del Poder Judicial, la Constitución de Cádiz incorporó a su texto: a) la interdicción de ejercer funciones judiciales por parte del rey o de las Cortes; b) la inamovilidad de los jueces y, c) la creación de un Tribunal Supremo.

A. La prohibición de ejercer funciones judiciales por parte del Rey y las Cortes

Al consagrar la Constitución de Cádiz la interdicción del ejercicio de funciones judiciales por parte del Rey y de las Cortes sentó un principio capital que trasunta la aplicación de la separación de los poderes mediante una versión original, que continúa y perfecciona la tendencia reflejada en las instituciones del antiguo derecho español, que se singulariza en la figura de la Justicia de Aragón (22).

(19) Constitución Política de la Monarquía Española promulgada en Cádiz el 19 de marzo de 1812, con prólogo de Eduardo GARCIA DE ENTERRIA, Civitas, Madrid, 1999, p. 65.

(20) Constitución Política..., cit., p. 57.

(21) Constitución Política, cit., Art. 279.

(22) Constitución Política..., cit., Discurso Preliminar, ps. 12-13.

En efecto, no puede argumentarse que el citado principio se hallaba contemplado en la Constitución francesa de 1791, en cuanto prohíbe al Rey y al Cuerpo Legislativo, el ejercicio del Poder Judicial (23), ya que su contenido trasunta una interdicción orgánica y no material, como consecuencia del principio de la soberanía de la ley, cuya determinación competía a la Asamblea Legislativa. Así se desprende, además, del propio texto del articulado constitucional francés en cuanto prescribe, entre las facultades del Cuerpo Legislativo, la de “*décréter la création ou la suppression des offices publics*” (24).

En cambio, la *interdicción* de Cádiz se refiere a las funciones judiciales y es propio de su naturaleza concebirlas en sentido material (25), representando uno de los pocos principios rígidos, en el marco de la separación de poderes que admite —en la interpretación más flexible— la colaboración recíproca entre el Legislativo y el Ejecutivo en funciones que, desde el punto de vista material, son las preponderantes en cada órgano.

La originalidad del principio establecido por la Constitución de Cádiz, proyectado a las Constituciones iberoamericanas (26), implica instaurar el sistema judicialista puro. Por esa razón, resultan incompatibles las concepciones elaboradas por el derecho norteamericano en materia de jurisdicción administrativa primaria (27), algo que no resulta concebible en Latinoamérica en cuanto afectaría el diseño, estructura y competencia de los sistemas judicialistas, sin olvidar los peligros que encierra el hecho de adoptar instituciones contrarias a nuestra idiosincrasia. Si aún con la recepción del principio que tomamos de la Constitución de Cádiz resulta muchas veces conculcada la independencia del Poder Judicial, cabe su-

(23) Cap. V, Artículo Primero, de la Constitución de 1791.

(24) Título Tercero, Capt. III, part. 1º, inc. 5º. Cabe acotar que, en la lengua francesa, el término *oficio público* comprende tanto la función como el cargo.

(25) BOSCH, Jorge Tristán, *Ensayo de interpretación de la doctrina de la separación de los poderes*, con prólogo de Rafael Bielsa, Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1944, p. 50.

(26) Entre otros, en las Constituciones de Argentina (art. 109 C.N.), Paraguay, (art. 248) y Perú (art. 139).

(27) SCHWARTZ, Bernard, *Administrative Law*, 3ª ed., Little Brown and Company, Boston-Toronto-Londres, 1991, p. 481 y ss.

poner la situación de avasallamiento que podría llegar a producirse si los jueces de primera instancia (no otra cosa es la jurisdicción administrativa primaria) dependieran de la Administración o del Congreso.

Interesa poner de resalto que en el Preámbulo del Estatuto Provisional del Perú de 1821, San Martín declaró que en tanto se constituya el gobierno “...*me abstendré de mezclarme jamás en el ejercicio de las funciones judiciarias, porque su independencia es la única y verdadera salvaguardia de la libertad del pueblo y nada importa que se ostenten máximas exquisitamente filantrópicas, cuando el que hace la ley o el que la ejecuta es también el que la aplica*”. En concordancia con este principio el Reglamento Provisional del Poder Ejecutivo de 15 de Octubre de 1822, en su art. 3^a, prohibió a la Junta “... *conocer en asunto alguno contencioso, civil o criminal*”, interdicción que retoma la Constitución de 1823 (art. 81 inc. 3^o).

B. La inamovilidad de los jueces

Suele creerse que la inamovilidad de los jueces proviene del derecho anglosajón de donde la habría tomado la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica que, a su vez, ha sido la fuente directa de un precepto similar existente en la Constitución Argentina (28). Tal creencia es errónea, como lo han demostrado los propios autores norteamericanos desde el historiador William PRESCOTT hasta el constitucionalista estadounidense James KENT.

El antecedente del principio de inamovilidad de los jueces radica en un fuero de Alfonso V de Aragón de 1442 que dispuso que la Justicia “*obtuviese su oficio por vida y que sólo se lo pudiera remover con causa bastante por el Rey y las Cortes reunidos*” (29). Al respecto, anota KENT que se trata de “... *el más antiguo precedente a favor del establecimiento judicial independiente...*” y que en Inglaterra recién se acogió un precepto semejante hacia 1641, bajo el reinado de Carlos I, consolidándose el principio tras la

(28) Art. 110 C.N., sobre el principio en el derecho argentino, véase: BADENI, Gregorio, Tratado de Derecho Constitucional, T. III, La Ley, Buenos Aires, 2010, p. 796.

(29) PRESCOTT, William H., Historia de los Reyes Católicos, Tomo Primero, ed. Junta de Castilla y León, reproducción facsímil de la primera edición de la obra en idioma español de 1845, Salamanca, 2004, p. 84.

restauración de la dinastía real gobernante con Carlos II, pasando de allí a varias constituciones europeas (30).

En consecuencia, la Constitución de Cádiz (31) en este punto, al igual que las norteamericana y francesa (32), abrevia en definitiva, en el antiguo derecho aragonés. El desconocimiento del citado antecedente por parte de la historiografía ha sido bastante grande en el mundo hispánico pese a que la primera traducción al castellano que se publicó en España de la obra de PRESCOTT se efectuó en Madrid en 1845 y que, la de KENT, publicada en Buenos Aires, data del año 1865.

