

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS
SOCIALES DE BUENOS AIRES

ANALES

SEGUNDA ÉPOCA
AÑO XLIX - NÚMERO 42
2004



BUENOS AIRES

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS
SOCIALES DE BUENOS AIRES

ANALES

SEGUNDA EPOCA
AÑO XLIX - NUMERO 42
2004



BUENOS AIRES

- 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 antidotos de la crisis*, por Jorge M. Mayer.
- 27.- *La incidencia de la reforma constitucional en las distintas ramas del derecho*, XII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.
- 28.- *La jurisdicción extraterritorial y la Corte Penal Internacional*, por Alberto Luis Zuppi.
- 29.- *Condición jurídico-política de la Ciudad de Buenos Aires*, XIV Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.
- 30.- *El derecho de daños en el derecho público y en el derecho privado*, XIV Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.

SERIE III - COMUNICACIONES

Comunicaciones - N° 1.

SERIE IV - INSTITUTO DE DERECHO CIVIL

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

INSTITUTO DE DERECHO INTERNACIONAL Y DE LA NAVEGACION

- *Quebrantamiento de la limitación de responsabilidad. El derecho marítimo alemán*
- *Los convenios para la promoción y protección recíproca de inversiones.*
- *La protesta previa en el transporte de mercaderías por vía aérea.*
- *El Tribunal Internacional del Derecho del Mar.*
- *Derecho Internacional.*
- *La Corte Penal Internacional y su competencia (genocidio, crímenes de lesa humanidad, de guerra y de agresión).*
- *El derecho internacional privado en la Ley de la Navegación argentina.*

INSTITUTO DE DERECHO EMPRESARIAL

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

INSTITUTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

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

INSTITUTOS DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y DE DERECHO ADMINISTRATIVO

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

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES

Presidente

Académico Dr. Alberto Rodríguez Galán

Vicepresidente

Académico Dr. Julio César Otaegui

Secretarios

Académico Dr. Juan Carlos Cassagne

Académico Dr. Jorge H. Alterini

Tesorero

Académico Dr. Eduardo Aguirre Obarrio

COMISION DE PUBLICACIONES

Director de Publicaciones

Académico Dr. José Domingo Ray

Vocales

Académico Dr. Jorge A. Aja Espil

Académico Dr. Julio César Cueto Rúa

ACADEMICOS DE NUMERO

por orden de antigüedad

	<i>Nombre del sitial</i>	<i>Fecha</i>
Dr. Segundo V. Linares Quintana	Esteban Echeverría	28 mayo 1956
Dr. Julio H. G. Olivera	Juan B. Alberdi	6 mayo 1964
Dr. Federico N. Videla Escalada	José M. Estrada	30 noviembre 1972
Dr. José Domingo Ray	Manuel Obarrio	22 mayo 1975
Dr. Alberto Rodríguez Varela	Luis María Drago	16 julio 1975
Dr. Juan R. Aguirre Lanari	Salvador M. del Carril	19 octubre 1978
Dr. Julio César Cueto Rúa	Roberto Repetto	15 setiembre 1981
Dr. Horacio A. García Belsunce	Félix Gregorio Frías	9 setiembre 1982
Dr. Jorge A. Aja Espil	Carlos Calvo	26 julio 1984
Dr. Alberto Rodríguez Galán	Carlos Pellegrini	9 mayo 1985
Dr. Juan Carlos Cassagne	Antonio Bermejo	23 octubre 1986
Dr. Augusto Mario Morello	Mariano Moreno	23 octubre 1986
Dr. Lino Enrique Palacio	Domingo F. Sarmiento	18 junio 1987
Dr. Félix Alberto Trigo Represas	Nicolás Avellaneda	18 junio 1987
Dr. Carlos Manuel Muñiz	José N. Matienzo	10 agosto 1989
Dr. Jaime Luis Anaya	Rodolfo Rivarola	10 agosto 1989
Dr. Antonio Vázquez Vialard	Juan A. Bibiloni	13 setiembre 1990
Dr. Eduardo Aguirre Obarrio	José Figueroa Alcorta	28 octubre 1993
Dr. Jorge R. Vanossi	José A. Terry	11 agosto 1994
Dr. Hugo Caminos	Eduardo Acevedo	23 noviembre 1995
Dra. Aída R. Kernelmajer de Carlucci	Aristóbulo del Valle	24 setiembre 1996
Dr. Carlos María Bidegain	José María Moreno	8 abril 1999
Dr. Julio César Otaegui	Estanislao Zeballos	23 setiembre 1999
Dr. Julio César Rivera	Dalmacio Vélez Sarsfield	25 noviembre 1999
Dr. Santos Cifuentes	Bartolomé Mitre	14 setiembre 2000
Dr. Jorge Horacio Alterini	Alfredo Colmo	14 diciembre 2000
Dr. Víctor Tau Anzoátegui	Lucio V. López	13 diciembre 2001
Dr. Roberto E. Guyer	Lisandro Segovia	10 abril 2003
Dr. Héctor Alegria	Roque Sáenz Peña	9 octubre 2003

ACADEMICO EMERITO

Dr. Manuel Río

23 agosto 1984

MIEMBROS CORRESPONDIENTES

por orden de antigüedad

		<i>Fecha</i>
Prof. Ivon Loussouarn	Francia	25 noviembre 1971
Dr. Luis Sánchez Agesta	España	25 noviembre 1976
Dr. Pedro J. Frías	Córdoba	25 setiembre 1986
Dr. Rafael Entrena Cuesta	España	10 agosto 1989
Dr. Néstor Pedro Sagüés	Rosario	10 agosto 1989
Dr. Jesús González Pérez	España	24 mayo 1990
Dr. Carlos Fernández Sessarego	Perú	25 noviembre 1993
Dr. Adolfo A. N. Rouillon	Rosario	25 noviembre 1993
Dr. Eduardo García de Enterría	España	23 marzo 1995
Dr. Juan B. Vallet de Goytisolo	España	13 noviembre 1997
Dr. Ernesto F. Garzón Valdés	Alemania	11 diciembre 1997
Dr. Wolfgang Schöne	Alemania	23 julio 1998
Dr. Saúl Litvinoff	EE. UU. de N. A.	22 agosto 2002
Dr. Giorgio Bertí	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

ANTIGUOS ACADEMICOS DE NUMERO

Dr. Carlos Alberto Acevedo
Dr. Carlos A. Adrogue
Dr. Juan Álvarez
Dr. Octavio R. Amadeo
Dra. Margarita Argüas
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. Tomás R. Cullen
Dr. Mauricio P. Darack
Dr. Calixto S. de la Torre
Dr. Antonio Dellepiane
Dr. Atilio Dell'Oro Maini
Dr. Mariano De Vedia y Mitre
Dr. Juan José Díaz Arana
Dr. Manuel María Diez
Dr. Luis M. Drago
Dr. Mariano J. Drago
Dr. Wenceslao Escalante
Dr. Felipe A. Espil
Dr. Rómulo Etcheverry Boneo
Dr. José Figueroa Alcorta
Dr. Salvador Fornieles
Dr. Vicente C. Gallo

Dr. Guillermo Garbarini Islas
Dr. Juan Agustín García
Dr. Juan M. Garro
Dr. Juan A. González Calderón
Dr. Dimas González Gowland
Dr. Aquiles H. Guaglianone
Dr. Elías P. S. Guastavino
Dr. Carlos Güiraldes (h)
Dr. Alberto Hueyo
Dr. Carlos Ibarguren
Dr. Eduardo Labougle
Dr. Héctor Lafaille
Dr. Héctor P. Lanfranco
Dr. Hilario Largaña
Dr. Tomás Le Bretón
Dr. Ricardo Levene
Dr. Juan Francisco Linares
Dr. Mario Justo López
Dr. José María López Olaciregui
Dr. Baldomero Llerena
Dr. Osvaldo Magnasco
Dr. Carlos C. Malagarriga
Dr. Miguel S. Marienhoff
Dr. Félix Martín y Herrera
Dr. Roberto Martínez Ruiz
Dr. Agustín N. Matienzo
Dr. José N. Matienzo
Dr. Jorge M. Mayer
Dr. Carlos L. Melo
Dr. Leopoldo Melo
Dr. Manuel A. Montes de Oca
Dr. Rodolfo Moreno (h)
Dr. José Luis Murature
Dr. Rómulo S. Naón
Dr. Benito A. Nazar Anchorena
Dr. Luis Esteban Negri Pisano
Dr. Manuel Obarrio
Dr. Pedro Olaechea y Alcorta
Dr. Francisco J. Oliver
Dr. Manuel V. Ordóñez

Dr. Alfredo Orgaz
Dr. Adolfo Orma
Dr. Alberto G. Padilla
Dr. Jesús H. Paz
Dr. José M. Paz Anchorena
Dr. Federico Pinedo
Dr. Norberto Piñeiro
Dr. Ángel S. Pizarro
Dr. Luis Podestá Costa
Dr. Ernesto Quesada
Dr. Juan P. Ramos
Dr. Enrique Ramos Mejía
Dr. Francisco Ramos Mejía
Dr. Juan Carlos Rébora
Dr. Roberto Repetto
Dr. 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 Guíñazú
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 Saravía
Dr. Juan Silva Riestra
Dr. Sebastián Soler
Dr. Juan B. Terán
Dr. José A. Terry
Dr. David de Tezanos Pinto
Dr. Gastón Federico Tobal
Dr. Ernesto J. Ure
Dr. Enrique Uriburu
Dr. Benjamín Victorica
Dr. Ernesto Weigel Muñoz
Dr. Raymundo Wilmart de Glymes
Dr. Mauricio Yadarola
Dr. Carlos J. Zavala Rodríguez
Dr. Clodomiro Zavalía
Dr. Estanislao S. Zeballos

I

INCORPORACIONES



PALABRAS DE APERTURA DEL ACTO

POR ALBERTO RODRÍGUEZ GALÁN (*)

La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales recibe esta tarde al doctor Héctor Alegria, que ha sido elegido por sus pares miembro titular, y nos hablará sobre "Humanismo y Derecho de los negocios", tema que, por convocante, originará análisis y reflexión. Lo aguardamos con expectativa e interés.

El señor académico Vicepresidente, doctor Julio César Otaegui, hará la presentación de estilo.

Se incorpora usted, doctor Alegria, a un cuerpo que es protagonista y testigo del acontecer político y jurídico del país. Político en lo que hace al arte de gobernar, y jurídico porque desde su inicio ha estado presente con sus dictámenes, sus declaraciones públicas y su participación y asesoramiento —cuando le ha sido requerido— por los poderes del gobierno, por organizaciones no gubernamentales y hasta por particulares, cuando la naturaleza jurídica de los asuntos presentados por estos últimos los motiva el bien común.

Sus miembros están consustanciados con aquel acontecer porque saben que la responsabilidad que invisten hace a su función con sentido de servicio, y la practican con el desinterés y el patriotismo que les es debido, y por sentirse llamados a devolverle al país todo lo que de éste recibieron, en su formación intelectual y académica, en todos los grados de la enseñanza que el propio país les permitió.

(*) Palabras del Académico Presidente en la apertura del acto público de incorporación del Académico Héctor Alegria, el 13 de mayo de 2004.

He creído oportuno y pertinente formular esta afirmación esta tarde, en el marco de este acto, por ser la primera sesión pública del cuerpo en la gestión de la actual Mesa Directiva que tengo el honor de presidir.

Señor académico doctor Alegria:

Cuenta usted con una actuación descollante para integrarse a esta centenaria institución. A los veintisiete años fue usted designado Juez Nacional en lo Comercial de esta Capital, y lo fue con el aval de la Cámara Nacional de Apelaciones de ese fuero y el del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, cuya opinión había sido solicitada por el Poder Ejecutivo Nacional.

El azar y el tiempo me otorgaron la circunstancia de haber sido quien refrendó el decreto de su nombramiento. Luego su destacado desempeño en la cátedra y en el ejercicio de la profesión abonó el juicio laudatorio que de usted formulara el querido y recordado maestro y Presidente de esta Academia, doctor Eduardo Busso, con motivo de aquella temprana y acertada designación.

Por todo ello me es grato entregarle la medalla y el diploma que lo acreditan como Académico titular de nuestra Corporación. ♦

DISCURSO DE RECEPCIÓN

POR JULIO C. OTAEGUI (*)

La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires se engalana con la incorporación del Dr. Héctor Alegria.

Asume el sitial patrocinado por Roque Sáenz Peña y sucede en el mismo a Roberto Martínez Ruiz, ilustre estadista y preclaro jurisconsulto, ambos prez del derecho argentino, cuyas trayectorias honran al recipiendario a quien se confían y a las que el recipiendario honrará a su vez con la suya.

De la inmensa labor del Dr. Héctor Alegria y de la calidad de tal labor, da cuenta un impresionante curriculum que por obvias razones sólo recordaré en apretadísima reseña: Doctor en Derecho y Ciencias Sociales en la Universidad de Buenos Aires; Académico de Número en esta Academia; Premio Facultad de la Universidad de Buenos Aires, por su tesis sobre "El Aval", 1971; Profesor Emérito en la Universidad de Buenos Aires, 2000; Profesor Titular de Derecho Comercial en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UBA); Ex Profesor Titular de Derecho Económico, Facultad de Ciencias Económicas (UBA); ex profesor Titular o Extraordinario en las Universidades del Salvador, Católica y de Salta; elegido por la Revista Chambers and Partners, Londres en el 2000 como uno de los 100 abogados mas importantes del mundo; Miembro de número en la Academia de Derecho Bursátil y de la Actividad Financiera de México; Juez Nacional de Comercio; Presidente de la Comisión Nacional de Valores; Coautor del Proyecto de Ley de Concursos (19.551 —t.o. 1984) (Adla, XLIV-D, 3806—) y su reforma (ley 22.917—Adla, XLIII-D, 3771—); Miembro de las Comisiones de Unificación y Reformas al Código de Civil y de Comercio (1987, 1992) que elaboraron los Anteproyectos de Unificación de la Legislación Civil y Comercial; Miembro de la Comisión encargada de la redacción de un nuevo Código Civil (1995) que elaboró el "Proyecto de Código Civil" unificado con el de Comercio, 1998; Director de diversos Institutos de

(*) Discurso de recepción del Académico Héctor Alegria, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión pública del 13 de mayo de 2004.

Estudios Legislativos; autor de diversas obras: "Sociedades Anónimas", "El Aval", "Algunas Cuestiones de Derecho Concursal", "Actuación del Sindico en Convocatoria y Quiebras", "Las Sociedades Anónimas en los Países de la ALALC" y en colaboración "Derecho Concursal" integrante del Manual de Derecho Falimentar de Piero Pajardi y la "Ley de Convertibilidad"; autor de numerosos trabajos en revistas del país y del exterior y ponencias escritas en Congresos y Jornadas así como disertante en las mismas; director de diversas revistas de Derecho; miembro de diversos tribunales arbitrales (permanentes y ad-hoc); consultor internacional en Venezuela, Ecuador, Chile, Uruguay y Pacto Andino.

El Dr. Héctor Alegria ha descollado en la Universidad, en el Foro y en el Agora.

En la Universidad enseñó derecho en su letra y en su espíritu vivificando a aquella con éste.

En el Foro sobresalió como juez, como árbitro y como abogado.

Como juez y como árbitro impartió justicia aplicando el derecho con prudencia según las circunstancias del caso.

Como abogado defendió con pasión las causas que le fueron confiadas pero también con respeto al juez y al contrario.

En el Agora integró 5 comisiones redactoras de importantes anteproyectos de ley, 2 sobre concursos y quiebras devenidos en leyes y 3 sobre la unificación del derecho civil y comercial.

Razones de tiempo propias de este acto impiden considerar todos los aspectos de tan polifacética y prolífica personalidad por lo que cabe ceñirse a uno de ellos.

En el caso la labor del Dr. Alegria en el Agora.

El Dr. Alegria integró dichas comisiones con otros distinguidísimos juristas pero fue el único de ellos que intervino en todas.

En consecuencia cabe colegir que la orientación general común a tales proyectos reflejan el pensamiento del Dr. Alegria y traducen su consejo.

La orientación general común a dichos proyectos denota prudencia consistente en adecuar la legislación a los cambios de la realidad pero hacerlo evolutivamente.

Veamos la cuestión primero en el régimen falencial y después en la unificación del derecho patrimonial privado.

La regulación del régimen falencial es cuestión harto compleja porque en el mismo debe atenderse a la discordancia de metas, a la divergencia de intereses y a la contraposición de presupuestos.

La discordancia de metas se presenta porque el derecho falencial procura por una parte la rápida liquidación del patrimonio del fallido para satisfacción del crédito de sus acreedores y de esto trata la quiebra, pero por otra parte apunta a evitar la liquidación de dicho patrimonio mediante un acuerdo entre el deudor y sus acreedores para salvar una organización empresaria útil y a esto mira el concordato o acuerdo preventivo.

La divergencia de intereses finca en que según un enfoque puede entenderse que la insolvencia es un problema exclusivo del deudor y de sus acreedores o sea una cuestión de interés privado.

Empero desde otra visión puede sostenerse que está en juego el interés público para evitar acuerdos fraudulentos, impedir la continuación de empresas inviables y posibilitar la supervivencia de empresas útiles.

La contraposición de presupuestos resulta de la discrepancia entre la normativa legal y la realidad económica.

La normativa legal requiere estabilidad por obvias razones de certeza en el tráfico pero debe ajustarse a la realidad económica que es variable y a veces sufre mutaciones bruscas.

Cuando sobreviene una crisis la contraposición entre la estabilidad de la ley y la realidad económica llegan a su máximo y esto coloca al legislador en una encrucijada.

Así ocurrió tras la crisis de 1890 que tumbó al presidente Juárez Celman y motivó un cambio drástico en el régimen falencial.

El sistema del Código de Comercio de 1862 y su reforma de 1890 regulaban a la quiebra como un procedimiento destinado a satisfacer cuanto antes a los acreedores y a castigar al fallido según el antiguo axioma *decoctor ergo fraudator*.

Tal orientación se estimó harto inconveniente frente a la crisis que castigaba al comercio y se cambió el régimen en 1902 por una ley de concepción opuesta.

La ley de 1902 consideró la falencia como un problema de interés privado a resolver entre el deudor y sus acreedores para lo que introdujo el sistema de concordato preventivo con escasa intervención del juez limitada a los aspectos formales.

Esta ley de 1902 no planteó problemas durante los años esplendorosos de la República pero sobrevinida la crisis de 1929, zozobró y se volvió a cambiar el enfoque del régimen.

En 1933 la ley Castillo introdujo un sistema según el que la insolvencia hace no solo al interés privado del deudor y de sus acreedores sino también preva-

lecientemente al interés público con lo que brindó al juez amplias facultades para aceptar o no los concordatos aprobados entre el deudor y los acreedores.

Este ordenamiento de la ley Castillo sufrió a partir de la década del 40 por diversas razones económicas y políticas, el embate de la inflación.

El histórico peso moneda nacional resultante del sistema monetario vigente tras la crisis de 1890 se envileció en un proceso acelerado de depreciación creciente con obvio impacto sobre el tráfico.

En 1969 el poder adquisitivo de un peso quedó reducido a un centavo lo que reconoció explícitamente la ley 18.188 que fijó la equivalencia de cien pesos moneda nacional en un peso.

En este panorama de inflación en 1967 se designó la Comisión integrada por el Dr. Alegria de cuya labor resultó la ley 19.551.

El criterio adoptado por la Comisión consistió en adecuar la ley Castillo a las nuevas circunstancias sin cambiar su orientación de fondo.

Así frente a la realidad de la mercantilización del derecho civil patentizada en la reforma del Código Civil de 1967, se ubicó dentro de la ley falencial al concurso civil que hasta ese momento incumbía a los Códigos Procesales locales; ello con la ventaja para el fallido civil de poder acogerse al concordato lo que v.g. el Cód. Procesal de la Capital no preveía.

Así siendo ambigua la ley 11.719 (Adla, 1920-1940, 325) respecto a las propuestas de concordato admisibles que podían entenderse limitadas a la quita y a la espera, la ley 19.551 abrió el marco a cualquier tipo de propuesta aunque con un límite del 40% para la oferta mínima a los quirografarios siguiendo los reclamos de la doctrina.

En lo que respecta a la quiebra puede señalarse lo siguiente.

La extensión de la quiebra en la ley 11.719 sólo preveía para el caso clásico de su aplicación al socio colectivo y similares cuando quebraba la sociedad.

En la ley 19.551 se amplió el supuesto en la quiebra de toda sociedad extendiéndola a toda persona que bajo la apariencia de la actuación de aquella hubiera efectuado los actos en su interés personal y dispuesto de los bienes como si fueran propios en fraude a los acreedores.

La calificación de la conducta del fallido fraudulenta o culpable estaba prevista por la ley Castillo en sede comercial pero difiriendo la aplicación de las penas al juez penal según la normativa del Cód. Penal lo que en general era infructuoso.

Esto fue variado en la ley 19.551 que atribuyó al juez de la quiebra la imposición de inhabilitaciones en caso de conducta fraudulenta o culpa-

ble ello sin perjuicio de las penas que correspondieran según el Código Penal aplicable por el juez penal.

Un nuevo embate inflacionario llevó a la necesidad de reconsiderar el régimen falencial.

El peso ley de 1969 se siguió degradando.

En 1981 se designó una Comisión Asesora sobre la necesidad y oportunidad de modificar la ley 19.551 integrada por el Dr. Alegria.

En Enero de 1983 10.000 pesos ley equivalieron a 1 peso argentino.

En Febrero de 1983 se designó una nueva Comisión compuesta por la mayoría de los miembros de la anterior y entre ellos el Dr. Alegria.

La Comisión aconsejó mantener las instituciones fundamentales de la ley vigente aunque con reformas parciales requeridas por nuevas modalidades económicas o aconsejadas por la experiencia siguiendo las pautas de la renovación evolutiva.

Así se unificó el régimen de los concursos comerciales y civiles.

En materia de concursos se flexibilizaron los recaudos para la presentación en concurso y se admitieron los acuerdos preconcursales provechoso instituto que con sucesivas modificaciones requeridas por la práctica es actualmente de suma utilidad.

En materia de quiebras se ampliaron los supuestos de extensión pero en forma taxativa para no sembrar incertidumbre sobre los grupos económicos.

En suma en lo concerniente al régimen falencial se adoptó el prudente criterio de adecuar evolutivamente la ley vigente a las nuevas circunstancias.

Pasemos ahora a los proyectos de unificación del derecho privada.

En el caso se adoptó igual temperamento de renovación evolutiva, ante una cuestión no menos compleja que la de la insolvencia dada la multiplicidad de soluciones.

En 1804 Napoleón abrió el rumbo de la codificación moderna brindando a los franceses el espléndido Código Civil.

El emperador dijo que había ganado 40 batallas pero no sería recordado por ellas sino por el Código y los franceses dicen que la verdadera constitución de Francia es el Código Civil basado sobre los principios de libertad, igualdad y fraternidad de la revolución.

Empero tres años después la realidad económica se impuso y Francia adoptó un Código de Comercio que en definitiva mantuvo los estatutos mercantiles del antiguo régimen con sus tribunales especiales.

Tal abierta contradicción con el lema de la igualdad llevó a construcciones doctrinarias que apuntaron a justificar la jurisdicción de los tribunales mercantiles no en los sujetos comerciantes sino en la naturaleza objetiva de ciertos actos denominados actos de comercio.

Empero la doctrina del acto objetivo de comercio no pudo encontrar un fundamento lógico común a todos tales actos.

A esto se sumó que las relaciones económicas durante el siglo XIX experimentaron un gran cambio debido a la conjunción entre inventos técnicos y una genial innovación jurídica.

Los inventos técnicos fueron los que permitieron el uso de energía artificial para la producción de bienes o la prestación de servicios. Del taller se pasó a la fábrica, de la diligencia al ferrocarril y del velero al buque vapor.

La genial innovación jurídica consistió en que en el Código de Comercio francés de 1807 junto a las sociedades comerciales clásicas se introdujo la sociedad anónima descendiente de las compañías coloniales a su vez sucesoras de la corporación medieval.

Es por esto que en el derecho norteamericano que adoptó la solución se llama *corporation* a la sociedad anónima.

La anónima con sus reglas de limitación de responsabilidad de los accionistas y de libre transferencia de las acciones, posibilitó la obtención de los grandes capitales necesarios para producir en masa de bienes o prestar en masa servicios.

La producción en masa de bienes y la prestación en masa de servicios llevó a la contratación en masa y dicha contratación en masa utilizada por comerciantes y no comerciantes asumió las características de la contratación mercantil.

Dicho en otras palabras el derecho civil se mercantilizó, fenómeno entre nosotros reflejado en la reforma del Código Civil en 1967.

La frustración de la doctrina del acto objetivo de comercio y la mercantilización del derecho civil llevaron a la convicción de que la bifurcación del derecho civil y comercial era superflua.

Consecuentemente se abogó por la unificación de los Códigos Civil y de Comercio lo que aquí se propuso en el Primer Congreso Nacional de Derecho Comercial celebrado en el país en 1940 para conmemorar el cincuentenario del Código de 1890.

La manifestación máxima de la posición unificadora está dada por el código civil italiano de 1942 de no menor jerarquía que el código civil francés de 1804.

Empero esta tendencia unificadora tropezó con la gran cantidad de leyes especiales requeridas durante el siglo XX con motivo del abandono del patrón oro tras la crisis del 30 y la segunda post guerra mundial.

Esto llevó a que se sostuviera que lo adecuado para el tráfico empresarial no es la codificación unificada o bifurcada sino la descodificación.

De hecho este impacto lo sufrió nuestro Código de Comercio que ha dejado de ser tal para convertirse en una recopilación de leyes.

En estas circunstancias se nombraron tres comisiones en 1987, 1993 y 1998 que como hemos señalado fueron integradas por el Dr. Alegría y otros distinguidísimos juristas.

En las mismas prevaleció la idea intermedia consistente en un Código Unificado pero acompañado de leyes complementarias en ciertas materias especiales como los regímenes societario y falencial.

Aquí se advierte el temperamento de renovar la legislación evolutivamente.

Con todo cabe señalar que no hay un criterio uniforme en el derecho continental.

Italia ha mantenido su Código Civil unificador de 1942 aunque actualizándolo y Francia su postura bifurcadora sancionando un Código de Comercio en el 2001.

Por su parte Brasil en el año 2002, previos estudios de larga data, sancionó un Código Civil que regula a las sociedades pero no a la anónima a la que deja sujeta a su ley respectiva.

La solución propuesta por las comisiones de 1987, 1993, 1998 integradas por el recipiendario Dr. Alegría se aproxima a la brasileña.

Esto es conveniente para el MERCOSUR y cumple con el Tratado de Asunción que prescribe la armonización legislativa.

Se advierte tanto en los proyectos que llevaron a los regímenes falenciales de 1972 y su modificación de 1983 así como en los proyectos de unificación del derecho privado la misma orientación prudente de renovación evolutiva de las leyes.

Orientación prudente de renovación evolutiva de las leyes en la que se advierte el consejo del Dr. Alegría conforme al clásico *festina lente*, festina lentamente, apresúrate lentamente.

Dr. Héctor Alegría por los servicios prestados a la Ciencia en la Universidad, a la Justicia en el Foro y a la República en el Agora sea Ud. bienvenido a esta Corporación. ♦

PALABRAS PRELIMINARES (*)

POR HÉCTOR ALEGRIA

Señor Presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, doctor Alberto Rodríguez Galán.

Señores Académicos, señores Magistrados, señores Profesores, colegas profesionales, amigos, señoras y señores.

Debo agradecer las amables palabras del señor Presidente y del señor Académico doctor Otaegui, inspiradas seguramente por la cordialidad de sus caracteres antes que en la objetividad de méritos reales. Debo decir ante todo que la designación que se me ha discernido, me confirma en mi convicción permanente de que nuestro país, Argentina, ha sido y es una tierra de promisión. Cuando como estudiante leía importantísimas obras jurídicas producidas por Académicos, cuando asistía a sus clases, cuando —en su caso— leía sus sentencias, la distancia con esos prohombres de la ciencia jurídica me parecía inalcanzable. Igual sensación tuve durante toda mi vida en los distintos roles que el derecho propició para mi experiencia, y aun hoy la relevancia de los integrantes del cuerpo merece no sólo mi respeto sino que me produce un dejo de desconcierto del que será difícil rescatarme. Lo que hubiera podido ser un sueño de juventud se transforma en una realidad impensada por la generosidad de maestros del derecho.

Las palabras comunes en estos casos son dos: agradecimiento y compromiso. Al pensar en estas reflexiones iniciales creí que esas palabras eran efectivamente un lugar común y que por tanto debía buscar o elegir otras. Mas en esa tarea me persuadí que no existían esas otras que

(1) Pronunciadas por el Académico doctor Héctor Alegria en oportunidad de su incorporación a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión pública del 13 de mayo de 2004.

expresaran cabalmente lo que se sintió en una ocasión como ésta, única e irreproducible en la vida de quien aspira a ser considerado como jurista. Pues bien, es cierto que lo que se considera lugar común puede ser sólo un formalismo hueco, mejor o menos bien dicho, en cuyo caso tiene la vacuidad de lo insincero. Pero cuando se tiene la convicción racional y el sentimiento firme, las palabras tienen el peso de lo que dicen, de lo que motivan en el que las escucha y de la responsabilidad espiritual de quien las pronuncia. Por ello las utilizo ahora en todo su profundo sentido: gracias por esta inesperada designación y, en la convicción de que existe un antes y un después de esta incorporación, lo que sigue es el compromiso de dedicarle a esta Academia los esfuerzos que el país merece de un hijo que mucho recibió de él, de su familia y de sus maestros.

El exacadémico Juan Silva de la Riestra dijo: "*El culto de los grandes hombres es una de las formas de cumplir altos deberes, el modo de mantener encendida la lámpara de las devociones cívicas.*" Lo expresó, casualmente, al referirse a Roque Sáenz Peña, quien es patrono del sillón que pasará a ocupar.

Comparte Sáenz Peña lo que el dominicano Pedro Henríquez Ureña dijo de Sarmiento, al que calificó como un *hombre de pensamiento y un hombre de acción.*

El *pensamiento* de Sáenz Peña como jurista se manifestó reiteradamente, en especial en conferencias y reuniones internacionales en las que representó brillantemente al país. Así lo hizo en el Primer Congreso Sudamericano de Derecho Internacional Privado, en 1888 y 1889, en los que se firmaron los célebres "*Tratados de Montevideo*"; en el primer Congreso Americano reunido en Washington en 1890, en el que comenzó a fructificar la idea de una organización interamericana y en la II Conferencia Internacional de la Haya, a la que concurrió como presidente de la delegación nacional junto con Luis María Drago y Carlos Rodríguez Larreta. El alto nivel de los debates y de las conclusiones muestran su estatura jurídica y seguramente esa razón avaló que ocupara el sitial de esta Academia.

Pero el permanente recuerdo de Sáenz Peña, que se expresa en la toponimia de las ciudades y provincias argentinas en las que, además, se multiplican monumentos en su homenaje, se debe también y preponderantemente a su actuación política. Integró el Congreso Nacional y el de la Provincia de Buenos Aires, fue ministro y embajador ante importantes potencias. Su fama se acrecentó a altísimo nivel cuando, con firmes con-

vicciones, asumió la Presidencia de la República en octubre de 1910. Allí se propuso modificar la vida política argentina y por ello impulsó y finalmente promulgó la ley N° 8871 de 1912 que se conoce por su nombre, que consagró el voto universal, secreto y obligatorio. No podemos extendernos, atento a la naturaleza de este recuerdo, pero como *hombre de acción* no solo se destacó en la actividad política, sino que fue también un jefe militar, tanto en Argentina como en Perú donde se memora su valentía en las batallas de Dolores y Tarapacá, en noviembre de 1879 y en la defensa de Arica. El gobierno del Perú, finalmente lo designó general de esa República.

Recordaremos frases pronunciadas por Sáenz Peña que quedaron grabadas en el espíritu argentino: "*En el juego limpio de los negocios, la franqueza representa una buena parte de la probidad*", "*Sea América para la humanidad*"; "*Todo nos une, nada nos separa*" (al consolidar nuestra relación con Brasil) y "*Quiera el pueblo votar*." Un crítico contemporáneo dijo que esta última frase concretó el imperativo de la transformación de los argentinos, de habitantes en ciudadanos.

Para concluir, citaré lo que manifestara Atilio Dell' Oro Maini: "*En Sáenz Peña la existencia de la patria irradiaba de sus palabras y de sus actos*", opinión que recoge de lo que expresaba el patriota cubano José Martí. También recuerda el ex presidente de esta Academia lo que escribiera Grousac "*Cuando el saber, el talento, la sinceridad dejen aquí de ser impedimentos para el estadista, y la virtud un vicio redhibitorio, la hora habrá llegado para el Doctor Sáenz Peña*." La frase fue premonitoria y la historia la ha justificado con creces.

Me refiero ahora a mi inmediato antecesor, el doctor Roberto Martínez Ruiz. En el acto de su incorporación pública a esta Academia, el 14 de diciembre de 1978, José María López Olaciregui reseñó sus antecedentes y trazó una vívida semblanza de su carácter, su temple y su ciencia. Sólo recordaremos ahora que fue un discípulo y colaborador dilecto del gran maestro Héctor Lafaille, habiéndose graduado en nuestra Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires con Medalla de Oro (premio Universitario de 1937) recibiendo también los premios Tedín Uriburu y Eduardo Prayones, este último en jurado presidido por Salvador Fornieles. En la cátedra realizó el *cursus honorum* hasta llegar al máximo grado de Profesor Titular, siendo designado Consulto a su retiro. También fue Vicedecano de la misma Facultad y Director del Instituto de Enseñanza Práctica. Fue conjuuez designado por la Corte Suprema de Justicia de la

Nación, primero para los juzgados federales y después, durante varios años, de la misma Corte. Entre las distintas actividades a las que honró con su participación, se destaca su actuación junto al Dr. Guillermo Borda (a quien presentara después en el ingreso de éste a esta Academia), en la tan recordada reforma al Código Civil de 1968, respecto de la cual pronunció muchas conferencias y escribió significativos trabajos que son puntos de referencia necesarios para la interpretación de esa importante modificación.

Se dio a su respecto una coincidencia significativa: en el mismo mes, octubre de 1978, fue designado miembro de esta Academia y también de la Academia de Ciencias de Buenos Aires. En nuestra Corporación su intervención fue fecunda, como lo prueban los numerosos trabajos, dictámenes, opiniones, homenajes, discursos y comunicaciones, así como su participación en reuniones y eventos representando al cuerpo. Baste decir, a este respecto, que llegó a la Presidencia de nuestra entidad en 1998 ocupándola hasta el vencimiento del período en 2001.

Continuó escribiendo después de su incorporación en 1978, siendo destacables sus estudios sobre interpretación de la ley (en los que permanentemente se preocupó del equilibrio entre la seguridad y la labor de los jueces frente a la realidad cambiante, analizando lo que llamó "jurisprudencia jurígena"), la responsabilidad objetiva, las normas de derecho transitorio, entre muchos otros.

Martínez Ruiz fue un fino jurista, de juicios precisos y prudentes y de un conocimiento profundo del derecho. Su hombría de bien y su personalidad seguramente perdurarán en la memoria de sus discípulos y, sin duda, de sus colegas. ♦

HUMANISMO Y DERECHO DE LOS NEGOCIOS

POR HÉCTOR ALEGRIA (*)

SUMARIO: I. Presentación y etiología del tema. — II. Humanismo y derecho. — III. La interpretación económica del derecho. — V. Final.

I. Presentación y etiología del tema

1.1. El objetivo y su causa

Es probable que la enunciación del título de esta exposición pueda provocar alguna duda sobre su intención y contenido y hasta cierta polémica sobre la precisión de sus términos en orden a los conceptos básicos que se han de desarrollar.

En realidad, el título elegido obedece a una causa predominantemente circunstancial: en un debate técnico-jurídico, se aludió al puro interés crematístico del derecho de los negocios, a diferencia de otras ramas que se acercaban al hombre, a sus necesidades y a su entorno. Esta afirmación me conmovió, impactó sobre mis convicciones y me obligó a pensar alrededor de esos temas. En definitiva, nos preguntaremos si, efectivamente, la vinculación de esta rama del derecho con el mundo comercial y del tráfico importa alejarla del humanismo y, en su caso, cuáles serían las razones de una y otra posición y hasta el eventual sustento de toda esta parcela del derecho.

1.2. El enunciado y sus límites derivados

En consecuencia y en principio, a quien manifestara algún estupor por el alcance de nuestra investigación, deberíamos darle razón y explicarle el por qué y el límite de la elección.

(*) 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 mayo de 2004.

En primer lugar recordemos que desde hace tiempo se debate si la tradicional denominación "derecho comercial" o "derecho mercantil" debe ser suplantada por otra, más acorde con el contenido de ese derecho en el mundo de hoy. No sólo es una rama que busca un nombre, sino una difusa peregrinación hacia su verdadera identidad. En los distintos ámbitos jurídicos se proporcionan ciertas alternativas, todas ellas con sus fundamentos y sus inevitables críticas. Así se habla del "derecho de la empresa" o "derecho empresario", "derecho de la contratación en masa" y otras que no es necesario abordar aquí. Entre las denominaciones propuestas se ha sugerido también "derecho de los negocios", que tiene razonable aceptación en diferentes espacios del derecho moderno, como en el francés (1)

(1) GUYON, Yves, "Droit des affaires", t. 1, p. 1 y sigtes., 9ª ed., Economica, París, 1996, dice: "El estudio del derecho de los negocios se choca con una doble dificultad previa que no se encuentra en el derecho civil."

"En primer lugar una dificultad de terminología. Durante mucho tiempo la materia fue designada por la expresión derecho comercial. Esta denominación no estuvo al abrigo de críticas porque el derecho llamado "comercial" regía a la vez de las actividades de distribución (comercio en el sentido habitual del término) y la mayor parte de las actividades de producción (industrias). Hoy se habla preferentemente de derecho de los negocios [N.I. "Droit des affaires"], hasta de derecho económico o de derecho de la empresa. Se puede discutir hasta el cansancio para saber si estas expresiones son o no sinónimas. Estas controversias son desprovistas de interés práctico y frecuentemente vanas. Según la opinión dominante, el derecho de los negocios tiene un dominio más vasto que el derecho comercial, que ha sido entendido tradicionalmente como el derecho privado del comercio. El derecho de los negocios engloba notablemente cuestiones que atienen al derecho público (intervención del Estado en la economía), al derecho fiscal, al derecho del trabajo (intervención de los asalariados en las sociedades anónimas), etc. Realiza incursiones en dominios que afectan también convenientemente al derecho civil, notablemente la protección de los consumidores. En fin, el derecho de los negocios no se aplica solamente a los comerciantes sino también a los agricultores, a los artesanos y a los miembros de profesiones liberales. El es por lo tanto, más pluridisciplinario que el derecho comercial puesto que las cuestiones que se presentan hoy en la gestión de las empresas son crecientemente diversas".

"La otra dificultad proviene del hecho que no existe una definición unánimemente admitida ni del derecho de los negocios ni del mismo derecho comercial. Se puede solamente decir, según una primera aproximación, que el derecho de los negocios es una rama del derecho privado que, por derogación del derecho civil, reglamenta de manera específica la mayor parte de las actividades de producción, de distribución y de servicios".

Véase también PAILLUSSEAU, Jean, "Le big bang du droit des affaires a la fin du XXe. siècle ou les nouveaux fondements et notions du droit des affaires", en J.C.P. (Jurisclasseur Périodique), 1988, I, 3330; CHAMPAUD, Claude, "Le droit des affaires", Presse Universitaire de France, 1981, p. 52, quien dice: "En la vida de los negocios, el derecho es una técnica de gestión y de organización al servicio de finalidades económicas, sociales, políticas y culturales de la empresa", y después agregaba: "En la vida de los negocios el jurista se transforma en ingeniero jurídico y a veces en arquitecto del derecho"; CASIMIR, J. P. y COURET, A., "Droit des affaires", p. 2 y sigtes., Sirey, París, 1987.

Como muestra del debate, citaremos sólo a SANCHEZ CALERO, Fernando, "Instituciones de derecho mercantil", I, 17ª ed., Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1994, p.

y reconoce su correlato en la denominación anglosajona "*business law*" (2).

En contra de cierta posible expectativa no hemos de desarrollar aquí fundamentos que persigan la preferencia por este último giro ni tampoco afirmar su mayor o menor conexión o correspondencia con el universo de la materia que nos ocupa hoy. Simplemente hemos elegido la locución, que quizá aparece como la más dura, para enfrentar el otro término de la cuestión: el humanismo. Así, "derecho de los negocios", aparece más claramente identificado como el que regla el mundo de las transacciones económicas y, por tanto, como más cercano a la especulación material o pecuniaria.

Por otro lado, como veremos enseguida, el otro extremo de la ecuación (humanismo) también motiva distintas posiciones sobre su interpretación y extensión y hasta se discute su aceptación como válido para la adscripción de un concepto apropiado. Quizá hubiera evitado alguna oscuridad si sólo hubiéramos titulado el discurso "El hombre y el derecho de los negocios" pero creo que hubiéramos escatimado contenido y polémica a la exposición.

Con estas precisiones, que importan una explicación sobre las iniciales perplejidades y la ubicación intencional del uso de palabras de gran peso específico, nos proponemos abordar el asunto anticipado.

El trabajo se desarrollará, a semejanza del lenguaje operístico, después de esta "Obertura", en un primer acto ("Humanismo y derecho"), un intermedio ("Interpretación económica del derecho"), un segundo acto ("Derecho y economía, un camino de doble vía"), con un final.

II. Humanismo y derecho

II.1. Posibles escuelas y orientaciones sobre el humanismo

Son diversas las ramas de las ciencias y de las artes que utilizan el vocablo "humanismo". Prescindiendo de la referencia más común a un movi-

26, estima que la denominación española ("derecho mercantil") es más apropiada para reflejar la "tarea" de este derecho y servir al funcionamiento de la economía de mercado. En el mismo derecho ver: MASSAGUER, José, "El derecho mercantil ante las transformaciones político sociales. Una aproximación", en "Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez", t. I, p. 399 y sigtes., Civitas, Madrid, 1996, y sus remisiones.

(2) Sobre el "Droit des affaires" y su vinculación con el "business law", véase la lúcida nota crítica de Ángel ROJO en "El derecho económico como categoría sistemática", en RDCO (Arg.) año 15, 1982, p. 226, nota 64 y sus interesantes citas y remisiones. Sobre la conceptualización del derecho económico, véase OLIVERA, Julio H. G., "Derecho económico. Conceptos y problemas fundamentales", 2ª ed., actualizada con Eduardo BRIEUX, Macchi, Bs. As., 1981.

miento político, cultural y artístico que se gestó en el Renacimiento, al cual alude una importante bibliografía (3) y hasta la segunda acepción de la palabra en el Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española, son varias las corrientes de pensamiento que se manifiestan sobre el punto.

No es objeto principal de este estudio analizar cada una de ellas, porque excedería de su contigencia y de su objetivo. Se suele hablar de "*humanismo cristiano*" (4), "*humanismo secular*" (5), "*humanismo marxista*" (6), "*humanismo existencialista*" (7), y hasta de "*humanismo cósmico*"

(3) En "Manifiestos del humanismo", Península, Barcelona, 2000, se incluyen textos de PETRARCA, BRUNI, VALLA, PICO DELLA MIRÁNDOLA y ALBERTI, con "Presentación" y "Epílogo" ("El humanismo y sus manifestaciones") de María MORRAS. Allí se afirma que "Los hombres del Renacimiento nunca utilizaron la palabra humanismo. El vocablo fue forjado en 1808 por el pedagogo germano F. J. Niethammer..." (p. 157). En p. 10 y con referencia al Renacimiento, MORRAS había dicho que había "humanistas aristotélicos y humanistas platónicos, humanistas escépticos o profundamente religiosos, humanistas republicanos y monárquicos, satíricos o moralizantes..." HEIDEGGER, Martín "Carta sobre el Humanismo", Alianza, Madrid, 2001, trad. de Helena Cortez y Arturo Leyte, p. 22 dice: "En Roma nos encontramos con el primer humanismo. Y, por eso, se trata en su esencia de un fenómeno específicamente romano que nace del encuentro de la romanidad con la cultura de la Grecia tardía. El que se conoce como Renacimiento de los siglos XIV y XV en Italia es una *renascentia romanitatis*".

(4) Ver los trabajos del Congreso "El humanismo cristiano en el IIIer. milenio", Roma, 21-25 de septiembre de 2003; MARTAIN, Jacques, "Humanismo integral, Problemas temporales y espirituales de una nueva cristiandad", Ercillia, Santiago de Chile, 1941, quien alude allí y en otros trabajos a su distinción entre "individuo" y "persona"; ver también del autor "Para una filosofía de la persona humana", Buenos Aires, 1937; "La persona y el bien común", Desclée de Brower, Buenos Aires, 1948; "El hombre y el Estado", Buenos Aires, 1952. Esta concepción de la persona fue criticada dentro del mismo catolicismo por MEINVILLE, Julio, "Crítica de la concepción de Maritain sobre la persona humana", Buenos Aires, Nuestro Tiempo, 1948, y DE KONINCK, Charles, "De la primacía del bien común contra los personalistas", Cultura Hispánica, Madrid, 1952, entre otros. Véase QUILES, Ismael, "La persona humana", 2ª ed., Buenos Aires, 1933; MERTON, Thomas, "Humanismo cristiano. Cuestiones disputadas", Kairós, Barcelona, 2000; RODRIGUEZ, Victorino (o.p.), "Temas - clave de humanismo cristiano", Speiro, Madrid, 1984, especialmente cap. XIV "Raíces metafísicas del derecho", en el que resalta el derecho como deber moral y deber jurídico.

(5) Existen diversas corrientes en este sentido. Su resumen sería extenso pero pueden encontrarse bajo el vocablo "humanismo", en distintos idiomas, en Internet, una amplia referencia y hasta cuadros comparativos sobre estas posiciones, que incluyen cursos universitarios, asociaciones y hasta declaraciones de "principios humanistas".

(6) RODRIGUEZ PANIAGUA, José María, "Historia del pensamiento jurídico", t. II, p. 465 y sigtes., Universidad Complutense, 8ª ed., Madrid, 1997.

(7) SARTRE, Jean Paul, "L'existentialisme est un humanisme", París, Nagel, 1946, y, como conferencia del mismo título en KAUFMAN, Walter, "Existencialism from Dostoyevsky to Sartre", Meridan Publishing, 1989. Werner GODLSCHMIDT en su inolvidable obra "La ciencia de la justicia (dikelogía)", Aguilar, Madrid, 1958, en la p. 191 a 196 se refiere al humanismo y dice: "La tesis existencialista de que no hay una esencia del hombre y que para cada cual la esencia deriva de su existencia, es antihumanista. Hay existencialistas que la han abandonado" (p. 193).

o "humanismo castrista" (8). Se ha escuchado decir, entonces, que "el humanismo moderno también es el comodín y el lugar común de las tendencias más variadas. Es una unidad anémica y vacía de contenido, sujeta a los vaivenes del aire que sople más fuerte. Por esto hay humanismos ateos, panteístas, idealistas, marxistas, protestantes y católicos" (9). Podemos agregar que en otras religiones se afirma también su vinculación con el "humanismo", como ocurre en el Islam, en el judaísmo, en el sintoísmo, en el budismo, etc.

Por otro lado, se ha sostenido la impropiedad del vocablo para expresar un concepto diáfano, como con toda su autoridad lo expresó Heidegger en su célebre "Carta sobre el humanismo", cuando dice: "Si nos decidimos a conservar esta palabra, 'humanismo' significa ahora que la esencia del hombre es esencial para la verdad del ser, de tal modo que lo que importa ya no es precisamente el hombre simplemente como tal. De esta manera, pensamos un 'humanismo' de un género extraño. La palabra nos acaba proporcionando un rótulo que es un 'lucus a non lucendo'" (10) (luz que no ilumina). El autor, tras importantes reflexiones, continúa afirmando: "Que la oposición al 'humanismo' no implica en absoluto la defensa de lo inhumano, sino que abre otras perspectivas, debería resultar un poco más evidente" (11), para terminar aclarando su posición, cuando dice: "Pensar la verdad del ser significa también pensar la 'humanitas' del 'homo humanus'. Lo que hay que hacer es poner la humanitas al servicio de la verdad del ser, pero sin el humanismo en sentido metafísico" (12).

(8) Véase V Congreso del Partido Comunista de Cuba, octubre de 1997, en <http://ourworld.compuserver.com/homepages/MHEC/PCCSC/HM>. LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, "Humanismo, estado y derecho", Bosch, Barcelona, 1960, p. 8, nota 2 cita a LIEBERT, quien se refiere al "humanismo ético", "humanismo científico", "humanismo religioso" y "humanismo estético".

(9) LEGAZ Y LACAMBRA, op. cit., p. 27, con relación al trabajo de Raimundo PANIKER: "El Cristianismo no es un humanismo", en "Arbor", 1951. En "Mort de l'humanisme?", el Cardenal Georges COTTIER en el Congreso mencionado en la nota anterior, analiza las opiniones de FOUCAULT, KANT, TODOROV, COMTE, FEUERBACH, y concluye con citas alarmantes de lo que llama "positivismo jurídico" mencionando a Peter SINGER, discípulo de BENTHAM, quien admitía razones utilitaristas para justificar el infanticidio, y la posición de H. T. ENGELHARDT (jr.) en "The foundations of bioethics" (Nueva York, 1986) quien razona sobre la base de las capacidades (que identifica como autoconciencia, racionalidad y sentido moral), como consecuencia de lo cual niega el carácter de personas (en sentido estricto) a los niños, a las personas de edad avanzada, seniles o discapacitados mentales profundos, y aún a otros con graves lesiones cerebrales, a quienes menciona como personas sólo en sentido amplio, concluyendo COTTIER señalando que esto prueba que se necesita una verdadera metafísica de la persona.

(10) HEIDEGGER, op. cit., p. 61.

(11) HEIDEGGER, op. cit., p. 63.

(12) HEIDEGGER, op. cit., p. 72.

De cualquier manera, pensamos que el humanismo hunde su raíz en esencias absolutamente sostenibles y que, a despecho de ciertas inclinaciones, el humanismo no es una mera ideología sino una vivencia y un principio trascendente (13).

II.2. Humanismo y Dignidad Humana

Para encauzar un hilo conductor de esta parte de la exposición, debemos orientarnos a otras reflexiones, que nos van a proporcionar el ámbito de apoyo necesario para las conclusiones.

En el Libro del Génesis se dice (1, 27) "*Creó Dios al hombre a imagen suya; a imagen de Dios le creó*". Esta cita nos introduce al tema de la dignidad del ser humano sobre la que hemos de pivotar las reflexiones inmediatas. De otro lado, el Código Hermogeniano (D.I, 5, 2) expresaba que el derecho existe por causa de los hombres ("*cum igitur hominum causa omne ius*

(13) MARITAIN, "Humanismo integral...", cit., dice (p. 14): "Digamos, para dejar abierta la discusión, que el humanismo (y tal definición puede ser desarrollada siguiendo líneas muy divergentes) tiende esencialmente a hacer al hombre más verdaderamente humano y a manifestar su grandeza original haciéndolo participar en todo cuanto puede enriquecerle en la naturaleza y en la historia ("concentrando al mundo en el hombre" —como decía aproximadamente Scheler— y "dilatando al hombre en el mundo"); requiere aun tiempo que el hombre desarrolle las virtualidades en él contenidas, sus fuerzas creadoras y la vida de la razón, y trabaje para convertir las fuerzas del mundo físico en instrumentos de su libertad. Así entendido, el humanismo es inseparable de la civilización o de la cultura tomadas ambas palabras como sinónimas.". COTTA, Sergio, "¿Qué es el derecho?", 2ª ed., Rialp, Madrid, 1995, p. 11, dice: "Pero no es así. El hecho de que vivamos el derecho y en el derecho espontáneamente, de forma inconsciente y sin tener un conocimiento preciso, es, por un lado, una muestra indudable de su carácter humano, de su pertenencia al mundo de los hombres"; y en p. 101 dice: "El derecho revela su razón de ser existencial y su raigambre en la estructura ontológica del hombre".

Sobre las ideologías ha habido amplio debate, el que puede verse, entre otros en ŽIŽEK, Slavoj (compilador): "Ideología. Un mapa de la cuestión", Fondo de Cultura Económica, Bs. As., 2003 (título original inglés: "Mapping ideology"), con selección de textos y capítulo introductorio final del compilador; LENK, Kurt, "El concepto de ideología. Comentario crítico y selección sistemática de textos", Amorrortu, Bs. As., 2ª ed., 2000. En ese volumen, puede leerse el trabajo "Ideología y acción", de Max HORCKHEIMER (p. 264 y sigtes.) en el que dice: "... aún en su forma superficial contradice el concepto de ideología la concepción humanista. Como ideología, el espíritu no es absoluto".

El término "ideología", tal como ahora se lo utiliza, parece haber sido empleado por primera vez por DESTUT de TRACY, A., "Éléments d'idéologie", París, 1801. Véase: MONTEJANO, Bernardino (h) "Ideología, racionalismo y realidad", Abeledo Perrot, Bs. As., 1981, especialmente p. 68 y sigtes.; MENDEZ de SMITH, Elisa A., "Las ideologías y el derecho", Astrea, Bs. As., 1982; BAECHLER, Jean, "¿Qué es la ideología?", Emece, Buenos Aires, 1978 y PRIETO SANCHIS, Luis, "Ideología e interpretación jurídica", Tecnos, Madrid, 2ª ed., 1993.

constitutum sit"), lo que permite afirmar que el hombre es el creador del derecho y su destinatario final (14).

Para ubicarnos en nuestro tiempo, las diversas declaraciones vinculadas a los derechos humanos parten de la base de la dignidad del hombre. Así lo hacen los tratados y convenciones incorporados a nuestra Constitución Nacional por la Reforma de 1994 y los posteriormente incluidos por sanción específica del Congreso. Para dar sólo algún ejemplo, que se puede comprobar y ratificar en todos los demás casos, por razones de brevedad mencionaremos el primer considerando del Preámbulo de la "Declaración Universal de los Derechos Humanos", aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, cuando dice: "*Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana*", y, en su artículo 1º expresa: "*Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros*" (15). A su turno, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre se orientó en iguales cauces al decir "*Que los pueblos americanos han dignificado a la persona humana y que sus constituciones nacionales reconocen, que las instituciones jurídicas y políticas, rectoras de la vida en sociedad, tienen como fin principal la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritualmente y alcanzar la felicidad*".

(14) La presunción de definir al hombre ha merecido una reflexión de DIDEROT quien al tratar la palabra "hombre" en la famosa Enciclopedia, concluye diciendo: "Esta palabra sólo tiene un significado preciso en tanto nos recuerda todo lo que somos; pero lo que somos no puede abarcarse en una definición": cita de André COMTE-SPONVILLE, en "Invitación a la filosofía", Paidós, Buenos Aires, 2003, trad. de la edición francesa por Vicente Gómez Ibáñez, p. 145. GOLDSCHMIDT, op. cit., p. 192, dijo: "De lo dicho se desprende que los hombres no poseen características conceptuales porque no los pensamos en la categoría de conceptos. Por ello no hay tampoco diferencia entre características esenciales ("diaphora") y no esenciales ("dion"); por ejemplo, entre el ser razonable por un lado y la risibilidad o el lóbulo de la oreja por el otro. Un demente que además carezca de lóbulo de la oreja no deja de ser un hombre, puesto que pertenece a la humanidad; cosa análoga se aplica al llamado monstruo". LABRUNA, Luigi en "Entre Europa y América Latina: Principios jurídicos con tradición romanística y 'Humanitas' del Derecho", en Diario La Ley del 2 de abril de 2004, dice "El primer deber de quien crea, aplica, enseña e interpreta el Derecho, es reflexionar sobre sus fundamentos y sobre el hecho de que el hombre pueda estar al centro de todas las leyes".

(15) El Académico Dr. Hugo CAMINOS se ha referido al debate sobre la incorporación de este texto a la Declaración de 1948: "La Declaración Universal de Derechos Humanos (1948-1998)", en "Anales" de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 2ª época, núm. 36, 1998, p. 9 y sigtes., y especialmente en págs. 16/17.

"Que, en repetidas ocasiones, los Estados Americanos han reconocido que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacionales de determinado Estado sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana". En igual sentido, en su Preámbulo expresa: *"Todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están por naturaleza de razón y conciencia, deben conducirse fraternalmente los unos con los otros".* Los demás textos incorporados a la Constitución Nacional reiteran expresiones similares, al referirse a los "derechos esenciales del hombre" ("Pacto de San José de Costa Rica" —Adla, XLIV-B, 1250—), a la "dignidad inherente a la persona humana" ("Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales"; "Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos" y "Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes", del 10 de diciembre de 1984 —Adla, XLVI-B, 1107; XLVII-A, 1481—); en los "principios de la dignidad y la igualdad a todos los seres humanos" ("Convención Internacional de Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial", Nueva York, 1967 —Adla, XXXVIII-B, 1832—); "los derechos fundamentales del hombre, la dignidad y el valor de la persona humana y la igualdad de los derechos del hombre y de la mujer" ("Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer", del 18 de diciembre de 1979 —Adla, XLV-B, 1088—); "la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana" ("Convención sobre los Derechos del Niño", Nueva York, 20 de noviembre de 1989 —Adla, L-D, 3693—); "el respeto de los derechos esenciales del hombre" ("Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas" —Adla, LVII-C, 2893—, de Belém do Pará del 9 de junio de 1994) (16).

II.3. Aperturas Doctrinarias

Sobre la base de los textos anteriores se ha generado una importantísima doctrina respecto del fundamento de los derechos humanos (17), como así de los derechos concretamente considerados, a los que se los califica como

(16) Los derechos fundamentales han sido considerados comunes dentro del patrimonio constitucional europeo: PIZZORUSSO, Alessandro, "Il patrimonio costituzionale europeo", Il Mulino, Bologna, 2002.

(17) Sobre el punto puede verse: NINO, Carlos Santiago, "Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación", 2ª ed., Astrea, Bs. As., 1989; BIDART CAMPOS, Germán, "Los fundamentos filosóficos de los derechos del hombre en la Constitución Argentina", en Anuario de Filosofía Jurídica y Social (Asociación Argentina de Derecho Comparado) p. 31 y sigtes., núm. 12, Abeledo Perrot, Bs. As., 1992, quien dice: "Yo doy por cierto que la Constitución ha tomado partido en su espíritu, en su techo ideológico, por un personalismo humanista o un humanismo personalista". LACLAU, Martín, "La fundamentación filosófica de los derechos del hombre", en Anuario de Filosofía Jurídica y Social (Asociación Argentina de Derecho Comparado), p. 9 y sigtes., núm. 12, Abeledo Perrot, Bs. As., 1992; MALEANDI, Ricardo "De-

de "primera generación" (vinculados a la vida, la libertad, la igualdad y políticos), los de "segunda generación" (sociales, culturales y económicos), los de "tercera generación" (emergentes de la solidaridad) (18) y hasta de "cuarta generación" (19). La sucesiva producción de normas con intención de alcance internacional y de adopción interna, muestra cómo esos círculos crecientes han ido consagrando principios y campos de actuación cada vez más amplios. Es por ello que ciertas nociones pasan a tener ciudadanía propia en la doctrina, con apoyo en los textos legales. Así por ejemplo se habla del carácter de *progresividad* o *crecimiento histórico* de estos derechos (20). También introducen en los textos internacionales *reglas de interpretación* (art. 29 del Pacto de San José de Costa Rica), que permiten despejar las dudas a favor de la existencia del derecho humano cuando fuera eventualmente cuestionado y de su mayor extensión, la determinación de los derechos "*implícitos que son inherentes al ser humano porque se derivan de la*

rechos humanos y conflictividad" y VERNENGO, Roberto J., "El análisis formal de los derechos humanos y su justificación", ambos en Anuario de Filosofía Jurídica y Social ya cit., p. 43 y 55 respectivamente; el tema se aborda asimismo en "El iusnaturalismo actual", compilado por Carlos I. MASSINI-CORREAS, Abeledo Perrot, Bs. As., 1996, obra en la que se contienen distintos trabajos sobre el punto, en especial BEUCHOT, Mauricio, "Naturaleza humana y ley natural como fundamentos de los derechos humanos", p. 17 y sigtes.; COTTA, Sergio, "Para una revisión de las nociones de iusnaturalismo y derecho natural", p. 27 y sigtes.; HERVADA, Javier, "Problemas que una nota esencial de los derechos humanos plantea a la filosofía del derecho", p. 109 y sigtes.; MASSINI-CORREAS, Carlos I., "Acerca del fundamento de los derechos humanos", p. 187 y sigtes. La doctrina comparada es abundante y omitimos mencionarla aquí por razones de espacio.

(18) RENUCCI, "Droit européenne des droit del 'homme", 8ª ed., LGDJ, París, 2002, p. 70 y en p. 75 y sigtes. trata los de "primera generación", en p. 321 y sigtes., los de "segunda generación", y en p. 555 y sigtes., dentro de la Sección "Les frontières des droit de l'homme", analiza los llamados "de tercera generación"; BIDART CAMPOS, Germán J., en "La Declaración Universal de Derechos Humanos (1948-1998)", en "Anales" de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 2ª Época, núm. 36, 1998, p. y sigtes. PIZZORUSSO, op. cit., en el cap. II, punto 2, "La ripartizione dei diritti fondamentali in 'generazioni'", p. 48.

(19) VIGO, Rodolfo L., "Presente de los derechos humanos y algunos desafíos (con motivo de la Reforma de la Constitución Nacional de 1994)", ED, 180-1408, relaciona en nota 17 una referencia a ellos de C. I. MASSINI: "Los derechos Humanos", Santiago de Chile, 1980, p. 103. El mismo VIGO relata cómo en el mundo anglosajón se han levantado banderas de los derechos de lo infrahumano: las plantas, los animales, los ríos, bosques y montañas, etc.; así como Néstor Pedro SAGÜES, en "Mundo jurídico y mundo político", Depalma, Bs. As., 1978, p. 143 y sigtes., al delimitar "las fronteras del mundo jurídico", analiza el caso de la personificación de los difuntos y aún de los animales y de las cosas, relatando ejemplos históricos. Para una versión actual del derecho inglés sobre derechos humanos puede verse: FENWICK, Helen y PHILLIPSON, "Text, cases & materials on Public Law & human rights", Cavendish, Londres, 2ª ed., 2003; y CAMPBELL, Tom; GOLDSCHMIDT, Jeffrey y STONE A., "Protecting human rights: Instruments & institutions", University Press, Oxford, 2003.

(20) RENUCCI, op. cit., p. 35 y sigtes. sobre el "carácter evolutivo" donde sostiene que los textos tienen que ser "Vivants"; BIDART CAMPOS, op. cit., p. 6.

forma democrática representativa de gobierno" y la necesidad de establecer una interpretación sistemática, de la que incluso algunos deducen la posibilidad de determinar algún *rango* entre tales derechos en casos de conflicto de unos con otros (*absolutos y relativos*) (21), mientras autores como Bidart Campos (22), sostienen que no puede haber jerarquía entre las normas constitucionales pero sí entre los derechos que ellas consagran.

Es útil recordar que en sus orígenes, se hablaba de derechos humanos para fortalecer la posición del individuo *frente al Estado* (23). Posteriormente se consagró específicamente lo que se ha dado en llamar "*el efecto horizontal*" (24) de estos derechos, es decir su ejercicio y también su obligación con relación a otros particulares. Los estados fueron requeridos, primero, de una actitud *pasiva*, es decir de mero respeto de estos derechos, pasándose después a otorgarles otra misión predominantemente *activa* por la que se obligan a introducir sus principios en la legislación interna, a dictar las medidas adecuadas para la concreción de esos derechos y a brindar el apoyo jurisdiccional necesario para su aplicación (25). Por supuesto persisten debates muy amplios, que no es necesario explicitar aquí en toda su extensión, como el referido al llamado *universalismo de los derechos* (26), que lleva implícita la polémica sobre si los consagrados en los textos que hemos

(21) NINO, op. cit., p. 42, dice: "En síntesis, los derechos humanos no parecen ser siempre, al contrario de lo que puede suponerse, incondicionales y, en consecuencia (dado que las condiciones a que están sujetos restringen la clase de sus beneficiarios), tampoco parecen ser universales". Sobre las "libertades básicas" y su eventual relación y preeminencia: RAWLS, John, "La justicia como equidad. Una reformulación", p. 154 y sigtes., Paidós, Barcelona, Bs. As., 2002; GORMAN, Jonhatan, "Rights and Reason. An introduction to the philosophy of rights", cap. 10, p. 133 y sigtes., Acumen, Chesham, 1993

(22) HERRENDORFF, Daniel y BIDART CAMPOS, Germán J., "Principios de derechos humanos y garantías", p. 141, EDIAR, Bs. As., 1991; BIDART CAMPOS, en "La declaración...", cit. p. 5, habla del carácter de indivisibilidad.

(23) Así por ejemplo, DWORKIN, Ronald, "Los derechos en serio", Ariel, Barcelona, 1984, especialmente, cap. 7, p. 277 y sigtes., y particularmente en la p. 285.

(24) MARGUÉNAUD, Jean Pierre: "CEDH et droit privé. L'influence de la jurisprudence de la Cour européen des droits de l'homme sur le droit privé français", La Documentation Française, París, 2001, cap. III, "El efecto horizontal de la CEDH", p. 75 y sigtes. (redactado por Hélène PAULIAT y Virginie SAINT-JAMES); BIDART CAMPOS, "La Declaración ...", cit., p. 6.

(25) VIGO, op. cit., especialmente punto 2.6 y 2.7; HERRENDORFF - BIDART CAMPOS, op. cit., p. 176. Véase "Convención Americana sobre Derechos Humanos", Costa Rica, 1969, parte I, "Deberes de los estados y derechos protegidos", especialmente arts. 1 y 2; en igual sentido "Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos", (Nueva York, 1966), art. 2, lo que se reitera en los demás pactos incorporados a la Constitución Nacional de fechas más recientes.

(26) VELARDE, Caridad, "Universalismo de derechos humanos. Análisis a la luz del debate anglosajón", Cátedra Garrigues de la U. de Navarra, ed. Thomson-Civitas, Ma-

analizado (y otros de similar factura como por ejemplo los de la Convención Europea sobre los Derechos del Hombre), presentan o no una visión parcial y unilateral como derivación de su carácter *occidental o europeizante* (27) (al punto que existe una Declaración Islámica de los Derechos Humanos del 5 de agosto de 1990, seguida por la del 9 de agosto de 1993). También se debate sobre la llamada doctrina *minimalista*, sostenida entre otros por IGNATIEFF, quien, además, parece requerir una cierta aceptación social o socio-individual de los derechos que se consagran, según las costumbres, creencias y estructura de cada comunidad, lo que es resistido por otra parte de la doctrina (28). Un aspecto de interés es resaltado por la globalización del derecho y de la jurisdicción sobre derechos humanos y el debate sobre el carácter programático u operativo de su enunciado, lo que ha sido estudiado por nuestra doctrina y afirmado positivamente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el conocido caso *Ekmekdjian* (29).

drid, 2003, con prólogo de José Antonio PASTOR RIDRUEJO y sus importantes citas doctrinales. Véase GÜNTHER, Klaus, "L'héritage de l'injustice et de la peur: Une approche européenne des droits de l'homme et leurs effets sur la culture politique", en "L'union Européenne et les Droits de l'Homme", dir. por Philippe ALSTON, con la colaboración de Mara BUSTELO y James HEENAN, Bruylant, Bruselas, 2001, p. 117 y sigtes., quien distingue el universalismo "simple" del "complejo" (cap. II).

(27) LEBEN, Charles: "Y-a-t-il une approche européenne des droits de l'homme?", en "L'Union Européenne et les Droits de l'Homme", citado, páginas 71 y sigtes. y sus citas; véase el debate sobre el punto en IGNATIEFF, Michael, "Los derechos humanos como política e idolatría", introducción de Amy Gutmann y con comentarios de K. Anthony Appiah - David A. Hollinger-Thomas W. Laqueur - Diane F. Orentlicher, p. 41 y sigtes. y p. 71 y sigtes., Paidós, Barcelona, 2003, trad. de la primera edición estadounidense por Francisco Beltrán Adelle; en el mismo libro, intervención de K. Anthony APPIAH, p. 115, especialmente en el capítulo "Derechos, razas y costumbres". Sobre el universalismo y el carácter occidental de los derechos humanos, véase GORMAN, op. cit., p. 2 y sigtes., y también AN NALIM, Abdullah Ahmed y E. M. DENG (editores), "Human rights in Africa - Cross-cultural perspectives", The Brookings Institution, Washington, 1990. BOBBIO, Norberto, en "La duda y la elección. Intelectuales y poder en la sociedad contemporánea", Paidós, Barcelona, 1988, especialmente en el cap. 6 "Grandeza y decadencia de la ideología europea", donde vinculaba a la idea de progreso y de la eliminación del despotismo decía: "se trata, sin embargo, de un momento destinado a desaparecer a medida que los principios de la civilización europea se difundan por toda la tierra".

(28) IGNATIEFF y otros, op. cit.

(29) "Ekmekdjian, Miguel Ángel c. Sofovich, Gerardo y otros", Fallos: 315:1492 (LA LEY, 1992-C, 543). En materia de habeas data la norma ha sido considerada operativa en "Rasetti c. Dunn y Brandsteet" (LA LEY, 1995-E, 293), con nota de Santos CIFUENTES: "Protección inmediata de los datos privados de la persona. Hábeas data operativo"; EKMEKDIAN, Miguel Ángel. "El habeas data en la reforma constitucional", LA LEY, 1995-E, 946 y sigtes. María Angélica GELLI en "Constitución de la Nación Argentina Comentada y Concordada", p. 596, 2ª ed., La Ley, Bs. As., 2004, destaca que la Corte Suprema no se ha pronunciado sobre la operatividad de los derechos "económico - sociales".

II.4. Derechos Humanos y Humanismo

Se ha dicho que *"La identificación más fundamental que podemos hacer de una Constitución es por los valores que auspicia. Ese background axiológico especificará con un color determinado no sólo a la misma Constitución, sino a todo el ordenamiento jurídico y hasta la sociedad misma. Los derechos humanos expresan y se entienden desde los valores a los que adscribe la Constitución, porque desde ahí crearemos y aplicaremos a todo el derecho, y en especial precisaremos el contenido de los derechos humanos a la hora de ser concretados en precisas circunstancias históricas" "En definitiva, los valores que estarían apoyando y canalizando todo aquel diversificado y vasto campo de los derechos humanos que por vía de los tratados respectivos se incorporan a la Constitución son: la justicia, la libertad, la igualdad y la democracia. Pero este análisis axiológico quedaría incompleto y debilitado si no aludiéramos a la dignidad humana, pues en ella reside el fundamento de todo el derecho y, más aún, de todo el orden social"* (30).

Llegados aquí, rescatamos que existen lineamientos suficientes para entender que el humanismo, a los fines del fundamento de las soluciones jurídicas (creación, aplicación e interpretación del derecho) se apoya en el concepto de *persona* y se centraliza en su *dignidad*. Entronca esta reflexión con la que hacía en su momento un pensador español: *"Pues bien, el humanismo jurídico será incompatible con una negación de los derechos humanos fundamentales, pero no deberá considerar que la misión del humanismo termina en el establecimiento de tales derechos"* (31)... *"No se afirma, pues, el humanismo jurídico sólo con establecer una lista de derechos: eso será el resultado, pero no la causa ni la esencia. El humanismo implica más bien un clima o, si se quiere decirlo con la clásica expresión de Hauriou, algo así como un conjunto de creencias"* (32).

Por tanto, y sin que ello signifique abdicar de creencias personales, podemos focalizar nuestro análisis del humanismo en las condiciones y con-

(30) VIGO, op. cit.; DRAÏ, Raphaël, "Grands problèmes politiques contemporains", p. 295, Librairie de l'Université d'Aix en Provence, 2001, señala que si bien la Declaración de Derechos del Hombre afirma que la dignidad e igualdad son inalienables "para todos los miembros de la familia humana", estos valores son fuentes de otros de igual dimensión: la libertad, la justicia y la paz del mundo. Es interesante leer a DWORKIN, Ronald, en "Virtud soberana. La teoría y la práctica de la igualdad", Paidós, Barcelona - Bs. As. - México, 2003, quien pivotea el análisis que realiza en el libro sobre la igualdad, pero la vincula con la libertad y otros derechos fundamentales, todos basados en "un solo ideal humanista", págs. 148 y 492 y sigs., especialmente.

(31) LEGAZ Y LACAMBRA, op. cit., p. 36.

(32) LEGAZ Y LACAMBRA, op. cit., p. 39. LAQUEUR en la obra de IGNATIEFF cit., p. 141, transcribe una frase de sir Thomas Elyot de 1531: "Humanidad es el nombre genérico que damos a las virtudes sobre las que existe un acuerdo común".

secuencias que derivan de la *contemplatio hominem dignitate* (33). La extensión de estas derivaciones no se limita al elenco concreto de los derechos que surgen de los textos expresos humanistas de la Constitución sino de todos los que emanan de una interpretación de tal dignidad según las circunstancias de tiempo, lugar y persona, como resulta de la sana epiqueya. Por tanto y desde este ángulo, que nos interesa, el humanismo puede entenderse como más amplio que la enunciación concreta de ciertos derechos humanos y puede recibir mayor consagración según el grado de progreso socioeconómico y cultural de los pueblos (34).

(33) RENUCCI, Jean-François, "Droit européen des droits de l'homme", 3ª ed., LGDJ, París, 2002, dice: "En el cuadro de derechos humanos, la noción de dignidad es esencial porque ella aparece como el "principio matriz" por excelencia que constituye el pedestal de los derechos fundamentales y aun su razón de ser" (p. 1, con numerosas citas). NINO, op. cit., p. 10, dice que "no todos los derechos morales constituyen aquello que se suele aludir con el rótulo 'derechos humanos'; y después afirma (p. 285), "... toda la vida humana en sociedad, tal cual la conocemos, aún en las condiciones más disímiles y en las circunstancias más inusuales está basada en la adopción, en mayor o menor grado... del principio de la dignidad de la persona". Recordemos que NINO considera que los principios de cuya combinación derivan los derechos humanos fundamentales son la inviolabilidad de la persona, el de autonomía de la persona y el de dignidad de la persona (p. 46 y "Parte segunda - Principios", p. 199 y sigtes.). Puede verse sobre el tema el libro colectivo "La dignité de la personne humaine", dirigido por M. L. PAVIA y Th. REVEL, Económica, París, 1999; PECES BARBA, Gregorio, "Los valores superiores", Tecnos, Madrid, 1986, dice: "La dignidad humana es el fundamento y la razón de la necesidad de esos valores superiores, es la raíz última de todo", p. 65; BIDART CAMPOS, Germán J., "Tratado elemental de derecho constitucional argentino", t. I A, Ediar, 2000, en p. 384 dice: "Sin duda, siempre subsiste la noción de que los valores que hacen a la persona humana y a sus derechos son más eminentes que los que se refieren a la estructura de poder, cualquiera sea el sector de la Constitución en donde están contenidos.". En igual sentido, entre otros, BORGES de ANDRADA, José Bonifacio, "Inter. relação do direito e da economia no mundo globalizado", en "O direito Brasileiro e os Desafios da Economia Globalizada", coord., por Arnoldo WALD, Ives GANDRA DA SILVA MARTINS y Ney PRADO, América Jurídica, Río de Janeiro, 2003. Ya Von IHERING, en "La lucha por el derecho", Perrot, Bs. As., 1977 (trad. de Adolfo Posada), decía: "Hemos alcanzado el punto ideal de nuestra lucha por el derecho. Partiendo del bajo motivo del interés, nos hemos elevado al punto de vista de la defensa moral de la persona".

(34) NINO, op. cit., p. 301 y sigtes. Carlos FERNANDEZ de CASADEVANTE ROMANI (coord.), en "Derecho Internacional de los Derechos Humanos", 2ª ed., Dillex, Madrid, 2003, dice: "El art. 10.2 [de la Constitución Española], permite la incorporación de nuevos derechos en la medida que los derechos y libertades fundamentales no son estáticos sino que poseen carácter evolutivo a tenor del cambio histórico y del avance de la conciencia colectiva hacia cotas más amplias de libertad, igualdad y solidaridad" (p. 448/9), citando conforme a RUIZ-GIMÉNEZ CORTES. BIDART CAMPOS, "Los fundamentos filosóficos..." cit., p. 36, dice: "...si la Constitución se lanza hacia adelante, hacia su futuro, por eso mismo su plexo de derecho y su sistema de valores tienen que ser enriquecidos al ritmo de las transformaciones históricas y de la ampliación de las valoraciones sociales, y debe operar con la misma orientación que tiene el derecho internacional de los derechos humanos, que pese a ser un derecho mínimo o un derecho subsidiario respecto de los derechos estatales, exhibe claramente la tendencia a la optimización o a la maximización".

Para finalizar esta parte de la exposición, podríamos decir que las normas jurídicas que eventualmente violenten los derechos derivados de la dignidad de la persona, no pueden postergar a éstos. En consecuencia esas normas concretas serán, para algunos, un *no derecho* y para otros, más propiamente, un *derecho inválido* (35). Claro está que desde el prisma del *derecho natural* esta conclusión es fácilmente deducible, pero ella tampoco es forzada en cualquier otra visión que parta de la dignidad de la persona (36).

II.5. Primeros Apuntes sobre Humanismo y Derecho de los Negocios

Llegados aquí podemos reconocer principios sobre los cuales se asienta todo el derecho, pues "*el humanismo de la Constitución de 1853 no sólo ha sido reforzado, explicitado y renovado, sino que además se le ha impreso un sello raigal y fuertemente personalista*" (37). La primera conclusión es que no podrá haber *en todo el ordenamiento jurídico*, normas que sean claramente repugnantes a aquellos principios (38).

(35) Véase: NINO, op. cit., p. 24, quien dice: "Ello hace que la atención, aún de jueces y juristas, deba centrarse en determinar cuáles son los derechos humanos que derivan de principios morales válidos, estén o no consagrados en normas jurídicas positivas, ya que, si los derechos que derivan de estas normas no coinciden con aquellos, se los deberá hacer coincidir por vía interpretativa o se deberá ir más allá de tales normas positivas en tanto se pretenda alcanzar una decisión justificada". Debe recordarse que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha decidido reiteradamente que la declaración de inconstitucionalidad es la "última ratio" del control de constitucionalidad; Fallos: 315:923, 303:1708, 302:1149 y 301:962.

(36) BIDART CAMPOS, "Los fundamentos filosóficos...", cit., en p. 31/32, dice: "Si los miráramos desde un ángulo filosófico habría ámbito suficiente para procurar conocer cuáles fueron las líneas filosóficas doctrinarias, diríamos, puramente especulativas, que inspiraron a los constituyentes; lo que podríamos rastrear también en la jurisprudencia de la Corte que muchas veces ha insinuado una fuerte adhesión al iusnaturalismo clásico. Pero de todas maneras, dejemos a un lado lo que doy en llamar la ideología especulativa y tomemos la ideología práctica, es decir, la solución empírica que, por supuesto, es una solución valorada por el constituyente, y ahí es donde encuentro el humanismo personalista o personalismo humanista, al cual se puede confluir desde distintas posturas filosóficas estrictamente especulativas.". Véase también BIDART CAMPOS, Germán J., "Valor justicia y derecho natural", Ediar, Bs. As., 1983, especialmente ps. 179 y sigtes.

(37) VIGO, loc. cit. Véase VANOSSE, Jorge R., "La enseñanza del derecho constitucional", en "Anales" de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, 2ª Época, núm. 37, 1999, quien afirma que el "constitucionalismo latino ha enfatizado una concepción personalista de la Sociedad y el Estado".

(38) RENUCCI, op. cit., p. 52 y sigtes., titula a un punto de su obra, con apoyo de importante doctrina: "El derecho de los negocios, nuevo dominio del derecho europeo de los derechos del hombre". Posteriormente trata "Los operadores económicos y el derecho europeo de los derechos del hombre", p. 57 y sigtes.; id. MARGUÉNAUD, op. cit., con análisis de la jurisprudencia comunitaria y nacional. Sobre un punto concreto es interesante destacar: Van COMPERNOLLE: "Droit de la faillite et droits de l'homme", en Revue Trimes-

La preceptiva del Derecho de los Negocios y su aplicación han ido marcando hitos en orden a alinear ese Derecho con tal orientación básica. Así como hasta muy entrada la edad llamada contemporánea (y quizá hasta el presente), se ha pretendido justificar —o cuando menos se ha tolerado— la esclavitud, lo que repugna a un sentimiento mínimo universal, el Derecho de los Negocios ha ido mutando, eliminando aspectos que pudieran colisionar con la raíz humanista de nuestro orden jurídico.

En nuestro derecho, en tal sentido, quizá podamos recordar que las primeras leyes de protección del trabajo, tanto terrestre como marítimo, estaban incorporadas a los códigos de comercio en el sistema de derecho llamado continental. También podemos referirnos al germen de la doctrina de la responsabilidad objetiva en tutela de la persona, en el transporte (art. 184, Cód. Com.) y el principio del "*favor debitoris*" del art. 18 inc. 7 del mismo, cuya interpretación moderna lo amplió a la tutela del contratante débil.

Fuera de estos recuerdos históricos, el derecho contemporáneo muestra progresos en el orden que venimos señalando. Antes de continuar, necesito reafirmar mi convicción sobre la necesaria unidad del Derecho Privado, que justificaré cuanto digo a continuación. Desde ese punto de vista, una importante cantidad de institutos, sobre todo incorporados a partir de la reforma de 1968 del Código Civil y por leyes especiales, jalonan esos avances. Basta referirnos a la recepción de las teorías del abuso del derecho y la lesión, la ley de protección del consumidor, la extensión y límites de la autonomía de la voluntad, la generalización del principio de buena fe, la teoría de la imprevisión, las leyes sobre concurrencia y posición dominante, las de transparencia y tutela del inversor, la protección de la intimidad y de los datos personales en la llamada "sociedad de la información" y la preservación y sustentabilidad del medio ambiente, entre otras.

Completamos este panorama señalando en igual sentido instituciones desarrolladas por la doctrina e incorporadas al acervo jurídico, como la teoría de los contratos de adhesión, la de las cláusulas predispuestas del contrato, los contratos preliminares y las tratativas precontractuales, la teoría de la conservación del contrato y los alcances de la responsabilidad civil, incluso de la responsabilidad objetiva, orientados a la reparación del daño pero fundamentalmente a la inducción de su prevención y la obligación tácita de seguridad, todo con referencia a la equidad. Éstos y otros acercamientos en orden a

trielle de Droit Commercial, 1997, p. 567; y el importante trabajo "Derechos humanos y tributación", coord. por José Osvaldo CASAS, número de la "Revista Jurídica de Buenos Aires", Fac. de Derecho, UBA, publ. por Lexis Nexis - Abeledo Perrot, Bs. As. 2002.

lo que venimos sosteniendo tienen hoy morada corriente en nuestro derecho y han hallado recepción en el proyecto de Código Civil Unificado de 1998.

Un rápido repaso mental de estos últimos institutos nos dará una clara noción de la imbricación del humanismo en el derecho de los negocios contemporáneos, con la identificación de su "clima" y su "conjunto de creencias". Con arreglo a ello, podemos despejar la primera incógnita y afirmar que el derecho de los negocios no es ajeno al humanismo entendido como fundado en el respeto de la dignidad de la persona.

La tarea, sin embargo, continúa su devenir. La historia de los acontecimientos humanos, y la construcción del futuro, es el desafío para probar si eran correctas las metas y si hemos puesto las balizas necesarias para orientar el camino en medio de la bruma.

III. La interpretación económica del derecho

Como hemos de ver al alcanzar nuestras conclusiones, lo que acabamos de analizar tiene —en el derecho moderno— una relación estrecha con nuevas corrientes doctrinales, que tratan de establecer particulares enfoques de las vinculaciones del derecho con la economía. Para anticipar una idea sobre el problema, se verá si el derecho está en mayor o menor medida predeterminado por modelos económicos o si éstos deben conjugarse con otros elementos para lograr un resultado valioso en su conjunto para responder el anhelo de dignidad humana y justicia.

III.1. Algunas luces sobre la relación entre la Economía y el Derecho

Causadas, quizá, por la emulación o sobreestimación de lo propio, se plantearon en diversas etapas de la historia las relaciones entre economía y derecho como una cuestión de predominio o bien de principalidad de uno sobre otro. Para citar sólo un ejemplo, es clásico el debate entre Del Vecchio y Einaudi sobre la primacía o interdependencia de ambas ciencias. El primero después de haber escrito sobre *"el homo juridicus y la insuficiencia del derecho como regla de vida"* (39), expresó que *"... aún por aquello por lo que concierne a la producción, la adquisición y la circulación de bienes, hay por tanto un complejo de normas a las cuales la actividad económica está, en todo*

(39) DEL VECCHIO, Giorgio, "L'homo juridicus e l'insufficienza del diritto como regola della vita", en "Rivista internazionale di filosofia del diritto", 1936, II. El autor muestra una posición crítica sobre el concepto de *homo oeconomicus*, en "Diritto ed economia", Studium, Roma, 1954, p. 10 y remisiones de la nota 4. En lo sucesivo nos referiremos a esta obra del autor.

caso, subordinada y ligada..." (40), expresando después en cuanto a la economía política "... como ciencia fundada sobre el mero interés individual o egoísta, ningún teorema económico puede ser un verdadero precepto, o sea, tener valor de una norma práctica en verdad, las tesis de la economía no pueden guiar realmente las acciones, sino en los límites casi sobrentendidos tácitamente de la aplicabilidad dentro de los confines signados por la moral y el derecho ... desde que todo sistema moral o jurídico salvaguarda en cierto modo los valores esenciales de la vida en los cuales el valor práctico de los principios económicos es por lo tanto, en la mejor hipótesis, sólo el reflejo de otros principios superiores" (41). Einaudi, por su parte, tras señalar que la economía no tiene por fin dar a los hombres reglas de conducta sino indicar las consecuencias de sus actos, afirma no creer en que la distinción entre ambas ciencias signifique una subordinación de una hacia otra (42).

El debate se ha reproducido en la historia antes y después y, como veremos enseguida, reaparece contemporáneamente con signos quizá más dramáticos.

III.2. La "interpretación económica del derecho" (*Law and economics*)

Es conocido el impacto de los modernos estudios sobre el tema que refleja el título de este punto. Sólo para señalar lo que creemos debe ser superado, transcribiremos algunas frases de por sí impactantes. Un autor moderno ha escrito: "...Una razón fundamental que explica la tensión entre el jurista y el economista tiene que ver con el papel de las teorías. Los juristas no piensan en términos teóricos. El método de análisis del jurista es literario; su razonamiento se basa en la metáfora, en la analogía y en la similitud ... El derecho es parásito de las ciencias sociales, de la filosofía y de otras disciplinas precisamente porque su estrecha base intelectual le ha impedido elaborar un marco instrumental teórico" (43). La crítica al saber de los juristas tiene

(40) DEL VECCHIO, op. cit., p. 32.

(41) DEL VECCHIO, op. cit., p. 33. El mismo autor, en la página 40 señala que "El fundamento tanto del derecho cuanto de la economía es siempre la naturaleza humana".

(42) EINAUDI, Luigi. "Morale et économique", en "Revue d'économie politique", marzo-abril 1936, p. 25, quien dice: "La economía sirve, por lo tanto, a la verdad así como la sirven el derecho y la moral, y no en un punto inferior a ellas sino que tiene la misma 'dignidad universal'". Como es sabido, Benedetto CROCE había escrito sobre la "Riduzione della Filosofia del Diritto alla Filosofia dell'Economia" (Nápoles, 1907).

(43) VELJANOVSKY, Cento C., "The economics of law. An introductory text", p. 31, Londres, 1990. POSNER en "The Decline of Law as an Autonomous Discipline: 1962-1987", 100 Harvard Law Review 761 (1987), afirmó la muerte del derecho como disciplina autónoma (afirmando que ello fue por su propio bien y por necesidad propia).

larga data y hemos escrito sobre ello hace más de treinta años (44). Sin embargo, muchos son los que han expresado opiniones divergentes, sea que adhieran o no a los principios de la interpretación económica del derecho (al que otro autor catalogó como una expresión de lo que suele denominarse "imperialismo de la ciencia económica" (45)). Por ejemplo, un profesor español que escribió un largo trabajo para oponerse a la vocación expansiva y excluyente de esta doctrina frente a los principios propios del derecho señaló que "... tanto la reducción de la consideración de las consecuencias a las puramente económicas como su valoración con arreglo al valor de la eficiencia, como criterio valorativo absolutamente prioritario, que, desde el *Análisis económico del Derecho* se pretende, no son asumibles desde el ángulo de la dogmática jurídica tradicional... A los jueces —prescribe aquella inequívocamente— les incumbe administrar '*Justicia*' no '*Economía*'" (46).

La escuela de la interpretación económica del derecho ha sido también polemizada dentro del propio ambiente científico en el cual nació,

(44) ALEGRIA, Héctor, "Algunas cuestiones de derecho concursal", p. 33 y sigtes. y sus citas, Ed. Abaco, Buenos Aires. Véase, entre muchos otros, HERNANDEZ GIL, Antonio "Problemas epistemológicos de la ciencia jurídica", Civitas, Madrid, 1976, Capítulo I, "La situación científica y cultural del derecho", en el que trata "El viejo anatema contra el saber de los juristas" (punto 1), y "El nuevo anatema contra el saber de los juristas" (punto 5), p. 17 y sigtes. y CARRIÓ, Genaro R. "Sobre las creencias de los juristas y la ciencia del derecho", en *Lecciones y Ensayos, Facultad de Derecho. UBA*, 1957, vol. VI, págs. 27 y sigs., reproducido en "Academia. Revista de la Enseñanza del Derecho", año 1, n.º 2, 2003, pág. 111 y sigs.

(45) ALFARO AGUILA REAL, Jesús, "Imperialismo económico y dogmática jurídica", p. 925, *Revista de Derecho Mercantil (Esp.)*, núm. 233, julio-septiembre 1999., Sobre el tema ROEMER, Andrés, "Introducción al análisis económico del derecho", Fondo de Cultura Económica, México, 3ª reimpresión, 2001, trad. de José L. PÉREZ HERNÁNDEZ, p. 87 y sigtes., analiza razones sobre ese pretendido "imperialismo".

(46) GONDRA, José María, "¿Tiene sentido impartir justicia con criterio de economía? (A propósito de una teoría del Derecho que postula una Jurisprudencia orientada por el valor de la "eficiencia económica")", en *Revista de Derecho Mercantil (Esp.)*, núm. 226, oct.-dic. 1997, p. 1545 y sigtes. Los párrafos citados están en la p. 1579. Entre sus muchas reflexiones GONDRA dice: "Los ensayos de economía pueden llevarnos a la ruina. En el Derecho pueden acabar con la convivencia social que es aún peor" (p. 1613). Un análisis crítico, también en el derecho español, puede verse en: MERCADO PACHECO, Pedro: "El análisis económico del derecho. Una reconstrucción teórica", Centro de Estudios Constitucionales, 1994, especialmente cap. VI, p. 259 y sigtes.; en los importantes trabajos de Cándido PAZ ARES: "La economía política como jurisprudencia racional (Aproximación a la teoría económica del derecho)", en *Anuario de Derecho Civil*, t. XXXIV, fascículo III, 1981, p. 601 y sigtes., y "Principio de eficiencia y derecho privado", en "Estudios en Homenaje a Manuel BROSETA PONT", t. III, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p. 2843-2900, ambos con importante desarrollo y completa cita de bibliografía pertinente. ALFARO AGUILA REAL, Jesús op. cit., y también en "Los costes de transacción", en "Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez", t. I, p. 131 y sigtes., Civitas, Madrid, 1996; VALLET DE GOYTISOLO, Juan, "Derecho y economía", en "Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez", t. IV, p. 5541 y sigtes., Civitas, Madrid, 1996.

el de Estados Unidos de América, como lo prueba la fuerte oposición de Dworkin (47) y parecen modularse por nuevas corrientes, entre ellas el conductismo o behaviorismo (48).

Retomando el hilo sobre esa orientación, se reconoce su origen en la llamada "escuela de Chicago", con sus exponentes más reconocidos en Richard Posner (49), los Premio Nobel Gary Becker (50) y Ronald Coase (51), en diálogo con una miríada de autores entre los que se destacan Cala-

(47) Entre otros trabajos DWORKIN, Ronald, "Is wealth a value?"; publicado originariamente en "The journal of legal studies", ps. 191-226, 9, marzo de 1980; posteriormente incluido en el libro "A matter of principle", cap. 12, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1985, y traducido al castellano en "Revista Jurídica de la Universidad de Palermo", año 1, núm. 1, 1996 y en "Estudios públicos", núm. 69, verano de 1998. ROEMER, op. cit., p. 11, indica que el análisis económico del derecho "es influyente pero controvertido", lo que analiza más profundamente en el cap. IV, en el que estudia algunas críticas, como las del Movimiento "Conferencia sobre Estudios de Crítica Jurídica", encabezados por el profesor Mark TUSHNET, que ve en el análisis económico del derecho un apoyo al orden social existente y su ideología coincidente con las fuerzas sociales dominantes.

(48) Un análisis sobre el tema, puede verse, entre nosotros, en RACIMO, Fernando M., "El análisis conductista del derecho (Sobre algunas correcciones al análisis económico del derecho)", en ED del 7 de abril de 2004, con precisas citas doctrinales. Sobre la escuela de la elección pública, originaria de Virginia y encabezada por James BUCHANAN, véase ROEMER, op. cit., cap. III, p. 55 y sigtes., quien concluye que es prematuro sacar conclusiones sobre cómo el análisis económico del derecho debiera responder a la teoría de la elección pública "pero tampoco es demasiado temprano, a nuestro modo de ver, para emprender la tarea de integrar la teoría de la elección pública con la teoría tradicional del derecho y la economía" (p. 72). Véase SCHÄFFER, Hans - Bernd (Economista) y OTT, Claus (Jurista), "Manual de análisis económico del derecho", p. 23, trad. española de Macarena Von Carstenn-Lichterfelde, Tecnos, Madrid, 1991.

(49) Richard A. POSNER (n. 1939) es profesor de la Universidad de Chicago y juez del Séptimo Circuito. Ha escrito numerosos trabajos de referencia sobre esta materia, entre otros "Economic Analysis of Law", 6ª ed., Aspen, New York, 2002 (edición en castellano "El análisis económico del derecho", Fondo de Cultura Económica, México, 1998); "The economics of justice", Harvard University Press, Cambridge (Mass.) y Londres, 1983; "Law and Economics", en colaboración con Francesco PARISI, 3 volúmenes, Cheltenham, Edward Elgar, 1997; "Utilitarismo, economía y teoría del derecho", aparecido en Estudios Públicos, núm. 69 (verano de 1998), p. 207 y sigtes., trad. del original aparecido en "Journal of Legal Studies", VIII (1), enero de 1979, y muchos otros trabajos de reiterada cita en la doctrina cuya enumeración puede verse en www.law.uchicago.edu/faculty/posner-r/

(50) BECKER, Gary, "Crime and Punishment: An Economic Approach", en Journal of Political Economy, vol. 76, 1968. Otras obras del mismo autor pueden encontrarse listadas en <http://ideas.repec.org/e/pbe29.html#works>

(51) COASE, Ronald H. (n. 1910), Profesor Emérito de la Universidad de Chicago, publicó "The nature of the firm", en *Economica*, v. 4, 1937 y "The problem of social cost" en *Journal of Law and Economics*, v. 3, 1960, y numerosos trabajos posteriores sobre el tema que pueden verse enumerados en www.law.uchicago.edu/faculty/coase/

bresi (52) y Stigler (53) en el derecho americano (54) y, a pesar de las limitaciones que Gondra descubría en su aceptación en el derecho europeo (55), su estudio se ha extendido en ese ámbito y también en casi todos los países de América Latina y de otras zonas del orbe (56). Sobre este tema, amerita recordar que hace ya tiempo un autor peruano escribió una obra que denominó "Introducción a la Juseconomía" (57). Entre nosotros, existen ya importantes estudios expositivos y críticos sobre la misma materia (58).

(52) CALABRESI, Guido, Profesor Emérito de la Universidad de Yale, juez de la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito, cuya obra "The cost of accidents", Yale University Press, New Haven, 1970 (ed. en castellano: "El costo de los accidentes", Ariel, Barcelona, 1990), es de cita obligada, junto con otras de su autoría como "Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts", p. 499 y sigtes., en *Yale Law Journal*, t. 70, 1961.

(53) STIGLER, George L. (1911-1991), también Premio Nobel de Economía en 1982, "The economics of information" en *The Journal of Political Economy*, t. 3, ps. 213 y sigtes. 1961, y otras obras entre las cuales puede destacarse sobre el tema "Law and Economics", en *Journal of Law and Economics*, v. 35, núm. 2, octubre de 1992, donde propone el estudio de la economía como instrumento de políticas públicas para hacer justicia.

(54) La influencia en ese derecho ha sido remarcada por los seguidores de esta doctrina: véase LANDES, William M. y POSNER, Richard A., "The influence of economics on law: a quantitative study", en *The Journal of Law Economics*, v. XXXVI, p. 385 y sigtes., abril 1993, Chicago; en el mismo volumen se puede leer "Law and Economics at Chicago", de Ronald H. COASE, p. 239 y sigtes.; COOTER, Robert y ULEN, Thomas, "Law and economics", 4a. ed., Pearson-Addison Wesley, Boston (y otras ciudades), 2003, p. 1/3, destacan esa influencia en el ámbito universitario, científico y por distintas publicaciones (en especial la citada "Journal of Law Economics" que comenzó en 1958, el "Journal of legal studies", que comenzara en 1972, y otras en nota 3). Asimismo destacan la intervención en trabajos parlamentarios y la existencia de jueces como POSNER y EASTERBROOK, del Séptimo Circuito, CALABRESI del Segundo Circuito, GINSBURG y BORK en el DC Circuito y KOZINSKI del Noveno Circuito. Léase ROEMER, op. cit., p. 9 y sigtes.

(55) GONDRA, op. cit., p. 1563/5. SCHÄFFER - OTT, op. cit., son favorables a la consideración de esta doctrina, con amplio desarrollo y bibliografía. MERCADO PACHECO, op. cit., p. 27, se refiere específicamente a Italia, Francia y España.

(56) Ver ROEMER, cap. V, p. 84 y sigtes., y también ROEMER, Andrés (comp.) y POSNER, Robert A. (prologuista), "Derecho y Economía. Una revisión de la literatura", Fondo de Cultura Económica de España, México, 2000, con amplia referencia bibliográfica; BUSCAGLIA, Edgardo y RATLIFE, William, "Law and economics in developing countries", Hoover Institution Press, Stanford (Calif.), 2000, también con importante bibliografía.

(57) SIERRALTA RÍOS, Anibal, "Introducción a la juriseconomía", Pontificia Univ. Católica de Perú, Lima, 2ª ed., 1996, que trata en la Segunda Parte el "Análisis económico del derecho" (págs. 109 y sigtes.) y en la Tercera el "Derecho económico" (p. 223 y sigtes.).

(58) Véase los trabajos insertos en la "Revista de Derecho Privado y Comunitario", N° 21, Bs. As.-Santa Fe, 1999, que contiene los siguientes estudios: TAVANO, María Josefina, "¿Qué es el análisis económico del derecho?"; LORENZETTI, Ricardo Luis, "Análisis económico del derecho": valoración, crítica (Hacia una teoría de la acción individual y colectiva en un contexto institucional); CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Problemática jusfilosófica de la empresa en el fin del milenio"; MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Derecho y economía (Una

Esta posición doctrinal se basa en apreciar como fundamental en la economía la obtención de un crecimiento de la riqueza global y, a tal fin, establece que la meta macro y micro económica es la eficiencia de la cual es elemento primordial la "reducción de los costes de transacción". La exposición amplia de sus fundamentos excede de esta comunicación, debiéndose destacar que la corriente no está exenta de matices, como la permanente posición de Calabresi en orden a coordinar la eficiencia con la justicia en las situaciones particulares.

Paradójicamente, Coase —uno de los grandes epígonos de esta teoría—, había remarcado que los intercambios del mercado se hacen sobre derechos y no sobre cosas y que los derechos tienen gran influencia sobre el funcionamiento del sistema económico al punto que vaticinaba que cuando los juristas hayan adquirido "*las verdades sencillas pero valiosas que la*

difícil convivencia"); HIGHTON, Elena L., GREGORIO, Carlos G. y ALVAREZ, Gladys S., "Cuantificación de daños personales. Publicidad de los precedentes y posibilidad de generar un baremo flexible a los fines de facilitar decisiones homogéneas y equilibradas"; KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, "El criterio de la realidad económica en las sentencias de la Corte Federal que liquidan daños y otras cuestiones económicas en el ámbito de la responsabilidad civil"; KIPER, Claudio Marcelo, "El análisis económico del Derecho y la regulación de los derechos reales"; KELLY, Julio y ELBERT, Cristian E., "El art. 40 de la ley 24.240"; ZANNONI, Eduardo A., "Persona, familia y economía"; PAOLANTONIO, Martín Esteban, "La retribución de los directores y el análisis económico del Derecho: reflexiones sobre el caso de las sociedades abiertas"; COLANGELO, Joseph J., "Las indemnizaciones por los daños en los casos civiles de la negligencia en Canadá"; SPECTOR, Horacio, "La educación jurídica interdisciplinaria". Véase también ACADEMIAS NACIONALES DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES (de CÓRDOBA y BUENOS AIRES), VII Reunión conjunta Córdoba, 1990, sobre "Derecho y economía"; id., ACADEMIAS en XV Reunión conjunta, "Derecho, política y economía. Equilibrios y desequilibrios", Córdoba 2003, con trabajos de gran actualidad de GHIRARDI, Olsen A.; GARCIA BELSUNCE, Horacio; RICHARD, Efraín H.; RIVERA, Julio César; FRIAS, Pedro I.; VANOSSI, Jorge Reinaldo; DELLAFERREIRA, Nelson C. y KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída; COLOMA, Germán, "Análisis económico del derecho: privado y regulatorio", Ciudad Argentina, Bs. As., 2001; OLIVERA, Julio H. G., "Los derechos personalísimos de las personas jurídicas: un enfoque iuseconómico", "Anales" de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, v. 42, p. 65 y sigtes., 1998; KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída y TAVANO, María Josefina, "Economía y Derecho", en Jornadas de Economía y Derecho, Facultad de Ciencias Económicas, Univ. Nac. de Córdoba, 1991; ROSENKRANTZ, Carlos, "La riqueza no es un valor: algunas reflexiones sobre el análisis económico del derecho", Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, núm. 1, Bs. As., 1996; SARAVIA, Luis Adolfo, "La minería, las externalidades y el Dr. COASE", La Ley, 1998-E, 1093 y sigtes. Un listado completo de la bibliografía argentina, incluso sobre aspectos particulares del tema, puede verse en la reciente obra de Horacio SPECTOR, "Elementos de análisis económico del derecho", Rubinzal-Culzoni, Bs. As.-Santa Fe, 2004, en el cap. 6, ps. 201 y sigtes. Sobre la enseñanza del tema véase DIAZ, Rodolfo, "Sobre la enseñanza de la abogacía. Inclusión del Análisis Económico del Derecho", en LA LEY Actualidad de los días 27 y 29 de abril de 2004. La Universidad de Buenos Aires también organiza una maestría sobre el punto dirigida por el Dr. Juan Vicente SOLA, llamada "Economía y derecho"; como asimismo la Universidad Torcuato Di Tella (ver <http://www.utdt.edu/departamentos/derecho/posgrado/ma-dye.html>)

economía ofrece, los economistas que traten de trabajar en otras ciencias sociales habrán perdido su ventaja principal y se enfrentarán a competidores que saben más acerca del tema que ellos mismos" (59).

Los primeros estudios se fundamentaron en la aplicación de estos principios a la microeconomía y, en especial, al derecho privado, tanto que se ha remarcado que *"la lógica del derecho privado es la lógica de la eficiencia"* (60). Sin embargo, ulteriores estudios extendieron el análisis y aplicación del principio de eficiencia y reducción de costes de transacción a distintas ramas del derecho como lo indican los mismos trabajos posteriores de Posner (61), Cooter y Ulen (62) y Shavell, entre otros, en el derecho americano y la mayoría de los modernos autores que tratan el tema en las otras áreas del derecho contemporáneo. No escapan a estos análisis el derecho de propiedad, los contratos, el derecho de daños, el derecho procesal, el derecho económico, el derecho penal, el derecho de familia, el derecho del medio ambiente, el derecho fiscal, el de la seguridad social, el derecho constitucional y administrativo, el laboral y otros (63).

Merece aquí recordarse lo expresado por un profesor de Yale (64) en el sentido de que el enfoque económico de la ley es *"el más importante desarrollo de la educación legal del siglo XX"* (65). También se ha afirmado que

(59) COASE, Ronald, "Economics and contiguous Disciplines", p. 9 y 10, en *Journal of Legal Studies*, núm. 7, 1978.

(60) ALFARO ÁGUILA REAL, Jesús, "Imperialismo económico y dogmática jurídica", en *Revista de Derecho Mercantil* (Esp.), núm. 233, julio-septiembre, 1999, p. 930; véase también su reflexión en ps. 975/6 y GONDRA, op. cit., p. 1566.

(61) Ver nota 49 supra.

(62) COOTER, Robert y ULEN, Thomas, op. cit.

(63) El análisis económico ha sido extendido a otras ciencias "abarcando todas las criaturas con capacidad sensitiva (incluyendo las ratas, los gatos, el pulpo)": cita de David CAMPBELL y Sol PICCIOTTO, "Exploring the interaction between law and economics: the limits of formalism", en *Legal Studies* 18 (3), 1998, 249-278, quienes en la nota 112 se refieren a la "sociobiología", con cita de un trabajo de Gary BECKER y otro de J. HIRSHLEIFER, para concluir refiriéndose a la "biological economics".

(64) Bruce ACKERMAN, Profesor de la Universidad de Yale, citado en COOTER y ULEN, op. cit. p. 2/3. Estos últimos autores en p. 10/11, destacan los beneficios e interinfluencia recíproca en el estudio de la ley por los economistas y de la economía por los juristas.

(65) ALFARO ÁGUILA REAL, op. cit., p. 927, dice: "Es la teoría sobre el derecho más importante que ha aparecido en el panorama intelectual de las últimas décadas"; MERCADO, op. cit., cap. II, "El fenómeno imperialista en la ciencia económica: Enfoque económico y análisis económico del derecho", p. 67 y sigtes.; Guido RISSO titula a su obra "Economía y derecho. Acerca de la instrumentalización económica del derecho", García Alonso, Bs. As.,

ha tenido ya un profundo influjo sobre las políticas públicas, aunque *"la influencia del análisis económico del derecho en el campo de la ciencia jurídica no debe exagerarse"*. Sin embargo, lo que fácilmente se pasa por alto es que *"derecho y economía"* (*"law and economics"*) *no tiene un solo significado—sea desde el punto de vista analítico o histórico—; y que algunas de las contribuciones más importantes del derecho y la economía [law and economics] a las políticas públicas se basan en el estilo de la disciplina más que en conceptos económicos específicos"* (66).