C. La creación del Tribunal Supremo

Uno de los cambios más profundos que introdujo la Constitución de Cádiz, con el objetivo de asegurar la separación de poderes y la independencia de los jueces, consistió en la creación de un Tribunal Supremo como cabeza, imparcial e independiente del Poder Judicial (33).

De ese modo, la reforma realizó la unificación del poder judicial en un órgano superior al que se le atribuyó una amplia competencia originaria para entender en materias administrativas (o gubernativas) y una competencia por apelación en los recursos de nulidad que se interpongan contra las sentencias dictadas en última instancia "...*para el preciso efecto de reponer el proceso...*" (34). La sola lectura de la jurisdicción que se atribuyó al Tribunal Supremo indica a las claras que se trata de un sistema visceralmente opuesto al que se instauró en Francia a partir del proceso revolucionario, donde la función de juzgar a la Administración se consideró fueron administrativa, exenta del juzgamiento por el Poder Judicial.

(30) KENT, James, *Del gobierno constitucional de los Estados Unidos*, 10ª ed., trad. al castellano por A. CARRASCO ALBANO, Imprenta de Buenos Aires (frente a la Casa de Gobierno, Buenos Aires, 1865, p. 127 y notas a) y c).

(31) El art. 252 de la Constitución de Cádiz prescribe: Los magistrados y jueces no podrán ser depuestos en sus destinos, sean temporales o perpetuos, sino por causa legalmente probada y sentenciada, u suspendidos sino por acusación legalmente intentada.

(32) Constitución francesa 1791, Título Tercero, Cap. V, Artículo Primero, inc. 2.

(33) Arts. 259, 260 y 261 de la Constitución Política, cit.

(34) Art. 261, especialmente, incisos 2º, 3º, 6º y 9º de la Constitución Política.

Entre las competencias materiales que componen la jurisdicción originaria del Tribunal Supremo, cabe resaltar las de:

- a) juzgar a los secretarios de Estado y del Despacho cuando las Cortes den lugar a la formación de causa (art. 261, inc. 2º);
- b) conocer en las causas de separación y suspensión de los Consejeros de Estado (art. 261, inc. 3º);
- c) conocer en los juicios de residencia de todo empleado público (art. 261, inc. 6º);
- d) conocer en todos los asuntos contenciosos del real patronato (art. 261, inc. 7º), y;
- e) entender en los recursos de nulidad (art. 261, inc. 9º).

La competencia material que se asigna al Tribunal Supremo es algo así como la contracara de la prohibición de ejercer funciones judiciales que el art. 243 de la Constitución de Cádiz prescribe con relación al Rey y las Cortes.

En esa inteligencia, aunque suele creerse que el Tribunal Supremo no realizó actividad judicial digna de destacarse, hemos encontrado, al hurgar en la documentación histórica, la correcta interpretación que hizo dicho tribunal de sus facultades judiciales en el proceso segundo contra D. Pedro Acuña y otros, al reclamar al Ejecutivo la remisión de los antecedentes de la causa promovida en La Coruña contra el citado Acuña, para poder resolver la apelación interpuesta.

En dicha causa, al reclamar los antecedentes, el Tribunal no sólo marcó el límite de la separación de poderes a tenor del art. 17 de la Constitución de Cádiz sino que también consideró que la decisión de juzgar era exclusiva de los tribunales conforme al precepto contenido en el art. 243 de dicha Constitución (35).

(35) Véase: CASTRO, Adolfo, Cortes de Cádiz. Complementos de las sesiones verificadas en la Isla de León y en Cádiz, T. II, Ed. Analecta, reimpresión de la obra original de 1913, Pamplona, 2004, p. 188 y ss.; interesa apuntar que las Cortes, en la sesión del 12 de Julio de 1812 mandaron al Ejecutivo (entonces la Regencia) que entregara al Tribunal Supremo la documentación aludida para seguir entendiendo en el proceso y dictar sentencia.

IV. Otras reformas innovadoras

Los constituyentes de Cádiz no se conformaron con el diseño político institucional de la soberanía, separación de poderes y principio de legalidad y, en línea con los ejes fundacionales de la nueva Constitución, establecieron amplias prescripciones y principios que se encuentran en línea con los sistemas de protección de los derechos humanos existentes hoy día en el mundo occidental.

No vamos a ocuparnos aquí de explicar el contenido ni el alcance que cabe asignar a los respectivos preceptos no sólo por ser una tarea ya efectuada por la doctrina de manera impecable (36) aparte que ello excedería el propósito perseguido en este trabajo que, en definitiva, no es otro que demostrar que las reformas se inscriben en el llamado liberalismo político continuador de la tradición española. No dejamos de advertir, empero, que la concepción liberal se nutre también de los enfoques del racionalismo ius naturalista de la ilustración en ciertos aspectos (aunque no en su vertiente antropomórfica) que también influyeron en la Constitución de Cádiz.

Ese movimiento, que aglutinó una tradición favorable a las libertades con las nuevas concepciones esgrimidas por el liberalismo político, se volcó en una serie de reformas innovadoras, compatibles con los modernos sistemas de protección de los derechos humanos. Entre ellas cabe mencionar:

- a. el principio del juez natural (art. 272 de la Constitución);
- b. la libertad de prensa y la supresión de la censura previa (art. 371 de la Constitución) (37);
- c. la supresión de los señoríos, particularmente de los señoríos jurisdiccionales (Decreto de las Cortes del 6 de Agosto de 1811 y art. 172, Cláusula Novena de la Constitución) (38);

(36) MARTIN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, Los derechos humanos en la Constitución de Cádiz, en la obra Cortes y Constitución de Cádiz. 200 años, cit., p. 405 y ss.

(37) SAENZ BERCEO, María del Carmen, La libertad de imprenta, en Cortes y Constitución de Cádiz. 200 años..., cit., p. 220 y ss.

(38) ESCUDERO, José Antonio, Las Cortes de Cádiz: Génesis, Constitución y Reformas, en Cortes y Constitución de Cádiz. 200 años..., cit., p. XLIV y ss.; GAL-

- d. abolición de la tortura y los apremios (art. 303 de la Constitución) (39);
- e. prohibición de expropiar sin indemnización (art. 172, Cláusula Décima de la Constitución);
- f. acción popular pena perseguir los delitos de cohecho, soborno y prevaricato cometidos por los jueces (art. 255 de la Constitución) (40), y;
- g. abolición de la Inquisición (Decreto de las Cortes del 22 de Febrero de 1813) (41).

V. Consideraciones finales

La proyección que ha tenido la Constitución de Cádiz en Latinoamérica ha sido trascendente (42) ya que, a través de las distintas constituciones hispanoamericanas, los preceptos gaditanos cobraron vida y vigencia para el derecho comparado.

En el plano de las instituciones se operó una acertada conjunción entre las corrientes liberales y los principios del antiguo derecho español que, por distintos senderos, sobre todo por el trazado por la escuela de Salamanca, fueron la base de muchas ideas sustentadas por el liberalismo de LOCKE y las concepciones de MONTESQUIEU que terminaron finalmente anclándose en Cádiz. El resultado de ese proceso consistió en lograr una síntesis histórica original que marcó un hito en el constitucionalismo mo-

VAN RODRIGUEZ, Eduardo, La disolución del régimen señorial, en Cortes y Constitución de Cádiz. 200 años..., cit., p. 204 y ss.

(39) SAINZ GUERRA, Juan, La Constitución de 1812: de las reformas penales y procesales a la abolición de la tortura, en Cortes y Constitución..., cit., p. 247 y ss.

(40) Precepto que reproduce el art. 109 de la Constitución peruana de 1823.

(41) ESCUDERO, José Antonio, Las Cortes de Cádiz y la supresión de la Inquisición: antecedentes y consecuentes, en Cortes y Constitución de Cádiz..., cit., p. 285 y ss.;

(42) Sobre la influencia en la Constitución argentina, véase: DALLA VIA, Alberto Ricardo, La Constitución de Cádiz y los antecedentes de la Constitución de la Nación Argentina, Revista El Derecho, Suplemento de Derecho Constitucional, diario del 18/07/2008, p. 1 y ss.

dero (43) que, como dijo Francisco de MIRANDA, verdadero precursor de la independencia de nuestros países, “*iba a ser el iris de la paz, el áncora de la libertad y el primero pero el más importante paso que jamás había dado la metrópoli en beneficio del continente americano*” (44).

De haberse anticipado en el tiempo y sin enfrentar, por tanto, el proceso independentista, el fenómeno de Cádiz hubiera dejado de ser una idea utópica para convertirse en un buen ejemplo que muestra la integración de diferentes tendencias en un mismo cauce. Porque el proceso constitucional significaba, al fin y al cabo, el retorno a la primacía de las libertades garantizado por una justicia imparcial e independiente. En propio SAN MARTÍN expresó, en la carta dirigida al Virrey de la SERNA con motivo de la conferencia de Punchauca (1821) en la que expresó: “*...He venido al Perú desde las márgenes del Plata no a derramar sangre sino a fundar la libertad y los derechos de que la misma metrópoli ha hecho alarde al proclamar la Constitución del año doce... Los liberales del mundo son hermanos en todas partes*” (45). Muchos de los principios de Cádiz fueron proclamados por el Libertador al sancionar el Estatuto Provisional del Perú entre ellos, la prohibición del ejercicio de funciones judiciales por parte del Ejecutivo, interdicción que aún hoy, en nuestro país, no respetan algunas leyes, como la ley de Defensa del Consumidor.

En suma, en nuestras desgastadas repúblicas —como decía Borges— las libertades solo pueden asegurarse de manera justa y eficaz si se cuenta

(43) Vid: CARNOTA, Walter F., Reflexiones para el 12 de octubre: España y el Constitucionalismo Argentino, el Dial.com., Ed. Abremática, publicado el 18/10/2010, Buenos Aires, 2010, p. 2.

(44) Memorial dirigido por Francisco de Miranda a la Audiencia de Caracas en marzo de 1813, publicada en Francisco de Miranda y la modernidad de América, Ed. Fundación Mapfre Tavera y Ediciones Doce Calles, Madrid, 2004, p. 207; a su vez, San Martín, no obstante no considerar oportuna la vigencia en el Perú de la Constitución de Cádiz, se refirió a ella en términos elogiosos en una proclama dirigida a los peruanos, en 1820, en la que dijo que: “La nación española ha recibido al fin el impulso irresistible de las luces del siglo... y que... la revolución de España es de la misma naturaleza que la nuestra: ambas tienen la libertad por objeto y la opresión por causa” (cit. por OTERO, José Pacífico, Historia del Libertador Don José de San Martín, T. IV, Circulo Militar, Buenos Aires, 1944, ps. 317-318).

(45) OTERO, José Pacífico, Historia del Libertador Don José de San Martín, cit., T. V, p. 182.

con un Poder Judicial independiente que garantice el goce y ejercicio de los derechos y sobre todo la dignidad de las personas, frente a los abusos y arbitrariedades de la Administración y de las leyes. ♦

VII

DECLARACIONES, DICTÁMENES Y PREMIOS

DECLARACIÓN

La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires expresa su profunda preocupación y disconformidad con motivo del procedimiento innecesariamente apresurado impuesto por el Poder Ejecutivo para elaborar su Proyecto de Código Civil y Comercial, y el requerimiento para que, a la brevedad, se concrete la aprobación por el Congreso nacional.

El texto proyectado importa la sustitución íntegra de los ordenamientos vigentes que, con reformas y actualizaciones orgánicas realizadas en diferentes momentos para satisfacer las necesidades sociales, han venido rigiendo en el país al compás del avance y progreso de la Nación, como garantía de un orden jurídico eficaz consubstanciado con la cultura de la población. Tal hecho torna inadmisibile que una tarea de tanta importancia y que se proyecta sobre la vida cotidiana de las personas, se encuentre sujeta a plazos predeterminados sin respetar los tiempos congresuales que requiere la prudencia jurídica para permitir un análisis y debate serio y exhaustivo, acorde con la envergadura de la materia que se pretende regular.