Reflexionando con base en esta última afirmación pensamos que no cabe negar el reflujo del método en el análisis de la ciencia jurídica (producción, aplicación y crítica de la norma), aunque insertándolo en una cosmología social en la que alcance su plenitud.

Podemos observar un falso dilema si enfrentamos eficiencia y justicia: eficiencia no es lo contrario de justicia sino de ineficiencia, así como justicia es lo contrario de injusticia. Ambos valores pueden converger, como en el caso de que la eficiencia coincida con la justicia o diverger cuando exista un sistema inspirado en la justicia pero ineficiente, o cuando exista eficiencia en medio de la injusticia.

2002. COLOMA, op. cit., p. 12, dice: *"El análisis económico del derecho es una rama de la ciencia económica casi completamente incluida en el campo de la microeconomía"*, lo que reitera en la p. 21, donde señala *"... nuestra concepción del análisis económico del derecho lo visualiza más como una rama de la economía que como una rama del derecho..."*.

(66) ROEMER, Andrés, op. cit., p. 3, quien también dice, en p. 101/2: *"El análisis económico en los países de derecho estatutario deberá considerar que el derecho y la economía (law and economics) no es un simple instrumento para resolver los problemas de las ciencias jurídicas, sino para proporcionar una perspectiva diferente acerca de los arreglos sociales subyacentes de los que se ocupa el derecho"*. COLOMA, op. cit., p. 15, dice: *"Desde el punto de vista del análisis económico, el papel principal de las normas jurídicas en una sociedad es probablemente el de definir el sistema económico que dicha sociedad va a adoptar"*; MOSSET ITURRASPE, op. cit., p. 112, recuerda las conclusiones de las XIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, que dicen: *"las interrelaciones entre la Economía y el Derecho no merecen ser cuestionadas. El Derecho Civil no puede prescindir del perfil económico de la persona humana. Pero, a la vez debe distinguirse el llamado Derecho Económico del análisis económico del Derecho. La actualidad del tema, los efectos que puede tener en nuestra ciencia, nos obligan a trabajar con modestia, prudencia y sobre todo, con una clara conciencia de lo que estamos haciendo... el análisis económico del Derecho debe someterse, por el jurista, a la crítica axiológica, partiendo de los valores fundamentales: humanidad y dignidad y atendiendo a la justicia, equidad, seguridad, orden y paz social. Y, por las razones expresadas, los criterios de eficiencia y de maximización de la riqueza, son insuficientes por sí solos para fundar soluciones jurídicas"*. Véase BIDART CAMPOS, Germán J., "Tratado elemental de derecho constitucional argentino", T. I-B, Bs. As., 2001, p. 16 y su remisión al libro del mismo autor "El orden socioeconómico en la Constitución", Ediar, Bs. As., 1999; id. DAGNINO PASTORE, José María, "Panorama de la nueva economía institucional (NIE)", en <http://www.eldial.com/doctri/notas/nt021230.html> y CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Aportes para la iustilosofía de la empresa", en DyE (Derecho y Empresa), Rosario, vol. 1 / 2, p. 23 y sigtes.

El problema del político y del jurista es saber qué se elige cuando ambas no coinciden o el punto en que se pueda establecer el mayor grado de justicia con el más alto nivel de eficiencia. En esta evaluación no pueden estar ausentes la contemplación de los costos sociales y humanos de la ley ineficiente y la preferente elección de las mejores alternativas de eficiencia frente a los mismos objetivos o niveles de justicia. La completa valoración de un sistema legislativo moderno reconoce la necesidad de que la legislación sea sometida a prueba de estándares de factibilidad y eficiencia. Finalmente si el dilema subsiste, es claro que se ha de optar por la ley justa en las mejores condiciones de beneficio social (67).

La inserción en una cosmología social a la que hemos referido nos obliga a señalar que el material de la realidad económica (análisis descriptivo) o de las proposiciones de mejora desde ese campo (análisis normativo) (68), no serán el único bagaje con que cuente, en su caso, el intérprete, el juez o el legislador para su tarea. El derecho resume, en su campo y a su medida, toda la realidad humana de interrelación y por ello los contenidos de los avances técnicos de otras ciencias deben integrarse y valorarse junto con los fenómenos culturales y sociales que marcan un entorno de

(67) Debe agregarse a este debate el referido a los problemas de la distribución del ingreso y la riqueza: COOTER - ULEN, en p. 4, dicen: "Más que otros científicos sociales, los economistas comprenden cómo las leyes afectan la distribución del ingreso y la riqueza entre las clases y grupos. Cuando los economistas frecuentemente recomiendan cambios que incrementan la eficiencia, ellos tratan de evitar tomar partido en disputas sobre la distribución, usualmente dejan las recomendaciones sobre distribución para los 'policy-makers' o a los votantes"; y en p. 7/9 estudian lo que llaman "primacía de la eficiencia sobre la distribución en el análisis del derecho privado", remitiendo al debate sobre este tema (ver también cap. 2, "Una revisión de la teoría microeconómica", p. 13 y sigtes.). LORENZETTI, op. cit., p. 64, señaló "... aún postulándose la primacía de la justicia sobre la eficiencia, es necesario especificar cómo lograrla", y en p. 65, señala con acierto: "Las simplificaciones dogmáticas no son buenas ni serias, y descuidan la complejidad que plantea la aplicación de modelos en realidades distintas". CAMPBELL, y PICCIOTTO, op. cit., dicen: "Desde nuestro punto de vista, tal desarrollo [la teoría de law and economics] es, en efecto, de gran importancia. A pesar de todas sus limitaciones, el trabajo de Posner tuvo tremenda influencia en el mundo del common law por más de veinticinco años, en muchos aspectos justificable. Los principales asuntos de la economía, la generación y distribución del bienestar material difícilmente puedan ser de mayor importancia. En un mundo en el que la gran mayoría de su población vive en la pobreza, es claramente imperativo emplear todos nuestros recursos intelectuales para asegurar que las instituciones sociales estén diseñadas para promover al mismo tiempo eficiencia y justicia en los sistemas de producción y en el orden para la distribución. Nosotros consideramos que esto requiere no sólo que 'law and economics' actúen entre ellas como un chequeo externo, sino que actúen dentro de un abordaje integrado" (p. 278).

(68) Estas aperturas tienen paralelo en la llamada "economía positiva" y en la "economía normativa": COLOMA, op. cit., p. 11/3, quien después abarca al análisis económico del derecho como una "rama de la ciencia económica" (p. 12), lo que es reiterado por otros autores. SCHÄFFER-OTT, op. cit., p. 33 y sigtes., estudian el análisis empírico analítico de las consecuencias y la valoración como estudio normativo.

una realidad concreta, pero que en el mundo de hoy es, en esencia, variable ante mutaciones y estímulos de diverso origen.

IV. Derecho y economía: un camino de doble vía

Cuanto hemos desarrollado al hablar del humanismo y del derecho puede resultar aplicable a las relaciones de economía y derecho "*mutatis mutandi*" (69). En efecto, tanto el derecho como la economía son ciencias sociales, cada una con sus objetivos y marcos, propios de una correcta epistemología de cada una. Por tanto, debe reconocerse que la conducta humana es el objeto principal de su análisis, desde particulares enfoques. De allí claramente la contemplación de la dignidad del hombre es el elemento valorativo esencial de ambas ciencias.

En realidad, las relaciones entre derecho y economía podrían identificarse gráficamente como un camino de dos vías. Es evidente que las llamadas "leyes" de la economía son tales dados ciertos presupuestos en los que el derecho no deja de tomar partido, es decir, ciertos principios jurídicos forman la argamasa con la que se construirá, eventualmente, el análisis y las conclusiones de los comportamientos económicos. En este análisis no cabe duda que intervendrán también otros factores, como las costumbres, tradiciones y otros elementos antropológicos y sociales. El debate sobre cierta precedencia ya sea temporal o científica, real o puramente especulativa, entre el derecho y la economía, pueden confinarse a estudios y disquisiciones históricas pero, a mi juicio, reducen su sentido al referirse a la actualidad (70).

De otro lado, las conclusiones que se establezcan de esos estudios deben utilizarse en el derecho para su aplicación (como parece haber sido la primera orientación de la escuela de la interpretación económica de la ley)

(69) Sobre el tema escribió el Académico Manuel RÍO, "Derecho y economía. Un pretendido conflicto en la búsqueda del bienestar", en "Anales" de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, años VIII y IX, 2ª Epoca, núm. 7, Bs. As., 1963/4, p. 157 y sigtes.

(70) La cuestión ha sido retomada con gran vigor últimamente a partir de la obra de Natalino IRTI, "L'ordine giuridico del mercato", 2ª ed., Laterza, Roma - Bari, 1998, seguida de la polémica suscitada por varios autores en "Il dibattito sull'ordine giuridico del mercato", Laterza, Roma - Bari, 1999, con importantes intervenciones. La lectura de estas obras reabre el interés actual sobre el punto, centrando las opiniones divergentes sobre el carácter natural o artificial del mercado, su relatividad histórica y su politicidad. De la consideración de estos tres elementos fundamentales, pueden obtenerse otros de carácter conceptual que operan sobre los polos que pueden predicar tanto la prevalencia de una ciencia sobre otra, cuanto el carácter político y relativo del mercado como resultante de una realidad efectual o de una *scelta* legislativa.

como para la adopción de las normas que hayan de establecerse en la comunidad. El maestro Julio H. G. OLIVERA ha tenido oportunidad de señalar con lucidez las relaciones y diferencias entre la "racionalidad técnica" y la "racionalidad ética" en la economía. En un reciente trabajo dijo: "*La conclusión de las observaciones que preceden pueden sintetizarse en breves términos. Existen importantes nexos de complementariedad entre las dos formas principales de racionalidad económica. Las propiedades técnicas del sistema económico, especialmente sus atributos de equilibrio, dependen en parte de condiciones de índole ética. Esto es así no sólo con respecto al equilibrio social, como enseñaba Pareto, sino aún al equilibrio económico. Por otro lado, toda ética social realizable se apoya sobre una base técnica. El debate entre el monetarismo y el humanismo contribuirá a poner de relieve y a interpretar esas relaciones*" (71).

Podemos aplicar estas conclusiones a la materia de nuestro punto actual: las relaciones entre la economía y el derecho. El derecho justo parte de una debida consideración de los diversos elementos que han de componer su materia propia. Así como no podría hacerse un derecho de las comunicaciones que ignorara la técnica que gobierna este campo, ni un derecho sobre genética que no contemple los avances de esta ciencia, tampoco podrían regularse materias influidas por la economía con cualquier intensidad sin que ésta sea debidamente conocida y considerada. Claro está que no hay influencias unidireccionales sino múltiples. En el derecho de las comunicaciones se tratará de fomentarlas y facilitarlas pero a su vez se debe proteger la privacidad y atender a sus aspectos económicos relevantes que produzcan su mejor eficiencia. En materia de genética es claro que no cualquier experimentación puede justificar una decisión jurídica o económica: la manipulación genética tiene claros límites éticos que gobernarán su regulación legal (72).

Retomando a OLIVERA quien señala que "*... allí se examina la relación entre la estructura económica y la constitución jurídica de la sociedad, un siglo antes de que comenzara la exploración sistemática de las dos intersecciones del Derecho con la Economía: el Derecho Económico y el Análisis Económico del*

(71) OLIVERA, Julio H. G. "Racionalidad técnica y racionalidad ética: el tercer debate monetarista", año VII, núm. 15, p. 27, en Enoikos, Facultad de Ciencias Económicas, Universidad de Buenos Aires.

(72) BALLESTEROS LOMPART, Jesús, "Biotecnología, dignidad y Derecho. Bases para un diálogo", Universidad de Navarra, Pamplona, 2004; ROMEO CASABONA, Carlos María y otros, "Biotecnología, Derecho y dignidad humana", Comares, 2003. GUZMÁN AGUILERA, Patricia, "Nuevos desafíos del derecho en la era de la biotecnología: apuntes sobre sus particularidades para países en desarrollo", disponible en Bioética [versión digital], sección doctrina, <http://www.prodiversitas.bioetica.org/nota34.htm>.

Derecho. En su tratamiento del tema Alberdi evitó por igual el legalismo y el economicismo, el formalismo jurídico y el utilitarismo ético, Scila y Caribdis que siempre amenazan la navegación en esas aguas interdisciplinarias" (73).

No cabe duda que la consideración de *"el derecho frente a la aceleración de la historia"* (título de la comunicación de José Manuel Saravia al incorporarse a esta Academia (74), recoge retos cotidianos. Así podemos mencionar el desarrollo de la llamada *"lex mercatoria"* que parece volver a transitar el pasado en cuanto al origen del derecho mercantil basado en las costumbres, pero que no sólo es objeto de estudio y de uso cotidiano sino que ha motivado cierta transnacionalización y transculturación del derecho, como consecuencia del fenómeno de la globalización (75). Prue-

(73) OLIVERA, Julio H. G., "Las condiciones jurídicas del progreso económico" en "Anales" de la Academia Nacional de Ciencias Económicas, vol. XVII (Buenos Aires, 2002), p. 315/16. LORENZETTI, op. cit., p. 66/67, estudia los diversos tipos de relaciones entre derecho y economía y, en uno de ellos, analiza "la economía como supuesto de hecho de la norma jurídica".

(74) SARAVIA, José Manuel, "El derecho ante la aceleración de la historia", "Anales" de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, año V, 2ª Época, núm. 5, Bs. As., 1960, p. 167 y sigtes. Es interesante la conclusión de FRIEDMANN, Walter, "El derecho en una sociedad en transformación", Fondo de Cultura Económica, México - Bs. As., 1966, donde dice, en p. 512: *"Que el contenido del impacto del derecho no pueda ser determinado para todos los tiempos y todas las circunstancias no es motivo para lamentarse, sino para alegrarse. Sería trágico que el derecho estuviera tan petrificado que no pudiera responder a las incitaciones de los cambios evolutivos y revolucionarios de la sociedad. Para el abogado, esas inclinaciones significan que no puede contentarse con ser un artesano. Sus conocimientos técnicos le proporcionan las herramientas, pero es su sentido de responsabilidad para la sociedad en que vive el que debe moverle a ser no sólo abogado, sino jurista"*.

(75) Una exposición completa y difícil de superar - al menos por algún tiempo - es la que realiza Fabrizio MARRELLA, "La nuova lex mercatoria. Principi Unidroit ed ussi del contratti del commercio internazionale", Cedam, Padua, 2003. Sobre el tema véase también Filali OSMAN, "Les principes généraux de la lex mercatoria", Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1992; GALGANO, Francesco, "Lex mercatoria", Il Mulino, Bolonia, 2001; BORTOLOTTI, Fabio, "Manuale di diritto commerciale internazionale", vol. 1º, "Diritto dei contratti internazionali", 2ª ed., Cedam, Padua, 2001, p. 31 y sigtes.; ESPIAU ESPIAU, Santiago y VAQUER ALOY, Antoni (comp.), "Bases de un derecho contractual europeo (Bases of a european contract law)", Tirant lo Blanch, Valencia, 2003. Sobre la globalización, entre muchos, FERRARESE, Marfa Rosaria, "Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale", Il Mulino, Bolonia, 2000; y de la misma autora, "Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni", Il Mulino, Bolonia, 2002; y el importante trabajo coordinado por WÄLD, DA SILVA MARTINS y PRADO, "O direito brasileiro e os Desafios da economia globalizada", ya citado; y DUTREY GUANTES, Yolanda, "La repercusión de la globalización económica en las fuentes del Derecho privado: de la tradicional reciprocidad a la universalidad", en "Revista de Derecho Mercantil", Madrid, núm. 251, enero - marzo 2004, p. 271 y sigtes.; HEYDEBRAND, Wolf, "Globalization and the rule of law at the end of the 20th. Century", en "European Yearbook in the Sociology of Law", "Social process and patterns of legal control", Giuffrè, Milán, 2001, p. 25 y

ba de ello son las diversas recopilaciones (para identificarlas con un nombre genérico no técnico), que se han hecho sobre materias de tráfico internacional, como la compraventa internacional, los contratos, las cartas de crédito y, aún, el fenómeno de la insolvencia transfronteriza. Ya nos hemos referido incidentalmente al impacto tecnológico y de la informática (76). Otro gran campo de desarrollo que incide sobre el tráfico de los bienes es el que pivotea sobre la ecología y a la protección del medio ambiente, que algunos llegan a creer que es un bien en sí mismo.

Un debate moderno, reavivado con nuevos perfiles tras la caída del Muro de Berlín, ronda sobre la fuerza de mercado o economía de mercado. La contienda se ha tornado áspera de ambas partes, sobre todo en su consideración frente a principios jurídicos y sociales. Quienes combaten la expansión que a veces estiman excesiva e irrestricta del mercado, recurren especialmente a razones humanitarias.

Los extremos parecen irreconciliables y, en parte, se postulan sobre bases que podrían calificarse como ideológicas. La necesidad de construir consensos exige, nuevamente, un esfuerzo de imaginación y equilibrio. Un pensador y hombre público cuyo nombre quizá pueda generar distintas sensaciones en nuestro medio ha escrito que *"el mercado, por la eficacia que él asegura puede permitir una solidaridad mayor. Por tanto mercado y solidaridad no se oponen sino que pueden unirse. Además la economía de empresa es una economía de responsabilidad, donde el hombre puede dar la medida de sí"*. Continúa el mismo autor expresando: *"Digo a menudo que una sociedad verdaderamente humana no apela a la economía de la mano invisible, sino a una economía de tres manos. La mano invisible del mercado, con la empresa en el centro, pero también: 'la mano de justicia' del Estado, que renuncia a hacer lo que no hace tan bien —sustituir a la empresa— para hacer más y mejor lo que sólo él puede: hacer prevalecer el derecho, reprimir los abusos, asegurar los servicios sociales o colectivos que las señales de la demanda solvente sobre el*

siges. Desde el ángulo de la historia, GROSSI, Paolo, en "Mitología jurídica de la modernidad", Trotta, Madrid, 2003 (trad. Manuel Martínez Neira), en p. 65, dice: *"La rapidez del cambio contemporáneo en todas sus manifestaciones exalta una primacía práctica, ¡Cuántas instituciones, sobre todo en el derecho de los negocios, son instituciones inventadas y modeladas en la práctica cotidiana, mientras el legislador nacional o comunitario se limita a intervenir tardíamente apropiándose de cuanto ya el uso ha considerado eficazmente! El futuro derecho de la economía tiende a tener un perfil genéticamente extralegislativo con una fuerte contribución ofrecida por la reflexión científica"*, si bien después afirmaba (p. 70), *"... la historia no opera nunca por saltos imprevistos y el futuro tiene siempre un rostro antiguo"*.

(76) PASCUZZI, Giovanni, "Il diritto dell'era digitale. Tecnologie informatiche e regole privatistiche", Il Mulino, Bolonia, 2002, y los autores allí citados.

mercado no son suficientes para promover; preservar el medio ambiente, ofrecer a los agentes económicos las perspectivas de lo universal o de largo plazo, por los cuales también el mercado permanece balbuceante, garantizar, en fin, la estabilidad de la moneda y del marco macroeconómico y financiero. Finalmente, la tercera mano, la mano fraterna de la solidaridad para reducir las desigualdades, combatir la pobreza en nuestra casa y en el mundo. Estamos en plena zona de superposición. Siempre hay algo que hacer para que estas tres manos converjan en la creación de una sociedad más fraternal" (77).

También ha sido fruto de análisis la llamada "ética de los negocios" (78), dimensión que requiere todavía significativa profundización, tanto desde el punto de vista interno de la empresa (como valorización del trabajo y las relaciones humanas) como del externo y sus relaciones con otras empresas, con la comunidad y el Estado (79). Señálese en este aspecto la aparición de distintos "códigos de conducta" como el planteamiento de la

(77) CAMDESSUS, Michel: "El mercado y el Reino. La doble pertenencia" en la revista "Criterio", 10/9/92, p. 475 y sigtes.; la Encíclica "Centesimus annus", de SS Juan Pablo II del 15 de mayo de 1991, dice: "En la lucha contra este sistema no se pone, como modelo alternativo, el sistema socialista, que de hecho es un capitalismo de Estado, sino una sociedad basada en el trabajo libre, en la empresa y en la participación. Esta sociedad tampoco se opone al mercado, sino que exige que éste sea controlado oportunamente por las fuerzas sociales y por el Estado, de manera que se garantice la satisfacción de las exigencias fundamentales de toda la sociedad"; SCHÄFFER-OTT, op. cit., dicen: "El mecanismo de mercado es un procedimiento de decisión, que incluso en situación de competencia perfecta contraviene el principio del ámbito ilimitado. No puede conducir a una orientación perfecta de situaciones sociales, porque la distribución inicial de recursos entre los miembros de la sociedad no tiene que ir por medio del mercado, sino a través de otro procedimiento, por lo que de nuevo es válido el teorema de la imposibilidad." LORENZETTI, op. cit., dijo: "Ambas esferas de investigación son válidas e igualmente arduas. Lo que no resulta justificable es la postura cómoda, que muchos adoptan, de postular objetivos mesiánicos: debe lograrse la justicia y combatir el mercado, sin decir cómo se lograría ese propósito." Véanse también, en sentido crítico, los trabajos, ya citados de CIURO CALDANI y MOSSET ITURRASPE; asimismo: JAMESON, Fredric, "La posmodernidad y el mercado", en ŽIŽEK, "Ideología...", cit., p. 309, quien concluye diciendo: "... debería quedar claro que el mercado, casi por definición, no puede ser en absoluto un proyecto".

(78) LE TOURNEAU, Philippe, "La ética de los negocios y de la Administración en el Siglo XXI. Ensayo 2000", Universidad Católica Santa María, Arequipa, Perú, 2000 (trad. por Ramón R. Abarca Fernández); los trabajos contenidos en el libro "La ética en la gestión pública y privada: fortalezas y debilidades", en ALÉNE (Asociación Latinoamericana de Ética, Negocios y Economía)", Temas, UADE, 2002; FRANCES, Pedro, BORRERO, Ángel y VELAYOS, Carmen, "Códigos éticos en los negocios", Pirámide, Madrid, 2003. Véase el completo tratamiento del tema en PALAZZO, Antonio - FERRANTI, Ione, "Ética del diritto privato", 2 tomos, Cedam, Padua, 2002, donde se abordan la casi totalidad de los temas motivo de este trabajo y en cuyo vol. 2º, cap. 2º, p. 193 y sigtes. se estudia la "Ética del diritto Privato Commerciale".

(79) El 23 de abril de 2004 se llevó a cabo la firma pública del "Pacto Global" en la Argentina. El "Pacto Global" es una iniciativa conjunta del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CE-

actuación de empresas transnacionales en mercados con regímenes políticos y niveles de desarrollo significativamente menores (80). Otra vez el jurista está llamado a integrar su propia cultura y a valorizar sus principios en un adecuado equilibrio.

V. Final

Podemos ahora tratar de ver el revés de la trama para retomar los hilos sueltos y constituir con ellos unas conclusiones. Estas serían:

a) Nuestro orden jurídico, que reposa en la supremacía constitucional, reconoce al humanismo como centro de su parte dogmática basada en la dignidad de la persona.

b) El derecho de los negocios, como integrante del plexo normativo constitucional e infraconstitucional, está regido por aquellos mismos principios.

c) Derecho y economía son ciencias sociales epistemológicamente diversas pero confluyendo ambas en desarrollos científicos que parten del análisis —desde puntos de vistas específicos— de la conducta humana y de la dignidad del hombre.

d) La interpretación económica del derecho implanta un enfoque novedoso y particular para la interpretación, la creación y la crítica de la norma jurídica.

e) Este enfoque debe integrarse en una cosmología con otros principios y valores que permitan concretar el fundamento humanista de ambas ciencias.

Hace bastante tiempo tuvimos oportunidad de recordar una frase de Goethe que decía: *"el hombre no nació para resolver los problemas del mundo, pero sí para investigar donde reside el problema y luego mantenerse den-*

PAL), la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y un Grupo Promotor del Pacto Global en la Argentina, dirigida a favorecer el desarrollo de la responsabilidad social empresarial, promoviendo los derechos humanos, los estándares laborales y la preservación del medio ambiente. En la Argentina hasta el momento han adherido 222 empresas, que se han comprometido a la aplicación y al respeto de los nueve principios del Pacto Global.

(80) Un duro planteo, a ese respecto, puede verse, entre otros en KAMMINGA, Menno T., "La responsabilité des sociétés multinationales en cas d'atteinte aux droits de l'homme: un défi pour la communauté européenne" en "L'Union...", dir. por ALSTON, cit., p. 573 y sigtes. En sentido diverso: NOVAK, Michael: "Los negocios como vocación", p. 183 y sigtes., Emeccé, Bs. As., 1998 (trad., de Alejandro Tiscornia), cap. 8, "Los negocios y los derechos humanos"

tro de los límites de lo comprensible" (81). Recordamos también ahora a nuestro maestro Gioja cuando expresaba: "Por consiguiente, sí, como piensa Husserl, únicamente la tendencia humanista puede, mediante un continuado esfuerzo en su labor, hacer desaparecer la crisis de fundamentos de las ciencias naturales, podemos nosotros afirmar que solamente mediante otro apasionado esfuerzo de esclarecimiento racional por parte del humanismo cabrá superar la crisis de la ciencia jurídica y salvar, lo que es mucho más importante, al propio humanismo de su desaparición, término al que parece ser fatalmente arrastrado de continuar confundiendo valores y hechos" (82).

El derecho ha sido tradicionalmente definido como una ciencia social de equilibrio. El impacto de estos fenómenos así como la toma de conciencia de que durante muchos años el derecho podría haberse formado sobre la base de la "intuición y algunos hechos disponibles" nos obligan, al seguir a la justicia como una estrella del firmamento que sirve de guía pero difícil de alcanzar, a integrar la totalidad de los factores de las conductas humanas para hacer que la justicia se acerque más a la norma, a la realidad de la vida y sea la verdadera meta de la aplicación del derecho.

Permítasenos una licencia literaria para expresar quizá gráficamente lo que venimos sosteniendo. Si la comunidad social fuera imaginada como una nave en medio del océano de los tiempos históricos, el derecho no es a su respecto un ancla, que brinda seguridad pero impide su movimiento, sino más bien debería vérselo como una gran vela, que absorbe los distintos vientos y con adecuado pilotaje lo lleva también con seguridad hacia el próximo puerto. El futuro dirá cuántos nuevos itinerarios deberá abordar, cuáles serán sus puertos y las inclemencias del viaje. Es la aventura de trasegar una comunidad en dirección a su porvenir. ♦

(81) ALEGRIA, op. cit., p. 9; HEIDEGGER, op. cit., p. 59, nos brinda, a su modo, una visión optimista cuando dice: "... las cosas importantes acaban por llegar a tiempo, aunque sea a última hora y aunque no estén destinadas a la eternidad".

(82) GIOJA, Ambrosio L., "Ideas para una filosofía del derecho", t. I, p. 126 (editado por su Sucesión), compilación y prólogo de Ricardo ENTELMAN, Sección VII "Humanismo y derecho", Bs. As., 1973.

PALABRAS DE APERTURA DEL ACTO

POR ALBERTO RODRÍGUEZ GALÁN (*)

La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires se reúne esta tarde para recibir como Académico Correspondiente en Italia, al profesor Carlo Angelici, laureado en jurisprudencia por la Universidad de Roma.

La presentación de estilo estará a cargo del señor académico doctor Héctor Alegria.

Profesor Angelici:

Debo expresarle antes la admiración y el seguimiento que motiva su vasta y erudita obra entre los juristas argentinos, por su creatividad, y por la dimensión que le otorga al Derecho Comercial dentro y para el rol que le cabe a la empresa, en el mundo cambiante de la era de la globalización.

Desde su temprana monografía sobre "*La società nulla*", 1975, hasta la publicación de "*Diritto Commerciale*", 1, integra usted profesor Angelici, la línea de los grandes juristas de su patria, en la materia, profesor Francesco Galgano y la de su maestro profesor Giuseppe Ferri, que le acompañó como *relatore* en la discusión de su tesis "*Il conflitto di interessi nell'fenomeno di gruppo*", la que le valió a usted la calificación de 110 *cum laudem*, en ocasión de su recordada graduación.

(*) Palabras del Académico Presidente en la apertura del acto público de incorporación del Académico correspondiente Carlo Angelici, el 20 de septiembre de 2004.

Su incorporación prestigia nuestra Academia, como también lo hicieron antes sus ilustres compatriotas, los profesores Mauro Cappelletti y Giorgio Berti; pero es hoy su presencia la que concita nuestro agrado y esperanza, porque lo hace en una institución centenaria, en la que la excelencia ha sido la meta de su quehacer, y es usted un maestro en alcanzarla.

Acepte, profesor, este diploma y esta medalla, que al acreditarlo como miembro correspondiente de nuestra Corporación, lo recibe como un eminente hijo de un país al que los argentinos estamos entrañablemente unidos por la sangre y por la cultura. ♦

DISCURSO DE RECEPCIÓN

POR HÉCTOR ALEGRIA (*)

Señor Presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, doctor Alberto Rodríguez Galán, señor académico correspondiente, doctor Carlo Angelici, señores académicos, señoras y señores.

Hoy la Academia celebra la incorporación del académico correspondiente doctor Carlo Angelici. Brahms escribió una inolvidable pieza musical precisamente llamada "Fiesta académica" que seguramente muchos recuerdan y que indica el marco de este acto, una fiesta de una academia por la incorporación de un miembro ilustre de un país de una fuerte cultura jurídica y de una gran influencia sobre el derecho nacional.

La primera de las razones reside, precisamente, en que el inagotable acervo de la cultura italiana ha impregnado todos los ámbitos de la vida nacional. Muchos de nosotros somos descendientes de estirpe italiana y hemos recibido y admirado los valores de aquella cultura. Pero no sólo se trata de un sentimiento personal de pertenencia el que nos liga con el genio peninsular. Nuestras calles recuerdan permanentemente apellidos italianos relevantes en la historia del mundo y, muchos de ellos, líderes en el progreso de nuestro país. Baste decir que ya en 1890 un descendiente directo de ese linaje, Carlos Pellegrini, ascendía a la primera magistratura del país en un momento crucial de su historia, cumpliendo una labor tan destacada que merece el permanente recuerdo de los argentinos.

(*) Discurso de recepción del Académico correspondiente Carlo Angelici, en la sesión pública del 20 de setiembre de 2004.

El espíritu polifacético de Italia deja sus huellas en múltiples aspectos del espíritu nacional que es imposible recordar detalladamente aquí. Sólo mencionaremos que durante épocas aciagas para Europa nuestro país acogió, además de laboriosos inmigrantes, a científicos y artistas de la más diversa gama, muchos de ellos eminentes juristas.

En materia jurídica, en concreto, la legislación, la doctrina y la jurisprudencia italiana han influido de una manera decisiva y primordial en todos los ámbitos de nuestro derecho. Recorriendo libros de autores argentinos se advierte la cita frecuente de autores y antecedentes itálicos en los que se abreva el conocimiento.

Entre las leyes que reconocen esa marcada influencia, pueden mencionarse nuestra Ley de Sociedades y nuestra Ley de Concursos y Quiebras, en lo más cercano a hoy, además de haber inspirado muchos preceptos en proyectos, entre los cuales merece señalarse el de Código Civil de 1998. Nuestra doctrina está permanentemente actualizada con las novedades de ese gran país europeo al punto que, quizá como anécdota simpática, puede decirse que en las décadas de los '60 y '70 del siglo pasado, era corriente decir en los corrillos que quien no citaba la doctrina italiana no demostraba su verdadero conocimiento del derecho.

Nuestro país es, claro está, un crisol de razas, pero en su argamasa se reconoce fácilmente el componente que generó la influencia del espíritu italiano.

Por ello es un gran honor para mí presentarles al nuevo académico correspondiente en Italia, doctor Carlo Angelici. El resumen de sus antecedentes sería de una extensión impropia en este momento, pero es claro que han sido debidamente valorados por la Academia para decidir la invitación a incorporarse a ella. Sólo diremos que es un eminente profesor, publicista de nota, colaborador en comisiones de reforma y destacado abogado. Como profesor se ha desempeñado en cátedras de derecho comercial y también en derecho bancario, concursal, de seguros, industrial, internacional y comunitario, y derecho civil, todas ellas con su innegable autoridad, en las Universidades de Cagliari, Sassari, Roma, Perugia, Roma "Tor Vergata" y Roma "La Sapienza", de la cual fue director del Instituto de Derecho Privado y Presidente de la Facultad hasta el corriente año. Ha actuado en comisiones en el Ministerio de Grazia y Giustizia, para la actuación de las directivas CEE en materia societaria y últimamente en la Comisión para el Proyecto de un esquema de ley delegada para la reforma

del derecho societario ("commissione Mirone"); de la Comisión para la actuación de esta ley ("commissione Vietti"), y, finalmente, en septiembre de 2003, de la Comisión para la coordinación y modificaciones de los decretos legislativos números 5 y 6 sobre la actuación de la ley delegada en materia de reforma orgánica del derecho societario. Ha sido también representante italiano en las reuniones de UNCITRAL. Sus publicaciones han trascendido el marco del derecho italiano y son citadas y conocidas universalmente, muchas de ellas publicadas en la "Rivista del Diritto Commerciale", en "Giurisprudenza Commerciale" y en "Diritto della banca e del mercato finanziario", de las cuales es miembro del Comité de Dirección. Termino con dos breves referencias a estas publicaciones. La primera es que he tenido oportunidad de mencionar los textos del profesor Angelici en algunos trabajos, y, además, con relación a la vocación del profesor para el tema que ahora nos desarrollará sobre los grupos de las sociedades en la reforma, que su larga preocupación por este tópico se prueba recordando que al ser graduado con lauros en la Universidad de Roma, debatió una tesis sobre el "Conflicto de intereses en el fenómeno de grupo", siendo su relator el gran maestro Giuseppe Ferri.

Con estas palabras dejo presentado al profesor Angelici y le doy la bienvenida a nuestra Academia. ♦

LOS GRUPOS EN LA REFORMA ITALIANA DEL DERECHO SOCIETARIO (*)

POR CARLO ANGELICI (**)

No creo que sea necesario recalcar mi gratitud por el honor que se me dispensa al admitírseme como miembro correspondiente de esta prestigiosa Academia; los nombres de las personas que en ella participan me hacen plenamente consciente de que ese honor se me da inmerecidamente, y se debe a la benevolencia de los amigos y colegas. Permítaseme tan sólo expresar mi sincera amistad y transmitirles la agradable sensación de no encontrarme en el extranjero sino en un ambiente cultural y personal del que me siento partícipe.

Paso ahora al tratamiento del tema objeto de mi intervención: la reforma que el decreto ley del 17/1/2003 N° 6 (que entró en vigor el 1/1/2004) produjo en relación a los grupos societarios, normativa que se ha incorporado en el nuevo Capítulo IX del Título V del Libro V del Cód. Civil referido a la actividad de "*Dirección y coordinación de la sociedad*" (arts. 2497-2497 *sexies* del Cód. Civil).

Para comprender el sentido de la reforma, debiéndome mover necesariamente en el plano de un análisis del conjunto, y no pudiendo prescindir de consideraciones excesivamente analíticas, pienso que puede ser útil, como punto de partida, una referencia sintética a las razones *específicas* por las cuales la fenomenología del grupo de sociedad ha requerido un tratamiento *ad hoc* de parte del legislador.

(*) Traducción de la Académica doctora Aída Kemelmajer de Carlucci.

(**) 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 20 de setiembre de 2004.

El tema puede ser ilustrado moviéndose a través de la fórmula difusa, ya tradicional, que ve en el grupo una técnica organizativa de la empresa que se caracteriza por su articulación en una pluralidad de *centros* jurídicamente autónomos. Sin duda, tal articulación es plenamente legítima, a tal punto que ahora el ordenamiento ha aumentado las técnicas jurídicas utilizables, como sucede con las nuevas disposiciones relativas a la sociedad unipersonal y los patrimonios destinados a un negocio específico. Sin embargo, esa articulación acarrea una serie de problemas que no pueden ser afrontados mediante la acostumbrada valoración de los comportamientos singulares, sino que requieren la consideración conjunta y ordenada de todos los intereses que de ella resultan; esta perspectiva se requiere, fundamentalmente, respecto de la posición económica de quienes son sujetos interesados en sólo uno de esos *centros*, y dado que el grupo participa de una actividad más amplia, inevitablemente, sienten los efectos de esa actividad; de ese hecho pueden resultar situaciones de conflicto, que no se puntualizan, necesariamente, en actos singulares y que, por lo tanto, no pueden ser correctamente evaluadas a través de una normativa que, tradicionalmente, se desarrolla a través de tales actos.

Este primer aspecto resulta con claridad de las hipótesis de receso previstas en el art. 2497 *quater* del Cód. Civil, especialmente en cuanto concierne a los incs. a) y c). En ellos está explícito el reconocimiento de que tanto la pertenencia de una sociedad a un grupo, como el cambio de objetivos de quien coordina y dirige el grupo pueden ser determinantes para caracterizar el sentido económico de la inversión en la sociedad.

Podría no ser demasiado audaz extraer de lo dicho una indicación para deducir, por vía interpretativa, la particular relevancia que asume el equilibrio del grupo, incluso para los socios de la sociedad que se pone en el vértice del grupo, particularmente a los fines de la normativa que rige la decisión por la cual se quiere "transformar" una sociedad operativa en una sociedad *holding*.

De cualquier modo, a los fines de cuanto interesa hasta ahora, es importante resaltar que el sentido del art. 2497 *quater* del Cód. Civil, al igual que en toda hipótesis de derecho del receso legislativamente reconocido, es sustancialmente imponer un costo para el cumplimiento de las operaciones consideradas; un costo en cierto modo artificial, pero que expresa la exigencia que la actividad de dirección y de coordinación del grupo tenga también en cuenta los intereses internos sobrepuestos.

Obsérvese, además, que la exclusión del derecho de receso en las sociedades por acciones cuando la adquisición ha sido en oferta pública (así lo dice expresamente el art. 2497 *quater* letra *c* del Cód. Civil (1), pero a una análoga solución se debería llegar en la hipótesis prevista en la letra *a*) (2), se explica por su rol alternativo a los fines de asegurar una salida (*exit*) (3) del socio. Sin embargo, nada impide considerar el diferente alcance de las dos técnicas: la oferta pública de adquisición, en definitiva, se convierte en una exigencia de igualdad de tratamiento en el mercado financiero y, por eso, es típica de la sociedad en la que participa; el derecho de receso, en cambio, mira los equilibrios internos de la sociedad y los intereses de los socios en razón del orden económico y organizativo.

Estos son los intereses que asumen relevancia y, hay que reafirmarlo, deben ser tenidos en cuenta por quien ejercita la actividad de dirección y coordinación del grupo.

Así se explica la tercera hipótesis de receso regulada en el art. 2497 *quater* del Cód. Civil, o sea, la prevista en la letra *b* (4). Se trata de un caso en el cual el desarrollo de la actividad, en concreto, ha devenido ilegítimo por perjudicar los intereses del socio, y también aquí, bien visto, se puede advertir una "alteración de las condiciones de riesgo" de la inversión en las sociedades que han sido superpuestas, no en el sentido, como en otras hipótesis, que resulta modificado el equilibrio empresarial en el cual la sociedad se encuentra y opera, sino en el sentido de que la actividad ha sido dirigida según

(1) Art. 2497 *quater*: "Derecho de receso. El socio de una sociedad sujeta a actividad de dirección y coordinación puede ejercer el derecho de receso, c) Al inicio y al cese de la actividad de dirección y coordinación, cuando no se trata de una sociedad por acciones en mercados regulados y se deriva una alteración de las condiciones del riesgo de la inversión, y no sea promovida por oferta pública de adquisición (N. del T.).

(2) Art. 2497 *quater* a): "Derecho de receso. El socio de una sociedad sujeta a actividad de dirección y coordinación puede ejercer el derecho de receso: a) Cuando la sociedad o el ente que ejercita la actividad de dirección y coordinación ha decidido una transformación que implica el cambio de su fin social, o ha decidido una modificación de su objeto social consintiendo el ejercicio de actividades que alteren de modo sensible y directo las condiciones económicas y patrimoniales de la sociedad sujeta a la actividad de dirección y coordinación. (N. del T.)

(3) En inglés, en el original. (N. del T.)

(4) Art. 2497 *quater* letra *b*. "Derecho de receso. El socio de una sociedad sujeta a actividad de dirección y coordinación puede ejercer el derecho de receso. b) Cuando a favor del socio se ha pronunciado, con decisión ejecutable, condena contra quien ejerce actividad de dirección y coordinación en el sentido del art. 2497; en tal caso, el derecho de receso puede ser ejercitado sólo por la participación total del socio. (N. del T.)

modos no conformes al principio de corrección consagrado en el art. 2497 del Cód. Civil, en términos, por tanto, diversos a los de las expectativas del mercado. Las hipótesis previstas en la disposición se distinguen, en definitiva, en cuanto individualizan, por un lado, operaciones de tal relevancia que pueden modificar estas expectativas y, por el otro, comportamientos que demuestran cómo tales expectativas, en concreto, se han visto frustradas.

Por otra parte, resultan claras las razones por las cuales la pertenencia de una sociedad a un grupo requiere específicas formas de publicidad (art. 2497 *bis* del Cód. Civil). La pertenencia individualiza una de las condiciones de riesgo de la inversión y, en general, determina las expectativas del mercado respecto al modo concreto de su actividad; por lo tanto, es lógico que tal situación sea informada al mercado de manera adecuada.

Desde una perspectiva más amplia, hasta se estaría tentado de observar una especie de "estatuto" particular de la sociedad del grupo que la distingue de la que opera aisladamente; indicios de tal estatuto serían los especiales mecanismos de publicidad y, especialmente, las previsiones especiales sobre específicas hipótesis de receso.

Piénsese, por ejemplo, en la hipótesis prevista en la letra *c* del art. 2497 *quater* del Cód. Civil que, en definitiva, contempla el supuesto de cambio de quien ejercita el control sobre la sociedad. Es una hipótesis que, salvo naturalmente el rol que podría desarrollar el principio de buena fe, por sí misma, por regla general, no es determinante, aunque es relevante en las sociedades por acciones tratándose de la normativa referida a la oferta pública de adquisición dada la exigencia de asegurar el principio de igualdad en el funcionamiento del mercado financiero. Sin embargo, en cualquier caso, es relevante directamente cuando resulta al inicio o a la cesación de una actividad de dirección y coordinación, o sea, en el momento de la incorporación o de la salida del grupo.

Por lo tanto, el cambio en la actividad de control y coordinación, *per se*, es considerado por la ley como un elemento determinante para los intereses de los socios; en alguna medida, y en cierto modo, es análogo a cuanto sucede en el caso previsto por el art. 2437 *quater* del Cód. Civil que reconoce el derecho de receso a los socios que no han concurrido a la decisión que comporta la exclusión de la cotización de las acciones en un mercado regulado, regla, esta última, que evidencia el especial "estatuto" de la sociedad por acciones.

También son significativos para las sociedades sometidas a la actividad de dirección y coordinación los vínculos impuestos por el art. 2497 del Cód.

y la exigencia prevista en el art. 2497 *ter* (5) referida a que las decisiones influenciadas por esa actividad tengan una motivación específica. Se trata de una exigencia que va más allá de la establecida en el art. 2391 del Cód. Civil que regula al "administrador interesado", pues se refiere no sólo a la acción de cada órgano social (y esto puede también verificarse en el contexto de lo normado por el art. 2373 del Cód. Civil (6), sino también a la necesidad de dejar en evidencia tanto los intereses externos a los de la sociedad singular que han influenciado la decisión, como los intereses propios de la misma sociedad que son consecuencia de su pertenencia al grupo.

En definitiva, se reconoce que tal participación puede contribuir a la definición en concreto del interés social, y alterarla, podría decirse, respecto a lo que resultaría si se considerase a la sociedad aisladamente. Se reconoce que es *fisiológico* (7) que en las opciones empresariales este aspecto también se tenga en cuenta.

Todo esto, hay que repetirlo, resulta confirmado por el resto de la normativa, que atribuye derecho de receso en el supuesto de "cesación de la actividad de dirección y coordinación" (ver la letra *c* del art. 2497 *quater* del Cód. Civil), una hipótesis en la cual la exigencia de la tutela aparece cuando la pertenencia al grupo se disminuye y, por lo tanto, no se trata evidentemente de salvaguardar la autonomía de la sociedad singular, sino de asumir que se ha modificado el contexto empresarial en el cual esa sociedad opera y que esto trae consecuencias respecto a las diversas perspectivas de quien ha efectuado una inversión.

Hay que agregar que tal contexto empresarial no es relevante sólo para los socios sino también para otros intereses, como son los de los acreedores. Por lo tanto, no es infrecuente que las letras de patrocinio con las cuales la "sociedad madre" asiste financieramente a la controlada contengan el deber de mantener la participación de la segunda en el grupo e, incluso, de informar al acreedor en caso de que tal participación disminuya.

(5) Art. 2497 *ter*: "Motivación de las decisiones. Las decisiones de la sociedad sujeta a actividad de dirección y coordinación, cuando sean influenciadas por ésta, deben ser analíticamente motivadas y deben contener indicaciones puntuales de las razones y de los intereses cuya valoración ha incidido en la decisión..." (N. del T.)

(6) El art. 2373 del Cód. Civil italiano lleva por título "Conflicto de intereses" y regula la decisión aprobada con el voto determinante de socios que, por cuenta propia o de terceros, tienen intereses en conflicto con los de la sociedad. (N. del T.)

(7) Como se verá más adelante, el autor, tal como lo hace frecuentemente la doctrina italiana, usa la palabra "fisiológico" como opuesto a "patológico"; en el texto se lo utiliza para indicar que es propio de las funciones ejercidas tener en cuenta los aspectos señalados. (N. del T.)

Es sintomático que el legislador y la práctica contractual reconozcan, en diversos aspectos, que en esa participación también pueden estar interesados los acreedores y los socios que no contribuyen a la actividad de dirección y coordinación, a punto tal que unos y otros buscan instrumentos para su tutela en el caso de cese de esa participación.

Naturalmente, el problema consiste en distinguir *fisiología* y *patología*. En efecto, es conocido y se trata de un aspecto evidenciado desde hace tiempo, que el sometimiento de una sociedad a una actividad de dirección y coordinación ofrece posibilidades concretas de perjuicio para intereses a los que no se les puede negar importancia, en particular, los de los socios llamados "externos", o sea, los socios extraños a esa actividad, y los de los acreedores.

Merecen ser resaltados los aspectos *específicos* del problema que lo distinguen de otras hipótesis en las cuales el poder de "gobierno" de la sociedad es atribuido según el principio mayoritario; en el caso del grupo está presente el riesgo de que quien ejercita el poder oriente las opciones en su propia y exclusiva ventaja, en detrimento de los demás, aspectos concretos a los cuales se requiere corresponder con instrumentos jurídicos específicos.

Fundamentalmente, se trata de todas aquellas circunstancias según las cuales cuando una sociedad participa en un grupo puede resultar racional una conducción no dirigida por criterios económicos, por cuanto las pérdidas que se derivan pueden estar compensadas por las ventajas conseguidas en otros sectores en los cuales el grupo opera; sin embargo, esta actividad puede traducirse en un perjuicio inmediato a los *acreedores* de la sociedad singular y a sus "*socios externos*".

En cuanto concierne a los primeros, el perjuicio resulta de debilitar uno de los elementos del equilibrio de la relación base entre acreedor y deudor; ambos sujetos están igualmente interesados en la integridad y el incremento del patrimonio del segundo; también es común el interés en su desarrollo proficuo.

Con referencia más específica a la sociedad de capitales, también debe recordarse que la justificación en términos de eficiencia del "poder" de los socios se conecta a su posición como *residual claimants* (8); esta posición hace racional la búsqueda de una maximización de los resultados económicos de la empresa y, por lo tanto, que también sean satisfechos los intereses de

(8) En inglés en el original. (N. del T.)

los acreedores (porque hasta que esto no sucede, tampoco los socios pueden conseguir su propia ventaja). Sin embargo, cuando la sociedad opera en el ámbito de un grupo, el objetivo puede no ser necesariamente el de maximizar los resultados de la sociedad singular sino los del grupo en su conjunto, y la consecuencia puede ser un perjuicio para los acreedores de la primera.

Debe subrayarse, entonces, que el problema no se presta para ser resuelto en el plano del análisis del acto singular perjudicial a la garantía patrimonial de los acreedores, como sucede, por ejemplo, con la normativa de la acción revocatoria. Esto es así por una doble razón: por un lado, la delineada situación de peligro y de eventual perjuicio concreto plantea, sobre todo, un problema de dirección de la *actividad*, que podría dar una orientación contrastante con la expectativa de una maximización de sus resultados económicos; por el otro, es posible la presencia de una operación singular que aisladamente pueda calificarse de perjudicial, pero la pertenencia al grupo puede presentar ventajas económicas en grado de equilibrar las consecuencias negativas.

Nuevamente en el plano de la actividad, el discurso es análogo para los socios "externos". Ciertamente, aquí el problema se presenta como un capítulo de la cuestión más general relativa a la dialéctica entre mayoría y minoría, porque la primera, que ejercita la actividad de dirección y coordinación, puede encontrar soluciones convenientes que son desventajosas para la sociedad, pero ventajosas para los propios intereses de otras sociedades del grupo (y esto en una situación en la cual las minorías no participan necesariamente de estas ventajas). La normativa específica sobre *conflicto de intereses* prevista en los arts. 2373 a 2391 del Cód. Civil también puede resultar inadecuada para la solución de los problemas que se presentan frente al cumplimiento de actos singulares.

En efecto, también aquí el perjuicio respecto al cual se busca tutela puede no estar referido a un acto singular, sino a la dirección general que se da a la actividad y, por lo tanto, la invalidez del acto puede no ser remedio adecuado. También aquí es posible que, en una consideración de conjunto de la actividad, el cumplimiento de actos singulares perjudiciales no excluya la adecuada satisfacción de los intereses de los socios "externos" (intereses que, además, justifican su derecho de receso cuando cesa la actividad de dirección y coordinación).

Es sintomático que el art. 2634 del Cód. Civil, normativa que regula aspectos penales del conflicto de intereses, excluya como *injusto* el "beneficio de la sociedad vinculada o del grupo que se compensa con las ventajas

conseguidas o fundadamente previsibles derivadas de la vinculación o de la pertenencia al grupo" (9).

En cualquier caso, los datos precedentes pueden servir para la comprensión del sentido de la normativa bajo tratamiento, o sea, el art. 2497 (10) del Cód. Civil, que prevé una hipótesis específica de responsabilidad referida al ejercicio de una actividad; es que las soluciones en términos de ineficacia o invalidez sólo se prestan para ser utilizadas respecto de actos singulares, tanto en cuanto concierne a la individualización de los comportamientos lesivos como en lo relativo a los criterios para la determinación del daño resarcible.

Estos aspectos se vinculan a una serie de cuestiones de la nueva normativa, algunas evidentes *per se*, y otras que requieren una profundización más atenta. En consecuencia, antes de toda labor tentativa de síntesis, puede ser oportuno proporcionar una especie de catálogo.

(9) El art. 2634 está ubicado en el Capítulo IV denominado "De otros ilícitos, de las circunstancias atenuantes de las medidas de seguridad patrimonial". El art. 2634 regula el delito de infidelidad patrimonial y establece: "Los administradores y directores generales y los liquidadores que teniendo un interés en conflicto con el de la sociedad, con el fin de procurarse para sí o para otro un provecho ilegítimo u otra ventaja, cumplan o concurren a decidir actos de disposición de los bienes sociales y causaren intencionalmente a la sociedad un daño patrimonial son penados con reclusión de seis meses a tres años. La misma pena se aplica si el hecho se ha cometido en relación a bienes poseídos o administrados por la sociedad por cuenta de terceros, causando a estos últimos un daño patrimonial. En cualquier caso no es injusto el provecho de la sociedad vinculada o del grupo si ha compensado ventajas conseguidas o fundadamente previsibles derivadas del vínculo o de la pertenencia al grupo. (N. del T.)

(10) Art. 2497: "Responsabilidad. La sociedad o los entes que, ejercitando actividad de dirección y coordinación de sociedades, actúen en el interés empresarial propio o de otro en violación a los principios de correcta gestión societaria y empresarial de las mismas sociedades, son directamente responsables frente a los socios de éstas por el perjuicio causado a la rentabilidad y al valor de la participación social y también frente a los acreedores sociales por la lesión causada a la integridad del patrimonio de la sociedad. No se es responsable cuando no hay daño a la luz del resultado total de la actividad de dirección y coordinación o es directamente inexistente como consecuencia de operaciones a él dirigidas.

Responde solidariamente cualquiera que haya tomado parte en el hecho lesivo y, en el límite de las ventajas conseguidas, quien conscientemente haya conseguido beneficios.

El socio y el acreedor social pueden accionar contra la sociedad o el ente que ejercita la actividad de dirección y coordinación sólo si no han sido reparados por la sociedad sujeta a la actividad de dirección y coordinación.

En caso de quiebra, liquidación coactiva administrativa y administración extraordinaria de sociedad sujetas a otras direcciones y coordinación, la acción que corresponde a los acreedores de ésta es ejercida por el síndico o el liquidador o por el comisario extraordinario. (N. del T.)

Así, en primer lugar, la referencia a la *actividad* es expresa cuando se precisa que no se es responsable cuando "falta el daño a la luz del *resultado completo de la actividad* de dirección y coordinación o el daño está integralmente eliminado como consecuencia de operaciones a ella dirigidas" (así lo dispone la segunda parte del primer párrafo del art. 2497). De tal modo, es inequívoca la prospectiva según la cual la acción resarcitoria en estudio no se justifica sobre la base de un acto singular perjudicial, sino que requiere estar fundada en una consideración completa sobre el modo como la actividad de dirección y de coordinación se ha desarrollado.

Obsérvese que, en este contexto, también resulta superada la opinión que pretende razonar interrogando sobre qué *medidas compensatorias* se adoptaron para evitar las consecuencias perjudiciales de los comportamientos eventualmente impuestos a una sociedad del grupo. En efecto, ésta es una opinión ciertamente no privada de fundamento empírico, y tal fundamento, en un último análisis, se refiere a la previsión de "operaciones" dirigidas a eliminar el daño. Sin embargo, en una visión general, no se puede dejar de tener en cuenta que no se trata tanto de confrontar operaciones perjudiciales singulares con otras ventajosas sino de evaluar en forma completa y unitaria las implicancias que para la sociedad se derivan de la superposición de la actividad de dirección y coordinación; no es una especie de compensación analítica entre partes activas y pasivas, sino una evaluación global, y por lo tanto *sintética*, de la actividad en su totalidad.

También en el nivel de la *actividad* encuentra sentido la precisión según la cual la conducta perjudicial se caracteriza por haber actuado *en el interés empresarial propio o de otro* (así lo dispone el primer párrafo del art. 2497 del Cód. Civil). De tal modo se resaltan las características específicas de los problemas del grupo, que no son simplemente aquellos comunes a toda sociedad en los que la acción sea desviada en consideración de intereses externos, sino los específicos, o sea, colocando tales intereses en una dimensión empresarial; por eso no es suficiente limitarse a reaccionar, como sucede con la normativa del conflicto de intereses, confrontando la conducta con el cumplimiento de los actos singulares; por el contrario, es necesario un remedio coherente con esa dimensión.

En definitiva, conforme el resto de la percepción empírica de la realidad de los grupos, la *fattispecie* (11) se califica porque coexiste una pluralidad

(11) Se ha conservado la palabra "fattispecie" en italiano, no sólo porque ha ganado carta de ciudadanía en el ámbito jurídico argentino, sino porque en español no hay una expresión que sirva para definir los hechos tenidos en consideración por la figura legal. (N. del T.)

de intereses empresariales, los referidos a la sociedad singular aislada-mente considerada, los de las otras empresas del grupo, y los del grupo en su totalidad. De allí un potencial conflicto entre unos y otros, y la exigencia que no resulten perjudicados los intereses de quienes, como los acreedores y los socios "externos", se apoyan sobre el rol de la sociedad como un "centro de ganancias" autónomo.

Incidentalmente, también cabe preguntarse si estas consideraciones no justificarían la utilización del principio consagrado por el art. 2497 del Cód. Civil a otras hipótesis, diversas en sus efectos de la técnica del grupo, pero en las cuales también se realiza una articulación de la actividad empresarial y se distinguen intereses relativos a diversos segmentos. Esto podría suceder respecto de los patrimonios destinados a un negocio específico, en los cuales (obviamente referido sólo a los intereses de los acreedores, pero en este aspecto la situación no se distingue de la constitución de una sociedad unipersonal, en la cual, igualmente, sólo podría hablarse de esos intereses y a cuya tutela no habría motivo para no aplicar directamente el art. 2497 del Cód. Civil) se plantea, en términos análogos, la cuestión de asegurar que la conducción del negocio no sea alterada por intereses externos.

Bien mirado, en ambas hipótesis, el perjuicio de los acreedores se refiere a la frustración de su expectativa a que la actividad (por ellos financiada y sobre la base de cuyo éxito económico puede resultar la satisfacción de su interés) sea correctamente desarrollada según criterios jurídicos y económicos que aseguren su autonomía como "centro de ganancia".

Probablemente, sea un indicio en tal sentido el art. 2447 *decies*, tercer párrafo letra *b* del Cód. Civil, que exige como condición para la separación patrimonial prevista en la norma la adopción de sistemas de recaudación y de contabilidad idóneos para reflejarla (12); en realidad, se trata de uno de los aspectos concretos a través de los cuales se hace efectiva la corrección de la actividad de gestión.

(12) El art. 2447 *decies* lleva por título "Financiamiento destinado a un negocio específico. El primer párrafo describe la figura, el segundo los requisitos que debe contener el contrato, y el tercero la formación de un patrimonio separado; en tal sentido dispone: "Los réditos de las operaciones constituyen un patrimonio separado de los de la sociedad y de los relativos a otras operaciones de financiamiento, a condición que: a) se deposite copia del contrato para su inscripción en el registro de la empresa; b) la sociedad adopte sistemas de descuento y contabilidad idóneos para individualizar, en todo momento, los réditos del negocio y tenerlos separados del resto del patrimonio de la sociedad...". (N. del T.)

En todo caso, volviendo a nuestro tema específico, puede observarse, además, que el sentido de la referencia a "un interés empresarial propio o ajeno" está ulteriormente reforzado por el modo en el cual el primer párrafo del art. 2497 del Cód. Civil individualiza a los sujetos pasivos de la acción resarcitoria allí prevista: *la sociedad o los entes* que ejercitan una actividad de dirección o de coordinación. En términos literales, y salvo cuanto se observará seguidamente, la expresión implica: excluir a las personas físicas de la aplicación directa de la norma; referirse a la hipótesis que ocurre más frecuentemente, cual es la de una sociedad que asume la posición de "sociedad madre" y, finalmente, considerar que el interés empresarial está, por definición, presente y no requiere de verificación específica.

De este modo, también se subraya que la cuestión no es la general y genérica de un conflicto entre mayoría y minoría o con los acreedores sociales.

Por otra parte, no faltan casos en los cuales, en concreto, también la persona física puede estar comprometida en la responsabilidad en cuestión. Este supuesto aparece explícito en el segundo párrafo del art. 2497 del Cód. Civil cuando afirma la responsabilidad solidaria de "cualquiera que haya tomado parte en el hecho lesivo y, en los límites de las ventajas obtenidas, de quien conscientemente haya obtenido beneficios". Se trata de una regla, repito, que debe ser entendida desde la perspectiva empresarial que caracteriza toda la disposición; o sea, en el sentido de que no consistiendo aquel "hecho lesivo" en un comportamiento singular sino en una actividad empresarial, la participación en el primero significa que, en concreto, se ha participado en la segunda; y también en el sentido de que "beneficio" no es el aprovechamiento genérico con daño a la sociedad, sino una "ventaja" también con las mismas características empresariales que definen el perjuicio cuya reparación la norma intenta proveer.

A este respecto, es significativa la distinción entre las dos hipótesis. Cuando la responsabilidad deriva de una participación en el "hecho lesivo", el deber social está dispuesto en plenitud y con referencia al daño resarcible integral; en cambio, cuando se explica por el "beneficio" que se ha recaudado, se agrega un comportamiento en un cierto sentido pasivo, porque opera sólo "en los límites de la ventaja conseguida".

En el segundo caso, la prospectiva parecería remitirse no tanto a la regla del art. 2055 del Cód. Civil sino al principio muy general del art. 2041 del

Cód. Civil (13). Además, parecería exigir un requisito más amplio al que la gestión del grupo empresarial se realice de modo de asegurar el equilibrio entre los diversos intereses comprometidos.

En definitiva, el enriquecimiento obtenido conscientemente como consecuencia de una gestión del grupo que resulta empresarialmente incorrecta es calificado, por sí mismo, de *injustificado*, con prescindencia de haber o no haber participado en la gestión.

Por otra parte, en este marco, uno se podría preguntar qué autonomía otorgar al supuesto tipificado en el primer párrafo de la disposición, norma que limita la figura subjetiva del autor a la *sociedad* o a *los entes*; preguntarse si la aplicación del segundo párrafo del art. 2497 del Cód. Civil presupone necesaria e íntegramente el primero, aun en sus referencias subjetivas o, por el contrario, de ese aspecto puede prescindirse (14).

Concretamente, la cuestión se plantea cuando uno se pregunta si y cómo es posible la responsabilidad de una persona física que "ha extraído conscientemente beneficios" por la gestión incorrecta de un grupo, en hipótesis en las cuales no es reconocible la responsabilidad a título de principal de una sociedad o de un ente. Pues bien, esto es posible en el caso de la llamada *persona física holding*, frecuentemente examinado por la doctrina y la jurisprudencia, cuando la dirección y coordinación de una pluralidad de sociedades está operada no valiéndose de una sociedad madre sino directamente de una persona física que participa en todas y controla a todas.

Se trata de una hipótesis en la cual, ciertamente, la letra del primer párrafo del art. 2497 del Cód. Civil impide tipificarla dentro del ilícito allí previsto, pero en la cual se concreta un caso de enriquecimiento que coincide con el supuesto que el segundo párrafo de la disposición define como "injustificado". De allí el problema de si, aun no siendo aplicable directamente el primer párrafo, hay, de cualquier modo, un espacio para la aplicación del segundo párrafo.

(13) El art. 2041 regula el enriquecimiento sin causa y el art. 2055 la responsabilidad solidaria en el ámbito de la responsabilidad extracontractual. (N. del T.)

(14) La pregunta del autor obedece a que el primer párrafo del art. 2497, después del título responsabilidad, dice: "Las sociedades o los entes que, ejercitando..." En cambio, el segundo párrafo dice: "Responde solidariamente cualquiera que haya tomado parte en el acto lesivo..." O sea, la pregunta del autor es si este segundo párrafo se remite "in totum" al primero, en cuyo caso sólo responderían las sociedades o los entes, y no las personas físicas, o por el contrario, de la hipótesis prevista en el segundo párrafo responde todo tipo de personas. (N. del T.)

Si no me engaño, todo depende del modo como se construye la responsabilidad dispuesta para este caso de enriquecimiento. Sin duda, la responsabilidad presupone que, objetivamente, se hayan realizado los comportamientos "incorrectos" mencionados en el primer párrafo, un nexo de causalidad entre ellos, y el enriquecimiento mismo; sin embargo, no se exige, desde un punto de vista subjetivo, que haya participado aquel a quien la responsabilidad viene impuesta, sino solamente que haya sido consciente. Pues bien, poner el acento sobre el primero o sobre el segundo aspecto podría inducir a una respuesta negativa o positiva a nuestro interrogante.

No puedo ocultar que se trata de una cuestión opinable y delicada; sin embargo, observaría que, en una valoración completa del sistema, quizás no sería del todo comprensible la solución que hiciera depender la responsabilidad por las ventajas conscientemente obtenidas como consecuencia del "hecho lesivo" de otro, de que sea o no imputable a una sociedad o ente, hasta el punto de excluirla aun cuando se sea directa o personalmente autor de ese hecho lesivo.

Si este punto fuese compartido, otras indicaciones no privadas de significado se derivarían en un tema que, más allá de todo tecnicismo, es siempre el telón de fondo de toda investigación que pretende esclarecer la eventual aplicación de la responsabilidad ex art. 2497 del Cód. Civil de la persona física que ejercita una actividad de dirección y coordinación, cual es el tema de la relación, al menos en el plano de la opción *ius* política, entre esa responsabilidad y la regla de la limitación de la responsabilidad del socio de una sociedad de capitales. En efecto, de esa solución resultaría un equilibrio que, retomando en cierto modo la tradición interpretativa, hace más fácil la superación de la regla cuando la gestión está a cargo del socio persona jurídica, y menos fácil cuando es una persona física; la regla podría sintetizarse del modo siguiente: si la actividad de dirección y coordinación está ejercitada por una sociedad o un ente, opera plenamente la responsabilidad dispuesta en la norma; en cambio, si la ejercita una persona física, está circunscripta a los límites de la ventaja conseguida; en consecuencia, no hay un pleno compromiso de su patrimonio personal, sino el deber de restituir aquello (en términos económicos) indebidamente sustraído a la sociedad.

De cualquier modo, retomando nuestro discurso general sobre el art. 2497 del Cód. Civil, es quizás superfluo subrayar el rol decisivo que asume el criterio tipológico utilizado por la norma con el fin de individualizar el "hecho lesivo" del cual surge la responsabilidad. En efecto, el artículo se refiere a una "violación del principio de correcta gestión societaria y empresarial

de la sociedad" y, de tal modo, requiere al doctrinario, y sobre todo a la jurisprudencia, construir un modelo que sirva de parámetro para tal juicio de corrección; el modelo, podría decirse, de la "buena sociedad madre" (15).

Está claro que esta construcción no puede realizarse en abstracto; hay que referirse a las prácticas de los sectores económicos interesados, y como siempre ocurre en la aplicación de las cláusulas generales, todo conduce, necesariamente, a la elaboración de una casuística jurisprudencial. Por eso, por el momento, sólo es posible una primera aproximación, principalmente hipotética.

Si este es el objetivo, hay un punto que quizás deba ser subrayado: que el "hecho lesivo", aquel que en buen derecho podría llamarse *el abuso* del poder de dirección y coordinación, no es relevante, sólo a los fines de la acción resarcitoria prevista en el primer párrafo del art. 2497 del Cód. Civil, sino, también, como causa que justifica el derecho de receso de los socios "externos" a la luz del art. 2497 *quater*, primer párrafo, letra *b* del Cód. Civil. Por eso, colocándolo en un plano homogéneo con las otras causas de receso, junto a ellas se induce una perspectiva que pone el tema de las "condiciones de riesgo" en el centro del análisis.

Puede ahora observarse lo siguiente: el legislador reconoce (y en cierto modo toma en cuenta la realidad) que la superposición de una sociedad y de una actividad de dirección y coordinación caracteriza en medida relevante su significado empresarial y, en consecuencia, las condiciones de riesgo de los inversores y, más en general, las expectativas de aquellos con quienes ella entra en contacto, a punto tal que consagra la tutela de los inversores con el derecho de receso cuando se verifican modificaciones sustanciales en el funcionamiento de la sociedad o del ente que ejercita la actividad de dirección o coordinación, o cuando se inicia o cesa tal actividad. Sin embargo, estas condiciones de riesgo y estas expectativas no se refieren sólo a la pertenencia al grupo y a las consecuencias que derivan para la perspectiva de los réditos de la sociedad, sino también a los modos en los cuales se administra en concreto; estos modos también pueden representar una alteración de tales condiciones y una frustración de aquellas expectativas.

En definitiva, limitándose a lo más evidente, tal pertenencia en algunos aspectos puede comportar una disminución de las posibilidades de ga-

(15) He traducido "capogruppo" con la expresión "sociedad madre" normalmente utilizada por la doctrina argentina y española. (N. del T.)

nancias (p. ej., en cuanto deriva una limitación de las opciones competitivas en el mercado), pero en otros puede significar un incremento (p. ej., creando sinergias productivas o asegurando o intentando el aprovisionamiento del necesario *input* o la alienación del *output*). Se trata de elementos que caracterizan el cálculo costo-beneficio de quien invierte en una sociedad del grupo y, por este motivo, sus modificaciones sustanciales justifican el reconocimiento del derecho de receso. No obstante, por este mismo motivo, una gestión empresarial orientada sólo a la imposición de aquellos costos sin perseguir los beneficios representa, en concreto, un factor de desequilibrio respecto de aquel cálculo, y altera las bases en consideración a las cuales éste se ha computado; de allí, el derecho de receso reconocido por el art. 2497 *quater*, primer párrafo, letra b) del Cód. Civil en términos homogéneos a aquellos previstos en las otras hipótesis.

Desde esta perspectiva se podría observar que la "violación de los principios de la correcta gestión societaria y empresarial" a la cual hace referencia el primer párrafo del art. 2497 del Cód. Civil, aplicable tanto a la pretensión resarcitoria allí prevista, como al derecho de receso, espera un desequilibrio similar; no se individualiza con referencia al cumplimiento de los actos singularmente perjudiciales, que en una lógica del grupo podría resultar justificado, y en un cierto modo son coherentes con la pertenencia a la sociedad (p. ej., en cuanto las razones de intercambios entre la sociedad del grupo no necesariamente coinciden con aquellos que resultarían de una libre negociación entre empresas independientes), sino a la circunstancia que su condición compleja le cierra la posibilidad de operar como "centro autónomo de beneficio" en el contexto dado por tal pertenencia.

Esta es, en definitiva, la expectativa de los socios y de los acreedores, más ampliamente la del mercado, que la normativa en examen intenta tutelar: efectivamente, que la sociedad del grupo, aunque con modalidad diversa a la de una sociedad independiente, opere como un "centro de ganancias".

Para los acreedores, se trata de la constatación que la sujeción a una actividad de dirección y coordinación puede alterar, desde su punto de vista, las razones que justifican en término de eficiencia el "poder de los socios" (y desde este punto de vista no interesa si son de la mayoría o, como sucede en la sociedad unipersonal, de su totalidad); la circunstancia de que éstos asuman la posición de *residual claimants* (16) no excluye la eventualidad, porque pueden obtener su ventaja económica a través de una conducción em-

(16) En inglés en el original. (N. del T.)

presarial que no sólo "externalice" el riesgo intrínsecamente presente en la empresa a la que le dieron crédito, sino que lo agrave, por así decirlo, sobrecargándolo de otros segmentos de la actividad del grupo.

Para los socios "externos", evidentemente y como consecuencia de estas mismas consideraciones, se trata de la tutela en concreto de las razones de su inversión.

En este sentido, el primer párrafo del art. 2497 del Cód. Civil especifica las características del daño resarcible que, respecto a los acreedores, se refiere a la "*lesión causada a la integridad del patrimonio de la sociedad*", y con relación a los socios, al "*perjuicio causado a la rentabilidad y al valor de la participación social*".

En cuanto al primer aspecto, hay una sustancial coincidencia de contenidos con la tutela general prevista para los acreedores sociales por el art. 2394 del Cód. Civil (17); sin embargo, existe una diferencia sustancial, cual es que para el 2394 la *fattispecie* dañosa está individualizada como el comportamiento de los administradores que violan deberes inherentes a su cargo; en cambio, en el art. 2497 se consideran las consecuencias negativas que bajo la dirección de la actividad podrían derivarse de la interferencia con otros intereses empresariales, y, consecuentemente, se ponen a cargo de quien con su obrar de dirección y coordinación ha inducido a tal interferencia.

En cuanto a los socios "externos", la tutela se refiere, en cambio, como he dicho, a las razones de sus inversiones, y se puntualiza en las expectativas de rédito y de salvaguardia del capital invertido; se trata de una tutela reconocida por vía *directa*, en el sentido que el daño le será directamente resarcido, bajo este aspecto, en términos que podrían evocar el caso regulado por el art. 2395 del Cód. Civil (18).

Por otro lado, está claro que los comportamientos en presencia de los cuales el art. 2497 del Cód. Civil reconoce tal acción resarcitoria podrían

(17) El art. 2394 dice: "Responsabilidad hacia los acreedores sociales. Los administradores responden hacia los acreedores sociales por la inobservancia de los deberes inherentes a la conservación de la integridad del patrimonio social..." (N. del T.)

(18) El art. 2395 del Cód. Civil dispone: "Acciones individuales del socio y del tercero: Las disposiciones de los artículos precedentes no perjudican el derecho al resarcimiento del daño correspondiente al socio individual o al tercero que han sido directamente dañados por un acto culposo o doloso de los administradores..." (N. del T.)

colocarse esencialmente en la órbita de las acciones previstas en los arts. 2393 y 2393 bis del Cód. Civil (19); en efecto, el perjuicio a los socios considerado por el primero se refiere a los resultados que ellos podrían haber obtenido por su participación en la sociedad, en términos de rédito y de capital, y fundamentalmente, como *consecuencia* de los éxitos económicos de la actividad social a los que podría haber conducido una "correcta" gestión de la actividad social.

La acción prevista por el art. 2497 del Cód. Civil se caracteriza así, en términos de relevante *novedad* respecto al sistema precedente, y de esa novedad resulta un difícil problema de encuadramiento al que en este momento, de valoración preliminar y en un cierto sentido, de mera prognosis, es posible dedicarle sólo algunas primeras impresiones.

El tema deriva de la constatación que ahora, al accionista le compete el ejercicio de tres nuevas acciones resarcitorias que se agregan a la tradicional prevista en el art. 2395 del Cód. Civil y se distinguen de aquella en cuanto tienen causa en un diverso modo de actuar, que mira no sólo la esfera individual de quien actúa, sino la meta-individual de la sociedad; se trata de las acciones previstas por los arts. 2393 bis, 2377 y 2497 del Cód. Civil. En efecto, de todas ellas puede decirse que son medios de tutela de la inversión accionaria y todas apuntan a los comportamientos que de varios modos se refieren al curso de la actividad social. Sin embargo, la cuestión es señalar los diversos aspectos y contextos que caracterizan estas acciones que protegen diferentes intereses.

Como ya se ha adelantado, el art. 2393 bis del Cód. Civil afronta un problema de relaciones entre el grupo de socios en cuanto *residual claimants* y, podría decirse, como "propietarios de la sociedad", y aquellos que asumen el encargo profesional de su gestión; cuando estos vínculos entran en crisis, estos conflictos se resuelven reconociendo legitimación no sólo a la mayoría, sino también a una parte cualificada de los socios, aquella que participa en medida tal de expresar un interés dirigido directamente a los temas de la gestión empresarial de la sociedad. Por eso, no se trata de un interés de tipo individual que, por lo tanto, corresponde a una posición específica de aquellos que accionan, sino de un interés entendido como común al grupo entero de los socios; por este motivo, la eventual condena al resarcimiento favorece a la sociedad, pues de otro modo se sustraerían valores del grupo.

(19) Los arts. 2393 y 2393 bis regulan la acción social de responsabilidad y la acción social de responsabilidad ejercitada por los socios. (N. del T.)

Desde este punto de vista, las acciones resarcitorias previstas en los arts. 2377 (20) y 2497 del Cód. Civil se contraponen netamente a la normada por el art. 2393 bis del Cód. Civil. En efecto, las primeras se reconocen a los socios que, por la dimensión de su participación o por su posición de socios "externos" en una sociedad de grupo, expresan un interés que se dirige siempre a los problemas de administración de la sociedad, pero con repercusión sobre las propias economías individuales; por eso, es común que la eventual condena al resarcimiento vaya directamente en su ventaja. Sin embargo, son diferentes en su contenido y en cuanto al "hecho lesivo", y consecuentemente, en su ámbito de aplicación.

En el caso del art. 2377 del Cód. Civil, el interés del socio está tutelado por el perjuicio sufrido en ocasión de un acto singular, como consecuencia de la ilegitimidad de la decisión de una asamblea. El problema es verificar de qué modo los efectos negativos repercuten sobre la posición *individual* del socio, y a estos fines específicos no tienen relevancia los eventuales reflejos sobre la actividad social; así, por recordar un ejemplo, una deliberación ilegítima de aumento de capital social puede ser considerada por la licuación que ella produce en el valor de las participaciones accionarias y no por la utilidad o inutilidad en el plano financiero de la sociedad.

En cambio, en el caso del art. 2497, como se ha dicho muchas veces, la prospectiva es la de la *actividad* general; el "hecho lesivo" apunta al modo como viene conducida la actividad de dirección y coordinación, y el perjuicio es el concerniente a sus reflejos sobre la actividad social. Sin embargo, esos perjuicios no pueden ser considerados en cuanto tales, como sucede en el caso del art. 2393 bis del Cód. Civil, sino por el modo como se reflejan en la posición del individuo; en definitiva, se consideran desde un punto de vista parcial.

De tal modo, se advierte el peculiar equilibrio de intereses que caracteriza a la sociedad de un grupo; su actividad es para algunos socios, aquellos que ejercitan la actividad de dirección y coordinación, esencialmente *instrumental* para la finalidad de las acciones del grupo; en cambio, para otros socios, los "externos", es el parámetro del cual resultan los éxitos económicos de su inversión. De allí que cuando los segundos son ilegítimamente perjudicados como consecuencia de opciones respecto de esta finalidad, no se trata tanto de tutelar un interés común cuanto de proveer una reparación a la lesión causada.

[20] El art. 2377 regula la anulabilidad de las decisiones de la asamblea. (N. del T.)

Se podría decir que, a diferencia de la sociedad aislada, en la sociedad del grupo no se coloca en el primer plano la exigencia de salvaguardar la actividad en cuanto tal y por las consecuencias que derivan para la generalidad de los socios; en este tipo de sociedad, en ese primer plano está la exigencia de tutelar a los que han invertido, los socios "externos", y no a aquellos que ejercitando la actividad de dirección y coordinación y utilizando a la sociedad misma instrumentalmente, pueden satisfacer sus intereses económicos de otro modo.

En este sentido, se comprende la singular disposición del párrafo tercero del art. 2497 del Cód. Civil según el cual "el socio y el acreedor pueden accionar contra la sociedad o el ente que ejercita la actividad de dirección y coordinación *sólo si no han sido satisfechos por la sociedad sujeta a la actividad de dirección y coordinación*". Si no me engaño, esta solución asume una diversa aplicación en cuanto concierne la posición de los socios y de los acreedores.

Para los socios, la norma prevé la eventualidad de que los recursos económicos para reparar el perjuicio sufrido por el socio externo sean recaudados del patrimonio de la sociedad en la cual participa, la sociedad que en definitiva ha sufrido el perjuicio. Esta solución resultaría absolutamente extravagante si no se considerase la dialéctica entre los socios, desde que no se trata de tutelar a la sociedad en cuanto tal, sino sólo los intereses externos al grupo.

Respecto de los segundos, en cambio, se trata de intereses que atienden, exclusivamente, a la "integridad del patrimonio de la sociedad". Por eso, es comprensible que mientras este patrimonio es suficiente para la salvaguardia de los socios no hay espacio para una acción resarcitoria en contra de quien ejercita la actividad de dirección y coordinación.

De todo esto resulta la siguiente prospectiva de síntesis: la actividad de dirección y coordinación puede desarrollarse legítimamente utilizando la sociedad en modo instrumental; también puede utilizar los recursos económicos de la misma a los fines de "compensar" a los socios "externos" de las alteraciones que se producen respecto a las expectativas que ellos tenían en la base de su inversión; sin embargo, obviamente, tal solución tiene un límite: que el patrimonio pueda satisfacer los derechos de los acreedores. En concreto, todo esto significa que las atribuciones patrimoniales de la sociedad a los socios pueden acaecer con tales límites, según criterios diversos, y que tienen en miras la medida proporcional de su

participación; tienen así en cuenta el diferente significado *cualitativo* que asume la sociedad en el grupo y, bajo este aspecto, podría agregarse en un discurso muy general, que abandona la perspectiva formal del interés "común de los socios". Obsérvese también que, de tal modo, en cuanto concierne a los vínculos entre los socios, se tiene en cuenta que la actividad de dirección y coordinación implica estructuralmente el surgimiento de intereses extrasocietarios y, por eso, aparecen problemas que, como sucede con la técnica resarcitoria, reclaman soluciones hasta extrasocietarias. Se diferencia así de cuanto sucede con la sociedad aisladamente considerada donde tal surgimiento es sólo ocasional, y donde, por lo tanto, salvo lo que puede suceder como consecuencia del cumplimiento de actos singulares (p. ej., la acción resarcitoria prevista por el art. 2377 del Cód. Civil, especie en relación a la hipótesis de anulabilidad de la decisión tomada con el voto determinante de los socios en conflicto de intereses, normada por el art. 2373 del Cód. Civil) la solución de los conflictos endosocietarios puede ser encontrada en el interno de la sociedad.

Finalmente, analizada la temática del grupo en el plano de la *actividad* de dirección y coordinación, resulta comprensible la opción del legislador de no definirla en términos de *fattispecie* ni en el plano de situaciones jurídicas subjetivas que no permitan su desarrollo.

En efecto, la dimensión de la actividad no se elige sobre la base de una consideración empírica de uno o más comportamientos sino reconociendo, en términos ahora *valorables*, el diseño unitario que expresa en forma completa; tampoco se elige sobre la base de una situación jurídica subjetiva que consienta este ejercicio; debe ser comprendida en el plano *dinámico* que le es propio, y no en el estático que resultaría de un discurso en términos de los derechos.

Ciertamente, a la base de la actividad de dirección y coordinación es posible individualizar una posición de "poder", pero a los fines de la relevancia jurídica de los problemas que aparecen no interesa la titularidad del poder sino la circunstancia que ese poder sea concretamente ejercitado según modos que justifican una valoración en términos de actividad.

No puede sorprender que, en definitiva, la perspectiva sea análoga a la de la actividad del empresario, que resulta igualmente de un juicio de relevancia de parte del ordenamiento y que, por un lado, tampoco exige, necesariamente, una situación jurídica subjetiva del sujeto, y por el otro, no puede ser descripta a través de esa situación.

Por eso, se comprende que el primer párrafo del art. 2497 *sexies* (21) del Cód. Civil encuentre en la situación de control razones para una mera presunción de la actividad de dirección y coordinación, en cuanto el control representa, por sí mismo, una situación estática que justifica límites al cumplimiento de operaciones como las previstas en los arts. 2359 y sigtes. del Cód. Civil, u obligaciones informativas, como las que fundan la exigencia de la formación de un balance consolidado, pero no, en todo caso, el aspecto dinámico que se reconoce en aquella actividad.

Se entiende también la previsión del segundo párrafo del art. 2497 *sexies* donde se considera que la eventualidad que ésta sea ejercitada "sobre la base de un contrato con la sociedad misma o por una cláusula de su estatuto" no necesariamente implica la validez, en cualquier hipótesis, de los contratos o de cláusulas de este tipo.

En definitiva, la situación es nuevamente análoga a cuanto sucede con la actividad del empresario, reconocible aun en presencia de un juicio negativo de parte del ordenamiento, en mérito a la legitimidad de la posición jurídica del sujeto que la desarrolla (como sucede, por ejemplo, en el caso de usurpación de la hacienda). ♦

(21) El art. 2497 *sexies* dice: "Presunciones: A los fines de cuanto está previsto en el presente Capítulo, se presume, salvo prueba en contrario, que la actividad de dirección y coordinación de la sociedad es ejercitada por la sociedad o el ente obligado a la consolidación de su balance o por quien la controla en el sentido del art. 2359. (N. del T.)

I GRUPPI NELLA RIFORMA ITALIANA DEL DIRITTO SOCIETARIO

POR CARLO ANGELICI

Non credo vi sia bisogno di sottolineare la mia gratitudine per l'onore che mi si è fatto di ammettermi come membro corrispondente in questa prestigiosa Accademia: i nomi stessi di coloro che vi partecipano mi rendono pienamente consapevole di quanto tale onore sia da me immeritato e di quanto esso sia dovuto alla benevolenza di amici e colleghi. Permettetemi soltanto di esprimermi i sensi della mia sincera amicizia, di comunicarvi la piacevole sensazione di non trovarmi all'estero, ma in un ambiente culturale e personale di cui non posso non sentirmi partecipe.

Ma è il momento di passare ad una trattazione del tema oggetto del mio intervento: quello concernente la disciplina che la riforma italiana del diritto societario, il d. lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, (entrato in vigore il 1° gennaio 2004) ha dettato in materia di gruppi di società; una disciplina in virtù della quale si è inserito nel codice civile un nuovo Capo IX del Titolo V del Libro V riguardante l'attività di *direzione e coordinamento di società* (artt. 2497-2497 *sexies* cod. civ.).

Per comprenderne il senso, dovendosi qui muovere necessariamente sul piano di un'analisi complessiva e non potendosi non prescindere da considerazioni eccessivamente analitiche, penso possa essere utile punto di partenza un sintetico richiamo delle *specifiche* ragioni per cui la fenomenologia dei gruppi di società ha richiesto una considerazione ad hoc da parte del legislatore.

Il tema può essere illustrato muovendo dalla diffusa formula, ormai tralattata, che vede nel gruppo una tecnica organizzativa dell'impresa caratterizzata dalla sua articolazione in una pluralità di centri giuridicamente autonomi. Tale articolazione è senza dubbio pienamente legittima ed ora anzi

l'ordinamento, come avviene nella nuova disciplina della società unipersonale e dei patrimoni destinati ad uno specifico affare, ha accresciuto le tecniche giuridiche utilizzabili. Essa però pone una serie di problemi che non possono essere compiutamente affrontati mediante la consueta valutazione di singoli comportamenti, ma richiedono una considerazione complessiva dell'assetto d'interessi che ne risulta: ciò fondamentalmente in quanto le posizioni economiche di coloro che sono interessati ad uno soltanto di quei "centri" risentono inevitabilmente della circostanza che esso partecipa ad una più ampia attività; ed in quanto ne possono risultare situazioni di conflitto le quali, proprio perché non necessariamente puntualizzate in singoli atti, malamente si prestano ad essere valutate con una disciplina che ad essi invece tradizionalmente si volge.

Il primo aspetto risulta con chiarezza dalle ipotesi di recesso previste nell'art. 2497 *quater* cod. civ., specie per quanto concerne quelle di cui alle lettere *a* e *c*. Esplicito è in esse il riconoscimento che sia l'appartenenza di una società ad un gruppo sia il mutamento di obiettivi di chi il gruppo coordina e dirige possono rilevare al fine di caratterizzare il senso economico dell'investimento nella società medesima.

Si è osservato del resto che potrebbe non essere azzardato trarre da ciò un'indicazione per dedurre in via interpretativa una particolare rilevanza dell'assetto di gruppo anche per i soci della società che si pone al suo vertice: così, in particolare, ai fini della disciplina della decisione con cui la si vuole "trasformare" da società operativa in società *holding*.

Comunque, ai fini di quanto ora interessa, importante è sottolineare come nei casi richiamati il senso dell'art. 2497 *quater* cod. civ. sia sostanzialmente, come in ogni ipotesi di diritto di recesso legislativamente riconosciuto, quello di imporre un costo per il compimento delle operazioni considerate: un costo in certo modo artificiale, ma che esprime l'esigenza che nell'attività di direzione e coordinamento del gruppo si tenga conto anche degli interessi interni alle società che le sono sottoposte.

Osserverei anzi che, se nelle società quotate la promozione di un'offerta pubblica d'acquisto esclude il diritto di recesso (così espressamente la lettera *c* dell'art. 2497 *quater* cod. civ.; ma ad analoga soluzione riterrei si debba pervenire nell'ipotesi in cui, pur senza obbligo, essa venga promossa nel caso di cui alla lettera *a*), ciò si spiega per il loro ruolo alternativo al fine di assicurare un exit del socio. Non impedisce però di considerare la differente portata delle due tecniche: l'offerta pubblica di acquisto,

che si volge in definitiva ad un'esigenza di parità di trattamento sul mercato finanziario, perciò appunto tipica delle società che vi partecipano; il diritto di recesso, che riguarda invece gli equilibri interni alla società e gli interessi dei soci in merito al suo assetto economico ed organizzativo.

Sono questi interessi che assumono rilievo ed anche di essi, occorre ribadirlo, deve tener conto chi esercita l'attività di direzione e coordinamento del gruppo.

Così si spiega la terza ipotesi di recesso prevista dall'art. 2497 *quater* cod. civ., quella di cui alla lettera b. Si tratta di un caso in cui lo svolgimento di tale attività è avvenuto in concreto illegittimamente pregiudicando quegli interessi ed anche qui, a ben guardare, si può discorrere di una "alterazione delle condizioni di rischio" dell'investimento nelle società che le sono sottoposte: non nel senso, come nelle altre ipotesi, che ne risulta modificato l'assetto imprenditoriale in cui la società si trova ad operare, ma in quello che la sua attività è stata diretta secondo modi non conformi al principio di correttezza affermato dall'art. 2497 cod. civ., in termini quindi diversi dalle aspettative del mercato. Le ipotesi previste dalla disposizione si distinguono in definitiva in quanto da un lato individuano operazioni di rilevanza tale da modificare queste aspettative, dall'altro comportamenti che dimostrano come tali aspettative siano in concreto andate deluse.

Risultano chiare d'altra parte le ragioni per cui l'appartenenza di una società ad un gruppo richiede specifiche forme di pubblicità (v. l'art. 2497 *bis* cod. civ.). Essa individua una delle condizioni di rischio dell'investimento e più in generale rileva nel determinare le aspettative del mercato riguardo ai modi concreti della sua attività: logico è perciò che di tale situazione sia fornita al mercato adeguata informazione.

Si sarebbe anzi tentati di osservare, su un piano più ampio, che ne deriva una sorta di "statuto" particolare della società di gruppo, che la distingue da quella che opera isolatamente. Di ciò rappresentano un indice sia la predisposizione di appositi meccanismi pubblicitari sia, e soprattutto, la previsione di specifiche ipotesi di recesso.

Si pensi per esempio all'ipotesi di cui alla lettera c dell'art. 2497 *quater* cod. civ., in definitiva il mutamento di chi esercita il controllo sulla società. Essa è un'ipotesi che in via generale di per sé non rileva, salvo naturalmente il ruolo che potrebbe svolgere il principio generale di buona fede, nelle società non quotate; rileva invece in quelle quotate, ai fini della dis-

ciplina dell'offerta pubblica di acquisto e per l'esigenza di assicurare un principio di uguaglianza nel funzionamento del mercato finanziario; ma rileva direttamente, in ogni caso, quando ne risulta l'inizio o la cessazione di un'attività di direzione e coordinamento, in definitiva l'inserimento in un gruppo o l'uscita dal medesimo.

Tali vicende sono perciò, *di per sé*, considerate rilevanti per gli interessi dei soci: in modo in certa misura analogo a quanto avviene nel caso di recesso disciplinato dall'art. 2437 *quater* cod. civ., quando esso viene riconosciuto ai soci che non hanno concorso alla deliberazione che comporta l'esclusione della quotazione delle azioni in un mercato regolamentato: una regola, quest'ultima, che pure evidenzia lo speciale "statuto" delle società quotate.

Significativi sono ancora, per quanto concerne le società sottoposte ad attività di direzione e coordinamento, sia i vincoli posti con l'art. 2497 cod. civ. sia l'esigenza di una specifica motivazione per le decisioni "da questa influenzate". Un'esigenza che va ben al di là di quella presente nella disciplina dell'art. 2391 cod. civ. in tema di "amministratore interessato": non solo in quanto riguarda l'azione di ogni organo sociale (e può rilevare quindi anche nel contesto disciplinato dall'art. 2373 cod. civ.), ma anche in quanto concerne la necessità di evidenziare sia gli interessi esterni rispetto a quelli della singola società che ne hanno influenzato la decisione sia gli interessi che della società medesima sono propri in conseguenza della sua partecipazione ad un gruppo.

Si riconosce, in definitiva, che tale partecipazione può contribuire alla definizione in concreto dell'interesse sociale, ad alterarla, se si vuol dire, rispetto a quanto risulterebbe da una considerazione isolata della società. Si riconosce essere fisiologico che nelle sue scelte imprenditoriali anche di ciò si tenga conto.

Che sia così sembra del resto chiaramente confermato, occorre ribadirlo, dalla soluzione che attribuisce il diritto di recesso anche nel caso di "cessazione dell'attività di direzione e coordinamento" (v. ancora la lettera c dell'art. 2497 *quater* cod. civ.): un'ipotesi nella quale l'esigenza di tutela si pone quando viene meno l'appartenenza al gruppo e quando pertanto non si tratta evidentemente di salvaguardare l'autonomia della singola società, bensì di prendere atto che si è modificato il contesto imprenditoriale nel quale essa opera e trarne le conseguenze con riferimento alle diverse prospettive che ne derivano per chi ha effettuato l'investimento.

È anche da aggiungere che tale contesto imprenditoriale non rileva soltanto per i soci, ma pure per altri interessi come quelli dei creditori. Perciò non di rado le lettere di *patronage* con cui le società "capogruppo" assistono finanziariamente quelle da esse controllate contengono l'impegno a mantenere la partecipazione della seconde al gruppo e comunque ad informare il creditore nel caso che essa venga meno.

Sintomatico è che il legislatore da un lato e la prassi contrattuale dall'altro riconoscano, sotto diversi aspetti, che tale partecipazione può corrispondere anche ad un interesse dei soci che non contribuiscono all'attività di direzione e coordinamento e dei creditori: al punto che l'uno e l'altra ricercano strumenti di loro tutela nel caso di sua cessazione.

Il problema è naturalmente quello di distinguere tra *fisiologia* e *patologia*. Noto è infatti, e si tratta del profilo da più tempo evidenziato, che la sottoposizione di una società ad un'attività di direzione e coordinamento offre concrete possibilità di pregiudizio per interessi cui non si potrebbe negare rilievo, quelli in particolare dei soci cc. dd. "esterni", i soci cioè estranei a tale attività, e dei creditori.

Meritano di essere sottolineati gli aspetti *specifici* del problema, che lo distinguono rispetto ad ogni ipotesi in cui il potere di "governo" della società è attribuito secondo il principio maggioritario ed è presente quindi il rischio che chi lo esercita ne orienti le scelte a proprio esclusivo vantaggio ed a detrimento degli altri. Aspetti specifici i quali richiedono corrispondentemente una specificità degli strumenti giuridici di soluzione.

Si tratta fondamentalmente della circostanza che quando una società partecipa ad un gruppo può risultare razionale una sua conduzione non improntata a criteri di economicità: in quanto le perdite che ne derivano possono essere compensate dai vantaggi conseguiti in altri settori in cui il gruppo opera. Il che può tradursi in un immediato pregiudizio dei creditori della singola società e dei suoi soci "esterni".

Ne risulta infatti, per quanto concerne i primi, il venir meno di uno degli elementi dell'equilibrio alla base del rapporto tra creditore e debitore: che entrambi sono ugualmente interessati all'integrità ed incremento del patrimonio del secondo e che, quando esso svolge un'attività imprenditoriale, è ad essi comune l'interesse ad un suo proficuo andamento.

Con riferimento più specifico alle società di capitali deve anzi ricordarsi che la giustificazione in termini di efficienza del "potere" dei soci si rinviene nella

loro posizione quali *residual claimants*: la posizione che rende razionale la ricerca di una massimizzazione dei risultati economici dell'impresa e quindi in tal modo anche la soddisfazione degli interessi dei creditori (poiché, fin quando essa non avviene, neppure i soci medesimi possono conseguire il proprio vantaggio). Quando però la società opera nell'ambito di un gruppo, l'obiettivo può non essere necessariamente quello di massimizzare i risultati della singola società, bensì quelli del gruppo nella sua interezza, e ne può derivare di conseguenza un pregiudizio per i creditori della prima.

Vi è peraltro da sottolineare che il problema non si presta ad essere risolto sul piano dell'analisi di un singolo atto pregiudizievole della garanzia patrimoniale dei creditori, come per esempio avviene con la disciplina delle revocatorie. E ciò per una duplice ragione: in quanto la delineata situazione di pericolo ed il conseguente eventuale concreto pregiudizio pongono soprattutto un problema di direzione dell'*attività*, cui potrebbe essere dato un orientamento contrastante con l'aspettativa di una massimizzazione dei suoi risultati economici; ed in quanto è anche possibile, pur in presenza di singole operazioni che isolatamente potrebbero ritenersi pregiudizievoli, che la partecipazione al gruppo presenti vantaggi economici in grado di equilibrarne le conseguenze negative.

Analogo è il discorso, nuovamente sul piano dell'*attività*, con riferimento ai soci "esterni". Qui il problema si presenta certamente come un capitolo della più generale questione relativa alla dialettica tra maggioranza e minoranze: poiché la prima, che esercita l'*attività* di direzione e coordinamento, può trovare convenienti soluzioni svantaggiose per la società, ma vantaggiose per i propri interessi in altre società del gruppo (e ciò in una situazione in cui le minoranze a questi vantaggi non necessariamente partecipano). Ma anche qui può risultare non adeguata la soluzione che l'ordinamento predispone per l'ipotesi in cui tale tipo di problemi si presenta in relazione al compimento di un singolo atto, la disciplina in particolare del *conflitto d'interessi* prevista dagli artt. 2373 e 2391 cod. civ.

Pure qui infatti il pregiudizio, rispetto al quale si ricerca una tutela, può non essere riferibile ad un singolo atto, ma alla direzione generale che si è data all'*attività*, e può non essere adeguato rimedio quello di un'invalidità del primo. E pure qui è possibile che il compimento di singoli atti pregiudizievoli non escluda, in una considerazione appunto complessiva dell'*attività*, un'adeguata soddisfazione anche degli interessi dei soci "esterni" (gli interessi che del resto giustificano un loro diritto di recesso quando cessa l'*attività* di direzione e coordinamento).

Sintomatico è al riguardo che nella disciplina penalistica del conflitto d'interessi l'art. 2634 cod. civ. escluda ora che sia *ingiusto* "il profitto della società collegata o del gruppo, se compensato da vantaggi conseguiti o fondatamente prevedibili derivanti dal collegamento o dall'appartenenza al gruppo".

In ogni caso i precedenti cenni possono agevolare la comprensione del senso della disciplina specificamente dettata in argomento, quella dell'art. 2497 cod. civ. La quale si caratterizza per la previsione di una specifica ipotesi di *responsabilità*, poiché soluzioni in termini di inefficacia o invalidità non si presterebbero ad essere utilizzate se non con riferimento a singoli atti, e di una responsabilità riferita all'esercizio di un'*attività*: ciò sia per quanto concerne l'individuazione dei comportamenti lesivi sia con riferimento ai criteri per la determinazione del danno risarcibile.

Questi aspetti si colgono in una serie di profili della nuova disciplina, alcuni di prima evidenza ed altri che richiedono un più attento approfondimento. Opportuno può essere quindi, prima di ogni tentativo di sintesi, fornirne una catalogazione.

Esplicito è così, in primo luogo, il riferimento al piano dell'attività quando si precisa non esservi responsabilità nel caso in cui "il danno risulta mancante alle luce del *risultato complessivo dell'attività* di direzione e coordinamento ovvero integralmente eliminato anche a seguito di operazioni a ciò dirette" (così il primo comma della disposizione). Inequivocabile è in tal modo la prospettiva secondo cui l'azione risarcitoria in discorso non si giustifica sulla base di un singolo atto pregiudizievole, ma richiede di essere fondata su una considerazione complessiva del modo in cui è svolta l'attività di direzione e coordinamento.

Osserverei anzi che ne risulta un superamento pure della diffusa opinione la quale vuole ragionare nel nostro contesto soprattutto interrogandosi se e quali *misure compensative* sono state adottate per ovviare alle conseguenze pregiudizievoli dei comportamenti eventualmente in concreto imposti ad una società del gruppo. È questa in effetti un'opinione certamente non priva di fondamento empirico, ed a tale fondamento in ultima analisi si riferisce la previsione di "operazioni" dirette ad eliminare il danno. Essa però, in una visione generale, non può far trascurare che non tanto si tratta di confrontare singole operazioni pregiudizievoli con altre vantaggiose, quanto di valutare complessivamente ed unitariamente le implicazioni che per la società sono derivate dalla sottoposizione all'attività di direzione e coordinamento: non una sorta di analitica com-

pensazione tra partite attive e passive, bensì una valutazione globale, quindi *sintetica*, della complessiva attività.

Ancora sul piano dell'attività si coglie il senso della precisazione secondo cui la condotta pregiudizievole viene a caratterizzarsi in quanto si è agito *nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui* (così ancora il primo comma dell'art. 2497 cod. civ.). Si sottolineano così le specifiche caratteristiche del problema dei gruppi: che l'ipotesi non è semplicemente quella, in effetti comune ad ogni società, che la sua azione sia deviata per la considerazione di interessi esterni, ma quella appunto specifica in cui tali interessi si pongano in una dimensione imprenditoriale. Perciò non è sufficiente limitarsi a reagire, come avviene con la disciplina del conflitto d'interessi, nei confronti del compimento di singoli atti; necessario è invece un rimedio coerente con tale dimensione.

La fattispecie si qualifica in definitiva, conformemente del resto alla percezione empirica della realtà dei gruppi, in quanto coesiste una pluralità di interessi imprenditoriali, quello riferibile alla singola società isolatamente considerata e quelli delle altre imprese del gruppo, ed in definitiva del gruppo nel suo complesso. Da ciò un potenziale conflitto tra l'uno e gli altri; e da ciò l'esigenza che non ne risultino pregiudicati gli interessi, come quelli dei creditori o dei soci "esterni", che si puntualizzano sul ruolo della prima quale autonomo "centro di profitto".

Ci si potrebbe anzi incidentalmente chiedere se queste considerazioni non siano in grado di giustificare la proposta di un'utilizzazione del principio di diritto posto dall'art. 2497 cod. civ. anche per altre ipotesi, diverse in effetti da quella tecnica del gruppo, ma in cui ugualmente si realizza un'articolazione dell'attività imprenditoriale e si distinguono gli interessi riferibili ai suoi diversi segmenti. Ciò potrebbe avvenire riguardo ai patrimoni destinati ad uno specifico affare; e nei quali, riguardo ovviamente soltanto agli interessi dei creditori (ma sotto questo profilo la situazione non si distingue rispetto a quella della costituzione di una società unipersonale, in cui ugualmente soltanto di tali interessi potrebbe parlarsi ed a tutela dei quali non vi sarebbe motivo per non applicare, questa volta direttamente, l'art. 2497 cod. civ.), in termini analoghi si pone la questione di assicurare che la conduzione dell'affare non sia alterata dalla considerazione di interessi ad esso esterni.

In entrambe le ipotesi, a ben guardare, il pregiudizio dei creditori riguarda la delusione della loro aspettativa che l'attività da essi finanziata e sulla base dei cui esiti economici potrà risultare la loro soddisfazione sia co-

rettamente svolta, secondo appunto quei criteri giuridici ed economici che ne assicurano l'autonomia come "centro di profitto".

Ed è forse un indizio in tal senso che l'art. 2447 decies, terzo comma, lettera b, cod. civ., ponga come condizione per la separazione patrimoniale ivi prevista l'adozione di sistemi di incasso e contabilizzazione adeguati a rifletterla: uno degli aspetti concreti, in realtà, nei quali si realizza la correttezza dell'attività gestionale.

In ogni caso, tornando al nostro specifico tema, può inoltre osservarsi che il senso del riferimento ad un "interesse imprenditoriale proprio o altrui" è ulteriormente rafforzato dal modo in cui il primo comma dell'art. 2497 cod. civ. individua i soggetti passivi dell'azione risarcitoria ivi prevista: le *società o gli enti* che esercitano un'attività di direzione o coordinamento. Ciò significa, in termini letterali e salvo quanto si osserverà fra breve, escludere dalla diretta applicazione della norma le persone fisiche; ma significa anche, con tale riferimento all'ipotesi di più frequente ricorrenza, quella in cui è una società ad assumere la posizione di "capogruppo", considerare soggetti il cui interesse imprenditoriale è per definizione presente, non richiede uno specifico accertamento.

Anche in tal modo si sottolinea che la questione non è quella generale e generica di un conflitto tra maggioranza e minoranze o con i creditori sociali.

Non mancano d'altra parte i profili per cui in concreto anche la persona fisica può essere coinvolta nella responsabilità in discorso.

Ciò è esplicito nel secondo comma dell'art. 2497 cod. civ., ove si afferma la responsabilità solidale di "chi abbia comunque preso parte al fatto lesivo e, nei limiti del vantaggio conseguito, chi ne abbia consapevolmente tratto beneficio". Una regola la quale, riterrei, nuovamente deve essere intesa nella prospettiva imprenditoriale che caratterizza l'intera disposizione: nel senso cioè che, consistendo quel "fatto lesivo" non in singoli comportamenti, ma in un'attività appunto imprenditoriale, la partecipazione al primo significa che in concreto si è partecipato alla seconda; e nel senso che quel "beneficio" non è il generico approfittamento a danno della società, bensì un "vantaggio" anch'esso con le stesse caratteristiche imprenditoriali che definiscono il pregiudizio alla cui riparazione la norma intende provvedere.

Significativa è al riguardo la distinzione operata tra le due ipotesi. Quando la responsabilità deriva da una partecipazione al "fatto lesivo", l'obbligo solidale è disposto nella sua pienezza e con riferimento all'integrale dan-

no risarcibile; quando invece si spiega per il "beneficio" che se ne è ricavato, a seguito quindi di un atteggiamento in un certo senso passivo, esso opera soltanto "nei limiti del vantaggio conseguito".

La prospettiva parrebbe così richiamare, nel secondo caso, non tanto la regola dell'art. 2055 cod. civ., quanto il principio generalissimo dell'art. 2041 cod. civ. E sembrerebbe porre una più ampia esigenza che la gestione del gruppo imprenditoriale avvenga in modo da assicurare l'equilibrio tra i diversi interessi coinvolti.

In definitiva l'arricchimento consapevolmente ottenuto in conseguenza di una gestione del gruppo che risulti imprenditorialmente "scorretta" è ritenuto, a prescindere dalla circostanza che ad essa si sia partecipato, di per sé *ingiustificato*.

In questo quadro, d'altra parte, ci si potrebbe chiedere se e quale autonomia tale prospettiva sia in grado di assumere rispetto a quella che, nel primo comma della disposizione, tipizza una specifica ipotesi di illecito e ne circoscrive la figura soggettiva dell'autore a società od enti; chiedersi cioè se l'applicazione del secondo comma dell'art. 2497 cod. civ. presuppone necessariamente l'integrale realizzazione, pure nei suoi termini soggettivi, di quell'illecito o non possa anche avvenire a prescindere da essi.

La questione si pone concretamente quando ci si deve chiedere se e come sia possibile affermare la responsabilità di una persona fisica, che "abbia consapevolmente tratto beneficio" dalla gestione non corretta di un gruppo, in ipotesi nelle quali non sia riconoscibile la responsabilità a titolo principale di una società od ente. E riguarda soprattutto il caso spesso esaminato da dottrina e giurisprudenza della *c. d. persona fisica-holding*, quando cioè la direzione e coordinamento di una pluralità di società è operata non avvalendosi di una società capogruppo, ma direttamente da una persona fisica che a tutte partecipa e tutte controlla.