Sin perjuicio de admitir que la intención de unificar los Códigos es una oportunidad propicia para la adecuación de algunos de sus textos, la trascendencia de esta tarea debe ser producto de una labor no sólo meditada y profunda, sino que también responda a verdaderos y legítimos requerimientos del dinamismo social adecuados a la idiosincrasia, a las necesidades y al modo de vida del conjunto de la sociedad, resguardando la libertad que debe imperar en ella. Cuando esto no ocurre las leyes sancio-

nadas están condenadas a no perdurar, acarreado futuras derogaciones, o nuevas y reiteradas reformas, con su secuela de inseguridad jurídica

Es imprescindible dar al Proyecto una difusión amplia y fomentar 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 informada a la sociedad acerca de los cambios que se proyectan sobre una legislación que regula los aspectos más sensibles de la convivencia que se opera en ella.

Esta Academia no comparte, por lo tanto, que en estas condiciones se propicie alterar instituciones fundamentales contenidas en estos Códigos, que en muchos casos están arraigadas profundamente en los valores y la cultura de la población. Asimismo aspira a que se imponga la sensatez, asignando al tratamiento del Proyecto el tiempo y el curso de acción propios de una democracia republicana.

Buenos Aires, 26 de julio de 2012.

FERNANDO N. BARRANCOS Y VEDIA
Académico Secretario

GREGORIO BADENI
Académico Presidente

DECLARACIÓN

La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires advierte, con preocupación, las propuestas políticas de realizar profundas modificaciones en el ordenamiento jurídico argentino, desprovistas de un análisis previo hecho con la sensatez que requiere tan importante cometido. La invocación de aparentes problemas insolubles no es argumento válido, si no está precedido de un debate abierto y desinhibido que demuestre la insuficiencia de las normas vigentes para resolverlos. Este es un presupuesto ineludible que condiciona la eficacia de toda reforma legislativa, y por añadidura, una exigencia para preservar la seguridad jurídica.

En esta suerte de propensión reformista se incluye a la Constitución Nacional, sin explicitar cuáles son las razones de alta política institucional que la avalarían, cuáles son los problemas que se pretenden solucionar y cuáles son las cláusulas constitucionales que conforman un obstáculo a tal fin.

En materia de reforma constitucional, esta Academia en varias oportunidades destacó que la sólida estructura que presenta la Constitución Nacional, la plena vigencia de sus objetivos, la generalidad, claridad y concisión de sus normas imponen el deber de verificar si, a través de una razonable interpretación de su texto, se pueden encontrar los remedios idóneos para los problemas que justificarían aquella reforma. Asimismo, siempre se pronunció por el rechazo de las propuestas que colisionaban con los principios republicanos, democráticos y federales sobre los cuales se basa nuestra Ley Fundamental.

El 24 de septiembre de 1970, el 20 de mayo de 1971 y a comienzos de 1972 la Academia expresó sus reparos a la reforma constitucional promo-

vida por un gobierno de facto que se concretó con la expresa conformidad de las agrupaciones políticas mayoritarias. La Academia declaró que: “Nuestra Constitución no necesita ser modificada para que este gobierno cumpla su compromiso de devolver al pueblo el goce de las instituciones propias de la forma republicana, representativa federal”, y que: “La emergencia actual de la vida nacional se caracteriza por múltiples discrepancias de orientación que causan hondas oposiciones entre los sectores de la opinión. No es esa una situación adecuada para abrir un proceso de reforma constitucional”. Añadió que: “En estos momentos, debe conservarse intacto el precioso instrumento legal en el que fundamos nuestra organización, esa Constitución que aseguró la concurrencia de los habitantes para el bien común, fundó el progreso admirable del país, continúa siendo la única prenda institucional de comunión y de coincidencia entre los argentinos, y contiene en sus previsoras y sabias disposiciones los preceptos esenciales de la paz y la prosperidad generales”.

También declaró que “la Academia afirma que la Nación necesita la plena y efectiva vigencia del sistema de derechos y garantías que la Constitución establece, a fin de que, dentro del marco de la seguridad jurídica, se alcance el funcionamiento regular de la democracia y el progreso integral de la República, y estima que se agravia a la Constitución al tenerla infundadamente como ineficaz para darnos la libertad, la igualdad y el bienestar, que constituyen su objeto”.

El 16 de febrero de 1976 la Academia declaró que “carece de sustento constitucional y legal la decisión del Poder Ejecutivo de declarar prioritaria respecto de toda elección de autoridades nacionales, provinciales o municipales la reunión de una convención constituyente que se pronuncie sobre la organización del Estado Argentino... La Academia interpreta, pues, con alarma, el decreto 620/76 como una iniciativa que traduce el propósito de sustituir o alterar substancialmente los fines enunciados en el Preámbulo, las declaraciones, derechos y garantías, y la organización del gobierno republicano, representativo y federal que establece la Constitución de 1853”. Concluyó expresando que “reitera, también, su fe en la sabia Constitución de 1853 que es, a su juicio, la mejor prenda de libertad, paz y unión para la Nación Argentina”.

En 1989, en ocasión de una nueva iniciativa reformista, reiteró nuestra Corporación que “ni el capítulo de declaraciones, derechos y garantías ni el relativo a las autoridades de la Nación ponen obstáculos insalvables

para que nuestro pueblo se beneficie con los adelantos sociales y tecnológicos del mundo moderno y para que los poderes del Estado cumplan las atribuciones que les fija la carta fundamental”.

En 1993, al expresar su opinión adversa a la reforma constitucional que se llevó a cabo en 1994 con el expreso consentimiento de las agrupaciones políticas mayoritarias, la Academia manifestó que nuestra Ley Fundamental “no sólo ha contemplado las necesidades de su época, sino que ha tenido la sabia previsión de satisfacer cumplidamente las cambiantes circunstancias históricas, de modo que responde perfectamente a las exigencias de la hora actual” y que “su estabilidad es así la mayor garantía de los derechos públicos y privados”. Tras descalificar, con fundados argumentos, las reformas constitucionales propuestas y remitirse a su pronunciamiento de 1989, la declaración emitida destacó: “Reitera así nuestra Academia, en cumplimiento de sus fines estatutarios, su opinión adversa a la actual iniciativa de introducir reformas al texto vigente de la Constitución Nacional, porque si bien ésta, conforme al citado artículo 30, puede reformarse en el todo o en cualquiera de sus partes, no se cumple en esta oportunidad con el requisito previsto en dicha cláusula de que la reforma debe responder exclusivamente a su necesidad”.

La Academia considera que la Constitución Nacional es un texto ejemplar por su claridad y concisión, por tutelar los valores republicanos y democráticos que la impregnan, por su resguardo del federalismo que la proyecta como símbolo de la unidad nacional, factor que consolidó el nacimiento y organización del Estado argentino. Por otra parte, su finalidad de insertar en la convivencia social la libertad —tanto política, económica como social—, la dignidad y el progreso de los individuos y de la sociedad responde plenamente a los valores e ideas dominantes en el siglo XXI.

Sin embargo, y a pesar de tales advertencias, se sigue propiciando la reforma de la Constitución Nacional sin percibir que los problemas que se presentan en la vida social y política no son atribuibles a ella, sino a su incumplimiento y al desapego de la legislación reglamentaria que deterioran la vigencia del Estado de Derecho e incrementan la inseguridad jurídica en todas las áreas de la convivencia social.

La Academia reitera, una vez más, que la Nación necesita de la plena y auténtica vigencia de los preceptos constitucionales por obra de la firme y sincera acción de gobernantes y gobernados. Tanto de los que estable-

cen su sistema generoso y abarcativo de todos los derechos y garantías para preservar en el curso de los tiempos la dignidad humana, superando los obstáculos que la intolerancia de las pasiones políticas acarrea para el progreso social, como de aquellos que regulan sus instituciones republicanas con un dinamismo ejemplar y fiel a la esencia del constitucionalismo democrático.

Esta Academia aspira a que se imponga la sensatez republicana con el pleno convencimiento de que, en el fiel e inteligente cumplimiento de la Constitución Nacional, se albergan las condiciones para concretar la paz y armonía en las relaciones sociales, el desarrollo cultural del pueblo y la barrera infranqueable para toda concepción sociopolítica autocrática que pretenda desarticular la esencia democrática del Estado de Derecho.

Buenos Aires, 25 de octubre de 2012.

JORGE H. ALTERINI
Académico Secretario

GREGORIO BADENI
Académico Presidente

DECLARACIÓN PÚBLICA DE LA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES

La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires advierte con preocupación los reiterados cuestionamientos efectuados por funcionarios estatales a magistrados del Poder Judicial de la Nación. A esas desafortunadas manifestaciones se agregan las recusaciones que ponen en tela de juicio la imparcialidad de los jueces nacionales, todo lo cual, además de afectar el principio de separación de los poderes que debe imperar en nuestra República, genera en algunos ciudadanos desinformados por la agobiante publicidad oficial una sensación de desconfianza sobre la rectitud de los integrantes del Poder que es garante de los principios, derechos y garantías constitucionales.

No es argumento válido para justificar semejante conducta sostener que el Estado ejerce su derecho de defensa en un pleito. Si bien el Estado en juicio puede asumir el papel de un litigante, ello es así sólo en lo que respecta a la igualdad de las partes en el proceso, pero no en lo que atañe al comportamiento a seguir por sus representantes y letrados, quienes deben dar ejemplo de rectitud procesal. En los pleitos el Estado tiene los mismos derechos que los particulares, pero mayores deberes, porque, si a cualquier letrado se le puede censurar cuando no respeta las reglas de probidad profesional, con mayor razón debe exigirse una actitud ejemplar a quienes representan un interés público supuestamente comprometido en el pleito.

Por lo expuesto, la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en cumplimiento de sus obligaciones estatutarias, insta

al gobierno y a los ciudadanos a que salvaguardemos la letra y esencia del artículo 1º de nuestra Constitución, esforzándonos en alcanzar la efectiva vigencia de todas las reglas del sistema republicano, entre ellas, las que conciernen al riguroso respeto a la independencia del Poder Judicial.

Buenos Aires, 13 de diciembre de 2012.

JORGE H. ALTERINI
Académico Secretario

GREGORIO BADENI
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 hace pública su solidaridad con su miembro de número doctor Alberto Rodríguez Varela, ante noticias dadas por los medios, sobre hechos que no guardan relación de causalidad con las funciones que desempeñara.

La trayectoria intachable del doctor Alberto Rodríguez Varela en la cátedra, en el foro, y en su vida pública y privada, de que dan cuenta numerosas generaciones, torna inverosímil que haya incurrido en la acción u omisión de conductas que violen o afecten la intangibilidad de la vida, o de los derechos humanos que le son inherentes, por los que aquél en particular, y esta Institución, desde su creación hace más de un siglo, velan y defienden.

Buenos Aires, 20 de diciembre de 2012.

GREGORIO BADENI
Académico Presidente

PREMIO ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES

POR JORGE R. VANOSSI (*)

En representación de esta Academia y del Jurado designado para discernir el Premio Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, a la mejor obra sobre un tema propio de las ciencias jurídicas y sociales, editada originariamente en el país entre el 31 de julio de 2009 y el 30 de julio de 2011, tengo el honor de hacer uso de la palabra en este acto para referirme a la significación de dicha distinción y, especialmente, a la obra premiada y a su autor.

El estatuto que regula nuestra Corporación le asigna como su principal finalidad procurar el fomento y la difusión del estudio del derecho. Para concretar ese objetivo, la Corporación ha resuelto desde años atrás, instituir el premio bianual que lleva su nombre, el que se otorga a las obras que se presenten al concurso que se convoca a tales fines.

Siempre hemos creído que los premios son fundamentales para incentivar actual o potencialmente la producción en nuestra área específica.

(*) Palabras pronunciadas por el Académico, en la sesión pública del 29 de noviembre de 2012, en oportunidad de la entrega del “Premio Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires” al doctor Horacio Rosatti por su obra *“Tratado de Derecho Constitucional”*; “Accésit” a Ursula Cristina Basset por su obra *“Calificación de Bienes de la Sociedad Conyugal. Principios. Reglas, Criterios y Supuestos”*; a Gabriel Hernán Quadri por su obra *“La Prueba en el Proceso Civil y Comercial. Tipos de prueba. La prueba en los procesos en particular”* y a Ramiro Prieto Molinero por su obra *“Abuso del Derecho”*.