Si tratta di un'ipotesi in cui, certamente, la lettera del primo comma dell'art. 2497 cod. civ. impedisce di ravvisare la fattispecie di illecito ivi prevista; ma nella quale ugualmente si realizza un caso di arricchimento del tutto coincidente con quello che il secondo comma della disposizione definisce "ingiustificato". Da ciò il problema se, pur non potendo direttamente applicare il primo, vi sia comunque uno spazio per l'applicazione del secondo.

Tutto dipende, se non m'inganno, dal modo in cui si costruisce la responsabilità disposta per tale caso di arricchimento. Essa senza dubbio presuppone

che si siano oggettivamente realizzati i comportamenti "scorretti" individuati dal primo comma, un nesso di causalità tra essi e l'arricchimento medesimo; non richiede però, da un punto di vista soggettivo, che vi abbia partecipato colui cui la responsabilità viene imposta, ma soltanto che ne sia stato consapevole. Sicché porre l'accento sul primo o sul secondo aspetto potrebbe indurre ad una risposta negativa oppure positiva al nostro interrogativo.

Pur non potendosi nascondere l'opinabilità e delicatezza della questione, osserverei che non sarebbe forse del tutto comprensibile, in una valutazione complessiva del sistema, la soluzione che affermasse o negasse la responsabilità per i vantaggi consapevolmente ottenuti a seguito dell'altrui "fatto lesivo" a seconda che esso sia imputabile oppure no ad una società od ente; e ciò fino al punto di escluderla persino quando di quel "fatto lesivo" si è direttamente e personalmente autori.

Se tale rilievo potesse essere condiviso, ne deriverebbero inoltre indicazioni non prive di significato per un tema che, al di là di ogni tecnicismo, si pone comunque sullo sfondo di ogni indagine intesa a chiarire l'eventuale portata della responsabilità ex art. 2497 cod. civ. per la persona fisica che in concreto esercita un'attività di direzione e coordinamento; i rapporti, almeno sul piano delle scelte giuspolitiche, tra tale responsabilità e la regola della limitazione di responsabilità per il socio di società di capitali. Ne risulterebbe infatti un equilibrio il quale, in certo modo riprendendo la tradizione interpretativa che rende più agevole il superamento di questa regola quando a carico del socio persona giuridica e meno agevole nei confronti della persona fisica, potrebbe sintetizzarsi nel modo seguente: se l'attività di direzione e coordinamento è esercitata da una società o ente opera pienamente la responsabilità disposta dalla norma; se la esercita invece una persona fisica, essa è circoscritta nei limiti del vantaggio conseguito: quindi, non un pieno coinvolgimento dell'ulteriore suo patrimonio personale, ma l'obbligo di restituire quanto (in termini economici) indebitamente sottratto alla società.

Comunque, riprendendo il nostro discorso generale sulla disciplina dell'art. 2497 cod. civ., è forse superfluo sottolineare la portata decisiva che per essa assume il criterio *tipologico* utilizzato al fine di individuare il "fatto lesivo" da cui consegue la responsabilità. Ci si riferisce infatti ad una "violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale della società" e si chiede in tal modo all'interprete, in primo luogo evidentemente soprattutto alla giurisprudenza, di costruire un modello in grado di fungere da parametro per tale giudizio di correttezza, il modello, potrebbe dirsi, del "buon capogruppo".

Ed è chiaro che tale costruzione non può avvenire in astratto: essa impone un riferimento alle prassi dei settori economici interessati e necessariamente conduce, come sempre nell'applicazione di clausole generali, all'elaborazione di una casistica giurisprudenziale. Al momento è quindi possibile soltanto un discorso di primissima approssimazione e largamente ipotetico.

Se questo è l'obiettivo, un punto merita forse di essere sottolineato: che il "fatto lesivo", quello che potremmo a buon diritto chiamare l'abuso del potere di direzione e coordinamento, non rileva soltanto ai fini dell'azione risarcitoria prevista dal primo comma dell'art. 2497 cod. civ., ma anche, in virtù dell'art. 2497 *quater* primo comma, lettera b, cod. civ., come causa che giustifica il diritto di recesso dei soci "esterni". Esso perciò, collocandosi su un piano omogeneo con le altre cause di recesso, insieme ad esse induce ad una prospettiva che pone al centro dell'analisi il tema delle "condizioni di rischio".

Potrebbe allora osservarsi quanto segue. Il legislatore riconosce (in certo modo prende atto della realtà) che la sottoposizione di una società ad un'attività di direzione e coordinamento caratterizza in misura rilevante il suo significato imprenditoriale, quindi le condizioni di rischio degli investimenti in essa e più in generale le aspettative di coloro che con essa entrano in contatto: al punto che, quando si verificano sostanziali mutamenti nella funzione della società o ente che esercitano l'attività di direzione o coordinamento ovvero quando inizia o cessa tale attività, si pone l'esigenza di tutelare gli investitori con il diritto di recesso. Quelle condizioni di rischio però e quelle aspettative non riguardano soltanto l'appartenenza al gruppo e le implicazioni che ne derivano per le prospettive di reddito della società, ma anche i modi in cui in concreto esso viene gestito: pure questi possono rappresentare un'alterazione di tali condizioni ed una delusione quindi di quelle aspettative.

In definitiva, volendosi limitare all'aspetto più evidente, tale appartenenza può comportare una diminuzione delle possibilità di profitto (per esempio in quanto ne deriva una limitazione delle scelte concorrenziali sul mercato), ma anche sotto altri profili un loro incremento (creando per esempio sinergie produttive oppure assicurando o agevolando l'approvvigionamento del necessario *input* o l'alienazione dell'*output*). Si tratta perciò di elementi che caratterizzano il calcolo costi-benefici di chi investe in una società del gruppo e per questo motivo loro modificazioni sostanziali giustificano il riconoscimento del diritto di recesso. Ma per questo stesso motivo una gestione imprenditoriale orientata soltanto all'imposizione di quei costi senza il perseguimento di quei benefici ra-

ppresenta in concreto un fattore di squilibrio rispetto a quel calcolo, altera le basi in considerazioni delle quali esso è stato compiuto: da qui, in termini omogenei con quanto previsto nelle altre ipotesi, il diritto di recesso riconosciuto dall'art. 2497 *quater*, primo comma, lettera *b*, cod. civ.

In questa prospettiva si potrebbe osservare che la "violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale" cui fa riferimento il primo comma dell'art. 2497 cod. civ., proprio in quanto ne conseguono sia la pretesa risarcitoria ivi prevista sia un diritto di recesso, attiene soprattutto ad un siffatto squilibrio; non s'individui cioè con riferimento al compimento di singoli atti pregiudizievoli, che in una logica di gruppo potrebbero risultare giustificati e che in un certo modo sono coerenti con l'appartenenza ad esso della società (per esempio in quanto le ragioni di scambio tra le società del gruppo non necessariamente coincidono con quelle che risulterebbero da una libera negoziazione tra imprese indipendenti), bensì nella circostanza che la sua conduzione complessiva le preclude la possibilità di operare come autonomo "centro di profitto", sia pure nel contesto dato da tale appartenenza.

È questa in definitiva l'aspettativa dei soci e dei creditori, più ampiamente del mercato, che la disciplina in esame intende tutelare: appunto che la società del gruppo, anche se con modalità diverse da quelle della società "indipendente", operi come "centro di profitto".

Per i creditori si tratta della constatazione che la soggezione ad un'attività di direzione e coordinamento potrebbe alterare, dal loro punto di vista, le ragioni che giustificano in termini di efficienza il "potere" dei soci (e da questo punto di vista non interessa se della loro maggioranza oppure, come avviene nella società unipersonale, della loro totalità): la circostanza che essi assumono la posizione di *residual claimants* non esclude l'eventualità, poiché possono altrimenti ricavare il loro vantaggio economico, di una conduzione imprenditoriale la quale non soltanto "esternalizzi" il rischio intrinsecamente presente nell'impresa cui hanno fatto credito, ma lo aggravi per così dire sovraccaricandolo di quello relativo ad altri segmenti dell'attività di gruppo.

Per i soci "esterni" evidentemente si tratta, a seguito di queste stesse considerazioni, della tutela in concreto delle ragioni del loro investimento.

In questo senso il primo comma dell'art. 2497 cod. civ. specifica le caratteristiche del danno risarcibile: che per i creditori viene riferito alla "*lesione cagionata all'integrità del patrimonio della società*" e per i soci al "*pregiudizio arrecato alla redditività ed al valore della partecipazione sociale*".

Ne risulta, quanto al primo aspetto, una sostanziale coincidenza di contenuti con la tutela in via generale prevista per i creditori sociali dall'art. 2394 cod. civ. Con una differenza sostanziale però: che per quest'ultimo la fattispecie lesiva è individuata in comportamenti degli amministratori con cui vengono violati obblighi inerenti alla loro carica; mentre nell'art. 2497 cod. civ. si considerano le conseguenze negative che sulla direzione dell'attività potrebbero essere derivate dall'interferenza con altri interessi imprenditoriali, e le si pongono quindi a carico di chi con la sua opera di direzione e coordinamento ha indotto tale interferenza.

Per quanto riguarda i soci "esterni" la tutela riguarda invece, come detto, le ragioni del loro investimento, e si puntualizza sulle aspettative di reddito e di salvaguardia del capitale investito: una tutela che viene riconosciuta in via *diretta*, nel senso che il danno viene a loro direttamente risarcito, sotto questo profilo in termini che parrebbero evocare le vicende disciplinate dall'art. 2395 cod. civ.

È chiaro per un altro verso che i comportamenti in presenza dei quali l'art. 2497 cod. civ. riconosce tale azione risarcitoria potrebbero collocarsi essenzialmente nell'orbita delle azioni previste dagli artt. 2393 e 2393 *bis* cod. civ.: il pregiudizio dei soci considerato dal primo riguarda in effetti i risultati che in termini di reddito e di capitale essi avrebbero potuto ricavare *dalla* loro partecipazione alla società e fundamentalmente quindi come una conseguenza degli esiti economici, diversi da quelli cui avrebbe condotto una "corretta" gestione, dell'attività sociale.

L'azione prevista dall'art. 2497 cod. civ. si caratterizza così in termini di rilevante *novità* rispetto al precedente sistema. E ne risulta un difficile problema di inquadramento al quale in questo momento, in sede di valutazione preliminare ed in un certo senso prognostica, è possibile dedicare soltanto alcuni cenni di prima impressione.

Il tema deriva dalla constatazione che all'azionista compete ora l'esercizio di ben tre nuove azioni risarcitorie le quali si aggiungono a quella tradizionalmente prevista dall'art. 2395 cod. civ. e da essa si distinguono in quanto traggono causa in vario modo da vicende che non riguardano la sfera soltanto individuale di chi agisce, ma quella metaindividuale della società: le azioni previste dall'art. 2393 *bis* cod. civ., dall'art. 2377 cod. civ. e dall'art. 2497 cod. civ. Di tutte in effetti può dirsi che svolgono la funzione di mezzo di tutela dell'investimento azionario e tutte si puntualizzano su comportamenti che in vario modo riguardano l'andamento dell'attività

sociale. Il punto però da sottolineare è che ciò fanno sotto diversi profili ed in contesti caratterizzati da assetti d'interessi differenti.

L'art. 2393 bis cod. civ., come accennato, affronta un problema di rapporti tra il gruppo dei soci, in quanto *residual claimants* e se si vuol dire "proprietari" della società, e coloro che si assumono l'incarico professionale della sua gestione; e lo risolve, quando quei rapporti entrano in crisi, riconoscendo la legittimazione ad agire non solo alla maggioranza, ma anche ad una parte qualificata dei soci medesimi, quella che partecipa in misura tale da esprimere un interesse volto direttamente anche ai temi della gestione imprenditoriale della società. Si tratta perciò di un interesse non di tipo individuale, che non corrisponde pertanto ad una posizione specifica di coloro che agiscono, ma è inteso quale comune all'intero gruppo dei soci; e per questo motivo l'eventuale condanna al risarcimento va a favore della società: in quanto altrimenti si risolverebbe in una sottrazione di valore appunto al gruppo.

Da questo punto di vista le azioni risarcitorie previste dagli artt. 2377 e 2497 cod. civ. si contrappongono nettamente a quella disciplinata dall'art. 2393 bis cod. civ. Le prime infatti sono riconosciute ai soci che, per la dimensione della loro partecipazione oppure per la loro posizione di soci "esterni" in una società di gruppo, esprimono un interesse che si volge pur sempre ai problemi gestionali della società, ma per le loro ripercussioni sulle proprie *economie individuali*: perciò ad esse è comune che l'eventuale condanna al risarcimento vada a loro diretto vantaggio. Diversi sono però il contesto ed il "fatto lesivo" e differente quindi la portata dell'azione.

Nel caso dell'art. 2377 cod. civ. l'interesse del socio è tutelato per il pregiudizio subito in occasione di un singolo atto, quale conseguenza della illegittimità di una deliberazione assembleare. Il problema è quello di accertare il modo in cui i suoi effetti negativi si ripercuotono sulla posizione *individuale* del socio e a questi specifici fini non assumono rilievo gli eventuali riflessi sull'attività sociale: così, per richiamare un agevole esempio, una deliberazione illegittima di aumento del capitale sociale può essere considerata per l'"annacquamento" che ne deriva del valore delle partecipazioni azionarie, non invece per la sua utilità o inutilità sul piano dell'assetto finanziario della società.

Nel caso dell'art. 2497 cod. civ. la prospettiva è invece, come più volte ribadito, quella generale dell'*attività*: il "fatto lesivo" riguarda il modo in cui viene condotta l'attività di direzione e coordinamento ed il pregiudizio è quello concernente i suoi riflessi sull'attività sociale. Essi però non sono considerati in quanto tali, come avviene nell'art. 2393 bis cod. civ., bensì

per il modo in cui a loro volta si riflettono sulla posizione del singolo, da un punto di vista quindi in definitiva parziale.

Si prende atto in tal modo del peculiare assetto d'interessi che caratterizza la società di gruppo: che cioè la sua attività è per alcuni soci, quelli che esercitano l'attività di direzione e coordinamento, essenzialmente *strumentale* per le finalità dell'azione di gruppo, mentre per altri soci, quelli "esterni", il parametro da cui risultano gli esiti economici del loro investimento. Sicché, quando i secondi sono illegittimamente pregiudicati a seguito di scelte volte a quelle finalità, non tanto si tratta di tutelare un interesse "comune", quanto di provvedere ad una riparazione della lesione a questi provocata.

Si potrebbe dire che nella società di gruppo non si pone più in primo piano, come avviene invece in quella isolatamente considerata, un'esigenza di salvaguardare la sua attività in quanto tale e per le conseguenze che ne derivano per la generalità dei soci: vi è invece l'esigenza di tutelare coloro che in essa hanno investito, i soci appunto "esterni", non quelli che, esercitando l'attività di direzione e coordinamento ed utilizzando quindi la società medesima strumentalmente a tal fine, possono altrimenti soddisfare i loro interessi economici.

In questo senso si comprende la singolare disposizione del terzo comma dell'art. 2497 cod. civ., secondo cui "il socio ed il creditore possono agire contro la società o l'ente che esercita l'attività di direzione e coordinamento, *solo se non sono stati soddisfatti dalla società soggetta alla attività di direzione e coordinamento*". Una soluzione la quale, se non m'inganno, assume una diversa portata per quanto concerne la posizione dei soci e dei creditori.

Per i primi infatti essa prevede l'eventualità che le risorse economiche per riparare il pregiudizio subito dal socio "esterno" siano ricavate dal patrimonio stesso della società cui partecipa, quella in definitiva che ha subito il pregiudizio. Il che risulterebbe assolutamente stravagante, se non si considerasse che non vi è sotto questo aspetto, per quanto concerne cioè la dialettica tra i soci, un problema di tutelare la società in quanto tale, bensì soltanto gli interessi "esterni" al gruppo in essa presenti.

Rispetto ai secondi si tratta invece di interessi che si puntualizzano esclusivamente sulla "integrità del patrimonio della società". Sicché è comprensibile che fin quando tale patrimonio è sufficiente alla loro salvaguardia non vi sia spazio per un'azione risarcitoria nei confronti di chi esercita l'attività di direzione e coordinamento.

Ne risulta in sintesi una prospettiva del tipo seguente. L'attività di direzione e coordinamento può legittimamente svolgersi utilizzando in modo strumentale le società ad essa sottoposte e può anche utilizzare le risorse economiche delle stesse al fine di "compensare" i soci "esterni" delle alterazioni che ne derivano rispetto alle aspettative che si ponevano alla base del loro investimento; ciò però, ovviamente, con il limite rappresentato dall'esigenza che il suo patrimonio sia comunque in grado di soddisfare i diritti dei creditori. Il che in concreto significa che le attribuzioni patrimoniali della società ai soci possono in questo caso avvenire, nel rispetto di tale limite, secondo criteri diversi da quello consueto che guarda alla misura proporzionale della loro partecipazione: tenendo così conto del differente significato *qualitativo* che essa assume nella società di gruppo e sotto questo aspetto, potrebbe aggiungersi in un discorso di portata generalissima, abbandonando la prospettiva formale di un interesse "comune" dei soci.

Ancora osserverei in sintesi che in tal modo si prende atto, per quanto concerne i rapporti tra i soci, che l'attività di direzione e coordinamento implica strutturalmente l'emersione di *interessi extrasocietari* e, se si vuol dire, pone problemi i quali richiedono, come appunto accade con la tecnica risarcitoria, soluzioni anch'esse extrasocietarie. Ciò a differenza di quanto avviene nella società isolatamente considerata: ove tale emersione è soltanto occasionale ed ove pertanto, salvo ciò che può accadere a seguito del compimento di atti singoli (e v. ancora l'azione risarcitoria prevista dall'art. 2377 cod. civ., specie in relazione alla ipotesi di annullabilità della deliberazione assunta con il voto determinante di soci in conflitto d'interessi disciplinata dall'art. 2373 cod. civ.), la soluzione dei conflitti endosocietari può essere ricercata all'interno della società.

Vi è infine da osservare che, impostata la tematica del gruppo sul piano dell'*attività* di direzione e coordinamento, diviene comprensibile la scelta del legislatore di non definirla in termini di fattispecie o sul piano delle situazioni giuridiche soggettive che ne consentono lo svolgimento.

In effetti la dimensione dell'attività non si coglie sulla base di una considerazione empirica di uno o più comportamenti, bensì riconoscendo, in termini allora *valutativi*, il disegno unitario che complessivamente esprimono. E neppure si coglie di per sé sulla base della situazione giuridica soggettiva che ne consente l'esercizio: essa deve venire compresa sul piano *dinamico* che le è proprio, non su quello statico che risulterebbe da un discorso in termini di diritti.

È certamente possibile individuare alla base dell'attività di direzione e coordinamento una posizione di "potere". Ai fini però della rilevanza giuridica dei problemi che in proposito si pongono, non la titolarità del "potere" interessa, bensì la circostanza che esso venga concretamente esercitato secondo modi che giustificano appunto una valutazione in termini di attività.

La prospettiva è in definitiva analoga, né può stupire, a quella in tema di attività dell'imprenditore: la quale ugualmente risulta da un giudizio di rilevanza da parte dell'ordinamento; ed ugualmente per un verso non necessariamente presuppone una situazione giuridica soggettiva del soggetto, per un altro verso non può essere descritta con questa.

Si comprende perciò che il primo comma dell'art. 2497 *sexies* cod. civ. individui nella situazione di controllo le ragioni di una mera *presunzione* dell'attività di direzione e coordinamento: in quanto il "controllo" rappresenta di per sé una mera situazione statica, tale da giustificare limiti al compimento di operazioni come quelle previste dagli artt. 2359 *bis* sgg. cod. civ. od obblighi informativi come quelli che richiedono la formazione di un bilancio consolidato, non in ogni caso la vicenda dinamica che si riconosce in quell'attività.

Ma si comprende anche che la previsione del secondo comma dell'art. 2497 *sexies* cod. civ., ove si considera l'eventualità che essa sia esercitata "sulla base di un contratto con le società medesime o di clausole del loro statuto", non necessariamente implichi la validità in qualsiasi ipotesi di contratti o di clausole del genere. Essa li considera, a prescindere da questo aspetto, che richiede di essere affrontato sulla base di altri criteri, esclusivamente in quanto elemento che su un piano effettuale consente lo svolgimento dell'attività e può agevolarne il riconoscimento.

La situazione è in definitiva nuovamente analoga a quanto avviene con riferimento all'attività dell'imprenditore: riconoscibile pur in presenza di un giudizio negativo da parte dell'ordinamento in merito alla legittimità della posizione giuridica del soggetto che la svolge (come per esempio avviene nel caso di "usurpazione" dell'azienda). ♦

II

COMUNICACIONES EN SESIONES PRIVADAS



LA VIDA Y EL PROCESO
UNA LECCIÓN DE ORTEGA Y GASSET
DESDE LA MIRILLA DEL DERECHO PROCESAL

POR AUGUSTO M. MORELLO (*)

*Al doctor Julio Cueto Rúa,
por sus enseñanzas, con amistad*

SUMARIO: I. La realidad de una nueva trilogía. — II. Desde el horizonte procesal de estas horas. — III. Ideas vertebrales de Ortega y Gasset. — IV. Conclusiones.

I. La realidad de una nueva trilogía

a) En el comienzo, corresponde puntualizar la presencia de tres personajes protagónicos que dan un especial colorido al paisaje de las sociedades de esta hora: el peso de la opinión pública; la juridización del conjunto de las relaciones humanas y la politización de los jueces; por último, la influencia de los medios, sobremanera la televisión (Alain Minc).

Esta trilogía ha aumentado, sin embargo, el poder de la ciudadanía para controlar la actuación, por caso, tan acusada, de las cortes de justicia (tribunales) a través de decisiones morales que acotan la prioritaria tutela de los valores más estimables del justiciable y, lo que es todavía más importante, la del ciudadano. De una parte, la opinión pública más informada y con mayor comprensión y práctica de las normas, técnicas, principios y estándares jurídicos, asciende en el nivel cultural desde el flanco del Derecho. Por otra parte, cobra privilegiada dimensión lo transnacional, lo que provee el derecho comparado con fuerza vinculante

(*) Comunicación efectuada por el Académico, en la sesión privada del 22 de abril de 2004.

en materia de las libertades fundamentales y sus garantías. Un solo ejemplo porta ilevantable fuerza de demostración: la jurisprudencia de las Cortes europeas y del Pacto de San José de Costa Rica (Adla, XLIV-B, 1250) invade y es preferente a la jurisprudencia de las *Cortes Supremas nacionales*. Ello lleva a la acabada formación y autocontrol de los jueces de cada Estado parte, que son *también oficiantes de ese derecho supranacional* y de escala superior. Interesa, además, destacar que, a pesar del aumento del poder de discreción de la magistratura, un nuevo anillo de Saturno, constriñe a los jueces a mostrarse razonables, tolerantes y prudentes; o dicho de otra manera, a expresarse con razonada motivación sentencial, sin incurrir en manifestaciones negativas de lo que el jurista Norman, profesor de Cambridge, denomina 'estupidez judicial' (aquellas interpretaciones o desemboques jurisdiccionales que cualifiquen la arbitrariedad, el absurdo o traduzcan actos abusivos, o en exceso ritual, lo que supone la quiebra del proceso justo constitucional).

b) Con todo lo que ha innovado nuestra disciplina procesal y sus técnicas en el derecho vivo, se confirma una clara visión de Ortega y Gasset, que supo distinguir también los diversos planos —perspectivas— con las que se pueden captar los fenómenos que nos atrapan: a) el derecho en la realidad, que lo es como lo encontramos en la litigación, realidad compleja; b) en el espejo los juristas, estudiosos y operadores concretos, en el marco de la jurisdicción, y a la luz de una lectura no sólo fáctica y normativa sino también axiológica a fin de darle sentido valioso al quehacer de los Tribunales, y c) se verifica también en el nivel de teoría abstracta en cuanto meditación que busca la trama fundante y los principios que le dan sustento.

Corresponde puntualizar, sin embargo, que el pensador de Madrid, como lo recordaba Garrigues, enfatizaba, desde el sitio histórico que ocupa el Derecho, que para éste en su expresión más abarcativa, era y es, centralmente, *la realidad vivida por la gente*. Y la que cuenta es la de hoy, la del presente, la que vamos haciendo y que el Derecho interpreta desde la altura actual de las vivencias, valores, estimaciones y riesgos del contexto. Así es como el lienzo jurídico se interioriza realmente en la sociedad como derecho justo, *armonizando la circunstancia con el yo*.

c) El triunfo de la Justicia depende en gran medida del rumbo e interiorización de los valores que anidan en las vivencias, en conjunción con el papel activo y el respeto que se reconozca el Derecho, fiel escudero

para asegurar el triunfo de aquellos cuando, sin ideologías deformantes, logra su fascinante acatamiento (Norberto Bobbio).

d) ¿Cómo podría ser entonces el Derecho una “caja vacía”, carente de utilidad? Si a su través posibilita lo mejor de sí mismo en miras de asegurar la paz social con justicia. Claro es que ello supone la actuación de hombres morales, que no han sido ganados por la corrupción, la pérdida de confianza, la indisciplina o el vaciamiento de las convicciones, arbotantes todos ellos sustentadores de la democracia madura e igualitaria. De estar ausentes no hay Política ni Derecho que valgan. Así de simple; ¡si lo sabremos los argentinos!

II. Desde el horizonte procesal de estas horas

Para abordar lo axial del tema, importará un compendiado rodeo preliminar.

a) Si abrimos las ventanas del derecho procesal a la sociedad, y con ello también a la justicia, verificamos una interrelación del derecho con la sociología y la economía, que también son condicionantes de la evolución de la ciencia del proceso y, paralelamente, de su técnica instrumental. El impacto de las conquistas de la cultura digital constituye, por caso, una vertiente que enriquece, asimismo, el torso de la cultura jurídica, mostrando un cuadro de situaciones *integradas* que no se radican exclusivamente ni en la especulación ni en la experiencia concreta del litigio, sino en la vertebración de ese espectro mayor.

b) Las variantes que puntualizamos cobran todavía una inédita resonancia porque nos enfrentamos a una nueva edad de las garantías jurisdiccionales, sin que los principios y valores del Derecho, que no son receptados con buena voluntad por el mercado, impidan el propósito de aquél de velar por el igualitario tratamiento y oportunidades de todas las personas en aptitud de ser consumidores de la jurisdicción, de participar del proceso justo.

c) Un posible intento de compendiar esas perspectivas —la sociológica, la economía, la axiológica, con la específica de la trama del derecho— es la que hace de puente de unión y síntesis al estructurar y definir las controversias. Facilitar la paz social y la seguridad jurídica es un compromiso que se radica en la preocupación y en el menester del abogado y del juez. Y acaso quede el dibujo más nítido de todo ello cuando se caracteriza a las sentencias motivadas que dan fin a la controversia.

d) Tres pautas básicas orientan al moderno derecho procesal en el primer lustro del tercer milenio, y es imposible dejar de captar los indicadores más encumbrados del panorama actual, a saber: 1) el plexo de la Vida y el proceso se anillan al paso de los criterios interpretativos finalistas, funcionales, que privilegian a la justicia y a los valores. La complejidad y la aceleración en el *tiempo de la justicia* no hace perder vigencia a las notas que venimos describiendo; 2) las características subrayadas imponen, forzosamente, continuas flexibilizaciones y la inteligente adaptabilidad de las instituciones a los referidos criterios de interpretación, y 3) compruébase, en la experiencia concreta del debate judicial que, asimismo, cuenta cada vez con intensidad mayor el deber de cooperación en lo que hace no solo a la vida de relación, en los múltiples emprendimientos solidarios, sino, también, en el obrar de la actividad tribunalicia, lo que cualifica al quehacer de la jurisdicción. Porque merced a su juego es como se alcanzan resultados más efectivos, además de valiosos (en la Vida y en la definición sentencial del litigio). Básicamente, porque se racionaliza el factor determinante de la existencia e, igualmente, del proceso: el tiempo vital y el tiempo de la justicia.

e) Ambas coordinadas cobran un importante papel en la programación equilibrada de lo colectivo y, asimismo, de la litigación. Las conductas entrelazadas mediante las cuales se va estructurando un litigio, o una causa arbitral, aportan los componentes que acuerdan mayor juridicidad en el orden y desarrollo del obrar, facilitando así la actuación del Derecho. Sobremanera, desde la red superior de la Constitución y de los tratados, lo que permite ganar plaza real al principio de la seguridad jurídica.

f) No son pocos los cambios trascendentes del derecho procesal en la experiencia que vinimos analizando. Frecuentemente recordamos tres notables precedentes consagrados por la Corte Suprema "Colalillo", "Ohiler" y "Burman", entre otros pronunciamientos pilotos, los cuales, desde el cuadrante del derecho constitucional y procesal constitucional, matizan manifiestas aperturas y corrimientos de fronteras que denotan la nueva fisonomía del mapa judicial.

Círculos superpuestos que, en el cielo de principios fecundos —bilateralidad, congruencia, economía, concentración, rapidez y transparencia—, procuran ordenar el acceso a la verdad jurídica objetiva con el logro de la meta ya puntualizada, materializar la justicia del caso concreto. Mediante una decisión adecuadamente motivada, que es expresión sintética de conocimientos del conjunto de manifestaciones y

experiencias culturales que antes destacamos. Son ellos, más la valoración y el acceso a la verdad jurídica objetiva los que, en el filtro de las reglas de la sana crítica, sostienen a la sentencia. No es otra la hoja de ruta y, con paralelos objetivos, a los que se ajusta, igualmente, la Vida y a los que impone observancia para plasmar la trayectoria terrenal de cada persona.

g) Y en síntesis, importará anticipar, que como la literatura, al mundo de la realidad, le añade lo que le faltaba al Derecho, consistencia. Porque si el mundo nos hace, el proceso hace a los derechos, le acuerda reconocimiento, certeza, le procura eficacia, los convierten en efectivos. Es la manera más contundente y cierta, cuando son desconocidos o menoscabados, de que cobren luminosidad, sean verdaderos, objetivos, palpables, seguros. Como lo expresa Carlos Fuentes, el lúcido escritor mejicano, siempre existieron los campos de Castilla. Pero el día que cabalgó por ellos lanza en ristre, bacín de barbero en la cabeza, don Quijote de la Mancha, España y el mundo ya no pudieron ser concebidos sin la imaginación y el lenguaje de Cervantes.

Ello requiere una comunicación imaginativa que es lo que asegura la alquimia del verbo, puente que media entre la sensación física y la percepción mental. Y de igual modo acontece con el proceso que, su imaginación, sus técnicas y sus usos hacen la alquimia entre lo que se piensa del Derecho y la realidad de su materialización. El proceso hace algo parecido a la literatura, imagina un método civilizado de otorgar la razón y hacer que el derecho imaginado o el que se quiere defender en justicia, en el mañana, cambie en realidad concreta, irrefutable, la que le acuerda la cosa juzgada (conf. Juan Goytisolo en *Oaxaca* "El País", Madrid, Babelia, 17/4/2004, p. 14).

III. Ideas vertebrales de Ortega y Gasset

1. El Derecho, al posarse en la Vida, además de hacer reverberar el tejido social actúa de bisagra necesaria a los fines de la ordenación y el andar del conjunto. Pero ello no es lineal ni a cielo descubierto; contiene sombras que provocan enigmas (lat. *aenigma* - problema, confusión, que debemos acertar ante una cosa difícil de comprender). Los enigmas del universo, de la vida, del proceso, son arduos de penetrar, de entenderlos y de darle respuesta adecuada. Están encubiertos de misterio, de jugadas y enroques impredecibles que hacen enmarañada su captación; que, artificiosamente, ocultan el sentido de lo que acontece; generan sorpresas.

Seguramente el enigma máximo de nuestro tiempo es el de develar si el régimen dictatorial de Irak tenía armas de destrucción masiva.

2. Devoto del diálogo, Ortega fue un escritor que gozaba en diseminar los poderes de la razón (no sus resultados); de un cambio abierto de ideas referente a asuntos que los participantes consideraban difíciles, y que un Ortega predispuesto contestaba para mejor cumplir sus metas, perfeccionar sus fuerzas y "estar en claro". Ese era el estilo, con el que suscitaba de modo efectivo al diálogo constructivo, en torno de temas sustanciales. Como bien se ha señalado, un oyente no podría participar (si fuere ese monólogo) y así tampoco realizar ningún progreso conceptual. El diálogo es el que permite la colaboración en la audiencia, del lector, del otro interesado (Ver, Mc Clintck, *Ortega o el estilista como educador*, Revista de Occidente, 1969, N° 75, ps. 267-278; la cita en p. 277).

3. Como hemos puntualizado, se abre en la actualidad una reforzada red tuitiva de los derechos fundamentales que, por cierto, constituye un socorro jurídico de envergadura para asegurar la protección. Ese doble ámbito, el interno y el de la globalización, en una lectura de dirección transnacional, reafirma las espléndidas derivaciones del proceso justo y acortan el espectro de los enigmas desde el plano jurídico.

4. Al iniciar la recorrida y la visión de los fenómenos procesales en estos días, la debemos llevar a cabo, desde la caída del Muro de Berlín y derivaciones de la guerra de Irak, lo que muestra que el derecho procesal tiene un distinto cuadro de situación en las ideas, en los modos de accionar y en los corredores metodológicos, variaciones que podemos resumir, entre otras, en las siguientes notas:

A) Por el descarte:

-no al derecho de profesores;

-no al predominio dogmático al abuso de los conceptos, a la rigidez de los principios y a los dictados excluyentes de la jurisdicción contenciosa;

-no a la interpretación rígida o paralizante, sino a favor de aquella que opta por la funcionalidad de las formas y por los resultados útiles que habrán de seguirse.

B) Por lo que ingresa como recambio

Instalado de lleno en el siglo XXI, que es el de la información, el de la inteligencia y el de los riesgos, se advierte, al recorrer las rutas del sí, que las encuestas indican:

-desde el cometido de las cortes y tribunales que el rostro de lo positivo se recorta en resultados tempranos y anticipatorios por encima de los diferidos;

-que hay un sí a la inversión de la carga de probar y a la flexibilización de los principios y simplificaciones procesales;

-asimismo, a una dinámica más compleja de la construcción presuncional:

-un sí rotundo a la prueba científica y a los informes técnicos;

-también se tiene en claro lo que los jueces no deben hacer. (Sólo se reconoce un activismo prudente.)

5. El muestreo precedente señala, como anticipadamente lo vislumbró Ortega, que nadie puede desconocer ni las sorpresas que depara la Vida ni las que sobrevienen en el proceso judicial (*El hombre y la gente*).

Cuando reparamos en un enigma caemos en la cuenta de que nada nos separa en la búsqueda de certeza —en la Vida y en el proceso—; que las interrogaciones y dificultades que provienen y emergen de esos ámbitos y engranajes se formulan queriendo evitar la patética presencia de los enigmas en medio de los cuales vivimos, nos movemos y somos. Enfrentados pensadores y filósofos hacen todos ellos, sin embargo, de la seguridad el atributo jurídico de la excelencia y una de las virtudes intelectuales principales. Que compromete el esfuerzo de que la gente y los operadores jurídicos no la malogren. En ambos pasajes, el medio y el juicio, se rechaza el abuso, la sorpresa, la demasia, la desproporción o la desigualdad. Todo lo cual hace comprensivo que sea una de las máximas aspiraciones de las personas que somos y de los hombres de derecho que representamos cuando estructuramos la Vida o definimos un litigio (*El hombre y la gente*, Obras Completas, t. III).

6. Un hombre, cada uno de nosotros, sea el otro o sea yo, no tiene un ser fijo o fijado; su ser es precisamente el de la libertad, la de ser. Esto trae

consigo que el hombre, mientras viva, y el proceso judicial o arbitral, mientras se estructura y se desarrolla, es decir, mientras vive, puede ser siempre distinto de lo que ha sido hasta ese momento; más aún, de hecho siempre es más o menos distinto.

No podemos dejar de señalar que la Vida es cambio; en cada nuevo instante somos algo distinto del que se era; por tanto, ese ser nunca es definitivamente el mismo.

Lo esencial de la Vida y el proceso es que son constitutivamente azarosos (IX, 607, *Alrededor de Goethe*).

7. Por consiguiente, son diferentes la Vida y el proceso de lo imaginado. De allí que los balances sean inseguros, con un amplio margen de impensadas y no previstas consecuencias.

Importará advertir, por otra parte, que una enorme porción de nuestras vidas se compone de cosas que hacemos no por gusto, ni inspiración ni cuenta propia, sino simplemente porque las hace la gente y como el Estado antes, la gente ahora nos fuerza a acciones humanas que provienen de ella y no de nosotros (*El tema de nuestro tiempo. El hombre y la gente*).

8. En el proceso ocurre algo similar: el juez, los testigos, los peritos, los cambios de circunstancia y de normas, los riesgos emergentes, los imprevistos, los errores de actividad, las negligencias y caducidades, *todo ello condiciona la suerte de lo que nos atañe en la proyección del pleito*.

La Vida y el proceso tienen entonces esa identificación futurista; tanto como las sinuosidades que van conformando sus rasgos diferentes.

9. La Vida y el proceso judicial, con sus vicisitudes, tiempos, mudanzas y falencias son permanentemente conciencia del naufragio y menester de natación (los recursos). Dicho de otra manera: la Vida (el proceso) está en continua encrucijada y constante perplejidad (*Obras Completas*, VIII, 104).

Nuestra Vida es un hacer inexorable con las cosas, en muchos pequeños mundos, simultáneos o sucesivos (los de la religión, del saber, del arte, del amor, de la política, del negocio, del deporte); en esas comarcas están repartidas todas las cosas con las cuales tenemos que habérnosla. *En el proceso judicial las relaciones con los hechos, la prueba y la conducta de múltiples sujetos, son comportamientos continuos y no predecibles. Van*

dibujando nuevas situaciones y varios rostros (como el dios Jano). Cada comportamiento juega en función de los otros y pesa en la definición, previa evaluación cultural (reglas de la sana crítica más experiencia, más conocimientos culturales y valores), en exclusividad por el juzgador.

10. Lo más esencial de la Vida y del proceso es que no pueden contener sino un amplio margen de contingencias, aleas; o impensados y no queridos efectos, muchos de ellos que no dejarán de sorprender (también a los abogados actuantes) ante el abismo que separa, no pocas veces, lo esperado de lo sucedido (Julián Marías). Pese a ello todo el sistema de creencias, ideas, preferencias, valores y las normas jurídicas, sus principios y estándares que integran (confusamente) la vida colectiva, las corrientes y tendencias dominantes de la época, el orden y disciplina de la trama legal y el espíritu de cada tiempo, son los componentes o factores más importantes de la circunstancia en que tenemos que vivir (*Obras Completas*, III, 514).

11. Bien predicaba Ortega, al cabo de sus reflexiones, que la Vida es todo, la hora de la delicia y la hora del naufragio; también y a su modo nosotros pensamos que lo es del proceso judicial (*Meditación del pueblo joven*, VIII, 411).

Vivir —o hacer el proceso— es sentirse disparado hacia el futuro; rebotamos en él como en un hermético acantilado y vamos a caer en el pasado —los hechos, lo que hemos relatado y afirmado en la demanda y la prueba— al cual nos aferramos brincando en él los talones para, con él y desde él, volver al futuro y realizarlo, haciéndole cobrar certeza y efectividad a cada día y a cada proceso (VIII, 447).

Tanto en la Vida como en el proceso, sus componentes desde el presente y desde una perspectiva (1) van configurando el futuro, lo que vendrá en la trayectoria aunque sin ser inexorable ni definitivo, sino más bien *rebus sic stantibus*. Historia y futuro. Pasado, lo que ha acontecido y maduración o perfeccionamiento con el tiempo *in fieri* que consume la tramitación de la causa judicial.

(1) La perspectiva, enseñaba ORTEGA Y GASSET, es el orden y forma que la realidad toma para el que la contempla. Si varía el lugar que el contemplador ocupa, varía también la perspectiva (Perspectivismo, en "El sentido histórico de la teoría de Einstein", ps. 236 y sigtes., t. II).

12. La Vida no transcurre quieta ni inmóvil; la vamos haciendo hasta el final del camino, al igual que el proceso.

Decir que ahora cuenta cada vez más el juego procesal anticipatorio (diligencias preparatorias, prueba temprana, medidas cautelares y autosatisfactivas, desde un embargo hasta la requisitoria de la historia clínica, etc.) es darse cabal cuenta de la feroz incidencia del factor tiempo en la justicia. Nadie consiente hoy una sentencia a cuatro años o más y los dos partidos nacionales españoles que pujaron en marzo de este año no dejaron de prometer que cada contienda no podrá exceder de dos años y que los juicios rápidos, en las causas penales de menor entidad pero de mayor impacto social, *deberán fenecer, en lo posible, dentro de los veinte días de iniciadas*. La urgencia, al igual que la efectividad de los resultados, son datos de esencia en el panorama judicial.

¿Y acaso no pocas veces *no apuramos en la Vida sus etapas*, queriendo que acaezca hoy lo que seguramente debería ser mañana?

La Vida y el proceso son igualmente un drama que es siempre la lucha frenética en sucesivas instancias, Parecido al esfuerzo de conseguir el reconocimiento del derecho, de aquello que en la demanda se presentó como simple afirmación y proyecto (IV, 77) uno y otro tienen que bracear para no ser náufrago, para vivir y tener el derecho (V, 27, *En torno del Galileo*). En resumen: drama, acontecimiento, dudas, enigmas, tanto en la Vida como en el proceso.

13. Todavía más, el proceso como la Vida, si somos hombres morales, hay que vivírselos como ética; le cedemos el paso a ella y, también en la sentencia, uno de cuyos contenidos, y acaso el más positivo, es el de que a la hora de hacer la justicia, la línea de sentido y su motivación revistan esa condición.

14. La Vida como el proceso, desde la dimensión constitucional, es también insegura, lo que no debe alarmarnos como situación permanente aunque se lo experimente así en grado agudo, tal como ocurrió con nuestras desventuras durante los años 2002 y 2003. Estamos inseguros inclusive de si mañana cada uno de nosotros va a existir; pero mucho más inseguro, de lo que va a pasar con los contenidos particulares de nuestra vida: salud, fortuna, acierto, amor, dolor, placer. Por lo mismo necesita el hombre asegurar alguna referencia en su vida. Saber a que atenerse para desde

ella poder afrontar con brío el problemático resto. Esa referencia era el Derecho para los romanos, lección que perdura en el tiempo presente (*Una interpretación de la historia universal*, IX, 20).

15. En síntesis, el proceso como la Vida es un gerundio y no un participio, un *facendo* y no un *factum*. La Vida (y el proceso) es *quehacer*. Por eso ingresa con rasgos incompatibles y sancionador de su lógica, y de contraste, la perención de la instancia que regula el no hacer, el dejar de hacer lo que había que hacer en la Vida (o en el trámite del expediente).

La Vida es la realidad radical, lo único que le pasa a cada cual y, por lo mismo, le sucede inexorablemente. Precisamente en la Vida se radican todas las demás realidades (V, 83, *En torno de Galileo*). Y en las vicisitudes del proceso termina por radicarse y cobrar definitiva consistencia el Derecho.

El parangón se verifica, asimismo, en la fase final del proceso (y también de la Vida) en la cual no pocas veces, *in extremis*, lo que parecía ya juzgado definitivamente y adquiriera así inmutabilidad, experimenta, sin embargo, de manera excepcional un fuerte embate, el recurso de revisión que posibilita, de ser acogido, modificar la sentencia y más adelante sustituirla por otra de sentido diferente a la que fue objeto de descalificación.

Respecto del Hombre, también aguarda en el enneblinado más allá, el juicio definitivo, que podrá ser distinto de un juzgamiento terrenal adverso, si un criterio superior más justo así lo decide, en resolución esta vez si, definitiva e inmodificable.

IV. Conclusiones

Al acercamos a la terminación habrá que coincidir en que un comentario corto es siempre más beneficioso para el lector o la audiencia.

De lo que hemos explicitado por las avenidas de la razón vital y del perspectivismo, palpítandolas desde la litigación civil, surgen que la realidad de la Vida se impone a las normas del Derecho aun en el momento de hacer justicia.

Procuramos comprender, en compañía del mundo de ideas de Ortega y Gasset, una afietada sinfonía que interpreta de consuno la Vida y el Derecho, las cuales comparten partituras musicales distintas pero afines.

Nos acostumbramos, al cabo, a la curiosa y expectante espera del futuro, con confianza, claro es, en lo acontecido, en lo que sucedió en la Vida o en el proceso, sabiendo que todo ello servirá para plasmar el diseño acabado, el significado último de la trayectoria de lo que ese futuro desconocido, al enfrentar el desenlace, nos depara. Será la propia Vida o la decisión del litigio, que, quiérase o no, es un mañana desconocido.

El Derecho es el factor o componente ordenador de la convivencia y responde a una lógica interior que debe conducir a dar primacía a la realidad sobre la ficción, con lo que la trama de las relaciones humanas gana certeza, transparencia y seguridad jurídica. Igualmente, las derivaciones que para el Derecho debían originarse del curso de las cosas que ocurren en el proceso. Si como pondera la propia Corte Suprema la interpretación de las normas jurídicas debe adaptarse a las realidades y exigencias de la Vida, la de ahora, la lectura de las circunstancias comprobadas de la causa ponen en evidencia que *el proceso y el Derecho son para la Vida*. Y que el derecho procesal, con todas sus modulaciones y matices, lo hace de una forma que le otorga un particular e imprescindible encantamiento, al manifestar, de la manera más noble, cuál es el afán de justicia que, con el amor, son el objetivo central de la Vida. ♦

EL ACCESO A LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA

POR JUAN CARLOS CASSAGNE (*)

SUMARIO: I. Filiación histórico-constitucional de nuestra justicia administrativa y su comparación con el modelo norteamericano. — II. Acceso a la justicia: evolución del sistema procesal administrativo argentino. — III. Los retrocesos posteriores en el acceso a la Justicia. — IV. Algunos avances en medio de otros retrocesos. — V. Conclusiones.

I. Filiación histórico-constitucional de nuestra justicia administrativa y su comparación con el modelo norteamericano

1. Introducción

Suele afirmarse que nuestro sistema constitucional es judicialista al igual que el norteamericano. Esta afirmación parcialmente cierta, especialmente en lo que atañe a la organización de la justicia federal y a la determinación de la competencia de la Corte Suprema (1), entraña, por otra parte, una visión errónea acerca del funcionamiento del sistema constitucional de ambos países, cuyas bases y puntos de partida (para utilizar una fórmula tan significativa como la del título de la obra del gran Alberdi), así como su posterior evolución en los respectivos derechos, resultan radicalmente diferentes (2).

(*) Comunicación efectuada por el autor, en la sesión privada del 27 de mayo de 2004.

(1) Comparar nuestros arts. 116 y 117 de la CN con el Artículo III, Secciones 1 y 2 de la Constitución de los Estados Unidos de América.

(2) Con una expresión gráfica para la época Alberdi sostuvo que decir que son iguales es algo así como confundir un huevo con una castaña.

Varias son las cuestiones que entran en juego a la hora de analizar las diferencias o aproximaciones que existen entre el sistema constitucional argentino y el norteamericano, pero ningún análisis podrá arribar a un resultado cierto si no parte del núcleo de principios que integran las fuentes de la justicia administrativa y del saber histórico (3).

Nadie discute que el sistema de justicia administrativa, contencioso-administrativo, derecho procesal administrativo o como se lo quiera denominar convencionalmente, constituye, en realidad, un subsistema perteneciente a un sistema que lo engloba, el cual constituye el eje de nuestra Constitución y también de la norteamericana.

Este sistema no es otro que el denominado de la separación de poderes, el cual hunde sus raíces históricas en el conocido trabajo de Montesquieu (4), aunque existen antecedentes aristotélicos del principio (sin una formulación tan orgánica ni moderna) y, lo que es menos conocido, en las instituciones del derecho visigodo, particularmente el que rigió en España desde finales del Imperio Romano de Occidente.

En rigor, son muchas las instituciones del derecho público occidental que encuentran su fuente en el derecho de los visigodos (entre ellas el poder judicial independiente, los embriones del sistema federal y la autonomía de las ciudades) lo cual implica reconocer que las raíces de importantes instituciones y principios de derecho público desarrollados más tarde en Inglaterra y en los países de Europa Continental tienen origen germánico.

Precisamente, en las instituciones visigodas se encuentran los antecedentes de muchas figuras y concepciones que más tarde la Revolución Francesa reprodujo como originales y nuevas como si el derecho no fuera la obra decantada de instituciones que van evolucionando y perfeccionándose con el paso del tiempo.

Así aconteció, entre otras figuras, con el concepto de "ciudadano" que aparece en el derecho medieval y con el principio que asignaba valor de

(3) Cfr. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián, "Fragmentos de Derecho Administrativo", p. 114, ed. Marcial Pons, Madrid, 2000.

(4) Un estudio exhaustivo sobre la teoría se encuentra en el trabajo de BOSCH, Jorge Tristán, "Ensayo de interpretación de la doctrina de la separación de los poderes", Ed. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, p. 35 y sigtes., Buenos Aires, 1944.

ley suprema a los Fueros medievales, los que estaban "por encima de la voluntad real" (5). La consecuencia era que lo que se hacía contra el fuero se consideraba nulo "ipso foro".

En cambio, la obra de la Revolución Francesa, al crear una monarquía constitucional dependiente del Poder Legislativo, dejó al Ejecutivo a merced del poder parlamentario, lo que condujo, en pocos años, a la destrucción del régimen que pretendió instituir, claramente violatorio de la separación de poderes. Por eso, la principal consecuencia no fue tanto la afirmación de la supremacía de la ley sobre la voluntad del Rey sino la sumisión de éste al poder del Parlamento.

Ahora bien, la búsqueda de las bases y puntos de partida nos lleva, a su vez, a desentrañar algunos equívocos que han ido deslizándose, sostenidos incluso por prestigiosos autores, en torno a las fuentes de nuestro derecho público, los orígenes de la justicia administrativa, la evolución del sistema norteamericano (basado hoy día en un sistema de jurisdicción administrativa con control judicial posterior, generalmente concentrado en las Cortes de Circuito, que son tribunales colegiados) y las bases constitucionales de nuestro sistema judicialista.

2. Las fuentes del derecho público argentino

Una visión sumaria acerca de las fuentes del derecho público argentino muestra que el modelo norteamericano constituyó una de las bases sobre las que se edificó nuestra Constitución, particularmente en cuanto a la forma de gobierno federal adoptada por los constituyentes de 1853.

De allí algunos autores han pretendido extraer la conclusión de que las instituciones de nuestro derecho procesal deben adaptarse a dicho modelo y a su evolución jurisprudencial, consecuencia que extienden para sostener la inconstitucionalidad o constitucionalidad, según el caso, de determinadas instituciones o características del proceso (vgr. efectos *erga omnes* de la anulación de reglamentos) (6).

(5) GOROSTIAGA, Norberto, "Recurso extraordinario ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación", p. 71 y sigtes., Buenos Aires, 1944, cit. por LINARES QUINTANA, Segundo V., "Raíces hispánicas del constitucionalismo", p. 17 y sigtes., Separata de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Buenos Aires, 2001.

(6) Vid: MAIRAL, Héctor A., "Control judicial de la Administración Pública", t. I, p. 95 y sigtes., Ed. Depalma, Buenos Aires, 1984.

Sin embargo, como creemos haberlo demostrado en otras oportunidades (7), esa conclusión reposa en la creencia errónea, originada en Sarmiento y en la opinión del convencional Gorostiaga, en el sentido que nuestra Constitución constituye un calco o copia de la norteamericana. De allí, algunos autores han deducido (8), en forma puramente dogmática y sin tener en cuenta los estudios históricos y doctrinarios efectuados sobre las fuentes constitucionales de nuestra ley suprema que desmienten esa tesis que, en realidad, fue sólo una simplificación realizada con fines didácticos o políticos (en el caso de Sarmiento).

Hay que advertir que la circunstancia de que el Derecho Administrativo argentino, en sus principales construcciones legales, doctrinarias y jurisprudenciales, no haya mantenido una total fidelidad al modelo norteamericano no implica contradicción alguna, no sólo por razones que hacen a la diversidad de sus fuentes, sino también porque no existe en la Constitución norma ni principio que se oponga a la construcción de un sistema propio y original, basado en la yuxtaposición de fuentes vernáculas, hispano-americanas y europeas, en el marco del molde constitucional que consagra el sistema presidencialista, la forma federal de gobierno (9) y las reglas de distribución de competencias entre la Nación y las provincias, que los constituyentes abrevaron en la fuente constitucional norteamericana (lo cual, obviamente, nadie ha puesto en duda), siguiendo la propuesta que Alberdi formuló en las *Bases* (10).

(7) Entre otras, en nuestro "Derecho Administrativo", 7ª ed., t., p. 170 y sigtes., Ed. Lexis Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2002.

(8) MAIRAL, Héctor A., op. cit., t. I, p. 95, sostiene que el modelo fue la Constitución norteamericana con cita de la obra de Joaquín V. González ("Manual de la Constitución Argentina", ps. 37 y sigtes., Buenos Aires, 1983). Lo cierto es que en la época en que MAIRAL sostuvo esta postura buena parte de los publicistas habían arribado a la conclusión de que la fuente principal fue el proyecto de Alberdi, basado en una yuxtaposición o diversidad de fuentes (hispanoamericanas, europeas y norteamericanas). La tesis que criticamos entraña una simplificación sobre el modelo judicialista adoptado en ambos países así como su evolución posterior sin darle relevancia al artículo 109 de la CN (ex art. 95, CN) ni a sus fuentes.

(9) La fórmula del art. 3º de la Constitución es la de un federalismo atenuado por el reconocimiento de los antecedentes unitarios (junto a los federales) que Alberdi venía señalando desde sus primeros trabajos en El Nacional de Montevideo y que después reprodujo en las Bases de 1852, entre los que se destacan la unidad de legislación y la unidad financiera. En tal sentido, Alberdi indicó que "la Federación argentina debía ser mixta, compuesta, federal y unitaria a la vez" (véase: DEMICHELI, Alberto, "Génesis de las Bases", p. 22, Buenos Aires, 1966).

(10) AJA ESPIL, Jorge A. sostiene que "el federalismo argentino es distinto al estadounidense ya que existen diferentes raíces históricas y sociales entre ambos países" ("Consti-

Fuera de ello, la tesis según la cual la Constitución argentina es una reproducción de la norteamericana constituye un equívoco histórico doctrinario y lo cierto es que no resulta sustentable, como surge de la interpretación del propio Alberdi, quien al refutar tal postura en un trabajo dedicado especialmente al tema titulado *Estudios sobre la Constitución Argentina de 1853*, comienza diciendo nada menos que: "para falsear y bastardear la Constitución Nacional de la República Argentina, no hay sino que comentarla con los comentarios de la Constitución de los Estados Unidos" (11).

Y si tal como se ha demostrado, a través de los numerosos estudios hechos en el siglo que acaba de finalizar, que el proyecto de Alberdi ha sido la fuente más importante de nuestra Constitución (12), nada mejor que acudir a las *Bases* y al proyecto de Constitución que tuvieron a la vista los convencionales para interpretarla y aclarar los errores que se vienen repitiendo en algunos sectores del Derecho Público argentino.

Con una frase que no admite dudas acerca de la filiación de su proyecto que, en gran parte, sirvió de base para la Constitución de 1853, Alberdi nos advierte en dichos *Estudios* que: "todo es diferente en las dos Constituciones argentina y americana respecto a la organización del gobierno, por más que la forma federal que les es común las asemeje al ojo inatento y superficial" (13).

En efecto, el examen atento de las fuentes y preceptos de la Constitución revela que son varios los aspectos de interés para el desarrollo del Derecho Público en los que el apartamiento del modelo norteamericano resulta ostensible, a saber:

(i) el diseño del Poder Ejecutivo como Jefe de la Administración y titular de la administración general del país (ex art. 83 inc. 1° de la CN de 1853), lo

tución y Poder", Ed. Tea, p. 30, Buenos Aires, 1987); véase también: GONZALEZ CALDERON, Juan Antonio, "Derecho Constitucional Argentino", t. I, 2ª ed., p. 6, I. Lajouane y Cía Editores, Buenos Aires, 1923.

(11) ALBERDI, Juan Bautista, "Obras completas de J. B. Alberdi", t. V, "Estudios sobre la Constitución Argentina de 1853", p. 148, Buenos Aires, 1886.

(12) Véase: DIAZ ARANA, Juan J. (h.), "Influencia de Alberdi en la Constitución Nacional", p. 37 y sigtes., Buenos Aires, 1947.

(13) Op. cit., p. 156.

cual veda la creación de entes o agencias de la Administración dependientes del Congreso (14) norma que, en su esencia, ha mantenido la Constitución de 1994 (15), si bien la respectiva atribución resulta ahora también ejercida por la híbrida figura del Jefe de Gabinete, que depende jerárquicamente del Presidente;

(ii) la atribución al Ejecutivo de la facultad de dictar reglamentos de ejecución y la interpretación constitucional consecuente que admitió que, bajo determinados límites, el Presidente podía dictar reglamentos con fuerza de ley, lo cual se encuentra en la misma línea de un precepto del Proyecto de Alberdi que concedía al Congreso la atribución de "*dar facultades especiales al Poder Ejecutivo para expedir reglamentos con fuerza de ley en los casos exigidos por la Constitución*" (art. 67, inc. 7º, del Proyecto de Alberdi). Esta tendencia interpretativa de la Constitución histórica ha sido finalmente recogida en la Constitución de 1994 al instituir positivamente las figuras de los reglamentos delegados, para materias de Administración o situaciones de emergencia pública (art. 76, CN), y de los reglamentos de necesidad y urgencia, contemplados expresamente a partir de la reforma constitucional, en el artículo 99, inciso 3º de la CN;

(iii) mientras la Constitución norteamericana mantuvo el *common law* la atribución de los Estados para legislar respecto de materias que, para el pensamiento continental europeo y argentino integran el Derecho Privado, la Constitución argentina operó una verdadera revolución legislativa al unificar en el Congreso la potestad de dictar la nueva legislación de fondo en materia civil, comercial y penal, entre otras (ex art. 67, inc. 11 y actual 75, inc. 12, CN) lo cual ha permitido aplicar analógicamente en el Derecho Público las normas del Código Civil y Comercial, en forma uniforme en todo el país, incluso al Derecho Público local;

(14) Al respecto, señala Alberdi: "Ha resultado de ahí que el Poder Ejecutivo argentino, que forma la facción prominente de la Constitución de 1853 y determina toda su fisonomía es completamente diferente del Ejecutivo de los Estados Unidos de Norte-América. No hay más que colocar uno enfrente de otro y contar sus atribuciones, para ver que se asemejan tanto como un huevo a una castaña. Y así debía de ser. Era nuestro ejecutivo en cierto modo, y en especial respecto de los medios de acción, una especie de reconstrucción del gobierno central, que había existido por dos siglos. Mil veces más se asemeja al de Chile que al de Estados Unidos, a pesar de la diversidad de nombres; y debía preferirse la imitación de lo que era más análogo y adaptable a nuestra condición de ex colonia española y de habitantes de la América del Sur" (op. cit., p. 157).

(15) CASSAGNE, Juan Carlos, "Derecho Administrativo", p. 323 y sigtes., 6º ed. (reimpresión), Buenos Aires, 2000.

(iv) el federalismo argentino es menos descentralizado que el norteamericano en el Proyecto de Alberdi y en la Constitución de 1853 y si bien esta orientación fue en parte atenuada en la reforma constitucional de 1860, los poderes del gobierno federal en la letra y en la realidad siguen siendo mayores que los de su equivalente en Estados Unidos (vgr., en materia legislativa).

El cuadro expuesto, con mayor o menor influencia sobre la conclusión que venimos sustentando, revela, sin embargo, hasta qué punto son diferentes ambas constituciones y da razón a quienes han destacado la importancia de los antecedentes patrios (16), de distintas constituciones provenientes del derecho comparado, especialmente la de Chile de 1833 y de diversas constituciones europeas (como la española de 1812) (17) y de los Estados norteamericanos.

Así, el pluralismo que caracteriza a las fuentes en que abreva nuestro derecho público se extiende al derecho procesal, rama ésta que una parte de la doctrina pretendió, en su momento, hacer dependiente del derecho francés, olvidando la influencia que han tenido otros derechos, como el español y el italiano, en la conformación de sus principales instituciones.

En el caso del derecho administrativo, los principales juristas que nos precedieron, Marienhoff, Diez y Linares, tenían muy claro el panorama de las fuentes de nuestro derecho administrativo. En particular Linares (18), de quien podía suponerse lo contrario por algunas expresiones incidentales y el buen manejo que hizo siempre de los principios de

(16) Véase: CASSAGNE SERRES, Blanca A., "La Constitución Nacional. Filiación Histórica del Preámbulo Argentino", p. 57, El Ateneo, Buenos Aires, 1945.

(17) Cfr. LINARES QUINTANA, Segundo V., "Raíces hispánicas del constitucionalismo", Separata de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, p. 41 y sigtes., Buenos Aires, 2001; ver también: SANCHEZ VIAMONTE, Carlos, "Manual de Derecho Constitucional", p. 81 y sigtes., Buenos Aires, 1958, quien anota que, habida cuenta de las diferencias existentes entre la Constitución argentina y la norteamericana, tales diferencias "demuestran que, en principio, no son aplicables en nuestro país la doctrina y la jurisprudencia de EE.UU." (p. 83) y que el método constitucional utilizado por los constituyentes argentinos se base en el modelo francés de 1791 (p. 89); ver también VANOSSI, Jorge Reynaldo, "El carisma de una Constitución perdurable", publicación de los Institutos de Derecho Constitucional y de Derecho Administrativo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, p. 708, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2003.

(18) LINARES, Juan Francisco, "Derecho Administrativo", p. 20, Buenos Aires, 1986, cuyo pensamiento ha sido tergiversado por algunos autores.

derecho norteamericano, llegó a decir, luego de señalar la relatividad de la aplicación del derecho europeo, que "también difiere nuestro derecho administrativo del sistema iuspublicista vigente en los Estados Unidos de Norteamérica, pese a cierta similitud de nuestra Constitución con la de aquel país, porque: 1) el sistema federal es distinto; 2) el common law americano, pese a regir casi exclusivamente para el derecho privado, imprime a su derecho administrativo objetivo, legislado y científico, ciertas valoraciones y criterios interpretativos singulares de difícil aplicación al nuestro".

3. Sobre los orígenes de la justicia administrativa

La perspectiva, como figura vinculada al fenómeno jurídico inserto en toda institución, parte de una situación determinada en el tiempo y se proyecta hacia el futuro como un conjunto de visiones distantes.

Por tal causa, esa visión a distancia de las cosas requiere como punto de partida un conocimiento acabado del saber histórico cuidando no olvidar—como nos ha advertido Sebastián Martín Retortillo—que "la historia de un sistema no se agota con la referencia más o menos completa a un sistema normativo" (19).

Y si bien no es nuestro propósito realizar un estudio histórico exhaustivo acerca del origen de la justicia administrativa en el derecho comparado nos parece necesario desbrozar algunos equívocos, como aquel que, sobre la base de la descripción formal y lógica de un producto revolucionario, atribuye el nacimiento de la jurisdicción administrativa a la Revolución Francesa (20), como si fuera una operación quirúrgica que creó un derecho nuevo y no la obra decantada de un largo proceso histórico.

Ese largo proceso histórico, originado en el Antiguo Régimen francés, que se basaba en el principio de separación entre las autoridades administrativas y las judiciales, alcanzó a establecer la judicialidad de los conflictos entre los particulares y la Administración, asignando la res-

(19) MARTIN RETORTILLO, Sebastián, "Fragmentos de Derecho Administrativo", p. 116, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2000.

(20) Cfr. GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, "Problemas de derecho público a comienzo de siglo", p. 27 y sigtes., Ed. Civitas, Madrid, 2002.

pectiva competencia a órganos administrativos separados de la Administración activa (Intendentes y Consejo del Rey) (21).

La circunstancia que la jurisdicción administrativa naciera bajo la monarquía, al mismo tiempo que la judicial, ha sido subrayada nada menos que por Tocqueville (22) y por Laferrière (23) encontrándose referencias en numerosos estudios jurídicos realizados por autores franceses durante el siglo pasado (vgr. Viollet, Esmein, Chenon, etc.).

La Revolución Francesa, aunque partió del reconocimiento del mismo principio de dualidad de jurisdicciones prescrito por el Antiguo Régimen, consagró una solución radicalmente distinta, suprimiendo los Intendentes y el Consejo del Rey y transfiriendo la titularidad de la función de juzgar a la Administración a los propios órganos de la Administración activa (24), que de esa manera eran a la vez jueces y partes de un mismo conflicto (25).

Resulta obvio, entonces, colegir que en la realidad del sistema instituido por la Revolución Francesa se encontraba una suerte de inmunidad de la Administración y sus funcionarios. Como es sabido, éstos fueron libres de cometer toda suerte de sucesos aberrantes que afectaron la vida y la propiedad de los franceses, en aras de una proclamada y formal igualdad y de libertades inexistentes, mediante conductas fundadas en el inexplicable dogma de la voluntad general y de su primacía, como una razón absoluta que excluye la razón individual.

(21) La trascendencia del conflicto que, durante años, enfrentó a los funcionarios del Rey con los Parlamentos que ejercían funciones judiciales fue muy grande, al igual que su duración, pues abarca prácticamente desde el reinado de Luis XIV hasta el de Luis XVI, inclusive.

(22) TOCQUEVILLE, Alexis de, "L'Ancien Régime et la Révolution", *Oeuvres complètes*, t. II, vol. 1^o, p. 123 y sigtes., Ed. Gallimard, 2^{ème} édition, Paris, 1952.

(23) LAFERRIERE, Edouard, "Traité de la juridiction administrative", t. I, especialmente ps. 10 y 139, 2^o ed., Paris, 1896.

(24) Ley 16 del 24 de agosto de 1790.

(25) BENOIT, Francis Paul, "Le droit administratif français", p. 282-283, Ed. Dalloz, Paris, 1968, apunta que "las soluciones revolucionarias constituían un retroceso considerable con relación a las del Antiguo Régimen. La disociación operada por la Monarquía entre la Administración activa, que era susceptible de ser juzgada y los cuerpos administrativos de carácter jurisdiccional, que la juzgaban, desaparecía. En adelante, la propia Administración activa era su juez: nada ilustra mejor este estado del derecho que la misma noción de «ministro-juez»" (op. cit., p. 282, parágrafo 498).

Un sistema tan regresivo no podía durar mucho tiempo y a los nueve años (es decir, en 1799) Napoleón terminó dando una vuelta de tuerca hacia un modelo similar al del Antiguo Régimen mediante el establecimiento, en cada departamento, de un "Consejo de Prefectura" con competencia para conocer en determinados asuntos administrativos y, finalmente, con la creación del Consejo de Estado que vino a desempeñar funciones similares a las que cumplía el Consejo del Rey (26).

Como sostuvo Benoît, ese proceso significó "la reaparición de la jurisdicción del Intendente" completada más tarde con la creación del Consejo de Estado, a partir del cual la historia del extraordinario desarrollo que llegó a alcanzar el derecho administrativo francés es bien conocida.

La conclusión que se desprende de todo ello es que la justicia administrativa es el producto de un dilatado proceso histórico que va decantando sus principios y soluciones. Es cierto que ha recorrido a veces un camino equivocado, pero también resulta posible que a través de un golpe de timón pueda recobrar el equilibrio de poderes, que es la base para el funcionamiento armónico de cualquier sistema político.

En otras palabras, la justicia administrativa va amoldándose a los principios que una determinada sociedad considera justos y legítimos en una circunstancia histórica determinada (igualdad, libertad, propiedad, defensa y promoción de la competencia, seguridad física y jurídica, independencia, etc.).

Cabe entonces preguntarse si, en la actualidad, la justicia administrativa argentina, responde a esos valores que los ciudadanos consideran como parte de los bienes comunes y de los derechos que merecen ser protegidos de la arbitrariedad proveniente de los diferentes órganos del Estado así como de personas que, siendo de naturaleza privada o pública no estatal, son parte o intervienen en calidad de terceros en los procesos administrativos.

(26) Cfr. GONZALEZ PEREZ, Jesús, "Derecho Procesal Administrativo", t. I, Ed. Instituto de Estudios Políticos, p. 280, texto y nota 32, con apoyo en la doctrina francesa, 2º ed., Madrid, 1963.

No hay que olvidar que la significación ideológica de la justicia administrativa consiste en matizar el carácter individualista que ella tiene como producto del Estado de Derecho en los ordenamientos positivos (27).

Es que, básicamente, el problema de la justicia administrativa pasa por limitar el poder el cual "es siempre por esencia, en cualquier situación, capacidad de dominación" (28). La novedad actual radica en que el ejercicio del poder público ante la jurisdicción administrativa se ha transferido —en algunos sistemas como el nuestro— tanto hacia organismos públicos (ej. órganos extra-poder como el Defensor del Pueblo) como hacia organizaciones de defensa de los consumidores y usuarios, a través de verdaderas acciones populares que ponen en grave riesgo el equilibrio del sistema de protección de los derechos de los particulares que no tienen cabida en los mecanismos de acciones colectivas, a menos que se reglamenten las denominadas acciones de clase.

4. Tipología básica de los sistemas judicialistas, de tribunales administrativos o mixtos en relación al principio de separación de poderes

Cuando un sistema recibe el calificativo de judicialista se da por sobrentendida la circunstancia de que la calificación no se refiere al juzgamiento de las causas entre particulares (justicia civil-comercial o penal), dado que éstas, en los países civilizados donde rige la división de poderes, se ventilan ante jueces, separados orgánicamente de los poderes ejecutivos, que gozan de independencia frente a estos últimos.

Lo que caracteriza a cualquier sistema judicialista es el hecho de atribuir a un poder judicial independiente el conocimiento de las causas en que el Estado, o los Estados y/o Provincias, según los diferentes modelos constitucionales, son parte en el litigio.

(27) Con razón, GARRIDO FALLA anotó que "Los intereses y las situaciones individuales son, en sí mismos respetables y su sacrificio ante las exigencias del interés general sólo puede producirse dentro del marco de la legalidad. En definitiva, aquí se encuentra la radical diferencia entre el Estado de Derecho subjetivista y las «garantías de legalidad», que a veces se establecen en los Estados totalitarios y de los cuales hemos tenido ejemplos que, afortunadamente, han pasado a ser históricos" (cfr. GARRIDO FALLA, Fernando. "Tratado de Derecho Administrativo", vol. III, p. 20, Ed. Tecnos, Madrid, 2001).

(28) FERNANDEZ, Tomás Ramón, "Entre el Derecho y la Política", Ed. Abella, p. 12, Madrid, 1987.

En la vereda opuesta a un sistema judicialista puro se encuentran los sistemas de tribunales administrativos, los cuales actúan en el ámbito de la Administración, aun cuando sus jueces se desempeñen con independencia funcional, como ha sido en la tradición francesa que exhibe la labor del Consejo de Estado.

Pero, se admite que puedan coexistir con la división de poderes, formas mitigadas del sistema judicialista reconociendo excepcionalmente, sin instituir una cláusula general, determinados tribunales administrativos, por razones de especialización, con control judicial posterior limitado, o bien, los llamados sistemas de jurisdicción administrativa primaria con control judicial amplio o simplemente revisor, o incluso excepcionalmente prohibido, como acontece en el sistema norteamericano.

En estos últimos sistemas, que podrían denominarse mixtos, la clave para determinar cuál es el que mejor se concilia con el principio de separación de poderes se encuentra en el alcance del control o revisión judicial, siendo evidente que aquel que cumple con mayor rigor los postulados en que se apoya es el que consagra el control judicial más amplio posible (entre nosotros, el denominado "control judicial suficiente"). Aquí aparece una tensión (señalada, entre otros, por el jurista alemán Pielow) entre justicia y eficiencia, donde el funcionamiento de los sistemas muestra que a mayor justicia menor eficiencia del sistema y viceversa.

5. Las bases constitucionales de nuestro sistema judicialista

La configuración del sistema judicialista consagrado en la Constitución de la Nación Argentina, estructurado sobre la base de la división de poderes, se apoya en un cúmulo de principios prescriptos en preceptos constitucionales. Ellos son:

- (a) la garantía de la defensa en juicio, consagrada en el art. 18 de la CN;
- (b) la institución de un poder judicial independiente en cabeza de la Corte Suprema, integrado por los demás tribunales inferiores que establezca el Congreso (art. 108 CN) a los que les corresponde juzgar las "causas" que se sometan a su jurisdicción (art. 116 CN) (entre otros, en que la Nación sea parte o que se susciten entre dos o más provincias);
- (c) la interdicción del ejercicio de funciones judiciales por parte del Poder Ejecutivo (art. 109 CN) y

(d) la cláusula que permite promover el amparo judicial contra los actos u omisiones de los poderes públicos que lesionen, restrinjan, alteren o amenacen, derechos o garantías constitucionales (art. 43 CN).

Sin embargo, de todo ese cuadro de principios constitucionales, es evidente que el de mayor singularidad para la tipología judicialista del sistema se encuentra articulado por el precepto contenido en el art. 109 de la CN (ex art. 95 CN) el cual prescribe que "En ningún caso el Presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas".

La fuente más próxima de esta cláusula constitucional es el art. 108 de la Constitución chilena de 1833, que, a su vez, se inspira en el art. 243 de la Constitución liberal de Cádiz de 1812 (29) y en el art. 7 del reglamento de la Justicia Conservadora del 22 de octubre de 1811.

Un análisis superficial, bajo el influjo del nacionalismo que a veces nubla la visión jurídica de los argentinos (que suelen ubicarse también en el extremo opuesto queriendo importar cuanto institución extranjera los atraiga), nos hubiera deparado una conclusión que, aún apelando a la certidumbre cronológica, fuera realmente tan notable como absurda (30). Pero al bucear en las fuentes españolas más inmediatas comprobamos que un precepto similar se encontraba en el Reglamento Provisional del Poder Ejecutivo, dictado por las Cortes españolas (generales y extraordinarias) estableciendo las funciones, facultades y atribuciones del Consejo de Regencia (31), el cual es anterior a la sanción del Reglamento de la Junta Conservadora.

Por su parte, esa línea marca el principio que debía reinar, por razones históricas, en nuestra justicia administrativa, sobre la base de un sistema típicamente judicialista que hunde sus raíces en las instituciones hispánicas, primordialmente en Aragón y más tarde, en Castilla. Fueron precisamente dichas instituciones las que supieron crear un poder judicial independiente, con anterioridad a los sistemas de división de poderes

(29) El art. 243 de la Constitución de Cádiz de 1812 prescribe que "Ni las Cortes ni el Rey podrán ejercer en ningún caso las funciones judiciales, avocar causas pendientes, ni mandar a abrir los juicios fenecidos."

(30) Nos preocupaba el hecho de que los juristas argentinos sostuvieran que el Reglamento de 1811 hubiera sido la fuente de la Constitución de Cádiz.

(31) Decreto XXIV de 16 de enero de 1811, Cap. III, art. 1.

que mucho tiempo después desarrolló primero Inglaterra y, luego, los demás países europeos.

El Justicia Mayor de Aragón constituye el símbolo quizás de mayor trascendencia histórica y jurídica en cuanto representa la independencia judicial frente al rey, al punto que continuó rigiendo hasta el reinado de Felipe II, cuya política absolutista transformó la institución, tras la muerte de Juan de Lanuza en 1591, quedando sujeta, desde entonces, a la autoridad real.

La tesis que venimos sosteniendo acerca de la influencia de las instituciones visigodas en nuestra Constitución histórica de 1853 ha sido propugnada por autores de la talla de Estanislao S. Zeballos y Segundo V. Linares Quintana.

Al respecto, Zeballos señaló en 1916 que al realizar el estudio comparativo de la Constitución Argentina con las instituciones visigodas, había llegado a un resultado sorprendente en el sentido de que nuestra Constitución "tiene en las instituciones de la Monarquía visigoda de los siglos V, VI, VII, VIII y IX de la era cristiana, raíces profundas que no se nutrieron en las instituciones de Inglaterra, porque no existían" (32).

Entre esos principios, el que separa el poder judicial del poder ejecutivo y legislativo y prohíbe a éste el ejercicio de funciones jurisdiccionales traduce la continuidad de la doctrina jurídica española secular, representada por las antiguas leyes de Aragón y de Castilla (como se reconoce en los fundamentos del discurso preliminar con que se acompañó el texto de la Constitución de Cádiz).

Así, pudo decir Bielsa del Justicia de Aragón que fue una "admirable institución, cuya esencia es la de las más altas cortes de justicia defensoras de las leyes, empezando por la ley fundamental que es la Constitución" (33).

(32) Cfr. ZEBALLOS, Estanislao S., "Influencia de las instituciones visigodas en las argentinas", en *Revista de Derecho, Historia y Letras*, Año XVIII, t. IV, p. 379, Buenos Aires, 1916, con citas del "Fuero Juzgo" que, como es sabido, constituye la recopilación del "Liber iudiciorum" (principal cuerpo legal visigótico). Este trabajo de Zeballos es la reproducción de una conferencia pronunciada por el autor en el Club Español de Buenos Aires, el 12 de octubre de 1916, cuya trascendencia para esa época ha sido recientemente reconocida en el libro "Ortega" en *La Nación*, de Marta M. CAMPOMAR, p. 72. Ed. El Elefante Blanco, Buenos Aires, 2003.

(33) BIELSA, Rafael, "La protección constitucional y el recurso extraordinario", p. 126, Buenos Aires, 1936; LINARES QUINTANA, Segundo V., "Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino y Comparado", t. I, p. 35 y sigtes., Buenos Aires, 1953.

Por todo ello no puede extrañar que un antecedente hispánico similar al *Habeas Corpus* anglosajón, el juicio de manifestación, haya influido también en nuestra tradición jurídica constitucional (34) ni menos aun que la Constitución de Cádiz de 1812 constituya una de las fuentes nutricias de la Constitución Argentina como lo han destacado Linares Quintana (35) y otros juristas (36).

La prescindencia de las fuentes constitucionales es muchas veces causa de graves errores de interpretación sobre el sistema judicialista de la ley suprema, el cual requiere —para una cabal hermenéutica— partir de sus bases históricas para captar su finalidad y su articulación con los demás principios constitucionales.

En esta materia, los trasplantes de instituciones exógenas, así como las llamadas transmigraciones, encierran el peligro de introducir fórmulas incompatibles con nuestra idiosincrasia, que desconocen el piso de realidad o experiencia sobre el que transitan nuestras principales instituciones.

Por eso, hay que reconocer que el sistema judicialista que instituye la Constitución Argentina configura un conjunto articulado y armónico de premisas y consecuencias que, aun cuando no sea del caso desarrollar en forma pormenorizada, no pueden dejar de ponerse de relieve, tales como:

(a) en principio, el juzgamiento de las leyes y de los actos administrativos y reglamentarios provenientes de los tres poderes del Estado compete a los jueces;

(b) sólo excepcionalmente, las leyes pueden crear tribunales administrativos para juzgar los actos de la Administración, por razones de especialización y nunca con jurisdicción general. En tales casos, para salvar la constitucionalidad de la atribución de funciones jurisdiccionales a órga-

(34) LINARES QUINTANA, Segundo V., "Raíces hispánicas del constitucionalismo", Separata de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, p. 23 y sigtes., Buenos Aires, 2001.

(35) Op. cit., p. 33 y siguientes.

(36) Cfr. RODRIGUEZ VARELA, Alberto, "Génesis del constitucionalismo argentino", JA, 1962, t. VI, sección doctrina, p. 117; SECO VILLALBA, José Armando, "Fuentes de la Constitución Argentina", p. 218 y sigtes., Buenos Aires, 1943 y MATIENZO, José Nicolás, "Lecciones de Derecho Constitucional", ps. 415-416, Buenos Aires, 1921.

nos del Ejecutivo (nunca al titular del Poder Ejecutivo) aparte de los requisitos inherentes a la independencia del órgano, ha de existir la posibilidad de un control judicial suficiente, con amplitud de debate y prueba;

(c) la tutela judicial efectiva aparece como un principio que completa y amplía la garantía de la defensa en juicio, el cual se afirma gracias al "status" constitucional (art. 75 inc. 22, CN) que adquiere el Pacto de San José de Costa Rica, cuyos artículos 8 y 25 lo contemplan (Adla, XLIV-B, 1250).

De este principio, se desprenden una serie de consecuencias:

1) la superación de la doctrina de la jurisdicción meramente revisora que acotaba el alcance del control y su sustitución por la teoría del control judicial amplio y suficiente, como lo ha establecido la Corte Suprema en numerosos precedentes (37);

2) la ampliación del círculo de legitimados al extenderse el campo de protección de los derechos tutelados (vgr. consumidores y usuarios, en general, los derechos de incidencia colectiva que encuentran un cauce judicial expeditivo y sumario en el proceso de amparo —arts. 42 y 43, CN—);

3) la eliminación o relativización del principal requisito de admisibilidad de la pretensión procesal basado en el agotamiento de la vía administrativa, lo cual también reafirma la necesidad y conveniencia de erradicar el carácter revisor de la jurisdicción administrativa (38);

4) la supresión o reducción de los supuestos en que se aplican plazos de caducidad perentorios, como carga procesal de promover la acción judicial dentro de lapsos tasados por la ley, vencidos los cuales, los justiciables pierden incluso el derecho de fondo, como si hubiera ocurrido la prescripción los respectivos derechos.

(37) El criterio de la revisión judicial posterior sobre el ejercicio de funciones jurisdiccionales de la Administración se afirmó en la jurisprudencia de la Corte, aunque en forma casuista, a partir del caso "Fernández Arias" (Fallos 247:646).

(38) Una fundada crítica al carácter revisor de la jurisdicción contencioso administrativa ha hecho TAWIL, Guido Santiago en "Los grandes mitos del derecho administrativo, el carácter revisor de la jurisdicción contencioso administrativa, la inactividad de la administración y su fiscalización judicial", ED, 125-958.

6. *La evolución del sistema judicialista en el modelo constitucional norteamericano no ha sido igual a la argentina. Consagración de un sistema mixto que parte del reconocimiento generalizado de una jurisdicción administrativa primaria y el carácter limitado y concentrado del control judicial de la actividad administrativa*

En el sistema que rige en los Estados Unidos de América no existe, para el control de los actos de la Administración Pública, una tradición judicialista tan fuerte como la de la Constitución Argentina, habiendo evolucionado hacia la adopción generalizada de una jurisdicción administrativa primaria que incluso, en algunos casos excepcionales, no es judicialmente revisable (39).

En tal sentido, con meridiana claridad el Profesor Bernard Schwartz ha sostenido que la jurisdicción primaria administrativa y el principio que exige el agotamiento de la instancia administrativa son como dos caras de la misma moneda. Mientras la jurisdicción primaria determina si un tribunal judicial o un ente administrativo tienen jurisdicción inicial, la doctrina del agotamiento define si se puede revisar lo actuado por un ente administrativo que no es la última instancia en el ámbito de la Administración (40).

De ese modo, lo que aconteció tras la evolución del sistema judicialista norteamericano, fue el reconocimiento de una nueva forma de jurisdicción, distinta a la judicial.

Esta circunstancia, bastante atípica, terminó por convertir a dicha jurisdicción primaria administrativa en una verdadera instancia del proceso administrativo, sustituyendo, en los hechos, a los tribunales federales de primera instancia (denominados tribunales de distrito), ya que las leyes que rigen el procedimiento ante la jurisdicción federal prescriben, contra las decisiones de diversos órganos o agencias administrativas, un recurso directo de apelación ante las Cortes de Circuito (41).

(39) SCHWARTZ, Bernard, "Administrative Law", p. 481, 3^o ed., Little Brown and Company, Boston, Toronto, Londres, 1991.

(40) Op. cit., p. 533.

(41) En los Estados Unidos, el sistema jurisdiccional que rige los procesos judiciales en que se impugnan actos de la administración y de las agencias federales, está lejos de concebirse como un sistema de control difuso, tal como sucede en nuestro país. Se trata de un sistema bastante complejo, el cual puede sintetizarse en las siguientes reglas: a) en general, rige el principio según el cual la forma de procedimiento para la revisión judicial se

El principal efecto que ello produjo, no suficientemente señalado ni advertido por la doctrina norteamericana ni la vernácula, es que el control judicial no constituye un control difuso sino concentrado en un número restringido (no son más de catorce) de tribunales colegiados de segunda instancia.

Desde luego, que el control difuso sigue manteniéndose a favor de la exclusiva competencia judicial para declarar la inconstitucionalidad de las leyes, cuya fuerza expansiva se encuentra limitada al caso, por el carácter de "inter partes" de la sentencia.

En resumidas cuentas, en el orden de la realidad, el sistema norteamericano evolucionó de un modo diferente al sistema judicialista argentino, caracterizándose por una combinación, basada en el pragmatismo y en la eficiencia, entre diversos elementos propios de los sistemas judicialistas con aquellos que rigen en los sistemas de tribunales administrativos, aunque orgánicamente no sean iguales por el hecho que constituyen, simplemente, órganos o entes de la Administración.

Por ese motivo, al tratarse de dos sistemas bien diferenciados en sus orígenes, estructura y funcionamiento, mal pueden extrapolarse sin más las fórmulas procesales del derecho norteamericano, las cuales deben pasar por el tamiz representado por los principios de nuestro sistema constitucional y por el juicio prudencial sobre la compatibilidad de cualquier institución o regla jurídica, con la tradición y las costumbres de nuestro pueblo.

encuentra determinada en los respectivos estatutos o marcos regulatorios, que prevén procedimientos especiales ante cortes federales expresamente asignadas (APA, Sección 703); b) en la mayoría de los casos, los estatutos o marcos regulatorios disponen remedios específicos "statutory revision" que importan recursos directos ante las cortes federales de apelaciones de circuito; c) asimismo, para los supuestos en que no haya remedios específicos, sea por la inexistencia de marco regulatorio que los contenga o cuando éste no los prevea, existe la regla residual por la cual la acción judicial de revisión podrá ejercerse mediante cualquier acción legal admitida, y podrá interponerse ante los tribunales de primera instancia, contra los Estados Unidos, las agencias administrativas o contra el funcionario apropiado; d) a su vez, el USCA consagra una norma especial que atribuye jurisdicción exclusiva a las cortes federales de apelaciones de circuito para entender en la revisión judicial de los actos de numerosas administraciones y agencias taxativamente enunciadas, regla especial que prevalece sobre las anteriores (USCA, t. 28, cap. 158, sec. 2342); y e) por otro lado, también puede ocurrir que el marco regulatorio específico expresamente prohíba que determinada acción de la agencia administrativa pueda ser revisada judicialmente.

II. Acceso a la justicia: evolución del sistema procesal administrativo argentino

1. *La venia legislativa*

El llamado "contencioso administrativo", en la primera etapa de su evolución histórica, recepcionó, a través de la jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal (42) (basado en la teoría de la inmunidad soberana, que estaba vigente en los Estados Unidos) el sistema de la venia legislativa, para impugnar o reclamar contra los actos en que el Estado actuaba como poder público.

Este sistema, al no articular plazos para resolver las reclamaciones ni reglar los procedimientos garantísticos necesarios para la tutela de los derechos de los administrados, operó como una fórmula que, en los hechos, al bloquear o impedir el acceso a la justicia, generó continuos supuestos de denegación de esta última, puesto que los ciudadanos o empresas lesionadas no estaban habilitados (al faltarles la autorización del Congreso) para promover las respectivas acciones judiciales.

En síntesis, el sistema condujo a la indemandabilidad del Estado, ya fuera que actuara en ejercicio del poder público o como persona jurídica en el ámbito del derecho privado.

Ante esa situación, el Congreso sancionó la ley 3952, conocida como ley de demandas contra la Nación (Adla, 1889-1919, 490), admitiéndose parcialmente la demandabilidad del Estado cuando se tratare de "acciones civiles que se deduzcan contra la Nación en su carácter de persona jurídica" (43). Finalmente, años más tarde (en 1932), el requisito de la venia legislativa se eliminó en su totalidad en la ley 11.634 (Adla, 1889-1919, 490) (44).

2. *La reclamación administrativa previa y la exigencia de una denegatoria*

A su vez, tanto la ley 3952 como la ley 11.634 prescribieron, en el orden nacional, el requisito de la reclamación administrativa previa y su denegatoria por parte de la Administración para poder acceder a la justicia.

(42) "In re" "Seste y Seguí"; Fallos 1:317 de 1864.

(43) Art. 1º, ley 3952.

(44) Art. 1º, ley 11.634.

Obsérvese que en este punto de la evolución de nuestro contencioso administrativo la ley, en vez de recepcionar el sistema del agotamiento de la instancia administrativa para acceder a la justicia, como era el seguido en el régimen norteamericano (45) y en el español de la ley de Santamaría de Paredes, generalizó la institución de la reclamación administrativa previa, que aún cuando no se aplicaba entonces a los procesos administrativos tenía sus raíces en el derecho hispánico, sin perjuicio de que en el derecho francés regía una regla similar que era la decisión "préalable" (46).

El último requisito para acceder a la justicia estaba determinado por la necesidad de que se configurase la denegatoria expresa de la reclamación administrativa previa, o bien, la denegatoria tácita por el transcurso de un plazo de 6 meses y un procedimiento para instar la resolución (denominado pronto despacho) al que se adicionaba un plazo adicional de tres meses, a favor de la Administración, antes de dar por habilitada la instancia judicial.

Este régimen de demandabilidad, que suponía la vigencia supletoria del Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial Federal, insumía en total unos nueve meses como mínimo para que los particulares o empresas estuvieran en condiciones de promover acciones judiciales.

Pero aun así creemos con Mairal (47), que el sistema era de avanzada, muy superior al norteamericano, ya que no existían plazos de caducidad ni el Estado mantenía privilegios procesales.

De otra parte, al no exigirse la regla del agotamiento de la vía administrativa (o sea, que el recurso jerárquico era opcional como en Francia) la Administración ganaba en eficiencia y no se inundaba de expedientes en los que los particulares interponían recursos administrativos, ya que su promoción (a los efectos del agotamiento) no constituía un presupuesto de la demandabilidad del Estado. Los únicos plazos que hacían caer la acción judicial eran los plazos de prescripción de los derechos de fondo que fundamentaban la pretensión procesal.

(45) MAIRAL, Héctor A., *op. cit.*, t. I, p. 307.

(46) Ver DEBBASCH, Charles, "Contentieux administratif", p. 921, París, 1981.

(47) Cfr. MAIRAL, Héctor A., *op. cit.*, t. I, p. 99.

La principal crítica que puede hacerse sobre este período, que se extendió hasta el año 1972 en que se sancionó la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos (Adla, XXXII-B, 1752), se circunscribe a que la protección jurisdiccional se acordaba sólo a los titulares de derechos subjetivos, quedando fuera del marco procesal garantístico los llamados intereses legítimos o directos, los cuales, conforme a la evolución mundial operada en esa época, contaban con dicha protección en los países considerados de avanzada en este aspecto, como Francia e Italia.

III. Los retrocesos posteriores en el acceso a la Justicia

La sanción de la LNPA (ley 19.549) de procedimientos administrativos significó un verdadero retroceso en la posición de avanzada que había alcanzado nuestro derecho procesal administrativo. Veamos los principales puntos que marcan ese retroceso que afecta, fundamentalmente, el principio de la tutela judicial efectiva.

1. *Generalización de la regla del agotamiento*

A raíz del dictado de la LNPA, se generalizó la regla del agotamiento de la instancia administrativa (lo correcto sería decir "vía", como prescribe el Código Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires, puesto que no se trata de una primera instancia asimilable a la judicial) instituyendo un requisito innecesario, que alarga sin sentido el trámite previo a la demandabilidad del Estado, demorando consecuentemente los plazos para que los ciudadanos puedan obtener tutela efectiva de sus derechos.

2. *El establecimiento de plazos de caducidad para demandar al Estado*

A su vez, la LNPA prescribió plazos de caducidad, siguiendo al derecho español (aunque también existen en el derecho norteamericano) que operaban como verdaderos plazos de prescripción de los derechos de fondo, por el mero transcurso de un breve lapso (48) cuando el particular no promueve la acción judicial.

Estos plazos de caducidad, sólo serían constitucionales, si no impiden después deducir una reclamación administrativa previa, ya que, en estos

(48) HUTCHINSON, Tomás, "Proceso Administrativo", t. I, p. 20, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, considera innecesario establecer plazos fugaces de caducidad para acceder a la justicia y propone una reforma legislativa que consagre plazos más amplios.

supuestos, el particular evidencia su voluntad de promover la acción judicial, pero carece de sentido aplicarlos a partir de cualquier decisión que resuelva la clausura del estado administrativo, dado que, en estos supuestos, se afecta la tutela judicial efectiva al bloquearse el acceso del particular a la justicia interpretando que su voluntad es la de renunciar a este derecho.

Por ello, los plazos de caducidad para accionar contra el Estado deberían reputarse inconstitucionales (49), en cuanto cercenan el acceso a la jurisdicción, el derecho de propiedad y el derecho a una tutela judicial efectiva (arts. 17 y 18 CN y arts. 8 y 25 del Pacto de San José de Costa Rica, de rango constitucional conforme el art. 75 inc. 22 de la CN) protegidos en lo que se ha denominado el "contencioso de los Derechos Humanos" (50).

De otra parte, la circunstancia de aceptar los plazos de caducidad como perentorios y fatales, implica, en nuestro derecho, atribuir a la función judicial una certeza y valor de cosa juzgada equivalente a la función judicial, alterando de ese modo la interdicción prescripta en el art. 109 de la CN.

Otra posibilidad, para evitar que no sean inconstitucionales, sería la de admitir el replanteo de la cuestión en sede administrativa a través del reclamo administrativo previo, al menos cuando se trata de actos afectados de nulidades absolutas. En tales casos, para no caer en la asistematicidad de establecer plazos de caducidad para el administrado (breves y perentorios) y plazos de prescripción para el Estado, una correcta hermenéutica de la LNPA conduce a interpretar que el reclamo administrativo

(49) Aunque la jurisprudencia, hasta ahora, ha sostenido su constitucionalidad ("Gypobras S.A. c. Estado Nacional - Ministerio de Educación y Justicia", LA LEY, 1995-E, 478); sobre el punto en la doctrina contraria a esta postura véase: CASSAGNE, Juan Carlos, "Acerca de la caducidad y prescripción de los plazos para demandar al Estado", ED, 45-285 y "El plazo de caducidad del art. 25 de la ley 19.549 y su inaplicabilidad a los actos unilaterales vinculados a contratos administrativos", ED, 118-377; MAIRAL, Héctor A., op. cit., t. I, p. 380 y sigtes.; BIANCHI, Alberto B., "¿Tiene fundamentos constitucionales el agotamiento de la instancia administrativa?", LA LEY, 1995-A, 397; TAWIL, Guido S., "Los plazos para accionar en la instancia contencioso administrativa: primera aproximación, Régimen de la Administración Pública", n° 133, p. 11 y sigtes., Buenos Aires, 1989 y "Administración y Justicia", t. II, p. 178 y sigtes., Ed. Depalma, Buenos Aires, 1993.

(50) Que surge de los Pactos Internacionales: la expresión pertenece a SALOMONI, Jorge Luis, "El control de la Administración pública por las organizaciones no gubernamentales", en el libro "Control de la Administración Pública", p. 447 y sigtes., Ed. RAP Buenos Aires, 2003.

previo es una vía opcional a favor del particular, que éste puede promover después de vencidos los plazos de caducidad para deducir la acción prevista en los arts. 23 y 24 de dicha ley. Con esta interpretación que hicimos (51) en su momento junto con Linares (52) y que recibiera la adhesión de Escola (53), una vez resuelto el reclamo puede demandarse al Estado, salvo que se hubiera operado la prescripción (54).

3. *Combinación de técnicas diversas e incompatibles*

De otra parte, la LNPA pretendió combinar dos técnicas procesales que responden a principios diversos y que resultan incompatibles en su funcionamiento como consecuencia de mantener simultáneamente la regla del agotamiento de la vía administrativa con la institución del reclamo administrativo previo. Como la regla del agotamiento estaba conectada con plazos de caducidad para acceder a la justicia (a través de la denominada vía impugnatoria) mientras que la acción judicial promovida después de haber interpuesto un reclamo administrativo previo (llamada vía reclamatoria) sólo estaba alcanzada por los plazos de prescripción, surgieron una serie de conflictos que llevaron a la jurisprudencia a inclinarse por la supremacía de la acción impugnatoria (con plazos de caducidad), exigiéndose (por ejemplo en materia de los actos dictados durante la ejecución de contratos administrativos) el agotamiento de la vía administrativa y la promoción de la demanda judicial dentro de unos breves plazos de caducidad (55).

(51) CASSAGNE, Juan Carlos, "La ley nacional de procedimiento administrativo 19.549", ED, 42-845 y "Acerca de la caducidad..." cit., p. 829.

(52) LINARES, Juan Francisco, "Fundamentos de derecho administrativo", cap. XVI, núm. 4, § 372, ps. 418-419, Buenos Aires, 1975 y Sistema de recursos y reclamos en el procedimiento administrativo, p. 27 y sigtes., Buenos Aires, 1974.

(53) ESCOLA, Héctor J., "Tratado General de Procedimiento Administrativo", p. 398, Buenos Aires, 1975: "Esta circunstancia le da un valor preponderante para los administrados, ya que aun cuando hayan vencido los plazos previstos para interponer otros recursos, siempre será procedente esta reclamación, salvo que se hubiera producido la prescripción, según las normas de derecho común, de la acción".

(54) Véase el lúcido trabajo de GORDILLO, Agustín A., El reclamo administrativo previo, ED, 89-785 y sigtes. en el que comparte nuestra posición y la de Linares y Escola.

(55) Así lo sostuvo la mayoría de la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal en el conocido fallo "Petracca" (LA LEY, 1986-D, 10). La Corte Suprema marcó una línea diferente en el caso "Mevopal" (LA LEY, 1993-D, 51) que, según algunos, rec-

O sea que, mediante una técnica formal, el acceso a la justicia resulta denegado por los jueces, cuando los particulares no cumplen estrictamente con la carga procesal de promover las acciones judiciales dentro de los perentorios y cortos términos que establecen las leyes (56), sin importar la sustancia ni la estabilidad de los derechos de los ciudadanos afectados por actos de los poderes públicos.

4. El carácter revisor de la jurisdicción

En este período, subsistió la tendencia hacia la consideración de la justicia administrativa como una mera jurisdicción revisora de lo actuado en el ámbito de la Administración.

Esta tesis, que organizó el contencioso-administrativo como un proceso al acto administrativo y que, además, limitó el control de éste último a la

tificó posteriormente en el caso "Gypobras". En nuestra opinión, la jurisprudencia de "Mevopal" —que no exige recurrir y agotar la vía administrativa respecto de los actos unilaterales de ejecución contractual— no ha sido rectificada por el caso "Gypobras", cuyo objeto procesal versaba sobre un acto de extinción mientras que en el precedente "Mevopal" se trataba de una de las operaciones complejas que integran el ciclo de actos de cumplimiento, previo a la finalización o terminación del contrato. (Cfr. con esta interpretación que hicimos con anterioridad en nuestro libro "El contrato administrativo", ps. 184-185, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1999, véase: GARCIA PULLES, Fernando, "Tratado de lo Contencioso Administrativo", Ed. Hammurabi, t. I, p. 527, Buenos Aires, 2004). Cabe acotar que, con anterioridad (1989) el Alto Tribunal adoptó, en el caso "Pensavalle" un criterio opuesto a la solución del plenario "Petracca" sosteniendo que el acto que resuelve un reclamo administrativo previo, en el que se reclamaban daños y perjuicios derivados de la ejecución de un contrato administrativo no se halla sujeto a los plazos de caducidad del art. 25 ni a los requisitos del art. 23 de la LNPA y que, incluso, frente a un reclamo mal dirigido, no existe inconveniente en replantearlo en sede administrativa (Cfr. ESTRADA, Juan Ramón, "Agotamiento de la vía administrativa y habilitación de la vía judicial: dos importantes fallos de la Corte Suprema", REDA n° 4, p. 330, Buenos Aires, 1990). Tampoco pensamos que la jurisprudencia de la Corte haya cambiado con motivo de la reforma introducida al art. 7 de la LNPA por el decreto 1023/2001 (Adla, LID, 4144) habida cuenta de que esta norma dispone solamente la aplicación directa de las prescripciones del Título III de la ley (que regula el acto administrativo) a los contratos administrativos "en tanto fuere pertinente" y nada dice acerca de la aplicación a los contratos de los requisitos procesales que rigen la impugnación de los actos administrativos (que se encuentran en el Título IV).

(56) Una salida inteligente para superar la generalización en que incurre la jurisprudencia es la figura de los "meros pronunciamientos administrativos" que no tornan exigible la impugnación; ver y ampliar: MAIRAL, Héctor A., "Los meros pronunciamientos administrativos", en Derecho Administrativo, obra colectiva en homenaje al Profesor Miguel S. Marienhoff (Director: Juan Carlos Cassagne), p. 651 y sigtes., Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998.

actividad reglada (57) y a la revisión del derecho, ha sido objeto de fundadas críticas en la doctrina tanto comparada (58) como nacional (59). En la actualidad, comienza a declinar en el orden provincial (60), donde había echado sus raíces más profundas.

Lo cierto es que el postulado de la jurisdicción revisora no sólo implica, en los hechos, atribuir a la actividad administrativa el mismo grado de estabilidad de las sentencias de los jueces que hacen cosa juzgada sino que conculca la regla del control judicial suficiente (base de la defensa en juicio) y el moderno principio de la tutela judicial efectiva (61).

IV. Algunos avances en medio de otros retrocesos

Con todo, en el escenario de los retrocesos han coexistido una serie de fórmulas procesales, que han ido creciendo en forma inorgánica, amparadas en la jurisprudencia y en la legislación, así como en las normas que consagró la reforma constitucional de 1994.

Esta situación, al par que entraña una serie de ventajas evidentes para los justiciables, lleva consigo sus riesgos, en cuanto puede también provocar la desnaturalización del propio sistema procesal en el caso que prevalezcan los criterios populistas que ven, en el proceso, un arma política para destruir los valores de la economía social de mercado y del consecuente principio de subsidiariedad.

(57) COVELLO, Pedro J. J., "El control judicial de la discrecionalidad administrativa", en *Control de la Administración Pública* cit., p. 627 y siguientes.

(58) FERNANDEZ TORRES, Juan Ramón, "Jurisdicción administrativa revisora y tutela judicial efectiva", p. 51 y sigtes., Ed. Civitas, Madrid, 1998.

(59) TAWIL, Guido Santiago, "Administración y Justicia", cit., p. 154 y sigtes.; URRUTIGOIY, Javier, "¿Hacia dónde va (o debiera ir) el proceso administrativo, tras la reforma constitucional?" en el libro "Protección del Administrado", p. 84 y sigtes., Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996.

(60) Los arts. 15 y 166 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y el nuevo Código Procesal Contencioso Administrativo provincial amplían la jurisdicción a cualquier clase de pretensiones, superando la concepción revisora y sus conocidas secuelas, véase: D'ARGENJO, Inés, "El acceso a la justicia administrativa en la Provincia de Buenos Aires", en la obra "Proceso administrativo", t. I, dirigida por Tomás HUTCHINSON, cit., p. 302 y sigtes., especialmente ps. 303-304.

(61) Ampliar en CASSAGNE, Juan Carlos, "La tutela judicial efectiva. Su incompatibilidad con el dogma revisor y con la regla del agotamiento de la vía administrativa", REDA n° 32, año 11, p. 525 y sigtes., Buenos Aires, 1999.

El avance más trascendente, a nuestro juicio, radica en la consagración del principio general de la tutela judicial efectiva, el cual, como antes señalamos, se encuentra contemplado en los arts. 8.1 y 25.1 del Pacto de San José de Costa Rica (62) que posee rango constitucional superior a las leyes (63).

1. La amplitud de la legitimación

Un primer punto entre esos avances radica en la ampliación del círculo de legitimados para acceder a la justicia, unificando el concepto de legitimación en un criterio más amplio que engloba toda suerte de intereses que le proporcione alguna ventaja o beneficio (64), para la satisfacción de una pretensión sustantiva o adjetiva, ya fuere el interés subjetivo u objetivo, siempre que concurren los requisitos de la ilegalidad y del perjuicio en un proceso concreto (65). En esta línea, el nuevo Código Procesal Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires prescribe que toda persona que alegue "una lesión, afectación o desconocimiento de sus derechos o intereses tutelados por el ordenamiento jurídico" (66) posee legitimación para hacer valer sus pretensiones en el proceso contencioso administrativo, lo cual, como ha señalado Soria "permite comprender en su ámbito de protección, con arreglo a lo dispuesto por las normas materiales aplicables, a los intereses colectivos, difusos o los derechos de incidencia colectiva" (67), sin caer en el extremo de la acción popular.

Otro círculo de nuevos legitimados para deducir acciones en el proceso administrativo es el de los asociados a las diferentes cajas profesio-

(62) Sobre el contenido del principio: PERRINO, Pablo E., "El derecho a la tutela judicial efectiva y el acceso a la jurisdicción contencioso administrativa", en "Proceso Administrativo", t. I, cit., ps. 261-262.

(63) Art. 75 inc. 22 CN.

(64) JEANNERET de PEREZ CORTES, María, "La legitimación del afectado, del Defensor del Pueblo y de las asociaciones. La reforma constitucional de 1994 y la jurisprudencia", LA LEY, 2003-B, 1333.

(65) Cfr. ROCHA PEREYRA, Gerónimo, "La interpretación judicial de la legitimación del Defensor del Pueblo", ED, Suplemento de Derecho Administrativo, p. 4 y sigtes., 29/04/04.

(66) Art. 13 del CPCABA.

(67) SORIA, Daniel Fernando, "Consideraciones sobre la legitimación y el procedimiento administrativo", en el libro "Procedimiento Administrativo", Jornadas organizadas por la Universidad Austral, p. 468, Ed. Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1998.

nales (68), cuyos actos, por configurar personas públicas no estatales, están, en una importante porción, regidos por el derecho administrativo.

No cabe duda de que el desafío más grande que traduce esta ampliación de la legitimación como aptitud para ser parte en un proceso concreto (69) consiste en que la nueva categoría de derechos de incidencia colectiva no se transforme en una suerte de acción popular (70), con un sistema de acceso a la justicia más abierto y con menos trabas que el que tienen los portadores de derechos subjetivos. En este sentido, los procesos colectivos así como las medidas cautelares dictadas en ellos están reclamando una regulación orgánica (del tipo de las acciones de clase, la representación de las asociaciones y sectores intervinientes, la introducción de la técnica del emplazamiento de los terceros eventualmente interesados en intervenir en el proceso (71) y la reglamentación de los efectos de las sentencias (*erga omnes* o *inter-partes*). –

Este concepto amplio de legitimación, en línea con la jurisprudencia norteamericana (72), que ahora compartimos, no implica el desconocimiento de las categorías tradicionales de derecho subjetivo y del interés legítimo (73). Significa simplemente que, a la luz de la evolución operada y los criterios de la jurisprudencia, ellas han perdido vigencia al ampliarse

(68) Ver: ANDREUCCHI, Carlos, "El control de las personas públicas no estatales", en el libro "Control de la Administración Pública", cit., p. 585 y siguientes.