Un premio puede ser un estímulo para quien se inicia y puede ser la coronación de una etapa para los que ya transitaron su recorrido. Sin embargo, en ambos casos esta meta no es definitiva, porque este lauro también es una apuesta al porvenir: al de los propios premiados que han de seguir produciendo en beneficio de nuestra comunidad y al de las generaciones sucesivas, a las que se les muestra un hito en el horizonte y un ejemplo, para inducir al mismo esfuerzo y como compensación del sacrificio que todo ello conlleva. En ese sentido las obras distinguidas importan un testimonio y la apelación al futuro, que no solamente es un desafío para los premiados, sino un aporte a la consolidación de la ciencia del derecho en el porvenir. Toda sociedad que se precie de procurar un desenvolvimiento acorde con el progreso y en libertad, demuestra la historia universal que se sustenta —entre otras virtudes y condiciones— en el reconocimiento de los méritos a través de premios y recompensas, y en la descalificación de la molición con la indiferencia y, por supuesto, con el castigo de los que incurren en delitos o se comportan en el reinado de la ilicitud.

En esta ocasión y correspondiendo al último premio concursado, se han presentado treinta y cuatro trabajos, que evidencian la significación que en el ámbito jurídico nacional tienen, por un lado, la Academia que lo instituye y por el otro, la muy ponderable vocación que existe entre los juristas argentinos que se esfuerzan por acreditar antecedentes y méritos para alcanzar tal calificación y al mismo tiempo tomar impulso para participar en el desarrollo y perfeccionamiento de nuestra doctrina jurídica, cuya calidad trasciende las fronteras de nuestro territorio y de nuestro idioma.

Es bueno recordar que en ocasión de otorgarse el premio en bienios anteriores, el jurado consideró que su tarea debía ajustarse a las siguientes pautas: 1. La trascendencia jurídica y social del objeto de la obra en relación con la totalidad del tema; 2. La originalidad de la cuestión en orden a los modernos problemas de la realidad social; 3. La amplitud y la metodología en los desarrollos; 4. La solidez de los fundamentos doctrinarios expuestos; 5. La importancia de la referencia bibliográfica y la utilización del derecho comparado; y 6. La extensión del trabajo como expresión del esfuerzo del autor.

El dictamen da cuenta de la calidad de la mayor parte de las obras presentadas para su juzgamiento y los parámetros utilizados para discernir los premios, entre los cuales se ha señalado la importancia del tema abordado, el esfuerzo que cada obra demuestra, la profundidad de tratamien-

to, así como la fundamentación del criterio de autor en los puntos que puedan considerarse controvertidos.

Debemos señalar que se han considerado las distintas ramas del derecho en un pie de igualdad en cuanto a su vocación para obtener el premio, y que se ha dejado de lado toda clase de discriminación o diferenciación por razones personales, de postura científica o de corriente de pensamiento.

Bajo estas directivas el jurado formó convicción unánime recomendando a la Academia el otorgamiento del premio al libro del profesor Horacio Rosatti, editado en dos tomos. El autor ha legitimado su tarea para abordar esta sólida obra por su consagración al derecho público, y dentro de éste, a las áreas del derecho constitucional y del derecho municipal, a las que ya había dedicado varios libros anteriores y numerosos ensayos. A sus antecedentes como publicista se agrega su actividad docente en la materia, en su calidad de profesor titular en ambas disciplinas, todo ello en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Santa Fe en la que también se ha desempeñado como Decano; y en la Universidad Nacional del Litoral, de la misma ciudad que es la cuna de la Constitución Nacional: la histórica y la vigente.

Al libro que nos ocupa hay que agregar otras publicaciones del autor que lo proyectan al cenáculo de los constitucionalistas consagrados para seguir el camino que abrieron en su tiempo grandes maestros del Litoral y otros iuspublicistas de nota del país, como enseguida veremos.

El doctor Rosatti obtuvo el título de Abogado en la Universidad Nacional del Litoral; luego el de Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales en la misma Universidad; y asimismo el de Magister en Evaluación de Impacto y Gestión Ambiental en la Universidad Católica de Santa Fe y la Universidad de Limoges.

Su extensa e intensa carrera política es testimonio de una perseverante preocupación y ocupación por las cuestiones de interés público que afectan a la sociedad, como lo demuestran sus gestiones sucesivas en las funciones de Fiscal Municipal de la ciudad de Santa Fe; Secretario de Gobierno, Cultura y Acción Social de esa misma ciudad Capital; Secretario General de la Gobernación de la Provincia de Santa Fe; Convencional Constituyente por Santa Fe en la última reforma de la Constitución Nacional; Intendente Municipal de la ciudad de Santa Fe, con una brillante e

impecable gestión; Procurador General del Tesoro de la Nación; y Ministro de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, cargo este último que renunció motivado por su propia voluntad y como un dictado de su conciencia, actitud ésta que lo enaltece por su gallardía y honestidad como custodio del Derecho. Son rasgos poco frecuentes en un mundo político donde el verbo “renunciar” rara vez se conjuga en primera persona del singular (sic).

En su bibliografía cuentan los siguientes libros, amén de la obra ahora premiada:

El derecho a la jurisdicción antes del proceso; La construcción del Estado argentino; El presidencialismo argentino después de la reforma constitucional; El origen del Estado; Derecho ambiental constitucional; El molde y la receta. La novela de la Constitución; El código civil desde el derecho público; Cien años de multitud (tres tomos); Tratado de derecho constitucional (dos tomos); Tratado de derecho municipal, que lleva cuatro ediciones (dos tomos).

Ha recibido numerosos premios de particular significación, entre ellos:

Premio “Mariano Tissembaum” a la investigación en ciencias jurídicas; Premio “Enrique V. Galli” a la producción jurídica; Premio “Bernardo Houssay” a la investigación en ciencias políticas y derecho constitucional, otorgado por el CONICET; Primer premio de Ensayo, otorgado por la Secretaría de Cultura de la Nación; Primer premio de Ensayo, otorgado por la Asociación santafesina de Escritores; Premio “Ministerio de Justicia de la Nación”; y el Premio Nacional de Derecho y Ciencias Políticas por su obra “Tratado de Derecho Municipal”, otorgado por la Secretaría de Cultura de la Nación.