(69) Según esta clásica definición inspirada en la obra de Guasp, véase: GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, "Manual de Derecho Procesal Administrativo", p. 160, Ed. Civitas, Madrid, 1992.

(70) Al respecto, ver los requisitos propuestos por ROCHA PEREYRA para que resulte admisible la actuación del Defensor del Pueblo en sede judicial (ROCHA PEREYRA, Gerónimo, op. cit., ps. 8-10).

(71) Véase nuestro trabajo: "El control jurisdiccional de la actividad reglamentaria y demás actos de alcance general", LA LEY, 2001-E, 1226, posición que comparte JEANNERET de PÉREZ CORTÉS, María, op. cit., ps. 1352-1353.

(72) Cfr. SACRISTAN, Estela B., "Se amplía la legitimación en el Derecho Norteamericano: los electores pueden conocer el financiamiento del proceso electoral, LA LEY, 1999-E, 101.

(73) El cambio de nuestra postura no responde a una razón de fondo sino a la falta de consenso doctrinario y jurisprudencial. Lo cierto es que la mayor parte de la doctrina nacional no admite la distinción clásica entre ambas categorías pese a que se fundan en la realidad, como creemos haberlo demostrado; véase: "Derecho Administrativo", 7ª ed., p. 213 y sigtes., Ed. Lexis Nexis-Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2002.

el círculo de legitimados y, consecuentemente, el propio concepto de legitimación para hacerlo jugar con el principio de la tutela judicial efectiva. En cualquier caso, los problemas actuales del sistema procesal administrativo no se suscitan por la mayor apertura de la legitimación sino por la falta de regulación de los procesos colectivos (principalmente de la regla del emplazamiento) y de los efectos de las sentencias que anulan o suspenden actos de alcance general.

2. La aparición y posterior evolución de un remedio extraordinario de control de constitucionalidad: el amparo

La acción procesal de amparo nacida en forma pretoriana en la jurisprudencia de la Corte Suprema abrió una nueva puerta de acceso a la justicia para que ésta pudiera declarar la inconstitucionalidad, en un proceso breve y sumario, de los actos de la Administración que afectaren o amenazaren, con ilegalidad o arbitrariedad manifiestas, los derechos y garantías constitucionales del demandante, incluso cuando se trate de normas de alcance general (74).

Pero el proceso de amparo, instituido como un proceso extraordinario, pronto se convirtió en un remedio ordinario (75) comúnmente utilizado por los ciudadanos y empresas desarrollando hasta tal punto —incluso en el campo de las medidas cautelares— sus posibilidades de aplicación que es susceptible de producir el desequilibrio de todo el sistema procesal.

Entre los problemas que plantea la generalización de esta especie procesal pueden señalarse: a) el derivado del principio que reconoce el control difuso de constitucionalidad según el cual, un juez federal de primera instancia, de cualquier circunscripción, puede ser competente para entender si los efectos del acto lesivo se producen en el ámbito territorial de su jurisdicción lo que amplía su competencia para decretar —por ejemplo—

(74) Véase: BIANCHI, Alberto B., "Control de constitucionalidad", p. 226 y sigtes., Ed. Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1992. Esta interpretación, que suponía la inconstitucionalidad del inc. d) del art. 2 de la ley 16.986 (Adla, XXVI-C, 1491) sustentada en precedentes anteriores de la Corte Suprema (casos "Oúton" y "Mate Larangueira") se afirma, incuestionablemente, luego de la reforma constitucional de 1994, cuyo artículo 43 no establece cortapisa alguna a la facultad de los jueces para declarar la inconstitucionalidad de leyes o de reglamentos, en los procesos de amparo.

(75) Como lo advierte GALLEGOS FEDRIANI, Pablo, en el libro "Medidas cautelares", ps. 113-114, Ed. Abaco, Buenos Aires, 1998.

la suspensión de un Decreto de alcance general, ya sea mediante el dictado de una medida cautelar o de la sentencia estimatoria en una acción de amparo y b) la interpretación que concede legitimación a cualquier habitante sin estar directamente afectado en sus derechos con fundamento en el art. 43 de la CN (76), lo cual transforma al amparo en una suerte de acción popular.

3. *El agotamiento de la vía administrativa y la reclamación administrativa previa*

Otro avance trascendente que se advierte en el contencioso-administrativo provincial (77), es la declinación de la regla del agotamiento de la vía administrativa como condición para acceder a la justicia.

Esa línea ha sido adoptada por la Constitución de la Provincia de Buenos Aires de 1994 (78) mediante un principio de carácter operativo que no puede ser desnaturalizado por la ley, como lo hace el actual Código (79).

(76) Un buen análisis de este problema ha hecho BARRA, Rodolfo C. En "La acción de amparo en la Constitución reformada: la legitimación para accionar", LA LEY, 1994-E, 1087 y siguientes.

(77) Un análisis crítico de la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Provincia de Buenos Aires y de la Corte Suprema Nacional (que rectificó la doctrina que sostenía que para considerar agotada la vía administrativa era necesario interponer un recurso de revocatoria) puede verse en el comentario hecho por ABERASTURY, Pedro al fallo "Sacoar" de octubre de 1988, que tituló El recurso de revocatoria y el agotamiento de la vía administrativa, REDA n° 1, p. 140, Buenos Aires, 1989. Apunta este autor (con referencia a los textos constitucionales anteriores a la reforma de 1994) que "el juego de los arts. 18 y 100 de la Constitución nacional, también requiere, como parte de la garantía de la defensa en juicio, que el acceso a la instancia judicial sea simple, rápido y eficaz. Sin control o con un control que en los hechos deviene inexistente, no podrá consolidarse el sistema democrático y sin éste se desconocerá la prohibición expresa prevista en el art. 95 de la Constitución Nacional, que veda al Poder Ejecutivo ejercer funciones judiciales" (ABERASTURY, Pedro, op. cit., p. 146).

(78) Art. 166 "in fine" de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, que prescribe: "Los casos originados por la actuación u omisión de la Provincia, los municipios, los entes descentralizados y otras personas, en el ejercicio de funciones administrativas, serán juzgados por tribunales competentes en lo contencioso administrativo, de acuerdo a los procedimientos que determine la ley, la que establecerá los supuestos en que resulte obligatorio agotar la vía administrativa".

(79) En efecto, el art. 14 del Código Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires (texto según la ley 13.101 —Adla, LXIII-E, 5383—) invierte la regla establecida en el art. 166 de la Constitución provincial y establece, como principio general, salvo los casos taxativamente prescriptos en la norma, la necesidad de agotar la vía administrativa. Es obvio que se trata de un precepto inconstitucional.

Por lo demás, se admite que dicha regla carece de sentido en las acciones declarativas en las que la pretensión principal del accionante procura hacer cesar una situación o estado de incertidumbre en el que el acto previo denegatorio no es una condición necesaria ni suficiente para el acceso a esta clase de acciones, pues, de existir, no se configuraría la situación de incertidumbre.

Finalmente, hay que anotar, sin embargo, dos grandes retrocesos en el procedimiento que rige el reclamo administrativo previo. El primero, a raíz de la eliminación del precepto que permitía acceder a la justicia directamente, sin necesidad de articular un reclamo administrativo previo en varios supuestos, especialmente "cuando mediare una clara conducta del Estado que haga presumir la ineficacia cierta del procedimiento transformando el reclamo previo en un trámite inútil" (inc. e), ex art. 32 de la LNPA, texto según ley 25.344 —Adla, LX-E, 5547—). Es evidente que, como ha anotado Perrino, esto implica una quiebra de las "modernas tendencias que predicán la eliminación de las trabas que obstaculizan el acceso a la justicia" (80). El segundo, se encuentra en el hecho de haber prescripto plazos de caducidad (81) para acudir a la instancia judicial cuando se produce la denegatoria por silencio en el reclamo administrativo previo pues aunque la norma diga "sin perjuicio de lo que fuere pertinente en materia de prescripción" impone al particular la carga de demandar judicialmente dentro de los plazos previstos en el art. 25 con lo que la ilegitimidad de los respectivos actos, una vez vencidos los plazos de caducidad, sólo podría ser alegada como defensa. Consideramos, por los fundamentos que señalamos en el texto, que esta norma debe reputarse inconstitucional por afectar el derecho a la tutela judicial efectiva (82) y cercenar, en rigor, el acceso a la justicia. Por lo demás, la reforma legislativa que criticamos no puede nunca basarse en una situación de emergencia que sólo se justifica cuando se comprimen transitoriamente los derechos de los particulares por razones de necesidad pública y no para bloquear el ejercicio de derechos constitucionales que hacen a la garantía de la defensa (art. 18, CN) como parte esencial de la efectividad de la tutela judicial.

(80) Cfr.: PERRINO, Pablo E., "La excepción del ritualismo inútil y su vigencia a pesar de su derogación por la ley de emergencia 25.344", REDA año 13, p. 407 y sigtes., Buenos Aires, 2001.

(81) Art. 31 LNPA, texto según ley 25.344.

(82) En el mismo sentido: GARCIA PULLES, Fernando, *op. cit.*, t. I, p. 526.

V. Conclusiones

En suma, si bien no se pueden desconocer los avances operados en el sistema procesal de acceso a la justicia administrativa no dejan de advertirse nuevas tensiones en la medida en que el grado de apertura de los procesos conduzca a la prevalencia absoluta de unos valores sobre otros en vez de procurar su interrelación y coherencia para la seguridad jurídica así como la armonía entre los intereses públicos y los privados.

De continuar la tendencia actual el riesgo es que prevalezcan la justicia objetiva sobre la subjetiva, el interés del usuario sobre el interés público (que representa el interés del conjunto y el de las generaciones futuras), los plazos de caducidad sobre la tutela judicial efectiva, la judicialización de la política pueda afectar la eficacia y eficiencia de la justicia y, por último, que el control difuso siga impidiendo el control concentrado de la legalidad administrativa.

Somos conscientes de que no es fácil resolver estas tensiones de un modo absoluto y menos acudiendo a fórmulas foráneas, sin la necesaria adaptación a nuestra realidad. Pero, quizás, en la reglamentación del acceso a los procesos colectivos y en la concentración de la jurisdicción, para que controle la constitucionalidad y la legalidad de la actuación de la Administración con amplitud de debate y prueba, atenuando la regla del agotamiento de la vía administrativa (o bien, reemplazándola por la reclamación administrativa previa como única condición de acceso a la justicia) y eliminando los plazos de caducidad, se encuentran las claves para solucionar los problemas existentes.

Todo ello, claro está, sin mengua del principio "pro actione" (83) para acceder a la jurisdicción ni de la amplitud de la legitimación para ser parte en los procesos concretos ni de los principios que hacen a la tutela judicial efectiva para que, a través de jueces independientes e imparciales (84), pueda cumplirse el objetivo constitucional de afianzar la justicia. ♦

(83) Cfr. BOTASSI, Carlos A., *Habilitación de instancia y derechos humanos*, en el comentario al caso "Palacios", LA LEX, 2000-F, 594.

(84) SARMIENTO GARCIA, Jorge H., "Introducción al Procedimiento y al Proceso Administrativo", en el libro *Protección del Administrado* cit., p. 39, afirma que la independencia del juez significa que éste no se encuentra sujeto a órdenes (de ningún otro poder del Estado) y la imparcialidad "que no sacrifica la voluntad de justicia a ninguna otra consideración".

ÉTICA DE LOS JUECES. ANÁLISIS PRAGMÁTICO

POR AIDA KEMELMAJER DE CARLUCCI (*)

Los jueces son, y deben ser, necesariamente, hombres buenos, de alma limpia, sin rencores, ni mala codicia (1).

No es honesto refugiarse dentro de la cómoda frase hecha que dice que la magistratura es superior a cualquier crítica y a cualquier sospecha, como si los magistrados fuesen criaturas sobrehumanas, no tocadas por la miseria de esta tierra y por eso intangibles. Quien se adhiere a esta tonta adulación ofende la magistratura, a la que se honra no con adularla, sino con ayudarla a estar a la altura de sus funciones (Piero Calamandrei) (2).

Sé que no se puede hacer reproches a la Constitución ni tampoco a la Corte Suprema como institución. La única dificultad está en algunos de los seres humanos que forman la Corte (Franklin D. Roosevelt) (3).

(*) Comunicación efectuada por la Académica, en la sesión privada del 24 de junio de 2004.

(1) PODETTI, José Ramiro. "El juez y su función". En: "Poderes y deberes del juez". Homenaje a I. Ramiro Podetti. Número extraordinario de la Revista de Derecho Procesal. Santa Fe: Ed. Rubinzal Culzoni, 2004. p. 12. En este trabajo, publicado por gentileza de su hijo doctor Humberto Podetti, el autor del Código Procesal de Mendoza traduce las Partidas (3º, Título IV, Ley 3º) de modo no textual; los textos de las partidas se pueden consultar en Colección de Códigos y Leyes de España, publicado bajo la dirección de D. Esteban PINEL y D. Alberto AGUILERA y VELASCO. Madrid, 1865. t. II, ps. 321/322, o en los Códigos españoles concordados y anotados, 2ª ed. Madrid, 1872. t. III, ps. 37/39.

(2) Cit. por GIACOBBE G.; NARDOZZA, M. Potere e responsabilità nell'ordine giudiziario. Milano, Ed. Giuffrè, 1996. Epígrafe. La versión completa puede consultarse en El elogio de los jueces escrito por un abogado. Trad. por Conrado Finzi, 3ª ed., Buenos Aires: Ed. Ejea, 1956. p. 256.

(3) Cit. por BERGALLI, Roberto. Estado democrático y cuestión judicial. Buenos Aires: Ed. Depalma, 1984. p. 37; también por GONZÁLEZ CALDERÓN, Juan. No hay justicia sin libertad. Buenos Aires: Ed. Víctor P. de Zavala, 1956. p. 26, quien remite, para la conflictiva relación de la Corte Suprema con Roosevelt a raíz de su política del New Deal, a la notable obra de Samuel Eliot MORRISON y Henry STEELE COMMANGER. Historia de los Estados Unidos de Norteamérica (The Growth of American Republic).

SUMARIO: I. La importancia del tema. Orígenes. — II. Objetivo de estas reflexiones. Ética práctica. Razones. — III. Ética, deontología y profesiones. Terminología. — IV. Deontología y normas jurídicas. — V. Regular o no regular. Quién regula. Qué efectos tiene la violación de la regulación. — VI. Una o muchas éticas. La ética judicial y las otras éticas. — VII. Los valores específicos en el juez. Dificultad de su enumeración. — VIII. Una regla general. — IX. Un punto de partida derivado de la esencia de la función: la inevitable porción de la discrecionalidad judicial. — X. Los valores específicos de la ética judicial. Independencia e imparcialidad. — XI. El coraje moral para ser independiente e imparcial. — XII. Algunas normas que prestan apoyo a la regla de la imparcialidad del juez. — XIII. Axiología procesal. — XIV. Deontología tribunalcia. — XV. Axiología social. — XVI. Ética, docencia y judicatura. — XVII. El deber ético del juez de pagar sus deudas. — XVIII. La ley de ética pública 25.188 y los jueces. Las declaraciones juradas del patrimonio. Una acordada de la Corte en vías de modificación. — XIX. El deber ético de pagar el impuesto a las ganancias. — XX. Algunas conclusiones provisionales.

I. La importancia del tema. Orígenes

En su obra *La transazione nella giurisprudenza*, Enrico Rotondi cuenta que en la antigua China, los jueces eran cuidadosamente elegidos entre los individuos más malvados e impredecibles con el fin de que ellos generaran el sentimiento de terror en la Justicia y los hombres se cuidasen de recurrir a sus estrados. La tradición occidental a la que pertenecemos es completamente distinta; así, hablando de la corte norteamericana, Steele Commanger dice que “el Tribunal Supremo ha llegado a ser para los americanos lo que la familia real era a los ingleses, el ejército para los alemanes, y la Iglesia a los españoles”; por eso, dado que requerimos hombres probos y predecibles, necesitamos reflexionar sobre la ética; de allí los importantes encuentros, jornadas, congresos, que sobre el tema se vienen celebrando en estos últimos años en muy diversos países del mundo.

En Roma, Italia, en enero de 1999, se realizó un Congreso internacional en honor de Pietro Rescigno bajo el título *Ética y Deontología Judicial* (4);

(4) Las comunicaciones se publicaron con el mismo título bajo la dirección de Giovanna VISINTINI y Sergio MAROTTA, por la editorial Vivarium, de Napoli, en 2003. La comunicación argentina correspondió a Gustavo BOSSERT, por entonces juez de la Corte Nacional, bajo el título “L’esperienza del mondo sudamericano”, (ps. 113/126).

en octubre del año 2000, en Limoges, Francia, se convocó un coloquio al que se llamó "*La ética de la gente de la justicia*" (5); en España, en el año 2003, una universidad española editó un libro, en dos volúmenes, titulado "*Ética de las profesiones jurídicas. Estudio sobre deontología*" (6) que recogió los trabajos presentados en una reunión similar. Durante el año 2004, en la Argentina, al menos dos importantes encuentros trataron la cuestión: en la Universidad Nacional de Buenos Aires se desarrollaron las Jornadas Internacionales sobre Ética Judicial (7), y la Junta Federal de Cortes incorporó el tema en su reunión Anual celebrada en Paraná, en los primeros días del mes de julio.

No desconozco que entre abogados y jueces median diferencias importantes desde que los jueces somos funcionarios públicos y la ética pública presenta especiales particularidades (8). Sin embargo, en mi opinión, la cuestión ética debe ser abordada globalmente, comprendiendo a todos los que participan en la resolución de los conflictos puesto que abogados, jueces, agentes fiscales, auxiliares de la Justicia (9) integramos un sistema que requiere que todos funcionen adecuada y armónicamente. No hay Justicia sin abogados, ni abogados sin jueces que escuchen y resuelvan, ni buen servicio con auxiliares convertidos en verdaderas "máquinas de impedir".

(5) Los trabajos se publicaron bajo el título "*L'Étique des gens de justice*" (Limoges: Ed. Presses Universitaires de Limoges, 2001). Las jornadas y libros sobre esta cuestión son frecuentes, aunque a veces ponen el acento en algunos de los operadores; así, por ejemplo, en Bélgica se publicó un libro bajo la dirección de Laurent Marlière bajo el título "*¿Qué abogado para el siglo 21?*" (*Quel avocat pour le 21^{ème} siècle*. Bruxelles: Ed. Bruylant, 2001); en España, en 1995, se editó una obra que compendia todas las normas relativas a las diversas profesiones jurídicas, incluyéndose las relativas a los jueces (SANTAELLA LOPEZ, "Manual de Ética de las profesiones jurídicas". Ed. conjunta de la Universidad Complutense y de la Universidad Pontificia Comillas).

(6) Murcia: Universidad Católica San Antonio, Cátedra de Ciencias Sociales, Morales y Políticas, 2003.

(7) Ver síntesis de algunas participaciones en Suplemento del diario Realidad Judicial, La Ley, 20/9/1994.

(8) Ver RAZ, José. "La ética en el ámbito público". Trad. por María Luz Melón, Barcelona: Gedisa, 2001.

(9) En la República Argentina no son pocas las quejas contra los secretarios (Compulsar, especialmente, CUETO RUA, Julio C. "Para qué los secretarios", LA LEY, 1993-B, 1132); pero, al parecer, se trata de una cuestión generalizada (ver HERNANDEZ GALLEGU, Pedro José. "Deontología del secretario judicial". En autores varios, "Ética de las profesiones jurídicas. Estudio sobre deontología". Murcia: Universidad Católica San Antonio, 2003, t. II, p. 915).

Acepto ese punto de partida, pero advierto que este artículo se referirá sólo a la ética de los jueces; estamos dentro del sistema, y estamos obligados a reflexionar sobre estos temas, cualquiera sea la tradición en materia de selección a la que se pertenezca, derecho continental o Common Law (10). Con fina ironía se ha dicho que "No hay motivos para pensar que todos los jueces son buenos, que sienten la ensordecedora voz de la justicia escarneada y viven su judicatura con efusivo rigor. No es así. Muchos jueces han llegado a la magistratura de la misma manera que cayó el gobierno de Napoleón el pequeño: por casualidad" (11). Obviamente, iguales términos pueden expresarse respecto de los árbitros, aunque no pertenezcan al sistema judicial (12).

Por otro lado, hay que reconocer que en nuestros días, la ética goza de notable interés; de algún modo, puede afirmarse que "está de moda", e incluso, hay cierto optimismo respecto de sus efectos (13); es frecuente invocar la ética en todo tipo de intervenciones (escritas, orales, ante públicos masivos, pequeños, en conversaciones privadas, etc.); todas contienen un verdadero clamor a favor de que los individuos se sujeten a normas éticas. Estar de moda tiene ventajas y desventajas; ventajas, porque el tema se instala en el debate público; desventajas, porque muchas veces el problema es tratado de modo superficial, incoherente, "se silencian aspectos trascendentes, se incurre en soluciones con dogmatismos, se des-

(10) Para la responsabilidad de los jueces ingleses, Lord NELLY of BLANDEN. "Le responsabilità etiche dei giudici inglesi". En obra colectiva bajo la dirección de VISINTINI-MAROTTA. "Ética e deontologia giudiziaria". Napoli: Ed. Vivarium, 2003. p. 101.

(11) HERRENDORF, Daniel. "El poder de los jueces. Cómo piensan los jueces que piensan", p. 33, 2ª ed. Buenos Aires: Ed. Abeledo Perrot, 1994.

(12) La ética de los árbitros también preocupa a la doctrina. En el congreso celebrado en Roma en 1999, una sesión completa fue dedicada a la ética del juicio arbitral. Las intervenciones correspondieron a Francesco Benatti, Sergio Carbone, Herbert Kronke, Sergio La China, Nicolò Lipari y Eligio Resta, personas altamente valoradas en arbitrajes entre empresas de diversos países o multinacionales (VISINTINI-MAROTTA. "Ética e deontologia giudiziaria". Napoli: Ed. Vivarium, 2003. ps. 281/315).

(13) Para esta actitud, ver GOZZI, Alberto. "L'ottimismo dell'etica". En: "Studi in memoria di Gabriele Silingardi". Milano: Ed. Giuffrè, 2004. p. 383. Por eso llama la atención que en algunas escuelas judiciales muy conocidas, como la española, no se haya incluido la deontología profesional como una materia específica dentro de sus planes de estudio (GABALDON LOPEZ, José. "Reflexiones sobre la ética judicial". En autores varios. "Ética de las profesiones jurídicas. Estudio sobre deontología". Murcia: Universidad Católica San Antonio, 2003. t. II, p. 783).

piertan prejuicios" (14), etc. Por lo demás, todo depende de la posición que le toca ocupar a quien habla. Bien se ha dicho que "toda persona es sensible a la falta de moralidad cuando es la víctima", y "todo el mundo habla de la falta de ética *de los demás*" (15).

El tema que abordaré pertenece al ámbito de las profesiones. Al parecer, la primera profesión que experimentó la necesidad de una reflexión ética fue la médica, en los años sesenta; las causas detonantes fueron el avance tecnológico y la especialización creciente. El mundo del periodismo despertó poco después, en 1974, sobre todo, como reacción al asunto *Watergate*. Los ingenieros comenzaron a interesarse por la realidad ética en los años 70 en razón de diversos escándalos políticos y técnicos, especialmente la explosión del trasbordador espacial Challenger en enero de 1986. En los EE.UU., a comienzos del siglo XXI, los decanos de las facultades de economía se reunieron para discutir qué economía se estaba enseñando desde la Universidad; si ella respondía o no a la ética social (16). Por su parte, el *boom* de la ética empresarial data de los años ochenta; actualmente, en los EE.UU. se dictan más de 500 cursos de este tipo; parece haber una competencia "*por ser buenos*" (17); Adela Cortina explica que en los años setenta del siglo XX, en EE.UU., surgió con fuerza la ética de los negocios (*Business Ethics*), que buena parte del mundo europeo prefirió

(14) VIGO, Rodolfo L. "La moda de la ética: ventajas y desventajas", En: *Justicia para todos*. Buenos Aires: Ed. Ariel, 1999. p. 221.

(15) VAZQUEZ GUERRERO, Francisco D. "Ética, deontología y abogados". Barcelona: Ed. Internacionales Universitarias, 1996. p. 19.

(16) En la República Argentina, los Colegios Profesionales de Ciencias Económicas están trabajando sobre un Proyecto de Código de Ética unificado (Compulsar K. de WAINER, Gladis. "Recopilación de normas éticas para los profesionales de ciencias económicas". En: *Rev. Derecho de Daños*, "Responsabilidad de los profesionales de Ciencias Económicas", 2004-1-431).

(17) De la TORRE DIAZ, Francisco. "Ética y deontología jurídica". Madrid: Ed. Dickinson, 2000. p. 146. Para la ética empresarial ver, entre muchos, CAPRIGLIONE, Francesco. "Ética della finanza. Mercato. Globalizzazione". Bari: Ed. Cacucci, 2004. SCARLIONI, Angelo (a cura di). "L'assicurazione e l'etica del business". Milano: Ed. Giuffrè, 2003. MARCHESINI, Gian Carlo. "L'impresa etica e le su slide". Milano: Ed. Egea, 2003. IBÁÑEZ JIMENEZ, José G.; FERNANDEZ FERNANDEZ. "Ética y mercado de valores". Madrid: Ed. Parcial Pons, 2002. Dentro de la empresa, su abogado, tiene un rol ético fundamental (ver CADENAS CORONADO, Jesús. "Deontología del abogado de empresa. Una aproximación a su problemática". En autores varios. "Ética de las profesiones jurídicas. Estudio sobre deontología". Murcia: Universidad Católica San Antonio, 2003. t. II, p. 1145); piénsese, por ejemplo, en el abogado de la empresa contaminadora del ambiente, o que lanza al mercado productos defectuosos que son un peligro para la salud de las personas, etc.

rotular como "ética de la empresa", tal vez porque el capitalismo de la época, con bastante idealismo, concebía la empresa no sólo como un negocio, sino como un grupo humano que lleva adelante una tarea valiosa para la sociedad, la de producir bienes y servicios a través de la obtención del beneficio. Esta nueva ética empresarial se extendió por Europa en los años ochenta, y por América Latina y Oriente en los noventa. No obstante, sigue diciendo Adela Cortina, "la gente se asombraba de que alguien osara ligar los términos empresa y ética; el comentario era siempre el mismo: es como querer juntar aceite y agua" (18).

No sé si es cierto que una reflexión sobre la deontología y la ética por sectores profesionales determinados ayuda a reconstruir los valores de fondo de una sociedad (19). No obstante, no puede dudarse de la importancia que el llamado "mundo judicial" ejerce sobre la vida de prácticamente todos los sectores de la sociedad; de allí que el tema no puede resultar irrelevante para un juez; más aún, se trata de una función que exige reflexionar cada día sobre el sentido de lo que hace.

II. Objetivo de estas reflexiones. Ética práctica (20). Razones

No pretendo reflexionar *conceptualmente* sobre los grandes principios del mundo de la ética; mi propósito es más limitado; me propongo hacer ética *aplicada* (21), o sea, plantear e intentar resolver algunos supuestos específicos, especialmente aquellos que he debido enfrentar como magistrada en más de una veintena de años. El listado de problemas tratados no tiene pretensión de completividad; sería imposible hacerlo, especialmente, en una comunicación de este tipo. No obstante, tengo la convicción de que las circunstancias fácticas pueden implicar una diferente actitud

(18) CORTINA, Adela. "Las tres edades de de la ética empresarial". En prólogo al libro colectivo, por ella dirigido. "Construir confianza. Ética de la empresa en la sociedad de la información y las comunicaciones". Madrid: Ed. Trotta, 2003. p. 17.

(19) Así lo afirma VIOLANTE, Luciano. "I principi etici delle professioni legali in rapporto alla gerarchia dei valori della società nel suo complesso". En obra colectiva bajo la dirección de VISINTINI-MAROTTA. "Ética e deontologia giudiziaria". Napoli: Ed. Vivarium, 2003. p. 403.

(20) Para la noción de ética práctica, ver MACKIE, J. L. "Ética. La invención de lo bueno y lo malo". Trad. de Tomás Fernández Auz. Barcelona: Ed. Gedisa, 2000. p. 193 y sigtes.

(21) ATIENZA, Manuel. "Ética judicial". En: Jueces para la democracia. N° 40, marzo 2001. p. 17.

ante el tratamiento de los problemas éticos (22); de hecho, cuestiones que antes no eran objeto de reflexión ética hoy sí lo son, por lo que un análisis, aunque parcial, puede tener algún valor.

Las razones de esta metodología (tratar los problemas éticos desde la práctica) obedece a varias razones:

a) Nuestra cultura y forma de vida está impregnada de *pragmatismo*. Importa que las cosas sirvan para algo, que resuelvan problemas, y la ética no escapa a esa exigencia. Quizás, la frase que mejor exprese esta actitud es la atribuida a Albert Einstein cuando dijo: "La teoría es asesinada tarde o temprano por la experiencia". Pesa, obviamente, la concepción heredada del Renacimiento respecto del conocimiento científico: los conocimientos son susceptibles de aplicación práctica; en nuestros días, hoy lo son de modo casi inmediato, a punto tal que muchos de los conocimientos que se alcanzan tienen previamente prevista su aplicación. Como es sabido, "el Renacimiento produjo un cambio, un tránsito de la especulación a la acción; el saber no es mera especulación o teoría, que conlleva pasividad, sino obra activa, que tiende a aplicarse a la naturaleza para hacernos dueños de las cosas" (23).

b) Las profesiones están inmersas en un mundo de *complejidad creciente*. Durante años, el único discurso "autorizado y practicado" fue el de carácter técnico (24). Por el contrario, hoy se advierte que una profesión implica no sólo el manejo de conocimientos de tipo instrumental, sino el de ciertos criterios sobre la justificación o no de los fines y de los medios para alcanzarlos. En suma, la técnica no se basta a sí misma. Consecuentemente, hoy es difícil saber qué es ser un buen médico, un *buen* profesor, un buen juez.

c) Esa complejidad genera inseguridad; "los cambios socioculturales causan inquietud, introducen una problemática vital nueva a la que es preciso aplicar soluciones de momento inéditas, ya que no nos sirven las anteriores normas de conducta; carecemos de un *vademécum* de solucio-

(22) De la TORRE DIAZ, Francisco. "Ética y deontología jurídica". Madrid: Ed. Dickinson, 2000. p. 63.

(23) BLAZQUEZ RUIZ, Javier. "Derechos Humanos y proyecto genoma". Granada: Ed. Comares, 1999. p. 31.

(24) ANDRES IBAÑEZ, Perfecto. "Ética de la función de juzgar". En: Jueces para la democracia. N° 40, marzo 2001. p. 19.

nes concretas, y los hombres soportamos muy mal la inseguridad; necesitamos de una razonable garantía de acierto, pues para tomar decisiones son indispensables seguridades mínimas" (25).

d) En el ámbito de los jueces, esa complejidad aumenta por factores de tipo subjetivos y objetivos:

— *Subjetivos*, pues el mundo judicial ha perdido la homogeneidad que lo caracterizaba en cuanto a origen social, ideología, etc. ... En este sentido, se ha dicho (26) que en "las sociedades monoclasa, como la que alumbró el juez del Estado liberal, y en situaciones político-culturalmente cerradas, el perfil ético político del operador judicial era de una *uniformidad clónica*. Desde esta perspectiva, el juez era un sujeto realmente *fungible*. El juez tradicional, tan bien representado en su hábito externo y en sus actitudes en los dibujos de Daumier, presenta las siguientes características: 1) Es un juez enamorado de las formas, ritual y distante; le gusta verse a sí mismo como una suerte de sacerdote, y a su función o misión, como sacerdotal; 2) Militó activamente contra la secularización del derecho y su autonomía de la moral; 3) Fue baluarte del antiliberalismo; muchos derechos hoy tenidos por fundamentales (libertad de expresión, de huelga) hasta no hace mucho tiempo, debieron abrirse camino a través de una beligerancia judicial encarnizada; 4) Como sujeto colectivo, salvo excepciones de alcance individual, se caracterizó por la dócil y funcional integración en todas las experiencias políticas autoritarias (Alemania nazi, Italia fascista, etc.); 5) Se trata de un operador marcadamente autoritario, carácter que se advierte, entre otras cosas, en los usos lingüísticos, vehículo de (in)comunicación, de imposición monologante. En sentido coincidente, se afirma que "en España, el retrato-robot del juez medio de 1984 era el hombre de unos 50 años, casado con una mujer de clase acomodada, católico practicante, se proclama apolítico, y es aspirante a llegar al Supremo" (27).

(25) VAZQUEZ GUERRERO, Francisco D. "Ética, deontología y abogados". Barcelona: Ed. Internacionales Universitarias, 1996. p. 21.

(26) DE LA TORRE DIAZ, Francisco. "Ética y deontología jurídica". Madrid: Ed. Dickinson, 2000 p. 378.

(27) BERGALLI, Roberto. "Hacia una cultura de la jurisdicción: ideologías de jueces y fiscales". Buenos Aires: Ed. Ad Hoc, 1999. p. 26. Para el paso de un modelo a otro en España y el rol jugado por la asociación "Jueces para la democracia", ver ANDRÉS IBAÑEZ, Perfecto. "Veinticinco años de administración de justicia y Constitución". En obra colectiva bajo la dirección de Juan Ramón CAPELLA. "Las sombras del sistema constitucional español". Madrid: Ed. Trotta, 2003. p. 151 y sigtes.

Afortunadamente, hoy no existe esa homogeneidad; por el contrario, el establecimiento del pluralismo en la magistratura ha hecho patente que el juez no es fungible. Esta diversidad es saludable, pero agrega complejidad al tratamiento de los temas, desde que no hay acuerdo entre los integrantes del Poder Judicial sobre cómo encararlos (28).

— *Objetivos*, por el aumento creciente de la diversidad de causas que asume el Poder Judicial; temas que antes no llegaban a los tribunales, de alto contenido ético, hoy son sometidos a su decisión. Esto supone un cambio de actitud de la población y del propio magistrado sobre su función del juez. Las II Jornadas de Derecho Procesal Argentino, reunidas en agosto de 1991, declararon: "la figura del juez ideal ha trazado un arco que va desde el juez boca de la ley, al juez teleólogo, para concluir con el juez con responsabilidad social".

Explica Garapon que "la democracia liberal es el gobierno a través de la ley; justamente, la expresión anglo-sajona *rule of law* señala que son las reglas y no los hombres los que gobiernan. La autoridad del juez está fundada en que aplica la ley; de tal modo, su autoridad no deriva de la sacralidad de la persona sino de la fuerza simbólica unida al texto, a la regla. Sin embargo, el actual aumento del poder del juez testimonia que ha nacido una nueva fuente del poder; o sea, el juez no deriva su autoridad sólo de la ley. La pregunta es: ¿de dónde surge la autoridad del juez para limitar las facultades del ejecutivo y del legislativo? En opinión del politólogo francés que vengo glosando, esa autoridad surge del hecho que "la confianza en las instituciones emigra de una confianza directa en el Estado y la ley, hacia el poder indirecto de *controlar*. O sea, el poder deriva de lo que los americanos llaman el *judicial review*, el poder de controlar. Y ese poder de controlar toma mayor fuerza cuando el juez tiene para resolver un problema donde la persona, el individuo, sus derechos humanos adquieren el lugar central (29). En la misma línea, Stefano Mogini, probo magistrado que hoy representa a la justicia italiana en Francia, dice que la historia italiana reciente es la historia del proceso de descomposición de un sistema democrático; por motivos no escritos, pero tácitamente aceptados por todas las fuerzas políticas, se ha borrado una de las reglas fun-

(28) ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. "Ética de la función de juzgar". En: *Jueces para la democracia*. N° 40, marzo 2001. p. 21.

(29) GARAPON, Antoine. "Le nouvel âge de l'autorité". En: *L'Éthique des gens de justice*. Limoges: Ed. Presses Universitaire, 2001. p. 13 y sigtes.

damentales de la democracia, cual es la posibilidad de la alternancia. "Una democracia sin alternancia es una democracia bloqueada, pues la democracia se convierte en partidocracia. Esto lleva a la falta de controles, y un control que en una democracia auténtica debería ser residual, excepcional, o sea el control jurisdiccional penal, comienza a ser el único existente, y la historia empieza a ser relatada más en los documentos judiciales que en los debates parlamentarios. Consecuentemente, la atención del mundo político sobre la magistratura no se traduce en una preocupación por mejorar la administración dando estructuras idóneas, sino en la tentativa de deslegitimación e intimación" (30).

En suma, en algunos países, aunque no en todos, el juez pasó de ser "el juez del poder", al "juez controlador de la efectividad de los derechos". Desapareció la imagen del *juez-funcionario* para dejar paso a la del *juez-magistrado*, que ya no es fiel a un sistema político sino a la ley y a los valores constitucionales (31).

III. Ética, deontología y profesiones. Terminología

La voz "*Deontología*" se atribuye a Bentham; al parecer, fue acuñada por él en el año 1832, año de su muerte, en su obra *Ciencia de la Moral*. Etimológicamente, proviene del griego, *logos*, que significa razonamiento, ciencia, y *deon* o *deontos*. No hay total acuerdo sobre el significado de esta última voz. Para algunos, la palabra griega *deon* significa deber, lo obligatorio, lo justo, lo adecuado (32). O sea, cómo debe ser el derecho (33). Otros coinciden con que incluye la noción de *deberes*, pero agregan que se extiende al "arte de lo que es *conveniente* hacer"; o sea, para Bentham, que compartía esta última noción, la deontología es *ciencia de los deberes*, pero también *arte de lo que es conveniente hacer* (34); es la idea

(30) MOGINI, Stefano. "L'ethique du magistrat" (inédita); MAHIQUES, Carlos A. "Los jueces, la ética y la revolución italiana". ED, 157-814.

(31) PANSA, Gian Paolo, citado por MAHIQUES, Carlos A. "Los jueces, la ética y la revolución italiana". ED, 157-818.

(32) ANDRUET (h), Armando S., "Ejercicio de la abogacía y deontología del derecho". Córdoba: Ed. Alveroni, 2001, p. 60, nota 105. El autor cita a Ferrater Mora.

(33) VIÑAS, Raúl Horacio. "Ética y derecho de la abogacía y procuración". Buenos Aires: Ed. Pannedille, 1972, p. 1.

(34) CHIAPPINI, Julio. "Apuntes sobre la deontología forense". LA LEY, 2003-A, 1095.

de utilidad, que tanto influyó en la cultura posterior. Dentro de la misma óptica, Guillaume Drago distingue entre la deontología, que es la ciencia de lo que conviene en una actividad profesional, y la ética, que es el arte de dirigir la conducta personal en el seno de esa actividad (35). En Italia, con otra visión, Battaglia dice que la deontología es "una parte de la filosofía que trata del origen, la naturaleza y el fin del deber"; de este modo, la contrapone a la *ontología*, que aborda la naturaleza, el origen y el fin del ser (36).

El Diccionario de la Real Academia Española proporciona una definición amplia de deontología: "*ciencia o tratado de los deberes*"; no obstante, en general, la palabra se utiliza para indicar los deberes que corresponden a determinadas *situaciones sociales*. En este sentido, y más específicamente aún, el diccionario italiano la define como "conjunto de reglas morales que disciplinan *el ejercicio de una determina profesión*" (37). Siguiendo esta línea, un autor de ese país, Carlo Lega, afirma que es el "conjunto de las reglas y principios que rigen determinadas conductas del profesional, de carácter *no técnico*, ejercidas o vinculadas, de cualquier manera, al ejercicio de la profesión y a la pertenencia al grupo profesional. Es, en sustancia, una especie de urbanidad del profesional. Su carácter ético se evidencia en mayor grado en las profesiones con trasfondo humanitario, como el arte forense y el arte médico" (38). Otros, en cambio, no excluyen de plano las reglas técnicas. En este sentido se sostiene que en la deontología convergen la *virtud*, que es moral, y el *virtuosismo*, que es la técnica con que hacemos las cosas. De allí que un gran jurista puede lucir virtuosismo, pero con poco o nada de virtud, y a la inversa (39).

(35) DRAGO, Guillaume. "Ethique et déontologie du juge constitutionnel français". En: Dallos-Sirey. N° 25, juillet 1999. p. 263.

(36) Cit. por LEGA, Carlo. "Deontología de la profesión del abogado". 2ª ed. Trad. de M. Sánchez Morón. Madrid: Ed. Civitas, 1983. p. 24.

(37) ZANCHETTA, Pier Luigi. "Appunti sulla deontologia dei magistrati". Riflessioni a margine di un saggio di Luigi Ferrajoli. En: *Questione Giustizia*. N° 2/2000. p. 338.

(38) LEGA, Carlo. "Deontología de la profesión del abogado". 2ª ed. Trad. de M. Sánchez Morón. Madrid: Ed. Civitas, 1983. p. 24.

(39) CHIAPPINI, Julio. "Apuntes sobre la deontología forense". LA LEY, 2003-A, 1094. Sobre esta cuestión, y especialmente referida al abogado, cabe recordar, como lo hace José Gabaldón López, la conocida frase de Osorio y Gallardo: "La rectitud de la conciencia es mil veces más importante que el tesoro de los conocimientos; primero, es ser bueno; luego, ser firme; después, ser prudente; la ilustración viene en cuarto lugar; la pericia, en el último.

Por su parte, la palabra *profesión* tiene varios significados: Por un lado, se vincula a la declaración y observancia pública de una fe religiosa, de un credo político (así se dice, Juan profesa la religión católica); por el otro, indica el ejercicio habitual y continuado de una actividad laboral desarrollada con la finalidad de sustentarse (40). Oficio (*officium*), en cambio, proviene de dos palabras: *ob* y *facere*. La preposición *ob* significa salir al encuentro prontamente de algo, en este caso, a un hacer (*facere*); *officium*, pues, es hacer sin titubeos, sin demora, lo que urge, la faena que se presenta como inexcusable. En esto consiste la idea misma del deber: cuando no nos queda margen para decidir nosotros mismos si hay o no que hacerlo. Podemos cumplir o no, pero si hay que hacerlo, es incuestionable; por eso es un deber (41).

Algunos autores proponen que la deontología sustituya a la ética profesional. Vigo no comparte esta solución; el magistrado santafecino, profesor de Filosofía del Derecho, entiende que el código de deberes, al que apunta la expresión deontología, silencia el fundamento del deber; en su opinión, el deber es parasitario del bien; un deber sin algún fin beneficioso es un deber arbitrario; plantear la ética sólo como deontología, dice, es resumir a la ética a un catálogo de deberes olvidando los fundamentos y los fines (42). No entraré en la disputa si la deontología se reduce a la enumeración de los deberes o es comprensiva también de los fundamentos y los fines. Simplemente, aclaro que utilizaré la voz deontología dando por supuesto que los fundamentos del deber están implícitos en la regla.

Por vasta y bien cimentada que resulte la preparación científica tan sólo si ello va unido a una personalidad moral adecuada puede pensarse en ciertas garantías de acierto" (GABALDON LOPEZ, José. "Reflexiones sobre la ética judicial". En autores varios. "Ética de las profesiones jurídicas. Estudio sobre deontología". Murcia: Universidad Católica San Antonio, 2003. t. II, p. 782).

(40) LEGA, Carlo. "Deontología de la profesión del abogado". 2ª ed. Trad. de M. Sánchez Morón. Madrid: Ed. Civitas, 1983. p. 24.

(41) ANDRUET (h), Armando S., "Ejercicio de la abogacía y deontología del derecho". Córdoba: Ed. Alveroni, 2001. p. 71. El autor recuerda a Ortega y Gasset. De esta cita deriva la siguiente conclusión: "No se puede dudar que la abogacía sea oficio en su sentido etimológico y auténtico y no como mera categoría laborativa, como por caso profesión u ocupación; y este oficio es servicio que se otorga en definitiva para que lo suyo de cada uno esté en poder de quien así corresponda".

(42) VIGO, Rodolfo L. "La moda de la ética: ventajas y desventajas". En: Justicia para todos. Buenos Aires: Ed. Ariel, 1999. p. 222.

IV. Deontología y normas jurídicas

Para algunos autores, la deontología no cubriría las reglas jurídicas sino sólo las morales. La distinción no es extremadamente difícil en las profesiones que encuentran su objeto en el mundo natural; por ejemplo, para un cirujano, las reglas *técnicas* le imponen intervenir conforme los estándares del estado del arte de su especialidad; un deber *jurídico* le impone, además, antes de intervenir, obtener del paciente el consentimiento informado; las reglas *deontológicas* le imponen comprensión con el paciente, respeto por su sufrimiento, etc. En cambio, como se verá, la distinción no es fácil en otros ámbitos, especialmente en el de los magistrados.

Por lo pronto, una gran cantidad de las reglas jurídicas y de las reglas técnicas presuponen reglas morales (43). Se ha dicho que las normas éticas presentan puntos de contacto con las normas de la costumbre y, por eso, tienden a transformarse en normas jurídicas. Por ejemplo, el art. 2233, apartado 2, del Cód. Civil italiano, dice "En todo caso, la cuantía de la compensación debe estar adecuada a la importancia de la obra y *al decoro de la prestación*". De alguna manera, este criterio ha sido seguido en algunos votos de la Corte Federal cuando al tratar la materia arancelaria, el tribunal se aparta de los porcentuales fijados por la ley y afirma que "no existe una recta administración de justicia cuando los jueces aplican la ley mecánicamente y con abstracción o indiferencia por las consecuencias que esa aplicación tiene para las partes y, de un modo distinto, pero no menos trascendentes para el cuerpo social" (44). Recuérdese que una regla de este tipo estaba en el Decálogo de San Ivo, redactado en el año 1300 cuando decía: "El abogado no debe cargar al cliente con gastos exagerados".

Para otros, la deontología judicial comprende diversos tipos de reglas, jurídicas y no jurídicas. Así, por ejemplo, Chiappini distingue tres tipos de reglas para la deontología forense: 1) La llamada deontología "*procesal*"; por ejemplo, el juez debe resolver dentro de los plazos; 2) La deontología "*tribunalcia*". Por ejemplo, el art. 6° .1. del Cód. de Santa Fe, aprobado por

(43) ZANCHETTA, Pier Luigi. "Appunti sulla deontologia dei magistrati". *Riflessioni a margine di un saggio di Luigi Ferrajoli*. En: *Questione Giustizia*. N° 2/2000. p. 338.

(44) Voto del doctor Vázquez, 19/08/1999, "Decavial c. DNV", LA LEY, 2001-D, 455 (en el caso, la sola interposición del recurso extraordinario implicaban para el abogado la suma de \$ 545.000. Fue reducido a \$ 150.000).

acordada del 20/3/2002 de la Suprema Corte de esa provincia, dispone: "el juez debe preocuparse por conservar su despacho con el orden y el decoro que corresponde a la investidura del servicio de justicia"; 3) La deontología "social". Por ejemplo, el juez no debe practicar juegos por dinero, ni frecuentar lugares destinados a ellos (45).

V. Regular o no regular. Quién regula. Qué efectos tiene la violación de la regulación

Hay reglas a las que se accede de modo intuitivo. Dice Guido Calabresi que "En el corazón de la tradición política moderna de occidente se encuentra la noción de que hay ciertas cosas que los que ejercen el poder no deberían hacer y ciertos lugares a los cuales no deberían ir, excepto en las más extremas circunstancias" (46). Sin embargo, la realidad muestra que muchas personas carecen de ese mínimo de intuición; la prueba de este aserto está cotidianamente en los medios televisivos.

Un sector de la magistratura se opone a un código de ética, no porque crea que todos los jueces tengan esa intuición, sino porque estima que el dictado de un código implica una suerte de pérdida o disminución de la propia investidura de magistrados, desde que restringe la independencia y libertad de los jueces. Para otros, en cambio, este argumento es retrógrado, ingenuo y poco serio (47). No defiendo a los jueces que se oponen al código; digo, simplemente, que la oposición al dictado de normas éticas existe en todas las profesiones. Piénsese, por ejemplo, en los periodistas; algunos ni siquiera aceptan la palabra "autorregulación"; otro tanto sucede con los empresarios cuando se propone normativizar, por ejemplo, la publicidad. De hecho, en la Argentina, hoy tienen código de ética judicial las provincias de Santa Fe (48),

(45) CHIAPPINI, Julio. "Apuntes sobre la deontología forense". LA LEY, 2003-A, 1094.

(46) Citado por MORELLO, Augusto. "Las cortes políticas y la independencia del Poder Judicial". ED, 155-641.

(47) ANDRUET (h), Armando. "Magistratura y códigos de Ética". ED, 190-884.

(48) Para un comentario del código santafecino, ver MENDEZ COSTA, María J. "Información sobre el código de ética judicial de la provincia de Santa Fe". En: Rev. de Derecho Procesal, 2002-2, Derecho Procesal de Familia, t. II, p. 455. El código se aprobó por acuerdo de la Corte Suprema de Justicia del 20/3/2002. La comisión redactora estuvo integrada por los doctores Sonia A. B. Bellitti, N. J. Iturralde, A. B. Chavarri, R. F. Fossero, A. Rouillon y la doctora Méndez Costa. La comisión funcionó bajo la coordinación general del doctor Rodolfo Luis Vigo.

Formosa, y Córdoba (49). Otras provincias tienen proyectos adelantados (50).

Superado este obstáculo, y aun suponiendo que existe acuerdo en regular, el problema siguiente es: ¿Quién regula? ¿Son los jueces quienes deben dictarse su propio código, o deben hacerlo personas ajenas, entre ellos los que "sufren" el sistema, o sea, los justiciables? Algunos magistrados sostienen que el código debe ser redactado por quien conoce desde adentro los problemas, o sea, ellos mismos; abrir la redacción de un código de ética a los "outsiders" significaría tener normas que desconocen la realidad. Contesto a estos jueces con un doble tipo de argumentos de naturaleza práctica: Uno está sintetizado en la frase de Sabán Godoy que dice "*No existe precedente en la historia que muestre que alguien haya configurado un sistema eficaz de control de sí mismo*" (51); en esta misma línea de pensamiento Zaffaroni dice: "A nadie que detente el poder se le puede asignar la función de controlar su propio poder porque ello implica concederle un poder ilimitado. Una república, y con mayor razón una república democrática, consiste, en última instancia, en un sistema de controles recíprocos y la pretensión de que el control sea auto control es un mesianismo contrario a la condición humana y a la competitividad intrínseca a la naturaleza de la actividad política" (52). El otro argumento está vinculado a la legitimidad que un código de este tipo puede alcanzar desde la perspectiva del justiciable; en este sentido, recuerdo que la primera crítica al código de ética de los magistrados de Italia redactado por el Comité Directivo Central de la Asociación nacional de magistrados, aprobado el

(49) El Código de Córdoba fue aprobado por acuerdo del Superior Tribunal de la provincia el 27/11/2003. La comisión que lo redactó estuvo integrada por representantes del Poder Judicial de la Provincia, el Colegio de Abogados de Córdoba, la Asociación de Magistrados y funcionarios judiciales y la Federación del Colegio de Abogados de esa provincia. Para un breve comentario del código de Córdoba, ver CHIAPPINI, Julio. "Código de Ética para magistrados y funcionarios del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba". I.L.C., 2004-84. A favor de la regulación, ver SERRA CRISTOBAL, Rosario. "La libertad ideológica del juez". Valencia: Ed. Universitat de Valencia, 2003. p. 212.

(50) Tal el caso de la Provincia de Buenos Aires. Para una visión crítica de ese proyecto, ver GRAZIABILE, Darío. "¿Un código de Ética sin ética?" Apostillas sobre el anteproyecto de código de ética para magistrados y funcionarios del poder judicial de la Provincia de Buenos Aires, Buenos Aires: LA LEY, 2004-583.

(51) Cit. por GONZALEZ, Joaquín. "Corrupción y Justicia democrática". Madrid: Ed. Clamores, 2000. ps. 211/212.

(52) ZAFFARONI, Eugenio. "Dimensión política de un poder judicial democrático". ED, 149-860.

7/5/1994 (53), fue que "la determinación del modelo del buen juez, del buen magistrado es cuestión de toda la colectividad y no puede ser confiado únicamente a la magistratura" (54).

Respondidas ambas preguntas (se regula, conjuntamente con los *outsiders* del sistema), sigue la cuestión relativa a si ese código debe o no contener sanciones. Para algunos, un código de ética judicial sin sanciones no tiene sentido; como decía Ihering, argumentan, un derecho sin coacción sería como un fuego que no quema, una luz que no ilumina; o como dice Saint Exupery en *Le petit prince*, sería un "enorme gigante con pie de barro que asemeja a un gran gobernador del planeta que no tiene asuntos" (55).

Manuel Atienza (56) no comparte este criterio. En su opinión, un código de ética, aun sin sanciones, no es inútil; por el contrario, sirve: 1) Para que los jueces reflexionen sobre sus propias prácticas (57); 2) Para explicar ciertos criterios que, de hecho, inspiran la práctica y, en consecuencia, para orientarla; 3) Para facilitar la crítica justificada que otros puedan hacer de esta profesión.

Otros entienden que la no coercibilidad de estas normas deriva de su propia finalidad. En esta línea, Giuseppe Barbagallo razona de la siguiente manera (58): a) estas normas consagran valores, no preceptos coerci-

(53) El texto completo se reproduce en *Il Foro italiano* 1996-I-36, PT y sigtes.

(54) CASTELLANI, Stefano. "Il codice etico dei magistrati". En: CIARLO, Pietro (a cura di). *Giudici e giurisdizioni nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*. Torino: Ed. Giapichelli, 1997. p. 52.

(55) La versión inglesa de El Principito dice: "as a ruler of a planet without subjects".

(56) ATIENZA, Manuel. "Ética judicial". En: *Jueces para la democracia*. N° 40, marzo 2001. p. 19.

(57) Llama la atención cómo algunas prácticas están tan consustanciadas con los hábitos cotidianos que el funcionario público ni siquiera osa preguntarse si están bien o mal. En Italia, Di Federico se ha cansado de señalar una conducta, en su opinión contraria a la ética, que en la República Argentina es verificable todos los días: juez de instrucción y agente fiscal (el Ministerio Público italiano) entran todos los días juntos al tribunal, conversan, toman café, etc., todo en presencia del acusado, que a partir de esa visión no tiene por qué confiar en la independencia de criterio de ninguno de los dos (entre sus muchas intervenciones sobre esta cuestión, ver Di FEDERICO, Giuseppe. "Ética giudiziaria e procedimenti disciplinari". En obra colectiva bajo la dirección de VISINTINI-MAROTTA. "Ética e deontologia giudiziaria". Napoli: Ed. Vivarium, 2003. p. 414).

(58) BARBAGALLO, Giuseppe. "I codici etici delle magistratura". En: *Il Foro italiano* 1996-I-36, PT.

bles; sin embargo, al mismo tiempo, no son simplemente reglas morales por cuanto éstas no salen de la esfera de la interioridad de cada sujeto; son reglas exteriores, pero no típicamente jurídicas: b) Una de las razones por las que estas reglas nacieron fue la insuficiencia de las normas jurídicas; la insatisfacción creciente de la población frente a las normas jurídicas; se busca, entonces, normas que hagan efectivo el principio de igualdad y de justicia, para que ésta sea un verdadero servicio; se trata de normas que, de alguna manera, son un verdadero código de honor.

VI. Una o muchas éticas. La ética judicial y las otras éticas

Para algunos autores, cada profesión tiene su propia ética. Para otros, en cambio, esto no es posible desde que la ética es *única y última*.

Última, porque no puede haber razones que estén más allá de la ética. Para hacer algo, un juez puede tener razones de diverso tipo (prudenciales, jurídicas, morales), pero esas razones están estructuradas, de manera que no tendría sentido que alguien adujera razones de tipo prudencial o jurídico para no hacer lo moralmente correcto.

Única, desde que los principios de la moral son los mismos para todos los campos de actividad; existe, en cambio, una *modulación* de esos mismos principios. Por ejemplo, en el campo médico, adquieren importancia los principios de autonomía y de paternalismo; en el de la ética periodística, el de la libertad de expresión y el respeto a la intimidad, etc.

Respecto de la ética judicial, otros van más allá y entienden que hay algo que, al parecer, la hace especial; en esta corriente, Vincenzo Chieppa argumenta: Cuando Sócrates, condenado a muerte por los jueces, es invitado a huir, responde: ¿Crees tú que la república se salvaría si las sentencias de los magistrados permanecieran incumplidas? En este interrogante desconcertante está el drama de nuestra función de jueces, está la exigencia dramática que condiciona nuestra ética profesional y le imprime el primado del cumplimiento de los deberes, que en ningún caso, en ningún momento, por ningún motivo pueden ser declinados o debilitados; la única vía es abandonar la toga" (59).

(59) CHIEPPA, Vincenzo. "Principi di un'etica professionale del magistrato". En: "Studi in onore di Ernesto Eula". Milano: Ed. Giuffrè, 1957. t. I, p. 306.

Más aún, para algunos (60), la ética del juez *constitucional* sería algo diferente a la del juez común; por eso, en Francia el juez del Tribunal Constitucional tiene un estatuto especial. Las diferencias obedecerían a dos razones: a) las cuestiones que pasan por el Tribunal Constitucional son jurídicamente "mayores" o más importantes; juzgar una cuestión constitucional no es lo mismo que trazar un pleito entre particulares; b) normalmente, ante el Tribunal Constitucional se dirimen cuestiones relativas a los derechos fundamentales, y frente a ellos, el juez constitucional está obligado a asumir una posición que normalmente supone una reflexión ética.

Tampoco faltan quienes dirigen sus estudios a otro sector especial de jueces y abogados; me refiero a los que trabajan en la justicia penal (61); y dentro de ellos, al Ministerio Público o agente fiscal, que parece exigir sus propias reglas (62).

VII. Los valores específicos en el juez. Dificultad de su enumeración

No fue muy difícil enumerar los valores en conflicto en otras profesiones. Para algunos, otro tanto sucede con las exigencias constitutivas de la ética judicial. En este camino, Vincenzo Chieppa afirma que los principios morales que informan toda actividad profesional y, de manera específica las profesiones de aquellos que operan en el ámbito del derecho —magistrados, docentes universitarios, abogados— se reducen a algunas ideas fundamentales comunes a todas: la ciencia (capacidad técnica), la diligencia, la fidelidad, la probidad, la dignidad, la caridad (63).

(60) DRAGO, Guillaume. "Ethique et déontologie du juge constitutionnel français". En: "Dallos-Sirey", N° 25, juillet 1999, p. 263; ver también su intervención en la obra colectiva aparecida en Italia, bajo la dirección de VISINTINI-MAROTTA. "Ética e deontologia giudiziaria". Napoli: Ed. Vivarium, 2003. p. 43.

(61) Compulsar el libro de la profesora de la Universidad de Northern Arizona, BANKS, Cyndi. "Criminal Justice Ethics. Theory and Practice". (Thousand Oaks: Sage Publication, 2004).

(62) Ver BENEYTES MERINO, Luis. "Reflexión deontológica sobre el Ministerio Fiscal". En autores varios. "Ética de las profesiones jurídicas. Estudio sobre deontología". Murcia: Universidad Católica San Antonio, 2003. t. II, p. 871.

(63) CHIEPPA, Vincenzo. "Principi di un'etica professionale del magistrato". En: "Studi in onore di Ernesto Eula". Milano: Ed. Giuffrè, 1957. t. I, p. 305.

Para otros, en cambio, en este campo, existen particularidades especiales, por lo que no es sencillo enumerarlos.

Así, para Sócrates, las características que corresponden al buen juez son cuatro: escuchar cortésmente, responder sabiamente, ponderar prudentemente y decidir imparcialmente. En seguimiento de estas ideas, en Francia, Pierre Drai ha dicho que *Juger, c'est aimer écouter, essayer de comprendre, et vouloir décider*.

En la República Argentina, Vigo enumera las siguientes cualidades que, en su criterio, emanan de los códigos estadounidense e italiano: exigencia de afianzar la justicia; aplicar el derecho; ser prudente; apertura a realidades no jurídicas; independencia; imparcialidad; honestidad; dirigencia; lealtad; decoro y afabilidad (64).

Otros subrayan que la ética judicial no se agota en las normas; el buen juez, dicen, no es sólo el que cumple con ciertas normas de conducta y no incurre en responsabilidad penal, civil o disciplinaria, sino el que ha desarrollado profesionalmente ciertos rasgos de carácter que constituyen las virtudes judiciales. Así, el principio de independencia exige auto-restricción, modestia; el de imparcialidad, sentido de la justicia y valentía; el de motivación, prudencia, que implica capacidad intelectual y moral en aplicar los principios a los casos concretos, etc.

En los párrafos siguientes analizaré algunos de estos valores.

VIII. Una regla general

Antes de ingresar en las reglas específicas, es conveniente transcribir un dispositivo general contenido en el Código de Ética proyectado por Armando Andruet, a pedido de la Junta Federal de Cortes (65) y que reproduce, como principio 1.4., el código de ética de la provincia de Córdoba: *"El ciudadano que opte por el ejercicio de la magistratura debe asumir que junto a las prerrogativas que la Constitución le otorga y asegura en su función, la sociedad espera de él un comportamiento ejemplar. Cuando el magistrado omita tal extremo y la magistratura sólo sirva para sus propios o ajenos pro-*

(64) VIGO, Rodolfo L., "La moda de la ética: ventajas y desventajas". En: "Justicia para todos". Buenos Aires: Ed. Ariel, 1999. p. 224.

(65) ANDRUET (h), Armando, "Magistratura y códigos de Ética". ED, 190-894.

yectos, se impone un severo examen de conciencia y reflexión acerca de su misma continuidad en el Poder Judicial”.

En suma, la sociedad exige al juez “un comportamiento superlativo si se lo compara con el de cualquier otro ciudadano”. Comparto plenamente esta regla; más aún: la sociedad espera que los magistrados cumplan no sólo con todo aquello que les es obligatorio sino que, además, brinden muestra pública exterior de tales realizaciones. Dicho de otro modo, la credibilidad de la magistratura también se asienta en la apariencia externa de las conductas de los jueces.

IX. Un punto de partida derivado de la esencia de la función: la inevitable porción de la discrecionalidad judicial

Mal que les pese a muchos, la función judicial tiene un componente de discrecionalidad que no puede ser eliminado; en el ámbito de decisión, siempre existen espacios, de mayor o menor amplitud, que el juez debe llenar necesariamente con materias que no están en el ley; en ocasiones, ello ocurre porque el propio legislador, por falta de un consenso básico, resuelve no cerrar la cuestión en su formulación legal y transferirla al juez en términos de mayor o menor apertura; en otras, porque quien sanciona la ley no puede prever las infinitas variantes que la sociedad presenta. Desde la estricta y exclusiva perspectiva de la seguridad jurídica, quizás lo deseable sería un juez que no tuviese a su disposición ningún margen de apreciación; pero aunque esto fuese deseable, se sabe que no es posible cuando se trata de fijar la cuestión de hecho, y tampoco es siempre fácil en lo que afecta a las cuestiones de derecho.

Por lo demás, como decía Portalis, “la aparente arbitrariedad de la equidad judicial es mejor que el tumulto de las pasiones” (66). Bobbio ha explicado muy bien los alcances de esta frase: Portalis se da cuenta de la relatividad del juicio de equidad fundado en una valoración personal del juez, pero considera preferible resolver una controversia mediante la decisión de un magistrado que actúa según criterios racionales antes que dejarla a las reacciones emotivas de las partes enfrentadas (67). En la misma línea, el gran juez de la Corte Federal norteamericana Benjamin Car-

(66) PORTALIS. “Discours préliminaire du Premier Projet de Code Civil”. p. 5.

(67) BOBBIO, Norberto. “El positivismo jurídico”. Madrid: Ed. Debate, p. 91.

dozo, decía: "A medida que los años han pasado y he reflexionado más y más sobre la naturaleza de la función judicial, me he reconciliado con la incertidumbre porque he crecido hasta verla como inevitable. He crecido para ver que el proceso en su más altos niveles no es descubrimiento sino creación y que las dudas e incertidumbres, las aspiraciones y los miedos son parte del trabajo de la mente".

Este aspecto de la cuestión es una muestra adicional de "por qué la ética de la función de juzgar, en cuanto mira lo que es dable exigir al juez en materia de actitudes de fondo, tiene hoy tanta relevancia como tema de reflexión" (68).

X. Los valores específicos de la ética judicial. Independencia e imparcialidad

La preocupación por la independencia del juez es muy antigua. Así, el Eclesiastés (cap VII, 6., Antiguo testamento) dice: "*No pretendas ser juez si no te hallas con valor para hacer frente a las injusticias; no sea que por temor a la cara del poderoso te expongas a obrar contra equidad*". Una vieja regla inglesa reitera: "*El juez tiene la obligación de administrar justicia sin miedo ni favores, afecciones o voluntad enferma*" (69). La necesidad de independencia, pues, no puede ser discutida; surge, incluso, de la sabiduría popular, para la cual "buen juez es el juez independiente" (70). En esta línea, Rodolfo Vigo afirma enfáticamente: "Convocar a alguien para resolver conflictos y pagarle con la conciencia de que lo va a resolver de manera parcial o dependiente, sólo se entiende en una sociedad masoquista" (71). Si

(68) ANDRES IBAÑEZ, Perfecto. "Ética de la función de juzgar". En "Jueces para la democracia", N° 40, marzo 2001, p. 21.

(69) BINGHAM, Tom. "Judicial Ethics". En: "The business of judging". Selected Essays and Speeches, London: Oxford University Press, 2000. p. 74. Recuérdese, sin embargo, que en la Inglaterra medieval los jueces eran servidores del Rey quien los nombraba y destituía a su entera voluntad y, por tanto, también enviaba instrucciones directas. Recién a partir de la Carta Magna de 1215 comienzan a observarse sentencias en las que los jueces deciden en contra del monarca (SERRA CRISTOBAL, Rosario. "La libertad ideológica del juez". Valencia: Ed. Universitat de Valencia, 2003. p. 18).

(70) Compulsar MARTINEZ-CALCERRADA y GOMEZ, Luis. "El juez: su independencia y axiología". En autores varios. "Ética de las profesiones jurídicas. Estudio sobre deontología". Murcia: Universidad Católica San Antonio, 2003. t. II, p. 821.

(71) VIGO, Rodolfo L. "La moda de la ética: ventajas y desventajas". En: "Justicia para todos". Buenos Aires: Ed. Ariel, 1999. p. 223.

esto es verdad, lamentablemente, en casi todos los países, hay prueba reiterada sobre el carácter masoquista de los gobernantes.

Ser juzgado por un juez independiente es hoy un derecho humano reconocido en los tratados internacionales. Así, el art. 6º.1. de la Convención Europea de Derechos Humanos dice: "Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, *por un tribunal independiente e imparcial*, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella". El art. 8º de la Convención Interamericana de Derechos Humanos—Adla, XLIV-B, 1250— (Pacto de San José de Costa Rica) es sustancialmente similar (72).

Las disposiciones jurídicas internas (constitucionales e infraconstitucionales) que se refieren a la independencia del juez son innumerables. Mencionaré sólo dos contenidas entre las normas fundamentales de diversos Estados. La Constitución española dice: "*Los magistrados serán independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley*". El art. 114, inc. 6º, de la Constitución argentina, enumera entre las atribuciones del Consejo de la Magistratura "*dictar todos los reglamentos que sean necesarios para asegurar la independencia de los jueces y la eficaz prestación de los servicios de justicia*" (73). En la República Argentina se afirma reiteradamente que "Las condiciones de independencia e imparcialidad del órgano jurisdiccional se encuentran insitas en el principio del juez natural y en la garantía innominada del debido proceso de acuerdo con los arts. 16, 18, 28 y 33 de la CN; en nuestro orden jurídico la imparcialidad del juez ha sido siempre una garantía emanada del texto de la ley suprema y no de una mera concesión legal" (74).

(72) Algunas decisiones de nuestro país que resuelven recusaciones citan la norma internacional referida en el texto. Ver erudito voto del doctor FRONDIZI, en el que se cita jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos sobre este tema (CFed. La Plata, sala 1ª, 5/5/2003, JA, 2004-I-599, con nota de CHIAPPINI, Julio. "Una recusación con sus bemoles").

(73) El art. 3º.2. del Código de Santa Fe, menciona entre los principios fundamentales: "Independencia: el juez adopta sus decisiones en el ámbito de su conciencia jurídica y ética, y por tanto, debe resistir y excluir todo tipo de interferencias, como así también evitar conductas o actitudes que puedan generar sospechas en contrario".

(74) CNCrim. y Correc. Fed. sala 2ª, 3/12/2003, "Jacoby, Pablo", JA 2004-I-591. La decisión fue dictada en el tristemente célebre "Caso Arnia" y la separación de la causa del juez Juan Galeano.

¿Por qué sólo se habla de la independencia del Poder Judicial? ¿Por qué no se habla de la independencia del Poder Legislativo ni del Poder Ejecutivo? D'Alessio responde que ello obedece a la gran diferencia de roles. "Los poderes ejecutivo y legislativo son reflejo de la opinión mayoritaria de la población; son los poderes que, gracias a que el sistema republicano es también democrático, reciben un mandato para hacer prevalecer las ideas y los intereses de la mayoría de los ciudadanos. Sin embargo, no es ninguna novedad que en la historia de la democracia la simple consideración de intereses y concepciones mayoritaria puede resultar gravemente lesiva hacia el sector restante de la población: la minoría. Por eso, la Constitución consagra un sistema de garantías; precisamente para ponerlo como valla hacia el ejercicio del Poder Legislativo y del Poder Ejecutivo, tanto en la creación de las leyes como en su ejecución y reglamentación. Son los jueces quienes están llamados a hacer efectivo el vallado de garantías que la constitución pone al ejercicio del poder mayoritario; en otros términos, el poder judicial es el necesario balance hacia el poder de la mayoría".

¿Qué significa ser un juez independiente? ¿Es lo mismo que ser un juez imparcial?

La respuesta no es fácil. Un famoso juez inglés a quien se preguntó qué era la independencia, luego de sonreír, formuló otra pregunta: ¿En cuánto tiempo quiere que le conteste?; luego, en forma clara, sencilla, y sin eufemismos, respondió: "Voy a tratar de resumirlo e ir al punto que considero esencial. Cualquiera que tenga que recurrir a la justicia por un caso de cualquier materia, penal, civil, de familia, lo que sea, tiene derecho a ser escuchado por un juez y que ese juez esté libre de todo tipo de interferencias. Ya sean interferencias políticas, gubernamentales, o cualquier otra. El objetivo de ese juez es hacer justicia al margen de lo que pueda involucrar desde el punto de vista de otras consideraciones. Cuando un juez asume su cargo tiene que hacer un juramento, y el juramento es hacer justicia de acuerdo con la leyes y los usos de ese país. Y ahora viene lo importante, sin temor ni favor, sin afecto ni aversión. Eso es lo que debe ser una justicia independiente".

Para algunos, la *independencia* es una consecuencia del papel institucional del juez; ese rol consiste en dar la última respuesta social a un conflicto y requiere que se expulsen de las decisiones los factores de presión (políticos y de otro tipo), y que ellas se funden exclusivamente en normas estrictamente jurídicas. En este sentido debe entenderse la céle-

bre expresión de Calamadrei que dice: *"Cuando la política entra por la puerta del ordenamiento judicial, la justicia sale por la ventana"*.

Para entender cómo juegan las presiones no jurídicas sobre el juez resulta útil recordar la hermosa "parábola" contada por el español Alejandro Nieto (75):

"En los primeros días del año I de nuestra era acudió al juez de Belén el propietario de un establo denunciando que éste había sido ocupado por una pareja de forasteros llamados José y María, quienes se habían instalado sin pagar renta y, al parecer, sin intención de abandonarlo con el pretexto de que les había nacido un niño y no estaban en condiciones de reanudar el viaje; en consecuencia, el propietario solicitaba una decisión de desahucio y lanzamiento de los intrusos.

"La situación era clara y el juez se disponía a pronunciar sentencia acogiendo la demanda con el apoyo de textos legales contundentes, cuando fue detenido por los ruegos de su esposa, también parturienta y de la misma tribu de los viajeros. Era explicable que el juez se identificase, a través de su esposa, con la situación de los intrusos, aunque tampoco resultaba sencillo dejar de aplicar una ley tan inequívoca, más aún tratándose de un vecino pudiente con el que siempre se había relacionado bien; sin olvidar el malestar que inevitablemente habría de provocarse entre las clases propietarias de Belén que terminarían acusándole de falta de celo y con el riesgo consecuente de no volver a elegirle.

"El caso se complicó más al poco tiempo con la aparición de los Reyes Magos que también intercedieron a favor de los ocupantes y hasta puede que hicieran un espléndido regalo al juez para mover su tolerancia. Decididamente el asunto parecía perdido para el propietario; máxime cuando el magistrado no tenía problema alguno de conciencia, puesto que, independientemente del obsequio y de la influencia conyugal, entendía que su decisión era justa, pues sería cruel ponerles en la calle en lo más crudo del invierno y podía justificarla razonando que los demandados no producían perjuicio alguno al actor. Pero sucedió que, en vísperas de pronunciar sentencia, llegó a sus oídos la noticia de la política antiinfantil de Herodes, que se extendía, no sólo a los niños, sino también a quienes los protegían. Vemos, entonces, a un juez en apuros por-

(75) NIETO, Alejandro. "El arbitrio judicial". Barcelona: Ed. Ariel, 2000. p. 405.

que si absolvía, se enemistaba con los propietarios de Belén (entre los que él mismo se encontraba) y, lo que es más grave, corría el riesgo de perder la carrera y hasta la vida por la cólera de Herodes; pero si ordenaba el desahucio padecerían sus sentimientos humanitarios, sería regañado por su mujer y tendría que devolver el regalo de los príncipes orientales. Planteadas así las cosas, ojeó entonces afanoso sus libros, que no le sacaron de dudas porque en ellos se deducía que la ley podía ser interpretada de diversas maneras y que había precedentes para todos los gustos.

"En estas circunstancias concretas, nadie puede predecir lo que va a decidir nuestro atribulado juez. No sabemos si se dejará llevar por las presiones de su esposa o por las ventajas resultantes de su cálculo estratégico respecto de Herodes y de sus vecinos. Lo único que sabemos es que una vez decidido el pronunciamiento —que es rigurosamente personal y bajo su exclusiva responsabilidad— a la hora de redactar la sentencia silenciará rigurosamente las causas reales que han estado interfiriendo y, en su lugar, fundará el resultado —cualquiera que sea— con algún precedente que seguro ha de encontrar en la jurisprudencia del Tribunal de Jerusalén".

En esta parábola aparecen claramente las presiones políticas (Herodes), sociales (los propietarios), culturales (la pertenencia al grupo poderoso y, al mismo tiempo, sentimientos de piedad), personales (los propios temores), etc.

Parangonando la situación del magistrado con las tres tentaciones de Jesús, un autor francés, André Damián (76), dice que la independencia del juez está sometida a tres tentaciones: la primera es que el juez sea corrompido *por una de las partes*; la segunda, el servilismo del juez *respecto al poder del Estado* que lo nombró o que gestiona su carrera judicial; la tercera, el servilismo *a las ideas recibidas*, a las ideas de su tiempo, a lo que d'Aguesseau llamaba "la prevención".

Para vencer la primera tentación (corrompido por una de las partes), dice Damien, vale la deontología *preventiva*, consistente en condenas severísimas que sirvan de alerta a otros. En este sentido, menciona varios casos de la historia francesa. Una de ellas, es la del antiguo presidente del

(76) DAMIEN, André. "Pouvoir judiciaire et vertu. Les 3 tentations du magistrat". En: "Archives de Philosophie du Droit". t. 42, L'argent et le droit. Paris: Sirey, 1998. p. 234.

Colegio de abogados que luego fue presidente de la sala criminal de la corte de casación, M. Teste, quien recibió como regalo unas vasijas de vino cuando era ministro de obras públicas; pues bien, el 16/7/1847 fue condenado a tres años de prisión; luego de su liberación, vivió de manera miserable, y gracias a los subsidios que le daban sus antiguos compañeros. El caso relatado muestra severidad, pero en materia de sanciones a un juez corrupto, ninguna alcanza dureza similar a la dictada en el proceso relatado por Herodoto: habiendo dictado una sentencia injusta por dinero, Sisamnès fue colgado cabeza abajo; luego de muerto le sacaron la piel, y con ella se tapizó la silla desde la cual administraba justicia. Posteriormente, en ese mismo puesto, Cambyses, el gobernante que ordenó la muerte, designó juez al hijo de Sisamnès, quien debía hacer justicia desde esa misma silla, siendo de este modo consciente, en cada sentencia, de la necesidad de no ser corrupto (77). "La piel del padre corrupto sobre la cual se sienta el hijo, representa, de este modo, el signo más incuestionable de la legitimidad de la institución, y la garantía de la integridad del juez que ha sucedido al corrupto".

Pues bien, en opinión de Damien, la magistratura francesa no sufre la primera de las tentaciones, desde que es de una honestidad escrupulosa, permanece indemne a cualquier tipo de acusación que roza a los otros poderes del Estado, y es garante de una deontología rigurosa. Por el contrario, dice, la presión del Estado es más frecuente, y puede decirse que aún no se ha vencido la segunda tentación, o sea, el servilismo respecto del Estado.

A la pregunta de si el magistrado francés es independiente respecto de su propio grupo social, Damien responde: El magistrado continúa dependiendo de su cultura, de su educación, del medio social al que pertenece y a su manera de pensar; reacciona según las directivas no escritas del grupo social del cual es miembro, sea por conformidad a un ideal burgués al cual se refiere, sea, al contrario, por una oposición con ese ideal, considerando que todo burgués es culpable por naturaleza, aunque no lo sea por los actos que ha realizado.

Esta tercera tentación es difícil de vencer en todos los países. Efectivamente, las pautas culturales y sociales tienen gran peso. En la Argentina,

(77) La historia está recordada en la pintura "La Justice de Cambyse", de Gérard David de 1498. Ver reproducción en JACOB, Robert, "Images de la justice", Paris: Le Léopard d'Or, 1994.

esa influencia suele ser visible cuando la sentencia se vincula a cuestiones discrecionales, como es la cuantificación de ciertos daños y perjuicios (78). La Corte Federal descalifica por arbitrarias las sentencias fundadas exclusivamente en los criterios personales, culturales, sociales del juzgador. El *leading case* en esta materia es "Santa Coloma c. Ferrocarriles Argentinos", del 5/8/1986 (La Ley, 1987-A, 442) (79): frente a una suma irrita acordada a los padres de buena posición económica por la muerte de tres hijas acaecida en un accidente ferroviario, el tribunal dijo en palabras que es conveniente transcribir sin corte alguno: "Al fijar una suma cuyo alegado carácter sancionatorio es, por su menguado monto, meramente nominal, y al renunciar expresamente y en forma apriorística a mitigar de alguna manera, por imperfecta que sea, el dolor que dice comprender, la sentencia apelada ofende el sentido de Justicia de la sociedad, cuya vigencia debe ser afianzada por el tribunal, dentro del marco de sus atribuciones y en consonancia con lo consagrado en el preámbulo de la Carta Magna". "No figura entre las potestades de un Estado constitucional imponer a los habitantes cargas que superen las requeridas por la solidaridad social. No cabe que al determinar el derecho al daño moral los jueces se guíen por patrones de moralidad que excedan los habitualmente admitidos por el sentimiento medio, pues como lo señala Cardozo, los jueces deben dar vigor con sus sentencias a la moralidad corriente de hombres y mujeres de conciencia recia. La decisión judicial no ha de reemplazar las opciones éticas personales cuya autonomía también reconoce el art. 19 de la CN. En el sentimiento corriente, la actitud hacia las pérdidas definitivas no es aconsejar su asunción heroica, sino que se traduce en un activo intento de mitigarlas, aun a sabiendas de la pobreza de medios con que se cuenta a ese fin. La Cámara, por el contrario, compele a los padres a un renunciamiento, consistente en soportar calladamente la pérdida de tres hijas, que no puede ser impuesto a los demás, sino sólo libremente escogido por ellos".

(78) Por esta razón, las jornadas celebradas en Roma en 1999 dedicaron al tema "Las instancias éticas en los procesos discrecionales" una sesión especial que fue conducida por el famoso profesor Algelo Falsea (ver los trabajos de los afamados juristas Gregor Bender, Francesco Busnelli, Andrea D'Angelo, Giovanna Visintini y Vincenzo Zeno Zencovich en obra colectiva bajo la dirección de VISINTINI-MAROTTA. *Etica e deontologia giudiziaria*. Napoli: Ed. Vivarium, 2003, ps. 331/387.

(79) CS, 5/8/1986, "Santa Coloma Luis y otros c. Empresa Ferrocarriles Argentinos", LA LEY, 1987-A, 142 y ED, 120-649, con nota laudatoria de Borda, Guillermo, "El caso Santa Coloma: un fallo ejemplar".

En una sentencia más cercana, un voto minoritario recordó el caso Santa Coloma, y entendió que la sentencia debía revocarse porque los jueces habían fundado la decisión exclusivamente en conceptos morales personales. En el caso, una persona que vivía en concubinato con la causante, demandó a la hermana, heredera única, por repetición de lo gastado en la última enfermedad. Los jueces de grado rechazaron la demanda; sostuvieron que lo gastado por el concubino en remedios, internaciones, etc. de su compañera constituía una obligación natural, y por tanto, era irrepetible. La Corte, por mayoría, selló la suerte del recurso con el art. 280 del CPCCN (*certiorari*). En cambio, el voto del juez Vázquez propició abrir el recurso, entendió que la acción debía prosperar en virtud de los arts. 771, 3880, inc. 2, 727, 768, y afirmó que la obligación era natural respecto de la concubina pero no de su heredera; en lo que al tema de estas reflexiones interesa, dijo: "El juicio de valor expuesto por el *a quo* en el sentido de que el reclamo intentado repugna a la conciencia recta y a la moral media, importó hacer pesar sobre el actor, con la finalidad de justificar desde un punto de vista axiológico el rechazo de la pretensión, la especial y respetable concepción ética de quienes formularon tal juicio, lo que es inadmisibles en el marco de un estado constitucional, toda vez que no es lo propio de las decisiones judiciales que deben ser conformes al derecho vigente. Lo contrario importa reemplazar la opción ética personal realizada por el justiciable a la hora de decidir el contenido del reclamo que incoa, selección que se encuentra amparada por el ámbito de privacidad que garantiza el art. 19 de la CN" (80).

En los EE.UU., una de las decisiones más paradigmáticas en el tema "moral individual del juez" es la expresada en el voto conjunto de O'Connor, Kennedy y Souter, jueces conservadores de la Corte Federal, quienes resistiendo a esa influencia, dijeron: "Algunos de nosotros, como individuos, encontramos el aborto ofensivo a nuestros más básicos principios morales, pero ello no puede controlar nuestra decisión. Nuestra obligación es definir la libertad de todos, no imponer nuestro propio código moral. No es posible apartarse de los principios sentados en Roe sin provocar un grave daño a la credibilidad de la Corte" (81).

En el extremo opuesto se ubica la decisión de un juez subrogante de la Corte de Buenos Aires cuyo voto, requerido para desempatar en una mate-

(80) CS, 17/9/1996, DJ, 1997-2-587.

(81) Citado por GARAY, Alberto. "La independencia intelectual y funcional de tres jueces de la Corte Suprema norteamericana", ED, 150-889.

ria mucho menos comprometedora que el aborto (cual es la relativa a si fijada la tasa de interés en la sentencia puede o no ser ulteriormente revisada en la etapa de liquidación) (82), está cargado innecesariamente de ideología.

El arte ha dado buenas muestras de la influencia de las pautas culturales y sociales sobre el juez. Así, un personaje de Balzac que representa a un magistrado dice con fina ironía: "He luchado toda la noche con mi conciencia, pero al final, he vencido yo" (83); el abogado de la película "El veredicto final", representado por Paul Newman, dice al juez que interroga al testigo: "Señoría, con el debido respeto, si va Ud. a llevar el caso, me gustaría que no lo perdiera...".

En suma, al redactar cada sentencia, todo juez debería recordar que "la democracia en la que felizmente vivimos significa, por de pronto, el reino de la ley. El derecho dejó de ser una invención libre de los jueces, ni de ninguna persona que se arrogue cualquier género de superioridad moral de los ciudadanos" (84).

Para otros autores, la primera de las tentaciones, o sea, la posición del juez frente a las partes del proceso, no se relaciona con la independencia sino con la *imparcialidad*. O sea, la diferencia entre imparcialidad e independencia radica en que la imparcialidad es la posición del juez frente a las partes, específicamente, se refiere a una actitud interna, personal y subjetiva; en cambio, la independencia se vincula a una relación externa, y por eso es independiente de los otros poderes. Esa independencia genera un régimen de incompatibilidades: no puede ejercer jurisdicción ajena a la del Poder Judicial; no puede ejercer cargos electivos en otros poderes del Estado, con el ejercicio de la abogacía (85), etc.

(82) SC Buenos Aires, 29/10/2003, JA, 2004-I-660. Me refiero al voto del doctor Domínguez y a la certera crítica formulada por el maestro Morello ("Los jueces, la interpretación y las carpas ideológicas", JA 2004-I-666).

(83) Cit. por GROSSI, Pierfrancesco. "Il giudice tra etica, diritto e legge". Roma: Ed. La Sapienza, 1998. p. 53.

(84) Nota del autor aparecida en el diario ABC de España, del 13/2/2001 recordada por GABALDON LOPEZ, José. "Reflexiones sobre la ética judicial". En: "Ética de las profesiones jurídicas. Estudio sobre deontología". Murcia: Universidad Católica San Antonio, 2003, t. II, p. 799.

(85) De la TORRE DIAZ, Francisco. "Ética y deontología jurídica". Madrid: Ed. Dickinson, 2000. p. 361.

Para ejemplificar sobre el altísimo valor de la imparcialidad se recuerda a Quilón el Lacedemonio, uno de los siete sabios de Grecia, quien sintiendo aproximarse su muerte, habló de esta manera a los amigos que le rodeaban: "Parece que en el largo curso de mi vida, nada he dicho ni hecho de lo que tenga que arrepentirme; y tal vez vosotros mismos me tributéis este testimonio. Si no me engaño en esta hora suprema, no creo haber cometido ninguna acción cuyo recuerdo deba afligir mi conciencia, exceptuando una sola, y de tal naturaleza, que todavía ignoro si es inocente o culpable. Debía sentenciar con otros dos jueces en la causa de un amigo acusado de crimen capital. La ley le condenaba evidentemente, y tenía por lo tanto que dictar sentencia de muerte contra un hombre a quien quería, o bien emplear artificios para sustraerle a la ley. Después de meditar mucho acerca de los medios que había de emplear para salir airoso de posición tan delicada, creí como mejor la estrategia que me había fijado. Di, en voz muy baja, sentencia condenatoria, y aconsejé a mis colegas que absolviesen. Así, pues, en circunstancia tan difícil, cumplí al mismo tiempo los deberes de amigo y de juez. Pero confieso que esta acción me entristece: temo que no sea otra cosa que fraude culpable haber aconsejado a los otros al mismo tiempo, en el mismo asunto, y en la cuestión misma, lo contrario de lo que creía yo deber hacer". "Así pues, Quilón, aquel hombre tan profundamente sabio, no supo hasta qué punto pudo infringir la ley y la justicia por amistad, y esta duda atormentó su conciencia en el último momento de su vida" (86).

Las dudas del sabio alcanzan ribetes más graves en Francis Bacon (1561-1626) uno de los más dotados y elocuentes (87) de los jueces británicos (a él se le atribuye la frase "El conocimiento es poder"); fue reverenciado y considerado infalible mientras actuó como Procurador General y Lord Canciller de Inglaterra; "sus pronunciamientos éticos se preservan en los textos legales y sus palabras se encuentran grabadas en las fachadas de piedra de los palacios de justicia de todo el mundo anglosajón". Sin embargo, tres años después de haber llegado a la más alta posición judicial en Inglaterra, fue sometido a juicio de responsabilidad; la Cámara de los Comunes determinó que había aceptado por lo menos 28 sobornos; su defensa fue realmente novedosa; Sir Francis Bacon argumentó que había tomado sobornos de ambas partes, para que de esa manera nunca estuviera en la posibilidad de que el sucio dinero influyera en sus decisiones.

(86) GELIO, Aulo. "Noches Aticas". Buenos Aires: Ed. Ejea, 1959. p. 3.

(87) A él se atribuye la feliz expresión "El conocimiento es poder" (*Knowledge is power*).

El Parlamento no se dejó impresionar y fue sentenciado a prisión; "el rey Jaime lo perdonó en un momento de melancolía, pero Bacon nunca regresó al Parlamento y tampoco se le permitió visitar la Corte Real; cinco años más tarde contrajo un resfrío cuando experimentaba en la refrigeración, llenando el interior de un ganso con nieve. Murió, pero su humillación y su corrupción vivirán para siempre" (88).

Ahora bien, para algunos, la imparcialidad sólo es posible en un juez independiente; es el resultado necesario al cual tiende la independencia. La independencia sería un principio *instrumental* para asegurar que la actividad del juez sea ejercitada sin interferencias externas inadmisibles. En este sentido ha dicho la Corte Federal: "El fin último de la independencia de los jueces es lograr una administración imparcial de justicia" (89). Para otros, imparcialidad e independencia son dos nociones aún más diferentes; se podría ser independiente y sin embargo ser parcial por ser un juez que se mueve con preconceptos; o sea, a veces el defecto de imparcialidad no deriva de la falta de independencia (90). En realidad, esta discu-

(88) ASHMAN, Charles. "The Finest Judges money can buy and other forms of judicial pollution". Los Angeles: Nash Publishing, 1973; la obra relata 74 casos de jueces famosos que fueron destituidos por corrupción. La parte del libro que se refiere a Bacon está transcrita en http://www.tulanelink.com/tulanelink/finestjudges_03a.htm; también está citado por GONDORA PIMENTEL, Genaro. "Las partes en el juicio de amparo. La parte agraviada. Quiénes pueden ser parte agraviada. El municipio como persona moral oficial. Necesidad de una defensa para los municipios". En: "Estudios jurídicos en memoria de Adolfo Noriega Cantú", México: Ed. Porrúa, 1991. p. 241. Recuerdo, sin embargo, que para los admiradores de Francis Bacon, este proceso, impulsado por otro jurista célebre de la época, su opositor Edward Coke, fue sólo la expresión de la gran disputa existente entre el Parlamento y el rey Jaime I. La historia parece haber olvidado aquel "accidente" de la vida de Bacon; pocas biografías lo relatan; queda su gran prestigio como filósofo, científico, geógrafo, astrónomo, en suma como hombre de la cultura de nuestra civilización, a punto tal que muchos lo califican como el "padre de la ciencia moderna"; tampoco faltan quienes le adjudican ser el verdadero autor de varias obras de Shakespeare en las que aparece su fina labor como jurista y resaltan que, en aquellos tiempos, lo común era que los jueces recibiesen regalos de la parte ganadora (ver Rictor Norton, "Sir Francis Bacon", *The Great Queens of History*, updated 8 Jan. 2000, <http://www.infopt.demon.co.uk/baconfra.htm>). En cuanto a su enfrentamiento con Coke, sus biógrafos señalan que no se limitó al parlamento y a los tribunales (Coke enfrentó al rey Jaime I, en tanto que Bacon estaba protegido por él); compitieron, incluso, por una mujer, una hermosa y rica viuda llamada Lady Elizabeth Hatton que terminó casándose con Coke, aunque el matrimonio duró poco tiempo.

(89) CS, 15/9/1969, "Arigós", Fallos: 274-415.

(90) PAGANETTO, Giuliana. "Imparzialità e incompatibilità del giudice". En: CIARLO, Pietro (a cura di). "Giudici e giurisdizioni nella giurisprudenza della Corte Costituzionale". Torino: Ed. Giappichelli, 1997. p. 254.

sión versa sobre el contenido que se dé a la expresión independencia; si dentro de la independencia se incluyen los factores culturales, sociales, etc., es evidente que un juez que resuelve sólo sobre la base de esa formación, es un juez carente de independencia, y también de imparcialidad.

Se comparta una u otra posición, lo cierto es que el proceso tiene sentido desde la figura del juez imparcial, desde que la imparcialidad deriva de su posición de tercero *frente a las partes* (91), y ser imparcial configura el primero y principal deber del juez (92). Las partes renuncian a la autodefensa y confían su derecho a la imparcialidad de un juez que no se ha inclinado de antemano por ninguna de las partes, que se sitúa frente a ambas partes sin ninguna predisposición. Bien se ha dicho que "el juez que no es imparcial ha perdido el alma de su profesión". Juez imparcial quiere decir, "antes que otra cosa, juez intelectualmente honesto, empeñado en una actividad cognoscitiva que ha de empezar por proyectarse en el contraste autocrítico de la proposición frente al caso"; por eso, frente a cada expediente, debe recordar la bellísima metáfora de Pagano: "La verdad es como la luz, que por contraste, brota de la percusión de dos cuerpos" (93).

La necesidad de esa imparcialidad se acentúa en regímenes de control difuso de inconstitucionalidad, porque cualquier juez debe estar atento y vigilante a la adaptación de la ley a la sociedad; bien se ha dicho que "América pone en la imparcialidad del juzgador un compromiso muy grande teniendo presente que él debe controlar la constitucionalidad de las leyes y fiscalizar la política de la administración" (94).

(91) Cfr. D'ALESSIO, Andrés, J. "El sentido del juramento que prestan los magistrados". En obra colectiva "Justicia para todos". Buenos Aires: Ed. Ariel, 1999, p. 125. En esta línea, el art. 3° 2. del Código de Ética de Santa Fe define la independencia y el art. 3° 3. la imparcialidad. De esta última dice: "Imparcialidad: el juez debe tanto conservar íntimamente como poner de relieve sin ambages, en todo momento, que mantiene respecto de las partes procesales una igualitaria equidistancia y que, en el supuesto de no conservar esa actitud, procurará apartarse de la causa judicial".

(92) GOMEZ PEREZ, Rafael, "Deontología jurídica", 3ª ed. Pamplona: Ed. Universidad de Navarra, 1991, p. 114.

(93) ANDRÉS IBAÑEZ, Perfecto. "Ética de la función de juzgar". En "Jueces para la democracia". N° 40, marzo 2001, p. 23.

(94) GOZAINI, Osvaldo A. "La imparcialidad de los jueces y el debido proceso". En: "Poderes y deberes del juez. Homenaje a J. Ramiro Podetti". Número extraordinario de la Revista de Derecho Procesal. Santa Fe: Ed. Rubinzal Culzoni, 2004, p. 129.

Ahora bien, el juez no sólo tiene el deber de ser imparcial, sino que también debe mostrarse como juez imparcial. Los ingleses dicen en maravillosa síntesis: *Justice has not only to be done, but to seem to be done*. De allí que la Corte Europea de Derechos Humanos, con sede en Estrasburgo, reconozca como principio fuera de toda discusión, que *"la Justicia no sólo debe ser rendida, sino que debe ser percibida como tal"* (95). En esta misma línea, la Corte Constitucional italiana ha declarado la inconstitucionalidad de muchas disposiciones que no prevén causales de recusación y excusación para ciertas situaciones que hacen dudar de la imparcialidad del juez.

Separados o juntos, los códigos de ética regulan la imparcialidad y la independencia del juez con diferentes alcances. Para muestra, basta la trascripción de algunas disposiciones:

El Consejo Central de la Unión Internacional de Magistrados, reunidos en Taipei (Taiwán), el 17/11/1999, aprobó por unanimidad (40 países, incluido Argentina), un Estatuto que entre sus normas prevé:

Art. 1°. *Independencia*. En el conjunto de sus actividades, los jueces deben garantizar los derechos de toda persona a un proceso justo. Deben poner en marcha todos los medios de que dispongan para permitir que los asuntos sean vistos en audiencia pública en un plazo razonable ante un tribunal independiente e imparcial establecida por la ley, a fin de determinar los derechos y obligaciones en materia civil o la realidad de los cargos en materia penal. La independencia del juez resulta indispensable para el ejercicio de una justicia imparcial en el respeto de la ley. La independencia es indivisible. Todas las instituciones y autoridades, nacionales o internacionales, deberán respetar, proteger y defender esta independencia.

(95) COMMARET, Dominique. "Les responsabilités déontologiques des magistrats à la lumière de la jurisprudence du Conseil Supérieur de la magistrature". En autores varios. "Juger les juges. Du Moyen Âge au Conseil Supérieur de la magistrature". París: La documentation française, 2000. p. 203. Quizás por esta misma razón, aun la justicia penal, se aferra a los indicios para poder procesar al juez que falta a este deber. En tal sentido se ha resuelto que "Corresponde confirmar el procesamiento decretado en orden al delito de cohecho pasivo agravado por su condición de juez, respecto del magistrado que incurrió en falta de equivalencia frente a los letrados de las partes —designó en forma irregular al martillero interviniente en la subasta y otorgó un trámite preferencial al expediente— pues si bien dichas circunstancias no constituyen elementos incriminatorios directos, permiten inferir la existencia de un acuerdo previo entre el imputado y una de las partes que muy posiblemente abarcaría una promesa o dádiva a los efectos del dictado de resoluciones (CNCrim. y Correc., sala IV, 7/7/2003, Embón, P., LA LEY, 2004-C, 17).

Art. 5º. *Imparcialidad y deber de reserva.* El juez debe ser y aparecer imparcial en el ejercicio de su actividad jurisdiccional. Debe cumplir sus deberes con moderación y dignidad respecto de su función y de cualquier persona afectada.

Art. 10. Tanto la acción civil dirigida contra un juez, cuando sea admitida, como la acción penal, y en su caso la detención, deberán ser ejercidas en condiciones que no puedan tener como objetivo ninguna influencia sobre su actividad jurisdiccional.

El Código italiano de Ética de los Magistrados (96), dice:

Art. 8º: "El magistrado garante y defiende el ejercicio independiente de sus propias funciones y mantiene una imagen de imparcialidad e independencia. Evita cualquier forma de involucrarse en centros de poder político o cuestiones que puedan condicionar el ejercicio de sus funciones, o de cualquier modo empañar la imagen. No acepta encargos ni desarrolla actividad que obstaculice el pleno y correcto desarrollo de su propia función o que, por la naturaleza, la fuente y la modalidad puedan de cualquier modo condicionar la independencia".

Art. 9º. *Imparcialidad del magistrado:* el magistrado respeta la dignidad de cada persona, sin discriminación ni prejuicio de sexo, cultura, ideología, raza, religión. En el ejercicio de sus funciones actúa para hacer efectivo el valor de la imparcialidad, empeñándose en superar los prejuicios culturales que puedan incidir en la comprensión y valoración de los hechos y en la interpretación y aplicación de las normas. Asegura que en el ejercicio de las funciones, su imagen de imparcialidad sea siempre plenamente garantizada. A tal fin, valora con el máximo rigor situaciones de posible abstención por graves razones de oportunidad.

En mi opinión, algunas incompatibilidades de la función judicial con otro tipo de actividades están fundadas, entre otras razones, en la búsqueda de la imparcialidad. Así, por ejemplo, el ejercicio de la función judicial es incompatible con toda otra actividad profesional o asalariada, salvo algunas derogaciones permanentes o autorizaciones puntuales relativas

(96) Aclaro que me refiero al Código de los magistrados ordinarios, desde que en Italia, existe, además, el Código Ético de los magistrados del Consejo de Estado, y el Código Ético de los magistrados de los Tribunales de cuentas. También existe un Código Ético de los abogados del Estado.

a la enseñanza, al arbitraje, a los trabajos científicos, literarios o artísticos. Además de impedir que el juez distraiga su tiempo en otras actividades, la regla tiende a evitar que el magistrado tenga lazos previos con sectores económicos que son potenciales usuarios del servicio de justicia. Por eso, las autoridades de todos los países deberían cuidar celosamente, como en Francia lo hace el Consejo de la Magistratura, que se cumpla la prohibición de acumular funciones judiciales con actividades comerciales con fines lucrativos (97).

XI. El coraje moral para ser independiente e imparcial

Hasta hace algunos años, la idoneidad y la independencia eran calidades implícitas en los jueces; o sea, no se verificaban como una cualidad especial de ningún juez, sino como algo que debe ser. Hoy, en cambio, los justiciables necesitan saber que el juez es un hombre de probado coraje moral frente a las presiones de los poderes públicos y a la peligrosa persistencia y métodos de acoso de los poderes de hecho (fuerzas económicas, lobbies, etc.). Por eso, no extraña que en 1993, el recordado maestro Gelsi Bidart programara un seminario en la facultad de Montevideo cuyo núcleo central era *Coraje moral e independencia de los jueces* (98).

En esta misma línea, Gian Paolo Pansa dice que el núcleo central de la cuestión consiste en impedir que al igual que en los tiempos de Solón, las leyes sean "*semejantes a la telaraña; detienen a lo débil y ligero y son deshechas y traspasadas por lo fuerte y poderoso*". Llamativamente, la obra cumbre de la literatura argentina, el Martín Fierro, contiene una frase muy similar (verso 4235), y expresa la misma idea del siguiente modo:

"La ley es tela de araña
 En mi ignorancia lo explico
 no la tema el hombre rico
 Nunca la tema el que mande
 Pues la rompe el bicho grande
 Y sólo enreda a los chicos"

(97) COMMARET, Dominique. "Les responsabilités déontologiques des magistrats à la lumière de la jurisprudence du Conseil Supérieur de la magistrature". En autores varios. "Juger les juges. Du Moyen Âge au Conseil Supérieur de la magistrature", París: La documentation française, 2000. p. 212.

(98) MORELLO, Augusto M. "Recreación de la ética colectiva desde las perspectivas del juez y del abogado. Cuatro propuestas". ED, 154-1027.

"La ley es como la lluvia
nunca puede ser pareja
el que la aguante se queja
pero el asunto es sencillo
la ley es como el cuchillo
no ofende a quien lo maneja".

Los franceses hablaron de los jueces "*sans tâche et sans peur*". En Italia, en los tiempos de *mani pulite*, estos jueces fueron apoyados por la opinión pública, y se enfrentaron a los políticos, los dirigentes de empresas, los contratistas del Estado, en una palabra, al poder establecido. "O sea, de un lado estaban unos; del otro lado, los jueces. Pero la realidad estuvo matizada. Hubo de todo en las dos partes" (99).

Hoy, en cambio, muchos jueces temen a la opinión pública, o mejor dicho, a la opinión publicada, es decir, a los *mass media*, que a veces con buenas intenciones, y otras con no tantas, intentan presionar al juez (100).

XII. Algunas normas que prestan apoyo a la regla de la imparcialidad del juez

a) Prohibición de entrevistas y alegatos unilaterales sin la presencia de todas las partes o sus letrados

Decía Tomás Moro: "El juez que escucha solamente a una parte puede dictar una sentencia justa pero él no es un juez justo" (101).

En este camino, la acordada 7/2004 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación del 24/2/2004 dispone agregar como segundo párrafo del art. 72 del Reglamento para la justicia nacional el siguiente texto: *Cuando los*

(99) MOGINI, Stefano, "L'éthique du magistrat" (inédita); MAHIQUES, Carlos A. "Los jueces, la ética y la revolución italiana", ED, 157-814.

(100) Para esta influencia ver, entre muchos, BERIZONCE, Roberto O. "El juez y la magistratura en las sociedades contemporáneas". En: "Poderes y deberes del juez". Homenaje a J. Ramiro Podetti. Número extraordinario de la Revista de Derecho Procesal. Santa Fe: Ed. Rubinzal Culzoni, 2004, p. 31.

(101) Citado por CHIAPPINI, Julio, "Código de Ética para magistrados y funcionarios del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba". Córdoba: La Ley, 2004-87.

litigantes y profesionales soliciten audiencia con alguno de los jueces del tribunal, ella tendrá lugar siempre que dichas personas obtengan la presencia de la contraparte o de su letrado en la causa contenciosa de que se trate.

El dispositivo rige la actuación de los integrantes de la Corte Suprema, pero es evidente que muestra a los tribunales inferiores un camino a seguir.

El fundamento de esta regla es claro: la *bilateralidad* de la audiencia también debe regir con absoluta igualdad de trato en el tiempo de maduración de las sentencias (102). En efecto, de nada sirve la bilateralidad del proceso verificada en el expediente (demanda y contestación, prueba rendida bajo el control de las dos partes, etc.) si dentro de su despacho (o fuera de él) el juez escucha a una de las partes sin que la otra pueda responder a los argumentos expuestos, para peor, fuera del expediente. Por eso, de modo análogo al de la acordada mencionada, el código deontológico de los Abogados de la Comunidad Europea (Estrasburgo, 1988) elaborado por una comisión consultiva, dispone:

"4.2. En toda circunstancia, el abogado debe observar el principio de contradictorio en la causa. No puede hacer contacto con el juez actuante en el proceso sin advertir previamente al abogado de la parte adversa. Esta norma no es aplicable cuando el código procesal hace excepción al principio del contradictorio".

Con criterio semejante, el art. 4º.4. del código de ética del poder Judicial de Santa Fe dice: "El juez tiene prohibido, salvo los casos en que la ley lo imponga o lo faculte, mantener conversaciones privadas con los litigantes o sus defensores respecto al mérito de las causas sometidas a su decisión. En los casos cuya urgencia lo justifique, el juez podrá recibir a una de las partes o sus defensores, siempre en su despacho y en presencia del secretario" (art. 4º.5).

La redacción del art. 3º.6. del Cód. de Ética de Córdoba presenta algunas variantes: "El trato equidistante exige que, cuando el magistrado o el funcionario conceda alguna audiencia a alguna de las partes en el proceso, ofrezca a la otra igual posibilidad de hacerse oír, invitándola al efecto". En

(102) MORELLO, Augusto M. "Recreación de la ética colectiva desde las perspectivas del juez y del abogado. Cuatro propuestas". ED, 154-1028.

opinión de Chiappini, se trata de una disposición algo confusa: "No se sabe si la invitación es a la audiencia concedida a una de las partes ó a otra posterior. Una interpretación razonable sostiene que se trata de la misma audiencia".

Cualquiera sea la redacción, lo cierto es que la solución no siempre es comprendida con claridad; muchos abogados creen que el juez tiene la obligación de recibirlo en el despacho y tildan de soberbio al magistrado que rechaza cualquier petición en este sentido; lamentablemente, muchos jueces tampoco entienden el por qué de la prohibición. En tal sentido, cabe recordar una decisión de la CNCrim. y Correc. Federal del 13/12/1995 que impuso al juez de primera instancia una "*recomendación enfática* para que en lo sucesivo ajuste su proceder a las disposiciones legales vigentes"; el tribunal citó el art. 5º, primer párr., de la ley 23.187 —Adla, XLV-C, 2006—, que dispone: "el abogado, en el ejercicio profesional, estará equiparado a los magistrados en cuanto a su consideración y respeto que se le debe"; también invocó la acordada 25/76 conforme la cual forma parte del buen servicio de justicia "atender las cuestiones que se planteen a los jueces, sin perjuicio de las facultades discrecionales en cuanto ajustar las solicitudes según la urgencia manifestada y las posibilidades materiales de acceder a ellas" (103). En el caso, el abogado había solicitado reiteradamente una entrevista personal con el juez; el magistrado le requirió que primero indicara el expediente en el que se dirigía y la razón por la que solicitaba la entrevista personal; cuando el abogado proveyó esos datos, el juez señaló que la audiencia solicitada no estaba prevista en la norma ritual. En mi opinión, la recomendación al juez no correspondía: no conceder una audiencia privada no significa no respetar al abogado, desde que el juez debe mantener el contradictorio por lo que nada lo obligaba a escuchar al abogado fuera del expediente.

Algunos autores dudan sobre la utilidad de este tipo de normas. Con cita de John Stuart Mill y una cuota de ironía, Chiapini distingue entre *principio* y *conveniencia*, y ejemplifica: "La libertad de expresión es un principio; la libertad de mercado es una conveniencia. Con los principios no se juega (demasiado); con las conveniencias, acaso sí. Con esta norma, el juez tendrá algunas ventajas, en especial, evitar que *le den la lata*. Pero no es un principio. Se trata de una norma que, aunque con buenas intenciones, está

(103) CCrim. y Correc. Fed. en pleno, 13/12/1995, "Dr. Heredia s/presentación", ED, 167-291.

destinada al desuetudo". "La norma luce razonable en aras a la deontología forense, pero siempre la abrogará lo que Jellinek llamaba *la fuerza normativa de lo fáctico*. No es cuestión de levantar tronos a los principios y cadalsos a sus consecuencias, de urdir una Gestapo forense para ver con quién se reúne el juez, en cuál parte del tribunal, en presencia de quién, sobre qué departe, etc. Estado gendarme, puede ser. Estado policía, en estas cosas, *nones*. En suma, sin ser *pour la galerie*, la ley le proporciona al juez un arma para tamizar entrevistas. Su prudencia será la brújula. Un sano principio, pero no un dogma" (104).

b) Restricciones al derecho de asociación

Es sabido que los jueces no podemos estar afiliados a partidos políticos. De allí que la asunción como magistrado supone, automáticamente, la desafiliación partidaria (105). Pero los jueces somos parte de la sociedad y, como tales, integramos asociaciones de la vida civil (clubes deportivos, culturales, sociales, etc.); en casi todos los países existen Asociaciones de Magistrados, grupos de jueces que se presentan a elecciones para conducir esas asociaciones, etc. El derecho a pertenecer a estos grupos ha sido reconocido en diversas normas. Así, por ejemplo, el art. 12 del "Estatuto del juez", aprobado por unanimidad, por 40 países (el nuestro incluido) el 17/11/1999, en una jornada reunida en Taipei (Taiwán), convocada por el Consejo Central de la Unión Internacional de Magistrados, dispone: "El derecho de asociación profesional del juez debe ser reconocido para permitir a los jueces ser consultados, fundamentalmente sobre la determinación de sus normas estatutarias, éticas y otras, y para permitir asegurar la defensa de sus intereses legítimos".

Sin embargo, la pertenencia a algunas sociedades puede ser un elemento de perturbación en la independencia del juez. La cuestión se planteó en Italia con algunos jueces asociados a la masonería secreta (P2); la prohibición de pertenecer a ese grupo se fundó en las siguientes razones: 1) hay contradicción entre el principio de independencia judicial y el principio de subordinación jerárquica que existe entre los masones sobre la base

(104) CHIAPPINI, Julio. "El juez ¿puede atender a un litigante?", en *LLitoral* 2003-559.

(105) Compulsar CNElectoral, 11/8/1988, ED, 133-526 con sendas notas de Bidart Campos, Germán, "La desafiliación partidaria de un juez que asume su cargo sin renunciar al partido a que pertenece", y de Herrendorf, Daniel, "Renunciar es necesario como expresión de una voluntad personalísima".

del grado; II) según el reglamento masón, los conflictos entre los afiliados son resueltos por la justicia masónica; III) los vínculos entre afiliados son extremadamente intensos, a punto tal que impide a un juez ser verdaderamente imparcial respecto de otra persona que pertenece al grupo (106). Sin embargo, cuando en marzo de 1995 el tema llegó al Consejo de la Magistratura, los jueces que se habían asociado no fueron sancionados; se argumentó que "en la época en que aconteció el hecho denunciado, no había conciencia colectiva, ni opinión pública, sobre el disvalor que implica para un magistrado inscribirse en la masonería".

Obviamente, este argumento no podría invocarse después de aquel fallo (107), especialmente, porque el art. 7° del Código italiano de Ética de los Magistrados dice: *El magistrado no adhiere a asociaciones que requieran la prestación de promesa de fidelidad o que no aseguren la plena transparencia de la participación de los asociados.*

En suma, un magistrado puede estar adherido a todo tipo de asociaciones, siempre y cuando no tenga por objeto actividad política partidaria y, además, no exija a sus asociados promesas de fidelidad o sometimiento. Obviamente, la pertenencia lícita a una asociación no significa que el juez no deba excusarse de entender en una causa en la que el grupo está involucrado; recuérdese el caso del juez inglés que decidió en el caso Pinochet sin poner en conocimiento de las partes que él pertenecía activamente a una asociación de defensa de los Derechos Humanos.

c) Las causales de recusación y excusación

Todos los códigos procesales regulan entre las causales de recusación y excusación supuestos que permiten separar de la causa a un juez cuya imparcialidad puede estar puesta en duda.

Lamentablemente, muchas veces, los abogados recurren abusivamente a estas disposiciones legales para dilatar los procedimientos, o para que la causa no sea resuelta por un juez al que no tienen simpatía, etc.; más lamentable aún es el juez que se "inventa" causas de excusación

(106) A vía de ejemplo, ver estos antecedentes en fallo de la Corte di Cassazione, sezioni uniti, 6/12/1995, "Il Foro italiano", 1996 N° 1, I-106.

(107) Cit. por GROSSI, Pierfrancesco. "Il giudice tra etica, diritto e legge". Roma: Ed. La Sapienza, 1998. p. 52.

sólo para "sacarse de encima un expediente"; pero más grave todavía es la conducta de aquellos jueces que no advierten, o no quieren advertir, la existencia de causas graves para intervenir por lo que, finalmente, su permanencia en el expediente tiende un manto de duda sobre la legitimidad ética de su actuación y de la Justicia en general. Quizás, el ejemplo más paradigmático de esta última situación sea el tristemente célebre caso "Fayt", que declaró la inconstitucionalidad de la reforma constitucional que limitó la permanencia de los jueces de la Corte hasta la edad de setenta y cinco años (108). En mi opinión, la causa debió ser resuelta por conjueces; es decir, los jueces de la Corte debieron excusarse, desde que tenían un interés propio, pues esa decisión era aplicable a ellos mismos cuando alcanzaran la edad prevista en el nuevo texto; por eso, desde la perspectiva ética, tampoco era suficiente decir que la norma no era aplicable por haber sido designado con anterioridad a la reforma constitucional.

XIII. Axiología procesal

Dentro de las reglas que Chiappini denomina "axiología procesal", analizaré cuatro supuestos: el deber del juez resolver dentro de los plazos legales; el de actualizarse; el de facilitar las vías de autocomposición, y el de corregir obstáculos rituales que impidan llegar a la finalización del proceso.

a) El deber de resolver dentro de los plazos y el correlativo derecho del litigante a un juicio sin dilaciones indebidas

En nuestros días, los justiciables no comparten la frase de Montesquieu según la cual "En algunos casos, es conveniente usar de la lentitud, para que el pueblo pueda calmarse, y pueda juzgar sin apasionamientos" (109). Por el contrario, el dicho recogido por la cultura popular es "Justicia tardía no es Justicia"... Más allá del dicho, los jueces no podemos ignorar que los tratados de derechos humanos prevén en sus disposiciones el derecho a un juicio "sin dilaciones indebidas". Es verdad que en un gran número de

(108) CS, 19/8/1999, LA LEY, 2000-C, 540, con nota de MIDON, Mario, "Los límites del poder constituyente; a propósito del caso Fayt", JA, 1999-IV-616, con nota de COLAUTTI, Carlos, "Las reformas a la constitución y los límites de la revisión judicial", y ED, 184-979 con nota de BIANCHI, Alberto, "Los efectos del caso Fayt sobre la reforma constitucional de 1994".

(109) MONTESQUIEU. "Del espíritu de las leyes". Madrid: Tecnos, 2000, p. 57.

supuestos la excesiva duración de los procesos no es atribuible al juez, sino a todo el sistema. Sin embargo, resolver dentro de los plazos cuando el expediente está en estado sin crear nuevos vericuetos procesales es, además de un deber legal cuyo incumplimiento puede llevar a sanciones administrativas e, incluso, a la destitución del juez (110), un deber ético, pues el magistrado no puede dejar de advertir que el tiempo es vida del litigante.

En este sentido, el art. 6º del Estatuto del Juez aprobado por 40 países (el nuestro incluido) aprobado en una reunión convocada por el Consejo Central de la Unión Internacional de Magistrados reunida en Taipei (Taiwán), el 17/11/1999, dispone: *El juez debe cumplir sus obligaciones profesionales en un plazo razonable y poner en marcha todos los medios necesarios que tiendan a la mayor eficacia.*

Por eso, cuando la causa del retraso es *imputable* al magistrado, el incumplimiento de este deber debe ser juzgado con criterios estrictos, aunque no mecánicos (111).

En efecto, una de las grandes inequidades de nuestro servicio público de Justicia es la excesiva dilación de los procesos. "Si de poco sirve una emi-nencia médica que llega al lecho del enfermo cuando éste ya ha fallecido, ¿qué relevancia social puede acabar teniendo una Justicia en principio respetada, pero que hace oír su voz cuando ya nadie recuerda aquello de lo que por fin habla?" (112). En la misma línea, Ihering abogaba: "¿De qué serviría la certeza y la infalibilidad de la realización si su marcha fuese tan

(110) La Corte Federal ha declarado la inconstitucionalidad de las normas que disponen que el vencimiento de los términos para resolver genera automáticamente la causal de mal desempeño; dicho de otra manera, la causal es inconstitucional cuando opera mecánicamente (CS, 28/10/1968, "Davel, Juan", LA LEY, 132-979, con nota aprobatoria de BIDART CAMPOS, "Pérdida de competencia judicial por demora: sanciones y enjuiciamiento político"). Ahora bien, esos mismos fallos han dejado perfectamente aclarado que "no es objetable la promoción del enjuiciamiento de un magistrado en razón de repetidas e injustificadas demoras en el trámite y resolución de las causas judiciales".

(111) No obstante, este criterio fue minoritario en un caso en que el tribunal de enjuiciamiento de la provincia de Mendoza no destituyó a un juez que tenía retraso crónico en su despacho (ver decisión del 4/3/2003, LA LEY Gran Cuyo, 2003-161). Por las razones expresadas en el texto, voté por la destitución, con la minoría.

(112) TOHARIA, José J. "La imagen social de la Justicia en España". En publicación colectiva del Consejo General del Poder Judicial. "El juez y su imagen en la sociedad: pasado, presente y futuro", Madrid: 2000, p. 24.

pesada y tan lenta que el hombre sólo llegase a conquistar su derecho en los umbrales del sepulcro?". En nuestros días, Agustín Gordillo dice: "Cuando en un juicio ordinario nos enteramos una década después del derecho judicialmente aplicable a nuestro caso, no hemos tenido acceso a la justicia sino a la historia".

Lamentablemente, los órganos de América Latina que deberían controlar el cumplimiento por parte de los Estados del deber de resolver en plazos razonables también incurren en dilaciones indebidas. Así, por ejemplo, en un informe de 1999, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos dijo, correctamente, que "constituye una manifiesta desigualdad la aplicación retroactiva de un cambio jurisprudencial que exige el agotamiento de la vía administrativa posterior a la iniciación de la demanda" (113); el problema es que para llegar a esta decisión, la Comisión tardó dos años.

Las cuestiones de competencia suelen provocar serios inconvenientes en la administración de justicia: recusaciones, inhibitorias, etc., pueden llevar no sólo a una dilación inusitada de los procedimientos sino a causar, directamente, la privación del acceso a la justicia. A veces, la cuestión adquiere tal magnitud que no obstante la falta de definitividad, el Superior Tribunal abre los recursos extraordinarios para terminar con el caos tribunalicio (114). La Corte Federal tiene resuelto desde antiguo y, en especial luego del *leading case* "Penjerek" (115), que "las dilaciones excesivas motivadas por razones de competencia violan sustancialmente el derecho de defensa en juicio" (116).

(113) 29/9/1999, Informe 105/99, caso 10.194, "Palacios, Narciso", LA LEY, 2000-F, 594, con nota de BOTASSI, Carlos, "Habilitación de la instancia contencioso administrativa y derechos humanos". En el caso, el contador de un municipio fue dejado cesante mediante decreto del intendente. Contra ese acto administrativo dedujo directamente demanda contencioso administrativa ante la Corte de la Provincia de Buenos Aires. Dos años después, el tribunal la rechazó *in limine* por no haberse agotado la vía. Resulta alentador que los organismos internacionales latinoamericanos comiencen a preocuparse de los temas relativos al acceso a la justicia y a la morosidad judicial.

(114) Tal lo sucedido en la Provincia de Mendoza con motivo de las discrepancias existentes en torno a la competencia por valor de los antes llamados jueces de paz letrados. Ver fallo del 20/2/1990 "*in re*": "Buci c. Cofym S.A.", en JA, 1990-III-286, con nota aprobatoria de Peyrano, Jorge W. "La predictibilidad como valor procesal".

(115) Fallos: 257-132, JA, 1965-VI-249.

(116) CS, 6/5/1989, "Orazzini c. Petroquímica Gral. Moscón", JA, 1990-II-532.

De cualquier modo, es indudable que el incumplimiento del mandato constitucional que ordena que el juicio debe concluir dentro de un tiempo razonable no es totalmente imputable a los jueces; para modificar la situación se necesita: I) que la Universidad genere una nueva clase de abogados, comprometidos no sólo en no obstaculizar, sino en colaborar activamente en la solución del problema que aqueja al justiciable; II) que los poderes legislativo y ejecutivo dicten normas y provean los medios económicos para que la Justicia pueda atender las llamadas "pequeñas causas" por trámites sencillos, breves, carentes de toda burocratización, y por procedimientos más complejos las causas más difíciles; III) que a informatización sea aplicada sin preconceptos y, consecuentemente, sirva para aliviar notificaciones, etc.

b) El deber de motivar las sentencias de modo claro, para ser entendido por todos los "auditorios"

El juez debe fundar sus decisiones; la motivación es, de algún modo, el principal mecanismo de control. Según Esquilo, la sentencia de Zeus que encadena a Prometeo al tormento perpetuo es ejecutada por dos hermanos: el Poder y la Violencia. Ambos son hijos de la fuerza. Pero mientras la violencia está en silencio, el Poder explica, en términos nítidos y comprensibles, las razones de la condena. El mito se explica, desde el Derecho Político por cuanto el poder, como manifestación del orden civil, exige el consenso aun de aquél a quien golpea, y, para conseguirlo, da razones de sus decisiones, exponiéndose al disenso. La violencia bruta es silenciosa, porque mira sólo al sufrimiento de su víctima. Cada poder que es llamado a ejercitar algún tipo de efecto o influencia en la sociedad debe ser aceptado por la sociedad misma. Hasta el médico del hospital estaría imposibilitado de curar a los enfermos si éstos no recibieran, más o menos de buen grado sus sugerencias. Esta regla vale, con mucha mayor razón, para el poder judicial, cuyo objetivo no es sólo punir al reo, o resolver la controversia individual sino también, con la ayuda de los abogados, dirigir la actividad de los habitantes para reducir la necesidad de intervenciones co-activas.

No es necesario remontarse tan atrás; el deber de motivar las decisiones es hoy un imperativo ético y político; por eso, Petracchi dice que "los jueces están con la ciudadanía en una relación dialéctica distinta de la que mantiene el legislador y el gobernante pues no poseen otro medio de

imposición que el derivado del reconocimiento de la autoridad argumentativa y ética de sus fallos y del decoro de su actuación" (117).

No basta motivar; la motivación debe ser clara; hay un deber jurídico, pero también ético de ser claro. Bien se ha dicho que "los hombres acrecientan sus dificultades ancestrales para entenderse, y siempre ha sucedido que cuando eso sucede es porque se carece del apetito o exigencia por ser claros y precisos, no tan sólo para con los demás, sino respecto de sí mismo. No basta hacerse entender; es necesario aspirar a no poder dejar de ser entendido" (118).

"Una sentencia redactada a la ligera, sin cuidar la corrección del lenguaje, sin respeto a las reglas gramaticales, con faltas de ortografía, con incorrecciones de puntuación, no sólo pone en entredicho al juez que la firma, sino lo que es mucho más grave, desprestigia a la administración de justicia, por lo que es deber ético del juez poner todos los medios para evitar este desdoro de la institución. Entre tales medios se halla no sólo poner el más exquisito cuidado y atención en la redacción, sino también el de repasar y corregir el texto escrito, con espíritu autocrítico, tantas veces como sea necesario" (119).

¿Es ético revelar cómo se toman las decisiones en un tribunal colegiado?; o sea, ¿es permisible que un juez indique por escrito cuáles han sido las vicisitudes previas al dictado de la sentencia? En la decisión del 12/8/2003, recaída *in re*: "Bellini v. Jucht", la mayoría de la Corte Federal rechazó el recurso extraordinario por falta de fundamentación autónoma. El juez Vázquez, en disidencia, reveló que en las deliberaciones previas, tres de los jueces consideraron prudente oír al Procurador General antes de pronunciar voto, pero esa propuesta se encontró con el obstáculo de una mayoría que prefirió desestimar la queja invocando meras razones formales; el juez disidente sostuvo que esta conducta constituye un avasallamiento a la tarea de juzgar, pues si bien en un tribunal colegiado la mayoría se impone a la minoría al momento de sentenciar, no es aceptable que en la etapa prelimi-

(117) PETRACCHI, Enrique. "Control judicial en la Argentina", LA LEY, 1987-E, 731.

(118) DONATI, José Humberto. "El deber de claridad en el juez y en el abogado", JS, 1993, N° 4, p. 31.

(119) MORAL MARTIN, Antonio. "El juez civil ante la moral, la ética y la deontología". En autores varios. "Ética de las profesiones jurídicas. Estudio sobre deontología". Murcia: Universidad Católica San Antonio, 2003. t. II, p. 864.

nar del fallo pueda hacerlo, especialmente, cuando se priva a la minoría de su derecho a formar una opinión más acabada sobre el mérito escuchando al Ministerio Público (120). No entro en la cuestión relativa a si el tribunal debe o no escuchar al Procurador General cuando no logra mayoría sino en el hecho de que una decisión mencione las alternativas de la deliberación antes de llegar a la decisión. Según el comentador de la decisión, es quizás, la primera vez en la historia de la Corte, que un ministro devela, en voto disidente, discusiones previas en el seno del tribunal, y concluye: "Vázquez corre el velo del *sancta sanctorum* donde los ministros de la Corte discuten las decisiones que tomarán. Podría ser el puntapié inicial de un transparentamiento con la sociedad sobre cómo deciden los jueces de la Corte las importantes cuestiones que les toca resolver. Es una actitud que parece saludable. Bienvenida sea". Me resulta difícil adherir a esa conclusión. Como lo admite el autor que comenta la decisión, en los cuerpos colegiados es habitual que un juez redacte un voto proponiendo una determinada solución y luego, a causa de factores externos lícitos (el voto de otro ministro, por ejemplo) cambie su posición primitiva, realmente convencido de que la segunda es la mejor. Para eso, justamente, está la deliberación. No creo que mostrar por escrito tal cambio de posición haga a la transparencia del tribunal; por el contrario, podría llegar a ser un factor para que el juez no decida con total libertad por temor a que su cambio de razonamiento sea visto por el público lego como un signo de debilidad.

c) *El deber de estar actualizado* (121)

En las Cartas Persas (Carta LXVIII), uno de los personajes, Rica, relata a Usbek (el persa, personaje central del libro que al parecer representa al propio Montesquieu) el siguiente acontecimiento: Fui a comer a casa de un hombre de toga que varias veces me había convidado, y después de haber hablado de varias cosas... le digo: No he visto su estudio. "¿Cómo ha de ver usted si no lo tengo? Cuando tomé este cargo, necesité dinero para pagarlo; vendí pues mi biblioteca, y el librero que me la compró; de tantos tomos como en ella había, no me dejó más que mi libro de cuentas. Con esto no quiero decir que lo siento, porque nosotros los jueces no hacemos

(120) CS, 12/8/2003, "Bellini c. Jucht", JA 2003-IV-831, con nota de HERCULES. "¿Cómo toman sus decisiones los jueces de la Corte?"

(121) Para este tema y la normativa italiana sobre el particular, ver ALPA, Guido. "Formazione professionale, patrimonio di valori culturali, tecniche interpretative del magistrato". En: obra colectiva bajo la dirección de VISINTINI-MAROTTA. "Etica e deontologia giudiziaria", Napoli: Ed. Vivarium, 2003, p. 241.

alarde de una ciencia vana. ¿De qué nos sirven todos esos librotos de leyes? Casi todos los casos son hipotéticos y se apartan de la regla general"... "Y es imposible, caballero, le dije, que sea Ud. quien los saque de ella? ¿Por qué al cabo, para qué querían todos los pueblos del mundo leyes si nunca se han de aplicar? Y ¿cómo las puede aplicar quien no las sabe?". Si conociera Ud. la práctica, replicó el magistrado, no hablaría como habla: nosotros tenemos comentarios vivos, que son los abogados; éstos trabajan en vez de nosotros y toman también a su cargo el instruirnos". "Y a veces no toman también a su cargo el engañar a ustedes? Le respondí. Están armados para dar al traste con su justicia; bueno fuera que lo estuvieran ustedes para defenderla, y que no salieran al palenque con armas desiguales contra hombres armados de punta en blanco" (122).

Afortunadamente, los jueces del relato no abundan en la actualidad. En nuestros días, nadie duda que el juez, igual que el abogado, debe estar actualizado. Más aún, la regla *iuria novit curia* acentúa el deber en el magistrado.

En mi opinión, el cumplimiento de este deber no significa sólo conocer las reformas legales o la última jurisprudencia, sino abrir la mente. Diez Picaso dice, con razón, que el temperamento de los juristas, estereotipadamente conservador, propende a dejar las cosas tal como están. Pues bien, cuando las cosas están mal, el juez tiene el deber ético de revisar los dogmas que ha recibido, comprobar y calibrar qué grado de verdad hay en ellos; debe evitar, como decía Benthan, que la jurisprudencia sea "el arte de ignorar metódicamente lo que es conocido por el mundo entero". Seguir la jurisprudencia dominante genera seguridad jurídica, y esto es éticamente valioso, mas debe recordarse que, a veces, como dice Vaccari, "las corrientes jurisprudenciales son como esas huellas en el campo, que empiezan débilmente con el paso de un vehículo y se profundizan luego con el de muchos otros, que la siguen sin vacilación. Pero ocurre que no siempre marcan el mejor camino y a veces son un motivo de empantanamiento. Por eso, es prudente volver a la fuente legal de las decisiones sometiendo a crítica, para ver si resisten el paso del tiempo o la confrontación con nuevos casos en nuevas circunstancias sociales" (123). Por lo demás,

(122) MONTESQUIEU. "Cartas persas". Trad. de José Marchena, 2ª ed. Madrid: Tecnos, 1994, p. 104.

(123) VACCARI. "Indagini sul linguaggio della giurisprudenza". En obra colectiva. "Studi giuridici in memoria di Alfredo Passerini". Milano: Ed. Boccia, 1955, p. 125.

dado que en el sistema constitucional, jueces de todas las instancias, incluida la Suprema Corte, duran mientras dura su buena conducta, esa actualización debe ir acompañada de la comprensión de los nuevos valores positivos de la sociedad. "Un juez que rechaza esos nuevos valores positivos exclusivamente porque no los entiende, o porque no son los de su época, contradice palmariamente el sentido de la cláusula constitucional de la inamovilidad, pues siendo el interprete de la Constitución, impide su interpretación dinámica. Por eso, algunos norteamericanos señalan entre las "zonceras" de su Constitución, que los jueces, especialmente los de la Corte Suprema, duren mientras dura su buena conducta (124).

Por lo demás, la formación no concluye con la adquisición de los conocimientos jurídicos. El art. 3° del Código italiano de Ética de los Magistrados formula este deber del siguiente modo: *El magistrado desarrolla sus funciones con diligencia y laboriosidad. Conserva y aumenta su patrimonio profesional empeñándose en la actualización y profundización de sus conocimientos en los sectores en los cuales desarrolla su propia actividad.* Vincenzo Chieppa explica muy bien el precepto: "Tener capacidad técnica es un presupuesto para ser elegido a través de los exámenes; pero es un deber moral, un imperativo ético, que el magistrado tenga el ansia de formar, aumentar y perfeccionar día a día su cultura, no sólo en la esfera de la ciencia jurídica, sino en el campo más vasto de la cultura general; no puede juzgar bien quien no conoce; un magistrado inculto no representa sólo un caso de ignorancia más o menos deplorable y dañosa; es también un deshonesto en cuanto, por incapacidad culpable, se pone a riesgo de ser injusto" (125).

d) El deber de facilitar los métodos alternativos de autocomposición del proceso (conciliación, acuerdo amistoso, etc.)

Para algunos autores, la sentencia es "la entraña de la función judicial; el juez es verdadero juez sólo cuando pronuncia una sentencia; todos los demás, son medios, más o menos necesarios o eficientes, encaminados a preparar el momento supremo: la hora de la verdad, la suerte de matar,

(124) LA RUE, L. H. "Neither Force nor Will". POWE, L. A. "Old People and good behavior". Ambos en: "Constitutional stupidities, constitutional tragedies". Obra colectiva, coordinada por ESKRIDGE, W. y LEVINSON, S. New York: New York University Press, ps. 57 y 77, respectivamente.

(125) CHIEPPA, Vincenzo. "Principi di un'etica professionale del magistrato". En: "Studi in onore di Ernesto Eula". Milano: Ed. Giuffrè, 1957, t. I, p. 307.

que dirían los taurófilos. Con la sentencia culmina la actividad del juez porque es, en definitiva, el acto por el que se cumple la tutela judicial efectiva" (126). No niego que la esencia de la función del juez es la "*juris dictio*", o sea, decir el derecho a través de la sentencia. Sin embargo, en muchas ocasiones, los jueces advertimos que la solución más equitativa no está en el expediente, sea por el modo como la litis se trabó, sea por verdades que quedaron sepultadas por errores procesales que el principio de preclusión, impide corregir, etc. En estos casos, es ético que el magistrado acuda a lo que Peyrano llama "justicia de acompañamiento" (127), o sea, intentar el acercamiento de las partes y la autocomposición de sus conflictos a través de la mediación y la conciliación (128). En este sentido, los medios alternativos no son sólo instrumentos para disminuir trabajo al sobrecargado sistema judicial, sino verdaderos remedios a los problemas que el sistema ha ocasionado.

Más aún, coincido con quienes piensan que "el juez debe valorar la paz justa entre las partes, por lo que debe intentar la eliminación de los conflictos intersubjetivos, y en la medida que el horizonte de sus actuaciones es perseguir y conseguir la paz, debe intentar facilitar un acuerdo amistoso o la conciliación previa, debe buscar el acuerdo antes de la confrontación. Su ideal es hacerse prescindible, que no se necesite su presencia porque las partes han logrado llegar a un acuerdo" (129).

e) El deber de evitar que el proceso se convierta en una "máquina de impedir"

En la Argentina no se han publicado muchas reflexiones sobre la ética judicial y el formalismo procesal. Por eso, es conveniente recordar el texto del art. 11 del Código italiano de Ética de los Magistrados: *En el ejercicio de*

(126) MORAL MARTIN, Antonio. "El juez civil ante la moral, la ética y la deontología". En autores varios. "Ética de las profesiones jurídicas. Estudio sobre deontología". Murcia: Universidad Católica San Antonio, 2003. t. II. p. 862.

(127) La expresión no debe confundirse con la tan negativa "justicia de acompañamiento" que prácticamente todos los gobernadores piden a los jueces cuando los presionan para que consoliden planes políticos, económicos, etc.

(128) PEYRANO, Jorge. "Perfil deseable del juez civil del siglo XXI", en IA ,2001-IV-865. El autor muestra su preferencia por la conciliación, pero reconoce que "todo puede contribuir para aliviar la sobrecarga de tareas que aflige al aparato jurisdiccional".

(129) DE LA TORRE DIAZ, Francisco. "Ética y deontología jurídica". Madrid: Ed. Dikinson, 2000, p. 369.

sus funciones, el magistrado, conciente del servicio a rendir a la colectividad, observa los horarios de las audiencias y de las otras actividades de la función evitando inútiles inconvenientes a los ciudadanos y a los defensores y proveyendo toda aclaración que eventualmente sea necesaria. Desarrolla su rol con pleno respeto de los otros y actúa reconociendo la igual dignidad de las funciones de los demás protagonistas en el proceso asegurando su condición. Trata de alcanzar, en la observancia de las leyes, un resultado justo para todas las partes. Actúa con el máximo escriptulo, sobre todo cuando está en juego la libertad y la reputación de las personas.

En el cumplimiento de este deber, parecería que una de las funciones esenciales es la de reprimir el abuso del proceso por parte de los abogados y de sus propios auxiliares; más aún, aunque la cuestión pocas veces ha sido abordada desde la perspectiva de la ética, entiendo que es deber ético del juez no formar parte de este abuso, a través de formalismos estériles (130); en otros términos, el juez no debe convertirse en una máquina de impedir; no debe olvidar que si bien es un "poder del Estado", al mismo tiempo, integra un servicio público que requiere de eficiencia y eficacia (131).

f) El deber de no desentenderse del resultado eficaz de las sentencias que comprometen intereses colectivos y públicos

En mi opinión, el juez no puede desentenderse de manera absoluta de la eficacia de sus decisiones; es verdad que la misión esencial del juez es "decir el derecho", transar el conflicto conforme los hechos probados y el derecho aplicable, más desde la perspectiva ética, no puede permanecer indiferente, cerrar los ojos, frente al incumplimiento de una sentencia en un proceso donde los intereses han trascendido los meramente individuales, donde hay comprometidos intereses públicos, o meramente difusos, como son, en general, los derechos de los consumidores, del medio ambiente, etc. Pondré un ejemplo para explicar el alcance del deber

(130) Para el tema del abuso del proceso y la ética judicial ver TARUFFO, "Michele. Etica giudiziaria e abuso del processo". En obra colectiva, bajo la dirección de VISINTINI-MAROTTA. "Etica e deontologia giudiziaria". Napoli: Ed. Vivarium, 2003, p. 269; En esta misma obra, CHIARLONI, Sergio. "Etica, formalismo processuale, abuso del processo", p. 69; DI NAPOLI, Raffaele, "Etica e formalismo processuale anche in prospettiva comparatistica", p. 83; ZUCKERMAN, Adrián. "Judicial choice in procedure. The ethical deficit", p. 89.

(131) Compulsar ROPPO, Vincenzo. "La magistratura come 'professione legale' per una deontologia del 'servizio giustizia'". En obra colectiva bajo la dirección de VISINTINI-MAROTTA. "Etica e deontologia giudiziaria". Napoli: Ed. Vivarium, 2003, p. 263.

ético del que hablo: Un juez acoge un amparo de una asociación de consumidores, y en cumplimiento de expresas disposiciones legales, ordena al Poder Ejecutivo que, previo a cualquier autorización de modificación del precio del transporte escolar, se realice una audiencia pública a la que asistan los representantes de los consumidores y de los empresarios, y fija un plazo para la convocatoria de esa audiencia; esa decisión tiene amplia difusión periodística; sin embargo, vence el término sin que las partes hayan presentado escrito alguno en el expediente y sin que existan noticias de ningún tipo sobre la realización de esa audiencia; pues bien, ese juez tiene el deber ético, aunque no jurídico, de emplazar a las partes para que le informen de qué modo su decisión ha tenido o no cumplimiento. Tal deber se funda en la obligación de colaborar de modo activo en la credibilidad de la justicia. ¿Qué puede decir el hombre común, padre de un niño, que ha leído en el diario que el precio del boleto escolar no se modificará sin una audiencia pública, pues así lo ha resuelto un juez por decisión firme, que va a comprar el boleto escolar y el precio ha aumentado sin que se haya cumplido con lo dispuesto por la ley y por el juez? Obviamente, un juez que no realiza el "seguimiento" de la decisión que dictó no podrá ser sometido a juicio político, mas en este tipo de procesos, tiene el deber ético de dictar sentencias que tengan eficacia, para que sean creíbles; de otro modo, el destinatario final de este tipo de normas entenderá que de nada sirve "la lucha por el derecho".

XIV. Deontología tribunalicia

La llamada por Chiappini deontología "tribunalicia" está referida al deber del juez de controlar el orden dentro de su tribunal. El incumplimiento de estas normas da lugar a las sanciones administrativas de la autoridad de superintendencia y, aunque excepcionalmente, puede dar lugar a intervenciones de tipo penal. Así, una decisión del fuero penal sobreesayó a quien fuera magistrado y secretario del juzgado por los delitos imputados (en el caso, haber introducido datos falaces en planillas estadísticas de causas del tribunal suscripta por ambos funcionarios), toda vez que "la mencionada información no tiene la entidad suficiente como para causar perjuicio a un bien jurídico distinto de la fe pública". La decisión reconoce que estas planillas son instrumentos públicos, pero que la cuestión debía quedar en el ámbito del control administrativo (132).

(132) CNCrim. y Correc., sala VI, 17/6/2003, "Souto María y otros", LA LEY, 2004-A, 186.

XV. Axiología social

Dentro de las reglas que Chiappini denomina "axiología social", analiza el trato del juez con los abogados, con los otros jueces, y con las demás personas.

a) Preliminares

Aunque olvidadas por algunos jueces, las reglas de axiología social tienen significativa importancia, prueba de lo cual es que dan apertura al Código italiano de Ética de los Magistrados. En efecto, el art. 1º, 1º párrafo dice: "El magistrado se comporta en la vida social con dignidad, corrección y sensibilidad a los intereses públicos". Por su parte, el art. 2º dispone: "En su relación con los ciudadanos y con los usuarios del servicio de la justicia, el magistrado está obligado a un comportamiento respetuoso de la personalidad y de la dignidad de los demás, y rechaza toda presión o solicitud tendiente a influir indebidamente sobre los tiempos y sobre los modos de administración de la justicia. En sus relaciones sociales e institucionales el magistrado no utiliza su calidad para aprovechar ventajas personales".

b) Trato con los abogados

Calamandrei ha legado a las generaciones futuras célebres frases sobre el respeto que jueces y abogados se deben mutuamente. Bastaría repetir algunas para advertir la importancia de las reglas éticas en este ámbito. Por ejemplo, al concluir una conferencia en la universidad de México dijo: "En el proceso, jueces y abogados son como espejos; cada uno mirando la cara del interlocutor reconoce y saluda, y refleja en el otro su propia dignidad" (133). En su famosa obra "El Elogio de los jueces" afirma: "Abogados y jueces están colocados moralmente, si no materialmente, a la misma altura. El juez que no guarda respeto al abogado, como el abogado que no se lo guarda al juez, ignora que abogacía y magistratura obedecen a la ley de los vasos comunicantes; no se puede rebajar el nivel de la una sin que el nivel de la otra descienda exactamente lo mismo" (134); "Sería necesario que el abogado ejerciera de juez dos meses al año, y que el juez hiciera

(133) Citado por CHIEPPA, Vincenzo. "Principi di un'etica professionale del magistrato". En: "Studi in onore di Ernesto Eula". Milano: Ed. Giuffrè, 1957, t. I, p. 316.

(134) CALAMADREI, Piero. "Elogio de los jueces escrito por un abogado". Buenos Aires: Ed. Ejea, 1956, p. 56.

de abogado un par de meses también cada año. Aprenderían así a comprender y a compadecerse; y se estimarían más mutuamente" (135); "En el juez no cuenta la inteligencia; basta que ella sea normal para poder llegar a comprender, como encarnación del hombre medio, aquello que los hombres comprenden; cuenta sobre todo la superioridad moral, que debe ser tanta, que el juez pueda perdonar al abogado que sea más inteligente que él"; etc.

La veracidad y exactitud de todas estas frases deriva de que "jueces y abogados son instrumentos de la paz social" (136). Por eso, la Carta internacional de los derechos de la defensa, aprobada en Canadá en 1987, reconoce que el derecho de defensa es uno de los soportes indispensables para la buena administración de la justicia y ésta requiere independencia del abogado, que resulta inseparable de la independencia del poder judicial. Sin tribunales independientes e imparciales no puede haber protección efectiva de la defensa. Por eso, uno de los deberes de las asociaciones de abogados es "proteger y defender la dignidad y la independencia del poder judicial" (137).

Los propios tribunales deben ser custodios de este respeto. Así, por ejemplo, el Tribunal Superior de Córdoba llamó la atención a una Cámara de Apelaciones que había escrito en una sentencia: "De haber concurrido a la audiencia, el letrado habría comprobado personalmente la presencia e intervención de la actuario; habría también advertido la omisión de suscribir la copia de la sentencia que allí se consigna y se habría evitado, en definitiva, su discurso acerca de la supuesta ausencia, fruto de su imaginación y falta de información tan poco feliz como inconducente". El Superior Tribunal entendió que la decisión judicial revelaba "*exceso verbal de los señores vocales, y en resguardo del mutuo respeto que deben observar en su trato litigantes y magistrados, debe llamarse la atención por los términos empleados*" (138). Los comentaristas del fallo aprueban el control judicial

(135) CALAMANDREI, Piero. "Elogio de los jueces escrito por un abogado". Buenos Aires: Ed. Ejea, 1956, p. 68.

(136) DIAZ de GUIJARRO, Enrique. "Abogados y jueces". Buenos Aires: Ed. Abeledo Perrot, 1959, p. 16.

(137) Cit. por DANONI, Remo. "La toga e l'avvocato". Milano: Ed. Giuffrè, 1993, p. 48.

(138) TS Justicia, sala laboral, 26/4/1993, Foro de Córdoba, N° 16, 1993, con nota de RUEDA, L. R. y TINTI, Guillermo. "Deberes del juez y excesos verbales en la sentencia".

ejercido: "Si bien es justificable en los abogados un exceso de pasión en sus escritos, sobre todo cuando ella manifiesta una defensa ardorosa de la posición que entienden justa, no puede, en cambio, justificarse tal exceso en los jueces, a quienes el deber de imparcialidad les ha de conllevar necesariamente a una 'apatía' (*a*, sin; *pathos*, pasión), manteniéndolos imperturbables cualquiera sea la manifestación que las partes hagan, sin perjuicio de que, ante expresiones irrespetuosas, pongan en marcha los mecanismos legales previstos para su corrección. En este sentido, el juez debe ser como el avezado capitán de una nave, que aun en medio de la tempestad se sabe conocedor de la ciencia de la navegación y con ello mantiene el orden y el rumbo del barco. Su autoridad se preserva mientras demuestra firmeza y sabiduría en cualquier contingencia; si lo arrebatara la pasión perderá el dominio de la nave y el respeto de los marineros". Con gran tino, recuerdan las palabras de Don Quijote a Sancho Panza cuando va a gobernar la ínsula de Barataria: "Al que has de castigar con obras no trates mal con palabras, pues le basta al desdichado la pena del suplicio, sin la añadidura de las malas razones".

La malas relaciones entre jueces y abogados pueden llegar a generar responsabilidad civil, no sólo del magistrado, sino del propio Estado. Recuérdese el caso de aquel abogado que demandó al Estado invocando el daño moral causado por un juez a través del vocabulario usado al excusarse de entender en un juicio. Cuando se excusó, el juez dijo que lo hacía afectado por la "presión psicológica en cuanto al curso procesal que el profesional había pretendido ejercer sobre él"; en su momento, el tribunal de superintendencia (la Cámara Nacional Civil) sancionó disciplinariamente al juez; la decisión la tomaron 11 magistrados sobre un total de 21. Entendieron que los términos empleados por el juez al excusarse resultaban lesivos para la dignidad del profesional denunciante. Otros magistrados, en cambio, dijeron que el solo hecho de que el magistrado se considerase moralmente acuciado no resultaba ser injurioso para el profesional. Lo cierto es que la decisión administrativa quedó firme. Luego, el abogado inició la acción civil contra el Estado por el hecho del magistrado, basándose en la cosa juzgada de la decisión administrativa que sancionaba al juez. La acción fue admitida en primera instancia pero la Cámara la revocó; dijo que las impropiedades del lenguaje de los magistrados pueden dar lugar al ejercicio de las atribuciones de superintendencia a fin de resguardar la dignidad de las personas a quienes se refieren o dirigen, aun cuando carezcan de contenido agravante; en cambio, el resarcimiento del daño moral sólo puede sustentarse en el carácter injurioso de las expresiones empleadas, que en el

caso no se daban (139). Aunque la demanda se rechazó por falta de prueba del daño moral, lo cierto es que si el daño se hubiese acreditado, el juez habría comprometido las arcas del Estado.

Por eso, el lenguaje galano no es cuestión ajena a los jueces. Recuerdo la frase del ex juez Alberti cuando, frente a una expresión de agravios extremadamente oscura, dijo: "La lectura de este escrito, que no está racionalmente fundado, es un verdadero esfuerzo de tolerancia cultural".

Como este es un camino de ida y vuelta, también los jueces demandan por daño moral a los abogados que ponen en duda, de modo agravante, la idoneidad e imparcialidad del magistrado; así, se condenó a pagar daños y perjuicios al abogado que durante el alegato en el juicio oral imputó al juez de instrucción y a su secretario un acuerdo espurio relativo al principal testigo de cargo (140). En otro caso, la Corte Federal revocó una sentencia de la CNCiv., sala B, e hizo lugar a una demanda de reparación de daños iniciada por un juez de un tribunal laboral contra un abogado que lo acusó de prevaricato y dio amplia difusión periodística a su denuncia remitiéndola, incluso, al colegio de abogados. El Superior Tribunal del país invocó el art. 902, y argumentó que la condición de letrado imponía al abogado obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas. "No puede exigirse a los magistrados que soporten estoicamente cualquier afrenta a su honor sin poder reclamar la reparación del daño injustamente sufrido, ello pues el ejercicio de los derechos que confiere el ordenamiento jurídico no constituye una muestra de debilidad ni denuncia una falta de espíritu republicano. Admitir lo contrario importaría tanto como consagrar la existencia de una categoría de ciudadanos que, por su cargo o función pública, están huérfanos de tutela constitucional y expuestos al agravio impune" (141).

(139) CNCont. Adm. Fed., sala III, 23/6/1988, ED, 135-231, con nota de BIDART CAMPOS, Germán y HERRENDORF, Daniel. "Un caso muy curioso: pretensión resarcitoria por daño moral que un juez habría inferido a un abogado al excusarse en un proceso. Lenguaje, conductas, equilibrio"; la sentencia también se publica en LA LEY, 1989-D, 372 con nota aprobatoria de D'ALBORA, Francisco J. "La correcta actuación de los sujetos procesales", y en DJ, 1990-1-223.

(140) CNCiv, sala I, 7/11/2003, DJ, 2004-2-330 y en Rev. "Responsabilidad civil y seguros", año VI, N° 3, abril de 2004, p. 70. La decisión fue comentada por PARELLADA, Carlos. "El ejercicio del derecho de defensa y su colisión con el honor. Límites y posible transposición de ellos". En Rev. "Responsabilidad civil y seguros", año VI, N° 7, agosto de 2004, p. 37.

(141) CS, 17/2/2004 "Lescano c. Ardy", ED, 207-505, Rev. "Responsabilidad civil y seguros", año VII, N° II, marzo 2004, p. 57; LA LEY, 2004-B, 617; JA 2004-II-210, con nota de BADENI,

c) Trato con los otros magistrados, especialmente con los del Superior Tribunal. La crítica a los fallos y la libertad de expresión

Las relaciones entre la prensa y los jueces nunca han sido fáciles. No es ésta la oportunidad de tratarlas en su conjunto; tampoco la de merituar la ética del periodista cuando comenta temas judiciales (142); me propongo solamente analizar algunas violaciones a los deberes éticos a través de la prensa; lo haré mediante el análisis de dos decisiones judiciales que muestran cómo, a veces, el llamado "juez mediático", tantas veces calificado por algunos periodistas como "el buen juez que se presta a los requerimientos de la prensa", no sólo puede violar normas éticas, sino incluso los derechos de terceros y, de este modo, comprometer la responsabilidad civil del Estado.

En España se ha decidido que "La conversación de un juez con un periodista, luego publicada, en la cual el magistrado atribuyó a la esposa del demandante, posteriormente fallecida, haber mantenido relaciones sexuales con un tercero, es causa de desmerecimiento en la consideración ajena aun en una sociedad abierta y permisiva como la española, que sigue manteniendo como algo positivo la fidelidad conyugal y el rechazo de conductas contrarias a aquel principio", por lo que el daño causado debe ser reparado. En el caso, la esposa del actor había fallecido de sida, y el juez afirmó al periodista que "no es de rigor hablar de enfermedades profesionales porque según sus informaciones la joven tenía relaciones con otro hombre que no era su marido" (143).

Un caso similar se planteó en nuestro país. En una presentación televisiva, un fiscal afirmó que se tenían datos ciertos sobre quién era la autora de un secuestro de una bebida recién nacida; dio el nombre, pero los datos eran erróneos pues esa persona, a la postre, resultó ser totalmente ajena al hecho ilícito que se estaba investigando (en el caso, sustracción de la niña de un hospital). Se trata de un caso en el que no está en tela de juicio la

Gregorio. "La defensa atenuada del honor de los jueces". Compulsar reseña y comentario de este fallo de Julio César Rivera y Leopoldo Peralta Mariscal en "Rev. de Derecho Privado y Comunitario", 2004-1, p. 301.

(142) Compulsar BONESCHI, Luca. "L'Etica professionale del giornalista nella cronaca giudiziaria". En obra colectiva bajo la dirección de VISINTINI-MAROTTA. "Etica e dentologia giudiziaria". Napoli: Ed. Vivarium, 2003, p. 57.

(143) Audiencia Provincial de Madrid, 25/4/1997, "Rev. General de Derecho", año LIII, N° 636, septiembre de 1997, p. 11.447.

libertad de prensa sino la actitud de un funcionario público que, al margen de su actuación procesal, pero invocando esa calidad, orienta a la opinión pública en la sospecha de una persona inocente. Corresponde, pues, tal como se decidió, "responsabilizar al Estado, pues una cosa es mantener vivo el interés de la población a través de los medios masivos de comunicación a los fines de acelerar el esclarecimiento de un secuestro y otra es emitir un juicio indebido sobre la posible participación de una determinada persona, a quien se expuso ante la opinión pública, generando una sospecha injusta, violando las normas procesales y disciplinarias que regulan la conducta de los funcionarios" (144).

Estos casos muestran palmariamente la necesidad de una regla similar al art. 6° del Código italiano de Ética de los Magistrados que dice: *"En sus contactos con la prensa y con los otros medios de comunicación, el magistrado no solicita la publicidad de noticias atinentes a su propia actividad en el cargo. Cuando no está obligado al secreto o a la reserva de informaciones conocidas por razones de su cargo y tiene el deber de suministrar información de su actividad judicial para garantizar la correcta información de los ciudadanos y el ejercicio del derecho de información, o de tutelar el honor y la reputación de los ciudadanos, evita la utilización de canales informativos personales reservados o privilegiados"*.

Evidentemente, el tema se vincula al derecho a la libre expresión del magistrado, sus ámbitos (dentro y fuera de la actividad jurisdiccional) y límites. La procedencia o improcedencia del uso de la libertad de expresión por un juez fuera de la actividad jurisdiccional depende de múltiples factores como el contenido, el tiempo, el lugar, el modo de expresarse, etc. Así, por ejemplo, no es lo mismo una opinión respecto a cuestiones de política partidaria que a cuestiones no partidarias; de un caso que está sujeto a decisión u otro que ya ha sido fallado; expresar las ideas frente a un curso en la universidad que ante los medios masivos de información; el tono utilizado (irónico, despectivo, etc.) tampoco resulta indiferente.

(144) CNCiv. y Com. Fed., sala I, 7/4/1998, ED, 180-59 y JA, 1999-III-177. El fallo fue confirmado por la Corte federal en decisión del 15/2/2000, LA LEY, 2000-C, 373, con nota de redacción "Responsabilidad del Estado por el funcionamiento del servicio a su cargo". Votó en disidencia el doctor Vázquez, quien sostuvo que no debía responder el Estado sino sólo el funcionario. Adviértase, además, que la actora no reclamaba al Estado por el error judicial de la resolución ni por la detención equivocada, sino por la difusión de la noticia por parte del fiscal sin que sus afirmaciones respondieran a las constancias de la causa pues la persona acusada, a diferencia de lo expresado por el fiscal, no había sido identificada por el taxista.

La cuestión llegó ante la Corte Europea de Derechos Humanos en decisión del 28/10/1999 en el caso "*Wille v. Liechtenstein*". Durante una conferencia sobre el Tribunal Constitucional, un magistrado defendió la tesis según la cual, en caso de existir desacuerdos entre el Príncipe y el Parlamento, correspondía resolver el conflicto al mencionado tribunal. El Príncipe entendió que esa conferencia ponía en duda sus poderes y dirigió una carta al magistrado acusándole de defender sus propias opiniones por encima de la Constitución. En esa misiva le decía que era inepto para ejercer la función y le comunicaba que no precedería a denominarlo como presidente del Tribunal Administrativo, cargo que ocupaba. El magistrado interpuso una reclamación ante el TEDH por vulneración de su derecho a la libertad de expresión, y Liechtenstein fue condenado por violación a la Convención Europea de Derechos Humanos (145).

En mi opinión, un juez debe evitar debatir a través de los medios de prensa todo tipo de cuestiones. Coincido plenamente con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuando en decisión N° 35 del 16/12/1999 recaída en el caso "*Buscemi c. Italia*", dijo: "A las autoridades judiciales llamadas a juzgar se les exige discreción, con el fin de garantizar su imagen de jueces imparciales. Esta discreción debe llevarles a no utilizar la prensa, incluso cuando sea para responder a provocaciones. Lo imponen la existencia superior de la justicia y la naturaleza de la función judicial" (146).

Una cuestión ética aún más dudosa es si los jueces pueden (y deben) criticar las decisiones de otros jueces o, en todo caso, si pueden hacerlo de la misma manera que cualquier otro ciudadano. El tema ha dado lugar a enojosos asuntos judiciales. Mencionaré tres:

Unos camaristas cordobeses publicaron en un diario de esa provincia una especie de solicitada en la que criticaban al Superior Tribunal por no haber realizado ningún reconocimiento especial a un juez que se había jubilado. Sin dar oportunidad de defensa de ningún tipo, el presidente del Superior Tribunal sancionó a los tres camaristas con una multa, sanción luego ratificada por el resto del tribunal. Los camaristas interpusieron una

(145) Mencionado por SERRA CRISTÓBAL, Rosario. "La libertad ideológica del juez". Valencia: Ed. Universitat de Valencia, 2003, p. 108.

(146) Recordado por SERRA CRISTÓBAL, Rosario. "La libertad ideológica del juez". Valencia: Ed. Universitat de Valencia, 2003, p. 117.

acción procesal administrativa que prosperó, y la sanción se anuló. Posteriormente, iniciaron una acción de daños y perjuicios contra los magistrados que le habían impuesto la sanción; la demanda prosperó ante los jueces de grado, y el Superior Tribunal provincial integrado por conjuces, pero la Corte Federal revocó la decisión (147).

Otro asunto tuvo origen y resolución en la Corte de la Nación. Con motivo de las acordadas dictadas para cumplir con la ley que modificó la competencia de las Cámaras de Seguridad Social pasándolas a la justicia en lo contencioso administrativo, un juez hizo críticas al presidente de la Corte quien había dispuesto medidas tendientes a la ejecución de esa ley. En decisión administrativa del 26/3/1996, la CSN decidió llamar la atención al presidente de la Cámara de Apelaciones "que utilizó expresiones impropias para cuestionar lo decidido por el presidente de la Corte, poniendo de manifiesto una actitud teñida de un subjetivismo a todo trance que es ajena a la prudencia, circunspección y mesura que son componentes indispensables de todos los actos de un magistrado". Dado que el juez también había criticado al Poder Legislativo afirmando que la distribución de competencia realizada por la ley 24.463 —Adla, LV-C, 2913— era un acto de irresponsabilidad política, la Corte lo sancionó también por esa manifestación. En disidencia, los doctores Belluscio y Petracchi dijeron que "no parece prudente que al celo de un magistrado que, en definitiva, se dirigió al mejor cumplimiento de los deberes de la magistratura, se antepongan subjetividades que, lejos de imponer el debido respeto al superior, quizás tiendan a hacer prevalecer la desidia en los problemas que presenta la administración de justicia, por temor a futuras reprimendas" (148).

Cuesta creer que los jueces dediquen su tiempo a controversias del tipo de las reseñadas, generadas entre ellos mismos, mientras los justiciables esperan que sus conflictos sean resueltos por tribunales sobrecargados de expedientes.

Desde la perspectiva ética, es más grave lo sucedido en el conocido caso "*Magariño*". La importancia del caso merece su relato. La Corte recibió de la

(147) CS, 14/6/2001, LA LEY, 2002-A, 372, con nota de VANOSSE, Jorge R., "La responsabilidad de los jueces por actos inherentes a sus funciones"; también en Foro de Córdoba N° 70, 2001, p. 133 y ED, 194-543. El fallo de la Corte Provincial del 28/4/1999, integrada por jueces subrogantes, que condenó, se publicó en Foro de Córdoba año X N° 53, p. 285.

(148) CS, 26/3/1996, Superintendencia. Res. 213-96, "Buján", JA, 1996-III-373 y LA LEY, 1996-C, 538.

Dirección General de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio internacional y Culto una nota en la que le comunicaba *“las especiales características de la denuncia contra el Estado argentino en el caso Fernández Prieto”*, y señalaba dos aspectos: a) La denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos contra el Estado argentino había sido patrocinada por funcionarios públicos (defensores oficiales del Estado); b) ante la Comisión, como aval de la denuncia, se había presentado un dictamen de un juez argentino, el doctor Magariño. Cabe recordar que el caso *“Fernández Prieto”* terminó con una sentencia de la Corte Suprema de la Nación, de noviembre de 1998, que consideró legítimo el arresto policial que habían sufrido tres personas que circulaban por la ciudad de Mar del Plata, en horas de la tarde, con el exclusivo fundamento, dado por los policías intervinientes, de que dichas personas estaban en actitud sospechosa (149); la Defensoría oficial de la Corte Nacional, entonces, interpuso una denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y para dar una visión más completa, acompañó dictámenes de expertos. Uno de esos dictámenes fue hecho por Magariño, que es juez, pero también profesor adjunto regular del departamento de derecho penal de la Facultad de Derecho de Buenos Aires. Pues bien, con la nota enviada por el Ministerio de Relaciones Exteriores, la Corte inició un expediente administrativo y corrió traslado al magistrado, quien se defendió diciendo que ese dictamen no podía ser asimilado a “evacuación de consulta, asesoramiento o gestión” en los términos del reglamento para la justicia nacional, y que las opiniones allí vertidas no lo fueron en su calidad de juez, sino como profesor universitario. El 12/9/2002, por mayoría (votos de Nazareno, Belluscio, Vázquez y López), la Corte Suprema de la Nación impuso al juez Magariño una multa equivalente al 30 % de su remuneración; argumentó del siguiente modo (150):
1) En principio, el cargo de juez no es incompatible con el ejercicio de la

(149) Fallos CS, 321-2947 y en LA LEY, 1999-B, 282, con nota de MORELLO. “La actitud sospechosa como causal de detención de personas”; el maestro consideró preocupante que se le reconozca a la policía facultad para detener por sospecha. Al declarar la validez de la detención, la Corte dejó firme una sentencia a cinco años de prisión fundada en la validez de la requisita del interior del automóvil donde se encontraron sustancias estupefacientes, proyectiles y un arma.

(150) CS, 12/9/2002, “Ministerio de Relaciones Exteriores”, LA LEY, 2003-A, 222, con nota desaprobatoria de BIDART CAMPOS, Germán. “Las sentencias que dicta la Corte sin tener jurisdicción ni competencia en el caso son nulas de nulidad absoluta”; también se publicó en LA LEY, 2002-E, 634, con nota desaprobatoria de CARRIO, Alejandro. “Jueces, reproches y procedimientos ante la Comisión de Derechos Humanos: Reflexiones sobre una sanción”.

docencia universitaria; sin embargo, en el caso, la cuestión no se vincula a la función docente sino a efectuar un informe del tipo del realizado; II) Las limitaciones impuestas a los integrantes del poder judicial para el desarrollo de otras actividades tienen por fin preservar su imparcialidad, independencia y decoro; las incompatibilidades no son prohibiciones dirigidas a las personas de los jueces para crearles cortapisas en sus actividades sino como una garantía para su buen desempeño en la magistratura y para el funcionamiento correcto e imparcial de la administración de justicia; III) Consecuentemente, las normas del reglamento deben ser interpretadas en todo su contexto. En el caso, ese informe escapa a la función docente; además, la Casación Penal ha informado que durante el año 2000 el juez no pidió autorización para ejercer la docencia, circunstancia de por sí suficiente para aplicar la sanción; IV) Del dictamen surge que el juez sabía que esa pieza serviría para hacer la denuncia por lo que al no ser parte contendiente, debe considerarse un asunto de terceros; V) Aunque no hay prueba de que el juez se haya encargado de la gestión del asunto, para emitir su opinión resultó necesario un examen de los antecedentes de la causa, tarea que de por sí demuestra su interés personal; VI) Aunque no haya asesorado al denunciante, expidió un dictamen favorable que implica "avaluar la procedencia de una eventual reclamación del interesado contra el Gobierno argentino en foros internacionales, lo que resulta notoriamente incompatible con la función desempeñada, por lo que no sólo violó las incompatibilidades sino que lo coloca en la posición de enfrentar internacionalmente al propio Estado que lo ha distinguido con la atribución de una magistratura, ofendiendo los intereses de la nación cuyos cuadros gubernativos integra".

Votaron en disidencia Bossert (quien entendió que la Corte era incompetente y que la cuestión debía ser dirimida por el Consejo de la Magistratura), y Petracchi, que entró al fondo del asunto. Respecto al patrocinio de los asesores públicos, Petracchi dijo que la función de éstos es defender al imputado y, consecuentemente, siempre litigan contra el Estado. En cuanto al juez, no fue el juez sino el profesor el que emitió el dictamen. De un profesor de derecho en una universidad pública es de esperar no sólo que dicte clases un par de veces a la semana, sino mucho más. La actividad docente comprende un espectro de funciones bastante más amplio y parece claro que en él está incluida la de opinar fundadamente sobre puntos jurídicos conflictivos. Para eso el Estado paga, aun cuando, a veces, lo que opinan los profesores les juegue en contra, pues esto es lo que nos define como Estado pluralista. "Nuestros funcionarios son un patrimonio que

debemos desarrollar; no son un costo que debamos reducir ni debe convertirse en bancos de prueba de nuestra superioridad jerárquica. Nada progresa infligiendo varapalos a las inteligencias indóciles, como la que probablemente adorna al juez Magariños. Por el contrario, hay que estimularlas para procurar así que las sentencias que se produzcan sean más bien jurisprudencia que una sucesión de naufragios" (151).

Por mi parte, coincido con Alejandro Carrió cuando al comentar la sentencia, señala que la dicotomía juez-profesor del voto de Petracchi no es correcta, pues Magariños es juez y es profesor; pero cuando es profesor no deja de ser juez y viceversa. El punto de partida del voto mayoritario es, pues, correcto; pero sólo el punto de partida pues además, había que resolver si realmente el dictamen implicaba ejercicio profesional. O sea, el tema era si cuando un profesor universitario, que además es juez, emite una opinión o dictamen (152) a pedido de un tercero, infringe alguna de las prohibiciones que lo acompañan siempre por su rango de juez. Para poder contestar, dice correctamente Alejandro Carrió, es decisivo el tipo de dictamen que se le requiere y la finalidad que el mismo pueda tener, justamente en función de los valores de imparcialidad, independencia y

(151) Adhiero a la expresado por el juez Petracchi cuando, refiriéndose especialmente a los defensores oficiales que patrocinaron a Fernández Prieto en su denuncia ante la Comisión Interamericana, afirma que no cometieron ninguna falta ética, pues los funcionarios públicos no son "banco de prueba de la superioridad jerárquica". En efecto, los defensores públicos ejercen una función pública y están obligados a defender los derechos humanos de las personas, aunque en el ejercicio de esa función haya que decir a un organismo internacional que la justicia interna ha violado esos derechos humanos. Quizás, en el ámbito profesional de la contratación privada las cosas pueden ser diferentes, pero siempre y cuando no estén en juego violaciones a los derechos humanos; así, un tribunal decidió que "la conducta del consultor técnico que, sin previa consulta a su comitente, presentó en un expediente judicial un dictamen que no avalaba la posición de éste (en el caso, contrató al actor como consultor para juicios suscitados a raíz de la construcción de un complejo habitacional) configura una trasgresión al recíproco deber de lealtad, el cual existe en todo contrato bilateral, pues la buena fe contractual imponía al locador de los servicios honrar sus obligaciones mediante una conducta integralmente legal adecuada a las circunstancias" (CNFed. Civ. y Com., sala I, 24/9/2003, DJ, 2004-1-191).

(152) Uso indistintamente ambos términos, aunque no desconozco las diferencias sustanciales que tienen en otros ámbitos, por ejemplo en el derecho administrativo. Dice Fiorini: "Opinar no es dictaminar; quien opina expresa un parecer que es pasible de dudas; en cambio, cuando se emite un dictamen se aspira a decir una verdad porque su manifestación estuvo precedida de estudio, comparación, análisis y reflexión. El dictamen es un juicio de certeza y por ello no puede confundirse con el consejo o sugerencia" (FIORINI - MATA, "Licitación pública", p. 143, citado por TORRES, Ismael, "Administración consultiva y dictamen jurídico. Pautas para una correcta elaboración", DJ, 2004-1-175).

decoro. En el caso, concluye el autor al que vengo glosando, conocido defensor público de los derechos civiles de los habitantes de nuestro país, no correspondía la sanción porque "la contienda" en la que el juez estaba "interesado" no era una contienda judicial; era una denuncia ante la Comisión. La Comisión no decide los casos; recibe las denuncias. Es evidente que ese dictamen no hizo perder al juez ni la imparcialidad, ni la independencia, ni el decoro.

El caso que vengo relatando no concluyó allí. Posteriormente a la decisión administrativa de la Corte Federal, intervino el Consejo de la Magistratura (153), quien dejó la sanción sin efecto; en primer lugar, abordó su competencia (cuestión tratada en el voto de Bossert), y luego el fondo del asunto (considerandos 10 en adelante, en los que sigue básicamente el razonamiento del voto de Petracchi). Además, dijo que la sanción viola el derecho a la libre expresión, propia del sistema democrático.

Las vicisitudes de este procedimiento son por demás paradójales. En los países donde existe Consejo de la Magistratura, la cuestión debatida es si sus decisiones pueden ser revisadas por el Superior Tribunal jurisdiccional (en Italia y España, p. ej., si el Tribunal Constitucional puede dejar sin efecto una decisión del Consejo). En el caso bajo comentario, en cambio, es el Consejo quien ha dejado sin efecto una decisión de la Corte. Aunque estoy de acuerdo con lo decidido por el Consejo, no puedo dejar de señalar la gravedad institucional que ese control supone. Además, y en lo que es propio de estas reflexiones, entiendo que desde la perspectiva ética, la decisión de la Corte es altamente discutible, pues sancionó a un juez que la había criticado, justamente, por resolver en contra de los Derechos Humanos. Para la moral pública y el prestigio de la Justicia hubiese sido mejor que la Corte Nacional esperara la decisión del organismo Interamericano, y se avocara al estudio del expediente administrativo sólo si ese órgano, intérprete máximo de las violaciones de los Derechos Humanos en América, decía que no había existido vulneración alguna en su decisión.

En suma, creo correcta la conclusión de Manuel Atienza (154): Es lícito e incluso conveniente que exista críticas de los jueces a las sentencias de sus

(153) Consejo de Magistrados de la Nación, 1/7/2003, LA LEY, 2003-E 956, con nota aprobatoria de BIDART CAMPOS, Germán. "Lo que puede hacer un juez desde su función docente: ¿Qué es o qué no es incompatible?"

(154) ATIENZA, Manuel, "Ética judicial". "Jueces para la democracia". N° 40, marzo 2001, p. 18.

pares pues de esa manera se contribuye a la conformación de una opinión crítica libre. Sin embargo, es reprochable una crítica que no se centre en el contenido de la motivación y que se dirija fundamentalmente a suscitar reacciones emotivas, en lugar de a favorecer una discusión racional de la decisión.

d) Trato con las demás personas

El magistrado debe ser persona educada; por eso, dentro y fuera del proceso debe dirigirse a las demás personas sin ejercer presiones indebidas. Vincenzo Chieppa explica que "las buenas maneras entran en los deberes del magistrado cuya autoridad, aun en la función, en las relaciones con los abogados, con el personal del juzgado, con las partes y con todos los que intervienen en la justicia, no se demuestra con la cara adusta, no se refuerza con los puños, no se aventaja con la villanía de los modales, con las expresiones de suficiencia; la autoridad se expresa con la sustancial dignidad de la conducta, se refuerza y se aventaja con la cortesía del comportamiento que induce a escuchar a todos, pero escuchar estando dispuesto a aprender algo" (155).

La sala administrativa de la Suprema Corte de Mendoza comparte esta regla y, consecuentemente, llamó la atención a un juez de faltas que actuó descomedidamente en la calle contra agentes municipales, a quienes increpó para que no le impusieran una multa por mal estacionamiento de su vehículo, conminándolos para que lo acompañaran a su despacho. La Corte provincial reivindicó sus facultades de superintendencia y dijo que puede controlar la conducta de los magistrados sobre ciertos actos que, aunque no se cumplan en el ejercicio de la función pública, no se producen en el campo de su intimidad, sino que se cumplen en público y en grave detrimento de la imagen judicial (156).

Las inconductas de este tipo pueden llegar aún más lejos. El Tribunal Supremo español resolvió que "Constituye abuso de autoridad la actitud del juez que durante la absolución de posiciones da gritos o voces, impro-

(155) CHIEPPA, Vincenzo. "Principi di un'etica professionale del magistrato". En: "Studi in onore di Ernesto Eula". Milano: Ed. Giuffrè, 1957, t. I., p. 314.

(156) SC Mendoza, sala III, 23/8/1996, "Intendente Municipalidad de Mendoza", DJ, 1997-1-820 y en Foro de Cuyo 22-233, con nota de MONTBRUM, Alberto. "La Corte reafirma un principio republicano: Los jueces carecen de impunidad contravencional".

pios del ejercicio de la función jurisdiccional, que llegaron a provocar una situación de tensión nerviosa en una de las partes, todo lo cual constituye falta grave de exceso o abuso de autoridad" (157).

e) Algunas conductas públicas sin vinculación con la función judicial

He meditado sobre un caso francés vinculado a un abogado traspolándolo a un juez.

Un tribunal de Bordeaux (158) dijo que la dignidad de la profesión de abogado excluye toda actividad pública o privada susceptible de atacar a esa dignidad; por eso, la profesión de abogado prohíbe a quien la ejerce, solicitar la generosidad del público tocando música en las calles y en los mercados fuera de toda organización social. Pero ese ataque no se produce si el público no está en condición de vincular la actividad de abogado y la de músico callejero que recurre a la generosidad del público con fines estrictamente privados. "Si en el momento en que él ejercía sus talentos de acordeonista en la vía pública, el abogado no tenía ningún vestido o signo exterior que rememorara su actividad, si sólo un público advertido puede hacer esa vinculación, entonces no corresponde sancionar disciplinariamente al abogado". Me pregunto qué habría resuelto un Consejo de la Magistratura si el músico callejero hubiese sido un juez.

f) El juez sin sentido del humor

Alguien ha dicho que "En general, el humor tiene su raíz en el fuerte deseo de desinflar la pomposidad de ciertos sistemas impuestos, los cuales no reconocen el caos y el absurdo de la mayor parte del mundo real".

¿Tiene el juez el deber ético de tener buen humor? ¿Debe desinflar la pomposidad? La justicia ha respondido negativamente (159): En un pro-

(157) TS España, sala 3ª, 14/7/1997, Actualidad jurídica Aranzadi, boletín del 4/9/1997.

(158) Sala 1ª, 3/6/2003, "F. c. Conseil de l'ordre des avocats du Barreau de Bergerac" ("La Semaine Juridique", 18/2/2004, p. 343, con nota de MARTIN, Raymond, "De la dignité d'un auxiliaire de justice"). En el caso, el abogado compartía con su joven esposa el placer por la música; el ejecutaba el violín y ella el acordeón; el público manifestaba su satisfacción, especialmente a través de los niños, dejando monedas en el estuche del violín, que permanecía abierto a los pies de los artistas (Compulsar relato de Blanchard, Bernard, Avocat, en Recueil Dallos, 4/11/2004, pág. 2825).

(159) CS, 29/9/1998, "Cancela v. Artear y Acher". LA LEY, 1998-E, 574 y JA, 1999-II-167.

grama humorístico se mostraba las penurias por las que pasa una persona en los tribunales de familia. Dentro de la burla, jugaba un rol importante el apellido del juez, pues cada vez que el infortunado litigante estaba por concluir un trámite aparecía un sello que decía "Cancela", apellido de un magistrado del fuero de familia. La mayoría de la Corte acogió la demanda interpuesta. Dijo que si en un programa humorístico se pretendió criticar la deficiente administración de justicia mediante la recreación burlesca del funcionamiento de un juzgado de familia, la inclusión del apellido de un magistrado del fuero no aparece como un recurso justificado para tal fin, pues éste resultó injustamente identificado con la suma de males que se achacaban al sistema judicial vulnerándose así su integridad moral y su honor. El voto de la minoría con el que coincidió (Bossert, Petracchi y Belluscio), en cambio, dijo que la inclusión del nombre de un magistrado en un programa humorístico en el que se hacía burla del funcionamiento de un juzgado no genera responsabilidad para la conductora y coguionista si ésta consideró que dicha inclusión era útil para una sátira, pues ello excluye la culpabilidad necesaria para la atribución de responsabilidad. Petracchi recuerda las palabras de la Corte norteamericana cuando sostuvo que "debe tratarse a los jueces como hombres con fortaleza de ánimo, capaces de sobrevivir en un clima hostil" (331-US 376). La frase proviene de una disidencia de Holmes en el caso "*Toledo Newspaper Co v. United States*", quien dijo: "De un juez de los Estados Unidos se espera una firmeza de carácter normal". La sentencia norteamericana se dictó sobre la base de los siguientes hechos probados: una controversia entre una concesionaria de tranvías y la ciudad, mantenida por años, terminó con una ordenanza que estableció la tarifa de tres centésimos a partir del 28/3/1914; un grupo de ciudadanos interesados iniciaron un proceso cautelar alegando que esa ordenanza era confiscatoria. El actor de esa acción era el director de un diario que por años había publicado información sobre el tema. El juez Killits dispuso una medida cautelar. Inmediatamente el diario publicó una caricatura en la que la línea de tranvías aparecía como un hombre en el lecho de muerte, sus amigos rodeándolo, y uno de ellos decía: "Hubiese sido mejor llamar al doctor Killits". El juicio siguió adelante y durante seis meses, diferentes diarios hicieron alusión a esa caricatura; mientras tanto, el juez nada hacía; pero un día, consideró que todas esas caricaturas ofendían su propia autoridad por lo que, aun sin jurado, impuso al litigante una multa considerable. En disidencia, el juez Holmes, entendió que la sanción impuesta debía ser revocada (160).

(160) COLMES, Oliver W. "Opinión dissenzienti". Milano: Ed. Giuffrè, 1975, p. 73.

XVI. Ética, docencia y judicatura

a) *Asumir un rol docente dentro del tribunal*

Llegada la oportunidad adecuada, y no como un deber insoslayable y omnipresente, para ayudar a los justiciables, es ético que el juez asuma un rol docente; por ejemplo, puede acontecer que una persona, enterada que una situación análoga a la que la aflige ha sido analizada previamente en ejercicio de dicha función judicial, cambie de actitud y decida no acudir a la vía judicial. El ejercicio de esa función docente se advierte, de manera nítida, con la argumentación *obiter dictum* (161).

b) *Ejercicio de la docencia universitaria*

El ejercicio de la docencia por parte de los integrantes del Poder Judicial genera dificultades a veces difíciles de resolver; algunos jueces dan clase en horarios en que deberían estar atendiendo audiencias; otros, no han pisado nunca más la universidad desde que salieron de sus aulas permaneciendo ajenos a todas las reformas legislativas; en el medio de los dos extremos, puede visualizarse un amplio espectro de magistrados.

No debe extrañar, pues, el conflicto planteado entre Consejo de la Magistratura y Corte Suprema a raíz de esta cuestión. En efecto, mediante resolución 198/03, del 16/7/2003, el Consejo de la Magistratura dispuso que los magistrados pueden ejercer la docencia universitaria o la enseñanza superior equivalente, en cualquier lugar del territorio nacional, como profesores, directores de departamento, consejeros académicos, investigadores, directores de investigación o de tesis, jurados y otros cargos afines, cuando tales actividades no entorpezcan el normal desempeño judicial. Fundó esa decisión en varias razones: I) La formación permanente del juez es preocupación prioritaria; dar clases en facultades, obviamente, ayuda a esa formación; II) El art. 9° del decreto ley 1285/58 —Adla, XVIII-A, 587— prevé que los jueces deben pedir autorización para el desempeño de ese cargo, pero esas autorizaciones lo único que han producido es un desgaste administrativo inútil; III) El propio reglamento del Consejo acuerda puntaje por los antecedentes docentes; IV) No tiene sentido limitar esa actividad a un número determinado de cátedras u horas; cada juez debe juzgar hasta dónde la actividad docente le impide cumplir con sus tareas y si no lo hace está sometido al control disciplinario.

(161) PEYRANO, Jorge. "Perfil deseable del juez civil del siglo XXI", en JA, 2001-IV-863.

De este modo, el Consejo desoyó la resolución 504/03 de la Corte que había puesto restricciones a los jueces que se desempeñan como docentes en lugares distantes a más de 70 km. de su residencia. La decisión de la Corte se funda en el decreto ley 1285/58 y en el art. 8º, inc. k, del Reglamento para la Justicia Nacional. En el Consejo se comentó que si bien la resolución del 2003 se contrapone a lo dicho por la Corte, no la cuestiona sino que simplemente "reivindica la superintendencia que el Consejo tiene sobre el Poder Judicial. Según trascendidos, el integrante del Consejo que impulsó la iniciativa dijo que no entendía por qué la Corte "se basaba en normas del tiempo de las carretas para dejar a las facultades de Derecho sin profesionales capacitados".

Frente a este tipo de conflictos parece razonable la solución del art. 3º.9. del Código de Ética de Córdoba: "El ejercicio de la administración de justicia no es incompatible con las funciones o actividades directivas relacionadas con la propia magistratura o vinculadas a la actividad científica, académica y cultural. Tampoco con la investigación o docencia superior. Todas ellas son compatibles en la medida que no afecten ni comprometan el ejercicio de la función de la magistratura".

XVII. El deber ético del juez de pagar sus deudas

Un juez endeudado, que no hace honor a sus obligaciones, proporciona a la sociedad una mala imagen de la Justicia. No obstante, se discute cuál debe ser la reacción adecuada frente a esta situación.

Un tribunal de enjuiciamiento, por mayoría, dijo que "si bien es cierto que, en el caso, no puede decirse que el manejo de las finanzas personales evidenciada por el magistrado resulte elogiable, no es menos cierto que, a los fines de decidir su destitución, debe acreditarse que dicha comprometida situación económica personal tiene alguna incidencia en su actuación funcional". En cambio, la minoría expresó que "los jueces que contraen obligaciones superiores a sus recursos, que están trabados en su libertad económica por la cuantía de sus deudas y que se ven perseguidos por sus acreedores, dejan de merecer la confianza pública, no ofrecen garantías de tranquilidad de espíritu, de serenidad de juicio, de imparcialidad y carecen de la autoridad moral que es inherente a la investidura (162).

(162) Trib. de Enjuiciamiento de magistrados de Córdoba, 29/8/1997, L.L.C., año 14, 1997, p. 802.

XVIII. La ley de ética pública 25.188 y los jueces. Las declaraciones juradas del patrimonio. Una acordada de la Corte en vías de modificación

La ley de ética pública 25.188 —Adla, LIX-E, 5292— del 29/9/1999 establece un conjunto de deberes, prohibiciones e incompatibilidades referentes a todos los funcionarios públicos. El art. 4° prevé la obligación de presentar una declaración jurada de bienes. El PE reglamentó la ley y excluyó de esa reglamentación a los magistrados, por lo que la Corte invocó los poderes implícitos y la reglamentó dentro del ámbito del Poder Judicial; lo hizo a través de una acordada que la doctrina califica de "institucional". En esa normativa estableció que: 1) la Dirección de administración debe recibir las declaraciones juradas de los jueces y permitir su consulta bajo ciertas condiciones; 2) el alto tribunal no remitirá copia de tales declaraciones a la CNEP (Comisión Nacional de Ética Pública) ni ésta podrá requerirle informes. Esta segunda parte ha motivado, justamente, fuertes críticas: "¿Cómo esperar que la Corte se controle a sí misma?; ¿Cómo creer que la Dirección de administración general de la Corte, un organismo cuyo titular informa directamente a la Corte e, incluso, concurre a algunos acuerdos del cuerpo, controle adecuadamente a los ministros del tribunal?" (163).

Recientemente, el presidente Petracchi ha propuesto una nueva acordada que dé mayor transparencia al sistema. Es de esperar que no presente los mismos vicios.

XIX. El deber ético de pagar el impuesto a las ganancias

La acordada 20/1996 de la Corte Suprema de la Nación del 11/4/1996 (164) declaró la inaplicabilidad a los magistrados y funcionarios del Poder Judicial del art. 1° de la ley 24.631 —Adla, LVI-B, 1721— que derogó las exenciones contempladas en la ley 20.628 —Adla, XXXIV-A, 66—. En otros términos, el acto de la Corte implica declarar que los jueces están exentos del pago al impuesto a las ganancias. La acordada se fundó en los siguientes argumentos: 1) Los poderes implícitos para pronunciarse sin un caso judicial, desde que la declaración formulada no atañe a las funciones ju-

(163) VENTURA, Adrián. "La ética y los jueces", LA LEY, 2000-B, 956. Cabe recordar que en 1996, en acordada 57/96, la Corte reglamentó las declaraciones juradas de los magistrados aceptando la invitación formulada por el PEN mediante decreto 494/95 (ver texto en DJ, 1996-2-1052)

(164) LA LEY, 1996-D, 217 (no lleva la firma del juez Petracchi).

risdccionales, sino a la Corte Federal como cabeza de poder; II) La intangibilidad no es un privilegio sino una garantía de los justiciables. La "compensación" quedará reducida con el pago del impuesto, en violación a la norma constitucional; III) Sus propios antecedentes, como es el del 23/9/1936, "Fisco Nacional c. Rodolfo Medina", Fallos: 173-73; IV) La reiteración por la reforma constitucional del principio de intangibilidad absoluta, conducta que muestra la inequívoca voluntad de ratificarla, desde que el artículo no tuvo modificación alguna, por lo que debe entenderse que el reformador constituyente aceptó la interpretación de la Corte Federal; V) Los otros poderes no pueden modificar las garantías que el constituyente dio al Poder Judicial; bajo el ropaje de una legislación impositiva supuestamente respetuosa del principio de igualdad ante la ley se comienza a usar un sutil mecanismo de ulteriores imposiciones. Los magistrados tienen gravados sus otros ingresos; por eso no se viola el principio de igualdad. No se trata de un conflicto individual con pluralidad de afectados que configure un derecho subjetivo de cada magistrado sino una injerencia legislativa que desorbita las facultades delegadas por la Constitución que afecta institucionalmente la independencia del Poder Judicial de la Nación

A estos argumentos, Gordillo ha agregado uno de carácter eminentemente práctico pero altamente significativo desde lo institucional: "Si este impuesto debiese pagarse, el juez quedaría sometido a los controles de un funcionario administrativo, lo que es un verdadero dislate. Es realmente no entender de qué se trata el Estado de derecho" (165).

Un importante sector de la doctrina, entre otros, Germán Bidart Campos, García Belsunce, Herrendorf (166), ha criticado la referida acordada. Razo-

(165) GORDILLO, Agustín. "Facultades reglamentarias de la Corte Suprema y remuneraciones e independencia de los magistrados", LA LEY, 1996-E, 90.

(166) BIDART CAMPOS, Germán. "La remuneración de los jueces como hecho imponible", LA LEY, 1996-D, 217; GARCIA BELSUNCE. "Por qué los jueces deben pagar los impuestos", "Periódico Económico Tributario", 16/5/1996, p. 3; HERRENDORF, Daniel. "El poder de los jueces. Cómo piensan los jueces que piensan". 2ª ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1994, p. 158; NANO, Guillermo O. "La correcta interpretación del art. 110 de la Constitución Nacional. Especial enfoque respecto al Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires", en Buenos Aires: LA LEY, 2004-239; BRIANTI, Felipe O. "Las recientes acordadas sobre inaplicabilidad del impuesto a las ganancias a remuneraciones de jueces y funcionarios", en "Rev. de Jurisprudencia Provincial", sept. 1996, año 6, N° 9, p. 737; TELIAS, Sara Diana. "¿Tienen derecho los jueces y los legisladores a autoeximirse?", Un caso de análisis económico de la ética, en: "Periódico Económico Tributario", 18/10/1996. La tesis según la cual las remuneraciones de los jueces no están exentas fue defendida por Bielsa, Spota, Linares Quintana, entre otros.

nan del siguiente modo: a) Una acordada no es el medio para declarar la inconstitucionalidad de una ley; b) El art. 110 dispone que la igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas. No hay razones para sostener que el art. 110 (antes 95) es la excepción al art. 16; c) Pagar impuestos no es lo mismo que sufrir una disminución salarial; d) El impuesto a las ganancias afecta los ingresos del mismo modo que el resto de los impuestos directos o indirectos que no están exentos (al capital, IVA, etc.). Decir que la disminución es posible sólo cuando el gasto es voluntario, es insuficiente porque lo que gastamos en comer, vestirnos, etc., no es verdaderamente voluntario; e) Lo que la Corte dice hay que cumplirlo, porque "el derecho es lo que los jueces dicen que es", pero esta frase no siempre quiere decir que lo que la Corte dice sea la verdad; f) Algunas cláusulas constitucionales provinciales parecen aceptar expresamente la disminución por razones impositivas y de la seguridad social; en tal sentido, hacen referencia a que no podrán ser disminuidas salvo o sino "por disposiciones legales de carácter general" (Catamarca); "aporte de la seguridad social" (Jujuy); "finés de previsión, tributario o con carácter general" (Chaco); "impuestos y contribuciones generales" (La Pampa) (167), etc.; g) En EE.UU. en 1919, se dictó una ley que computa para el cobro del impuesto sobre la renta todas las ganancias percibidas y rentas, incluyendo los salarios que recibían los jueces federales. En "*Walter Evans c. Roger Gore*", la Corte Federal, con voto preopinante de Van Devanter, había afirmado que el Poder Legislativo no podía inmiscuirse en los sueldos de los jueces. Pero en 1939 esta jurisprudencia fue abandonada porque la mayoría de los jueces habían sido nombrados después de la entrada en vigencia de la ley que dice que tienen que pagar.

En mi opinión, las remuneraciones judiciales deben estar sometidas al régimen general del impuesto a las ganancias. Sin embargo, la opinión de Gordillo no debe ser despreciada; por el contrario, muestra dramáticamente el verdadero conflicto: en más de una ocasión, el problema se plantea por el desorden administrativo de los órganos recaudadores, desorden que provoca intimaciones a pagar impuestos que ya han sido cancelados. Por eso, quizás la mejor solución fuese que el porcentaje se descontase automáticamente de la remuneración o compensación; esto evitaría conflictos enojosos entre el ente recaudador y los jueces, individualmente considerados.

(167) Ver otras disposiciones constitucionales locales en BRIANTI, Felipe O. "Las recientes acordadas sobre inaplicabilidad del impuesto a las ganancias a remuneraciones de jueces y funcionarios". En: "Rev. de Jurisprudencia Provincial", sept. 1996, año 6, N° 9, p. 734.

XX. Algunas conclusiones provisionales

A muchos jueces argentinos nos es aplicable lo que, según Ortega y Gasset, ocurría con los españoles de su tiempo: "No sabemos lo que nos pasa y eso es lo que nos pasa" (168).

Creo, sinceramente, que los jueces deberíamos recordar más seguido las palabras del primer presidente de la Corte Federal norteamericana, John Jay, cuando dijo: "Además de hacer el bien, el gran objetivo de la administración de justicia debería ser lograr la satisfacción del público" (169), porque "antes que nada, la Justicia es una deuda que el magistrado acepta compartir desde que presta juramento y de la cual el deviene garante" (170). Tenemos esa deuda, porque los jueces debemos ayudar a conformar lo que Avishay Margalit (171) llama "La sociedad decente"; recuérdese que el autor distingue sociedad decente y sociedad civil. *Civil* es una sociedad en la cual los miembros no se humillan unos a otros; decente la sociedad en la que las instituciones no humillan a la persona. Por ejemplo, el *apartheid* es un modo de humillación institucional a través de la ley, y en tal sentido, puede decirse que la sociedad sudafricana no era decente. Los jueces integramos las instituciones del Estado y, por ello, para vivir en una sociedad decente, debemos respeto al justiciable y somos garantes de dar respuesta correcta a quien es humillado.

Una última reflexión; cada vez que dictamos una decisión, cada vez que transamos un conflicto, los jueces debemos tener presente la frase que Albert Einstein formuló para la humanidad: "Tendremos el destino que no hayamos merecido". Los jueces actuales seremos o no sustituidos por otros sistemas según cuál sea nuestra actitud ética, en la que, como he expresado a lo largo de estas líneas, comprendo no sólo las conductas virtuosas, sino también nuestra actitud necesariamente eficiente. ♦

(168) Cit. por FRIAS, Pedro. Prólogo al libro "Justicia para todos". Buenos Aires: Ed. Ariel, 1999, p. 9.

(169) "Bradley v. Fisher" (1871), citado por WHEELER, Russell. "Algunos desafíos a la independencia judicial en el siglo XXI". En: obra colectiva. "Justicia para todos". Buenos Aires: Ed. Ariel, 1999, p. 16.

(170) COMMARET, Dominique. "Les responsabilités déontologiques des magistrats à la lumière de la jurisprudence du Conseil Supérieur de la magistrature". En autores varios. "Juger les juges. Du Moyen Âge au Conseil Supérieur de la magistrature". Paris: La documentation française, 2000, p. 215.

(171) MARGALIT, Avishay. "La società decente", Trad. de Andrea Villani, Milano: Ed. Guerini e associati, 1998, p. 49 y sigtes.

EL DERECHO CONSTITUCIONAL DE HUELGA EN LOS SERVICIOS PÚBLICOS ESENCIALES

POR JORGE REINALDO VANOSI (*)

Voy a tratar de abordar en breves minutos un tema por demás polémico y que es escurridizo, como pretender asir con las manos un puñado de mercurio. El tema de la huelga en los servicios públicos casi encierra una suerte de "contraditio in adjeto". Pero el problema está allí. Como las brujas, no existen; pero que las hay, las hay. De modo que hay servicios públicos, hay derecho de huelga, y aunque los servicios públicos revisten características tales como la de no admitir su interrupción o afectar su regularidad, el derecho de huelga puede en algunas circunstancias, por más legítimo que sea en cuanto al derecho que defienden sus titulares, entrar en colisión y producir un conflicto de difícil dilucidación, para el cual hay diversas soluciones, pero no hay un criterio universal o uniforme. Ni aun en nuestro país ha habido tampoco una línea unívoca respecto de cuáles es el mecanismo más adecuado.

Creo que lo primero que debo hacer es el enfoque teórico de la cuestión. Ver luego qué ha dicho en alguna oportunidad en que, tangencialmente, ha tocado el tema la Corte Suprema de Justicia de la Nación y, muy brevemente, un panorama respecto de la Doctrina y del Derecho comparado, para cerrar en un renglón fijando cuál es mi posición doctrinaria en el tema.

Es un postulado de sólida consistencia aquel sobre el cual descansa todo el andamiaje del Estado como sistema encargado de garantizar el

(*) Comunicación efectuada por el Académico, en la sesión privada del 8 de julio de 2004.

orden y la seguridad como basamento de la vida social: el tema del *funcionamiento*. Ello implica la necesidad de prestación *continuada* por parte del Estado de los servicios públicos en beneficio del interés general de toda la población. Sin dicha seguridad se genera en la comunidad la falta de credibilidad en el sistema y se induce a comportamientos anárquicos, imposibles de ser institucionalizados como solución razonable a los diversos problemas planteados.

Estas consideraciones ponen de manifiesto que el derecho de huelga, ampliamente consagrado en el art. 14 bis de la Constitución y que no figuraba en la Constitución de 1949, no puede tener el mismo tratamiento cuando se trata de los reclamos interpuestos por los empleados del Estado que cuando lo ejercen los trabajadores privados. Cuando hablamos del Estado, hablamos también de aquellos que prestan servicios por concesión del Estado.

Resulta obvio que el interés público está mucho más connotado y afectado cuando se trata de interrumpir la prestación de los servicios públicos esenciales que cuando la suspensión del trabajo se refiere a actividades privadas que si bien generan también en variados casos prestaciones equivalentes a servicios públicos, están sometidas a un régimen de mayor libertad entre las partes, relativas al establecimiento de las condiciones de trabajo y de la circunstancia proclive a establecer situaciones de injusticia que la ley y el Estado deben evitar. La huelga, en tal caso, es el instrumento legítimo que tienen los trabajadores para lograr la intervención del Estado a su favor.

En el caso del Estado como patrón, las condiciones no son equivalentes. Además de las razones señaladas, relativas al carácter específico del servicio público cubierto por la actividad estatal, resulta claro que no puede sostenerse que el Estado opere desde el mismo plano de las defensas de los intereses del sector como lo hace la actividad privada, dado que ello es indiscutible en el sistema democrático. Quienes ejercen el gobierno representan los intereses públicos de todo el pueblo y no sus propios intereses privados (por lo menos así se presume, salvo prueba en contrario).

La falta de atención o el atraso en la solución de situaciones de emergencia salarial o de otra naturaleza, por la cual puedan parar dichos servicios públicos en muchos casos, cierta y objetivamente, no puede hacer que se pierdan de vista las mayores obligaciones que tienen esos sectores en

el sacrificio general que se le pide a la población, y que, seguramente, la no atención inmediata de la situación problemática se debe a un manejo ponderado del caso por las autoridades y no a la especulación interesada de una gerencia privada. En todo caso, si hubiera un error ostensible en el manejo de la situación por parte de las autoridades —*Errare humanum est*— será el pueblo todo en la instancia electoral el que corregirá con su voto a quienes no hubieran atendido correctamente los reclamos de los servicios públicos.

Es por ello que si es cierto que no hay derecho alguno que pueda reputarse absoluto a favor de su titular, mucho más evidente lo es en relación con la huelga de los servidores públicos esenciales. Tanto que la ley se encuentra en la necesidad de establecer los mecanismos más adecuados para evitar situaciones de conflicto y garantizar la seguridad y continuidad de dichos servicios.

La Corte Suprema, ya con alguna antigüedad, en *Fallos 254*, p. 56 (es un fallo de octubre de 1962) o sea hace más de 40 años, el caso "Font contra Galli", tuvo oportunidad "obiter dictum" (a mayor abundamiento) al resolver un problema de tipo laboral colectivo, de hacer alguna consideración doctrinaria, que creo que vale la pena reproducirla en esta oportunidad por lo clara y diáfana que a mí me parece. Dice el segundo considerando:

"Que en lo relativo a la calificación administrativa de la huelga interesa agregar a mayor abundamiento, una reflexión complementaria. Si bien es cierto que el derecho de huelga puede ser invocado y ejercido aunque no medie ley reglamentaria del Congreso a su respecto, también lo es que la misma posibilidad debe reconocerse a la potestad del Estado destinada a tutelar los intereses públicos o privados susceptibles de ser afectados por el uso abusivo o ilícito de aquel derecho. La omisión del legislador —y aquí podríamos agregar la insuficiencia, porque puede haber una legislación que exista pero que no sea suficiente— no priva a los gremios de la posibilidad de emplear los medios previstos por la Constitución Nacional para la defensa de sus intereses profesionales. Pero tampoco priva al Estado del ejercicio de las atribuciones que inviste y que le han sido confiadas con vista al resguardo de las garantías constitucionales y a la protección y promoción del bien común". Agrega la Corte: "por tanto el principio de que no hay derechos absolutos, que también puede expresarse diciendo que el derecho de cada uno debe ser conciliado con el de los demás y con las pertinentes facultades estatales, justifica ciertas limitaciones razonable-

mente impuestas por la autoridad como lo son por ejemplo las relacionadas con las resoluciones administrativas dictadas durante el curso de una huelga con el objeto de *encauzarla*. De otro modo —termina diciendo la Corte— debería admitirse que todo derecho de base constitucional que no se encuentre reglamentado por el Congreso, tiene carácter absoluto o ilimitado. Lo cual significaría tanto como consagrar una concepción anti-social”.

Esto es lo dicho por la Corte en una oportunidad concreta, pero que permite inferir un criterio general.

En otra oportunidad, habiéndome desempeñado como legislador nacional, presenté el 19 de octubre de 1987 un proyecto tendiente a encarar este problema. Los fundamentos son muy extensos, no los voy a traer a colación acá, pero traté de ser lo más prudente en la parte concreta del proyecto (que era un proyecto de declaración) que decía así:

“Que vería con agrado que el Poder Ejecutivo Nacional a través de la acción conjunta de los Ministerios de Trabajo, de Economía y de Obras y Servicios Públicos encarara los estudios conducentes a la elaboración de un régimen específico de ejercicio del derecho de huelga en el ámbito de las actividades y servicios públicos esenciales para la población y cuyas prestaciones se encuentran a cargo del Estado para asegurar la regularidad y continuidad que son propias de aquellos servicios”.

Y terminaba: “a tal fin las normas regulatorias que encaucen los conflictos laborales en ese sector habrán de contemplar mecanismos apropiados para asegurar la justa y constante actualización de las remuneraciones y demás beneficios propios de los trabajadores y agentes en relación con el crecimiento del costo de vida, pero desistiéndose de medidas de presión cuya práctica provoque alteraciones en la prestación de los servicios”.

Traía a mi memoria en aquella oportunidad, que mi profesor de Derecho Constitucional en la Facultad en mis tiempos estudiantiles, el doctor Carlos Sánchez Viamonte, quien en su militancia política era socialista y por lo tanto propenso a la defensa de los derechos de los trabajadores, recordaba que en su concepto era inadmisibles el derecho de huelga en materia de servicios públicos esenciales. Y en aquella época en que no se

habían generalizado tanto las huelgas en muchos servicios públicos, él ponía un ejemplo que parecía bastante definitorio. La recolección de los desperdicios, de la basura en las grandes urbes o en las medianas urbes. En un par de días puede desatarse una enfermedad cuya contagiosidad ponga en peligro la salud de todos los habitantes y cause un número indeterminado de afectados o incluso de muertos. No podía admitirse que existiera una huelga por tiempo indeterminado en la prestación de un servicio público esencial de esa índole.

En realidad la discusión se traslada a dos cosas: primero, entender qué es un servicio público esencial y, segundo, encontrar y tener el acierto en el hallazgo del mecanismo para solucionar el conflicto a través de una vía en la cual, sin ejercerse el derecho de huelga, los trabajadores puedan defender sus derechos legítimos y hacerlos valer en su justa medida.

Entre las doctrinas y leyes que existen en el mundo no hay una definición unívoca respecto de servicios públicos esenciales. Marienhoff hablaba entre nosotros de la satisfacción de necesidades o intereses generales. En Suecia se habla del interés público y en Dinamarca de la considerable importancia social de un conflicto. En Italia se habla de "el preeminente interés general en el sentido de la Constitución". En España se habla de "la satisfacción de bienes o derechos constitucionalmente protegidos." Y en Alemania, donde en mi opinión son más precisos, se habla de aquellos servicios en los cuales la continuidad es absolutamente necesaria para el bienestar común.

Extraigo esta referencia de un interesante artículo publicado en la Argentina (por lo tanto es fácil su acceso) que se llama "El derecho de huelga y los servicios esenciales" de Alberto Domingo Scharvsmann Irenbaum, que publicó la revista "Universidad" de la Universidad Kennedy en el número 1 del año 2001, que contiene material y referencias hasta esa época.

Es decir, entonces, que el primer problema es un problema que viene de arrastre del Derecho administrativo, porque el Derecho administrativo tampoco se ha puesto de acuerdo a lo largo del tiempo en la conceptualización y precisión respecto de la noción de servicio público. Aparte de que se han hecho distinciones entre servicios públicos que se prestan directamente, los que se prestan por concesión y, por otra parte, servicios públicos propios o impropios, como ya hace casi un siglo lo formu-

laba la inicial doctrina administrativa. De modo entonces que no estamos pisando un terreno donde haya cimientos sólidos, sino que hay posiciones muy disímiles, desde los que en algún momento todo lo convirtieron en servicio público como rasgo de identificación con el Estado, como era la posición de Léon Duguit en Francia a comienzos del siglo XX; hasta quienes en una posición antitética negaron la concepción de servicio público por la imposibilidad de fijar lo que podrían ser parámetros para la medición y por lo tanto poder determinar qué era lo incluido y qué era lo excluido.

Entre los que postulan y están de acuerdo en limitar el derecho de huelga en materia de servicios públicos esenciales, tampoco hay una unidad de criterio acerca de la enumeración: si puede ser meramente enunciativa o puede ser o debe ser de tipo taxativo.

Las opiniones son muy discrepantes y hay muy seria dificultad, por supuesto, para hacer una enunciación o lista de tipo taxativo. Porque además las circunstancias pueden cambiar, no son lo mismo la huelga, los servicios y las necesidades en la actualidad que lo que eran hace cuarenta, cincuenta años, o apenas hace una década. Incluso el avance tecnológico y el gran crecimiento industrial que van de la mano llevan a la aparición de nuevas necesidades y de nuevos problemas que, por lo tanto, requieren nuevas respuestas. También hay dificultad en torno a cuál de los poderes del Estado tiene que tener la palabra precisa en este tema. En Europa se ha debatido mucho sobre si debe ser el Parlamento a través de una ley o puede ser el Poder Ejecutivo a través de una norma reglamentaria más fácil de adaptar o más prontamente posible de modificar cuando cambian las circunstancias. Y hay también, aunque son minoría, quienes han propuesto que sean los jueces los que determinen concretamente cuándo se está frente a un servicio público esencial: remarco la palabra *esencial* porque ahí es donde radica el problema y no en servicios públicos en general o en sentido lato.

Con respecto a las soluciones, también varían. Hay quienes han propuesto, como el mismo Sánchez Viamonte lo decía en sus clases y figura también en alguna literatura, que los prestadores de este tipo de servicios están amparados por beneficios salariales, y de otro orden, superiores a los del resto del empleo público o en comparación con empleo privado equivalente. Es decir, que, en caso de que el reclamo sea de tipo salarial o previsional, no exista una razón motivante, haciendo desaparecer la causa para que desaparezca el efecto. Esto tampoco es de fácil

solución porque la Constitución, por otro lado, proclama el principio que por igual trabajo o por igual tarea debe haber igual remuneración. De modo que el principio de igualdad ante la ley, en este caso concreto podría resultar afectado y una legislación de ese tipo podría ser impugnada de inconstitucionalidad o de irrazonabilidad por las razones antedichas (arts. 14 Bis y 16, C.N.).

De modo, entonces, que esa tampoco es una solución absolutamente cierta. Lo que parece predominar en la doctrina comparada es el consejo (porque es nada más que eso) de apuntar a una solución autónoma que por lo general, son más saludables que las soluciones heterónomas. Es decir, que en vez de la imposición de una solución X a través de la ley o del reglamento del Ejecutivo, sean las partes que intervienen en la negociación de los convenios colectivos de trabajo, las que acuerden el *encauzamiento* (para usar la palabra que la Corte utilizó en el caso Font). Las partes al celebrar los convenios colectivos pueden fijar algunas reglas de encauzamiento a fin de que si se llega a la instancia de la huelga, ésta sea de la menor duración posible —ese es un dato de tipo *cuantitativo*— o se prevean servicios especiales a efectos de no interrumpir el servicio en aquellos casos de absoluta necesidad —este sería un dato de tipo *cualitativo*—, sobre todo cuando están en juego la vida, el orden público o la salud de las personas. Es decir, valores que en una escala axiológica son fundamentales en toda sociedad bien constituida y que se precie de ser un Estado de derecho.

Otra solución posible es la de ver si los mecanismos de conciliación y arbitraje que están generalmente en las normas laborales puedan ser útiles para la solución de este tipo de conflictos. La Organización Internacional del Trabajo, la OIT, se ha ocupado de este tema en distintas oportunidades y no ha llegado a una solución total y abarcativa, pero sí ha remarcado que todo esto ha sido tratado en la comisión llamada "Comité de Libertad Sindical", que es el encargado de vigilar el respeto a los derechos sindicales entre los cuales está el derecho de huelga. Ha hecho, por ejemplo, observaciones críticas, o sea una suerte de veto doctrinario a la legislación de diversos países en esta materia, por considerar que afectan a la libertad sindical. Y en esa lista figuran algunos países realmente importantes, que darían la impresión que son muy respetuosos del estado de derecho, pero que se han excedido. Allí figuran Alemania, Australia, Canadá, Costa Rica, Ecuador, Honduras, y parcialmente también el Reino Unido y Suiza. Digo esto para que ustedes vean que el problema no es nada pacífico y por lo tanto las soluciones

pueden ser todas de un punto de vista o de otro impugnadas, tanto en los países más desarrollados como en los emergentes.

Otro aspecto que cabe señalar en esta oportunidad es el que se refiere a la legislación argentina. Muy brevemente quiero decir que en 1990 se dictó un decreto, el dec. 2184, regulatorio en esta materia; por el que se establecían una serie de imposiciones, tales como: guardias mínimas para que los servicios no se interrumpieran; y se brindaba una lista de servicios que quedaban afectados por ese decreto que era sumamente restrictivo: los sanitarios, los hospitalarios, transporte, producción y distribución de agua potable, energía eléctrica, gas, otros combustibles, telecomunicaciones, educación primaria, secundaria, terciaria y universitaria y la administración de justicia. Y, en general, agregaba todos aquellos en los cuales la extensión, duración u oportunidad de la interrupción del servicio o actividad pudiera poner en peligro la vida, la salud, la libertad o la seguridad de toda la comunidad o de parte de ella, lo cual sería calificado por el Ministerio de Trabajo, Empleo y Formación de Recursos Humanos. Este decreto restringía potencialmente el derecho de huelga en su totalidad y ponía en manos de la autoridad administrativa y, más concretamente, del Ministerio de Trabajo, la determinación concreta en cada caso. Este decreto fue derogado por la ley 25.250 del año 2000 (Adla, LX-C, 2832), a partir de la cual el marco normativo no tenía ninguno de los dos extremos, en el sentido de que podría alegarse la aplicabilidad como solución de la vieja ley 14.786 (Adla, XVIII-A, 319) vinculada con la conciliación obligatoria y el arbitraje voluntario. Como es sabido, la ley 25.250 ha sido derogada a comienzos del año 2004; y la norma reemplazante que sancionó el Congreso, dispone lo siguiente:

Artículo 24. — Cuando por un conflicto de trabajo alguna de las partes decidiera la adopción de medidas legítimas de acción directa que involucren actividades que puedan ser consideradas servicios esenciales, deberá garantizar la prestación de servicios mínimos para evitar su interrupción.

Se consideran esenciales los servicios sanitarios y hospitalarios, la producción y distribución de agua potable, energía eléctrica y gas y el control del tráfico aéreo.

Una actividad no comprendida en el párrafo anterior podrá ser calificada excepcionalmente como servicio esencial, por una comisión indepen-

diente integrada según establezca la reglamentación, previa apertura del procedimiento de conciliación previsto en la legislación, en los siguientes supuestos:

a) Cuando por la duración y extensión territorial de la interrupción de la actividad, la ejecución de la medida pudiere poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de toda o parte de la población.

b) Cuando se tratase de un servicio público de importancia trascendental, conforme los criterios de los organismos de control de la Organización Internacional del Trabajo.

El Poder Ejecutivo Nacional con la intervención del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social y previa consulta a las organizaciones de empleadores y de trabajadores, dictará la reglamentación del presente artículo dentro del plazo de Noventa (90) días, conforme los principios de la Organización Internacional del Trabajo" (ley 25.877 —Adla, LXIV-B, 1506—).

Al respecto disiento por razones sociológicas con esa solución. Si pudiéramos ponernos de acuerdo, ya sea por vía normativa o por aplicación de criterios de razonabilidad, en que los jueces definieran prontamente en cada caso concreto, acerca de qué es un servicio público esencial y si la suspensión, interrupción o irregularidad de ese servicio público esencial causa un daño a esos valores de la escala axiológica que mencionábamos, yo creo que *el arbitraje tendría que ser obligatorio*. Y esto lo digo por una sencilla razón, al margen de toda valoración política, nada más que examinando la experiencia de décadas y décadas de historia argentina.

La Argentina tiene una sociedad muy propensa al faccionalismo y un Estado muy propenso a tolerar el corporativismo o la hegemonía de las corporaciones.

¿Qué quiere decir esto? Que la Nación queda postergada frente a la facción: primero está la facción y luego la Nación. Y que el interés general queda postergado por el interés sectorial. Es decir, el interés del sector; y concretamente, en este caso, el que pueda llevar a una huelga por tiempo indeterminado un servicio público esencial estaría por encima del bien común que tradicionalmente la filosofía ha utilizado para denominar lo que podríamos llamar en otros términos, el bien general.

Por esas razones, aunque la solución parezca antipática, vista la patología que el fenómeno de la huelga en servicios públicos esenciales ha tomado y el grave daño que ha causado a la salud y a la vida de la población, personalmente *soy partidario de la conciliación obligatoria y del arbitraje obligatorio en esta materia*. De esta manera preservaríamos más apropiadamente el "bienestar general" a que apunta el Preámbulo constitucional y que inspira a la noción de "calidad de vida" que impulsan las democracias contemporáneas. ♦

LA REGULACIÓN LEGAL DE LA HUELGA EN LOS SERVICIOS ESENCIALES

POR ANTONIO VÁZQUEZ VIALARD (*)

SUMARIO: I. Concepto de huelga. — II. Reglamentación de la huelga en nuestro derecho. — III. Conclusión.