Para terminar estas breves palabras, insuficientes para destacar el brillo que merece la obra premiada, quiero poner énfasis en subrayar que ella es una producción más de la vastedad de un jurista de arraigada vocación, de la que ha hecho gala en todas sus producciones, que enriquecen la bibliografía argentina y que responden a una vocación plena y auténtica que amerita su pertenencia a la categoría de un tratadista, lo que es una prueba de su temprana vocación, habida cuenta que su nacimiento en Santa Fe fue en el año 1956.

Doy por sentado que ha sido por todos estos antecedentes que la Federación Argentina de Colegios de Abogados lo llevó a la presidencia del

Instituto de Estudios Legislativos, entidad ésta de reconocido prestigio en el foro argentino.

A la obra premiada siguen los *accésit* con los que se distinguen, sin orden alguno de prelación, los otorgados a las siguientes obras que enunciamos siguiendo el índice alfabético que corresponde a sus autores:

Calificación de Bienes de la Sociedad Conyugal. Principios. Reglas, Criterios y Supuestos, por Ursula Cristina Basset; *Abuso del Derecho*, por Ramiro Prieto Molinero; y *La Prueba en el Proceso Civil y Comercial. Tipos de prueba. La prueba en los procesos en particular*, tomos I y II, por Gabriel Hernán Quadri.

Bueno es decirlo y justo es reconocerlo que todos ellos acreditan su voluntad de perfeccionamiento y trabajo a través de publicaciones especializadas, ejercicio de la docencia y estudios de postgrado.

Las obras mencionadas que han merecido las distinciones a que me he referido, constituyen un exponente concreto de la intensidad que exhibe el desarrollo de la investigación jurídica en nuestro país, de la que podemos decir, con inocultable orgullo, que crece en la permanente búsqueda de calidad y cantidad, exhibiendo la labor señera y ejemplificadora de los maestros consagrados, de los que se esfuerzan denodadamente para alcanzar el calificativo que corresponde a aquéllos y de los que, con vocación y empeño, comienzan la carrera de las letras en el mundo del derecho, para honrar a sus predecesores y fecundar el sendero que habrán de seguir las próximas generaciones.

Quienes ya hemos traspuesto la línea del ecuador de la vida, nos congratulamos visualizando que los surcos abiertos sean fecundados por las generaciones que nos siguen, inspiradas, ante todo, por el ideal de la excelencia, expresión ésta que no debe ser demonizada “por elitista” ni subestimada en provecho de la mera igualación, toda vez que también en las “letras jurídicas” tiene un valor agregado la calidad y el estilo superior que a las obras las hace dignas de singular estimación. Será por ello que en la hermana República de Brasil existe desde hace años una Academia de las Letras Jurídicas, para rendir culto al buen estilo y que por ello acompaña a la institución más antigua que fundara —y a la que asistía y en la que participaba— el Emperador Don Pedro.

Valga ese ejemplo como un aval a la convicción que abrigamos en torno a que en el ámbito del Derecho, las formas y los contenidos componen ambas el peso específico que dimana del perpetuo afán de “afianzar la justicia” que impone el Preámbulo de la Constitución Nacional.

INDICE

ANALES 2012

I. INCORPORACIONES

Discurso de recepción por el Académico doctor Emilio P. Gnecco ..	3
<i>El derecho a la vida y la cultura de la muerte.</i> Disertación pronunciada por el Académico doctor Eduardo Sambrizzi, en oportunidad de su incorporación como Académico Titular, en la sesión pública del 13 de septiembre de 2012	11
Palabras de apertura por el Académico Presidente doctor Gregorio Badeni	27
Discurso de recepción por el Académico doctor Jorge R. Vanossi....	29
<i>El primer siglo y medio de la Corte Suprema Argentina. La importancia del estudio de su historia para la Ciencia del Derecho Constitucional.</i> Disertación pronunciada por el Académico doctor Alfonso Santiago, en oportunidad de su incorporación como Académico Titular, en la sesión pública del 11 de octubre de 2012	39
Discurso de recepción por el Académico doctor Juan Carlos Cassagne	73
<i>Los poderes de oficio del juez administrativo.</i> Disertación pronunciada por el Académico correspondiente en España doctor Santiago Muñoz Machado, en oportunidad de su incorporación como Académico correspondiente, en la sesión pública del 8 de noviembre de 2012.....	79

II. COMUNICACIONES EN SESIONES PRIVADAS

<i>El valor de la Constitución a través de la historia de la República Argentina.</i> Disertación del Académico doctor Jorge R. Vanossi, en la sesión privada extraordinaria en oportunidad de recibir al Director del Instituto de Estado y Derecho de la Academia de Ciencias de Rusia, doctor Andrei Sisitsyn-Svetlanov, el 3 de mayo de 2012	101
<i>Santo Tomás y la justicia.</i> Comunicación del Académico doctor Mariano Gagliardo, en la sesión privada del 10 de mayo de 2012	121
<i>La jurisprudencia y la seguridad jurídica.</i> Comunicación del Académico doctor Roberto E. Luqui, en la sesión privada del 24 de mayo de 2012	131
<i>Margarita Argúas: Su significativa actuación en la Justicia y el Derecho.</i> Comunicación del Académico doctor Jorge R. Vanossi, en la sesión privada del 14 de junio de 2012	155
<i>La codificación hasta nuestros días (El sentido perdurable de los Códigos).</i> Comunicación del Académico doctor Emilio P. Gnecco, en la sesión privada del 28 de junio de 2012	193
<i>El nombre de las personas de existencia visible.</i> Comunicación del Académico doctor Horacio A. García Belsunce, en la sesión privada del 12 de julio de 2012	219
<i>Algunas de las reformas al régimen societario en el Proyecto de nuevo Código Civil y Comercial.</i> Comunicación del académico doctor Rafael M. Manóvil, en la sesión privada del 26 de julio de 2012	233
<i>El Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación de 2012 y la Ley de Concursos.</i> Comunicación de la Académica doctora Aída Kemelmajer de Carlucci, en la sesión privada del 9 de agosto de 2012	255
<i>El arbitraje en el Proyecto de Código Civil y Comercial.</i> Comunicación del Académico doctor Enrique Falcón, en la sesión privada del 23 de agosto de 2012	289