I. Concepto de huelga

El derecho del trabajo, disciplina jurídica que emerge a fines del siglo XIX y se desarrolla, en especial, en el XX, tiene como objetivo proteger los derechos del trabajador en la relación laboral, en razón de la diferencia del poder que gozan las partes. En ese sentido, estableció una regulación referida a ese tipo de relaciones, que modificó el criterio prevalente en la época, respecto de la autonomía de la voluntad, según la cual, las reglas de la relación son establecidas por las propias partes. A ese efecto, determina mínimos a favor del trabajador, de carácter inderogable que, por disposición de la ley, se incorporan a la relación concertada. Además de ello, se propuso privilegiar el poder de negociación de los trabajadores, lo que normalmente se realiza a través de las organizaciones sindicales que concertan los respectivos convenios colectivos de trabajo, a través de los cuales también se establecen normas de orden público laboral, irrenunciables por parte de los trabajadores, que se incorporan al negocio pactado por las partes.

Los derechos básicos de dichas organizaciones no se limitan a su constitución, sino también a planear sus actividades y formular programas de acción que comprenden el fomento y defensa de los intereses de sus re-

(*) Comunicación efectuada por el Académico, en la sesión privada del 8 de julio de 2004.

presentados, lo que incluye como normal, el ejercicio de la huelga (1). La Constitución Nacional, en su art. 14 bis (que corresponde a uno de los derechos de la llamada segunda generación), al respecto establece: "queda garantizado a los gremios: concertar convenios colectivos de trabajo; recurrir a la conciliación y al arbitraje; el derecho de huelga".

Este último —que corresponde a uno de carácter colectivo por lo que debe ser declarado por un órgano de esa naturaleza, pero que se ejecuta en forma individual—, admite como medio legítimo de presión la interrupción de la prestación laboral a fin de tonificar la posición de los trabajadores que se hallan en conflicto con su empleador. En consecuencia, esa actitud no constituye un incumplimiento del contrato de trabajo, en tanto dicha interrupción en cuanto corresponde al ejercicio de un derecho que debe serlo conforme las pertinentes reglas, se halla legitimada.

De acuerdo con ello, los trabajadores, previa declaración de un acto de huelga, ejercen el derecho de cesar en la realización de la prestación a su cargo. Dado el alto grado de relaciones sociales que se dan en toda comunidad, en especial en la actualidad, es evidente que la interrupción de ese aporte trae aparejada una disminución en la producción de los bienes y servicios que constituyeron el motivo por el que el empleador ha recurrido a la concertación de los respectivos negocios laborales. Como consecuencia de esa medida de fuerza, disminuye la oferta de aquéllos al mercado, por lo que los miembros de la comunidad sufren las consecuencias de esa abstención. Precisamente, se admite la legitimidad de la abstención, en cuanto la misma es uno de los medios autorizados para que los trabajadores puedan ejercer presión, a fin de defender sus derechos.

Como algunos de los bienes y servicios que, en razón de esa acción, los miembros de la comunidad no pueden gozar son de carácter esencial, la interrupción de su prestación deteriora "la satisfacción de [las] necesida-

(1) El convenio # 87 de la OIT referido a Libertad Sindical y la protección del derecho de sindicación (año 1948), determina como integrantes del conjunto de garantías del concepto de libertad sindical, al derecho de dichas organizaciones a "organizar... sus actividades y formular su programa de acción", así como "fomentar y defender los intereses de éstos". Ver OIT, "La Libertad Sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT", 3ª ed., Ginebra 1985, # 416 -CLS 1985-; OIT, "Libertad Sindical y Negociación Colectiva. Estudio General de la Comisión de Expertos en aplicación de convenios y recomendaciones", Conferencia Internacional del Trabajo, reunión 1994 - CE 1994, # 147; GERNIGON, Bernard; ODERO, Alberto; GUIJO, Horacio, "Principios de la OIT sobre el derecho de huelga", Revista Internacional de Trabajo, vol. 117, 1998, # 4 p. 1 y sigtes.

des básicas de los usuarios o el funcionamiento continuo y en condiciones de seguridad de [las] instalaciones" (2), lo que puede poner en peligro la vida o el bienestar de toda o parte de la población (3). En función de esa circunstancia, se aceptan ciertas restricciones al ejercicio de ese derecho, entre otros, respecto: a) del desempeño de la función que ejercen quienes actúan en calidad de órganos del poder público (4), o sea, de aquellos "funcionarios que ejercen funciones de autoridad en nombre del Estado" (5), b) de las actividades vinculados con "servicios esenciales en sentido estricto".

Si bien la huelga constituye "un corolario indisociable del derecho de sindicación protegido por el convenio 87" (de la OIT), no obstante, no tiene carácter absoluto. Por lo tanto, puede ser reglamentado por medio de disposiciones que impongan "modalidades de ejercicio de ese derecho fundamental o restricciones a su ejercicio", "o aun prohibiciones generales en situaciones de crisis nacional aguda, e incluso en ese estado, por un período de tiempo limitado y sólo en la medida de lo necesario para hacer frente a la situación" (6). Los órganos de control de la OIT: la Comisión de Expertos en la aplicación de convenios y recomendaciones (CE) y el Comité de Libertad Sindical (CLS) admiten ese tipo de limitaciones en cuanto sólo se apliquen respecto a los llamados "servicios esenciales en el sentido estricto" del término, es decir, de aquellos "cuya interrupción ponga en peligro la vida o el bienestar de toda o parte de la población". De admitirse esas medidas limitativas, a fin de equilibrar la situación, deben preverse garantías compensatorias en forma de otros posibles procedimientos para la solución de los conflictos" (7).

(2) Ver CE 1994, ya citada en nota 1, # 162.

(3) Ver Conferencia Internacional del Trabajo, 65 reunión, 1979, Ginebra 1979 - # 123 y 125.

(4) OIT, "La Libertad Sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT", 3ª ed., Ginebra 1985, # 394; OIT, "Libertad Sindical y negociación colectiva. Estudio General de la Comisión de expertos en aplicación de convenios y recomendaciones", Conferencia Internacional del Trabajo, 69 reunión, 1983, Ginebra 1983, # 214.

(5) Ver CE 1994, citado en nota 1, # 158; OIT, "Libertad Sindical, Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT", 4ª ed., Ginebra, 1996 —CLS 1996, # 534 y 535—.

(6) Ver CLS 1985, citado en 1, # 391; CLS 1996, citado en 5, # 527; CE 1994, citado en 1, # 151 y 152.

(7) Conferencia Internacional del Trabajo, 65 reunión, 1979 Ginebra 1979, # 123.

En esas situaciones extremas, de acuerdo con los criterios adoptados por los referidos organismos de control de la OIT, se admite "la requisita de trabajadores" (8) y aun, en situaciones extremas, "recurrir a las fuerzas armadas o a otro grupo de personas para que desempeñen las funciones abandonadas, así como la adopción de medidas destinadas a permitir a estas últimas personas el ingreso a los locales en los que deben ejercer tales funciones" (9).

Los referidos órganos de control de la OIT no han formulado una determinación concreta orgánica de dichos servicios esenciales, sino que en cada caso, frente a las situaciones planteadas, se han expedido respecto de cuales no tienen esa naturaleza, por lo que no procede limitar el ejercicio del derecho de huelga (10). De acuerdo con numerosas declaraciones de dichos órganos de control, se ha considerado que no constituyen actividades esenciales, entre otros: la realización de tareas propias de bancos; servicios de informática para la recaudación de aranceles e impuestos; de radio-televisión; actividades vinculadas con el sector del petróleo; de puertos (carga y descarga); grandes almacenes; metalurgia; sector minero; transportes en general; empresas frigoríficas; servicios de hotelería; construcción; fabricación de automóviles; reparación de aeronaves; actividades agrícolas; abastecimiento y distribución de productos alimentarios; agencias gráficas del Estado; monopolios estatales de alcohol, de la sal y del tabaco; Casa de Moneda; educación; transporte metropolitanos; servicios de correos.

En cambio, se ha considerado que constituyen servicios que responden esa característica "en sentido estricto", los realizados en hospitales, servicios de electricidad; abastecimiento de agua; contralor de tráfico aéreo; servicio telefónico. La referida Comisión de Expertos ha admitido que un servicio no esencial en sentido estricto puede convertirse en ello: "... si la huelga que repercute en el mismo dura más de un cierto período o ad-

(8) Ver OIT, "Libertad Sindical y Negociación Colectiva. Estudio General de la Comisión de Expertos en aplicación de convenios y recomendaciones". Conferencia Internacional del Trabajo, 69 reunión, Ginebra 1983, CE 1983, # 215.

(9) Ver CLS 1985, citado en 1, # 427; CLS 1996, citado en 5, # 577.

(10) Ver CLS 1985, citado en 1, # 403 y sigtes.; CLS 1996, citado en 5, # 545; OIT, "Libertad Sindical y Negociación Colectiva. Estudio general de la Comisión de expertos en aplicación de convenios y recomendaciones". Conferencia Internacional del Trabajo, 69 reunión, Ginebra 1983, CE 1983, # 214; GERNIGON, OTERO y GUIDO op. cit. en nota 1, p. 11 y sigtes.

quiere tal dimensión que pueden correr peligro la salud, la seguridad o la vida de la población... Con el fin de evitar daños irreversibles o que no guarden proporción alguna con los intereses profesionales de las partes en el conflicto, así como de no causar daños a terceros, es decir, los usuarios o los consumidores que sufren las consecuencias económicas de los conflictos colectivos, las autoridades [pueden] establecer un régimen de servicio mínimo en (los)... que son de utilidad pública" (11). De la misma manera, se admite la prohibición, en supuestos de "crisis nacional aguda" "o cuando se trate de servicios públicos de importancia trascendental en el país" (12).

De acuerdo con ello, cabe admitir que "... sin poner en tela de juicio el derecho de huelga de la gran mayoría de los trabajadores, puede tratarse de asegurar la satisfacción de las necesidades básicas de los usuarios o el funcionamiento continuo y en condiciones de seguridad de las instalaciones. Por otra parte, nada impide a las autoridades, si ellas consideran que tal solución resulta más apropiada a las condiciones nacionales, el establecer un servicio mínimo en los servicios considerados como 'esenciales' por los órganos de control, según los criterios arriba mencionados, donde podrían justificarse mayores restricciones o incluso la prohibición de las huelgas" (13).

Dicho servicio mínimo debe "satisfacer, por lo menos, dos condiciones. En primer lugar, y este aspecto es de la mayor importancia, debería tratarse real y exclusivamente de un servicio mínimo, es decir, un servicio limitado a las actividades estrictamente necesarias para cubrir las necesidades básicas de la población o satisfacer las exigencias mínimas del servicio, sin menoscabar la eficacia de los medios de presión. En segundo lugar, dado que este sistema limita uno de los medios de presión esenciales de que disponen los trabajadores para defender sus intereses económicos y sociales, sus organizaciones deberían poder participar, si lo desean, en la definición de este servicio, de igual modo que los empleadores y las autoridades públicas..." (14).

(11) Ver CE 1994, citado en 1, # 160.

(12) Ver CLS 1996, citado en 5, # 527 y sigtes., # 566 (en cuanto se refiere a los servicios de importancia trascendental en el país, se trataba del transporte de personas y mercaderías).

(13) Ver CE 1994, citado en 1, # 162.

(14) Ver CE 1994, citado en 1, # 161 y 162.

Respecto de ese servicio, se suele distinguir entre las medidas que tienden a garantizar la seguridad de las personas y las instalaciones (servicio mínimo de seguridad) (15), y cuando el propósito es mantener una cuota de actividad que asegure un nivel de producción o de servicio para satisfacer así las necesidades de la población (servicio mínimo de funcionamiento) (16). Se ha aconsejado que, en el sector público, cuando existan divergencias entre las partes sobre el alcance de los referidos servicios mínimos, "que la misma sea resuelta por un órgano independiente" (17) y no por la autoridad administrativa o la empresa pública involucrada en el conflicto (18).

Al respecto, se considera que, en situaciones de ese tipo, no corresponde la suspensión o cancelación de la personería gremial de la organización sindical que no cumple con los servicios mínimos durante la huelga (19).

A fin de garantizar el ejercicio de la acción sindical, el Comité de Libertad Sindical estima que "... siempre que el derecho de huelga sea objeto de restricciones, o se niegue a los funcionarios públicos y a las personas que trabajan en los servicios esenciales, deben otorgarse garantías apropiadas para proteger a estos trabajadores que quedan privados de un medio esencial de defensa de sus intereses profesionales. En compensación, deberían utilizarse procedimientos de conciliación y arbitraje adecuados, imparciales y rápidos, en que las partes en el conflicto puedan participar en todos las fases del procedimiento en que los laudos arbitrales sean en todos los casos obligatorios para ellas y se apliquen plena y prontamente una vez dictados" (20). En la misma línea de pensamiento, se ha considerado que "... los empleados privados del derecho de huelga porque realizan servicios esenciales deben beneficiarse de garantías apropiadas destinadas a salvaguardar sus intereses: por ejemplo, negativa del derecho de

(15) CLS 1996, citado en 5, # 554 y 555.

(16) *Idem*, # 556.

(17) Ver OIT, Boletín Oficial, vol. LXXVI, 1993, serie B, # 3, casos 1648, 1650 (Perú), # 467, p. 188.

(18) *Idem*, vol. LXXVII, 1994, serie B, # 1, caso 1679 (Argentina), # 93, p. 99 y sigtes.

(19) *Idem* # 96, p. 30.

(20) Ver CLS 1985, citado en 1, # 397; CLS 1996, citado en 5, # 547; CE 1994, citado en 1, # 164.

cierre patronal, establecimiento de un procedimiento paritario de conciliación y, cuando la conciliación no logre su finalidad, la creación de un sistema paritario de arbitraje" (21). Dicho Comité considera que es fundamental que todos los miembros de los órganos encargados de esas facultades "no sólo sean estrictamente imparciales, sino que también lo parezcan, tanto a los empleadores como a los trabajadores interesados, para obtener y conservar la confianza de ambas partes, de lo cual depende realmente el funcionamiento eficaz del arbitraje, aun cuando sea obligatorio" (22). Se considera que cuando un órgano tiene facultades "para poner término a un conflicto colectivo de trabajo y a una huelga, sólo es aceptable cuando lo han pedido las dos partes implicadas en el conflicto o en los casos en que la huelga puede ser limitada, e incluso prohibida, es decir en los casos de conflicto dentro de la función pública respecto de funcionarios que ejercen funciones de autoridad en nombre del Estado o en los servicios esenciales en sentido estricto del término" (23).

II. Reglamentación de la huelga en nuestro derecho

Como ocurrió en otros países, cabe destacar que esa actividad, sucesivamente, ha sido considerada como delito, falta, o como ejercicio de una libertad, o sea un derecho, por lo que la misma fue prohibida, tolerada, o se le ha concedido una cierta protección (24).

En el año 1945, se dictó el dec. 536/45 (Adla, V, 128), según el cual la huelga que afectaba ciertas actividades —entre ellas los servicios públicos— constituía un delito contra el Estado y la Seguridad Nacional; también se consideraba como delito la acción que hiciera cesar o suspender el trabajo por motivos ajenos al mismo (art. 33). Dicha norma fue declarada inconstitucional por la Corte Suprema de Justicia en una sentencia del 22 de marzo de 1946, en virtud de que no había sido dictada por el órgano que constitucionalmente tenía competencia para ello. Fue derogada por el dec.-ley 455/55. Hasta ese momento, la Constitución Nacional (tanto la de 1853-1860, así como la 1949 que rigió entre ese año y 1956 en que fue

(21) Ver CLS'1996, citado en 5, # 551.

(22) CLS 1985, citado en 1, # 399; CLS 1996, citado en 5, # 549.

(23) CLS 1996, citado en 5, # 553.

(24) Ver, entre otros, VAZQUEZ VIALARD, Antonio, "Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social", 9ª ed., t. 2, # 89, p. 131 y sigtes., Bs. As. 2001.

derogada) no contenía disposiciones referidas a la huelga. El art. 37, apartado 10 de la Constitución de 1949 mencionaba entre los derechos especiales del trabajador, agremiarse libremente y "participar en otras actividades lícitas tendientes a la defensa de sus intereses profesionales".

La reforma realizada en 1957, respecto de la Constitución de 1853-1860, introdujo a la huelga como derecho (de segunda generación) y como garantía de los gremios.

De acuerdo con lo que establecía el dec.-ley 10.596/57 (Adla, XVII-A, 705), se impuso un procedimiento de conciliación y arbitraje obligatorio para los conflictos que pudieran afectar los servicios públicos, y se establecieron los requisitos para considerar la licitud de una huelga. Dicha norma fue derogada en 1958 por la ley 14.786 (Adla, XVIII-A, 319), la que estableció un régimen obligatorio de conciliación previo a la adopción de medidas de acción directa, a cuyo efecto, las partes están obligadas a agotar un período de instancia conciliatoria de 15 días que puede ser ampliado a 20, desde el momento en que lo decreta la autoridad administrativa.

En 1962, se dictó el dec.-ley 8946/62 (Adla, XXII-A, 672) que también impuso el arbitraje obligatorio respecto de todo conflicto que, directa o indirectamente, pudiera ocasionar la suspensión, interrupción, paralización o negación de los servicios públicos esenciales que la referida norma determinaba, así también como los recaudos necesarios para que las huelgas y paros patronales no fueran considerados ilegales (art. 15).

De acuerdo con la ley 19.636, sancionada por el gobierno facto, que derogó el dec. 8946/62, en forma transitoria (aunque prorrogada varias veces hasta el 31 de diciembre de 1973) estableció un régimen obligatorio de arbitraje respecto de los conflictos que pudieran poner en peligro la paz social o la economía nacional. De acuerdo con la ley 17.183 (Adla, XXVII-A, 103), se facultó a las empresas y a los organismos de Estado que prestan servicios públicos o de interés público, a intimar al personal al cese de medidas de fuerza directa que pudieran entorpecer la prestación del trabajo.

El posterior gobierno *de iure*, a través de la ley 20.638 (Adla, XXXIV-A, 136), estableció la vigencia definitiva de la referida ley 16.936 y su aplicación respecto de todos los conflictos colectivos de trabajo, fueran éstos de derecho o de intereses, que se produjeran en todo el territorio de la Nación.

En marzo de 1976 se dictó la ley 21.261 (Adla, XXXVI-B, 1033) que suspendió transitoriamente en todo el territorio nacional, el ejercicio del derecho de huelga, así también como el de toda otra medida de fuerza, paro, interrupción o disminución del trabajo o su desempeño en condiciones que de cualquier manera pudieran afectar la producción, tanto por parte del trabajador como de los empresarios o de sus respectivas asociaciones u organizaciones (art. 1º). En ese mismo año, se dictó la ley 21.400 (Adla, XXXVI-C, 2116) que ratificó la referida disposición legal, e incriminó al acto de huelga como delito sancionable con pena de prisión, así también como a la instigación a la misma y a distintos otros comportamientos vinculados con ella (arts. 5º a 7º). Dichas normas del gobierno de facto fueron derogadas en el año 1983.

En 1990, el PEN, a través del dec. 2184/90 (Adla, L-D, 3809), reglamentó la situación en que, en razón de una huelga, se afectan servicios esenciales para la comunidad.

En nuestro actual ordenamiento laboral, el tema referido al impacto de la efectivización de actos de huelga sobre la prestación de servicios esenciales, se halla regulado por el art. 24 de la ley 25.877 (Adla, LXIV-B, 1506); el mismo establece que: "cuando por un conflicto de trabajo alguna de las partes (generalmente, es el grupo de trabajadores el que utiliza ese mecanismo como un elemento de presión) decidiera la adopción de medidas legítimas de acción directa que involucren actividades que pueden ser consideradas servicios esenciales, deberá garantizar la prestación de servicios mínimos para evitar su interrupción". A ese efecto, define como tales a los: "sanitarios y hospitalarios, la producción y distribución de agua potable, energía eléctrica y gas (25) y el control del tráfico aéreo". Además de esas actividades, "podrá ser calificada excepcionalmente como servicio esencial, por una comisión independiente integrada según establezca la reglamentación, previa apertura del procedimiento de conciliación previsto en la legislación, en los siguientes supuestos: a) cuando por la duración y extensión territorial de la interrupción de la actividad, la ejecución de la medida pudiere poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de toda la población o parte de ella; b) cuando se tratase de un servicio público de importancia trascendental, conforme los criterios de los organismos de

(25) No incluye la producción y distribución de gas, que también son considerados servicios esenciales en sentido estricto por los órganos de control de la OIT, ver CLS 1996, citado en 5, # 544.

control de la Organización Internacional del Trabajo" (26). Cabe destacar que si bien la norma no hace referencia a los casos en que el conflicto se vincula con una "crisis nacional aguda" —a que hacen referencia los órganos de control de la OIT—, situaciones en que admiten en forma temporaria la prohibición del ejercicio de la huelga (27), consideramos que esa situación estaría contemplada en el de la referida norma, en cuanto establece que el PEN, al reglamentar la ley, debe hacerlo "conforme los principios de la OIT" que, en el caso, lo constituyen los criterios adoptados por sus organismos de control, los que han previsto esa situación de excepcional gravedad.

La norma remite a la reglamentación, la constitución de una comisión independiente a los fines de determinar la extensión del concepto de servicio esencial a otras actividades, además de las enumeradas; la misma debía dictarse en un plazo de 90 días y ajustarse a "los principios de la Organización Internacional del Trabajo". Según el art. 44 de la referida norma: "hasta tanto el Poder Ejecutivo Nacional dicte la reglamentación prevista en el art. 24 de la presente ley, transitoriamente continuará en vigencia el dec. 843/00 (Adla, LX-E, 5597)". Dicha reglamentación debe hacerse con la intervención del Ministerio del Trabajo, Empleo y Seguridad Social (lo que es obvio, ya que se trata de un tema referido a la competencia que se le ha atribuido al mismo), "previa consulta a las organizaciones de empleadores y de trabajadores y sujetarse a los principios de la OIT". Es evidente que esta última referencia lo es a los llamados "organismos de control": Comisión de Expertos en la aplicación de convenios y recomendaciones, (CE) y Comité de Libertad Sindical (CLS).

El referido dec. 843/2000, se refiere a la identificación de los servicios esenciales, tarea que se le había delegado al PEN, mientras la actual norma los fija en forma expresa, por lo que creemos que no resulta aplicable su art. 2º, que definía como tales a: "a) los servicios sanitarios y hospitalarios; b) la producción y distribución de agua potable y energía eléctrica; c) los servicios telefónicos; d) el control de tráfico aéreo". Consideramos que tampoco resulta aplicable en la actualidad, en que ha vencido el plazo que tenía el PEN para reglamentar la ley, la disposición contenida en dicha

(26) Como lo hemos indicado, los mismos son: La Comisión de Expertos en la aplicación de convenios y recomendaciones —CE— y el Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT —CLS—.

(27) Ver CLS 1996, citado en 5, # 527 y sigtes.

norma, en cuanto habilitaba a la autoridad administrativa a calificar "como esencial a una actividad no incluida en la enumeración precedente, cuando se diere alguna de las siguientes circunstancias: 'a) la extensión y duración de la interrupción de la actividad de que se tratare pudiere poner en peligro la vida, la salud o la seguridad de la persona en toda o parte de la comunidad; b) la actividad afectada constituyere un servicio público de importancia transcendental o de utilidad pública; c) la interrupción o suspensión del servicio pudiere provocar una situación de crisis nacional aguda que hiciera peligrar las condiciones normales o de existencia de la población". Consideramos que ello es así, en tanto la norma de fondo remite dicha ampliación a una "comisión independiente integrada según lo establezca la reglamentación" y fija las condiciones que se deben cumplir para efectuar la misma.

Cabe recordar que, de acuerdo con los criterios fijados por los organismos de control de la OIT, la integración de dicha comisión por parte de personas independientes de la organización estatal, es uno de los elementos fundamentales. En la medida que dicha comisión sólo pueda funcionar en tanto el Poder Ejecutivo dicte la reglamentación, entendemos que al no haber cumplido éste con esa obligación (incurrió en una omisión, la norma fue promulgada el 18 de marzo de 2004, por lo que el plazo de 90 días corrió a partir del 26/3/2004 —art. 2º Cód. Civil—), no procede que el órgano que ha incurrido en la omisión de su deber, pueda ejercer dicha ampliación.

La referida norma reglamentaria (dec. 843/2000), establece la obligación de la parte que va a adoptar las medidas que afectan servicios esenciales, a formular el correspondiente aviso previo tanto a la contraparte, como a la autoridad administrativa del trabajo, con 48 horas de anticipación a la iniciación de la medida. Cabe entender que dicho plazo corre a partir del vencimiento de los 15 días a que hace referencia el art. 11 de la ley 14.786 (que puede ampliarse a 20 días), que corresponden al plazo obligatorio de conciliación, durante el que las partes no pueden realizar medidas de acción directa.

En cuanto se refiere al servicio mínimo, de acuerdo con esa norma reglamentaria, su determinación depende de que se la hubiere establecido o no en un convenio entre las partes. De no haberse hecho, según el art. 4º, éstas deberán determinarlo, dentro del breve lapso de 24 horas, así también como las modalidades de su ejecución y la elección del personal que prestará los servicios. De no haberlo convenido en forma total o parcial,

dichas circunstancias serán fijadas por la autoridad administrativa que, según la indicada norma reglamentaria, "deberá sujetarse a criterios de razonabilidad en función de las circunstancias particulares de la situación"; en modo alguno puede imponerse a las partes una cobertura mayor al 50 % de la prestación normal del servicio de que se trate. De haberse pactado con anterioridad cuál sería el servicio mínimo (ya sea en el convenio o con posterioridad, pero antes de realizarse las medidas de acción directa), dentro de las 24 horas de recibido el aviso respecto de la efectividad de las medidas de acción directa, las partes, por escrito, deberán fijar las modalidades de ejecución, la designación del personal, pautas horarias, asignación de funciones y equipos (art. 5º). La falta de acuerdo entre las partes, faculta a la autoridad administrativa para resolver la cuestión.

También establece la referida norma que el empleador cuya actividad va a ser afectada por la medida de acción directa, debe poner el hecho en conocimiento de los usuarios, a cuyo efecto debe detallar el tiempo de iniciación y duración de las medidas, la forma de distribución de los servicios mínimos garantizados y el de la reactivación de las prestaciones (art. 6º), así como las modalidades que han de revestir los servicios durante el conflicto, lo que deberá hacerse dentro de las 24 horas antes del inicio de la medida y arbitrar los elementos necesarios, a fin de lograr la normalización de la actividad, una vez finalizadas las medidas de fuerza.

Según el art. 7º del dec. 843/2000, las disposiciones que el mismo establece son aplicables aun en el caso que el corte de la prestación lo fuera en virtud de un paro nacional de actividades u otra medida similar. Por su parte, el art. 8º establece que la omisión de recurrir a la instancia obligatoria de conciliación que establece la ley 14.786, o el incumplimiento de disposiciones fijadas por la autoridad de aplicación, da lugar a las sanciones establecidas en las leyes 23.551 (Adla, XLVIII-B, 1408) (de asociaciones profesionales de trabajadores), y 25.212 (Adla, LX-A, 20) (que fija las sanciones correspondientes a los ilícitos administrativos laborales en que incurrir los empleadores).

El incumplimiento por parte de un trabajador de prestar las tareas que debe brindar respecto del servicio mínimo, debe juzgarse, en cada caso, de acuerdo con la gravedad de la falta cometida (28).

(28) Según el art. 8º, párrafo 2º del citado dec. 843/2000, el referido incumplimiento debe juzgarse de acuerdo con "las disposiciones legales, estatutarias o convencionales" vigentes.

III. Conclusión

De acuerdo con nuestro régimen legal, la huelga constituye un derecho "garantizado a los gremios" (art. 14 bis, 2º párrafo, Constitución Nacional). Conforme el actual criterio predominante, se trata de un derecho de carácter colectivo, pero de ejecución individual, por lo que, previamente a que pueda efectivizarse, se requiere una declaración de la situación de huelga por el órgano que representa los intereses del grupo. Una vez efectuada, los trabajadores pueden abstenerse de la prestación de su débito laboral a que se hallan comprometidos en virtud de una relación de trabajo, sin que ello configure un incumplimiento contractual.

En la actualidad, luego de la evolución operada al respecto —fenómeno que no sólo se dio en nuestro país, sino también en otros—, se considera que la situación corresponde al ejercicio de un derecho que debe ejercerse dentro de su ámbito propio y, una vez agotado se da lugar —por los organismos que representan los intereses de los empleadores y de los trabajadores—, al llamado procedimiento obligatorio de conciliación que establece la ley 14.786. Se considera legítimo el ejercicio de ese tipo de presión (a fin de tonificar el reclamo formulado por los trabajadores a través de su organización profesional), lo que coloca al empleador en una situación que, normalmente, lo lleva a incurrir en un incumplimiento de las obligaciones que ha contraído con terceros (sus clientes), a cuyo efecto, entre otros, ha concertado las relaciones laborales que en la práctica se hallan suspendidas en su ejecución.

La tendencia actual —no sólo en nuestro país sino en el orden internacional— se expresa en el sentido de que las propias partes involucradas en el conflicto (organizaciones de trabajadores y de empleadores) solucionen la cuestión a través de una negociación. A tal efecto, nuestra ley positiva, a través de la Administración Laboral, les ofrece una serie de alternativas, entre ellas, recurrir a los Servicios de Mediación, Conciliación y Arbitraje que, conservando su propia autonomía, deben funcionar dentro del ámbito del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, cuya organización, así como funciones y normas de procedimientos, debe establecer la reglamentación (que aún no se ha dictado; art. 7º ley 23.546 (Adla, XLVIII-A, 51), modificada por el art. 23 de la ley 25.877).

En cuanto se refiere a la oferta de bienes y servicios que se realiza al mercado, el ejercicio del derecho de huelga puede provocar graves anomalías. Al efecto, para paliar esa consecuencia, se han utilizado diversos

mecanismos a fin de dar solución al conflicto y restablecer la normalidad del régimen de provisión de bienes y servicios a la comunidad. El primero de ellos, no siempre cumplido en la práctica, es la prohibición de recurrir a medidas de acción directa o sea, a "todas aquellas que importen innovar respecto de la situación anterior al conflicto". De darse esa situación, la respectiva autoridad laboral —que puede actuar de oficio "cuando lo considere necesario en atención a la naturaleza del conflicto"— debe "intimar, previa audiencia de partes, se disponga el cese inmediato de la medida adoptada", con lo que da comienzo al período obligatorio de conciliación (arts. 2º y 8º, ley 14.786).

La referida autoridad laboral a la que la norma designa como mediador (art. 4º, ídem) (29) puede "disponer la celebración de las audiencias que considere necesarias para lograr un acuerdo" (art. 3º, ídem). De no lograrse un avenimiento, puede "proponer una fórmula conciliatoria, y a tal fin estará autorizada para realizar investigaciones, recabar asesoramiento de las reparticiones públicas o instituciones privadas y, en general ordenar cualquier medida que tienda al más amplio conocimiento de la cuestión que se ventile" (art. 3º, ídem). De no admitirse la misma, "el mediador invitará a las partes a someter la cuestión a arbitraje" (30). De aceptarse éste, las partes deben suscribir el correspondiente compromiso en el que deben constar: "los puntos en discusión", si se ofrecerá o no pruebas y, en su caso, término de producción de las mismas; plazo en el que deberá expedirse el árbitro", el que "tendrá amplias facultades para efectuar las investigaciones que fueren necesarias para la mejor dilucidación de la cuestión planteada" (art. 5º, ídem).

El respectivo laudo arbitral, que la norma designa como "sentencia arbitral", debe ser dictado en el término de 10 días hábiles, prorrogables si se dispusieran medidas para mejor proveer y tendrá un plazo mínimo de

(29) En doctrina, se suele distinguir entre el proceso de conciliación y el de mediación. En el primero, la función de la persona que ejerce el cargo, se limita a poner las partes en contacto, tratando de evitar las causas que lo impiden. En la mediación, además de esa función, el mismo propone pautas para alcanzar un arreglo.

(30) Se distingue entre el de carácter voluntario, al que las partes libremente acceden, y el obligatorio. En este caso, es la Autoridad Laboral, la que dispone que el conflicto se resuelva a través de esa vía. De darse esa situación, las partes pueden convenir los puntos sobre los que debe laudar el árbitro. De no hacerlo, esa tarea queda a cargo de la Autoridad Pública. En la actualidad, este régimen no es aplicable en el ámbito de las relaciones colectivas de trabajo.

vigencia de 6 meses". Contra el mismo, sólo se admite el recurso de nulidad "fundado en haberse laudado en cuestiones no comprendidas o fuera del término convenido". Dicho laudo tiene los efectos propios de las convenciones colectivas de trabajo (arts. 5º a 7º, ídem).

La autoridad laboral en los casos en que se hubieren producido medidas de acción directa antes de haberse agotado el referido período obligatorio de conciliación, tiene facultades para disponer "que el estado de cosas se retrotraiga al existente con anterioridad al acto o hecho que hubiera determinado el conflicto"; la vigencia de tal medida se proyecta durante el período obligatorio de conciliación (que puede alcanzar a 20 días) (art. 11 ley 14.786). Dicho procedimiento no se aplica con respecto al régimen de trabajo a domicilio (ley 12.713 —Adla, I, 57—) y el agrario al que hacía referencia la ley 13.020 (Adla, VII, 354), que ha sido sustituido por la 22.248 (Adla, XL-C, 2427) (art. 14, ley 14.786).

Se suele considerar que la cuestión queda finiquitada con el laudo arbitral, aunque el mismo debe ser acatado por las partes, las que deben asumir el compromiso que surge de la relación contractual (dar y recibir trabajo). De no hacerlo, proceden las medidas propias del derecho individual del trabajo, o sea, en el caso del trabajador, previa intimación al empleador a que cumpla su débito, a darse por despedido y, por parte del empleador, previa intimación, a considerar resuelta la relación en razón de una causa imputable a la otra parte (arts. 242 y 244, LCT —Adla, 1974-D, 3207—).

Sin embargo, la situación puede proyectarse hacia el futuro, lo que ha dado lugar a que en algunas situaciones se haya llegado —como ocurrió en la Argentina en la década de los '50— a disponer la militarización de los trabajadores, en virtud de lo cual, el débito laboral con base en un contrato de trabajo, se transformó en uno de carácter público.

Las reglas que sucesivamente han ido elaborando los organismos técnicos de la OIT admiten para casos excepcionales, en que puede ponerse en peligro la vida o la salud de las personas, el bienestar de todo o parte de la población, así como en situaciones de crisis nacional aguda o cuando se trate de servicios públicos de importancia transcendental para la comunidad (a las que nos hemos referido en el Cap. I) a que, previa adopción de "garantías compensatorias en forma de otros posibles procedimientos para la solución de los conflictos", se adopten medidas que pueden llegar hasta la prohibición de las huelgas, e incluso la requisa del personal.

Respecto de los referidos servicios esenciales, cabe distinguir entre los que lo son por su propia naturaleza (entre otros, el hospitalario, provisión de electricidad, de agua), de aquellos otros que de suyo no lo son, pero que pueden convertirse en tales, en razón de la duración de la huelga o por adquirir la misma "tal dimensión que pueden correr peligro la salud, la seguridad o la vida de la población". En los casos referidos a los llamados servicios esenciales y en cuanto se refiere al personal que debe integrar los servicios mínimos, "es decir,... limitado a las actividades estrictamente necesarias para cubrir las necesidades básicas de la población o satisfacer las exigencias mínimas del servicio, sin menoscabar la eficacia de los medios de presión" (31), los trabajadores pueden ser compelidos a la realización de la tarea, con lo que en la práctica, el ejercicio del derecho de huelga, que implica, en forma directa, una presión sobre el empleador e, indirectamente, sobre la comunidad (en cuanto se deteriora el servicio de provisiones), queda limitado.

En el caso, ante el grave conflicto que se plantea entre el interés de la comunidad y el de los trabajadores, con las correspondientes garantías, se privilegia el de aquélla. ♦

(31) Ver CLS 1996, citado en 5, # 544.

LA IMPUTACIÓN EN EL DERECHO

POR EDUARDO AGUIRRE OBARRIO (*)

SUMARIO: I. Introducción. — II. Motivos de algunas modificaciones en derecho y de su adopción por otras ramas. — III. Sobre la imputación, en el derecho. — IV. Versión de Ortolan. — V. Adecuación social y riesgo permitido. — VI. La llamada imputación objetiva. — VII. Claus Roxin. — VIII. Gunther Jakobs. — IX. Conclusión. — X. Apéndice. — XI. Bibliografía.

I. Introducción

Me había propuesto tratar un tema que varios académicos han venido poniendo sobre el tapete. Es el de la unidad del derecho. Buscaba ejemplos de instituciones que se repetían en las diversas ramas, a veces con nomenclatura diferente, para mostrar que, aunque se manifestaran pequeñas diferencias, su papel era esencialmente el mismo. Y había pensado referirme, al final, a uno de ellos, la imputación, principalmente porque es el asunto del cual se viene ocupando la literatura penal de los últimos veinte o treinta años con más asiduidad.

Según mi costumbre, empecé a buscar qué decían antiguos autores. Y me encontré con varias sorpresas. Algunas se referían a los temas que específicamente tenía en mente. Pero otras no. Así, me llamó la atención, en una obra un poco anterior a la Revolución Francesa, que se dijera que tras discurrir sobre interpretaciones del derecho había que tomar en cuenta las oportunidades que el derecho tiene de imperar en la práctica. Es decir que debíamos considerar las cosas que ocurren.

(*) Comunicación efectuada por el Académico, en la sesión privada del 22 de julio de 2004.

Esa obra (1) era de Aloysi Cremani, que venía siendo profesor en la Universidad de Pisa, y pasa por ser el fundador de la escuela toscana de derecho penal (2). Por ese motivo, revisé también los trabajos de un famoso discípulo suyo, Giovanni Carmignani, que continuó la obra del maestro y la perfeccionó.

Carmignani retoma y desarrolla la idea en sus "Leyes de seguridad pública" (utilizo *Leggi di Pubblica Sicurezza*, 4 tomos, Nápoles, dell'Ariosto, 1843, pero la edición original es de 1831-1832). En el Libro III, Parte III está el Capítulo VIII. *Distinción de la policía de derecho y de la policía de hecho, y conexión de la defensa preventiva con el método judicial*.

Allí se lee (la bastardilla es de Carmignani; el encomillado simple, mío).

"Todos los medios de la defensa preventiva considerados hasta aquí parten de la mano de la ley, y de las instituciones que ella sola puede crear. Pero 'la ley espera de la fuerza del hombre su verdadero imperio'. Si se imagina un estado rico en buenas leyes, instituciones excelentes, pero mal operadas o inoperables, este estado rejunta a un grupo de 'bellas figuras humanas' pintadas en un cuadro, las cuales, llamadas a socorro de un hombre en peligro de perder su vida, 'no responden ni se mueven'.

"El aparato de una fuerza militar en el estado puede dar idea de su poder contra un enemigo extranjero, pero significa poco para el poder que es necesario desplegar contra el enemigo interno del orden de la ciudad. 'Una magistratura justa, imparcial', dispuesta a hablar solo como lo haría la ley, si pudiese, puede asegurarnos de los asesinos legales, pero 'nada puede asegurar contra los ladrones de la calle'.

(1) De iure criminali, 3 tomos, Ticino, Petri Galeati, 1791, en el Proemio. Allí cita a FILANGIERI, Scienza, Libro 4. También el asunto se repite en otra parte de la obra: "Prolegómenos al universo del derecho criminal". Trae citas de Voltaire, Bacon y Montesquieu, en sentido parecido.

(2) En cuanto a la escuela toscana, después de Carmignani continúa con Carrara. Es sabido que en esa Escuela todos luchan por mayor libertad para los ciudadanos y tratan de limitar la acción de la ley penal a lo mínimo, dentro de lo razonable. Cuando después Ferrí habló de la "escuela clásica", tomó algunos de los principios toscanos, otros de la escuela napolitana (y alguno más), los amontonó y sostuvo que eso era la mencionada "escuela clásica", que no existía. Hecho esto, combatió esos principios. Así las cosas son más fáciles.

"La ley busca su propia fuerza en la del hombre, sea que se proponga *prevenir*, sea que se proponga *reprimir* la ofensa con el temor.....pero siempre necesita que de su ejecución infaltable nazca la fuerza moral que debe tener sobre los ánimos.....siempre necesita de la fuerza del hombre para un tercer objeto..... Este tercer objeto consiste en 'instituir un sistema de vigilancia y de fuerza, la cual, confiada totalmente al hombre, descubra y suprima, cuando existen, las causas de ofensa que ni la defensa preventiva ni la represiva han podido impedir que existan'.

"Es este un medio de defensa de hecho, la cual se ejercita en circunstancias que ni la prudencia humana ni las leyes pueden prever. Se puede entender bien la preferencia a dar a un medio que impide que la ofensa se cometa, en lugar de un medio que castiga después que ella se ha cometido. ¿Pero cómo instituir, o regular, este medio si la ley no abandona todo a la *prudencia* del hombre?

.....

"La historia enseña que....allí donde la defensa de hecho, que una policía vigilante y activa suministra al orden de la ciudad, es despachada (rigettata) como peligrosa para la independencia individual del ciudadano, ni la defensa preventiva ni la represiva, que la ley por sí comparte, es suficiente para dar la seguridad de la que el hombre tiene necesidad en las grandes y populosas agregaciones políticas, y la ofensa, riéndose de lo que provee o de la ley que se muestra impune, y deja impunes los derechos ajenos.

Luego vienen los consejos acerca de reglas que conviene seguir para que la policía no se exceda en sus funciones y no perjudicar en demasía la libertad individual".

Así que seguí ese consejo y me pregunté ¿qué es lo más importante que ocurre hoy en el país en cuanto a hechos penales?

Hay demasiados secuestros, por más que se presenten como cosa menos grave adjuntándoles el adjetivo de *express*. Hay muchos hurtos, robos, violaciones y corrupción. Hay piquetes, comisarías tomadas, piqueteros muertos y demasiados policías muertos, secuestrados muertos, mujeres violadas muertas. Hay tomas de ministerios, ataques a edificios legislativos y etcétera, etcétera. Y existe una posición del go-

bierno o de cómo se obedecen sus órdenes con que hubieran disentido los viejos autores que recién cité (3).

Pero yo observo que todo ese conjunto de datos constituye una masa de noticias penales constante y de tal volumen que, transmitida con algunos defectos por los medios, va produciendo cierto acostumbramiento a la delincuencia. Y del mismo modo que durante una campaña militar llegan cientos de heridos a la carpa que hace las veces de hospital -pero no hay lugar para lamentaciones porque si el médico llora, no salva vidas- del mismo modo la sociedad se asombra y se sacude, pero se acostumbra.

Es que la noticia penal se ha banalizado. Y esta es una primera característica, gravísima, pero que nadie menciona (4).

Una segunda característica es que las noticias sobre la criminalidad se dan con frases pegadizas, fáciles de repetir. Y así van entrando en las mentes siguiendo la mejor técnica de propaganda, típica de los productos comerciales, que evidentemente ha sido copiada en política, como mi generación vio que sucedía desde los tiempos de Hitler. Lo curioso es que el método se ha extendido al campo del derecho, principalmente el penal.

Ahora oímos que los ladrones entran por una puerta de la comisaría y salen por la otra, mientras bastantes hablan de tolerancia cero... Que hay que aumentar las penas... Gatillo fácil... Que la policía es represora... Que no voy a reprimir. Sabemos que esas frases expresan políticas encontradas, y que está operando el trabajo mental de la propaganda en uno u otro sentido. Y esto también es socialmente grave.

A veces uno tiene la sospecha de que las mismas palabras se usan con diferente significado, o simplemente no se sabe qué significan.

Estas y otras cosas me sugería la búsqueda de antecedentes para este trabajo. Y las incluyo para que se vea que, no obstante tratarse de un tema técnico, siempre conviene tenerlas a la vista. Y más en los tiempos que corren. Así que paso al asunto.

(3) En el momento en que se estaba produciendo esta comunicación, hubo cambio del Ministro de Justicia (que ahora también es de Seguridad), del Secretario de Seguridad y del Jefe de la Policía Federal.

(4) Pronto saldrá un artículo sobre el tema de la banalización, que preparé para la Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires (VI/2004). Aclaro que el criminólogo GEORGES PICCA aplicó al mismo fenómeno, en Francia, la voz trivializar.

II. Motivos de algunas modificaciones en derecho y de su adopción por otras ramas

Muchas veces ocurre, en cualquier rama jurídica, que se advierte la necesidad de encontrar una distinción.

Con ella se espera solucionar un problema que puede ser creado por muy diversas circunstancias. Mejorar la interpretación, encarar un cambio producido por la naturaleza o por inventos o descubrimientos. O también porque se advierten nuevos modos en la actuación de la gente. Por eso se ven, por ejemplo, esos nuevos contratos con nombres que al principio parecen exóticos, y después leemos las obras jurídicas sobre ellos. Primero aparece la computación, las transmisiones y los virus, y después llega el derecho.

Cuando por alguna de estas razones los juristas crean distinciones, generalmente le dan un nombre.

En los primeros momentos se supone que la distinción es propia de la rama jurídica donde se advirtió la necesidad. Pero tiempo después se nota que, a veces, lo mismo o algo muy parecido había sido encarado por doctrinas muy anteriores o en alguna otra rama. Y probablemente, con algún otro nombre.

También, a veces, se nota que ese descubrimiento es importante para otra rama del derecho, y se lo repite o adapta.

De modo que la doctrina tiene una serie de nociones comunes, que pasan de una rama a otra. Aunque a veces nos damos cuenta y a veces no.

Pero todo contribuye a apuntalar esa unidad de principios que venimos aludiendo.

Tras estas aclaraciones, paso rápida revista a ciertos temas que creo que campean por todo el derecho. Se trata, por supuesto, de una selección.

1) Sobre la capacidad

¿Cómo empezaban los libros clásicos de derecho civil? Tras alguna definición, explicaban qué era una persona. Y enseguida, consideraban su capacidad.

¿Cómo empezaban los de derecho comercial? Por quiénes podían comerciar, y su capacidad. Y si preferimos hablar del derecho empresarial, la cosa comenzará, naturalmente, por lo que es la empresa.

Es claro que es posible que la capacidad sea distinta en una u otra rama del derecho. O que una misma rama requiera diferentes capacidades, según el tipo de actos (5). Por eso hay una capacidad para casarse, una capacidad para testar, una capacidad para comprar y para vender, para responder por hechos ilícitos. Hay una capacidad para jubilarse, para votar, para ser obrero, senador, juez, diputado, presidente.

Pero esa diversidad no nos puede engañar. La institución de sujeto de derecho, y la capacidad, siempre existen.

¿Y qué ocurriría si alguna rama del derecho llamara *ypsilon* a la capacidad? Está claro que sería una innovación sonsa, porque todos entienden cuando se dice capacidad, y tendrían el problema de ir a averiguar qué significa *ypsilon*.

Por eso, cuando un civilista se encuentra con el caso de un loco de remate que contrata, dice que es un incapaz. Un comercialista dice que es un incapaz. Los estudiosos del derecho del trabajo, de la navegación, de minería, del derecho administrativo, todos dicen que es un incapaz.

Pero pregúntele a un penalista y corren el riesgo de escuchar que el loco es un *inimputable*, aun cuando no hay la menor duda de que se trata de un incapaz, también para el derecho penal. Por eso Carnelutti dijo que "Quien tenga algún conocimiento de teoría general del derecho comprenderá lo oportuno de usar para este fin el vocablo capacidad" (*Teoría general del delito*, p. 84) (6).

(5) En la nota 6 puede verse que CARNELUTTI aplicó este enfoque al Derecho penal. En efecto, además de referirse a la capacidad en general, por mente o edad, destaca que hay delitos que reclaman ciertas notas que necesariamente deben caracterizar al sujeto. Así, para cometer quiebra fraudulenta hay que ser comerciante, para cometer exacción ilegal hay que ser funcionario. También incluye la reincidencia. La doctrina penal llama al caso del comerciante o funcionario sujeto propio. No dice capacidad, pero Carnelutti tiene razón.

(6) Hay que advertir que CARNELUTTI agrega en su capítulo sobre capacidad ciertas particularidades, como las características que algunas figuras reclaman en el sujeto activo (parentesco, funcionario, comerciante) y algunas más (reincidente, en estado de ebriedad, etc.). Son apreciaciones muy inteligentes y originales.

Llamar "inimputable" al loco, en lugar de incapaz, es una tontería penal (7).

Esto puede tener cierta explicación, pero no es buena (8). Ya lo advertió entre nosotros Jorge Frías Caballero, cuando corrigió el título de su soberbio estudio sobre la Imputabilidad, cambiándolo por el de Capacidad penal. Y varios ya lo están comprendiendo (9).

2) Sobre las obligaciones

Claro que es una de las cuestiones troncales del derecho. Pero uno se siente inclinado a creer que es algo propio del derecho civil (10). Aprendimos que el delito era una fuente de obligaciones, pero en el derecho penal nadie nos enseñó que el delito, en sí mismo, es una obligación. Y me parece evidente que todo delito es una obligación que no se cumple.

Tampoco es corriente advertir que el régimen de las obligaciones está dispuesto por la Constitución, allí donde se dice que *nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe*. Lo que en otras palabras significa que hay veces en que la ley impone la obligación de hacer algo, y otras veces prohíbe hacer algo, es decir que impone la obligación de no hacer eso (que prohíbe).

Los penalistas se inclinan a mencionar este asunto, no como obligación, sino como teoría de *las normas*. Sobre todo a partir del monumental libro de BINDING que lleva ese título. Pero esas normas, cualquiera sea su

(7) Algunos penalistas tientan diferenciar el sujeto incapaz del sujeto "inimputable". Me parece un error.

(8) La palabra "imputabilidad" se refiere a las circunstancias que deben concurrir para que algo se pueda atribuir a alguien. Comprende una cantidad de requisitos; uno de los cuales es la capacidad. Por eso en el Código Penal la capacidad está tratada en un inciso de un título que lleva el nombre de Imputabilidad. Aunque los demás casos del capítulo se refieren a otras cuestiones, de todos modos hubo quien no encontró mejor cosa que llamar "inimputables" a menores y dementes, en lugar de incapaces. Algunos creen que así están construyendo nociones técnicas importantes.

(9) Es claro que ahora se publican muchos libros sobre el tema de la "imputación objetiva" y como esto no tiene nada que ver con los problemas de la capacidad penal, sino que trata de requisitos para la imputación, por lo menos es algo que contribuye a apartar el término imputabilidad con significado de capacidad, porque puede confundir.

(10) Creo que si se lee atentamente la nota que Vélez Sarsfield puso a la cabeza del Libro II, se ve que habla de las obligaciones: como noción común a todo el derecho. Por otra parte es también la idea de Savigny.

versión (la de Binding o cualquiera más actual, como la de Kelsen o la de Kaufmann) están en el campo de las obligaciones.

Ese artículo 19 generalmente se menciona de pasada en Derecho Civil (11). Y por los penalistas poco y nada, prefiriendo nombrar teorías alemanas, italianas o españolas para caracterizar diferencias entre los delitos (12). Dicen, por ejemplo, que los delitos son de acción, de omisión, y de comisión por omisión (que algunos prefieren llamar de "omisión impropia") (13).

Puede ocurrir que la ley obligue a hacer algo, y no lo hagamos. En eso consiste el incumplimiento de esta obligación legal. No tiene nada que ver con moverse o no moverse, porque no cumplimos la obligación de hacer algo tanto si nos quedamos muy quietos como si nos ponemos a hacer cualquier otra cosa. Que es lo que más corrientemente ocurrirá.

Cuando la ley obliga a hacer algo, la doctrina llama, a *no hacerlo*, una omisión. Pero es la omisión de no hacer *eso*, y no significa necesariamente omitir movimientos. Se trata del *incumplimiento* de una obligación de hacer.

(11) Como es sabido, el CC, 495, dice: Las obligaciones son de dar, de hacer o de no hacer. Pero es claro que la obligación de dar es una de las maneras de hacer, que consiste en hacer una modificación en el derecho sobre una cosa. Lo dice Vélez y también Savigny en su libro *Obligaciones al tratar del objeto de ellas*.

(12) Empleo la palabra "delito" porque es natural, aunque tiene varios significados. Me refiero a los delitos estructurados por la ley, es decir a lo que en castellano se llama figura delictiva. Pero evito discutir con los que creen que "figura" equivale a lo que Binding denominó *Leitbild*. El *Leitbild* es un "cuadro conductor" y, si uno prefiere, "figura conductora", pero eso no es "figura de delito". El *Leitbild* es un conjunto de rasgos comunes a varias figuras de delito. Puede servir para interpretar mejor una figura del conjunto. Lo que llamamos "figura" es un *τύπος*, en griego, o *typus*, en latín, equivalente a un prototipo en castellano, y no tanto a un "tipo" como es corriente decir.

(13) Los delitos propios e impropios se diferencian en que, unos, tienen todas las características señaladas por la ley romana clásica, y los otros son algo parecido (recuérdese que no existía lo que llamamos tipicidad). Así, el hurto propio es a) de una cosa mueble; b) ajena; c) que está en poder de alguien que no es el ladrón; d) la acción consiste en "apoderarse", "substraer", "concrectar", según las diferentes legislaciones; e) para tenerla bajo el propio dominio (y según otros, para lucrar con ella). Hay muchos hurtos impropios. Si se dan todos los elementos menos el c), es decir que la cosa ajena está en poder de quien se apodera de ella, es el caso del que recibió algo en préstamo o alquiler, o el que tiene el objeto prendado (de él, prenda agraria), y resulta que lo hace suyo, es decir lo esconde, no lo devuelve cuando es debido, lo vende, lo regala. Entonces hay un hurto impropio (nuestra doctrina le llama apropiación, o retención, indebida). Si la cosa está en poder de otro, debidamente, y es el dueño quien la birla, es otro hurto impropio, y así lo llamamos ahora. Si yo solamente quiero usar la cosa y devolverla, no será para tenerla bajo mi dominio, y es otro hurto impropio, que hoy llamamos hurto de uso.

Del mismo modo, puede suceder que la ley prohíba hacer algo, pero lo hagamos, moviéndonos poco o mucho. Es claro que es más corriente que las cosas que está prohibido hacer, se hagan desplegando movimiento. Por eso estos delitos se llaman de acción. Sin embargo, es evidente que puedo matar un bebe no dándole alimentos, y se tratará de una manera de infringir la obligación de no matar, tan eficaz como clavarle una daga en el corazón. Igualmente puedo adoptar el papel de "ocupado en algo" (lo que es actuar) para conseguir así —no haciendo lo que se supone que haría quien esté ocupado en eso— violar una disposición que prohíbe hacer justamente eso. Se comprende fácilmente que si tomo a mi cargo controlar la presión de una caldera, y un buen día se me ocurre causar su explosión (que es lo prohibido), me bastará no tocar la válvula que estaba a mi cargo, para producir el desastre. Esto puede ocurrir con enfermeros, médicos, administradores, cuidadores, etc.

De todas maneras, el derecho constitucional argentino no admite otro tipo de obligaciones impuestas por ley, y por lo tanto no admite delitos de otra categoría. Nótese que el propio Vélez Sarsfield lo dice claramente en su nota al Libro II, Sección segunda, Título 8.

Es claro que este artículo 19 no tiene antecedentes comparados. No aparece en la Constitución alemana, ni en la española, la francesa, la italiana, ni las de América. Por eso los autores de esas latitudes no traen la referencia constitucional.

En resumen, creo que hay una tremenda confusión en creer que cuando la constitución obliga a *hacer* algo, uno viola el mandato cuando no se mueve, ni viceversa.

Llamar a este caso de otra manera es infiltrar una característica que no figuraba en la clasificación. Porque la clasificación se refería a cómo están impuestas las obligaciones, y no al movimiento. Es lo mismo que, si hablamos del pelaje de los caballos y decimos que hay tordillos, alazanes, bayos, no podemos incluir a los caballos de tiro.

3) Sobre la *ilicitud*

Esta palabra se refiere, en general, a una contradicción entre lo que el derecho dispone y lo que alguien hace. Presupone, también, la idea de obligación. Siempre se trata de una obligación que no se cumple.

Lo cierto es que, i-licito se dice también de otras maneras, como i-legal, i-legítimo, a-normal, in-justo, anti-jurídico. Tienen significados muy parecidos (14).

Curiosamente, los penalistas prefieren hablar de antijurídico y antijuridicidad, y no de ilícito o ilicitud. Algunos, por influencia de la terminología de ciertos autores alemanes, creen que la antijuridicidad se refiere a todo el derecho, mientras que la ilicitud es la propia de cada rama. Sobre esto puede hablarse mucho, pero es evidente que es una manera de eludir un problema. Cualquiera podría decir, al revés, que la ilicitud es general para todo el derecho, y la antijuridicidad es penal o de cualquier rama. Y no hay ningún argumento posible que favorezca a una u otra forma de hablar. Aunque ¿el delito es un concepto jurídico antijurídico?

4) *Sobre la relación de causalidad*

No me ocuparé de este tema, pero cada uno de nosotros sabe que en varias ramas del derecho se utiliza la relación de causalidad para fundamentar alguna responsabilidad (15). Trataré un aspecto de esto después.

Sin perjuicio de ello, señalo que los penalistas tratan el tema como si los artículos 901 a 906 del Código Civil no existieran. Aunque su doctrina, como la llamada de la causalidad típica, hacen uso de esos principios (16).

(14) Los alemanes dicen *illegal*, *gesetz-widrig* (contra-ley), *un-gesetlich* (a-legal), *widrechtlich* (contra lo derecho), *ver-bieten* (prohibir, de contrario a ofrecer), *Verbot* (prohibición), *Verbrechen* (crimen o delito, de brechen, quebrar, partir, violar), *regelwidrig* (contra la regla), *Un-recht* (no derecho) y *Rechtswidrig* (contra derecho).

(15) Es claro que una cosa es la expresión "causa" y otra la relación de causalidad. Todos hemos estudiado el problema de si el artículo 499 se refiere a la causa-fuente o causa-fin, por ejemplo. Esta complicación terminológica se debe a que, propiamente hablando, la causa está en el pasado, es un hecho anterior, mientras que el fin está en el futuro. Lo que ocurre es en el pasado también está el motivo (que es algo de lo que generalmente no habla la doctrina general jurídica). Y en la motivación se presenta la idea del fin, y es ella que juega en el motivo, junto con otras cosas. La explicación de VON IHERING, al principio de El Fin en el Derecho, es que "la razón determinante pertenece aquí también al presente; lo determinante precede cronológicamente a lo determinado por ella, es representación viva en el que obra y lo mueve a la acción (el fin), pero el contenido de esa representación forma lo futuro, lo que quiere lograr el que obra." (t. I, cap. I, p. 25, traducción de Diego Abad de Santillán, México, Cajica, 1962)

(16) La teoría de la causalidad típica afirma que, muchas veces se pueden obtener, de la tipicidad (es decir de características de la figura), datos que permiten aplicar a esa figura determinada teoría de la causalidad, diferente de la doctrina aplicable en otra. Me parece

5) *Sobre los derechos difusos, derechos subjetivos y el bien jurídico*

Creo que no es preciso repasar la historia de los derechos subjetivos, ni la antigua discusión acerca de si pueden haber derechos subjetivos públicos. Mas lo cierto es que, en el mejor de los casos, se admitían derechos subjetivos individuales, quizás familiares, y tal vez públicos. Pero no derechos subjetivos de la sociedad (llamando sociedad al conjunto indeterminado de personas, con independencia de su organización jurídica). Se diferenciaba un Estado, una Provincia, un Municipio, de una comunidad (es decir, de los habitantes de un lugar, los vecinos; o el grupo que tiene ascendencia italiana, o los masones). Ni en sueños se pensó que ellos tuvieran, como conjunto, derechos subjetivos.

Ahora, un poco porque hay leyes contra la discriminación racial, y otro poco por obra del papel que está cobrando el ambiente, se empezó a descubrir eso que llaman "derechos difusos", que tiene relación con el asunto.

Yo noto que es el mismo problema que había tratado de solucionar el Derecho penal hace poco más de un cien años, aunque la cosa venía de siglos atrás.

Desde tiempo inmemorial el hombre tembló ante los desastres naturales. Terremotos, maremotos, volcanes, trombas, inundaciones, incendios, explosiones, pestes y plagas.

Por eso castigaron con las peores penas imaginables a las personas que ocasionaban algo parecido. Es decir castigaron el delito de incendio, naufragio, inundación, contagio de pestes, envenenamiento de la fuente de aguas para la población. En tiempos de los faraones, había pena de muerte para el que cortaba un sauce plantado sobre una represa (17). Después vino la piratería y las explosiones.

claro que cuando el artículo 186,5º dice "si el hecho fuere la causa inmediata de la muerte de alguna persona", no hay duda de que causa inmediata no se refiere a la teoría ni de equivalencia de condiciones, ni de la causalidad adecuada. Del mismo modo, cuando se trata de la relación de causalidad de un hecho culposo, es natural y elemental restringir la causalidad, en comparación con el mismo hecho cuando es doloso, máxime si media dolo directo. Por eso la Cámara del Crimen de la Capital siempre sostuvo que, en el homicidio culposo, la relación exigía causa eficiente, directa y adecuada. En algunos casos agregó un calificativo más.

(17) Porque las raíces del sauce contribuían a asegurar la pared de tierra.

Esas cuestiones figuraban en leyes especiales, y nadie las discutía ni se preocupaba de hablar de derechos subjetivos ni cosas parecidas.

Hasta que llegaron los juristas con su afán de clasificar las cosas y dijeron que los delitos se diferenciaban según los derechos subjetivos que afectaran. Sin embargo se encontraron con el problema de que algo podían decir del derecho subjetivo de la vida, la salud, el honor, la libertad o la propiedad de la gente, pero en cuanto a epidemias y desastres nada parecía bien encasillado.

Entonces alguien tuvo la idea de caracterizar la esencia de los delitos y, consecuentemente, la pauta de clasificación, de otra manera. Se utilizó una noción parecida, pero algo diferente a la de derecho subjetivo.

Esa idea fue la del bien jurídico, derivada de la noción de interés, que incluía Von Ihering (18) al definir el derecho subjetivo como un interés jurídicamente protegido. La novedad es que el objeto del delito no consista en un derecho (subjetivo) sino en un interés que la sociedad o el individuo ya tienen por algo. *Interés*, lógicamente, es una actitud mental. El interés se tiene por algo. Para explicar qué es ese "algo" los penalistas, y los economistas, parten de la noción de "necesidad", que es una suerte de exigencia de la vida humana, en cualquiera de sus aspectos, es decir el orgánico, el psíquico, el social, individual, afectivo, material, cultural. Puede referirse a un estado, una relación, un sentimiento, un acontecimiento, cosas, acciones y omisiones. Y cualquiera de estos objetos que consideramos pueden satisfacer una necesidad es llamado un bien. Cuando se sabe que un bien satisface una necesidad, entonces existe un conocimiento que se denomina *interés* (19).

(18) El Espíritu del Derecho Romano, t. 3, al principio.

(19) No hay que confundirlo con el deseo, que implica la voluntad, motiva la intención de conseguir el bien. Sabemos que hay muchas cosas que son bienes pero no las deseamos.

No trato en el texto la importancia del bien jurídico para que el derecho penal no sea totalitario, pero es básica. En síntesis, la doctrina sostiene que es preciso que algo sea considerado un bien por una sociedad y los individuos que la componen. Una vez que eso sucede, puede la autoridad disponer por ley la creación de un delito que consista en perjudicar o poner en peligro ese bien, destacar ciertas características necesarias y fijar una pena. En otras palabras, el bien así considerado por la sociedad y los individuos debe ser aceptado en general y, posteriormente, la ley penal lo reconoce. Así se convierte el bien en jurídico.

Es básico que el interés protegido sea preexistente y no fabricado por el legislador, porque esa característica del bien jurídico es la propia de un sistema democrático y favorable

Es claro que pueden clasificarse los intereses y también los bienes.

En cuanto a quién tiene interés en el bien jurídico, en general se acepta que pueden ser el individuo, la familia, la sociedad, el estado, la comunidad de estados (20). Y es por esta vía que la teoría del bien jurídico, en cuanto a su función clasificatoria, impone los grupos de delitos que llama contra la seguridad pública, o la incolumidad pública, o la seguridad común, con lo que se quiere significar la seguridad de la vida, la salud, las propiedades y la comunicación, propias de un conjunto de personas, es decir de parte de la sociedad (un grupo de estos delitos se denomina delitos contra la salud pública). Es evidente que a este grupo pertenecen los casos actuales que se refieren a degradación del ambiente. También se incluye otro grupo llamado de delitos contra la tranquilidad pública, y a veces con el nombre más equívoco de orden público (21). Aquí se trata del orden que debiera existir en "el público", es decir en el movimiento y tráfico social, que se ve alterado por gritos como *¡fuego!* en una reunión, porque se sabe que están actuando bandas que cometen delitos, y algunos pocos ejemplos más (22).

III. Sobre la imputación, en el derecho

Yo creo que es un principio común a todo el derecho sostener que la imputabilidad se refiere a los hechos relacionados con una persona de tal manera que pueda afirmarse que ese hecho le pertenece, es propio, lo quiso. En derecho civil se dice que es un *acto* y reclama discernimiento, intención y libertad. Discernimiento es una posibilidad de valoración de

a la libertad. Cuando el derecho penal coloca como objeto del delito solamente a la violación de la ley, o a la finalidad del legislador, entonces es un derecho totalitario. Es un principio fundamental de la doctrina del bien jurídico. Es un aserto político, pero esencial.

Esta noción del bien jurídico es una limitación a la tipicidad, por un lado, y por otro, limitación a la posibilidad de la legislación.

(20) Entre nosotros, quien lo estableció en su proyecto de Código Penal fue José Peco.

(21) Equívoco porque la expresión significa otra cosa en derecho constitucional, y otra más en derecho civil.

(22) Es discutible si en parecida situación deben colocarse casos como la quiebra fraudulenta y otro tipo de actos que pueden ofender los derechos de muchos en el mundo de los negocios (con ofertas al público en general). Igualmente figura entre los delitos contra la Fe pública, el caso de balance falso y otros que pueden tener un alcance parecido. Yo creo que, junto a la propiedad, se infiltra un bien de tipo social.

la mente en cuanto al estado de cosas presente en el momento de actuar y en cuanto a lo que se realiza por la acción que se ha de llevar a cabo. Intención es la finalidad que se tuvo al realizar el acto, y a mi juicio también debe incluirse la motivación (23). Y libertad, en el fondo es espontaneidad, o sea sin dependencia de coacciones.

Hay un pequeño problema terminológico cuando no solamente se trata de un acto, es decir del puro movimiento o voluntaria inacción del sujeto, sino que también entran en su intención otros comportamientos humanos, o el desarrollo de efectos que el comportamiento (propio o ajeno) produce, o que aprovecha, o las consecuencias de la acción de los elementos utilizados. Hasta dónde es posible llamar acción a esas modificaciones y hasta dónde se debe decir "resultado" puede no ser neto en ciertos casos (24).

De todos modos es clarísimo que lo que comúnmente se habla de imputabilidad e imputación. La gente no se refiere sólo a los delitos, ni siquiera a toda la gama de hechos ilícitos. Se refiere a todo tipo de actos, incluidos los jurídicamente positivos.

Es corriente, en la doctrina jurídica, exigir cierto tipo de relación de causalidad entre el acto y determinados efectos, para imputarlos. Y así ocurría también en derecho penal, aunque tomando bastantes precauciones. Todos sostenían que era necesaria cierta relación entre la acción de alguien (el actor o agente) y el resultado producido, para que este pudiera ser imputado al aludido actor.

(23) Algo se ve en la nota 15, idea de Ihering. Aclaro que ese primer capítulo es notable, dentro de un libro notable.

(24) Va un ejemplo elemental penal. El homicidio (doloso) es matar a otro. La acción es matar. Para matar es necesario que haya un ser humano vivo y que otro lleve a cabo la acción de matar, que incluye en sí misma la necesidad de que todo el desenvolvimiento de las cosas termine en una muerte. De ahí que la muerte integra la acción de matar. Es su finalidad, y su final. Sin embargo, lo más corriente es oír que la muerte es "el resultado" de la acción. Me pregunto si está claro que ese resultado es una parte de la acción, no una cosa que sobreviene. Mis maestros (Ramos, Molinario, Jiménez de Asúa, Soler, Fontán Bales-trá) todos coincidían en llamar "acción" a la totalidad. Por eso, también, tenían la tendencia a incluir la acción dentro de la imputación, y no hablar tanto de los resultados, aunque a veces sí se tomaban en cuenta por las figuras. Otra terminología consiste en llamar "acción" solamente al movimiento corporal, y lo que después queda librado a la causalidad o a la acción que esperamos de los otros (con todo lo cual contamos) va como efecto. En ese caso la acción es el movimiento de apuntar el arma y gatillar. La deflagración de la pólvora, la salida del proyectil, su trayectoria, la entrada en el cuerpo y el corazón ajeno, nada sería acción, sino resultado. Pero como decía Carrara, "yo no me querello por palabras". Sea mejor de una manera o de otra, la imputación es idéntica.

Era muy corriente llamar a esa relación, en todas las ramas jurídicas, *relación de causalidad*. Pero en última instancia, siempre se trataba de una escena primera y otra escena final, que mantiene algunas circunstancias comunes, mientras otras se han ido modificando y serán diferentes. Esas modificaciones se deben, en parte, al curso que sigue la naturaleza. En parte, a la incidencia de la voluntad de los hombres. En parte, a las finalidades de algunos de ellos.

También ocurren casos de coincidencia entre finalidades y cosas que ocurren, y casos de disidencia. Hay aciertos, hay fracaso y hay cosas neutras o indiferentes.

Yo creo que la explicación más clara sobre el asunto es la de Ortolan, el primero que observó que el derecho tomó prestada a la contabilidad el término *imputar* e *imputación* (25), pero como Ortolan es posterior al ya citado Carmignani, expondré lo que enseñaba este en primer término.

Carmignani partió de algunas apreciaciones de Gaetano Filangieri, que había señalado ya en 1783 que "Si una acción no es *imputable* desde que es voluntaria, se concluye que no hay crimen donde no hay voluntad" (*Sienza della legislacione*, Libro 3, segunda parte, Cap. 1º, # 11º). "Si la ley no debe punir el *acto* sin la *voluntad*, ni la *voluntad* sin el *acto*, será necesario, para ser castigado, el concurso de la violación de una convención social, y de la voluntad de violarla" (# 13).

Sostenía Carmignani en *Elementos de Derecho Criminal*, que tuvo múltiples ediciones en latín, y que en 1830 tomó la conformación que actualmente se lee en las ediciones y traducciones hoy conocidas:

48. La imputabilidad política de las acciones humanas es una cualidad mala, por la cual deben ser evitadas en sociedad. Cuando una ley la establece, el juicio que se hace acerca de una de esas acciones, ya realizadas, se llama imputación civil. De donde la base de la imputabilidad política depende del juicio del legislador al formar las leyes criminales, pero la imputación civil es la aplicación de la ley ya constituida acerca de una acción políticamente dañosa.

(25) Ortolan trae la etimología, pero no la reproduzco.

#81. La imputación civil como juicio en torno a las acciones humanas vedadas por la ley comprende tres juicios diversos. El primero consiste en atribuir al hecho de una persona la causa material de la acción contraria a la ley, y por eso se dice imputación física, —el segundo consiste en declarar que el hecho contrario a la ley fue más o menos libremente cometido; el cual otro juicio debe llamarse imputación moral,— el tercero consiste en el parangón del hecho y de su moralidad con la disposición de la ley, a fin de que aquél hecho sea reprochado a su autor conforme a la norma; y este otro juicio se llama imputación legal. (Ver la *Teoría*, L2, cap. 2)

#82. Vedar a los hombres algunas acciones, es lo mismo que disminuir su libertad natural: este mal solo puede ser justificado por la necesidad política. El cálculo de la necesidad política es una exclusiva atribución de las leyes que se constituyan, y por eso del poder legislativo, y de las personas de este poder investidas. Por otra parte la necesidad de respetar la ley política no emana de una obligación interna resultante del uso de la recta razón, ni de los preceptos de la religión, sino de un motivo extrínseco, es decir de la esperanza de bienes y del temor de males. Pero esto supone una fuerza apta para irrogar males. Luego el derecho a reprimir como delito algunas acciones de los hombres, compete a aquellos que en la ciudad están investidos del derecho de dirigir la fuerza pública, o sea del llamado poder *ejecutivo*. El derecho a formar las leyes criminales y el de ordenar la ejecución se encuentra entre los derechos majestáticos.

#84. Ninguna acción es dirigible si no procede de un agente moral. Por eso ninguna acción puede ser civilmente imputable si no es *moralmente imputable* (v. Filangieri, L3, p. 2, cap. 7(26)).

#85. El primero y principal elemento de la moralidad es la *voluntad*. Dícese voluntario un acto cuando el agente quiere un efecto o necesario, o posible, que prevé debe o puede seguir a la acción que está por cometer. (*Teoría*, 2, p. 47, y De Simoni (27), p. 1, cap. 13).

(26) FILANGIERI escribe este libro en 1783, es decir cuando tiene 31 años. Hay un error de imprenta en su cita, pues se trata del Capítulo 1º, frases transcritas antes, y no del 7º que trata de las penas infamantes.

(27) El libro de ALBERTO DE SIMONI es *Dei delitti considerati nel solo affetto ed attentati*, 5º, Milán, 1854. Pienso que también hay error de imprenta, porque el capítulo 14 trata del asunto, y no el 13, aunque podría ser que De Simone hubiera incluido un capítulo nuevo, que originalmente faltaba.

#87. El daño a la sociedad se puede producir si el hombre hace lo que la ley veda (vieta = prohíbe), como si omite lo que la ley ordena hacer.

La misma idea es expresada por Carrara en su *Programa del Curso de Derecho Criminal*, pero la considera tan importante que lo hace a partir del primer párrafo de esos nueve tomos. En efecto, el capítulo inicial de la obra se llama *De la imputabilidad y de la imputación*.

Allí dice que "la teoría de la imputación considera al delito en sus puras relaciones con el agente (28), y a éste, a su vez, lo considera en sus relaciones con la ley moral, según los principios del libre albedrío."

"No puede existir pena cuando no haya imputación. Puede existir imputación no seguida de pena.

"...se ha tentado conciliar la subsistencia del DP con la negación de la libertad humana recurriendo a la teoría de la causalidad. El delincuente sufre el ambiente de las causalidades en las cuales se ha puesto".

#2. Imputar significa poner una cosa cualquiera en cuenta de alguien. (con cita de Kleinschrod, tomada de *Scritti germanici*, de Mori, I, 1. También cita a PUFFENDORF, *De jure naturale et gentium*, I, V, #3). **La imputabilidad es el juicio que se forma de un hecho futuro previsto como meramente posible. La imputación es el juicio de un hecho ocurrido....**

En el #4 explica que las palabras imputar e imputación se refieren a acciones, buenas, malas o indiferentes. Los criminalistas tienden a confundir imputar con incriminar.

#5. La imputabilidad política surge cuando se declara que el autor de un acto previsto será responsable ante la sociedad. Es un acto práctico de la autoridad con el cual, previendo la posibilidad de una acción humana, la declara imputable como delito a su autor, por razones de conveniencia política.

(28) Nótese que explícitamente destaca la relación entre una persona y un hecho (entre un delito y su agente). Es un argumento más para tomar en cuenta que cuando se dice "inimputable" en el sentido de incapaz, no se trata de la relación de un sujeto con un acto, sino de las características de un sujeto, que es algo completamente distinto.

#6. La imputabilidad civil nace cuando se declara que de un hecho sucedido es responsable ante la sociedad un determinado individuo. Es un acto práctico de mera razón civil, con el cual se interpreta la ley promulgada según los cánones jurisprudenciales, y se juzga un hecho según los criterios lógicos, para declarar que alguien es responsable del mismo, ante aquella.

#7. El juicio por la imputabilidad política no puede emitirse más que por el legislador. El que versa sobre la imputabilidad civil, por el magistrado.

En el #8 aclara que la imputación civil del magistrado se forma con tres juicios.

"Encuentra en aquél individuo la causa material del acto y le dice, tú hiciste. Imputación física. Encuentra que aquél individuo llegó al acto con voluntad inteligente y le dice: tu hiciste voluntariamente. Imputación moral. Encuentra que aquél hecho estaba prohibido por la ley de la ciudad y le dice tú hiciste contra la ley. Imputación legal. Es solo tras el resultado de estas tres proposiciones que el magistrado puede decir al ciudadano: te imputo este hecho como delito" (29).

En el #12 indica que debe, además de poder atribuirle la acción como acto voluntario, débese poder echar en cara como acto reprochable (30).

En las notas de Jiménez de Asúa a su traducción (31), se lee que

"Imputar un hecho a un individuo es atribuírselo para hacerle sufrir las consecuencias, es decir para hacerle responsable y culpable. La culpabilidad y la responsabilidad son consecuencias tan directas, tan inmediatas, de la imputabilidad, que las tres ideas son consideradas como equivalentes y las tres palabras como sinónimas. Pero estos tres conceptos pueden distinguirse y precisarse".

(29) Nótese que repite el planteo de Carmignani.

(30) Exactamente eso es lo que, casi cien años después, pasa a ser la doctrina que sigue como hallazgo la ciencia alemana, a partir de lo que llamó "la doctrina normativa de la culpabilidad". Está al principio del libro de Carrara.

(31) Solamente tradujo el tomo I, Madrid, Reus, 1922. La primera traducción completa es la de Soler, Gavier y Núñez. Hay pequeñas diferencias porque Jiménez tradujo la 10ª Edición y Soler la 11ª).

También define la imputabilidad como "conjunto de condiciones necesarias para que el hecho punible pueda y deba ser atribuido a quien voluntariamente lo ejecutó, como su causa eficiente y libre".

IV. Versión de Ortolan (32)

#219. Un hecho, por perjudicial que sea, no es más que un mal si hacéis abstracción de toda intervención de personas: no es más que por transposición de ideas, por figura de lenguaje, que se explica a veces de otra manera. Que la tormenta destruya mi cosecha, que las llamas quemem mi casa, que una teja llevada por el viento me lesione ¿se dirá que se violó mi derecho?.....Para que un hecho sea reconocido delito, es necesario considerarlo antes de nada en la persona de la cual ese hecho proviene o, en otros términos, en la persona del agente. Es en el agente que residen sobre todo las condiciones esencialmente constitutivas del delito, la materialidad del acto y los resultados que vienen después...

#220. Se supone, por una especie de figura, en la lengua del derecho como en la de la moral, que una suerte de cuenta se abre a cada uno de nosotros, y que los hechos de los que tenemos que soportar las justas consecuencias son llevados a nuestra cuenta; de ahí las locuciones tomadas de términos del cálculo: *imputar* un hecho a alguien es ponerlo en su cuenta; *imputación*, o acción de imputar; *imputabilidad*, idea abstracta que no se puede definir exactamente, pero en cierta forma es posibilidad de imputar.

Luego explica que para imputar hay que afirmar que es la causa productora, eficiente, la causa primera. Reclama libertad en el agente. Y en tercer lugar, el conocimiento de la injusticia del acto (que incluye, por supuesto, que el acto sea injusto). Todo, a los efectos de la responsabilidad (que en la terminología de Ortolan no se diferencia mayormente de la imputabilidad).

V. Adecuación social y riesgo permitido

Una vez establecidos estos principios por la doctrina, pareció justo y sensato incluir una idea que, en ciertos casos, restringiese la imputación.

(32) Utilizo ÉLÉMENTS DE DROIT PÉNAL, 4ª edición, puesta al día por M.E. Bonnier, t. I, París, Plon - Maresco, 1875.

Advertían los pensadores que la vida no está exenta de riesgos. Hay infinidad de riesgos que todos, y sobre todo la sociedad, admiten. Y en ese caso, ni correrlos ni hacerlos correr puede motivar que un resultado dañoso deba imputarse.

Por eso ya había dicho Karl Binding (en *Die Normen*), después de explicar que el riesgo es mayor cuando hay peligros de explosión, como ocurre con calderas a vapor, a gas o con el empleo de dinamita (ejemplos novedosos de la época), que en toda sociedad, cuando se persigue con más intensidad un objetivo, se permite correr peligros mayores para conseguirlo (tomo IV, *Die Fahrlässigkeit*, VII, A, Leipzig, Felix Meiner, 1919).

En el mismo sentido se afirma que cuando existe un permiso de actividad peligrosa es porque media un interés preponderante de bien común.

La doctrina del riesgo permitido nace, en el derecho, por la necesidad de no frenar el progreso (la frase es de un contemporáneo, Reinhardt Maura-ch), es decir que hay actividades peligrosas pero imprescindibles, o por lo menos que la sociedad así las considera. En otras palabras, no es normal la ausencia de peligros, sino su existencia.

Es claro que el riesgo debe ser *permitido*, es decir que unas veces aparece reglamentado (para disminuir las probabilidades de daño) y entonces el riesgo se admite cuando se cumplen los requisitos de seguridad impuestos. Otras veces tercian motivos de ética, que se oponen a que el riesgo sea afrontado (esto ocurre principalmente con experimentación humana de remedios) (33).

Estas ideas surgieron inicialmente estudiando los delitos culposos y para mí provienen en gran medida de la doctrina francesa sobre la responsabilidad en el derecho, que venía discutiendo el tema de la responsabilidad objetiva. Es particularmente conocida la imponente obra de los hermanos Mazeaud (por cierto que la doctrina alemana jamás cita estas obras, por más que las utilizan como fuente, modificando la terminología).

(33) Aunque también hay que distinguir. Está mal implantar un virus en un señor para ver cómo reacciona ante el remedio que estamos experimentando. Pero si nos encontramos frente al caso de un enfermo terminal ¿por qué no tentar una solución, ya que no hay otra?

La razón por la cual se pensó primero en el caso de los hechos culposos es que, como no se definen en la ley por una acción concreta, como sucede con los hechos dolosos, sino que lo más usual es referirse a *cualquier* hecho realizado con alguna falta de atención, de prudencia o de cuidado, es más evidente la necesidad de incluir un requisito más de control, que descarte la imputabilidad, aunque se haya producido un desenlace dañoso.

Más tarde se creyó que era posible extender la teoría a los delitos dolosos.

Pero los autores presentan ejemplos, que hasta pueden parecer ridículos, como sugerir a un pariente rico que tome un avión con la esperanza de que ocurra un accidente y heredarle; alentar al tío (que en estos ejemplos también es rico) para que pasee por el bosque, por si acaso se forma una tormenta y lo mata un rayo. Entre nosotros sería posible regalar una entrada para ver un partido de fútbol, para tener la posibilidad de que el candidato muera en una lucha entre barrabravas. El doctor García Belsunce agregó el ejemplo de mandar a alguien a pasar por el lugar donde se anuncia que se producirá un tumulto de piqueteros (34).

Todos estos ejemplos hoy se resuelven diciendo que el riesgo está permitido. Pero pueden aceptarse más soluciones, todas en el sentido de que no hay delito. Por ejemplo, que falta autoría (es decir falta la acción de matar), falta imputabilidad, falta relación de causalidad (según la doctrina que se acepte), etc.

Algunos diferencian la adecuación social del riesgo permitido.

Veamos, por ejemplo, el caso de un funcionario que manda arreglar la calefacción, imprescindible por la época, ya que en la oficina nadie puede trabajar por el frío. Si el funcionario emplea los fondos que recibió para arreglar los refrigeradores, y piensa que eso está socialmente adecuado (visto lo que demoraría el trámite de una licitación), es posible sostener que el funcionario obra de acuerdo con las normas de cultura, como enseña Max Ernst Mayer, o conforme a las causas supraleales de justificación, como diría Don Luis Jiménez de Asúa. Está claro que en este caso la solución puede ser muy adecuada, pero no entra en juego la noción riesgo.

(34) Mientras esto se decía en la Academia, recorría Buenos Aires un ómnibus denominado Piquete tour.

Si se trata del regalo de una manzana para la maestra, o el de la comida de fin de año al profesor, tampoco interviene la noción de riesgo pero sí la de adecuación social. Lo mismo que una propina al cartero. Es porque el delito de cohecho implica que el funcionario sea corrompido, y eso, evidentemente, no ocurre.

Por el contrario, creo que en todos los casos en que se menciona el riesgo, juega, además, la idea de la adecuación social.

Sin embargo, no es la terminología corriente. Muchos piensan que la *adecuación social* ocurre cuando, si se cumplen ciertas medidas, el riesgo *disminuye* y, por eso, se permite correrlo (aquí cabe el ejemplo del tránsito). Mientras que en el caso de riesgo *permitido* debe existir un peligro mucho mayor: un rescate dificultosísimo, una operación quirúrgica de vida o muerte.

También hay autores que creen que los casos de riesgo permitido son, en realidad, muy diversos, y que en unas hipótesis se elimina el delito por ciertas razones y en otras, por diferentes.

Hay doctrinas en las que esta materia se incluye dentro del concepto de "antijuridicidad", porque refieren el asunto a un atentado contra las normas de conducta, que incluyen normas sociales. También se ha dicho que excluye la culpabilidad, entendida como reproche.

Por otra parte hay partidarios del finalismo que piensan que el riesgo puede tomarse en cuenta como finalidad de la acción, lo que descartaría la imputación.

Es evidente que al hablar de riesgo permitido estamos un paso más adelante que la causalidad. Así ocurre con el caso del tráfico, en el que hay "un cuidado exigible". Adviértase que no es exigible dejar de andar en automóvil ni en buques o aviones porque existan riesgos. Con el mismo criterio, tampoco se podría andar en un carro tirado por caballos. Y es peligrosa la espada, el garrote y el hacha de sílice, sin la cual seguramente toda la humanidad habría sido devorada.

Con bastante claridad esto se ve en las intervenciones quirúrgicas, en la preparación de nuevos remedios, tratamientos o métodos.

La doctrina alemana ha discutido y discute hoy si es posible determinar los riesgos permitidos con anterioridad a que las situaciones se presenten, o si es necesario que se den para resolverlas. No me ocuparé del tema.

Parecería que hay que suponer que el riesgo debe estar prohibido antes. Pero creo que, de vez en cuando, el mundo ve cómo una situación se impone (aunque nos moleste y nos parezca mal).

El asunto que estamos considerando ha desembocado en lo que ahora se llama "imputación objetiva".

VI. La llamada imputación objetiva

Lo de "imputación objetiva" es una denominación en viceversa, es decir que se refiere a lo contrario de lo que parece. En realidad significa que hay tramos de acciones que **no pueden imputarse objetivamente** a quien realizó la primera parte, y que hay resultados que tampoco pueden o deben imputarse, objetivamente (Gladys Romero, *La conexión entre acción y resultado en los delitos de lesión*, en "Cuadernos de Política Criminal", Buenos Aires, Ad-Hoc, 1983, p. 157 y sigtes.)⁽³⁵⁾.

La imputación objetiva es un requisito implícito. Presupone, en los delitos de acción y resultado, una relación de causalidad. La causalidad es una condición mínima. Si falta, ni hablar de imputación. O sea que hay que interpretar las situaciones en dos etapas: 1ª. La causalidad empírica y 2ª. la imputación normativa del resultado.

Una condición es adecuada si no es inverosímil, si un observador inteligente apreciaría que aumenta el riesgo tolerable que ya existía.

Los penalistas partidarios están convencidos de que esta doctrina es algo necesario, útil y justo. Pero como es una doctrina reciente, tienen desacuerdos en muchos puntos.

Por ejemplo, discuten si es un nuevo elemento del delito (36), si forma parte de la tipicidad, de la ilicitud, de la relación de causalidad, del aspecto subjetivo. Algunos le dan demasiada extensión, y puede resultar peligrosa.

(35) La bibliografía es inmensa. Como ejemplo, en castellano, después del estudio de Gladys Romero apareció el excelente libro de YESID REYES ALVARADO y la monografía de JAKOBS. Más tarde, JÜRGEN WOLTER, *La imputación objetiva y el sistema moderno del Derecho penal*, traducción de Silvana Bacigalupo); MARGARITA MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, EDERSA, Madrid, 1992; WOLFGANG FRISCH, *Tipo penal e imputación objetiva*, traducido por Ventura Püchel, Cancio Meliá, Jaén Vallejo, Yesid Reyes y Beatriz de la Gándara Vallejo, Madrid, Colex, 1995.

(36) Esto es si, además de acción tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad, tipo objetivo, tipo subjetivo, relaciones de causalidad y algunas otras cosas que se nos puedan ocurrir, además, repito, hay imputación objetiva.

Como ocurre en estos casos, no faltan los que piensan que todo es un cuento para niños, y que los de imputación objetiva no sirve para nada. Entre los que se encuentra nada menos que Hans Joachim Hirsch, uno de los principales penalistas de actualidad.

VII. Claus Roxin (37)

Expondré ahora las ideas de uno de los principales mentores de esta teoría. Su postulado básico es que "la imputación al tipo objetivo presupone la realización de un peligro creado por el autor y no cubierto por un riesgo permitido dentro del alcance del tipo" (#11, 40).

Según él, sólo interesa el caso de figuras (el autor dice *tipos*) que requieren, por un lado una acción, y por otro, un resultado, separados en el tiempo y en el espacio. En otras palabras, no entra en el caso el delito de pura actividad.

Conforme a lo que sostiene generalmente la doctrina alemana, Roxin considera que la causalidad se determina mediante la llamada teoría de la equivalencia de condiciones. Según la cual cualquiera de las condiciones que, suprimidas mentalmente, no producirían el efecto, es considerada causa (38).

Inicialmente esta teoría sirvió para no imputar los casos en que esa supresión mental operara. Es decir que es una teoría útil para descartar, y en ese sentido operaba a favor de la defensa.

Pero después se utilizó para afirmar que hay relación de causalidad (con efectos en la responsabilidad jurídica de una persona por su acción), si hubiera puesto cualquier condición (39).

(37) DP-PE, I, traducido por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Madrid, Civitas, 1997.

(38) De donde, para Roxin, la doctrina afirma que, dada la causalidad por equivalencia de condiciones, el autor cumple con el tipo objetivo (#11, 36). De ahí su interés en mostrar casos injustos, que explica la necesidad de utilizar un instrumento que corrija la injusticia.

(39) Esto fue aceptado por el Superior Tribunal de Alemania, y luego por la doctrina. Debíó ser atenuado mediante diversos correctivos (la noción de autoría, la culpabilidad, el dolo, elementos subjetivos, etc.).

De todas maneras, Roxin es uno de los pocos autores alemanes que deja en claro que lo que realmente es "causa" es *el conjunto* de condiciones, y no una sola de ellas (40).

Una fórmula aceptada por Roxin es la de Engisch, en *Die Kausalität als Merkmal der Strafrechtlichen Tatbestände*, 1931, que se refiere a una acción seguida de modificaciones que, según los conocimientos propios de la experiencia, son producidas conforme a las leyes de la naturaleza.

Pero aún con esa modificación, Roxin presenta una serie de problemas que produce la teoría de la equivalencia, porque existen ejemplos en los que, suprimida la acción, el resultado es el mismo. Y sin embargo la doctrina criticada por Roxin no vacila en afirmar que es imputable el sujeto, y también responsable. Él cita: matar a un moribundo (aunque no acorte su vida). Y es claro que, suprimida la acción de matar, el hombre igualmente muere (sin embargo, para todos es responsable). Cita el caso del médico que opera y así posterga la muerte unos meses, pero destaca que la actuación del médico entra en la relación de causalidad de la muerte que se produce como consecuencia de la operación. Otro caso: Luis pinta un jarrón, que luego rompe Pedro. De donde se sostiene que Luis pone una condición para que se haya roto "un jarrón pintado". Luego entran en consideración los casos de quien nombra un funcionario, que después comete delitos, y de quien ha vendido a Juan la cosa que se lleva el ladrón. El que preparó una lista de personas a internar en un campo de concentración y colocó una que fue muerta, pero hubiera figurado en la lista que cualquier otro hubiese escrito.

Tras estos planteos, el autor entra a considerar concretos principios conforme a los cuales descarta la imputación. Uno es la disminución del riesgo, donde además de los casos evidentes, incluye la substitución de un riesgo gravísimo por otro menos grave. Inversamente, hay imputación cuando la producción del resultado es aproximada en el tiempo, o cuando el daño es aumentado.

En el ámbito del riesgo permitido Roxin incluye el tráfico público, las instalaciones industriales, los deportes riesgosos y las intervenciones médicas, como ejemplo (#11,57).

(40) Lo que me parece evidente.

Luego excluye los casos en que el resultado no se produce como consecuencia del peligro propio de la acción, sino a raíz de otra circunstancia (ejemplo de la víctima de una lesión, que muere por incendio del hospital). O cuando el riesgo que produce la lesión no es exactamente el que estaba prohibido. O cuando el resultado producido no tiene relación con el fin de la norma que dispone el cuidado (#11,68).

Aquí destaca casos bastante curiosos, como el de los dos ciclistas que van de noche, uno atrás del otro, ambos sin la luz reglamentaria. He aquí que el primero es derribado por un tercer ciclista que venía en sentido contrario. Parece evidente que si cualquiera de los dos ciclistas que andaban sin luz la hubiese tenido, el choque no se producía.

Hay ejemplos de conductas alternativas que posiblemente presentan menos riesgo. Aquí menciona un ejemplo muy reproducido por las obras alemanas, que es el del camionero que se adelanta y pasa a un ciclista en una ruta, con suficiente distancia lateral, pero sin guardar la que el reglamento exigía. El ciclista, completamente borracho, metió la bicicleta bajo el camión. Aquí se argumentó que la conducta reglamentaria probablemente tampoco hubiera salvado la vida del ciclista.

Entran en juego, a veces, casos en los que una persona no tiene inconveniente en exponerse a riesgos, como puede ser el caso de la enfermera de personas con infecciones, y casos en que uno acepta el riesgo que otro le podría hacer correr, como el compañero de un conductor ebrio. En estos casos no existe imputabilidad para Roxin (41).

Luego analiza la combinación de acciones causantes de riesgo, generalmente sucesivas. Como yo creo que cada una de las figuras puede tener una solución diferente, no comprendo cómo se puede propiciar una solución única (42). Y, en el fondo, creo que Roxin piensa lo mismo, por la cantidad de excepciones y aclaraciones que marca.

(41) Creo que es una solución correcta.

(42) La buena exposición de ZAFFARONI (DP-PE, 2000, ps. 444 a 455) critica lo mismo (en la p. 445). También critica a estas doctrinas que aumentan las posibilidades de punición a un campo demasiado amplio: cualquier riesgo; lo que sea no cumplir con el papel de buen ciudadano. Zaffaroni cree que estas doctrinas son producto de mentes adictas al "funcionalismo sistémico" (p. 445) o "intentos de imputar en base a teorías preventistas de la pena" (p. 454). Aclaro que más bien creo que muchas veces uno tiene ocurrencias, y después tiende a buscar su fundamento dentro de un sistema general.

Así, explica el caso del camión sin luz trasera que es detenido por una patrulla policial. Un agente coloca un farol rojo para alertar sobre el peligro y evitar colisiones. Tras los trámites de la multa y demás, la policía decide escoltar al camión para que efectúe el arreglo. Pero en el momento en que quitan el farol rojo, un auto embiste al camión. Roxin critica el fallo que condenó al camionero, porque él imputaría a la policía (#11,104) (43).

Más adelante plantea el problema de los accidentes de quienes son profesionales de salvataje (y mueren o se lesionan en su acción) y los casos de intervención médica defectuosa tras un delito, para terminar con un análisis de la imputación en los delitos de peligro, que no analizaré aquí.

VIII. Gunther Jakobs (44)

Aún cuando considera importante el papel del riesgo en la sociedad moderna, y hasta cree que atribuir riesgos e imputar resultados actualmente reclama un "trabajo de filigrana del que puede prescindir la cultura organizada de modo tradicional", de todas maneras este interesante y original autor cree que más importante destacar el atraso de los tradicionalistas que empiezan por pensar en un sujeto, siendo que ahora hay que pensar en "portadores de roles". Es decir que se espera que cada cual cumpla con su papel. Lo espera el derecho y, particularmente, el penal.

Por supuesto que la referencia a el "rol" es más tradicional que hablar de *sujeto*, porque es bien sabido que el término *persona* viene de *per sonare*, que es la careta (con una especie de megáfono) que en tiempos de Roma utilizaba el actor, y esto sea dicho para no meternos con la *hipóstasis* que es la misma careta, pero en el anterior teatro griego. De donde que el derecho se ocupe de los papeles que cumple o no cumple cada actor, es tan antiguo como el Partenón.

Es claro que la idea de Jakobs es distinta, y yo creo que más limitada, en cuanto piensa solucionar el problema de las actuaciones "en equipo", cuando se produce alguna falla. Por supuesto que en el equipo cada uno confía en que las funciones de los demás se cumplan bien. Pues si tuvieran que

(43) Pienso que tanta mala suerte no debería tener efectos penales.

(44) Principalmente La imputación objetiva en derecho penal, traducción de Manuel Cancio Mellá, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1996.

vigilar todos lo que hacen todos, no podrían actuar. Por eso propone que responda aquél del equipo que falló. Con esta solución debe estar de acuerdo casi todo el mundo.

En cambio no es nada clara la extensión que por esta vía se da al concepto de delito como infracción al papel que nos toca representar o el que jurídicamente se espera que representemos en una sociedad. Esto es de una latitud poco recomendable.

IX. Conclusión

He procurado presentar, probablemente en una síntesis demasiado apretada, los rasgos más característicos de esta doctrina para que, entre todos, veamos si el posible que, en las diferentes especialidades del derecho, busquemos argumentos y casos que la conviertan en un instrumento útil, o bien los que muestren que carece de valor. De todos modos el resultado será importante.

X. Apéndices

A) Los ejemplos más utilizados por la teoría de la imputación objetiva son:

Pretender que a alguien lo mate un rayo. Hay una esperanza, pero la persona no ejerce ningún poder que influencie la realidad. Según la doctrina de la imputación objetiva, no es imputable. Según Hans Hirsch, no ha cometido la acción de matar.

Tentativa de homicidio con resultado de lesiones leves. Llevan al herido al hospital y a) choca la ambulancia; b) muere en un incendio que allí se produce; c) el médico actúa mal y el hombre muere.

Médico que lesiona (por operación) y así aplaza o posterga la muerte.

Orden infundada de fusilar en la guerra. Se cumple, pero luego se aduce que cualquiera lo hubiera reemplazado, de no hacerlo. Para la doctrina de la imputabilidad objetiva es imputable porque las eventuales substituciones no quitan imputación.

Hurto de un objeto que está al alcance de cualquiera, aduciendo que alguien lo llevará. Es imputable, porque la hipótesis no elimina el hecho. Según la tesis de HIRSCH, es claro que realizó la acción.

Manejo de automóvil observando las reglas. Esto lo hemos considerado repetidamente.

En una fábrica de pinceles existe la obligación de desinfectar con un producto a los empleados que manipulan las cerdas. Resulta que la disposición no se cumple el día en que manipulan cerdas asiáticas. Se infectan y mueren. Después se descubre que con el desinfectante obligatorio hubieran muerto igualmente, porque se trataba de un virus que no se curaba.

Un automovilista cruza con luz roja. Lo hace con cuidado, y no ocurre nada. Cien metros después, cruza indebidamente un peatón y no puede evitar embestirlo. Es claro que si antes hubiera esperado el semáforo, no se habría topado con el peatón.

B) *El antecedente de Hegel*

El nombre de la doctrina de la imputación objetiva, en su origen proviene de Hegel. Por lo menos según Larenz, *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung*, Gotinga, 1927. Después lo repitieron muchos.

En castellano hay las siguientes versiones (que yo sepa) de la fuente sobre este asunto.

Filosofía del Derecho, traducción de Angélica Mendoza de Montero, BA, Claridad, 1955. Tomada de la edición italiana de Francisco Messineo, dirigido por Benedetto Croce y Gentile. Esta versión tiene agregados de Gans.

Principios de la Filosofía del Derecho, traducción de Juan Luis Verma, BA, Sudamericana, 1979. (Versión Hoffmeister, sin las correcciones de Gans, pero con algunas explicaciones también agregadas).

Fundamentos de la Filosofía del Derecho, traducción de Carlos Díaz, Madrid, Libertarias/Prodhufi, 1993. De la edición de K.H. Ilting. Figuran las correcciones de Hegel al original, lo tachado y lo agregado por él al manuscrito, las ampliaciones del propio Hegel, lo que escribió en lápiz, etc.

Para tomar una impresión de lo que dice Hegel (y cómo lo dice), transcribo un párrafo en esas tres versiones (respectivamente). Luego un párrafo más y el principio de otro, según la versión de Carlos Díaz.

El propósito y la culpa.

115. La finitud de la voluntad subjetiva, en la aproximación al obrar, consiste en que ella, para su obrar, tiene un objeto exterior supuesto previamente con múltiples circunstancias. El acto impone en la existencia dada, un cambio de la voluntad es culpable, en tanto el abstracto predicado del mío, en el existir modificado.

El propósito y la responsabilidad (Schuld)

#115. La finitud de la voluntad subjetiva en la inmediatez de la acción consiste inmediatamente en que para su actuar tiene un objeto exterior acompañado de una multiplicidad de circunstancias. El hecho provoca un cambio en esta existencia previa y la voluntad es responsable de él en la medida en que la existencia alterada lleva en sí el abstracto predicado de lo mío.

El propósito y la responsabilidad. [Agregado 1821-22: Propósito, diferente de Intención.]

[Agregado 1822-23. La imputabilidad de la acción. Lo *objetivo* es lo mío, consecuencias. Dos clases de objetividades respecto de la acción: a) lo presupuesto que él quiere cambiar. b) El cambio, lo cambiado mismo (en cuanto que) lo producido.]

115. La *finitud* de la voluntad subjetiva en la inmediatez del actuar consiste inmediatamente en que para su actuar tiene un objeto exterior *presupuesto* con múltiples circunstancias. El *hecho* introduce un cambio en esta existencia previa y la voluntad tiene en general *responsabilidad* en él en la medida en que en la existencia transformada radica el predicado abstracto de lo mío.

Agregado 1821-22: Responsabilidad, fundamento en cuanto activo, en cuanto a aquello que ha hecho. *1822-23.* Activo en orden a lo producido, que por ende también está en el producto y como fundamento subjetivo estaba en la actividad.

Responsabilidad como causa.

Un suceso, una situación producida, es una realidad exterior concreta, por lo cual tiene en ella muchas circunstancias indeterminables. Puede

considerarse que todo momento individual que se muestra como condición, fundamento o causa de una circunstancia tal, y de este modo ha aportado lo suyo, es responsable de ello, o al menos tiene responsabilidad en ello. Así pues, el entendimiento formal, ante un rico acontecimiento (la revolución francesa), tiene que elegir entre una innúmero cantidad de circunstancias cuál de ellas quiere declara responsable.

Continúo con la versión de Carlos Díaz (*Fundamentos de la Filosofía del Derecho*, G.W.F. HEGEL, Madrid, Libertarias/Prodhufi, 1993):

La acción como hecho a propósito.

117. La voluntad misma que actúa tiene, en su finalidad dirigida a la existencia dada, la representación de las circunstancias de esa existencia. Pero como por esta presuposición la voluntad es finita, la apariencia objetiva es para ella contingente y puede contener en sí algo diferente de su representación. Pero el derecho de la voluntad es reconocer en su hecho solamente a este hecho como acción suya, y tener sólo responsabilidad en lo que ella sabe de sus presuposiciones en su finalidad, en lo que de ella estaba en su *propósito*. El hecho solamente puede ser *imputado como responsabilidad de la voluntad*; es el *derecho del saber*.

[Agregado 1822-23. Creer arma descargada; en un arbusto una agitación (a: movimiento), oscuridad; tomando a un ser humano por caza se le alcanza con un disparo, *homicidio* no asesinato.]

118. Por otra parte la acción, en cuanto traslada a existencia exterior que según su conexión se desenvuelve por todos lados en la necesidad exterior, tiene múltiples consecuencias. Las consecuencias, cual figura que tiene por alma la finalidad de la acción, son lo suyo (lo perteneciente a la acción), pero al mismo tiempo esa figura, en cuanto a finalidad puesta en la exterioridad, queda abandonada a las fuerzas exteriores que la unen a algo completamente diferente de lo que ella es para sí y la arrastran a consecuencias lejanas, extrañas. Asimismo es derecho de la voluntad de imputarse sólo las primeras, porque solamente ellas están en su propósito.

[Agregado 1822-23. Juzgar una acción por las consecuencias. A) el hombre no debe ser demasiado medroso y escrupuloso respecto a las consecuencias, puede superarlas, al hombre escrupuloso puede ocurrirle eso y lo incontable.]

[Agregado 1822-1823 a los párrafos 117 y 118. Los dos aspectos:
a) existencia presupuesta tal como yo la he hecho mía. b) Cambiada por mí
la que yo he producido.

/El texto continúa y es importante, pero es largo para transcribirlo aquí.
Me limito a destacar los párrafos ulteriores que interesan/

La intención. Las consecuencias exteriores # 119 y 120

Los fines # 121 y 122.

124 Fines subjetivos y fines objetivos

En mi opinión, los párrafos que interesan sobre el tema son: 108 (subjetividad de la conciencia, y nota de 1824-25), 109-113 (la estructura de la acción). # 114, articulación de la segunda parte. # 115 a 124.

XI. Bibliografía

Abreviaturas: CC (Código Civil), CP (Código Penal), PG (Parte General),
75 aniversario (*Teorías actuales en el Derecho Penal, 75º aniversario del CP*,
Buenos Aires, Ad-Hoc, 1998).

ACUÑA ANZORENA, *Estudios sobre la responsabilidad civil*, La Plata, 1963.

HENOCH AGUIAR, *Hechos y Actos Jurídicos*, TEA, 1950.

ATILIO ALTERINI, *Responsabilidad civil. Límites de la reparación civil*, BA,
Abeledo-Perrot, 1974.

FRANCESCO ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità nel diritto penale*, Pa-
dua, CEDAM, 1934.

Id. *La acción y el resultado en el delito*.

MANUEL ARAUZ CASTEX, DC-PG BA 1965

AUBRY ET RAU, *Cours de DC-Fran*, París, 1897.

ENRIQUE BACIGALUPO, *D. Penal, P. General*, Buenos Aires, Hammurabi, 2ª.

FABIAN BALCARCE, *La relación de causalidad en la doctrina penal argentina*, Córdoba, Fco. Ferreira, 1998.

BAUDRY-LACANTINNERIE ET BARDE. *Des Obligations*, París, 1906.

FERNANDO BAYARDO BENGOA, *DP Uruguayo*, 3ª Montevideo, 1975.

BIBILONI, *Antep.* BA, Abeledo, 1929/1933.

KARL BINDING, *Die Normen*, IV, Leipzig, Felix Meiner, 1919.

BOFFI BOGGERO, *Responsabilidad*, BA, 1967.

Id. *Teoría general del hecho jurídico*, BA, OMEBA, 1962.

JULIEN BONNECASE, *Science du Droit et Romantisme*, París, Sirey, 1928.

GUILLERMO BORDA, *Obligaciones*, Abeledo-Perrot, 1965.

GUILLERMO BORDA, *La responsabilidad extracontractual*, en ED 30-809 y 815.

BREBBIA, *Hechos y Actos Jurídicos*, t. I, Astrea, 1979.

JOSE BRUERA, *El concepto filosófico-jurídico de causalidad*, Depalma, 1944.

BUSTAMANTE ALSINA, *Responsabilidad civil*, 8ª Abeledo-Perrot, 1993.

EDUARDO BUSSO, *CC Anotado*, 1958.

JUAN BUSTOS RAMIREZ, *La imputación objetiva*, en 75 aniversario.

HENRI CAPITANT, *De la causa de las obligaciones*, traducción de Eugenio Tarragato y Contreras, Madrid, Góngora, s/f (Prólogo de 1922)

GIOVANNI CARMIGNANI, *Teoria delle leggi della sicurezza sociale*, Nápoles, dell'Ariosto, 1843.

GIOVANNI CARMIGNANI, *Elementi di Diritto Criminale*, trad. Italiana Caruana Dingli, Nápoles, Francesco rossi, 1850.

FRANCESCO CARNELUTTI, *Teoría general del delito*, traducción de Víctor Conde, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1952.

FRANCESCO CARRARA, *Programa del Curso de Derecho Criminal*, PG, t. I, trad. Por Sebastián Soler con la colaboración de Ernesto Gavier y Ricardo C. Núñez, Buenos Aires, Depalama, 1944.

PEDRO CASEAUX-FELIXTRIGO REPRESAS, *Derecho de las obligaciones*, 3ª La Plata, 1994.

SANTOS CIFUENTES, *Los Ds. Personalísimos*.

Id. CCAnotado. I.

COLMO, *De las obligs. en general*.

LUIS COUSIÑO MAC IVER, *DPChileno*, Editorial Jurídica de Chile, 1975.

DE CUPIS, *El daño*.

DEMOGUE, *Traité des obligations en general*. París, 1825.

DEMOLOMBE, *Cours*, 1874-1882.

ENECCERUS-LEHMAN. *DC Obligaciones*. Barcelona, 1954.

GUILLERMO JULIO FIERRO, *Causalidad e Imputación*, Astrea, 2002.

GAETANO FILANGIERI, *Scienza della legislazione*. Hay muchas ediciones y traducciones. Yo utilizo preferentemente la traducción francesa, de M. Salfi, París, Aillaud, 1840.

CARLOS FONTAN BALESTRA, *DP PG*. Hay varias ediciones.

JORGE FRIAS CABALLERO, DIEGO y RODRIGO GODINO, *Teoría del delito*, Hammurabi, 1993.

JORGE FRIAS CABALLERO, *El proceso ejecutivo del delito*. Hay varias ediciones.

WOLFGANG FRISCH, *Tipo penal e imputación objetiva*, traducido por Manuel Cancio Meliá, Beatriz de la Gándara Vallejo, Manuel Jaén Vallejo y Yesid Reyes Alvarado, Madrid, Colex, 1995.

DE GASPERI-MORELLO, *Resp. Extracontractual*. BA, 1964.

ENRIQUE GIMERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Madrid, 1990.

JOSE MANUEL GOMEZ BENITEZ, *Teoría Jurídica del Delito*, Madrid, Civitas, 1984

NICOLAI HARTMANN, *Ontología*, traducción de José Gaos, especialmente, t. IV. *Filosofía de la naturaleza. Teoría especial de las categorías. Categorías dimensionales. Categorías Cosmológicas* (1960), y tomo V, *Filosofía de la naturaleza. Teoría especial de las categorías. Categorías orgánológicas. El pensar teleológico* (1964). México, Fondo de Cultura Económica.

GUILLERMO HEGEL, ver Apéndice B).

HANS JOACHIM HIRSCH, *La teoría de la imputación objetiva*, traducida por Daniel R. Pastor, en DP, *Obras Completas*, I, Santa Fe-Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1999.

RUDOLF VON IHERING, *El fin en el derecho*, traducción por Diego Abad de Santillán, México, Cajica, 1962.

GÜNTHER JAKOBS, *La imputación objetiva en derecho penal* traducción de Manuel Cancio Meliá, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1996.

GÜNTHER JAKOBS, *Estudios de Derecho Penal*, especialmente *Representación del autor e imputación objetiva*, traducido por Carlos Suárez González; *La prohibición de regreso en el delito de resultado*, traducido por Manuel Cancio Meliá, e *Imputación objetiva especialmente en el ámbito de los institutos jurídico-penales*, traducido por Enrique Peñaranda Ramos. Madrid, Civitas, 1997.

CARLOS J. LASCANO (H), *DP-PG*, Córdoba, Advocatus, 2002.

TORIO LOPEZ, *Cursos causales no verificables en DP*, en Anuario DP, 1983-221

DIEGO-MANUEL LUZON PEÑA, *Curso de DP-PG*, Madrid, Universitas, 1996.

DIEGO-MANUEL LUZON PEÑA, *Causalidad e imputación objetiva como categorías distintas dentro del tipo del injusto*, en "Actualidad Jurídica", Madrid, 1981, pg. 78.

MARGARITA MARTINEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, Madrid, EDERSA, 1992.

REINHART MAURACH - HEINZ ZIPF, *DP PG*, traducido por Jorge Bofill Genz y Enrique Aimone Gibson, Astrea, 1994.

JOHN STUART MILL, *Sistema de lógica inductiva*, traducción de Ovejero y Maury, Madrid, 1917.

HENRI y LEON MAZEAUD y ANDRÉ TUNC, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil, delictual y contractual*. Traducido por Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Buenos Aires, EJE, 1977.

MESSINEO, *Tratt. DC y Com.*

ALFREDO ORGAZ, *El daño resarcible*, BA 1960.

Id. *La culpa*, BA 1970.

GUILLERMO OUVIÑA, *Examen crítico de la teoría de la equivalencia de condiciones*, en LA LEY, 1983-C, 1064.

PLANIOL, *DC*. Varias ediciones.

PLANIOL-RIPPERT. *Traité*. Varias ediciones.

POTHIER, *Obligations*, París, 1774.

YESID REYES ALVARADO, *Imputación objetiva*, 2ª Bogotá, Temis, 1996.

GEORGES RIPERT, *Le déclin du droit*, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, París, 1949.

GLADYS ROMERO, *La conexión entre acción y resultado en los delitos de lesión*, en Cuadernos de Política Criminal, 1983.

CLAUS ROXIN, *Reflexiones sobre la problemática de la imputación en DP*, en Problemas básicos del DP, Madrid, 1976, p. 128.

CLAUS ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en DP*, tr. Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, Madrid, Pons, 1998.

CLAUS ROXIN, DP PG, traducido por Luzón Peña y otros, Madrid, Civitas, 1997.

SALAS, *Estudios de responsabilidad civil*, BA, 1947.

SALEILLES, *Obligations*.

SALVAT-ACUÑA ANZORENA, *Trat. DC. Obligaciones*.

MARCELO SANCINETTI, *Observaciones sobre la teoría de la imputación objetiva*, 75 aniv.

RENÉ SAVATIER, *Traité sur la responsabilité*, París, 1937.

RENÉ SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, París Dalloz, 1948.

SAVIGNY, *Obligations*.

BERND SCHUNEMANN, *Consideraciones sobre la im. Ob.* 75 aniv.

SEBASTIAN SOLER, *Las palabras de la ley*. México, Fondo de Cultura Económica, 1969.

SEBASTIAN SOLER, DPA, edición actualizada por Guillermo Fierro, 1987.

Id. *La interpretación de la ley*, Barcelona, Ariel, 1962.

GÜNTHER STRATENWERTH, DP PG tr. Gladys Romero, Complutense de Madrid, 1982.

GENEVIÈVE VUIEZ, *Responsabilité civile*, París, 1988.

WINDELBAND, *Normen und Naturgesetze*.

JÜRGEN WOLTER, *La imputación objetiva y el sistema moderno del Derecho penal*, traducción de Silvina Bacigalupo).

GEORGE WUNDT, *Ética*, trad. Fermín Herrero Behilo, I, Madrid, Daniel Jorro, 1917, pg. 11 y ss.

RAUL EUGENIO ZAFFARONI, ALEJANDRO ALIAGA y ALEJANDRO SLOKAR, *DP PG*, Buenos Aires, Ediar, 2000.

RAUL EUGENIO ZAFFARONI, *Tratado de Dp PG*, Buenos Aires, Ediar, 1981. ♦

LOS PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

POR FÉLIX A. TRIGO REPRESAS (*)

SUMARIO: I. Requisitos de la responsabilidad civil. — II. El daño. — III. Relación de causalidad. — IV. Antijuridicidad. — V. Los factores de atribución de la responsabilidad

I. Requisitos de la responsabilidad civil

La tendencia doctrinaria dominante en la materia, considera que son sólo cuatro tales elementos: un hecho que infringe un deber jurídico de conducta impuesto por el ordenamiento jurídico —antijuridicidad o ilicitud—; que además provoca un daño a otro; la relación de causalidad entre aquel hecho y el daño ya mencionado; y un factor de atribución de la responsabilidad, que el ordenamiento estima suficiente para sindicar o señalar a quien o quienes considere como responsables (1).

(*) Comunicación efectuada por el Académico, en la sesión privada del 12 de agosto de 2004.

(1) En la doctrina nacional: ALTERINI, Atilio A. - AMEAL, Oscar J. - LÓPEZ CABANA, Roberto M., "Derecho de obligaciones. Civiles y comerciales", Bs. As., Abeledo-Perrot, 1995, p. 158, n° 371 y p. 689, n° 1691; BORDA, Guillermo A., "Tratado de derecho civil. Obligaciones", t. II, p. 236, n° 1309, 5a. ed., Bs. As., Perrot, 1983; BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, "Teoría general de la responsabilidad civil", p. 108, n° 170, 9ª ed., Bs. As., Abeledo-Perrot, 1997; KEMELMAJER DE CARI, UCCI, Aída R. en el "Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado", de Augusto C. BELLUSCIO y Eduardo A. ZANNONI, Bs. As., Astrea, 1984 t. 5, p. 27 y sigtes., art. 1067, § 1; *idem*, "Daños causados por abogados y procuradores" en JA, 1993-III-707 y sigtes., n° II y sigtes.; LLAMBIÁS, Jorge Joaquín, "Tratado de derecho civil. Obligaciones", t. III, p. 611, n° 2205, Bs. As., Perrot, 1973; REZZÓNICO, Luis María, "Estudio de las obligaciones", t. II, p. 1242, 9ª ed., Bs. As. Depalma, 1961; TRIGO REPRESAS, Félix A., "Responsabilidad civil del abogado", p. 51 y sig., § 10-a), Bs. As., Hammurabi, 1991; VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A. "Responsabilidad por daños (elementos)", p. 111 y sigtes., n° 9, Bs. As., Depalma, 1993. En el extranjero: ALESSANDRI

A continuación se pasa a considerarlos, aunque con especial detenimiento en dos de ellos que han sido los más controvertidos en los últimos tiempos: la antijuridicidad y el factor atributivo de la responsabilidad.

II. El daño

Aunque último en la cronología temporal de los acontecimientos, puede decirse desde un punto de vista lógico que este es el primer elemento de la responsabilidad civil, ya que sin él no puede siquiera pensarse en la pretensión resarcitoria: sin perjuicio no hay, ni puede haber, responsabilidad civil, por ausencia de "interés", que es la base de todas las acciones. Por ello es que bien lo dice el art. 1067 del Código Civil: "No habrá acto ilícito punible para los efectos de este código (es decir en miras de la responsabilidad civil o deber de resarcir), si no hubiese daño causado, u otro acto exterior que lo pueda causar...".

Con relación a este requisito, se puede decir que la única novedad versa sobre la pretendida ampliación de la nómina de los daños en sentido jurídico, esto es que den lugar a indemnización. Por supuesto que sobre el respecto cabe recordar la evolución operada con relación a la resarcibilidad del daño moral, después de superadas las primeras objeciones que se formularan a su inconmensurabilidad, a la inequivalencia de la reparación y a la inmoralidad de lucrar con el dolor. Como así que entre nosotros, pese a que en el originario Código Civil ya se aceptaba su reparabilidad en el art. 1078, ha sido más reciente la aceptación de su admisibilidad en todos los hechos ilícitos—delitos o cuasidelitos—, aun cuando no comportasen al mismo tiempo un delito del derecho criminal, como asimismo en el incumplimiento contractual; a tenor de lo establecido respectivamente en los arts. 1078 y 522 del Código Civil, reformados por el decreto ley 17.711/68 (Adla, XXVIII-B, 1810). Esta reforma en efecto, modificó sustancialmente el régimen de la indemnización del daño moral, dado que ante todo el art. 1078 pasó a establecer con carácter amplio su reparabilidad en todos los hechos ilícitos: "La obligación de resarcir el daño moral causado por los actos ilícitos comprende, además de la indemnización de

RODRÍGUEZ, Arturo, "Teoría de las obligaciones", p. 129, n° 80, Santiago de Chile, Imprenta Universitaria, 1934; AMEZAGA, Juan I., "Culpa aquiliana. Lecciones del curso de derecho civil", Montevideo, Escuela Nac. de Artes y Oficios, 1914, p. 18; HEDEMANN, J. W., "Derecho de las obligaciones", trad. de Jaime Santos Briz, Madrid, ed. Revista de Derecho Privado, 1958, p. 512, n° 63; PEIRANO FACIO, Jorge, "Responsabilidad extracontractual", p. 233, n° 126, Bogotá, Ed. Temis, 1979; SANTOS BRIZ, Jaime "La responsabilidad civil", ps. 23 y sigte., n° I, 2ª. ed., Madrid, Ed. Montecorvo, 1977; etcetera.

pérdidas intereses, la reparación del agravio moral ocasionado a la víctima"; según así lo entendiera en general nuestra doctrina y jurisprudencia, en respuesta a la interpretación restrictiva propiciada por Llambías (2), al sostenerse que: los vocablos "agravio" y "daño" serían sinónimos y en tal sentido habrían sido usado en el nuevo texto del art. 1078, que en su primer párrafo habla de "agravio" moral y en el segundo de "daño" moral; por otra parte la Real Academia española al definir lo que se entiende por "agravio", no alude para nada al elemento intencional invocado por Llambías; y además el art. 1078 resultaría igualmente aplicable a los "cuasidelitos", por la remisión que efectúa la última parte del primer párrafo del art. 1109 del Cód. Civil, cuando dice que la obligación de reparar "es regida por las mismas disposiciones relativas a los delitos del derecho civil" (3).

(2) LLAMBIÁS, Jorge Joaquín, "Ley 17.711: reforma del código civil" en JA, 1968-V, secc. doctr., p. 790 y sigtes., n.º 4 y JA, 1968-VI, secc. doctrina, ps. 918 y sigtes., n.º 12; y sus votos en los fallos de la sala A de la CNCiv. del: 28/9/72, "Mourelle c. Transportes Riachuelo", ED, 46-642; 25/4/72, "Yacante de Espiloin c. Yelpo", ED, 43-512; 25/11/69, "Balbo de Boquete c. Trabajadores Transportistas Asociados", LA LEY, 138-408 y ED, 30-748; etc.; pretendiendo que el "agravio" moral mencionado en el art. 1078, es el que resulta de un obrar deliberado o intencional de causar el daño, es decir obrado con "dolo" o "animus nocendi". En igual sentido la CNFed., sala II, Civil y Com., 31/8/71, "Helman c. Univ. de Bs. Aires", JA, 12-1971-480.

(3) ALTERINI, Atilio Anibal, "Responsabilidad civil. Límites de la reparación civil", p. 204 y sigtes., n.º 249 y nota 317, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1970; BOFFI BOGGERO, Luis María, "Tratado de las obligaciones", t. 2, p. 305, § 531-e), Bs. As., Astrea, 1973; BORDA, Guillermo A., "La reforma del Código Civil" en ED, 30, p. 817, n.º 3; BREBBIA, Roberto H., "Resarcimiento del daño moral después de la reforma del decreto-ley 17.711", en ED, 58-241 y sigtes., n.º III, p. 166 y sigtes., n.º 79; ídem, "Problemática jurídica de los automotores", t. II, p. 274 y sigtes., § 31, Bs. As., Astrea, 1984; BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, "Teoría general de la responsabilidad civil" cit., p. 250 y sigtes., n.ºs. 570 y 573; CICHERO, Néstor D., "La reparación del daño moral y la reforma civil de 1968", en ED, 66-61 y sigtes., n.ºs. V y VI; GALLI, Enrique V., "voz" "Agravio moral" en "Enciclopedia Jurídica Omeba", Bs. As., Ed. Bibliográfica Argentina, 1954, t. I, p. 604, n.º 6; GARRIDO, Roque - Andorno, Luis O., "Reformas al Código Civil. Ley 17.711 comentada", t. I, p. 133 y sigtes., Bs. As., ed. Víctor P. de Zavalía, 1968; KEMELMAJER DE CARIUCCI en el "Código Civil..." cit. de Belluscio y Zannoni, t. 5, p. 111, § 4-a); MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Responsabilidad por daños", Bs. Ediar, 1971, t. I, p. 264 y sigtes. y t. IV, p. 131, n.º 50; SALAS, Acdeel E., "La responsabilidad civil en la reforma del Código Civil" en JA, Doctrina 1969, p. 427, n.º 29 y en "Obligaciones, contratos y otros ensayos", Bs. As., Depalma, 1982, p. 382, n.º 29; SMITH, Juan Carlos, "Consideraciones sobre la reforma del Código Civil" en LA LEY, 130, 1028, n.º X; CNCiv., sala A, 11/10/74, "Lantaño c. Teitelblum", ED, 66-161; ídem sala B, 31/8/82, "Cotroneo c. Coniferas S.A.", LA LEY, 1983-A, 43; ídem, sala C, 9/2/78, "Gallardo c. Cocarsa S.A.", JA, 1979-II-62; ídem sala D, 13/5/80, "Cotone c. Neo Nivel", LA LEY, 1980-D, 530; ídem sala E, 5/2/79, "Iablonsky c. Anszelowicz", LA LEY, 1979-C, 473 y ED, 84-490; ídem sala F, 4/11/80, "Cavallieri c. Bovino", ED, 92-365; CFed. Córdoba, sala Civil y Com., 16/12/71, "Carranza c. Consejo Nac. Educación Técnica", JA, 16-1972-653 y LA LEY, 148-681 (29.556-S); CCiv. y Com., Morón, sala I, 12/4/84, "Gómez c. Cardozo", JA, 1984-IV-529; S.C. Mendoza, sala I, 19/8/74, "Guillaume c. Siele", JA, 28-1975-604; etc.

Y en materia de responsabilidad por incumplimiento contractual, el reformado art. 522 del Cód. Civil incorpora también la reparabilidad del daño moral, aunque atribuyendo al juez una facultad sobre el respecto, atento que el mismo "podrá (o no) condenar al responsable, a la reparación del agravio moral"; lo cual tendría su razón de ser en la circunstancia de que la ley es más severa en materia de hechos ilícitos, por cuanto éstos comprometen al orden público (4). Aunque en la actualidad la mayoría se inclina por otra solución: la reparación del daño moral contractual procede igual que en materia de hechos ilícitos, pues pese a la no muy feliz redacción del nuevo art. 522, si el daño está probado el Juez debe acordar la indemnización (5).

Asimismo ahora también se reconocen como expresamente reparables a las injerencias a la privacidad —art. 1071 bis Cód. Civil (ley 21.173 —Adla, XXXV-D, 3595—)—, que es una forma específica de ataque a los derechos personalísimos del hombre, configurativa ante todo y primordialmente de un daño moral.

(4) ALTERINI, "Responsabilidad civil" cit., p. 37, n° 29; BORDA, Guillermo A., "La reforma del Código Civil: responsabilidad contractual" en ED, 29-765, n° II; CAZEAUX, Pedro Néstor, "El daño moral en la inexecución contractual" en "Examen y crítica de la reforma del Código Civil", t. 2, p. 67 y sigtes., n° 6, La Plata, Libr. Ed. Platense, 1971; CICHERO, ob. cit. en ED, 66-174 y sigtes., n°s. XII y XIII; HUBERMAN, Carlos E., "El daño moral en la responsabilidad contractual" en LA LEY, 149-527, n° IV; CNCiv., sala A, 9/6/76, "Muhlenkamp de Bunge c. Ginocchio", ED, 69-390; ídem sala B, 30/8/74, "Alcalde c. Camargo", LA LEY, 1975-C, 378; ídem sala C, 23/5/74, "Antonio c. Municip. Buenos Aires", ED, 60-227; CNCom., sala B, 14/3 y 29/4/83, "Cilam S.A. c. Ika Renault S.A.", LA LEY, 1983-C, 233; CNFed., sala I, Civil y Com., 13/10/76, "Pescarmona de Vasta c. Empr. Transportes América S.A.C.", ED, 70-308; C. 1a, Civil y Com., Bahía Blanca, 17/4/70, "Franzoni c. Steingold", LA LEY, 140-557 y ED, 33-328; C1a, Civil y Com., San Martín, 9/5/74, "Savio c. Lisso", LA LEY, 156-894, Jurispr. Agrup. n° 487; C1a., San Isidro, sala I., 28/8/80, "Varela c. Club Atlético Tigre", Supl. Peial. La Ley 1981-20; CCivil y Com., Paraná, sala II, 30/11/79, "Blanco c. Garay", Zeus, v. 19, secc. Jurispr., p. 194; etc.

(5) BREBBIA, "El resarcimiento del daño moral después de la reforma..." cit. en ED, 58-244, nota 16; Cichero, Néstor, su voto en fallo de la CNCiv., sala E, 5/2/79, "Iablonsky c. Anszelowicz", LA LEY, 1979-C, 473; MOSSET ITURRASPE, Jorge, "La pequeña comunidad habitacional y el daño moral" en LA LEY, 1979-C, 463 y en "Estudios sobre responsabilidad por daños", Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1980, t. I, p. 229 y sigte., n° 4; PIZARRO, Ramón Daniel, "Daño moral contractual", JA, 1986-IV-918 y sigtes., n° VI-2 y 3; SALAS, Acdeel E., "La resp. en la reforma del Código Civil", cit. en IA, 1969-427, n° 30 y en "Obligaciones, contratos y otros ensayos" cit., p. 383, n° 30; SPOTA, Alberto G., "Sobre las reformas al Código Civil", p. 17, Bs. As., Depalma, 1979; C1° Civil y Com., Bahía Blanca, sala 2°, 9/4/81, "Crugreiro c. Hospital Regional Español", D.J.B.A., 121-210 y ED, 94-279. Ver asimismo las "Actas" del "Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil" de Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 1961, t. II, p. 661.

Hoy tenemos igualmente a las llamadas lesiones psíquicas, que suponen "una modificación o alteración de la personalidad, que se expresa a través de síntomas, inhibiciones, depresiones, bloqueos, actuaciones, etc.; manifestaciones todas éstas, que permiten a su vez valorar el grado de injuria padecida" (6).

"En la realidad actual —ha dicho la doctora Zavala de González—, la angustia, la depresión, la ansiedad, etc., parecen vertientes 'normales' (por su regularidad y generalización) en la estructura síquica del ser humano 'corriente' o 'medio'. Actúan factores sociales y económicos desestabilizantes (al margen de los estrictamente personales o afectivos) que generan una debilitación de los resortes protectorios y una mayor propensión patológica ante agentes traumáticos externos" (7). Habiendo señalado Mosset Iturraspe que: "Lo síquico de la persona humana, su modo de estar o su alteración por obra de terceros, no es indiferente al derecho; puesto que de no tenerse en cuenta se parcializaría la contemplación y el resguardo de quién es el centro del ordenamiento jurídico" (8).

En rigor, toda injuria traumática que lesiona un órgano o deteriora una función, repercute en el psiquismo, y "la repercusión emocional obviamente es mayor cuanto mayor sea el valor narcisista y/o instrumental de la parte corporal afectada", por lo que, por ejemplo: "el daño psíquico reviste la mayor importancia, cuando se lesionan las manos de un cirujano o las de un pianista, o cuando se deterioran las piernas de un vendedor ambulante o las de un deportista, cuando se lastima el rostro de un actor..."; y si la injuria fuese "masiva e irreversible se puede producir un verdadero colapso narcisista, dado que el sujeto no puede lograr compensarse luego de la pérdida de una función investida de fuertes catexias libidinales. Así el desempeño laboral o profesional se ve impedido, se anula todo proyecto de futuro y el desconsuelo invade a un hombre que pierde la fuente de gratificación y el campo de despliegue de su apuesta vital" (9). Por ello, hoy en día también cabe incluir dentro de los perjuicios

(6) MILMAIENE, José E., "El daño psíquico" en "Los nuevos daños. Soluciones modernas de reparación" coordinado por Carlos A. Ghersi, Bs. As., Hammurabi, 1995, ps. 74 y sigte., § 15.

(7) ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde, "Resarcimiento de daños. Daños a las personas", t. 2-a, p. 192, § 55, Bs. As., Hammurabi, 1990.

(8) MOSSET ITURRASPE, "Responsabilidad por daños" cit., t. IV, p. 36, n° 16.

(9) MILMAIENE, ob. cit. en "Los nuevos daños" cit. coordinado por Carlos A. Ghersi, p. 70 y sigte., § 13.

indemnizables, a las secuelas neurológicas provocadas por un evento dañoso, a las perturbaciones patológicas de la personalidad de la víctima, que alteran su equilibrio básico o agravan algún desequilibrio precedente (10); en cuya producción tiene en general preponderante influencia la propia sugestión (involuntaria) de la víctima, en correlación con una constitución histérica de la personalidad, siendo secundaria desde el punto de vista médico la relevancia del agente traumático, pese a que el mismo asume un papel causal suficiente para la atribución de la responsabilidad, desde la perspectiva jurídica (11).

Se trata en suma de los llamados "histerotraumatismos" ó "histerismos o neurastenias traumáticos", o "esquizofrenias postraumáticas", o "sinistrosis", etc. El daño psíquico y su evaluación se inscriben así en el plano psicopatológico, y "por lo tanto deben tomarse en consideración estrictamente los trastornos de la estructura psicológica, las alteraciones sintomáticas, las movilizaciones fantasmáticas, las variaciones del humor, la disminución de las funciones psíquicas y vitales, etc." (12). "Luego de un informe psicopatológico se debe tener un claro panorama de la problemática existencial que atraviesa una persona a raíz de un hecho traumático, así como de la estructura clínica de su personalidad", y "sólo sobre esta base podrá entender y evaluar, pues, con mayor rigor, las verdaderas intenciones de sus demandas y las motivaciones conscientes e inconscientes de sus reclamos" (13).

Sobre el respecto, nuestra doctrina y jurisprudencia entienden en general, que las lesiones psíquicas no constituyen un rubro autónomo separable del daño material y moral. Que las mismas pueden implicar ante todo un daño patrimonial indirecto, en tanto generen deterioros orgánicos —dolores de cabeza, parestesias, etc.—, idóneos para impedir o dificultar el ejercicio habitual de la actividad laborativa de la víctima. Y que además ellas suelen infligir en todo caso un daño extrapatrimonial di-

(10) ZAVALA DE GONZALEZ, "Daños a la personas" cit., t. 2-a, p. 193, § 56; CNCiv., sala G, 29/8/91, "Villalba c. Singh", LA LEY, 1992-D, 657, Jurispr. Agrup. 8.280; CNEsp. Civil y Com., sala III, 24/4/86, "D. de S., M. C. c. Godoy", LA LEY, 1987-A, 156 y JA, 1986-IV-58.

(11) ZAVALA DE GONZÁLEZ, ob. cit., t. 2-a, p. 202, § 58-c).

(12) MILMAIENE, ob. cit. En, "Los nuevos daños" cit. coordinado por Carlos A. Ghersi, p. 75, § 15.

(13) MILMAIENE, ob. cit. En, "Los nuevos daños" cit. coordinado por Carlos A. Ghersi, p. 79, § 17.

recto, al disminuir o afectar de cualquier manera la integridad personal del damnificado; por lo que es también reparable el agravio moral que trasunte el deterioro psíquico o afectivo de la persona en su vida de relación (14).

A tenor de lo dicho, podemos afirmar que en rigor no existen nuevos daños indemnizables, pero que en cambio sí pueden darse y de hecho se dan nuevas formas de dañosidad, de provocación y causación de perjuicios.

III. Relación de causalidad

Uniformemente se admite en doctrina que para que deba responderse por un daño, es necesario que el mismo haya sido "causado", mediante acción u omisión, por su autor. A ello alude también en diversos preceptos nuestro Código Civil, cuando establece que el daño indemnizable es el que se "causare" o se hubiese "causado" u "ocasionado" a otro —arts. 1068, 1074, 1109, 1111, 1113, 1114, etc.—.

Y ello establecido, a su turno la medida del resarcimiento a cargo del responsable, habrá de resultar de la propia extensión de las consecuencias dañosas derivadas de su proceder, o sea que puedan ser tenidos como "efectos" provocados o determinados por su conducta; la que entonces viene así a ser su "causa". Interesa entonces, ante todo, saber que se entiende por "causa".

La experiencia de la vida indica que en la producción de todo suceso, confluye siempre un conjunto de abundantes factores o condiciones que unidos, y sólo en virtud de tal unión, provocan un determinado resultado. La "causa" no es pues cada una de esas condiciones, que por sí solas habrían sido irrelevantes para la producción del evento, sino todas ellas tomadas colectivamente, en conjunto. Es por eso que Stuart Mill decía con acierto, que la causa "...filosóficamente hablando es la suma de las condiciones positivas y negativas tomadas juntas, el total de las contingencias de toda naturaleza que, siendo realizadas, hacen que siga el consiguiente,

(14) ZANNONI, Eduardo A. "El daño en la responsabilidad civil", ps. 165 y sig., § 46, 2ª ed., V. Bs. As., Astrea, 1987; ZAVALA DE GONZALEZ ob. cit., t. 2-a, p. 225, §§. 63 y 64; CNCiv., sala D, 16/6/92, "Peralta c. Herman", LA LEY, 1992-E, 24; id. 15/6/92, "Díaz c. Seam", LA LEY, 1992-E, 85; ídem sala F, 30/5/91, "Veltri c. Maldonado", LA LEY, 1992-D, 656, Jurispr. Agrup. 8.272; id. 2/8/91, "Borysink c. Ibarra", LA LEY, 1991-E, 339; etc.

de toda necesidad" (15). Pero este concepto filosófico de causa no puede tampoco ser trasladado simplemente al campo del "derecho". El derecho, como otras tantas disciplinas particulares, comporta siempre puntos de vista parciales, y cuando trata de la "causa" lo hace escogiendo entre las muchas condiciones necesarias, sólo aquellas que le interesa destacar especialmente para sus fines propios. En definitiva al derecho, en cuanto ordenamiento de la conducta del hombre en sociedad, le interesa concretamente el acto humano como fuente productora de daños, y sólo tiene en cuenta las condiciones de orden físico o natural, en tanto y en cuanto puedan modificar o excluir la atribución jurídica de un suceso a una persona determinada. Pese a lo dicho, el concepto filosófico de causa es imposible de eliminar totalmente de cualquier concepción particular de la causalidad: la causa siempre habrá de ser, necesariamente, una de las condiciones *sine qua non*; es decir alguna de éstas que suprimidas (física o mentalmente), determinarán irreversiblemente la desaparición del efecto en cuestión.

Pero se trata sin duda, según lo sostuviera Llambías, de una causalidad jurídica y no puramente material, ya que "el derecho no es una física de las acciones humanas" (16); razón por la cual bien puede afirmarse que: "...según la índole del hecho originario del daño y, especialmente, conforme al reproche o censura que merezca la conducta en cuestión, será menester dilatar o restringir aquella relación de causalidad material, para que resulten o no comprendidas en ella tales o cuales consecuencias del hecho originario. De ese ajuste o corrección bajo el prisma de la justicia del nexo de causalidad material, surge la causalidad jurídica, es decir, la que el derecho computa a los fines pertinentes de la responsabilidad. Es esa causalidad jurídica la que definirá la extensión del resarcimiento a cargo del responsable, que será diferente según que el hecho determinante de la responsabilidad sea el incumplimiento de una obligación o la comisión de un hecho ilícito, y según que el agente, en una u otra situación, haya obrado con dolo, o con mera culpa" (17).

(15) STUART MILL, John "Sistema de lógica inductiva y deductiva", trad. de Eduardo Ovejero y Maury, Madrid, Ed. Daniel Jorro, 1917, p. 332, Libro III, Cap. V.

(16) CNCiv., sala A, 28/4/75, "Pascale c. Marcatelli", LA LEY, 1975-D, 444, Jurispr. Agrup. n° 1565.

(17) LLAMBIAS, Jorge Joaquín, "Los distintos tipos de causalidad jurídicamente relevantes", en "Estudios de derecho civil en homenaje a Héctor Lafaille", p. 452 y sigtes., Bs. As., Depalma, 1968; confr. CNCiv., sala C, 8/5/84, "Fiorentino de Capella c. Bello", LA LEY,

En cuanto al criterio de apreciación para poder saber cuando existe relación de causalidad entre un hecho y un daño, sobre lo que se han formulado diversas teorías, hemos de circunscribirnos a la de "la causa adecuada", que es la adoptada por nuestro Código Civil, explícitamente después de la reforma del decreto-ley 17.711/68 a su art. 906 (18). Dicha doctrina, que ya tuvo por expositor a Von Bar y fue recién fundamentada en 1888 por Von Kries, parte de un criterio de previsibilidad, aquilatándose éste no sólo dentro de la serie causal de las teorías individualizadoras y generalizadoras, sino recurriendo a la vida misma y buscando en ésta lo que de ordinario acontece.

Si se considera el caso particular en concreto tal como ha sucedido —se afirma—, es indudable que todas las condiciones de un resultado son equivalentes, ya que habiendo faltado una sola de ellas el mismo no se habría producido o lo habría sido de otra manera distinta. Pero en general o en abstracto, que es como debe plantearse el problema, no son equivalentes todas las condiciones: "causa" será únicamente la condición que "según el curso natural y ordinario de las cosas" (art. 901, Código Civil) era idónea para producir por sí el resultado, debía normal o regularmente producirlo; condiciones simplemente, son los demás antecedentes o factores en sí irrelevantes de ese resultado. Para determinar pues la causa de un daño, se debe hacer, *ex post facto*, un juicio o cálculo de probabilidades: prescindiendo de la realidad del suceso ya acontecido, habrá que indagar

1984-D, 326. Comparar CNCom., sala B, 16/12/88, "Extider S.A. c. Banco de Galicia y Bs. As.", LA LEY, 1989-C, 210, en el que se sostiene que la relación de causalidad es una cuestión física; material más que jurídica: se trata de saber si un daño es consecuencia de un hecho anterior; aunque a la postre su posición no difiere sustancialmente de lo afirmado en el texto, ya que también se lee en este fallo que la relación causal une no al mero acto con el daño, sino al acto realizado antijurídicamente por un sujeto definido como culpable; esto es, toma el tramo de conducta que causa el daño con todos los elementos de tipo subjetivo y el objetivamente antijurídico que lo integra.

(18) BORDA, Guillermo A. "La reforma del Código civil", en ED, 30-815, n° 1; Brebbia, Roberto H., "Hechos y actos jurídicos", Bs. As. Astrea, 1979, t. 1, ps. 125 y sigtes., n° 31; ídem "La relación de causalidad en el derecho civil", Rosario, Juris, 1975, p. 90, n° 31; CARRANZA, Jorge A., "Notas para un estudio de la relación causal en el acto ilícito civil", en LA LEY, 145-746, n° 5; CATALDI, Roque Vicente, "Consecuencias de los hechos jurídicos" en LA LEY, 143, 148; COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., "Responsabilidad civil y relación de causalidad", Bs. As., Astrea, 1984, p. 152, n° 30-D; GOLDENBERG, Isidoro H., "La relación de causalidad en la responsabilidad civil", p. 131 y sigte., n° 31-e). Bs. As., Astrea, 1984; LEONFANTI, María Antonia, "A propósito del nuevo artículo 906 del Código Civil", en ED, 37-967, n° 28; MOSSET ITURRASPE, "Responsabilidad por daños", cit., t. 1, p. 201, n° 80; SALAS, Acdeel E., "Responsabilidad civil contractual y extracontractual", en el N° 21 de la "Revista del Colegio de Abogados de La Plata", julio-diciembre de 1968, p. 295; SPOTIA, Alberto G., "carta personal dirigida a la doctora Leonfanti" y transcripta por ésta en su precitado trabajo, en ED, 37-966, n° 26.

si la acción u omisión del presunto agente, era por sí misma apta para provocar el daño según el curso ordinario de las cosas; si se contesta afirmativamente de acuerdo con la experiencia diaria de la vida, se declarará que la acción u omisión era adecuada para producir el daño, el que será entonces imputable objetivamente al agente; si se contesta que no, faltará la relación causal, aunque considerado el caso en concreto tenga que admitirse que dicha conducta fue también una *conditio sine qua non* del daño, pues de haber faltado este último no se había producido o al menos no de esa forma.

De lo dicho resulta, además, que no puede hablarse de relación de causalidad tratándose de un caso único que carece de antecedentes similares acaecidos con anterioridad, ya que si se trata de juzgar si el proceder en cuestión era idóneo para causar normalmente un resultado, va de suyo que deben haber existidos precedentemente otros varios supuestos parecidos, en los cuales siempre sucedió lo mismo; el concepto de causalidad lleva implícito el de regularidad, y no puede haber regularidad sin pluralidad de casos.

Pero, ¿cuándo puede decirse en el campo del derecho que un sujeto es autor de un cierto daño?. No se trata aquí de la atribución puramente física, puesto que el hombre como causante de un daño no es equiparable a una cosa o a una fuerza mecánica; a diferencia de éstas el hombre puede, en cierta medida, dirigir o gobernar el proceso causal, sea desviándolo, sea acelerándolo o agravándolo; y en tanto y en cuanto haya intervenido de tal modo, bien puede decirse que el resultado de ese proceso, en el que han participado también otros factores, es sin embargo su resultado. Y a la inversa, aunque haya participado en el proceso causal, el hombre no es considerado jurídicamente "autor" de un suceso, cuando dicha intervención no lo ha sido propiamente como persona, sino como otra cosa cualquiera de la naturaleza; así, los cargadores del vapor "Mosell" del Lloyd alemán, a quienes se les escurrió un barril que aparentemente guardaba caviar, pero que en realidad contenía explosivos puestos por un terrorista, aunque partícipes materiales de la muerte de más de cien personas fallecidas a causa de la explosión, jamás serán tenidos para el derecho como autores de homicidio.

El mayor mérito de esta posición estriba en que brinda sólo una pauta general, a la que ha de ajustar su labor el juez, atendiendo a las circunstancias peculiares de cada caso; puesto que en definitiva son los jueces los que habrán de resolver las cuestiones derivadas del nexo causal, guiándo-

se más que por teorías abstractas, por el criterio que en cada caso concreto pueda conducir a la solución más justa.

Esta doctrina de la causalidad adecuada es la que ha contado con mayor acogida en nuestra doctrina y jurisprudencia, habiendo sido incluso propiciada por el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil de Córdoba del año 1961: "La medida del resarcimiento se extiende a todo daño que guarde conexión causal adecuada con el hecho generador de la responsabilidad civil".

Antes de la reforma de 1968, nuestro Cód. Civil, siguiendo al de Prusia, ya había estructurado un sistema que concordaba con la teoría de la causalidad adecuada, tal como la formulara su primer expositor Von Kries. O sea que, a los fines de la causalidad jurídica, nuestro Código partía de la base de la "previsibilidad" del resultado.

En rigor, en nuestro derecho la relación causal y la culpabilidad descansan sobre un elemento común: la previsibilidad. Solo que la primera presupone la previsibilidad "en abstracto", según la normalidad de las consecuencias en sí mismas, con arreglo al curso natural y ordinario de los acontecimientos (art. 901 del Cód. Civil), ya que siendo así, aquéllas resultan previsibles para cualquier hombre corriente (19); mientras que la culpabilidad pondera la previsibilidad "en concreto" de acuerdo con la especial situación del autor en el caso dado, es decir según lo establece el art. 512 del mismo Código, teniendo en cuenta la naturaleza de la obligación o deber infringido y con ajuste "a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar" (20). Por lo demás, ambos requisitos no se superponen ni pueden confundirse, puesto que, como bien lo destaca Orgaz, establecido que el autor de un acto ilícito previó o pudo prever un resultado dañoso (culpabilidad), responde de todos los demás resultados "normales" de su acto (causalidad), aunque él no los hubiese previsto ni pudiera

(19) BUSTAMANTE ALSINA, "Teoría gral. de la resp. civil" cit., p. 264, n° 591; CNEsp. Civil y Com., sala IV, 28/10/80, "Sreider c. Lombardini", ED, 92-292.

(20) ORGAZ, Alfredo, "El daño resarcible", p. 156 y sigtes., n° 40, 2ª ed., Bs. As., Ed. Bibliográfica Omeba, 1960; ídem "La limitación del resarcimiento en las responsabilidades contractual y extracontractual" en "Nuevos estudios de derecho civil", Bs. As., Ed. Bibliográfica Argentina, 1954, cit., ps. 147 y sigtes., n° 3; ALTERINI, "Responsabilidad civil" cit., p. 160, n° 205; LLAMBIAS, ob. cit. en, "Estudios de dcho. civil en homenaje a Héctor Lafaille" cit., p. 459, nota 15; CNCiv., sala C, 8/5/84, "Fiorentino de Capella c. Bello", LA LEY, 1984-D, 326.

preverlos y aunque el único resultado previsto o previsible para él no se hubiese obtenido. Así por ejemplo responderá por homicidio la persona que suministre a otro un narcótico con propósitos de robo, si esta último muere por no tolerar el tóxico en razón de deficiencias orgánicas suyas, aunque este resultado no haya sido previsto por el agente por su falta de conocimientos; habida cuenta de que ello era previsible en general, por ser la muerte un efecto muy probable de los narcóticos, en personas con ciertas deficiencias en su salud (21).

Teniendo así en cuenta la mayor o menor probabilidad de las consecuencias derivables de un acto, nuestro código civil distingue entre: consecuencias inmediatas, que "son las que acostumbra suceder según el curso natural y ordinario de las cosas" (22), caso por ejemplo del individuo que efectúa un disparo a otro y lo hiere; consecuencias mediatas "que resultan solamente de la conexión de un hecho con un acontecimientos distinto", pero que no obstante podía preverse por ser probable que ello acaeciera (23), verbigracia el caso del guardabarreras que ante el aviso del paso de un tren no baja las barreras, dando lugar a que se produzca una colisión entre el convoy y un automotor que intentaba trasponer el cruce ferroviario en ese momento; y finalmente las consecuencias casuales, que son las "mediatas que no puedan preverse" (art. 901). Y el juicio de probabilidad se hace, como surge del propio art. 901 citado, en abstracto: esto es, atendiendo a lo que era o no previsible "según el curso natural y ordinario de las cosas", es decir, a lo que comúnmente acostumbraba suceder en casos análogos; salvo si la previsibilidad del agente hubiese sido superior a la corriente en ese caso concreto, por sus aptitudes sobresalientes o sus conocimientos especiales, en cuyo supuesto se debe tener en cuenta esa mayor previsibilidad (art. 902, Cód. Civil).

Establecida la clasificación que acabamos de ver, entre los distintos tipos de "consecuencias" según su mayor o menor normalidad, el Código establece las siguientes reglas de imputación: las consecuencias inmediatas son siempre imputables al autor del acto (arts. 511, 520 y 903), y la

(21) ORGAZ, "El daño resarcible" cit., ps. 157 y sigtes., n° 40 y nota 39; C.Ia. Civil y Com., San Isidro, sala Ia., 18/11/76, "Russ de Avalos c. Navarro de Hasperué", LA LEY, 1977-B, 420.

(22) SCBA, 5/7/60, "Inchausti c. Rodríguez Morán Hnos.", JA, 1961-IV-528; ídem, 27/8/74, "Berriay de Colinas c. Caballero y Prada S.A.", ED, 57-588 y D.J.B.A., 104-181.

(23) BREBBIA, "Hechos y actos jurídicos", cit., t. I, p. 111, n° 23; Cam. Ap., Junín, 30/4/81, "Recalt c. Baldasarri", D.J.B.A., 121-262.

razón de ello es que, por tratarse de efectos normales, que debían ocurrir con un alto grado de probabilidad, eran precisamente previsibles; y las consecuencias mediatas también se imputan al agente, si eran previsibles (art. 904).

De tal forma, tratándose de cuasidelitos, y a fortiori, con tanta mayor razón, de delitos, nuestro Cód. Civil comprende en el nexo adecuado de causalidad a los daños que sean consecuencia inmediata o mediata de aquéllos, los que por lo tanto son imputados fácticamente a su autor (24); o sea que se consideran "causadas" por el agente de cualquier hecho ilícito; las consecuencias inmediatas, las que por ser "normales" según el curso natural y ordinario de los acontecimientos, resultaban previsibles en general, hubiesen sido o no previstas en realidad en ese caso; y también las consecuencias mediatas previsibles, resultantes de la conexión del hecho con otro suceso distinto pero que constituía sin embargo una contingencia probable por acostumbrar suceder, bien porque realmente fueron tenidas en cuenta por el agente — "cuando las hubiere previsto" —, o porque pudo haberlo hecho "empleando la debida atención y conocimiento de las cosas" (art. 904, Cód. Civil). Pudiendo señalarse que en rigor la última hipótesis contemplada en el art. 904 del Cód. Civil, absorbe y al mismo tiempo descarta a la primera; ya que si se responsabiliza al agente aun por aquellas consecuencias mediatas que hubiera podido prever "empleando la debida atención y conocimiento de las cosas", va de suyo que carece entonces de mayor interés la indagación de sí en el caso concreto el mismo las había o no previsto (25). Por el contrario, en principio no son atribuibles al autor del acto las consecuencias casuales, desde que lo casual es lo que ocurre en forma anormal, y no es por lo tanto previsible (art. 905, 1ª parte Cód. Civil).

Pero existían y existen dos excepciones al principio de la inimputabilidad de las consecuencias casuales. Uno, "cuando (ellas) debieron resultar según las miras que tuvo (el autor) al ejecutar el hecho" (art. 905, 2a. parte),

(24) BREBBIA, "Hechos y actos jurídicos" cit., t. I, p. 112, n° 24; BUSTAMANTE ALSINA, "Teoría gral. de la resp. civil", cit., p. 292, n°s. 671 y sigte.; LLAMBIAS, ob. cit. en "Estudios de dcho. civil en homenaje a Héctor Lafaille", cit., ps. 459 y sigtes.; CNCiv., sala A, 20/10/83, "Gandolfo c. Munic. Cap. Fed.", LA LEY, 1984-B, 453; ídem sala B, 20/12/74, "Trípodi c. López Barreiro", JA, 27-1975-132; ídem, sala C, 8/5/84, "Fiorentino de Capella c. Bello", LA LEY, 1984-D, 326; CCivil y Com., Mercedes, sala II, 8/9/81, "Verdun c. Martínez", D.J.B.A., 122-159.

(25) TRIGO REPRESAS, Félix A., "La extensión del resarcimiento en la resp. objetiva", en LA LEY, 1979-C, 706, n° II.

aunque en rigor las llamadas consecuencias casuales no son en realidad tales en este caso, puesto que si las mismas "debieron resultar según las miras (o finalidad) que tuvo (el autor) al ejecutar el hecho", es claro que para éste no se trata de consecuencias casuales, dado que las previó y, es más, las quiso; aunque además de las "miras" del agente al obrar, su hecho debe haber constituido en sí mismo una *conditio sine qua non* del perjuicio y haber sido idóneo para llegar a producirlo normalmente; lo cual se da en el ejemplo proporcionado por Brebbia, de quién sabiendo que un alambrado se halla accidentalmente electrificado por la caída de un rayo, pide a otro que lo traspase, con la secreta finalidad de que sufra una descarga eléctrica al tomar contacto con los alambres. En este ejemplo, "para los terceros que ignorasen el conocimiento de la electrificación del alambrado por parte de quien formuló tal pedido, el daño sufrido por la víctima sería una consecuencia casual, pero desde el punto de vista del sujeto, que es el que interesa cuando se trata de determinar si el agente poseía aptitudes o conocimientos que le conferían un poder 'supercausal' (el individuo se propuso un resultado aprovechando una conexión causal que sólo él conocía), el daño es una consecuencia mediata previsible, imputable al agente". Y el segundo cuando aquéllas no se hubiese producido, de no haber sido precedidas por la comisión de un delito civil, tal como sucede verbigracia, cuando una cosa hurtada se destruye o deteriora por un caso fortuito, que no habría acontecido de haber estado la cosa en poder de su legítimo dueño (supuesto específicamente contemplado por los arts. 1091 y 2436 del Código Civil), o sea de no haber mediado antes el delito; supuesto al que, se sostuvo en su momento por algunos, habría aludido el primitivo texto del art. 906, cuando imputaba "las consecuencias casuales de los hechos reprobados por las leyes, cuando la casualidad de ellas ha sido perjudicial por causa del hecho". Habiéndose entendido por una parte de la doctrina, que el primitivo art. 906 no era más que una norma de carácter general, cuyo sentido era el de establecer, al igual que el art. 513 en materia contractual, que el caso fortuito no libera si el mismo ha ocurrido por culpa del responsable, o dicho de otro modo: si el caso fortuito no se hubiese producido de no haber sido precedido por la comisión del hecho ilícito (26).

(26) ACUÑA ANZORENA, Arturo, "La previsibilidad como límite de la obligación de resarcimiento en la responsabilidad extracontractual", en "Estudios sobre la Responsabilidad Civil", La Plata, Ed. Platense, 1963, p. 50 y sigtes., n° VIII; COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., "Responsabilidad civil y relación de causalidad", cit., ps. 170 y sigtes., n° 35; ORGAZ, "El daño resarcible" cit., p. 85 y sigtes., n° 21; VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, "Acción resarcitoria", p. 53, n° 6, Córdoba, Ed. Lerner, 1965.

Supuestos éstos en lo cuales existe también el nexo causal, en el sentido de que la condición adecuada para que se produjese la consecuencia casual aparece tal, en un análisis retrospectivo de las circunstancias, consideradas objetiva y no subjetivamente, que conduce a un pronóstico *ex post facto*: porque si bien los daños no pueden, a priori, preverse, el examen retrospectivo descubre la conexión causal, a veces aun cuando mediere un *casus*. Pero coincidimos sin embargo con Brebbia, en que en este supuesto la ley exige implícitamente algo más: que el caso fortuito tenga una vinculación directa e inmediata con el acto ilícito, de manera tal que pueda considerarse como una consecuencia no fatal, pero si muy probable del acto; razón por la cual esa atribución de las consecuencias fortuitas habrá de desaparecer si el agente demuestra que el daño se habría producido lo mismo aunque no hubiese mediado el hecho ilícito —doctrina de los arts. 789, 892, 2295 y 2435 del Cód. Civil— (27).

IV. Antijuridicidad

Antijuridicidad e ilicitud son términos sinónimos (28), y es ilícito todo acto contrario al ordenamiento jurídico, considerado éste en su totalidad (29), aludiéndose al principio de la unidad del ordenamiento jurídico, que

(27) BREBBIA, "Hechos y actos jurídicos" cit., t. I, ps. 124 y sigtes., n° 29 y p. 128 y sigtes., n° 32; ídem, "La relación de causalidad en la responsabilidad civil", cit., ps. 88 y sigtes., n° 29 y p. 94, n° 32.

(28) BOFFI BOGGERO, "Tratado de las Obligaciones" cit. t. 2, p. 87, § 396; BUSTAMANTE ALSINA, "Teoría gral. de la resp. civil" cit. p. 106, n° 171; COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., "Dos elementos de la resp. civil: antijuridicidad y culpa" en el N° 845 de la "Revista Notarial", La Plata, Colegio de Escribanos de la Pcia. de Bs. Aires, p. 968, n° II; ORGAZ, Alfredo, "La ilicitud", Córdoba-Buenos Aires, ed. Lerner, 1973, ps. 17 y sig., n° 1; SANTOS BRIZ, "La responsabilidad civil", cit., p. 26, n° 2; VÁZQUEZ FERREYRA, "Resp. por daños" cit., p. 123 y sig., n° 2.

(29) BUSTAMANTE ALSINA, "Teoría gral. de la resp. civil", cit., p. 74, n° 118; COMPAGNUCCI DE CASO, "Dos elementos de la resp. civil", cit. en el N° 845 de la "Revista Notarial", p. 968; KEMELMAJER DE CARLUCCI en el "Cód. civil..." cit. de Belluscio-Zannoni, t. 5, art. 1066, p. 2, § 4; LLAMBIAS, "Tratado... Obligaciones", cit., t. III, ps. 497 y sigte., n° 2135; MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Responsabilidad por daños", cit., t. I, ps. 24 y sigtes., n° 9; Orgaz "La ilicitud" cit., p. 17 y sigtes., n° 1; SALAS, Acdeel Ernesto, "La responsabilidad civil y el anteproyecto de Código Penal", en el t. XX de los "Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de La Plata, 1961, p. 7, n° 2; TRIGO REPRESAS, Félix A. en Cazeaux, Pedro N. - TRIGO REPRESAS, Félix A., "Derecho de las obligaciones", t. IV, p. 461, n° 2398, 3ª ed., La Plata, Ed. Platense, 1994; VÁZQUEZ FERREYRA, "Resp. por daños" cit., p. 128 y sigtes., n° 5; CNCiv., sala D, 21/4/88, "Sani SA c. Estado Nacional", ED, 128-549 y LA LEY, 1989-B, 622, jurispr. Agrup. n° 6031; etc.

hace que cada norma no pueda ser considerada como una individualidad estanca o aislada, sino, muy por el contrario, como un elemento conceptualmente inseparable de un complejo jurídico pleno o integral⁽³⁰⁾. De ahí que sólo sea ilícito lo contrario al ordenamiento jurídico todo y no lo opuesto a una norma aislada, en cuyo supuesto la violación podría estar justificada por otra regla que prevalezca y le dé el del signo de la licitud; así por ejemplo el homicidio no siempre comporta un ilícito, desde que en ciertas circunstancias, como verbigracia la legítima defensa, el propio ordenamiento jurídico lo justifica (31).

Se trata pues de un proceder que infringe un deber jurídico preestablecido en una norma o regla de derecho y que causa daño a otro, obligando a su reparación a quién resulte responsable en virtud de una imputación o atribución legal del perjuicio. El comportamiento humano que contraría al ordenamiento jurídico configura el substratum del hecho ilícito, y constituye a la vez el elemento material u objetivo imprescindible para que nazca la responsabilidad civil.

Por ello nuestro Código Civil establece en su art. 1066 que: "Ningún acto voluntario tendrá el carácter de ilícito, si no fuere expresamente prohibido por las leyes ordinarias (rectus: 'ordenanzas'), municipales o reglamentos de policía; y a ningún acto se le podrá aplicar pena o sanción de este Código, si no hubiere una disposición de la ley que la hubiese impuesto". Debiendo aclararse que los términos "leyes ordinarias" se deben a una alteración de la preceptiva proyectada, pues en los manuscritos del codificador la redacción era otra: "prohibido por las leyes, ordenanzas munici-

(30) KELSEN, Hans, "La teoría pura del derecho", 16ª edición, Bs. As., 1979, Eudeba, trad. de Moisés Nive de la edición de Neuschatel de 1953, p. 135 y sigtes., cap. IX; SOLER, Sebastián, "Ley, historia y libertad", p. 188, Bs. As., Losada, 1943; RECASENS SICHES, Luis, "Vida humana, sociedad y derecho", México, Fondo de Cultura Económica, 1945, ps. 317 y sig.; COSSIO, Carlos "La plenitud del ordenamiento jurídico", Bs. As., Losada, 1939; CSN, 29/6/59, "Administración Gral. Vialidad Nacional c. Bejarano de Castro Fuentes", LA LEY, 103-101.

(31) ORGAZ, "El daño resarcible" cit., p. 17, nota 1; ídem "La ilicitud" cit., p. 18, nota 1; DE GÁSPERI, Luis - MORELLO, Augusto Mario, "Tratado de derecho civil", Bs. As., Tea, 1964, t. IV, ps. 2 y sigtes., n° 1679; BOFFI BOGGERO, Luis María, "Sistemas de responsabilidad civil en el Código argentino", en el N° 10-11 de "Lecciones y Ensayos", Bs. As., Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UBA, 1959, p. 51 y sigtes., n° 1 y en "Estudios Jurídicos. Primera serie", Bs. As., 1960, Cooperadora del Centro de Derecho y Ciencias Sociales, p. 75 y sigtes.; LARENZ, Karl, "Derecho de obligaciones", trad. de Jaime Santos Briz, Madrid, 1960, ed. Revista de Derecho Privado, t. II, p. 565 y sig., § 65.1.a).

pales o reglamentos de policía..." (32). Pero aún así resulta indiscutible que el texto resulta estrecho, puesto que existen otras disposiciones prohibitivas emanadas de autoridad competente, leyes en sentido material, cuya obligación debe igualmente constituir en ilícito al acto que las contravenga (33). Por lo que resultaba más preciso lo previsto en el Proyecto de reformas de 1936, que atribuía el carácter de ilícito a los actos que "fuesen prohibidos por las leyes, los reglamentos municipales, u otros dictados por la autoridad competente" (art. 864, inciso 1).

Aunque la infracción del deber jurídico no sólo existe en dichos supuestos, sino también siempre que se ejecute un hecho que por culpa o imprudencia de su autor, ocasione un daño a otro; en cuyo caso la obligación de reparar emergente "es regida por las mismas disposiciones relativas a los delitos del derecho civil" (arts. 1109 y 1067, Cód. Civil); pudiendo decirse que el deber jurídico entonces violado es el del *alterum non laedere* o "no dañar a los demás" de la compendiosa fórmula de Ulpiano, o sea: un deber de conducirse en la vida en sociedad con la debida prudencia y diligencia, de forma tal que el comportamiento de cada uno no ocasione perjuicios a los otros individuos, sea en sus personas o en los bienes y cosas de su pertenencia (34). Sobre el respecto no se puede dejar de des-

(32) ACUÑA ANZORENA, Arturo en, Salvat, Raymundo M. - Acuña Anzorena, Arturo, "Tratado de Derecho Civil argentino. Fuentes de las obligaciones", 2ª ed., Bs. As., Tea, 1958, t. IV, p. 18, nº 2704-b), nota f); CAMMAROTA, Antonio, "Responsabilidad extracontractual", Bs. As., Depalma, 1947, t. I, p. 28, nº 19; LAFAILLE, Héctor, "Tratado de las obligaciones", t. II, p. 319, nº 1221, nota 49, Bs. As., Ediar, 1947; KEMELMAJER DE CARLUCCI en el "Cód. civil..." cit. de Belluscio-Zannoni, t. 5, p. 4 y sigtes., § 7.

(33) SEGOVIA, Lisandro, "El Código Civil de la República Argentina. Con su explicación y crítica bajo la forma de notas", Nueva edición, t. I, p. 305, nota 1 a su art. 1067, Bs. As. Librería y Editorial La Facultad, 1933.

(34) AJTJERINI, "Responsabilidad civil", cit., p. 72 y sigtes., nº 74; BOFFI BOGGERO, ob. cit., t. 2, ps. 93 y sigtes., § 396; BUERES, Alberto L., "El daño injusto y la licitud e ilicitud de la conducta" en "Derecho de daños. Homenaje al profesor doctor Jorge Mosset Iturraspe", Bs. As., Ed. La Rocca, 1989, p. 149 y sigtes., nºs. 3 y 4; BUSTAMANTE ALSINA, "Teoría gen. de la resp. civil" cit., p. 111, nº 177; GHERSI, Carlos Alberto, "Reparación de daños", Bs. As., ed. Universidad, 1989, p. 175 y sigtes., nºs. 1 y 2; KEMELMAJER DE CARLUCCI en el "Cód. Civil..." cit. de Belluscio-Zannoni, t. 5, p. 5, § 8; LLAMBÍAS "Tratado... Obligaciones" cit., t. III, p. 614 y sigtes., nº 2208-b y nota 13; CNCiv., sala C, 15/8/89, "Polino c. Volpato", LA LEY, 1990-A, 334 y JA, 1989-IV-467; íd. 6/9/88, "Parras c. Arzobispado de Bs. As.", LA LEY, 1989-B, 491; S.C.B.A., 3/5/83, "Claudel c. Furst Zapiola", ED, 105-174; CCivil y Com., San Martín, sala IIa., 11/11/86, "A. Q., J. R.", DJ, 1987-1-845; CCiv. y Com. Morón, Sala 2ª, 5/2/87, "Altamirano c. Cerámica Martín SA", LA LEY, 1987-D, 373; etc. Comparar: MOSSET ITURRASPE, "Resp. por daños" cit., t. I, p. 37, nº 16; ORGAZ, "La ilicitud" cit., p. 28, nº 4; RIPERT, Georges - BOULANGER, Jean, "Tratado de derecho civil según el tratado de Planiol", trad. de Delia García Daireaux, Bs. As., ed. La Ley, 1965, t. V, p. 24, nº 899.

tacar el fallo de la Corte Suprema Nacional del 5/8/86, recaído en los autos "Gunther c. Estado Nacional", en cuyo considerando 14 se afirma que: "la responsabilidad que fijan los arts. 1109 y 1113 del Cód. Civil sólo consagra el principio general establecido en el art. 19 de la Constitución Nacional que prohíbe a los 'hombres' perjudicar los derechos de un tercero. El principio del *alterum non laedere*, entrañablemente vinculado a la idea de reparación, tiene raíz constitucional y la reglamentación que hace el código civil en cuanto a las personas y las responsabilidades consecuentes no las arraiga con carácter exclusivo y excluyente en el derecho privado, sino que expresa un principio general que regula cualquier disciplina jurídica" (35). Quizá por ello, con mayor propiedad que en el Código Civil, se incluía en el art. 864 inciso 2º del Proyecto de reformas de 1936, entre los actos ilícitos, a los que "hubieren causado un daño o produjeren un hecho exterior, susceptible de ocasionarlo".

El "*alterum non laedere*" que constituye el primer precepto jurídico y moral a respetarse en una sociedad civilizada, es asimismo un principio general del derecho que se puede inducir de numerosas preceptivas (36); al punto que para una corriente doctrinaria "todo daño irrogado a otro resulta antijurídico, salvo que el agente proceda en ejercicio regular de un derecho...o medie una causa de justificación" (37).

Empero en los últimos años se ha manifestado una tendencia doctrinaria que tiende a menoscabar la importancia de este presupuesto de la responsabilidad. Así Mosset Iturraspe la ha calificado de superflua y equí-

(35) C.S.N., 5/8/86, "Gunther c. Gob. Nac.", ED, 120-524, con nota de Germán J. BIDART CAMPOS, "Base constitucional del resarcimiento por daños sufrido en acto de servicio militar". Y el mismo criterio ha sido luego reiterado más recientemente en otros fallos: 1/4/92, "Gómez c. Clerici"; 25/9/97, "L., B. J. c. Policía Federal argentina", LA LEY, 1998-E, 528 y JA, 1998-1-97; etc.

(36) BUERES, "El daño injusto..." en "Dcho. de daños. Homenaje al prof. doctor Jorge Mosset Iturraspe" cit., p. 150, n° 3; VAZQUEZ FERREYRA, "Resp. por daños" cit., ps. 131 y sig., n° 5.

(37) VAZQUEZ FERREYRA, "Resp. por daños" cit., p. 132, n° in-line, y ps. 139 y sigtes, n° 9; BUERES, "El daño injusto..." en "Dcho. de daños. Homenaje al profesor doctor, Jorge Mosset Iturraspe", cit., p. 160 y sigtes., n° 5-c); TALE, Camilo, "El concepto de antijuridicidad", en ED, 111-908, n° IV. Comparar: MOSSET ITURRASPE, "Resp. por daños" cit., t. III, ps. 37 y sigtes., n° 8, quién si bien comienza sosteniendo que no puede afirmarse sin más que "donde hay daño hay ilicitud", aclara luego que "el autor de un daño puede eximirse de responsabilidad, aunque ello sea excepcional, demostrando su derecho a dañar; que el hecho que lo produjo es conforme a Derecho; que su conducta, si bien violatoria de la integridad patrimonial ajena, no es violatoria del plexo normativo".

voca (38). Y otros como María Martha Agoglia y Boragina, consideran que no es un presupuesto esencial de la responsabilidad civil, habida cuenta de que su ausencia no empece en todos los casos a la reparación de un daño injusto (39); argumento éste que es uno de los más utilizados por quienes se embanderan en esta postura, como por ejemplo Carbone en Italia (40). En España destacados tratadistas como Pantaleón Prieto (41) y Diez-Picazo también se han pronunciado en ese sentido, este último en la última edición de su "Derecho de daños", al criticar el prólogo de Pena López a la obra de su discípulo Busto Lago, donde nos habla de la erosión de la antijuridicidad como presupuesto de la responsabilidad civil (42).

Recordemos además que en nuestro país 2 proyectos argentinos de unificación legislativa civil y comercial: el del P.E. de 1993 y el Proyecto de 1998, también propusieron eliminar a la antijuridicidad como presupuesto del deber de resarcir.

Pero en rigor éste no es un fenómeno nuevo, sino que más bien puede decirse por el contrario, que se trata de una tendencia ya casi superada en Europa.

Según Pena López, tal supresión de la antijuridicidad, se asienta principalmente sobre estas premisas: a) la existencia de tipos de conductas permitidas y fomentadas por el ordenamiento jurídico, que sin embargo, aun desarrollándose sin haber transgredido ningún deber específico, e incluso con las correspondientes autorizaciones, originan responsabilidad civil, verbigracia: causación de daños originados por el desarrollo de actividades dañosas en potencia pero con daños "estadísticamente inevitables".

(38) MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Responsabilidad por daños", 2ª ed., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, t. I, p. 63.

(39) AGOGLIA, María Martha, "El daño jurídico. Enfoque actual", Bs. As., Ed. La Ley, 1999, p. 43, nº 5; BORAGINA, Juan Carlos, "Breves comentarios en torno a la antijuridicidad en la responsabilidad civil" en "Obligaciones y contratos en los albores del Siglo XXI. Homenaje al Profesor doctor Roberto M. López Cabana", Bs. As., Abeledo-Perrot, 2001, p. 74, nº V.

(40) CARBONE, V., "Il fatto dannoso nella responsabilità civile", Napoli, Ed. Eugenio Jovene, 1969, ps. 154 y 180.

(41) PANTALEON PRIETO, A. E., "Comentario del artículo 1902 del C.C." en "Comentarios al Código civil", t. II, p. 1995, Madrid, Ed. Ministerio de Justicia, 1991.

(42) DIEZ-PICAZO, Luis "Derecho de daños" p. 291, Madrid, Civitas, 2001.

como ser explotación de industrias de sustancias químicas inflamables, tóxicas o contaminantes, de energía nuclear, de gas, eléctricas, de transportes, etc. En nuestro ordenamiento estos casos encuadrarían perfectamente como infracciones al art. 2618 del Cód. Civil, que expresamente aclara que la responsabilidad va a existir aunque hubiere mediado autorización administrativa para tales actividades; b) la repugnancia de considerar como hechos ilícitos a aquéllos en los que, a pesar de la falta de culpa, existe la denominada responsabilidad civil objetiva; c) la inexistencia de un deber que tuviese por contenido el *naeminen laedere*, en razón de que un deber de tal naturaleza ni estaría previsto por el ordenamiento jurídico, ni podría estarlo, so pena de paralizar la marcha de la vida económica y social normal, correspondiente a una economía de mercado, con la prohibición de toda actividad que pudiera causar daño a otro. Esto resulta igualmente inaceptable entre nosotros, donde la propia Corte Suprema tiene resuelto que el principio del "*naeminen laedere*" tiene jerarquía constitucional conforme al art. 19 de la Constitución Nacional, y que los arts. 1109 y 1113 del Código Civil que se refieren al mismo, no hacen más que aplicar aquel principio de rango superior; y d) en fin, en la latitud del deber de reparar el daño, que al referirse a cualquier daño, parece hacer abstracción del requisito de la antijuridicidad; atento que las posturas extremas postulan en síntesis que cualquier daño, fuera éste o no fruto de un hecho ilícito, genera el deber de resarcir (43).

Sin embargo esta forma de ver la realidad jurídica no es la única existente, ni tampoco numéricamente mayoritaria o cualitativamente superior. En efecto en el derecho Europeo, los Códigos Civiles más modernos y progresivos, exponentes como tales, se supone, de las tendencias doctrinales y jurisprudenciales más arraigadas, que además corresponden a países donde impera asimismo en forma floreciente la economía de mercado, se exige en forma explícita el requisito de la antijuridicidad, como uno de los presupuestos de la responsabilidad civil; tales: el Cód. Civil alemán o B.G.B., cuyo párrafo 823 habla de quien dolosa o culposamente lesiona de forma antijurídica a la vida, cuerpo, alud, libertad, propiedad o cualquier otro derecho de otra persona; el Código Suizo de las obligaciones, que en su art. 41.1 expresa que aquel que cause, de una forma ilícita, un daño a otro..., etc.; c) el art. 2043 del Cód. Civil italiano de 1942, que también dispone que "cualquier hecho doloso o culposo, que oca-

(43) PENA LOPEZ, José María, "Prólogo" a la obra de José Manuel Busto Lago "La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual", ps. 14 a 18, Madrid, Ed. Tecnos, 1998.

siona a otros un daño injusto...”, etc.; d) el Art. 483.1 del Cód. Civil portugués que establece que: “aquél que, con dolo o mera culpa, violase ilícitamente el derecho de otro...”, etc.; y e) por último el art. 162.1 del Código holandés de Derecho patrimonial de 1992, que determina que: “aque- que comete un acto ilícito que le puede ser imputado, respecto de otro, está obligado a reparar el daño...”. O sea que, frente a los que niegan que la antijuridicidad pueda formar parte de un sistema económico basado en el libre mercado, cabe destacar que en los antedichos países, que cuentan con desarrolladas y modernas economías industriales capitalistas, el requisito de la antijuridicidad está plasmado legislativamente (44).

Además el Tribunal Supremo de España en reiterados pronunciamientos a través del tiempo ha venido manteniendo la antijuridicidad como presupuesto de la responsabilidad Civil; tal como puede verse en un fallo de la Sala 3ª de ese Tribunal de fecha 18 de octubre de 1999, que se refiere a la antijuridicidad como presupuesto y que la misma desaparece cuando concurre una causa de justificación que la legitima (45); y en otros varios fallos más recientes, todos de la Sala 1ª, dos del 11 de Julio y el restante del 26 de setiembre del año 2002 (46).

O sea que no ha habido erosión alguna de la antijuridicidad, sino todo lo contrario, pues tanto se ha ido ampliando el radio de acción de los intereses jurídicamente protegidos, que lo mismo ha estado sucediendo correlativamente en el ámbito de la antijuridicidad; con respecto al cual el profesor Galgano —según dice Pena López— ahora nos habla como de un “universo en expansión” (47). Pudiendo concluirse desde un punto de vista lógico, en que la antijuridicidad se presenta como un requisito ontológicamente necesario para que se pueda imputar el daño a un sujeto

(44) TRIGO REPRESAS, Félix A. - LOPEZ MESA, Marcelo J., “Tratado de la responsabilidad civil”, Bs. As., Ed. La Ley, 2004, t. I, p. 825, nº 4.5.; PEÑA LOPEZ, “Prólogo” cit. a la obra de Busto Lago, “La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual”, ps. 14 a 18; PEÑA LOPEZ, Fernando “La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual”, Granada, Ed. Comares, 2002, p. 260, nota 1 in fine.

(45) En el tomo del año 2000 de la “Revista de Responsabilidad. Civil y Seguros”, Bs. As., Ed. La Ley, p. 1206.

(46) Citados en TRIGO REPRESAS-LOPEZ MESA, ob. cit., t. I, p. 926 y notas 781 a 783.

(47) PENA LOPEZ, su “Prólogo” a la citada obra de Fernando Peña López “La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual”, p. XXVI.

distinto de la víctima, ya que sin un momento dogmático en el juicio de responsabilidad, en el que se dilucide esta cuestión, no se podría conocer cuando debe intervenir el derecho y cuando no (48).

Volviendo a nuestro país, el Proyecto del P.E. de 1993 eliminaba el requisito de la antijuridicidad del daño, al no incluir en ninguno de los capítulos asignados a los presupuestos de la responsabilidad civil una norma referida al mismo, y al no mencionarlo tampoco en las disposiciones generales sobre aquélla (arts. 1549 a 1578). Pero sin embargo, el texto proyectado del art. 1549 decía en su primer párrafo que: "La violación del deber de no dañar a otro genera la obligación de reparar el daño causado, conforme a las disposiciones de este Código", o sea que en definitiva se receptaba el principio del *naeminen laedere* y de que todo daño irrogado a otro resulta antijurídico, salvo que el agente proceda en ejercicio regular de un derecho o medie una causa de justificación; con lo que en rigor la antijuridicidad no desaparecía como presupuesto del daño resarcible.

A su turno en el Proyecto de 1998 también se había decidido suprimir a la "antijuridicidad" como presupuesto de la responsabilidad civil, lo que así se manifestaba expresamente en el punto 262 de sus "Fundamentos" (49). Pero sin duda tampoco se pudo prescindir en el mismo del "naeminen laedere", el cual se mantenía como principio señero en los siguientes artículos: 1584 inc. b) (obligación de "reparar el daño en caso de infracción al deber general de no dañar"); 1585 incs. a) y b) ("Toda persona tiene el deber..." y ha de adoptar las medidas razonables "para evitar que se produzca un daño"); 1588 (Debe ser reparado "el daño causado a un derecho, o a un interés que no sea contrario a la ley, sino está justificado"); 1651 inc. b) [Responsabilidad directa de quien, por acción o por omisión, "causa un daño injustificado"]; y 1654: "En caso de transgresión del deber general de no dañar...", etc.. De forma tal que corresponde sostener que también en este nuevo régimen proyectado, todo daño irrogado a otro resulta antijurídico, salvo que el agente proceda en ejercicio regular de un derecho o medie una causa de justificación.

Se hace notar en los "Fundamentos" del Proyecto de 1998, como argumento corroborante, que: "en la actualidad se acepta la responsabilidad

(48) PEÑA LOPEZ, ob. cit., p. 260, nota 1 in fine.

(49) "Proyecto de Código civil de la República Argentina unificado con el Código de Comercio", Bs. As., Abeledo-Perrot, 1999, p. 101, n° 262.

por actos lícitos. En el mismo Código se ejemplifica con el artículo 2553, que permite buscar un tesoro en predio ajeno sin consentimiento del dueño, a condición de garantizarle "la indemnización de todo daño" (50). Todo lo cual es sin duda cierto, pudiendo además mencionarse otros varios ejemplos de actividades permitidas o lícitas, que sin embargo generan en nuestro derecho vigente el deber de indemnizar, si de las mismas se derivan daños a terceros, tal como sucede con muchas preceptivas del Código Civil referentes a restricciones y límites al dominio; ocupación del inmueble vecino con andamios para la realización de una obra, con "indemnización del daño que causare" (arts. 2627 y 3077); obligación para los dueños de terrenos inferiores, de recibir las aguas subterráneas que por el trabajo del hombre salieren al exterior, "cuando no sea posible por su abundancia contenerlas en el terreno superior, satisfaciéndoles una justa indemnización de los perjuicios que puedan causarles" (art. 2650); imposición de servidumbre de paso a través de heredades vecinas, en favor del inmueble destituido de toda comunicación con camino público, "satisfaciendo el valor del terreno necesario... y resarciendo todo otro perjuicio" (art. 3068); o, en fin, servidumbre de acueducto en favor de la heredad que carezca de las aguas necesarias para el cultivo o de un establecimiento industrial, para traerlas viniendo por terrenos ajenos, "con el cargo de una justa indemnización" (arts. 3082 y 3085); etc.

Pero lo cierto es que todo ello tampoco constituye una razón de peso suficiente como para descartar la exigencia del requisito de la antijuridicidad. En efecto, dicho deber de responder por daños causados por actos lícitos constituye una problemática que se da tanto en el derecho privado como en el público; aunque en este último se distinguen dos distintas categorías de deberes a cargo del Estado: se trata propiamente de "responsabilidad", con relación a los daños derivados de proceder antijurídicos, en tanto que se habla de "compensación" o más precisamente de "indemnización", para los perjuicios derivados de conductas que se ajustan a la ley, que no infringen las normativas de nuestro derecho positivo (51). Ahora bien, como acertadamente lo puntualizara la doctora Kemel-

(50) "Proyecto" cit., p. 101, n° 262.

(51) ALESSI, Renato, "Instituciones de Derecho Administrativo", trad. de la 3ª. Ed. Italiana, Bosch, Barcelona, 1970, ps. 485 y sigtes.; GARRIDO FALLA, Fernando, "Tratado de derecho administrativo, 3ª. ed., Madrid, 1966, t. 2, p. 209; MOSSET ITURRASPE, Jorge. "Daños derivados de actos lícitos de la administración" en "Estudios sobre responsabilidad por daños", Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1980, t. I, p. 285 y sigte., n° 3.

majer de Carlucci (52), ambas categorías de "responsabilidad" e "indemnización" resultan perfectamente encuadrables dentro de la amplia "teoría del responder civil", tal como la expusiera el doctor López Olaciregui cuando sostenía que: la misma "no debe ser construida como una teoría del acto ilícito, sino como una teoría del acto dañoso y de la repartición de los daños", ya que existe un "responder sanción" que funciona cuando el perjuicio ha sido causado ilícitamente, el cual está comprendido dentro de otra materia más amplia, la del "responder distribución", que corresponde a todos los casos de daños civiles, ilícitos o no; luego de lo cual agregaba que entre lo que cabe distribuir figuran bienes y males, y que asignar males no es necesariamente castigar, sino elegir quien ha de soportarlos, dado que resulta inevitable que alguien tenga que cargar con ellos (53).

Por otra parte, cuando se trata de reparación de detrimentos provocados por un obrar lícito, resulta bastante evidente la similitud de situaciones entre ese supuesto y la indemnización de daños causados en estado de necesidad (54). Instituto este último fundado en exigencias de la justicia conmutativa y razones de equidad, que imponen la repartición del perjuicio entre el autor del acto necesitado y su víctima (55), para así mantener el principio de igualdad ante las cargas públicas que fluye del art. 16 de la Constitución Nacional; puesto que si del examen de sus respectivas conductas, resulta evidente que a ninguno puede reprochársele un comporta-

(52) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Afda, "La responsabilidad del Estado: enfoque jurídico-privado", en "Responsabilidad del Estado", Tucumán, ed. Unsta, 1982, p. 61, n° III-A-1.

(53) LOPEZ OLACIREGUI, José María, "Esencia y fundamento de la responsabilidad civil" en el vol. 11 de la "Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones", 1978, Depalma, ps. 941 y sigte., n°s. 3 a 17; y en el N° 1, año 1 de la "Revista de responsabilidad civil y seguros", Ed. La Ley, Enero-Febrero de 1999, p. 165 y sigte., n°s. 3/17.

(54) ALESSI, "Instituciones de Dcho. Administrativo" cit., p. 488; MOSSET ITURRASPE, "Daños derivados de actos lícitos..." cit. en "Estudios sobre responsabilidad por daños" cit., t. I, p. 289, n° 8.

(55) ACUÑA ANZORENA, Arturo "adiciones" a SALVAT, Raymundo M. "Tratado de derecho civil argentino. Fuentes de las obligaciones", 2ª ed., Bs. As., TEA, 1958, t. IV, p. 73, n° 2725 h; ídem "El estado de necesidad..." en "Estudios sobre la responsabilidad civil" cit., p. 144; CARDINI, Eugenio Osvaldo, "Estado de necesidad", Bs. As., Abeledo-Perrot, 1967, ps. 70 y sigtes.; DE AGUIAR DIAS, José, "Tratado de responsabilidad civil", trad. De Juan Agustín e Ignacia Moyano, México-Lima-Buenos Aires, ed. José Ma. Cajica Jr., 1957, t. II, ps. 306 y sigte.; MOSSET ITURRASPE, "Responsabilidad por daños" cit., t. I, p. 47 y nota 79.

miento que moralmente justifique la obligación de soportar todo el daño sufrido o el de repararlo en igual extensión, es justo entonces que, cuando menos, ambos lo soporten equitativamente (56).

V. Los factores de atribución de la responsabilidad

Pero quizá el tema de mayor trascendencia de todos los que nos ocupan, sea el de los factores de atribución de la responsabilidad civil, que por cierto constituye uno de sus elementos o requisitos configurantes.

El mismo durante mucho tiempo, bajo el imperio de la concepción subjetiva fundada exclusivamente en la idea de la culpa, fue erróneamente identificado con la imputabilidad, por culpa o dolo, del agente del daño. Así Aguiar y Colombo entre otros, puntualizaban que la imputabilidad "resulta de una situación en virtud de la cual un hecho puede serle atribuido a una persona, considerando a ésta como la causa de ese hecho" (57). Por el contrario fue el doctor Bustamante Alsina el primero que entre nosotros señalara que ello no era exactamente así, sino que el daño causado por una persona o cosa debía conjugarse además con un "factor" reputado idóneo por la ley para atribuir la responsabilidad a alguien, pero que dicho factor podía ser subjetivo u objetivo (58).

El factor atributivo es subjetivo o imputativo en la responsabilidad por el hecho propio, consistiendo precisamente en la imputabilidad por culpa o dolo del agente del daño. En tanto que en otros supuestos los factores atributivos de responsabilidad son objetivos.

A su vez en cuanto a esto último, para algunos autores sólo existe un único factor objetivo: el riesgo creado; el cual no sólo aparecería como factor fundamentante de la responsabilidad en los supuestos de daños causados por cosas, sino asimismo en estos otros: a) en la responsabilidad del principal o comitente por el hecho de sus dependientes, ya que como estos últimos cumplen un encargo en provecho o beneficio del pa-

(56) SCBA, 6/3/60, "Morelli de Campanino c. Domínguez", Ac. y Sent. 1960-III-72.

(57) AGUIAR, Henoch D., "Hechos y actos jurídicos en la doctrina y en la ley", Bs. As., Tea, 1950, t. II, p. 206, n° 25; COLOMBO, Leonardo A., "Culpa aquiliana (Cuasidelitos)", 2ª ed., Bs. As., Tea, 1947, p. 167, n° 60.

(58) BUSTAMANTE ALSINA, "Teoría gral. de la resp. civil" cit., p. 323, n°s. 730 y 731.

trón, es justo que el mismo soporte el riesgo de los daños que puedan resultar de la actividad o servicio que aquéllos les prestan (59); b) en los hechos involuntarios, con relación a los cuales el riesgo se desprendería "de la actuación misma de tales personas; porque por su edad, menores de diez años, o por alteración de sus facultades mentales, son proclives a dañar" (60); c) en punto a relaciones de vecindad entre inmuebles contiguos, a cuyo respecto la responsabilidad que puede resultar de las perturbaciones perjudiciales producidas entre los mismos, provendría de la ruptura de la igualdad de trato y riesgos entre vecinos, mediante, precisamente, la creación de un riesgo excepcional y anormal (61); y d) inclusive en las obligaciones contractuales de fines o determinadas, en las que se persigue un resultado concreto y el deudor sólo puede exonerarse demostrando la existencia de un caso fortuito; las cuales, al decir de los hermanos Mazeaud, tal vez constituyan, aunque de lejos, el resultado de la teoría del riesgo (62).

Por nuestra parte, siguiendo a Bustamante Alsina, ya hemos sostenido que son varios y diferentes los fundamentos que han llevado a imponer legalmente los distintos supuestos concretos de responsabili-

(59) ANASTASI, Leónidas, "Responsabilidad por el hecho ajeno" en JA, I-655; Borda, Guillermo A. "El fundamento de la responsabilidad civil extracontractual" en LA LEY, 94-829, n.º II-5; idem "Tratado... Obligaciones" cit., t. II, p. 258 y sigtes., n.º 1.341 y p. 291, n.º 1.378; DE GASPERI - MORELLO, ob. cit., t. IV, p. 343, n.º 1838; SPOTA, Alberto G. "El daño causado por el dependiente en ocasión de desempeñar la función de dependencia" en JA, 1943-I-386; DEMOGUE, René, "Traité des obligations en général", París, Librairie Arthur Rousseau, 1923/25, t. III, p. 483, n.º 293 y t. V, p. 74 y sig., n.º 881; Josserand, Louis - Brun, André "Derecho civil", trad. de Santiago Cunchillos y Manterola, Bs. As., E.J.E.A., 1950, t. 2, vol. I, p. 396 y sigtes., n.º 513; PLANIOL, Marcel - RIPERT, Georges - ESMEIN, Paul, "Tratado práctico de derecho civil francés", trad. Mario Díaz Cruz, La Habana, ed. Cultural, 1946, t. VI, p. 874, n.º 641; Savatier, René "Traité de la responsabilité civile en droit civil français", 2ª ed., París, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1951, t. I, ps. 360 y ss., n.º 284.

(60) MOSSET ITURRASPE, Jorge "Responsabilidad por culpa y por riesgo creado" en "Estudios sobre responsabilidad por daños", cit., t. I, p. 56, n.º 3; RIPERT, Georges, "El régimen democrático y el derecho civil moderno", trad. José M. Cajica, Jr., Puebla (México), ed. José M. Cajica Jr., 1951, p. 191, n.º 182.

(61) JOSSERAND, "Derecho civil" cit., t. I, vol. III, p. 128 y sigte., n.ºs 1500 a 1506 bis; SANTOS BRIZ, Jaime, "Responsabilidad civil", cit., p. 413.

(62) MAZEAUD, Henri y LÉON - TUNC, André, "Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual", trad. de la 5ª ed. francesa de Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Bs. As., E.J.E.A., 1961, t. I, vol. I, p. 104, n.º 90-2; BUERES, Alberto L., "El acto ilícito", Bs. As., Hammurabi, 1986, ps. 53 y sig., n.º 12.

dad objetiva (63). Así: a) se trataría de un deber legal de garantía a cargo del principal o comitente, convertido ministerio legis en una suerte de fiador de su dependiente, en cuanto al deber de éste de indemnizar los daños y perjuicios resultantes de su acto ilícito cometido en el desempeño de sus funciones—art. 1113, 1er. párrafo del Cód. Civil— (64). Esta tesis de la "garantía" fue defendida principalmente por Boris Stark, quien sostuvo que como premisa debe tenerse en cuenta el punto de vista de la víctima y su seguridad, siendo necesario asegurarles una indemnidad a los hombres tanto en su vida, como en la integridad de su cuerpo y también en sus bienes materiales; por lo que constituyendo el daño que se les pueda causar una violación del derecho a la seguridad del damnificado, que además se contradice o enfrenta con el derecho a la libertad del causante del perjuicio, ello solo justifica la existencia de la "garantía a la seguridad" y la consecuente obligación de indemnizar a los damnificados por la violación de sus derechos (64 bis). Es más, este fundamento explica que el principal tenga después una acción recursoria (art. 1123 C.C.) contra su dependiente autor directo del daño, atento que en definitiva aquél paga una deuda de otro: la de su dependiente como autor del ilícito dañoso, y es por ello que después puede intentar repetir de éste último lo que por él

(63) BUSTAMANTE ALSINA "Teoría gen.," cit., p. 326, n.º 744 y p. 381 y sigtes., n.ºs. 922 y sigtes.; VAZQUEZ FERREYRA, "Resp. por daños" cit., p. 196 y sigte., n.º 3.

(64) BREBBIA, Roberto H., "Problemática jurídica de los automotores", Bs. As., Astrea, 1982, t. I, p. 218 y sigtes., § 3; BUSTAMANTE ALSINA "Teoría general de la resp. civil" cit., p. 387, n.º 942; COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., "Responsabilidad civil por el hecho ajeno", La Plata, Lex, 1987, p. 127 y sigte., letra b); CORDEIRO ALVAREZ, Ernesto "Tratado de derecho civil. Parte general y obligaciones", Bs. As., ed. Bibliográfica Argentina, 1959, t. I, p. 708; Garrido, Roque - Andorno, Luis O., "El art. 1113 del Cód. Civil", Bs. As. Hammurabi, 1983, p. 17; NOVILLO SARAVIA, Lisandro (h.) "La responsabilidad civil por el dependiente en la doctrina y jurisprudencia argentina" en LA LEY, 97-899, n.ºs. 13 y 14; Salas, Acdeel E. "Responsabilidad contractual y extracontractual" en "Estudios sobre la resp. civil", Bs. As. Valerio Abeledo, 1947, p. 9, nota 17; SMITH, Juan Carlos "Límites lógicos del riesgo creado", en LA LEY, 1981-B, 972 y sigtes., n.º II-1; TRIGO REPRESAS, Félix A. en CAZEAUX, Pedro N. - Trigo Represas, Félix A., "Derecho de las obligaciones", 3a. ed., La Plata, Platense, 1996, t. V, p. 40 y sigte., n.º 2572; Besson, André, "nota" en Dalloz Périodique, 1928, 1a. parte, p. 14; BONASI BENUCCI, Eduardo "La responsabilidad civil", trad. de Juan V. Fuentes Lojo y José Peré Raluy, Barcelona, Ed. Bosch, 1958, p. 227, n.º 55; Le Tourneau, Philippe "La responsabilité civile", 2ª ed., Paris, Dalloz, 1976, p. 593, n.º 1699; Peirano Facio, ob. cit., ps. 512 y ss., n.º 275; RIPERT, Georges, "La règle morale dans les obligations civiles", 3ª ed., París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1935, ps. 245 y ss., n.º 126; ídem "El régimen democrático y el derecho civil moderno" cit., ps. 289 y ss., n.º 180 a 184.

(64 bis) STARK, Boris, "Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et peine privée", Paris, L. Rodstein, 1947, p. 211.

hubiese pagado; b) la "equidad" sería el fundamento en los daños causados involuntariamente —art. 907 C. Civil— (65); c) en las relaciones de vecindad el exceso de la normal tolerancia —arts. 2618 y concs. Cód. Civil— (66); y d) por cierto el "riesgo creado", factor atributivo de las siguientes responsabilidades: 1) por el riesgo o vicio de las cosas del art. 1113, 2do. párrafo in-fine del C. Civil (reformado por la ley 17.711); 2) por el hecho de los animales —arts. 1124 y sigtes. del Cód. Civil—; 3) por los perjuicios provocados a terceros en la superficie terrestre por la utilización de aeronaves —arts. 155 y sigtes. del Cód. Aeronáutico (ley 17.237 —Adla, XXVII-A, 184—); 4) por los daños causados por un accidente nuclear que se deba directamente a una catástrofe natural de carácter excepcional (art. IV, n° 3, inc. b) de la Convención de Viena de 1963, ratificada por la ley 17.048/66 (Adla, XXVI-C, 1625) y más recientemente por la ley 24.804 —Adla, LVII-B, 1362—, que constituye una responsabilidad "objetiva" del "explotador" de una instalación nuclear y/o del "transportador" de combustibles nucleares, productos o desechos radioactivos; y 5) la responsabilidad "colectiva" del conjunto de los distintos propietarios o jefes de familia que habitan en un inmueble del cual, sin saberse de donde provino, fue arrojada o cayó una cosa sobre la vía pública, dañando a uno o más transeúntes —art. 1119 in-fine del Cód. Civil— (67).

Alterini, Ameal y López Cabana, como así Bustamante Alsina, mencionan igualmente como factor de atribución al "abuso del derecho" (68), y

(65) ACUÑA ANZORENA, Arturo, "Consideraciones sobre la capacidad patrimonial del autor de un cuasidelito en la determinación del perjuicio indemnizable" en Rev. "Jus", La Plata, Ed. Platense, N° 11-12, p. 16 y sigte.; BORDA, Guillermo A., "La reforma del Cód. Civil: Responsabilidad extracontractual", en ED, 30-813; BUSTAMANTE ALSINA, "Teoría general de la resp. civil" cit., p. 447 y sigtes., n°s. 1198 y sigtes.; Horvath, Pablo A., "La responsabilidad objetiva en el derecho privado" cit. en JA, Doctrina, 1970-565, n° IX; Llambías "Ley 17.711: reforma del Cód. Civil", en JA, 1968-VI-905 y sig., n° 9-II; Orgaz, Alfredo "La culpa (Actos ilícitos)", Bs. As., Ed. Lerner, 1970, p. 44, n° 13 y p. 96, n° 38; PALMERO, Juan Carlos, "El daño involuntario", Bs. As., Astrea, 1973, p. 150 y sigtes.; RAFFO BENEGAS, Patricio y SASSOT, Rafael A., "Indemnización por razones de equidad" en JA, Doctrina, 1970-772.

(66) Alterini-Ameal-López Cabana "Derecho de obligaciones" cit., ps. 207 y sig., n° 480; BUSTAMANTE ALSINA, "Teoría general de la resp. civil" cit., ps. 473 y sig., n°s. 1234 y sigtes.

(67) BUSTAMANTE ALSINA, "Teoría general de la resp. civil" cit., p. 630 y sigtes., n°s. 1757 y sigtes.; LOPEZ CABANA, Roberto M., - LLOVERAS, Néstor, "La responsabilidad colectiva", en ED, 48-799; MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Daños causados por un miembro no identificado de un grupo determinado" en JA, Doctrina, 1973-1.

(68) ALTERINI-AMEAL-LOPEZ CABANA, "Derecho de obligaciones" cit., p. 206 y sig., n° 478; BUSTAMANTE ALSINA "Teoría gral. de la resp. civil" cit., p. 326, n° 744 y p. 465 y sigtes., n°s. 1210 y sigtes.

por su parte Vázquez Ferreyra agrega otros cuatro a los ya mencionados anteriormente: a) la solidaridad, b) la seguridad social, c) la igualdad ante las cargas públicas, y d) el seguro y criterios económicos (69). Y el Proyecto de reformas de 1993 de la Comisión nombrada por el decreto 468/92 del P.E. nacional (Adla, LII-B, 1641), estableció a su turno en su art. 1556 que: "La equidad, la garantía y el riesgo son factores objetivos de atribución de la obligación de reparar daños, en los casos previstos por el ordenamiento jurídico".

Pero la aparición de los factores objetivos de atribución se ha producido, como lo apuntara Borda, seguido después por la mayoría de la doctrina e inclusive por la declaración del "IV Congreso Nacional de Derecho Civil" de Córdoba, 1969, sin desplazamiento de la responsabilidad fundada en la culpa del responsables —principio de los arts. 1067 y 1109 del Cód. Civil—, la que continúa subsistiendo, aunque coexista ahora con los otros factores objetivos de responsabilidad.

En suma la responsabilidad subjetiva fundada en la culpa del autor del daño sigue vigente en nuestro derecho, lo cual se advierte ante todo en la responsabilidad de los profesionales y en general de todos aquellos que responden por su hecho personal o propio. Y todavía más aún en la responsabilidad de los medios de prensa por ataques a derechos personalísimos como la privacidad, el honor, la imagen etc.: a cuyo respecto numerosa jurisprudencia ha dejado sentado que el factor de atribución aplicable a tal responsabilidad es de raigambre o naturaleza eminentemente subjetiva, siendo necesario probar la culpa o el dolo de la persona u órgano que dio la noticia o publicó la crónica agravante. Y es más, cuando el damnificado resulta ser un funcionario público o una persona cuya vida ha adquirido por alguna razón pública notoriedad, por aplicación de la doctrina de la "real malicia", adoptada entre nosotros por la Corte Suprema a partir de los casos "Campillay", "Costa" y otros, siguiendo los lineamientos del "common law" anglosajón en defensa de la libertad de prensa (70), lo que se exige es entonces la prueba del "dolo" directo o eventual del órgano de prensa, es decir que la noticia era falsa o inexacta y que ello era sabido por el periodista u órgano de prensa, los que habrían actuado con "real malicia",

(69) VAZQUEZ FERREYRA, "Resp. por daños" cit., p. 207 y sigtes., n°s 1 a 3, 7 y 8.

(70) La doctrina de la real malicia fue desarrollada en 1964 por la Corte Suprema americana, en el caso "New York Times vs. Sullivan", 376 US 254 (1964).

es decir con el designio de injuriar o calumniar (71); en tanto que tratándose de ciudadanos comunes y anónimos, la responsabilidad de los medios de prensa no se circunscribe a los supuestos en que media malicia, sino que comprende también a aquéllos en los que sólo existió imprudencia, impericia o negligencia, en la propagación de las noticias agraviantes (72).

Ello, sin perjuicio de la indiscutible necesidad de recurrir a la culpa o el dolo, en los casos de pluralidad de responsables, a los fines de poder establecer las distintas cuotas de coparticipación de cada uno de ellos, en el total de la indemnización acordada; ya sea para su pago al damnificado en los supuestos de simple mancomunación, o en los casos de solidaridad para el ejercicio de la acción de contribución y reintegro a quien hubiese debido pagar la totalidad del resarcimiento o una parte mayor de la que realmente le correspondería.

Y todo esto es muy importante, atento que la culpa "in genere" como factor atributivo de la responsabilidad, tiene un indudable sentido moral. La conducta humana debe ser juzgada según el querer del individuo y en función de pautas valorativas de tipo ético; todo lo cual tiende a lograr la perfección del hombre, contribuyendo por ello mismo a organizar y mantener un orden social impregnado de justicia; porque el paradigma del valor justicia no se puede alcanzar fuera de lo moral y con desprecio de lo esencialmente humano, subestimando o dejando de lado lo más valioso del individuo, que es su conciencia; puesto que como bien lo señalara Llambías: "El derecho no es una física de las acciones humanas" (73), y precisamente en eso habría de convertirse, si no se tratara más que de un conjunto de reglas, sin otro objetivo que establecer los límites para el obrar de cada uno en la vida en sociedad.

Asimismo en materia contractual, la mayoría de la doctrina nacional y extranjera ha estado de acuerdo en sostener que la responsabilidad es subjetiva, fundada en el dolo (o malicia) —arts. 506 y 521 del Cód. Civil—

(71) C.S.N., 15/5/86, "Campillay c. La Razón", ED, 118-302 y L.L. 1986-C, 406; *id.* 12/2/87, "Costa c. Municipalidad de la Capital", ED, 123-128, LA LEY, 1987-B, 629; *id.* 18/12/01, "G., C.A. c. El Día S.A.", LA LEY, 2002-A, 513; etc. BADENI, Gregorio, "Las doctrinas "Campillay" y de la "real malicia" en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia", en LA LEY, 2000-C, 1244 y sigtes.

(72) CNCiv., sala B, 28/2/91, "C., A. R. c. Ed. Atlántida S.A.", LA LEY, 1991-D, 224; *id.*, 9/9/94, "Montes de Oca c. Soc. Española de Beneficencia - Hospital Español", JA, 1995-I-237.

(73) LLAMBIAS, Jorge Joaquín, "El derecho no es una física de las acciones humanas" en LA LEY, 107-1015 y sigtes.; *idem* "Tratado... Obligaciones" cit., t. III, p. 525 y sigtes., nº 2150.

o la culpa del incumplidor—arts. 511, 512 y 520 del mismo Código—. Y en similar sentido se ha señalado por Jordano Fraga, que: "En España... el peso a las elaboraciones tradicionales de la culpa ha sido hasta tiempos muy recientes definitivo, y en ellas se mueve todavía la mayoría de la doctrina que acepta acriticamente el postulado de que la responsabilidad del deudor requiere como regla general la culpa del mismo, que así se eleva (con algunas diferencias de matiz) a fundamento general de la responsabilidad contractual" (74). Sin embargo un nuevo sector de juristas tiende a romper con ese molde impuesto, objetivando la responsabilidad contractual en algunos supuestos; siendo quizá Santos Briz, quien primero llamara la atención sobre el particular, cuando expuso: "Y es que en esencia siendo la responsabilidad por riesgo, según Esser, el responder por el peligro puesto por sí mismo, en principio no hay obstáculo en considerarla base de responsabilidad derivada del contrato" (75).

Revalorizado así el factor de atribución subjetivo o imputativo, cabe ahora recordar que, para que alguien pueda ser tenido como "culpable" de un daño, es necesario que la autoría material del hecho provenga de un individuo que, en razón de gozar de discernimiento, intención y libertad al tiempo de su obrar (art. 897, Cód. Civil), hubiese estado en condiciones de prever y evitar sus resultados (art. 900, Cód. Civil). O sea dicho de otra manera, que se requiere la voluntariedad del acto, pues si el agente obró involuntariamente, no se le puede reprochar su conducta como éticamente disvaliosa. Ergo, se considera que hay imputabilidad sólo cuando el acto emana de un obrar inteligente y libre, que es lo que dice, aunque sólo en relación a los delitos civiles, el art. 1076 del Cód. Civil, cuando establece que ellos deben ser "el resultado de una libre determinación de parte del autor". Y obviamente, cuando el obrar aparece fallado en cualquiera de esos componentes: discernimiento, intención o libertad, el acto ya no es voluntario y el sujeto resulta por ende inimputable.

A su vez tampoco basta con la voluntariedad del acto para que surja la responsabilidad, sino que se requiere igualmente de una imputabilidad podría decirse de segundo grado: que el acto le sea reprochable al agente, por haber mediado dolo o culpa en su determinación voluntaria. Sucede que la imputabilidad que desencadena la responsabilidad subjetiva, se

(74) JORDANO FRAGA, Francisco, "La responsabilidad contractual", Madrid, Ed. Civitas, 1987, p. 26.

(75) SANTOS BRIZ, Jaime, "La responsabilidad civil", p. 636, 4ª. ed., Madrid, Ed. Montecorvo, 1986.

funda en la "culpabilidad", y ésta parte de la conciencia del agente como determinante a su vez, en una suerte de causalidad interna, de la voluntariedad del acto. Pero esta "culpabilidad" en general ofrece dos variantes: la culpa propiamente tal y el dolo, los que aparecen consagrados en el incumplimiento de las obligaciones contractuales por los arts. 506 —dolo— y 511 —culpa—, y en punto a hechos ilícitos en el art. 1067, cuando dice que para ser "punibles para los efectos de este Código" (es decir en orden a la reparabilidad de los daños), se requiere que "a sus agentes se les pueda imputar dolo, culpa o negligencia".

Ello significa que es necesario formular un juicio ético de la conducta voluntaria del autor del hecho, con relación al deber jurídico (contractual o extracontractual) que correspondía, para establecer así si el mismo quizo su infracción —dolo—, o si pese a no quererla, omitió sin embargo la adopción de la diligencia que habría podido evitar tal infracción —culpa—. Siendo este el problema de la "culpabilidad", que en un sentido lato es comprensivo tanto del "dolo" como de la "culpa propiamente tal". Teniendo su importancia el distingo entre esas dos formas de "culpabilidad", dado que existen algunas diferencias, especialmente en lo que atañe a la extensión del resarcimiento, tanto en el régimen de la responsabilidad contractual como en el de la extracontractual, según hubiese existido dolo o solamente culpa del agente.

El "dolo" tiene en nuestro derecho varias acepciones: como vicio de la voluntad, "es toda aserción de lo que es falso o disimulación de lo verdadero, cualquier artificio, astucia o maquinación", que se emplee para engañar a otro o inducirlo a error al tiempo del otorgamiento de un acto jurídico (art. 931, Cód. Civil); constituye asimismo un elemento del delito civil: el "animus nocendi" o intención de dañar la persona o los derechos de otro (art. 1072, Cód. Civil). Por último en el incumplimiento contractual no existe ninguna norma expresa que lo defina, y ello dió lugar a una importante discrepancia interpretativa: para la mayoría de nuestros autores (76),

[76] ALTERINI-AMEAL-LOPEZ CABANA, *ob. cit.*, p. 194, n° 455-(3); Borda, "Tratado de derecho civil. Obligaciones" *cit.*, t. I, p. 77, n° 81; BUSSO, Eduardo B., "Código Civil anotado", Bs. As., Ediar, 1949, t. III, p. 242, n° 30; BUSTAMANTE ALSINA, "Teoría general de la responsabilidad civil" *cit.*, p. 334, n°s. 775 y 777; CARRANZA, Jorge A., "El dolo en el derecho civil y comercial", Bs. As., Astrea, 1973, p. 30, n° 3; Cazeaux, Pedro N., en CAZEAUX, Pedro N. - TRIGO REPRESAS, Félix A. "Derecho de las obligaciones", 3ª ed., La Plata, Librería Editora Platense, 1987, t. I, p. 314, n° 203; COLMO, Alfredo, "Obligaciones en general", 3ª ed., Bs. As., Gmo. Kraft, 1944, p. 80, n° 103; COMPAGNUCCI de Caso, Rubén H. "Manual de obligaciones", Bs. As., Astrea, 1997, p. 136, § 92-a); LAFAILLE, "Tratado de las obligaciones" *cit.*, t. I, p. 167, n° 174; LLAMBIAS, "Tratado... Obligaciones" *cit.*, t. I, ps. 168 y sigte.,

el dolo consistía en el deliberado propósito de no cumplir, es el no cumplimiento porque no quiero o no me interesa hacerlo; en tanto para otra corriente (77), también seguida por una importante tendencia francesa (78), el dolo requería de un incumplimiento llevado a cabo con intención de dañar, o al menos con conocimiento y previsión del perjuicio que se iba a ocasionar al no cumplirse la obligación debida.

Tal era la situación entre nosotros hasta la reforma del decreto-ley 17.711/68, que introdujo en el texto del art. 521 del Código Civil, una aparente nueva forma de inejecución: la "maliciosa". Para Borda se trata efectivamente de una nueva forma agravada de incumplimiento: la malicia es un dolo calificado por la intención de causar un daño o por la indiferencia del incumplidor ante las consecuencias dañosas que muy probable y previsiblemente se le habrán de producir al acreedor; en tanto que el dolo sería solamente un incumplimiento deliberado, pero que no se diferenciaría en cuanto a sus consecuencias del incumplimiento culposo (79). Pero para la

nº 148; MORELLO, Augusto M. "El incumplimiento doloso en la responsabilidad contractual" en JA, 20-1973, 328; PIZARRO, Ramón Daniel - VALLESPINOS, Carlos Gustavo, "Instituciones de derecho privado. Obligaciones", Bs. As., Hammurabi, 1999, t. 2, p. 606, § 523-a)-3); REZZONICO, "Estudio de las obligaciones" cit., t. I, p. 146; SALAS, Acdeel E., "La responsabilidad en la reforma del Código Civil" en "Obligaciones, contratos y otros ensayos", cit., p. 377, nº 21; CNCiv., sala A, 12/7/73, "Ceustermans c. Orloff", JA, 20-1973 p. 325 y LA LEY, 151-624; ídem sala E, 7/2/86, "Cabrera c. Pinto Kramer", LA LEY, 1986-E, 206; íd. 29/7/85, "Pérez Roldán c. Cano", LA LEY, 1986-A, 504; etc.

(77) AGUIAR, ob. cit., t. I, p. 173, nº 59-1º; DE GÁSPERI - MORELLO, "Tratado de derecho civil", t. I, p. 863, nº 595; LLERENA, Baldomero "Concordancias y comentarios del Código Civil Argentino", 2ª ed., Bs. As., Ed. Jacobo Peuser, 1899, t. 2, p. 401, art. 506, nº 1; SALMAY, Raymundo M. - Galli, Enrique V. "Tratado de derecho civil argentino. Obligaciones en general", 6ª. ed., Bs. As., Tea, 1952, t. I, p. 126, nº 116.