<i>Vigencia y valor de la culpa</i> . Comunicación del Académico doctor Mariano Gagliardo, en octubre de 2012	309
<i>Los actos de disposición de partes separadas del cuerpo y el Proyecto de Código Civil y Comercial</i> . Comunicación del Académico doctor José W. Tobías, en la sesión privada del 25 de octubre de 2012	317
<i>Un grave error hermenéutico (El fallo de la Corte Suprema sobre aborto)</i> . Comunicación del Académico doctor Alberto Rodríguez Varela, en la sesión privada del 22 de noviembre de 2012	339

III. ACTIVIDADES DE LOS INSTITUTOS

Instituto de Derecho Administrativo	357
Instituto de Derecho Civil.....	359
Instituto de Derecho Constitucional.....	360
Instituto de Derecho Empresarial.....	362
Sección Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social del Instituto de Derecho Empresarial.....	369
Sección Derecho Internacional Privado del Instituto de Derecho Empresarial.....	370
Instituto de Derecho Internacional Público.....	371
Instituto de Derecho Procesal	372
Instituto de Derecho Tributario	373

IV. XIX REUNION CONJUNTA DE LAS ACADEMIAS NACIONALES DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CORDOBA Y BUENOS AIRES

<i>Homenaje al doctor Eduardo Aguirre Obarrio</i> . Disertación del Académico Presidente doctor Gregorio Badeni los días 19 y 20 de abril de 2012	377
---	-----

<i>La bioética en el ante Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación de 2012.</i> Disertación pronunciada por la Académica doctora Aída Kemelmajer de Carlucci, los días 19 y 20 de abril de 2012....	383
<i>Aportes al fortalecimiento del régimen republicano.</i> Disertación pronunciada por el Académico doctor Jorge Reinaldo Vanossi, en la XIX Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires, celebrada los días 19 y 20 de abril de 2012	439
<i>Aportes al fortalecimiento del régimen republicano. El régimen republicano requiere un funcionamiento republicano de los partidos políticos.</i> Disertación pronunciada por el Académico doctor Jorge Reinaldo Vanossi, en la XIX Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires, celebrada los días 19 y 20 de abril de 2012.....	465
<i>La República y el estado de derecho fenecen cuando decae la “seguridad jurídica”.</i> Disertación pronunciada por el Académico doctor Jorge Reinaldo Vanossi, en la XIX Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires, celebrada los días 19 y 20 de abril de 2012.....	483

V. OTRAS DISERTACIONES Y TRABAJOS

<i>La Ley Sáenz Peña: un momento culminante de la Revolución de Mayo de 1810”</i> Disertación del Académico doctor Jorge R. Vanossi, en el acto público celebrado por las Academias Nacionales para conmemorar el “Centenario de la Ley Sáenz Peña”, en la sede de la Academia Nacional de la Historia, el 14 de agosto de 2012	495
<i>Proyecciones de la Ley Sáenz Peña.</i> Disertación del Académico Presidente doctor Gregorio Badeni, en el acto público celebrado por las Academias Nacionales para conmemorar el “Centenario de la Ley Sáenz Peña”, en la sede de la Academia Nacional de la Historia, el 14 de agosto de 2012.....	529

<i>¿Nuevas formas de representatividad democrática? El peligro de las “acechanzas”</i> Disertación del Académico doctor Jorge R. Vanossi, en el VIII Congreso de Academias Jurídicas y Sociales de Iberoamérica y Filipinas, celebrado en Santiago de Chile entre los días 22 y 24 de noviembre de 2012.....	539
--	-----

VI. HOMENAJES

<i>Homenaje al doctor Eduardo Aguirre Obarrio.</i> Disertación del Académico Presidente, doctor Gregorio Badeni, en la sesión pública de homenaje al ex Académico Presidente doctor Eduardo Aguirre Obarrio, el 26 de abril de 2012.....	563
--	-----

Palabras de apertura del acto público en homenaje por los 200 años de la promulgación de la Constitución de Cádiz celebrado juntamente con la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas por el Académico Presidente doctor Gregorio Badeni, el 16 de agosto de 2012	577
---	-----

<i>La Constitución de Cádiz y el sistema judicialista: su proyección en Iberoamérica.</i> Disertación del Académico doctor Juan Carlos Cassagne, en el acto público del 16 de agosto de 2012, en el que se conmemoró, juntamente con la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, los 200 años de la promulgación de la Constitución de Cádiz	579
--	-----

VII. DECLARACIONES, DICTAMENES Y PREMIOS

Declaración.....	597
------------------	-----

Proyecto de Reforma de la Constitución Nacional.....	599
--	-----

Declaración pública sobre independencia del Poder Judicial	603
--	-----

Declaración en solidaridad con el doctor Alberto Rodríguez Varela	605
---	-----

Palabras pronunciadas por el Académico doctor Jorge R. Vanossi, en la sesión pública del 29 de noviembre de 2012, en oportunidad de la entrega del “Premio Academia Nacional de Derecho y	
---	--

Ciencias Sociales de Buenos Aires” a la obra *“Tratado de Derecho Constitucional”*, de Horacio Rosatti y “Accésit” a las obras *“Calificación de Bienes de la Sociedad Conyugal. Principios. Reglas, Criterios y Supuestos”*, de Ursula Cristina Basset; *“La Prueba en el Proceso Civil y Comercial. Tipos de prueba. La prueba en los procesos en particular”*, de Gabriel Hernán Quadri y *“Abuso del Derecho”*, de Ramiro Prieto Molinero..... 607

SE TERMINO DE IMPRIMIR EN LA 1ª QUINCENA DE SETIEMBRE DE 2013
EN LOS TALLERES GRAFICOS DE "LA LEY" S.A.E. e I. - BERNARDINO RIVADAVIA 130
AVELLANEDA - PROVINCIA DE BUENOS AIRES - REPUBLICA ARGENTINA