(78) BAUDRY-LACANTINERIE, G. y Barde, L. "Delle obbligazioni", trad. italiana, Milano, Ed. Dott. Francesco Vallardi, sin fecha, t. I, ps. 499 y sigte., nº 454 y ps. 533 y sigte., nº 483; DEMOLOMBE, Charles "Cours de Code Napoleon", 3ª ed., París, Ed. A. Durand - L. Hachette, 1927, t. 24, p. 602, nº 604; LAROMBIÈRE, M. L. "Théorie et pratique des obligations", París, ed. A. Durand, 1857, t. I, p. 229, nota 13 al art. 1150; MAZEAUD-TUNC, "Tratado..." cit., t. I, vol. II, p. 377, nº 674; PLANIOL, Marcel - RIPERT, Georges - ESMEIN, Paul, cit., "Tratado práctico de derecho civil francés", t. 7, p. 174, nº 863.

(79) BORDA, Guillermo A. "La reforma del código civil. Responsabilidad contractual. El art. 521" en ED, 29-763, nº 2; ídem "Tratado... Obligaciones" cit., t. I, p. 92 y sigte., nº 81, p. 100, nº 40, y p. 157 y sigtes., nºs. 143-145. En sentido similar: CARRANZA, Jorge A. "El dolo en el derecho civil y comercial", cit., ps. 32 a 36, aunque criticando tal solución; e implícitamente: GÓMEZ, Rubén Vicente "La conducta del deudor en la extensión del resarcimiento por inejecución de obligaciones no dinerarias" en ED, 41-994, nº VI-B in fine.

mayoría de nuestra doctrina: inejecución "maliciosa" es equivalente o sinónimo de "inejecución dolosa" (80); lo cual resultaría ante todo del significado del vocablo "malicia" según el "Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española", y además por cuanto de lo contrario —como bien lo señalara Atilio A. Alterini (81)—, quedaría desconectada la norma de imputación de daños del art. 506 del Cód. Civil que sólo contempla el "dolo" del deudor, de la que ahora establece los límites o extensión del resarcimiento, que es el art. 521, el que sólo habla de "malicia" y no de "dolo".

A su turno sobre el tema de la "culpa", nuestro Código Civil la define en su art. 512: "La culpa del deudor en el cumplimiento de la obligación consiste en la omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación, y que correspondiesen a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar"; preceptiva ésta que para muchos debe ser correlacionada con lo dispuesto por el art. 902 del mismo Código, que establece

(80) ALTERINI "La responsabilidad civil" cit., p. 100, n° 113; Alterini-Ameal-López Cabana, ob. cit., p. 195, n° 456; BREBIA, Roberto H., "Examen de la reforma al Código civil y su génesis" en el N° 21 de la "Revista del Colegio de abogados de La Plata", ps. 21 y 24; BUSTAMANTE ALSINA, "Teoría gen. De la resp. civil", cit., p. 286, n°s. 639 y 640; BUEBES, Alberto J., "La unidad sistemática del resarcimiento de daños (El Código Civil argentino y el Proyecto de Unificación de la legislación Civil y Comercial de 1987. Comparaciones con el derecho español)" en el N° 4 de la "Revista del Foro de Cuyo", Mendoza, ed. Dike, 1992, p. 10; CAZEAUX, Pedro N., "La inejecución dolosa de las obligaciones que no tienen por objeto sumas de dinero" en "Examen y crítica de la reforma del Código Civil", La Plata, Editora Platense, 1971, t. II, p. 58 y sigtes.; id., "El artículo 521 del Código Civil, reformado por la ley 17.711" en el N° 20 de la Revista "Jus", La Plata, Ed. Platense, p. 64 y sigte., n° 11 y p. 72 y sigtes., n° 16; ídem en CAZEAUX-TRIGO REPRESAS, "Derecho de las obligaciones" cit., t. I, p. 315, n° 204 y p. 448 y sigtes., n° 290.2; Compagnucci de Caso, "Manual de obligaciones", cit., p. 136, § 92-a); GARRIDO, Roque - ANDORNO, Luis O., "Reformas al Código Civil. Ley 17.711", Bs. As., ed. Zavallia, 1969, t. I, p. 86; MAYO, Jorge E. en el "Código Civil..." cit. de Belluscio-Zannoni, t. 2, p. 729, § 7; LLAMBÍAS, Jorge Joaquín "Estudio de la reforma", Bs. As., Ed. Jurisprudencia Argentina, 1970, p. 132 y sigte.; PIZARRO-VALLESPINOS, ob. cit., t. 2, p. 607, § 523.4.; SALAS, "La resp. en la reforma del cód. civil" cit en "Obligaciones, contratos y otros ensayos" cit., p. 377, n° 21; SPOTA, Alberto G., "Sobre las reformas al Código civil", Bs. As., Depalma, 1969, p. 15; VALIENTE NOAILLES, Luis H. (h.) "Comentario a las reformas al Código civil", Bs. As., Depalma, 1968, p. 46, coment. Art. 521; CNCiv., sala E, 7/2/86, "Cabrera c. Pinto Kramer", LA LEY, 1986-E, 206; id. 29/7/85, "Pérez Roldán c. Cano", LA LEY, 1986-A, 504; CNCom., sala B, 29/8/94, "Fibraco Cía. de Hilados s/ concurso preventivo, incidente de revisión por Muzai", DJ, 1995-2-221; CCivil y Com. y Minería San Juan, sala I, 31/8/93, "Allende de Galvagni c. L. A., A.", Revista del Foro de Cuyo t. 15, p. 119.

(81) ALTERINI, "La responsabilidad civil" cit., p. 100, n° 113; GOLDENBERG, Isidoro H., "La relación de causalidad en la responsabilidad civil" cit., p. 108 y sigte., § 29-b); Mayo en el "Cód. Civil..." cit. de Belluscio y Zannoni, t. 2, p. 729, § 7.

una mayor responsabilidad "cuando mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas" (82).

Pero a tenor de lo expuesto, para establecer con precisión en que consiste la "culpa", será menester previamente precisar que se entiende por "diligencia"; tal como lo sostiene Messineo cuando afirma que el concepto de culpa contractual no se comprende, si no se lo pone en relación con el deber de diligencia (contractual), que significa el cuidado que el deudor debe emplear en el desenvolvimiento de su actividad, para ponerse en situación de poder cumplir exactamente con su obligación (83). O, dicho de otra manera, diligencia es el adecuado empleo o despliegue de las energías y medios útiles, para el logro de un fin perseguido (84).

Y así llegamos al punto en que se puede precisar en que consiste lo esencialmente antijurídico de la culpa. Según López Olaciregui: los individuos tienen el deber de cumplir sus obligaciones contractuales, que para ellos constituye "una regla a la cual deben someterse como a la ley misma" (art. 1197), y tienen asimismo el deber de conducirse en la vida en sociedad con la debida prudencia y diligencia, de forma tal que el comportamiento de cada uno no cause daños a los demás, es decir el "naeminem laedere" o "no dañar a los demás" de la compendiosa fórmula de Ulpiano, que es también la doctrina resultante del art. 1109 y sus concordantes del Cód. Civil. Por lo que, quien no adopta esos cuidados o medidas con relación a las consecuencias previsibles de su propio obrar, ya está infringiendo su deber de diligencia para con los demás, y si la violación de tal deber es el presupuesto de toda responsabilidad, va de suyo que de esa manera estará incurrien-

(82) ALTERINI-AMEAL-LOPEZ CABANA, "Derecho de obligaciones" cit., p. 767, nº 1843; BUSTAMANTE ALSINA, Jorge "Responsabilidad civil de los médicos en el ejercicio de su profesión" en LA LEY, 1976-C, 65, nº II y en "Responsabilidad civil y otros estudios", Bs. As., Abeledo-Perrot, 1984, p. 448, nº II; REZZONICO, "Estudio de las obligaciones" cit., t. II, p. 1516; CNCiv., sala G, 6/6/83, "Dominguez c. Jalikis", ED, 107-170; Trib. Etica Forense, 3/3/83, "G., V.A.", LA LEY, 1984-A, 314, JA, 1984-I-69 y ED, 105-668.

(83) MESSINEO, Francesco, "Manual de Derecho civil y Comercial", trad. de Santiago Sentís Melendo, Bs. As., E.J.E.A., 1955, t. IV, p. 234, nº 3; Mayo en el "Cód. Civil..." cit. de Belluscio-Zannoni, t. 2, p. 625 y sigte., coment. Art. 512, § 26.

(84) LAFAILLE, "Tratado de las obligaciones" cit., t. I, p. 168, nº 176; Mayo en el "Cód. Civil..." cit. de Belluscio-Zannoni, t. 2, p. 626, coment. Art. 512, § 26.

do desde el vamos en responsabilidades virtuales, las que recién se tornarán efectivas si de tal violación se deriva finalmente un daño a otro u otros (85).

Avanzando un paso más, cabe señalar que en la doctrina se caracteriza a la "culpa" por dos manifestaciones igualmente negativas: falta en ella o está ausente la voluntad o intención de dañar, y también falta o hay omisión de la "diligencia" debida conforme a las circunstancias del caso, para poder evitar la producción de perjuicios. Hay "culpa" en suma, porque no se previó aquello que con diligencia se hubiese podido y debido prever, y de ahí que el art. 904 del Cód. Civil responsabilice por las consecuencias mediatas, "cuando empleando la debida atención y conocimiento de la cosa, (se) haya podido preverlas".

Habitualmente en la doctrina se alude a la culpa como sinónimo de negligencia, imprudencia, impericia, inobservancia de reglamentaciones, etc.; y tal es lo que resulta también de los arts. 84 y 94 del Código Penal, que se ocupan del homicidio y de las lesiones "culposas". Pero en rigor no se trata de una sinonimia, sino de distintas facetas bajo las cuales se puede presentar la "culpa". La primera mencionada es la "negligencia", que es en verdad la específicamente aludida en la definición del art. 512 del Cód. Civil, y que consiste en la omisión por parte del sujeto de cierta actividad que podría haber evitado el resultado perjudicial; es decir que el agente no hizo lo que debía hacer, o hizo menos de lo debido. Como "imprudencia", cuando por el contrario se obra precipitadamente, sin preverse las consecuencias que se pueden derivar de ese accionar irreflexivo: se hace lo que no se debe, o más de lo que hubiese correspondido hacer (86). Y ya con relación concretamente a las profesiones, puede aparecer como "impericia" o desconocimiento de las reglas y métodos propios de la profesión de que se trate, ya que todo el que ejerce una profesión debe poseer los conocimientos técnicos y prácticos de la misma, debidamente actualizados, y obrar con previsión y diligen-

(85) LOPEZ OLACIREGUI, José María, "Notas sobre el sistema de responsabilidad del Código Civil. Balance de un siglo", en el N° IV de la "Revista Jurídica de Buenos Aires", Facultad de Derecho de la U.B.A., 1964, ps. 77 y sigte., n° 69; CNCiv., sala C, 6/9/89, "Parrás c. Arzobispado de Bs. As.", LA LEY, 1989-B, 491.

(86) ALTERINI-AMEAL-LOPEZ CABANA, ob. cit., p. 183, n° 429; ALTERINI, "Responsabilidad civil" cit., p. 94 y sigte., n° 103; LLAMBIÁS "Tratado... Obligaciones" citr., t. III, p. 696 y sigtes., n° 2275; MOSSET ITURRASPE, "Resp. por daños" cit., t. I, p. 200, n° 429; CNCiv., sala G, 28/6/91, "Ceruti c. Morixe", LA LEY, 1992-A, 91.

cia ajustándose a aquéllos (87); debiendo señalarse que acá la directiva del art. 512 del C.C. ha de complementarse con la del art. 902 del mismo Código, que establece una mayor responsabilidad cuando mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, tal como sucede precisamente en el caso de los profesionales, quiénes sin duda poseen (o deben poseer) un nivel de conocimientos o aptitudes superiores a los del común de la gente. Finalmente, en lo que corresponde a la "inobservancia de reglamentaciones", se ha dicho que ello se refiere a quiénes no observan las normas de precaución o prudencia que regulan la conducta u obrar que están desarrollando o el cargo que se encuentran desempeñando.

A través de lo dicho, y para concluir, se desprende que para nosotros, como para la mayoría de la doctrina moderna, la "culpa" es una sola e idéntica, sea en el incumplimiento contractual, sea en los hechos ilícitos; ya que siempre consiste en la omisión de la "diligencia" debida (88). Aunque no se desconoce que algunos destacados autores distinguen la culpa contractual de la extracontractual, considerando que se trata de conceptos distintos, que tienen y deben tener una distinta regulación normativa (89). ♦

(87) MAZEAUD-TUNC, "Tratado... de la responsabilidad civil..." cit., t. I, v. I, p. 291, n° 206-2; PLANIOL-RIPERT-ESMEIN, ob. cit., t. 6, p. 721, n° 523; CNCiv., sala C, 22/12/77, "Malvassi", LA LEY, 1978-A, 585 y ED, 81-719, sums. 56 y 58 a 61; Trib. Ética Forense, 3/3/83, "G., V.A.", LA LEY, 1984-A, 314, JA, 1984-I-69 y ED, 105-668; CCivil 1°, Cap. Fed., 16/3/50, "Malavolta c. Moizé", JA, 1950-III-70; íd. 24/9/35, "Siciliano c. Bachem", JA, 51-888; CCivil 2°, Cap. Fed., 17/10/30, "Calvo c. Fellner", JA, 34-469; S.C.B.A., 30/3/59, "C., V. c. Y., R.", Ac. y Sent. 1959-I-207; etc.

(88) BOFFI BOGGERO, ob. cit., t. II, p. 200, § 469; BUSSO, ob. cit., t. III, p. 285, n° 61; CARRERAS, Eduardo Raúl, "La estructura de la culpa en el derecho argentino", en JA, Doctrina, 1973-274; Cazeaux en Cazeaux-Trigo Repesas, ob. cit., t. I, p. 339 y sigtes., n° 220; COLMO, ob. cit. ps. 86 y sigtes., n°s. 109 a 113; LAFAILLE, "Tratado de las obligaciones" cit., t. I, p. 170 y sigte., n° 178; MOSSET ITURRASPE "Responsabilidad por daños" cit., t. I, p. 79, n° 32; Orgaz "La culpa..." cit., p. 139, n° 51; Salas "Responsabilidad contractual y responsabilidad delictual" en "Estudios sobre la responsabilidad civil" cit., p. 13, n° 9.

(89) BORDA, Guillermo A., "Problemas de la culpa contractual" en LA LEY, 111-925, n° 1; ídem "Tratado... Obligaciones" cit., t. I, p. 98 y sigtes., N°s. 90 y 91; DE GASPERI-MORELLO, ob. cit., t. I, ps. 852 y sigtes., n° 585; Rezzónico, ob. cit., t. I, p. 153.

GLOBALIZACIÓN, CRECIMIENTO ECONÓMICO Y BIENES PÚBLICOS

POR JULIO H. G. OLIVERA (*)

SUMARIO: I. Introducción. — II. La ecuación de von Neumann. — III. Los criterios de Samuelson. — IV. La justicia como bien público. — V. Referencias.

I. Introducción

La naturaleza y significación de la seguridad jurídica han sido consideradas más de una vez en esta Academia. La conferencia de incorporación del doctor Federico Pinedo en 1968, la del doctor Eduardo Aguirre Obarrio en 1994 y la comunicación del doctor Horacio A. García Belsunce en la Reunión de 2003 con la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba trataron de este tema. Mi propia conferencia de incorporación en 1965 analizó la seguridad jurídica como factor de crecimiento económico. En la presente nota describiré las implicaciones que tiene en esta materia la globalización de las relaciones económicas, de acuerdo con una valiosa sugerencia del Académico Presidente doctor Alberto Rodríguez Galán.

Ante todo debo especificar la terminología. Por globalización se entiende la integración de los mercados locales en un mercado mundial: la forma de integración económica que se obtiene por vía de la unificación internacional de los mercados. El resultado de la globalización completa es un mercado común que abarca todos los países y todas las mercancías. La globalización completa existe sólo en los modelos teóricos; de hecho, en mayor o menor grado, la globalización es parcial o incompleta.

(*) Comunicación efectuada por el Académico, en la sesión privada del 9 de setiembre de 2004.

El proceso de globalización acaecido en las últimas décadas está particularmente vinculado con la movilidad internacional del capital. El desarrollo alcanzado por los sistemas financieros y los avances espectaculares en la tecnología de la información permiten hablar actualmente de una oferta y una demanda mundiales de capital. A pesar de que siempre ocurrieron movimientos internacionales de factores productivos, la existencia de un mercado mundial del capital es un rasgo característico de la economía contemporánea.

II. La ecuación de von Neumann

En el marco de la globalización los recursos se desplazan de un sitio a otro buscando el máximo rendimiento. De acuerdo con esta ley, el capital se traslada desde los países con tasa de ganancia reducida a los países con tasa de ganancia relativamente elevada. Podría imaginarse que los países donde el capital es abundante ofrecen una tasa de ganancia menor que aquellos donde el capital es el factor de producción comparativamente más escaso; y que, por lo tanto, el capital se mueve desde los países ricos hacia los países pobres. Esto no sucede, sin embargo, en las circunstancias reales de nuestra época.

¿Cómo se explica esta aparente paradoja? Hace más de medio siglo el ilustre matemático John von Neumann estudió las leyes que regulan el comportamiento de una economía en expansión. Descubrió que la tasa de crecimiento equilibrado coincide con la tasa de ganancia. Su trabajo, publicado en 1937, puso de manifiesto la existencia de una relación crucial entre la tasa de ganancia y el ritmo de crecimiento económico.

Aunque el proceso de expansión investigado por von Neumann sigue un sendero de crecimiento equilibrado, el nexo entre la tasa de crecimiento económico y la tasa de ganancia no se circunscribe a estados de equilibrio. Una conexión análoga aparece en situaciones más generales, bajo la forma de una relación de proporcionalidad entre la tasa de ganancia y la tasa de crecimiento. Esta es la denominada "nueva ecuación de Cambridge", en la cual el coeficiente de proporcionalidad resulta determinado por la propensión marginal al ahorro de los perceptores de ganancia. Si la proporción es igual a la unidad, la fórmula se reduce a la ecuación de von Neumann.

Aplicando esta relación al tema que nos ocupa, el objetivo de maximizar la ganancia implica que el capital se mueve desde los países con menor

tasa de crecimiento económico hacia los países con tasa de crecimiento económico mayor. Las economías relativamente estancadas de hallan sujetas por esa causa a un éxodo crónico de capital. Así como la naturaleza tiene "horror al vacío", según la conocida frase de los antiguos filósofos, de manera semejante puede decirse que el capital tiene aversión al estancamiento.

III. Los criterios de Samuelson

De tal modo, cuando rige la forma de integración económica que es propia de la globalización, el objetivo natural para la política económica de cada país es elevar la tasa de crecimiento económico. Este no es en realidad un nuevo objetivo, pues desde hace tiempo el crecimiento económico ocupa un sitio más o menos focal en la agenda de política económica de muchos países; el elemento nuevo no es la meta en cuanto tal, sino las limitaciones impuestas por la globalización sobre los medios utilizables para alcanzar el ritmo de crecimiento deseado.

El hecho mismo de la globalización priva al Estado de lo que constituye en otras circunstancias el instrumento básico de la política de crecimiento económico: la tasa de interés. Si un país opera como una economía cerrada, una baja de la tasa de interés estimula las inversiones productivas y acelera por consiguiente el crecimiento económico. En cambio, si la movilidad internacional de los recursos es alta, como ocurre de manera característica en una economía global, el descenso de la tasa de interés doméstica no alienta la formación interna de capital sino la transferencia de fondos al exterior; y entonces la tasa de crecimiento económico no sólo no aumenta sino que puede tornarse negativa.

La ineficacia de la política convencional de crecimiento económico no implica, sin embargo, que el grado de controlabilidad de ese proceso sea nulo. La acción que el gobierno puede ejercer en este campo se relaciona con un aspecto importante del fenómeno de globalización: aun bajo supuestos ideales, el mercado mundial sólo incluye bienes privados. No se extiende a los bienes públicos, que son intrínsecamente de naturaleza local y cuya adecuada provisión es responsabilidad primaria de los estados nacionales respectivos.

La distinción entre bienes privados y bienes públicos pertenece a la interfaz del Derecho con la Economía. El artículo 2340 del Código Civil enumera como bienes públicos el mar territorial, los mares interiores, los

ríos, las playas del mar y las riberas de los ríos, los puertos, los caminos, calles y plazas, las obras públicas de utilidad común, los documentos oficiales, las ruinas y yacimientos arqueológicos de interés científico. Para el Derecho los bienes públicos son los entes que en conjunto forman el dominio público, los "bienes dominiales" (Marienhoff, cap. II).

En el Análisis Económico se emplea una noción de bienes públicos propuesta por Paul Samuelson. La distinción entre bienes públicos y bienes privados trazada por Samuelson es de carácter técnico y se funda sobre las condiciones necesarias del óptimo de producción: en tanto que para los bienes privados la optimalidad requiere que la tasa marginal de sustitución en la producción coincida con la tasa marginal de sustitución en las preferencias de cada uno de los consumidores, para los bienes públicos la optimalidad exige que la tasa marginal de sustitución en la producción iguale la suma de las tasas marginales de sustitución en las preferencias de los consumidores individuales.

IV. La justicia como bien público

Resulta fácil comprobar que esa descripción de los bienes públicos vale para todos los entes que el Código Civil menciona en el artículo 2340, o al menos para aquellos cuya cantidad es susceptible de variación. Pero también debe observarse que las dos nociones de bienes públicos, la jurídica y la económica, no son equivalentes, pues la segunda cubre un campo más extenso. Como hace notar Edmond Malinvaud en su clásico texto de microeconomía, la justicia es un bien público en el sentido económico de la palabra. La realización de un acto de justicia respecto de una persona no afecta la posibilidad de un trato igualmente justo para los demás miembros de la sociedad: las utilidades marginales se suman unas a otras, en la forma que estipula la caracterización económica de los bienes públicos.

El Preámbulo de la Constitución contiene una lista de bienes públicos de ese tipo. Desde el punto de vista constitucional, la justicia, la libertad, la defensa común, la paz interior, el bienestar general, son fines que deben orientar e impulsar la acción de los poderes del gobierno; desde el ángulo económico, son bienes públicos cuya regular provisión representa el fundamento racional de la existencia misma del Estado. A esos bienes se agrega la seguridad jurídica, la certeza sobre el contenido y la efectividad del Derecho, relacionada directamente con la justicia a la vez como condición y como consecuencia de ella.

Por lo que concierne a nuestro tema el aspecto que debe destacarse es la complementariedad general de los bienes públicos respecto de los privados. Esta relación se verifica no sólo en el consumo sino asimismo en la producción. Una más adecuada provisión de bienes públicos acrecienta la productividad media y marginal de los recursos en las actividades privadas. De aquí resulta inmediatamente, aplicando por segunda vez la teoría de von Neumann, que una mejor provisión de bienes públicos determina una mayor tasa de crecimiento económico.

Puesto que la justicia, función esencial del Derecho, es desde el punto de mira económico un bien público, las consideraciones anteriores indican que la tasa de crecimiento económico de un país depende positivamente de su grado de juridicidad. Por lo tanto, dado que en una economía global los recursos se mueven desde los países de crecimiento lento hacia los países de crecimiento rápido, podemos inferir que en un contexto de globalización, a igualdad de las demás variables que regulan la tasa de crecimiento económico, los recursos se desplazan de los países de baja juridicidad a los países de alta juridicidad. Esta es, sin duda, la principal conclusión del análisis precedente.

V. Referencias

E. Malinvaud, *Leçons de théorie microéconomique*, París, 1969.

M. S. Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. V, Buenos Aires, 1998.

P. A. Samuelson, *The pure theory of public expenditure*, *The Review of Economics and Statistics*, noviembre de 1964.

J. von Neumann, *Ueber ein oekonomisches Gleichungssystem und eine Verallgemeinerung des Brouwerschen Fixpunktsatzes*, *Ergebnisse eines mathematischen Kolloquiums*, Viena, 1937, vol. VIII. ♦

EL CAPITAL

POR JULIO C. OTAEGUI (*)

1

El capital societario en la anónima es un tema complejo porque se halla inmerso en un mar de confusiones.

Estas confusiones no desmerecen a la confusión de confusiones descrita por Joseph de la Vega en su clásica obra sobre el mercado bursátil de Amsterdam en el siglo XVII que narra diálogos curiosos entre un filósofo agudo, un mercader discreto y un accionista erudito.

La actual confusión de confusiones respecto del capital societario en la anónima, no va a la zaga de aquella confusión de confusiones generada por la compañía colonial antecesora directa de la anónima.

La confusión de confusiones sobre el capital societario en la anónima se debe fundamentalmente a que el vocablo tiene distintos significados, pues uno es el "capital patrimonial", otro el "capital contable", otro el "capital legal" y otro el "capital estatutario" a su vez con diversas variantes.

A esta equivocidad se suma que sobre la cuestión inciden distintos principios.

Los principios jurídicos (i) del interés público mantenido en la anónima maguer la adopción del sistema normativo (ley de sociedades comercia-

(*) Comunicación efectuada por el Académico, en la sesión privada del 9 de septiembre de 2004.

les 19.550 (t.o. 1984) —Adla, XLIV-B, 1319—, art. 167), pues la autoridad de contralor puede solicitar judicialmente la disolución y liquidación de una anónima por razones de interés público (LSC, arts. 303, inc. 3, 301, inc. 2); (ii) del ordenamiento corporativo según el que los accionistas no responden por las obligaciones de la anónima (Cód. Civil, art. 39; LSC, art. 163); (iii) del sistema de libre transmisión de las acciones sin la conformidad de los coaccionistas (LSC, art. 214); (iv) y del régimen colegial de prevaencia de la mayoría para modificar el estatuto y variar el capital (LSC, arts. 188, 234, 235, 243, 244).

También se agregan principios de las ciencias económicas regulados por las Resoluciones Técnicas de la Federación Argentina de Consejos Profesionales de Ciencias Económicas.

Veamos estos temas por su orden.

2

El concepto de "capital patrimonial" es el que resulta del Cód. Civil, art. 1649, que llama "capital social" a la totalidad de las prestaciones de los socios consistentes en obligaciones de dar y también del ex art. 406, Cód. de Comercio, según el que cuando el todo o parte del capital que un socio deba poner consista en efectos, se hará su tasación.

La norma del Cód. Civil, art. 1649, es aplicable a la sociedad comercial en la misma medida que la regla I del Cód. de Comercio dispone que en todo lo no regulado en el mismo rige el Cód. Civil y que el art. 207, del Cód. del Comercio, prescribe que el derecho civil en cuanto no está modificado por el Cód. de Comercio es aplicable a las materias y negocios comerciales.

Este concepto de capital se refiere al patrimonio en el sentido del Cód. Civil, art. 2312.

Empero discrepa con el concepto contable de capital.

En el concepto contable de capital, el conjunto de los bienes de la sociedad que es su patrimonio se expone en el "activo" mientras que en el "pasivo" se consigna al pasivo con terceros y al patrimonio neto o el pasivo con los accionistas donde se ubica el "capital contable".

Este concepto de "capital contable" discuerda además con el Cód. Civil, art. 1714, que dispone que sobre los bienes de la sociedad (o sea el "capital patrimonial") cobrarán preferentemente los acreedores de la sociedad siendo evidente que la preferencia se hará sobre los bienes de la sociedad integrantes de su "capital patrimonial" y no sobre las cifras de su "capital contable".

3

El concepto de "capital contable" se generó con motivo del tráfico comercial.

Es de la esencia del tráfico comercial el recurso al crédito.

Un comerciante para obtener crédito debe informar: (i) mediante un balance, los bienes aplicados al giro y las deudas contraídas a raíz del giro; (ii) y mediante un estado de resultados sobre la ganancia o la pérdida generadas por el giro (Cód. de Comercio, arts. 48/52).

Estas cuestiones exigen adoptar criterios de valuación para los bienes del activo.

En un aspecto la cuestión es irrelevante para el comerciante individual mientras esté *in bonis*, porque responde por las obligaciones asumidas con todo su patrimonio (Cód. Civil, arts. 505, 2312).

Diferente es la respuesta al quebrar por las consecuencias falenciales (ley de concursos y quiebras 24.522 —Adla, LV-D, 4381—, arts. 104, 107, 233, 234, 236, 238) y penales (Cód. Penal, arts. 176, 177, 180).

Igual reflexión cabe para la sociedad comercial clásica, como lo es la colectiva.

En la sociedad colectiva quienes quedaban obligados por el giro de la misma eran todos los socios y así resultaba inequívocamente del Cód. de Comercio, ex art. 303, que disponía que la razón social equivalía plenamente a la firma de cada uno de los socios por lo que éstos respondían con sus patrimonios.

Asimismo como la razón social equivalía a la firma de los socios de quebrar la sociedad, arrastraba a la quiebra a los socios colectivos y co-

manditados (Cód. de Comercio 1862 (ley 15), art. 1530; Cód. de Comercio 1890, (ley 2637), art. 1384; ley de quiebras 11.719 —Adla, 1920-1940, 325—, art. 6°), lo que continúa sucediendo hoy (LCQ, art. 160).

Tal solución de la subquiebra de los socios colectivos y comanditados era congruente con el Cód. de Comercio, ex art. 303.

No obstante hoy sigue rigiendo aunque la sociedad colectiva es paladinamente una persona distinta de la persona de sus socios (Cód. Civil, art. 33; LSC, art. 2°).

Por el contrario, la valuación de los bienes del activo es de suma importancia en la anónima, pues en la misma rige el principio corporativo de la irresponsabilidad de los miembros por las deudas de la corporación (Cód. Civil, art. 39; LSC, art. 163).

En la anónima los socios no responden por las obligaciones de la sociedad, y así lo disponían el Cód. de Comercio 1862, art. 409 y el Cód. de Comercio 1890, art. 315.

En consecuencia era inoperante la preferencia del Cód. Civil, art. 1714.

Por ello el Cód. de Comercio 1862, art. 418, y el Cód. de Comercio 1890, art. 364, prescribieron respectivamente que ninguna repartición podría ser hecha a los accionistas sino sobre beneficios líquidos o irrevocablemente realizados y líquidos comprobados en la forma determinada por el código y los estatutos de la sociedad.

Aquí los principios de la técnica contable concernientes a la determinación de los estados de situación patrimonial y financiera de la sociedad, son importantísimos.

Empero el cotejo de valores que resulta de los balances y de los estados de situación patrimonial se hace en una unidad de medida, la moneda en la que no se cubre un recaudo esencial de toda unidad de medida consistente en la invariabilidad.

Repasemos lo ocurrido.

En 1969, cien "pesos moneda nacional" fueron reemplazados por un "peso ley 18.188" —Adla, XXIX-A, 191—.

En 1983, diez mil "pesos ley" se trocaron en un "peso argentino" ley 22.707 —Adla, XLIII-A, 11—.

En 1985, mil "pesos argentinos" fueron sustituidos por un "austral" decreto 1096/85 —Adla, XLV-B, 1151—.

En 1991, diez mil "australes" pasaron a ser un "peso convertible" decreto 2128/91 —Adla, LI-D, 3991—, que en el 2002 dejó de ser convertible (ley 25.561 —Adla, LXII-A, 44—, decreto 71/02 —Adla, LXII-A, 104—).

Esto complica la técnica contable con la necesidad de revalúos contables y técnicos a veces optativos (ley 19.742 —Adla, XXXII-C, 3380—), a veces obligatorios (LSC 62, "Ajuste") y a veces prohibidos (ley 25.561, art. 4°).

Inciden también en la cuestión las diferentes pautas con que deben labrarse los balances, pues ello depende de su finalidad (Cód. de Comercio, art. 51).

Una es la finalidad de un balance de ejercicio tendiente a mantener la distribución de dividendos durante el plazo de duración de la sociedad (LSC, art. 66, inc. 4).

Otra, la de un balance de fusión que debe fijar una adecuada relación de cambio entre las participaciones sociales, cuotas o acciones de las sociedades fusionantes (LSC, art. 83, 1°, "c").

Otra, la de un balance de liquidación con miras a las distribuciones parciales (LSC, art. 107).

Otra la de un balance de retiro de la oferta pública (decreto ley delegado 677/01 —Adla, LXI-C, 2718—, "Régimen de Transparencia de la Oferta Pública", art. 32) que apunta a brindar un reembolso equitativo a los accionistas de la sociedad retirante.

Para ello la norma enuncia cinco variantes diversas de valuación sujetas en definitiva a la determinación de un precio equitativo por un Tribunal Arbitral.

Otro tema arduo es el de la valuación de los activos intangibles el "valor llave", "avviamento", "good will", en los balances que no sean de ejercicio o sea un activo generado por el giro social.

Esto no se plantea en el balance de ejercicio, pues sólo se admite la inclusión de un bien inmaterial cuando ha sido adquirido fijándose el costo como pauta de valuación (LSC, art. 62, 1º, "f")

En suma, el "capital contable" es inmutable *de jure* salvo su alteración conforme a reglas legales o estatutarias.

Empero su determinación es flexible *de facto*.

4

El concepto de "capital legal" se generó en el origen histórico de la anónima.

El Cód. de Comercio francés de 1807 tuvo una innovación genial consistente en introducir junto a las sociedades comerciales clásicas que implicaban la negociación en nombre de sus socios que quedaban obligados, una sociedad personificada que no negociaba en nombre de socio alguno y que por ello fue denominada sociedad anónima.

Esta solución se recogió en nuestro derecho (Cód. de Comercio 1862, art. 455 y Cód. de Comercio 1890, art. 302).

El Cód. de Comercio francés de 1807 se basó en el régimen de la compañía colonial tomado a su vez del ordenamiento de la corporación medieval.

La corporación medieval tenía una personalidad ficta distinta de la de sus miembros para facilitar la realización de actividades consideradas de bien público y esta personalidad ficta con tal fin era concedida por el gobernante *in illo tempore*: el príncipe o el obispo.

Para la explotación económica de las tierras ultramarinas se aplicó en el siglo XVII la personalidad ficta de la corporación considerándose de interés público dichas empresas.

En cada caso el soberano debía dar la personalidad o, como dicen los anglosajones, el carácter de corporación mediante una carta de incorporación.

La concesión de una carta de incorporación implicaba el reconocimiento de que la compañía respondía al interés público y en esa carta de incorporación se fijaba su estatuto.

El Cód. de Comercio francés de 1807 tuvo la feliz idea de establecer un estatuto general mediante una ley.

Así para constituir una anónima bastaba con ajustarse a la ley referida sin que fuera necesaria una ley especial *ad hoc* como requería la compañía colonial.

Empero, sin perjuicio de ello, se necesitaba en cada caso una autorización del Consejo de Estado que ponderaba si la anónima era o no de interés público.

Este régimen de la autorización fue atenuado durante el siglo XIX llegando al sistema normativo con la famosa ley francesa de 1867 cuyas normas adoptó el continente.

En cuanto al derecho anglosajón el Estado de Nueva York en 1811, con una clara visión de las ventajas de la industria, dictó una ley de incorporación normativa para las compañías manufactureras y ello inició un proceso que culminó el Estado de Nueva Jersey en 1875 con una ley general de incorporación para todo tipo de compañías que por ello recibió el nombre de "Mother of Corporations".

Por su parte en Inglaterra la Companies Act inglesa de 1862 legalizó la viabilidad de compañías con responsabilidad contractual limitada a su patrimonio que no eran corporaciones pero que en definitiva apuntaban a lo mismo o sea la irresponsabilidad del accionista.

Es por esto que las anónimas norteamericanas se califican como *Incorporated* y las inglesas como *Limited*.

La LSC de 1972 adoptó el sistema normativo, pero no abandonó totalmente el principio de interés público existente en la anónima, pues como ya se dijo, la sujetó a fiscalización estatal y la autoridad de contralor puede solicitar judicialmente la liquidación y disolución de la sociedad anónima por razones de interés público (LSC, art. 303).

En el derecho continental tras la adopción del sistema normativo se fue considerando necesario que por razones de interés público, se reservara la anónima para empresas de cierta envergadura.

A tal efecto en varias legislaciones fijaron un capital mínimo para la anónima y éste es el "capital legal".

Hoy la reciente sociedad anónima europea tiene un capital mínimo de 120.000 euros (Reglamento de la Societas Europaea, art. 4^o)

La LSC de 1972 no requirió un "capital legal", lo que motivó su reforma en 1980 mediante la ley 22.182 —Adla, XL-A, 85— que exigió un capital no inferior a veinte millones de pesos actualizable por el Poder Ejecutivo o sea un "capital legal mínimo".

Actualmente la LSC fija el "capital legal mínimo" de la anónima en la obsoleta suma de doce mil pesos actualizable por el PE (LSC, art. 186).

Por su parte el Anteproyecto de modificaciones a la LSC de 2003 redactado por la Comisión nombrada por el M. de Justicia y Derechos Humanos resolución 112/02, propone un "capital legal mínimo" de cien mil pesos también actualizable por el PE (Anteproyecto/2003, art. 186)

El requerimiento de un "capital legal mínimo" abre un interrogante consistente en si además de un "capital mínimo" indispensable habrá un "capital legal máximo" insuperable.

La cuestión se planteó bajo el régimen de la autorización del Cód. de Comercio 1890, art. 318.

La "Standard Oil Company" pidió autorización para fusionarse con otras sociedades y modificar sus estatutos elevando el capital de quince millones de pesos a ciento veinte millones con la facultad de aumentarlo hasta doscientos millones.

El Poder Ejecutivo denegó la autorización y la compañía impugnó llegando el asunto a la Corte Suprema.

La Corte Suprema en diciembre de 1945, integrada por los ministros Repetto, Sagarna, Ramos Mejía y Casares, confirmó la denegatoria.

La Corte sostuvo que si bien sólo se trataba de un aumento de capital era de tal magnitud que implicaba un crecimiento de la potencialidad económica de una sola entidad y la concentración de capitales y empresas hasta entonces distintas e independientes, lo que afectaba al interés público previsto en el art. 33, inc. 5, del Cód. Civil entonces vigente.

Hoy el art. 33 del Cód. Civil modificado no requiere para las sociedades en general tener por objeto el bien común pero respecto de la anóni-

ma se mantiene el recaudo del interés público (LSC, arts. 303, inc. 3, 301, inc. 2).

Es de notar que conforme a la ley de defensa de la competencia 25.156 —Adla, LIX-D, 3942—la toma de control de una o varias empresas vgr. vía fusión, está prohibida si afecta a la competencia de modo que pueda resultar perjuicio al interés económico general (ley 25.156, arts. 6° y 7°).

Dentro de este tema del "capital legal" la Inspección General de Justicia ha resuelto que como autoridad de contralor puede denegar la conformidad y la consiguiente inscripción a un contrato constitutivo de una sociedad por acciones o sus reformas (ley 22.315 —Adla, XI-D, 3988—, apart. 7, inc. a) por considerar insuficiente el "capital estatutario" respecto de las actividades incluidas en el objeto social.

Ello tiene antecedentes en el Reglamento General N° 6/80, art. 18.

Es evidente que no correspondería admitir la inscripción de una sociedad cuyo "capital estatutario" fuera notoriamente insuficiente con relación al objeto (Cód. Civil, arts. 953, 1071).

Cabe recordar que la inscripción en el Registro Público de Comercio se ordenada *"siempre que no haya motivo para dudar que el peticionante goza del crédito y probidad que deben caracterizar a un comerciante de su clase"* (Cód. de Comercio, art. 29).

Empero es evidente también que sería cuestionable que sin mediar una insuficiencia notoria, la IGJ tuviera la atribución de denegar la inscripción por discrepar con la suficiencia del "capital estatutario".

En suma cabe entender que el "capital legal" satisface la pauta del interés público en virtud de la cual se concede personalidad a una anónima por tener determinada envergadura, ello sin perjuicio de la normativa aplicable a los supuestos de uso torpe de la personalidad.

5

El "capital estatutario" es el que asignan a la sociedad sus accionistas sea igual o superior al "capital legal".

El "capital estatutario" reviste diversas variantes y así puede ser predeterminado por la asamblea como lo es en nuestro derecho correspondiendo según el caso la asamblea ordinaria o extraordinaria.

También puede ser como en otros derechos que el capital no está predefinido por la asamblea sino por el directorio y esto es lo que da lugar a las acciones sin valor nominal.

El fenómeno se registró en los EE.UU. en el siglo XIX.

Una corporación precisó una financiación interna atrayente para inversores y para lograrla emitió acciones bajo su valor nominal.

La suscripción se logró pero la corporación quebró.

En la quiebra se exigió a los accionistas que habían suscripto acciones bajo la par que reintegraran el faltante hasta el valor nominal de dichas acciones.

Así las cosas, el "capital legal" con acciones de valor nominal implicaba un obstáculo para la financiación interna.

Por lo tanto se recurrió al arbitrio de subvaluar los aportes de los accionistas.

Esto es lícito en nuestro derecho donde está vedada la sobrevaluación de los aportes pero no la infravaluación (L.S, art. 53).

De esta forma se podían emitir acciones por un valor nominal inferior al valor patrimonial favoreciendo la financiación interna sin que los suscriptores de estas acciones estuvieran sujetos en caso de quiebra a reintegrar aporte alguno.

Obviamente cuanto mayor fuera la infravaluación de las acciones con relación a su valor patrimonial mayor era el incentivo para suscribir.

Finalmente se llegó a la conclusión de que si podían suscribirse acciones por un valor nominal mínimo de un centavo, también podían emitirse acciones sin valor nominal.

Esto no significaba que la sociedad no tuviera "capital estatutario" sino que el monto del "capital estatutario" se iba fijando por el directorio en cada emisión.

Esto es congruente con las amplias facultades de que dispone el directorio en la corporación norteamericana.

Con todo hay autores que manifiestan que la utilización del sistema de acciones sin valor nominal no está muy difundida, pues no existe certeza de lo que podría ocurrir en caso de quiebra y a ello se suman ciertos motivos tributarios.

Una idea más avanzada que la de las acciones sin valor nominal pero basadas en la existencia de "capital estatutario" es aquella que sostiene que el "capital estatutario" es una rémora inoperante para obtener crédito por lo que sería conveniente suprimirlo.

Según este criterio en cada caso el directorio podría disponer la distribución de dividendos siempre que la anónima tuviera un activo no inferior al pasivo o sea solvencia y que ese activo fuera suficientemente líquido para satisfacer normalmente las obligaciones de la sociedad o sea liquidez.

La diferencia con el vigente régimen de la LSC estriba en que: (i) actualmente sólo pueden distribuirse dividendos de haber ganancia realizada y líquida sobre el capital; (ii) con el sistema mentado podrían distribuirse dividendos de haber ganancia realizada y líquida sobre el pasivo.

Cabe señalar que en la LSC, art. 224, se admite la distribución de dividendos anticipados bajo la responsabilidad de los directores y síndicos o sea siempre que haya solvencia y liquidez sobre el capital.

En el Proyecto de reformas de la ley de sociedades del año 1993 redactado por la Comisión designada por resolución MJ 465/91, se introdujo esta solución para una llamada sociedad anónima simplificada a la que se prohibió a indicar en su acto constitutivo o estatuto un capital social (Proyecto/93, art. 309).

La denominación coincide con la de la sociedad anónima simplificada francesa, pero esta última no responde a la misma estructura y finalidad sino que apunta a favorecer la concentración societaria.

El sistema propuesto en el proyecto referido tiene su inspiración en un Proyecto para la reforma y reformulación de la ley de Compañías de Nueva Zelanda de 1989, según se indica en las Notas Explicativas.

6

El "capital estatutario" cumple tres funciones.

Una es la función de garantía o retención que veda la distribución de dividendos de no haber utilidades realizadas y líquidas (LSC, art. 68).

Otra es la función de cuantía o coparticipación que fija la parte de cada socio en el fondo común, parte de la que derivan sus derechos políticos y económicos (LSC, arts. 13, 194, 207, 216, 217) y que da lugar a la representación del capital en acciones (LSC, art. 163) de igual valor aunque con la posibilidad de diversas clases con derechos diferentes (LSC, art. 207) sea con voto privilegiado (LSC, art. 216) o con preferencia patrimonial (LSC, art. 217).

Y otra es la función de valía o gestión que impone la adecuación y la aplicación del capital al objeto social (LSC, art. 11, incs. 3 y 4) porque el capital debe ser valedero para el cumplimiento del objeto y debe usarse para cumplirlo.

7. La función de garantía o retención del "capital estatutario" (*brevitatis causæ* "capital estatutario-garantía") como antes se dijo, responde al razonable principio del Cód. Civil 1714 traspolado a la anónima (LSC, art. 68).

Una difundida crítica advierte (i) que el "capital estatutario-garantía" no asegura a los acreedores el cobro de sus créditos; (ii) y que no interesa a los acreedores contractuales el "capital estatutario-garantía" sino el flujo de fondos de la sociedad.

Ciertamente el "capital estatutario-garantía" "no garantiza a los acreedores contractuales el pago de sus créditos.

Sí garantiza a los acreedores contractuales y extracontractuales que los accionistas no retirarán fondos si no están cubiertas las pautas de solvencia y liquidez y además el "capital estatutario-garantía".

Ello bajo responsabilidad falencial (LCQ, art. 233) y penal (Cód. Penal, art. 176 y sigtes.).

La LSC tutela la función del capital estatutario-garantía restringiendo operaciones que licuan el "capital estatutario" tales como: (i) la emisión de acciones bajo la par sancionada con nulidad (LSC, art. 202); (ii) la adquisición de acciones propias imponiendo la suspensión de sus derechos y su

enajenación (LSC, art. 220); (iii) y las participaciones recíprocas sancionadas en la suscripción (constitución y aumento de capital) con nulidad y cargo de reducción con apercibimiento de disolución (LSC, art. 32, primera parte) y sancionadas en la adquisición con la obligación de enajenarlas y pérdida de derechos de no hacerlo (LSC, art. 32, segunda parte).

El propósito de la emisión de acciones bajo par es facilitar la obtención de financiación interna como ya se vio.

Maguer estar la emisión bajo par vedada, un efecto similar puede lograrse por otras vías como:

1) La subvaluación de los aportes, lo que es lícito (LSC, art. 53).

Como antes se expuso, ésta fue una solución del derecho norteamericano que llevó hasta las acciones sin valor nominal.

2) La reducción del capital a una suma inferior a su valor patrimonial y su simultáneo aumento a la par.

Este temperamento fue aceptado por la CNV pero con sujeción a ciertos parámetros.

Respecto de la adquisición de acciones propias cabe resaltar que requiere la evitación de un daño grave (LSC, art. 220), lo que permite entender que cabría un control judicial de mérito sobre la existencia o no de tal daño grave obviamente en caso de cuestionamiento.

8

La función de cuantía o coparticipación del "capital estatutario" (*brevitatis causae* "capital estatutario-cuantía") se vincula a normas añejas como la prohibición de las cláusulas leoninas (LSC, art. 13) y a normas modernas como el derecho de suscripción preferente (LSC, art. 194).

Es imprescindible la existencia del "capital estatutario-cuantía", pues del mismo resulta como antes se remarcó, la cantidad de acciones en que se divide el capital siendo la cantidad de acciones de cada accionista la que indica su participación en el fondo común y por ende sus derechos políticos o instrumentales a participar en la gestión y sus derechos económicos o sustanciales a participar en los resultados de la gestión.

Así se ve en el citado Anteproyecto/93, pues al regular la sociedad anónima simplificada mantiene la división del capital en acciones que no podrán tener valor nominal (art. 309), pero que determinan el voto del accionista (art. 316) así como su derecho a participar en las distribuciones de dinero o bienes (art. 312) teniendo cada accionista el derecho a requerir en cualquier momento que la sociedad emita y le entregue una constancia que indique el número y características de las acciones de la sociedad (art. 310-III).

La LSC resguarda la función del "capital estatutario-cuantía" mediante el derecho de suscripción preferente (LSC, art. 194).

La limitación o suspensión del derecho de suscripción preferente sólo puede disponerse de demandarlo el interés de la sociedad.

Cabe entender que procedería un control judicial de mérito para verificar la existencia del mentado interés social, obviamente en caso de cuestionamiento.

Con todo, la función del "capital estatutario-cuantía" puede soslayarse por ciertas vías consistentes en aumentar el capital cuando la minoría no dispone de medios para ejercer el derecho de suscripción preferente.

Veamos algunos casos:

1) El aumento de capital superfluo y por lo tanto abusivo (Cód. Civil, art. 1071), invalidado jurisprudencialmente en supuestos de arbitrariedad extrema o de irracionalidad dañosa.

2) El aumento de capital necesario pero sin prima sobre el valor par habiendo un mayor valor real no capitalizado, lo que es también abusivo (Cód. Civil, art. 1071).

Jurisprudencialmente se ha resuelto que la prima es una mera posibilidad y no un derecho del accionista.

El Anteproyecto/2003 impone la prima en ciertos supuestos de disparidad entre el valor nominal y el valor patrimonial proporcional por acción (art. 202).

3) La reducción del capital a cero y su simultáneo reintegro (operación acordeón).

Se ha señalado que esta operación puede servir tanto para una reorganización societaria como para desembarazarse de una minoría molesta.

La IGJ denegó la inscripción en un caso requiriendo se intimara previamente a los accionistas a reintegrar conforme a una cláusula estatutaria.

9

La función de valía o gestión del "capital estatutario" (*brevitatis causæ* "capital estatutario-valía") tiene su razón de ser en que la anónima debe cumplir su objeto sin contar con la responsabilidad de los accionistas (Cód. Civil, arts. 39, 163), pero contando con la obtención de crédito.

La función del "capital estatutario-valía" concuerda de alguna manera con la del "capital estatutario-garantía", pero desde un enfoque diferente.

El "capital estatutario-garantía" apunta a que los accionistas no extraigan bienes del fondo común sino hay ganancia (LSC, art. 68).

El "capital estatutario-valía" tiende a evitar el sobreendeudamiento o subcapitalización.

Obviamente pueden darse casos de sobreendeudamiento o subcapitalización cumpliendo con la LSC, art. 68.

La anónima en cuanto sociedad comercial, al igual que el comerciante individual, presupone una gestión que precisa del crédito, siendo éste el motivo del régimen del Registro Público de Comercio.

La relación entre el "capital estatutario-valía" más los incrementos correspondientes a reservas y revalúos y el "pasivo", o sea el crédito adeudado a la plaza, debe guardar una proporción razonable.

Según una vieja regla, una proporción razonable es el 2 por 1 o dicho de otra forma \$0,50 de los socios y \$0,50 de terceros por cada \$1,00 de activo.

Aquí el "capital estatutario-valor" engarza con el "capital estatutario-garantía", pues confluye la idea de que los créditos de terceros están cubiertos con los aportes de los accionistas y sus variaciones.

Naturalmente la regla del 2 por 1 es de carácter harto general y varía según la actividad.

Así en materia bancaria la regla podría ser de 1 por 19 o dicho de otra forma \$0,05 del banquero y \$0,95 de los depositantes por cada \$1,00 de activo.

Hay que distinguir también el "capital estatutario-valor" del "capital estatutario suficiente" requerido por la IGJ al que se ha hecho referencia en el anterior capítulo 4.

El "capital estatutario suficiente" concierne a la constitución de la sociedad y el "capital estatutario-valor" a su giro.

La función del "capital estatutario-valor" se desvirtúa cuando:

1) La anónima se endeuda allende una proporción adecuada entre el "capital estatutario-valor" más sus anexos y el pasivo proveniente del crédito de terceros.

Cabe tener en cuenta que es posible que haya pasivo no proveniente del crédito y así vgr. en los supuestos de responsabilidad extracontractual (Cód. Civil, art. 1109) o fiscal (ley 11.683 (t.o. 1978) —Adla, XXXVIII-D, 3476— y concs.).

Es evidente que los acreedores financieros pueden considerar conveniente prestar sin fijarse exclusivamente en el "capital estatutario-valor".

Empero hay una regla de prudencia empresaria que indica que es lo que debe tener en cuenta un acreedor o un inversor.

La sigla que la expresa en inglés es CAMEL, y cuya traducción libre podría ser Capital, Activo, Manejo, Entradas y Liquidez.

Es decir que el acreedor o el inversor prudente no debe mirar sólo el capital, aunque no debe dejar de tenerlo en cuenta.

Naturalmente puede el acreedor prestar o el inversor colocar contando con un flujo de fondos esperado, pero, si tal flujo de fondos no

ocurre, deber tener en cuenta lo dicho por Vélez Sarsfield en la nota al art. 943 del Cód. Civil:

"Finalmente dejaríamos de ser responsables de nuestras acciones si la ley nos permitiera enmendar todos nuestros errores, o todas nuestras imprudencias".

Es conocida la cuestión planteada respecto de la responsabilidad del banco al continuar prestando a un deudor notoriamente insolvente.

Sin perjuicio de ello en materia falencial sería de analizar una norma que pretiriera al acreedor sobreprestamista.

2) Los accionistas controlantes en vez de aportar a la anónima, prestan a la misma lo que en caso de falencia puede llevar a la extensión de la quiebra de la sociedad a los accionistas (LSC, art. 160).

Ciertamente si el accionista controlante en vez de aportar presta es porque pretende cubrirse ante una eventual falencia.

Cabe al caso la nota de Vélez Sarsfield al art. 3136 del Cód. Civil, donde citando dice:

"... sería un deshonor de la ley, que los jueces cerrasen sus ojos ante una conducta fraudulenta y permitieran que ésta triunfara".

Un caso particular es el de los aportes irrevocables a cuenta de futuras emisiones de capital, pues fluctúan entre aporte y préstamo.

Esta operación está regulada por la CNV y la IGJ y contemplada en el Anteproyecto/2003, art. 190,

3) Se desvía la aplicación del capital al objeto mediante participaciones excesivas en otras sociedades, lo que se sanciona con la obligación de enajenarlas y, de no hacerlo, con la pérdida de los derechos al voto y a las utilidades (LSC, art. 31).

4) Se desvía la aplicación del capital al objeto cuando la sociedad se obliga a pagar el precio del paquete accionario transferido por los controlantes a un tercero o sea la compra apalancada (*leveraged buy out*).

5) Una vía para lograr este efecto es la compra-fusión apalancada (*merger leveraged buy out*).

La misma consiste en comprar a crédito el paquete de control de la sociedad emisora por otra sociedad, tras ello absorbida por la emisora que carga así con la deuda de la sociedad compradora del paquete (LSC, art. 82).

El Proyecto/1993, art. 304, aceptaba esta operación en la sociedad anónima simplificada previa resolución del directorio y consentimiento de todos los accionistas.

El Anteproyecto/2003, art. 222, la prohíbe.

10

En suma:

El "capital patrimonial" es imprescindible para formar el fondo común.

El "capital contable" es necesario para conocer la situación y los resultados de la sociedad tanto en interés de los accionistas como de la plaza.

El "capital legal" es inevitable si se estima conveniente reservar la anónima para sociedades de cierta envergadura.

El "capital estatutario-garantía" es razonable por corresponder a la histórica regla de la preferencia de los acreedores sobre los socios.

El "capital estatutario-cuantía" es insoslayable para fijar la parte del accionista en el fondo común y por ende en la gestión y los resultados.

El "capital estatutario-valía" es útil para la protección del crédito honesto y el castigo del crédito torpe.

En consecuencia cabe compartir en general las soluciones del Anteproyecto/2003 relativas al capital. ♦

TUTELA DE LOS ENFERMOS MENTALES

POR SANTOS CIFUENTES (*)

SUMARIO: I. La enfermedad mental en la historia. — II. Panorama actual de la protección. — III. La tendencia actual de la terapia. — IV. Propuesta de reformas posibles.

I. La enfermedad mental en la historia

Cada vez que aparecieron males imposibles de apreciar, por falta de conocimientos sobre sus orígenes, causas, proyecciones y efectos, o bien cuando se sufrieron mucho tiempo sin haberlos podido desentrañar ni, por ende, remediar, los seres humanos adoptaron, tal como reacciona la ignorancia ante fenómenos desconocidos, una actitud de repudio y extrañamiento que recayó sobre las víctimas, o bien, tras el sobresalto sobrevino la superstición, como si se tratara de fenómenos mágicos, míticos, misteriosos.

Con el título *Stultifera Navis*, nos recuerda Michel Foucault que, al desaparecer en Occidente el anatema de la lepra a finales de la Edad Media, con la expulsión, separación y retiro de los enfermos confinados en leprosarios, un fenómeno parecido ocurrió con las enfermedades venéreas, que sucedieron en el siglo XV a aquella patología. Después, se advirtió un nuevo azote en los medios seculares, que también suscitó afanes de exclusión y purificación, la locura. Algo parecido ha visto el mundo con la discriminación de la que fue, en un principio, la ignota enfermedad del SIDA, y que ahora es asumida como tal y hasta atendida amparando al infectado por disposiciones de la ley de la materia (23.798 y dec. reg. 1244/91).

(*) Comunicación efectuada por el Académico, en la sesión privada del 28 de octubre de 2004.

En el Renacimiento, una figura simbólica está representada por la *Nef de Fous*, nave de los locos, o sea, en alemán *Narrenschiff*. Extraño barco que navegaba por los ríos de la Renania y los canales flamencos, transportando de una ciudad a otra su cargamento de insensatos. Los locos vivían una existencia errante; se los echaba si se trataba de extraños a la ciudad y, con frecuencia, eran confiados a los barqueros. En otros sistemas se les aplicaba el azote público y, como si fuera una especie de nefasto juego, se practicaba la persecución en carrera hasta expulsarlos golpeándolos con varas (1).

Transcurrido un siglo y medio, superado ese tiempo bárbaro, se produjo la cruzada esclarecedora de Philippe Pinel en Francia (2), de Daniel Hack Tuke en Gran Bretaña (3), de Wagnitz en Alemania (4). Sin embargo, los locos sufrieron un régimen atroz de internado el que, en gran medida, se perpetúa en los tiempos que corren, y que fue llamado por Foucault el "gran encierro". Aparece entonces, tras la ciencia psiquiátrica y sus desvelos, la idea de la enfermedad antes desconocida, de la patología mental y de la búsqueda del tratamiento eficaz con una atención especial. Pero, hubo también un desgano humano resaltable y una falta de comprensión y de sacrificios por esos pacientes incómodos, desubicados en tiempo y espacio, molestos y difíciles de tratar.

El Hospital General fue creado en París por decreto de 1656, y se depositó allí, junto con los pobres y los desocupados, a los mozos de correccional y a los insensatos. La descripción de Juan Esteban Domingo Esquirol (1772-1840), insigne médico francés que enseñaba la incipiente psiquiatría en los tiempos de Freitas y Veléz Sarsfield, es aterradora, pero en cierta medida actual: "Yo los he visto desnudos, cubiertos de harapos, no teniendo más que paja para liberarse de la fría humedad del empedrado, en que están tendidos. Los he visto mal alimentados, privados de aire que respirar, de agua para calmar la sed y de las cosas más necesarias para la vida.

(1) Michel FOUCAULT, "Historia de la locura en la época clásica", trad. Virilla, México, 1988, t. 1, ps. 13 a 74.

(2) PHILIPPE PINEL, "Nosographie philosophique", París, An IX, y "Traité médico-philosophique", París, An IX.

(3) Daniel HACK TUKE, "Description of the Retreat", York, 1813.

(4) H. B. WAGNITZ, "Historische Nachrichten und Bemerkungen Zuchthäuser in Deutschland, Halle 1791.

Los he visto en recintos estrechos, sucios, infectos, sin aire, sin luz, encerrados en antros donde no se encerraría a animales feroces que el lujo de los gobiernos mantiene con grandes gastos en las capitales" (5).

Es de señalar que el Hospital General no fue un establecimiento médico. Tenía una estructura semijurídica donde se decidía, juzgaba y ejecutaba, para lo cual, según sus estatutos, se usaban estacas y argollas de suplicio, prisiones y mazmorras. Los directores tenían soberanía casi absoluta y jurisdicción, que ejercitaban sin recurso a un tribunal de justicia, con derecho de ejecución contra el que nada se podía hacer. Fue una especie de extraño poder que el rey estableció entre la policía y la justicia: era el tercer orden de represión. Allí iban a parar los alienados perteneciendo a ese sórdido mundo de la miseria y del hampa (6).

Sin embargo, algunos locos no eran tratados como simples prisioneros de policía, pues cuando el criterio —tan lejano y poco concurrente para la atrasada medicina de entonces— era el de que podían ser curados, se los recibía en el Hôtel Dieu, aplicándoles los remedios habituales de la época: sangrías, baños, purgas.

Los fanáticos y frenéticos eran encerrados en especies de literas, con sólo dos ventanas para ver, recibir y dar. En cambio, en el Hospital General había un médico no destinado a curar a los internos, sino sólo a los que se enfermaban, prueba de que los locos no eran considerados enfermos por el solo hecho de su locura.

Ese encierro y su duro carácter correccional descrito no era todo. Una antigua costumbre medieval, permitía exhibir a los locos como espectáculo singular de diversión, previo cobro de un derecho que llegó a dar cuantiosas ganancias. En Alemania, Londres y París, se convirtieron en distracción dominical de los burgueses. Ya en épocas de la Revolución Francesa, Horacio Gabriel Mirabeau, dio cuenta de que se los mostraba como si fueran animales curiosos y se iba a ver al guardián exhibiendo locos, como se iba a la feria a ver al juglar que ha amaestrado monos (7).

(5) Jean Etienne Dominique ESQUIROL, "Des maladies mentales", París, 1838, t. II, p. 134.

(6) Michel FOUCAULT, op. cit., ps. 79 a 82.

(7) Horacio Gabriel MIRABEAU, "Memoires d'un voyageur anglais", 1788, p. 213, cit. por Foucault, op. cit., t. 1, p. 228.

Hubo un antecedente de distinta orientación, con tendencia médica en la atención de la insensatez. Los árabes en Fez (siglo VII), en Bagdad (siglo XII) y en Egipto (siglo XIII), practicaban una especie de cura de almas con música, danza, espectáculos y relatos maravillosos. Tal es el origen de los primeros hospitales especializados en España (siglo XV), como el de Zaragoza, que cuatro siglos después maravilló a Pinel. Y es quizá el lejano antecedente de los estudios que hoy se enseñan en muchos institutos con el nombre de "musicoterapia".

Fue con ese médico francés que nació la psiquiatría, tratando a los locos como seres humanos. Aquél en Francia, Tuke en Londres y Wagnitz en Halle, provocaron el gran movimiento de reformas e inauguraron la época de Esquirol, dando impulso a la ciencia médica de la locura. El relato de la liberación de los encadenados en Bicêtre efectuada por Pinel, previa inspección del paralítico miembro de la Comuna de París, llamado Couthon, es enternecedor y muestra la mejoría y hasta la curación de algunos locos furiosos cuando, con riesgos a la vista, Pinel les cortó e hizo caer las cadenas (8).

Aun hoy se muestran rastros de ese tradicional extrañamiento de los enfermos mentales con el encierro, separación y exclusión (hasta castigos y ataduras), que agravan la enfermedad y son obstáculos de la recuperación de la salud.

II. Panorama actual de la protección

Podría dividirse la tutela de los enfermos mentales en dos grandes aspectos principales. Por un lado, el cuidado de la persona, que es el más importante, pues recae directamente sobre las facultades del individuo para dirigirse a sí mismo, sobre su libertad corporal y anímica, y, por el otro, el manejo de su patrimonio, que pelagra bajo la administración y disposición de quienes no tienen aptitud para mantenerlo a buen resguardo.

El art. 58 del Código Civil estatuye, en este sentido de carácter proteccionista de las normas sobre capacidad de las personas: "Este Código protege a los incapaces, pero sólo para el efecto de suprimir los impedimentos de

(8) Scipion PINEL, "Traité complet du régime sanitaire des aliénés", París, 1836, p. 56. cit. por Foucault, op. cit. t. II, p. 210.

su incapacidad, dándoles la representación que en él se determina, y sin que se les conceda el beneficio de restitución, ni ningún otro beneficio o privilegio". O sea que la incapacidad se declara para dar al incapaz un representante y, recíprocamente, se nombra al representante para suprimir los impedimentos de la incapacidad (9).

Puede adelantarse que ambos aspectos, los que son propios de una protección integral del demente, se han quedado en el tiempo atados a moldes rígidos, los que no corren parejos con los avances que nos proporciona por un lado la medicina y, por el otro, diferentes vías y posibilidades jurídicas que, la experiencia y las nuevas tecnologías proporcionan para no causar perjuicios innecesarios, y que los antecedentes extranjeros muestran en la obtención de mejores resultados.

A. Las internaciones y los cuidados personales. La peligrosidad.

Como he podido recordar hace ya un tiempo (10), más avanzado que la liberación dentro del establecimiento, se emplea en muchos casos el sistema del hospital de puertas abiertas (*open door*); con todo, quedan rémoras y hábitos que deben ser extirpados. Adelanto que en mi concepto, la internación del enfermo mental debe ser excepcional y sólo por la necesidad de algún episodio ingobernable que la haga imprescindible hasta superarlo. Si es prolongada, se convierte en dañina; cuando, como ocurre comúnmente, hay despreocupación por la persona del enfermo y por sus libertades, es contraproducente en muchos casos. La hospitalización tiene que ser un medio inmediato para lograr la posterior externación bajo control médico y medicinal.

Las estadísticas de varios países muestran que una alta tasa de población padece enfermedades mentales. Se dijo en 1995 que la Organización Panamericana de la Salud dio cuenta de que entre un 15% a 20% de la población del mundo padece alguna enfermedad o trastorno mental, pero

(9) Código Civil comentado y anotado, CIFUENTES-SAGARNA, t. 1, p. 62.

(10) S. CIFUENTES, "Daños a la persona por internaciones psiquiátricas nocivas y las responsabilidades que acarrearán", en *Daño y protección a la persona humana*, La Rocca, 193, p. 143; "Responsabilidad y deberes de los establecimientos asistenciales. Hospitalizaciones de urgencia, voluntarias, compulsivas, por orden judicial o innecesarias", en *Responsabilidad Médica - Segundo Congreso Internacional*, Universidad Centro Occidental "Lisandro - Alvarado", Venezuela, Lara, 1991, p. 328; Cifuentes, Rivas Molina y Tiscornia, "Juicio de insania. Dementes, Sordomudos e inhabilitados", Hammurabi, 1995, p. 201.

sólo una quinta parte es tratada por profesionales de la salud mental; que un mínimo de 45.000.000 de personas sufre tales enfermedades severas y unas 260.000 presentan serios problemas psicosociales. Es más, en nuestro país se observa que muchos hospitalizados pertenecen a los sectores más humildes, los que sufren abandono en los manicomios. El Estado se desentiende de sus deberes básicos: alimentos, vestimenta, higiene, cuidados, trato digno. En los hospicios conviven esquizofrénicos con retrasados mentales, mendigos con psicópatas. Hay falta de personal médico, paramédico y administrativo. Algunos pacientes trabajan de enfermeros. Los salarios son magros y las condiciones degradantes (11).

Este panorama, que he podido conocer personalmente en mi paso por el Ministerio Pupilar y por la judicatura, para mí no se ha modificado, antes bien debe haberse agravado como producto de la aceleración de la vida, del estrés cada vez más agudo en la vida de las ciudades y de la complejidad mayor en el mundo de las vinculaciones que se consideran globalizadas, así como la mayor pobreza de nuestro país en los últimos tiempos, pobreza que es madre de todas las inseguridades, como en alguna oportunidad nos enseñó Alberdi.

Bien se ha dicho que resulta más fácil entrar que salir y que la internación por sí sola no constituye un tratamiento. Su objetivo no debería ser "curar al enfermo", sino resolver el problema por el cual se decidió internarlo. En general, ese problema es la impotencia para lograr que se someta a un tratamiento medicinal; otras veces, las circunstancias de su situación socio cultural aislada, la pobreza y el entorno familiar contraproducente; algunas, la peligrosidad del furioso o maníaco (psicópata-psicótico) que, en este supuesto sí justifica el encierro por razones de seguridad.

El aislamiento y separación del hospitalizado al prolongarse debilita los vínculos existentes (sociales, de trabajo, familiares), a veces hasta extinguirlos. Entonces, la situación se vuelve irreversible produciéndose un efecto iatrogénico que no tiene destino. Si la familia abandona al enfermo porque "por fin se lo sacó de encima", o no quiere hacerse cargo para lograr que haga salidas o paseos a prueba, o bien se trata de un solitario sin familia, se impide que se haga poco a poco cargo de su vida. Vale decir, se promueve el "hospitalismo o la llamada "institucionalización" que, lejos de tender a recuperarlos y a la readaptación, traza un límite infran-

(11) Alfredo KRAUT, "La salud mental ante la ley", JA, 1995-I-978.

queable del que no se sale sin ayuda externa. Un gran porcentaje de internaciones se debe a casos de mendicidad o problemas sociales, lo que lleva a un vínculo de dependencia entre el individuo y el establecimiento, esto, pasado un tiempo, ya no tiene nada que ver con el tratamiento de la salud mental (12).

A lo expuesto debe añadirse el estereotipado y falso criterio de "peligrosidad", tal como se maneja por las partes y autoridades. El art. 482 del Cód. Civil exige como recaudo de la orden de internación, que sea de temer que el demente se dañe a sí mismo o dañe a terceros. No es suficiente la mera "incomodidad" a los parientes o vecinos que el Código de Chile contemplaba (art. 466), pues Vélez Sarsfield descartó es amplia causal del país trasandino que le sirvió de fuente, para trabar la tendencia a la reclusión institucional del pariente y la corruptela de las internaciones sin orden judicial. Los párrafos agregados por la ley 17.711 (Adla, XXVIII-B, 1810) a esa norma, se debieron a la cantidad de casos de personas pobres sin orden judicial, que eran recluidas en los neuropsiquiátricos oficiales, pero se cayó en el extremo que se quiso evitar por el Codificador, como más adelante se verá.

De todos modos, la peligrosidad sólo alcanza su razón justificativa en el caso de los psicópatas o personalidades antisociales. En la gran mayoría se vislumbra únicamente un conflicto familiar o consigo mismo (así el delirante que por temor a ser envenenado no se alimenta). Nadie ordenaría la internación compulsiva de un cardíaco que trabaja 18 horas y fuma dos paquetes de cigarrillos por día. Tampoco la de un cuerdo que maltrató a un pariente o al cónyuge. Sin embargo, una fácil y poco fundada peritación médica que diga que el enfermo es peligroso lo lleva al hospital, y quizá para siempre. Se utiliza ese medio para solucionar el conflicto familiar, sin medir las consecuencias sobre la persona, quien jamás habría de delinquir o convertirse en un factor de riesgo social. Y es entonces cuando por pretextos ajenos a la real situación de la persona, se producen violaciones a los derechos personalísimos implicados: la libertad, la intimidad, el derecho al cuerpo, la dignidad y el honor.

El mito social de que el loco tiene mayor probabilidad de cometer actos delictuosos es erróneo. Se ha dicho por Livermore, Malmquist y Meehl, que es como admitir la creencia doméstica de que *los paranoicos son peli-*

(12) Héctor P. LABEL, "La salud mental en la legislación argentina". *Perspectivas Sistémicas. Psicología de Hoy*, año 7, 1994, n° 32, ps. 11 y sigtes.

grasos y hemos decidido pisar terreno seguro y encerrarlos a todos. Pero entonces, suponiendo que fuera cinco veces mayor la incidencia de homicidios entre los paranoicos frente a la población normal, utilizando a la paranoia como base para el confinamiento, estaríamos encerrando a 199 no asesinos, para protegernos de un asesino. Y, terminan sosteniendo, es sencillamente imposible justificar cualquier esquema de internación basado en esa premisa (13).

El concepto corriente de que los enfermos mentales son criminales y de que los criminales son enfermos mentales, presente en la mentalidad de los jueces, psiquiatras y psicólogos, como también en el común de la gente, ha contradicho las estadísticas. Un porcentaje muy bajo de pacientes no hospitalizados violan la ley. Según Lafave, Pinkney y Gerber, el 3,84% sobre una muestra de 100 pacientes, actuaron contra la ley durante el primer año. Habría que ver si ese porcentual es similar en el caso de los considerados sanos y, se verá, que en realidad es mayor. Los sujetos incluidos en esos estudios eran más propensos a ser víctimas que perpetradores. Otro amplio estudio de Carolina del Norte, muestra que de 1226 pacientes, el 94% no cometió en seis meses ninguna violación de la ley. Los del otro 6% sólo fueron detenidos por delitos menores (14).

La psiquiatría no puede predecir la conducta futura del enfermo. Estudios responsables del extranjero llegaron a la conclusión de que la mayoría de los internados por peligrosidad nunca hubieran hecho daño a nadie (15). El cercenamiento de la libertad, como derecho esencial de la persona aun enferma, por motivos que no son serios ni fundados bajo el manto de la peligrosidad, produce la tiranía del Estado so pretexto de salvaguardar a la sociedad. Cuando no hay delito, emergencia actual ni insania verdadera, el juez no tiene la facultad de disponer la

(13) LIVERMORE, MALMQUIST y MEEHL, "On the justifications for civil commitment, 117 U.Ps. L. Rev., 75, p. 85, cit. por Kraut, op., cit. IA, 1995-1-978.

(14) LAFAVE - PINKNEY - GERBER, "Criminal activity by psychiatric clients after hospital discharge", *Hospital and Community Psychiatry*, 1993, vol. 44, 2, 180 - 181.

(15) E.J. CARDENAS, R. GRIMSON, I. ALVAREZ, "El juicio de insania y la internación psiquiátrica", p. 81 y sus citas: BENTON, "Criteria in civil commitment proceedings", *University of Miami Law Review*, vol. 26, summer 1972, n° 4, ps. 661 y 681; SCHNEIDER, "Civil commitment of the mentally ill", *American Bar Association Journal*, oct. 1972, vol. 58, p. 1060; SLOVENKO - SUPER, "Commitment procedure in Louisiana", *Tulane Law Review*, 1969, vol. 35, n° 4, p. 713.

prisión de nadie, aun cuando se invoquen razones generales o un abstracto y diluido criterio del "bien común". Como ha establecido la Corte Suprema en la causa "Duba de Moracich", del año 1923, ha de respetarse la defensa en juicio de los enfermos, debiéndose evitar las privaciones impunes de la libertad con el falso pretexto de la curación de personas a las que no se había iniciado proceso de demencia, doctrina que hoy está basada en la defensa corporal de la libertad y admite el remedio del *habeas corpus* (16).

Es de señalar que la reforma del 1968 al art. 482 del Cód. Civil, extendió la facultad administrativa y policial para disponer las internaciones, incluyendo casos en que no se ponía en tela de juicio la salud mental, y abarcó a los perturbados y a los adictos a las drogas y al alcohol. Las autoridades policiales que por propia estimación consideraran que el detenido afectaba la tranquilidad pública, dio pie a utilizar ese ambiguo concepto sin más control. Pero como, además, no fijó un plazo para comunicarlo al juez, la persona figuraba como internada por la policía y no se permitía su egreso hasta una orden judicial que, en la generalidad de los casos, nunca llegaba. El decreto ley local 22.914/83 (Adla, XLIII-D, 3763) puso coto a esta amplitud riesgosa, fijando plazos, agilizando los procesos e imponiendo deberes a los responsables (el juez, el Ministerio de Incapaces, los directores de los Establecimientos), y la actual ley 448 de la Ciudad de Buenos Aires (Adla, LX-E, 5902) ha reglamentado también aquellas normas de la ley de fondo (17).

Es interesante recordar lo que observó José Ingenieros ante la simulación de la locura: 1) en la Edad Media el alienado era un poseído, y su fin era la hoguera: era más ventajoso ser delincuente cuerdo que delincuente alienado; 2) después se eximió a los alienados de la pena por enfermos irresponsables y fue útil la simulación de la locura: era más ventajoso ser

(16) CSIN, "JA, 11-939; 27/6/1989, JA, 1990-III-597 y LA LEY, 1990-D, 36, con nota de N. SAGÜES, "Recurso extraordinario, defensa en juicio y el habeas corpus para internados en institutos psiquiátricos".

(17) A.J. KRAUT, "Responsabilidad civil de los psiquiatras", La Rocca, 1998, p. 392 y sigtes.; "La salud mental en la Ciudad de Buenos Aires ¿un problema de interpretación judicial?", JA, 2002-IV-1023; "La salud mental ante la ley en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires ¿Permanece como un problema de interpretación judicial?", "J.A." semanario del 15/9/2004; J.W.TOBIAS, "La internación y externación de quienes tienen padecimientos mentales y la ley 448 de Salud Mental de la Ciudad de Buenos Aires", LA LEY, 2003-B, 1388.

delincuente alienado que cuerdo; 3) con el correr del tiempo la sanción se fundó en la peligrosidad del delincuente, sea alienado o no; por eso, el alienado era considerado más peligroso y se debía someter a internación de seguridad: fue más ventajoso, nuevamente, ser delincuente cuerdo que alienado (18).

Y uno, entonces, puede observar cuántas tribulaciones, desconcierto e interrogantes producen para el derecho y las ciencias sociales la demencia. Los desacuerdos del cerebro y de las conductas por fallas o no del intelecto hacen trepidar a los hombres, a los profesionales, al legislador y a los jueces. Si no hay un buen norte y una clara orientación que ante todo ponga en la cúspide del análisis a la libertad y a los derechos más preciados del ser humano, muchas son las vacilaciones en el tratamiento de estos seres enfermos, extrañados y que se los hace soportar el encierro, lo que forzosamente afecta esos derechos, ya que estos sujetos quedan despersonalizados y sometidos por completo a guardas, enfermeros, médicos.

B. La clasificación de las internaciones.

Hay dos tipos generales de internaciones: *las voluntarias y las involuntarias*.

Las primeras son las requeridas por el propio enfermo o por sus representantes. El incapaz lúcido que llega a comprender su situación le pide a su médico tratante que apoye con un diagnóstico serio el pedido de ingreso, pero suele ocurrir lo que se llama la "transferencia de la voluntad", o sugestión del profesional que se respeta sin discusión. O bien el Director del Instituto que lo recibe se encarga de hacer el diagnóstico y pronóstico previo esclarecimiento e información al paciente, exigencia ésta que debe ser cumplida frente a cuadros de depresión, neurastenia, fobias o adicción a drogas.

Las involuntarias pueden ser bien de *urgencia* o las que provienen de *órdenes de las autoridades*. Las de urgencia pueden justificarse por el estado de furia y descontrol del paciente, del drogadicto o alcohólico, por lo que no hay tiempo para requerir la orden judicial. La deciden terceros interesados. Tienen carácter precario, al solo efecto de evitar un mal ma-

(18) LOUDET, Osvaldo, "Qué es la locura", Columba, 1955.

yor y hasta tanto intervenga la justicia. Las que ordena la policía, con inmediata participación al Ministerio de Incapaces, quedan después judicializadas, y las que dispone el juez, deben desembocar en la interdicción por insania o en inhabilitación.

C. El régimen de incapacidad e irresponsabilidad.

Las disposiciones del Código Civil han establecido una tajante división, frente a las ineptitudes por enfermedades mentales. Las personas son, según ese sistema, capaces plenos o incapaces absolutos (arts. 52, 53, 54, 141 del Cód. Civil). Esta no es por cierto una realidad incontestable. Con la sanción del art. 152 bis por la ley 17.711, se creó el régimen de la inhabilitación, que sin suprimir la capacidad la disminuyó estableciendo un régimen de asistencia para el ejercicio de esa capacidad en determinados actos, particularmente los de disposición.

Ahora bien, se mantiene para los insanos, que contrapone la capacidad plena la incapacidad absoluta. Esto significa que al decretarse la interdicción por el juez, aplicando las normas de fondo y procesales que rigen, se producen los siguientes efectos: a) se restringe la libertad y se establece un régimen de vigilancia y de administración que pasa a manos del representante o curador; b) queda definida la incapacidad absoluta de hecho y el demente a partir de la declaración por el juez no puede otorgar ningún acto válido; c) por ello mismo, todo acto que realice en la administración y disposición de sus bienes es inválido, aun cuando pasara por un intervalo lúcido cuando lo realizó (art. 472 del Cód. Civil), aunque debe atenderse al aspecto particular de los actos de última voluntad y de otros actos personalísimos; d) para recuperar esa capacidad perdida se requiere un juicio de rehabilitación (art. 150 del Cód. Civil), con nuevo examen médico y la expresa declaración del juez de que se ha producido el restablecimiento de la salud del alienado.

A la par de las restricciones con mirada tuitiva, se ha establecido un sistema de "irresponsabilidad" para evitar que los incapaces tengan que responder por sus actos, sean ellos lícitos o ilícitos. La falta de discernimiento que se presume en los dementes lleva a considerar que sus actos se han realizado sin voluntad, aunque por excepción nace el deber de indemnizar basado en la equidad, según lo prevé el art. 907 del Código Civil. Sin embargo, cuando el demente ha obrado en intervalos lúcidos se los hace responsable por acto ilícitos (art. 1070 del Cód. Civil).

D. El resguardo del patrimonio.

Contempla el Código una serie de previsiones para resguardar el patrimonio de los alienados e inhabilitados. En este cuadro se levanta el sistema de las nulidades de los actos jurídicos celebrados por incapaces mayores de edad, la dirección y representación de curadores que actúan en su reemplazo y la asistencia, para el caso de los que son inhabilitados por alguna de las causales del art. 152 bis.

No solamente se ha previsto la invalidación de los actos de los interdictos, sino también la anulabilidad de los realizados por dementes no declarados tal, así como la nulidad de los actos sin haberse respetado la conformidad o autorización del curador designado. Todo ese conjunto de normas del Código Civil, arts. 1041 a 1043, 1045, 1049 y sus concordantes, han sido sancionadas con el norte bien preciso de tutelar a los enfermos mentales, de donde la doctrina mayoritaria entiende, y personalmente lo comparto, que se encasillan en las nulidades relativas, lo que permite la confirmación del acto, sea por el representante, sea por el propio incapaz cuando recobra su salud (arts. 1048, 1059 y sigtes. del Cód. Civil).

En suma las invalidaciones de los negocios y actos de los dementes (incluidos los de carácter familiar) y la representación para el ejercicio de los derechos, están instituidos para tutela y preservación de su patrimonio, conformando juntamente con la dirección y cuidado de la persona un sistema proteccional. Sin embargo, en este cuadro también se observa un claro retraso frente a las avanzadas científicas, por cuanto la representación en muchos casos debiera ceder, especialmente si el enfermo actúa en intervalos lúcidos y cuando es posible sostener su entendimiento y voluntad en el área de los derechos personalísimos.

III. La tendencia actual de la terapia

Se debe tener en cuenta la evolución de la ciencia psiquiátrica.

Ya se ha visto que a principios del siglo XX los psiquiatras estaban desarmados frente a la locura. El tratamiento se reducía a un empleo sintomático de la excitación, a un régimen alimenticio y a un sistema semicarcerario. Prevalcía el criterio de la seguridad. Los progresos en los métodos físicos, químico-biológicos, psicológicos y quirúrgicos han modificado ese panorama. Algunos establecimientos de avanzada han dejado de ser asilos para convertirse en hospitales. Las terapias de choque, como el elec-

trochoque y el choque insulinico, tiene hoy una aplicación casi nula y se ha probado que dejan un saldo escaso y discutible. A partir de los años 50 los descubrimientos de psicofármacos, el desarrollo de la psicoterapia y la importancia de los factores familiares, especialmente genéticos, han cambiado radicalmente los pronósticos. Hay una conciencia nueva acerca del enfermo mental.

Se ha podido decir por el doctor Jorge García Badaracco (19), que todas las psicosis son curables y del escepticismo sistemático se ha pasado a un optimismo fundado en grandes éxitos terapéuticos. Las drogas antipsicóticas, como la clorpromazina y sus derivados, las antidepresivas como los tricíclicos y los llamados inhibidores de la monomanía oxidasa, las fenotiazinas que disminuyen en los esquizofrénicos agitados las alucinaciones y delirios, parecen relacionarse con los neurotransmisores del cerebro, o con agentes químicos que intervienen en la transmisión de los impulsos entre las células, poniendo en juego la idea de que todas las desdichas del hombre pueden ser curadas con medicamentos, ayudados por la psicoterapia (20).

IV. Propuesta de reformas posibles

Sería recomendable, frente al panorama expuesto, no establecer categorías cerradas de incapacidad absoluta y de capacidad restringida con inhabilitación. Sucede que hay dementes declarados que tienen aptitudes específicas para valerse en esas áreas válidamente, e inhabilitados que por su padecimiento, en el período de su mal (drogadictos, alcohólicos), no pueden en ningún sentido dirigir su persona ni ser considerados capaces. Estos últimos que pasan por una despersonalización completa durante los estados en los que los estupefacientes y el alcohol los dominan, no pueden ser estimados personas capaces.

Al igual que en otros países (España, Perú, Alemania), para una cabal tutela de la persona sin dañarla ni desmerecerla, habría que fijar un régimen de incapacidades graduales, o sea, mayor o menor incapacidad según el caso. También sería apropiado atender a un régimen de incapacida-

(19) García Badaracco, conferencia en la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional, Jornada sobre Adicciones y Enfermedades Mentales, 29/10/1985.

(20) Paul WENDEL, Donald KLEIN, "Mind, mood and medicine: a Guide to the new biopsychiatry", comentario de Anthony STORR, *The New Republic*, 1981.

des parciales. Tal sistema quedaría en manos del juez, que tendría que definir cuáles son los actos que no puede realizar por sí el enfermo mental y hasta dónde obraría la incapacidad según la importancia del mal que aqueja a la persona.

La posible objeción de que un sistema no rígido ni esquemático, sino vuelto hacia el estudio caso por caso de la persona de que se trate, puede dejar sin protección de los terceros es factible hoy en día retrucarla en el sentido de que a través de las redes informáticas no resulta difícil que en la sociedad donde actúa, se mueve y negocia el enfermo, se ponga en conocimiento la incapacidad que lo aqueja para la realización de ciertos actos. Así, un enfermo puede no ser apto para manejar su patrimonio, pero sí para trabajar y ganar sus sustento; para adquirir bienes y venderlos, pero sí para educar a sus hijos; o bien no puede desenvolverse bien dentro de la familia en donde se agudiza su fobia, pero sí en el cuidado de sus bienes, o, en todo caso, puede fuera de esos aspectos de la vida, agrandar su espíritu con el arte, la religión o la ciencia.

Con este último encuadre optimista y de prospectiva, que abre un futuro promisorio al mejor y más cuidadoso trato de los enfermos mentales, cierro esta comunicación agradeciendo la paciencia de mis oyentes. ♦

CAMINOS PARA VIGORIZAR LA CONFIANZA EN EL SISTEMA LEGAL

POR JORGE REINALDO VANOSI (*)

Estos apuntes son, simplemente, algunos títulos, nada más, que podrían cada uno de ellos dar lugar a una reflexión mucho más profunda: *the legal system* es algo más que un anglicismo. Es un valor definitorio; es una piedra basal. Es por esa razón que les he puesto como nombre "Caminos" para aumentar o vigorizar la confianza en el sistema legal. Algunas de estas cosas son obvias, porque es mucho más fácil ponernos de acuerdo en el qué, que ponernos de acuerdo en *el cómo*; es decir, en el "qué queremos" es fácil de obtener un consenso generalizado. Los problemas se suscitan cuando hay que discutir la metodología, el trayecto, el procedimiento a seguir para alcanzar los objetivos. Y esto ocurre en todos los órdenes de la vida social, no sólo en el campo legal; sino particularmente en el campo de la ley, del derecho y de la justicia, en donde tienen una especial relevancia.

Por supuesto, en este catálogo de las cosas que tenemos que priorizar para poder, de alguna manera, vigorizar el sistema, se me ha ocurrido hacer notar "*Acrecentar la seguridad jurídica*"; pues esto en América Latina, en particular, adolece de graves enfermedades y debe figurar en las primeras prioridades.

Por seguridad jurídica entendemos algo muy elemental: la predictibilidad, la previsión, lo que algún tribunal ha llamado "la regla de la calculabilidad". Es decir, que antes de producir un acto o un hecho sepamos cuáles son las consecuencias legales que vamos a tener que afrontar; conocer anticipadamente los efectos de nuestra responsabilidad por ese hecho o

(*) Comunicación efectuada por el Académico, en la sesión privada del 11 de noviembre de 2004.

por ese acto jurídico (*caso Abal*, y "Fallos" 248:291, y "Fallos" 242:501; 258:134 y 265; 250:750; 316:1609; entre otros).

La seguridad jurídica tiene porcentajes muy bajos, muy por debajo de lo deseable y de lo necesario para que se pueda operar un crecimiento adecuado en nuestra parte del continente, puesto que se requiere "contemplar necesariamente la *estabilidad* de las relaciones jurídicas de modo de no soslayar la imprescindible revisión de riesgos que se tienen en mira al contratar y realizar inversiones" ("Fallos" 316:1609, pág. 1615, *Caso Luna*).

En segundo lugar, "*la seguridad personal*". A diario asistimos a la tragedia familiar sufrida por la pérdida de la vida de un hijo secuestrado y por el cual se ha pagado el rescate y, no obstante, es asesinado. Y esto es frecuente y ocurre en muchas partes; también fuera del continente americano notamos, incluso en Europa, que la seguridad personal, la seguridad individual está muy subestimada y muy menospreciada como uno de los valores fundamentales que se deben sustentar. Y por supuesto, cuando hablamos de seguridad no nos referimos solamente a la individual sino también a la colectiva o asociativa, porque hay una rotura o ruptura del "contrato social".

Cuando el hombre entra en sociedad y la sociedad construye el Estado, retiene las libertades, las garantías, las protecciones y delega la seguridad. Y eso que los "padres fundadores" admitieron que era delegable, que la seguridad fuera un monopolio por parte del Estado; pero si el Estado no la brinda el resultado evidente es que la seguridad se torna mínima. Y esto da lugar a que aparezcan, en algunas circunstancias, los "llaneros solitarios", "los justicieros", los que quieren hacer justicia por mano propia. Pero lo hacen porque la justicia no viene de donde debería venir, la seguridad no proviene de donde debería provenir, que es precisamente del aparato gubernamental del Estado a través de sus diversos poderes.

Tercero, recordar que hay *muchos derechos violados*, muchas situaciones que han sido menoscabadas. Sería inútil mencionarlas todas, pero quiero priorizar cuatro:

- El derecho a la vida en todas sus formas imaginables.

- El derecho a la propiedad, ya sea la propiedad material o la propiedad intelectual, a veces en las formas más sutiles, más perversas o más ingeniosas.

- El derecho al honor y el principio de inocencia, que es uno de los principios básicos de nuestro sistema en virtud del cual nadie es culpable hasta que no se declare como tal. Pero el derecho al honor que toda persona tiene está muy vulnerado. La calumnia, la difamación, la injuria han pasado a ser algo habitual y los medios de comunicación de masas cooperan en ello. Recuerdo la poesía de un gran bardo de nuestro continente, Rubén Darío, que se titula precisamente "La calumnia" y que dice así: "Puede una gota de lodo / sobre un diamante caer / puede también de ese modo / su fulgor oscurecer / Pero aunque el diamante todo se encuentre de fango lleno / el valor que lo hace bueno / no perderá un instante / y ha de ser siempre diamante / por más que lo manche el cieno". Era una visión optimista. En esa época el honor vencía a la injuria o la calumnia. Era verdad esto que decía Rubén Darío, pero en nuestros días se ha impuesto aquello de que "miente, miente; calumnia, calumnia; difama, difama que algo quedará", y esta frase pertenece nada menos que a un monstruo como fue el doctor Goebbels, uno de los brazos derechos de Hitler.

- Y el cuarto derecho que está también lesionado en todas partes, es o son (porque algunos los distinguen) el derecho a la intimidad y el derecho a la privacidad. Ya no existe. Ya todo es público, todo pertenece a una esfera en la cual no hay pared del hogar, o no hay el límite del reposo o del descanso. Todo puede ser invadido, todo puede ser ocupado, todo puede ser en definitiva difundido y divulgado y, por lo tanto, también tergiversado por aquello que decían los italianos, "traduttore, tradittore", es decir, el que traduce o el que interpreta también traiciona porque no siempre lo hace en forma fiel.

Una cuarta situación que quiero mencionar es la de *la independencia judicial*. Esto es fundamental, pero hoy día requiere una profundidad mayor que la que le hemos asignado hasta ahora. Como dijo Miguel de Unamuno: "En un país donde no hay justicia, es peligroso tener razón".

La justicia debe ser independiente no sólo del gobierno sino también de los partidos. Hay un viejo pleito entre la judicatura y la partidocracia. La partidocracia desconfía de la judicatura, y la judicatura no ve bien a la partidocracia. En ese pleito pierde independencia la justicia, y eso es grave. Por eso muchos regímenes acuden a tratar de hacer justicia por vía plebiscitaria, por vía de un pronunciamiento popular que reemplace al magistrado.

Precisamente, ha escrito el editor de la edición internacional de Newsweek, Fareed Zakarfa, que el juez imparcial es simbolizado mejor en

la sociedad de masas por el plebiscito. Y en este artículo, que se llama "El futuro de la democracia" y "Liberal democracy at home and abroad", señala cómo esas democracias iliberales, que no son liberales, que son antiliberales, pretenden reemplazar la justicia por el plebiscito, que a veces es racional, pero muchas veces es irracional.

El quinto elemento a considerar es *el régimen fiscal o impositivo*, que es realmente importante para la seguridad de las personas. Ralf Dahrendorf, un discípulo dilecto de Popper, el gran pensador contemporáneo ya fallecido, señala que el régimen tiene que ser sencillo, claro, razonable, perdurable, estable, es decir, al alcance de todos. Y cuando dice esto Dahrendorf, está observando que si ese requisito no se cumple, así como la persona puede estar sometida a cualquier restricción arbitraria en materia de su libertad física, deambulatoria, también puede estar sometido a la discrecionalidad por el cobro de impuestos irrazonables o le imponen gravámenes arbitrarios o, que sin ser irrazonables o arbitrarios, son tan complejos, tan confusos y tan difíciles de entender que el más común de los ciudadanos no puede hacerlo por sí mismo, y tiene que valerse de un especialista para saber si está cumpliendo con lo que debe cumplir o está incumpliendo y va a ser pasible de una sanción.

Entre las ventajas que goza fundamentalmente la América sajona, para contrarrestar estos cinco defectos que acabo de señalar, tuvo desde el comienzo la virtud de practicar cosas que detectaron observadores europeos tan importantes como Tocqueville, en "La democracia en América", o estudiosos de la sociedad industrial como Galbraith; y me permito sintetizar todos estos pensamientos señalando cuatro virtudes:

- *La cultura asociacionista*, es decir esa cultura de hacer en sociedad, de hacer en común a través, libremente, de un contrato o de la creación de una corporación o de una entidad que puede tener fines de lucro o no, ser religiosa o laica, ser educativa o ser deportiva, pero alcanzando determinados objetivos de esa manera.

- Segundo, *una moral de origen puritano*, que ha impregnado lo más positivo de ese rasgo originario que es el valor ético, la preminencia del retrato ético de la persona. Una persona puede destacarse y culminar, llegar a la cima y puede caer a la profundidad, no porque haya perdido su prestigio profesional, sino por una falla, una falla ética. Y entonces hay dos sociedades: las sociedades que condenan por razones éticas y las sociedades indiferentes al problema ético. En nuestro país lo hemos visto, con

gobernantes que hicieron cosas que estaban bien hechas, que había que hacerlas, que era necesario realizarlas, pero que lo hicieron con un desperjuicio total por la ética; y la sociedad aplaudía, porque las cosas iban bien. Pero después la sociedad se ha dado cuenta de que la ética había sido sepultada en aras de un exitismo puramente momentáneo.

- Tercero, *la educación popular*, que es obviamente un elemento que en las sociedades, como la de Estados Unidos y del resto de la América sajona, tuvo desde el comienzo un desarrollo fundamental porque se la consideró la base para crear, en definitiva, una sociedad en la cual hubiera mayores oportunidades para todos sus sectores componentes.

- Y cuarto y último, el decisivo apoyo al conocimiento expresado a través de la ciencia, que hizo a EE. UU. meca indiscutible de la innovación científico-tecnológica.

Con respecto a las cosas que se están diciendo estos días sobre los delitos y la necesidad de modificar *los regímenes penales*, creo que es necesario recordar que la ley por sí sola no cambia la realidad. Tiene sí una virtud persuasiva o disuasiva según las circunstancias. Tiene sí un rol de cauce o de marco para trazar la senda por la cual deben transitar las conductas de las personas. Pero también es cierto que lo fundamental está en su efectividad y en su vigencia. Y ya Montesquieu, en el siglo XVIII, advertía que lo grave no era que las penas en los códigos penales —aunque en esa época todavía no estaban codificadas todas las leyes penales— fueran leves, sino que lo grave era que no se aplicaran, porque la sensación de impunidad creaba un estímulo para cometer mayores ilícitos y por ahí se transitaba hacia un camino, hacia un desbarranco que hoy en día los sociólogos llaman "la anomia".

Y lo mismo ocurre con los controles. En América Latina estamos llenos de aparatos de control: los creados en el siglo XX, los creados antes del siglo XX, en el XIX para los que tienen constituciones históricas, y hasta otros que se intentarían crear en el futuro. Pero de nada valen los controles si no producen *responsabilidades*. El Estado de Derecho requiere que recaigan responsabilidades sobre aquellos que han cometido o realizado actos, sobre todo cuando es desde el ejercicio del poder que han causado un daño o han significado una ilicitud muy grave.

Ese principio no rige, por lo menos la sociedad no lo visualiza como vigente, por aquello que los chicos con la inocencia que los caracteriza le

preguntan a sus padres: "pero papá, ¿es cierto que todo vale?", es decir, ¿que todo está permitido? Y la respuesta que hay que dar a eso, con mucha angustia, es reconocer que en la práctica, en un porcentaje exagerado de casos, es así.

Pero esto viene de lejos. Las sociedades latinoamericanas tienen un autor que en el año 1900, exactamente en el tránsito de un siglo al otro, decía que había un rasgo: culto al coraje y desprecio a la ley (Juan Agustín García en "La Ciudad Indiana"). Ese culto al coraje y desprecio a la ley es de alguna manera aquello que después Durkheim, cuando elabora su estudio sobre tema el de la anomia, dice con palabras tan cortas y sencillas como éstas:

"Todas las normas de conducta y reglas morales forman un mundo imaginario alrededor de la persona. Si en algún momento esa barrera se resquebraja, los impulsos se liberan a borbotones y sin control." (La Educación Moral, 1925)

Y esto es lo que presenciamos casi cotidianamente en distintos países.

Además, no sabemos conjugar ni concientizar ciertas expresiones que no son palabras sino todo un mundo de ideas que conforman un sistema. Por qué estamos tan atrasados? ¿Por qué en ciertas partes del continente somos tan regresivos? ¿Por qué no hemos podido alcanzar lo que se ha logrado en otras partes del mundo? ¿Por qué hay tal abismo entre el grado de desarrollo de unos y de otros? Tal vez sea una respuesta decir que nosotros no conjugamos el *asesoramiento* previo: primero hay que analizar, razonar y luego actuar. No pensamos en la *organización*. No practicamos el *seguimiento*. Hay incluso abogados, muchos abogados en nuestro continente que creen que un expediente se inicia y sigue solo. ¿Sigue solo? No, no es así. La ausencia de *mantenimiento* la vemos en las obras públicas, la vemos en los edificios, la vemos en los servicios públicos que se prestan: no hay seguimiento ni mantenimiento.

Y el control de gestión: es en definitiva el saber gestionar, una virtud que no es propia de los políticos, pero sí de los grandes administradores. Y, por supuesto, los hombres de estado, los estadistas, saben elegir a los que saben gestionar; y allí está su mérito, no porque ellos en sí tengan la suma de la sabiduría, sino porque saben elegir al que sabe practicar la verdadera gestión.

También hemos desarrollado y permitido que avanzaran *anticulturas* o *contraculturas* que minaron, erosionaron, desbastaron y anularon a cuatro o cinco de los supuestos fundamentales de una sociedad progresista. Fue como matar a "la gallina de los huevos de oro": *la libertad creadora*, a través de tantas restricciones y prohibiciones; el valor del *trabajo productivo* que antes se lo exaltaba y luego se llegó a escuchar que alguien dijera "todo lo que he tenido, no lo gané trabajando": queriendo decir que lo había ganado robando o estafando. La importancia del *ahorro para la inversión*: cuando éramos niños, y no existía el fenómeno de la inflación y sí la cultura del ahorro (que los inmigrantes habían traído), teníamos lo que se llamaba la "libreta de la caja de ahorro postal" con la que, en cualquier estafeta postal de correo, depositando una pequeña suma, un niño o un joven, que podía tener porque se lo daba su familia o porque él lo ganaba haciendo un pequeño trabajo, quedaba estampado en una libreta que le rendía intereses que tenía un valor permanente, que el día que quería retirarlo, valía lo mismo o más que al momento en que lo había hecho. Esto ha sido destruido.

También ha sido destruida la movilidad social ascendente. Lo que ahora tenemos en América Latina es una *movilidad social descendente*, es decir, la clase media se ha proletarizado, y los proletarizados se han carenciado o se han desocupado, y por lo tanto, al no tener trabajo, no tienen posibilidad de ascender.

En cambio, hace cien o ciento cincuenta años, la movilidad social era ascendente. El inmigrante que venía de otras partes del mundo y llegaba al continente americano con un centavo en la mano y sin más ropa que la que llevaba puesta, si trabajaba y se esforzaba, y ahorraba e invertía, podía, en definitiva, darles a sus hijos una gran educación y verlos convertidos en hacendados de mayores industrias, de mayores empresas o de mejores universidades o mejores realizaciones de todo tipo.

Y por último, *el esfuerzo antes que la especulación*. En muchos países hemos reemplazado el esfuerzo por la especulación. Argentina es un ejemplo de ello. El esfuerzo fue subestimado. La especulación ha sido exaltada: el obtener la ganancia sin esfuerzo, el obtener la ganancia en una suerte de timba, una suerte de juego de azar, en virtud del cual se pudiera pasar a mejor condición social sin trabajo, mediante un golpe de fortuna. Ya no podrá decir Machado "A mi trabajo acudo / con mi dinero pago / el traje que me cubre y la mansión que habito / el pan que me alimenta y el lecho en que yago".

Quiero resumir, simplemente, para señalar la necesidad de la combinación del esfuerzo con el secreto del progreso de la democracia que es lograr una mayor igualdad de oportunidades.

La democracia va a perdurar en el mundo en la medida que los pueblos visualicen que hay *una mayor igualdad de oportunidades*; y para tener una mayor igualdad de oportunidades, hay que hacer una mayor inversión en el esfuerzo de las personas, individual o colectivamente. Esto significa *la búsqueda de la excelencia*, es decir, de la calidad por oposición a los anti-modelos o contraparadigmas que exaltan la frivolidad, que exaltan la farsandulería, y una expresión que es común en los países latinoamericanos: "el cholulismo". Todo esto que practican los artistas de Vodeville y los jugadores, y los deportistas de éxito, y los estafadores de turno que tienen la jactancia de exhibir lo mal habido, lo mal logrado por medios ilícitos, para decir "miren qué idiotas que son ustedes que no han hecho lo que yo he hecho", es decir, "yo que lo hice por vías ilegales o inmorales, lo obtuve, y ustedes que se ajustan a los principios y respetan la ley siguen en la misma situación".

Esa es la anticultura y la contracultura que desgraciadamente se ha impuesto. Entonces hay que *cambiar los códigos de conducta*. Hay que abolir y censurar sin ningún tipo de duda o de temor el facilismo, el ventajismo, la trampa, lo que llamamos a veces la "viveza criolla", o la mentira -lisa y llana.

Fred Barnes decía -traduzco-: "el secreto de un candidato político es el de parecer estúpido como aquel que lo escucha, así aquellos que son los que escuchan se sienten inteligentes como él". Esta ironía tan fina, tan refinada, es una descripción cruel de una realidad que los que transitamos la abogacía, también la cátedra y también, a veces, la política, la hemos vivido.

El problema entonces es:

a) Básicamente *cultural*. Y b) pasa más por el orden de las *conductas* que por el orden de las normas. Las normas son muy importantes; pero si realmente las conductas no están inspiradas y de alguna manera en correlación (en correlato con esas normas) no tienen ningún valor, porque en los hechos la cultura que va a surgir de ello es una anticultura. No caigamos tampoco en la ideologización de los problemas, no es haciendo política de manual que se van a resolver; sobre este asunto se expresaba Ortega y Gasset con justeza lapidaria: "La misión del intelectual aspira, con

frecuencia en vano, a aclarar un poco las cosas, mientras que la del político suele, por el contrario, consistir en confundirlas más de lo que estaban. Ser de la izquierda es, como ser de la derecha, una de las infinitas maneras que el hombre puede elegir para ser un imbécil: ambas, en efecto, son formas de la hemiplejía moral. Además la persistencia de estos calificativos contribuye no poco a falsificar más aún la realidad presente, ya falsa de por sí, porque se ha rizado el rizo de las experiencias políticas a que corresponden, como lo demuestra el hecho de que hoy las derechas prometen revoluciones y las izquierdas proponen tiranías".

Por eso no hay que conformarse con cambiar abusos, colmándolos, castigándolos; sino que, mencionando nuevamente a Ortega, en ciertos casos la enfermedad es tan grave que no basta con la penalidad, no basta con la sanción al abuso, al ilícito; hay que cambiar *los usos*, las prácticas, las costumbres, que son costumbres sociales que están a veces muy arraigadas. Pero como todo a través de la evolución de la cultura universal ha cambiado, también hay usos que hoy en día o en estos tiempos contemporáneos, tenemos que ir cambiando, tenemos que ir modificando; porque no basta con penalizar sino que hay que cambiar mentalidades que están precisamente alimentando esos usos y las deformaciones patológicas que se producen como consecuencia de los mismos. Y el orden, que creo que es muy importante, está muy desvalorizado porque se ha conseguido que orden sea sinónimo de autoritarismo, de abuso de autoridad, y no es así. Hemos demonizado la palabra orden.

El orden es el precio que yo pago para gozar más y mejor de mi libertad. Porque sin orden vivo en la anarquía y pierdo el tiempo, o no puedo volcar mi tiempo en el trabajo productivo o en la creación que desearía hacer, porque el desorden me lo impide.

Y muchas de nuestras sociedades viven en algo peor que el desorden: el caos que deriva en anarquía. Desgraciadamente, aquello que alguna vez la Corte Suprema dijo "fuera de la constitución solo cabe esperar la anarquía o la tiranía" ("Fallos" 191:194), yo con dolor le agrego a esa cita, con un atrevimiento que algunos pueden juzgar como osadía, que por lo general la primera, que es *la anarquía*, suele traer a la segunda, que es la tiranía.

Muchas sociedades que hemos visto pasar por la anarquía, han desembocado directamente después en una tiranía, es decir, a la abolición total de la libertad por haber degenerado ésta en una situación caótica.

Entonces, *el cambio existe*. Bertrand Russell pensaba en tal sentido que no había que dudar en cambiar de opinión toda vez que fuese necesario y fundamentado hacerlo. Cambiar es posible. Aquí viene la parte optimista. Es necio quedarse en el status quo. El inmovilismo es retroceso y no progreso. Pero está bien que hayamos dedicado mucho tiempo y muchos años a hacer diagnósticos. Porque al tener tantos diagnósticos, estamos más obligados espiritualmente a producir tratamientos y terapias que permitan afrontar el mal.

La caída es tan abrupta - y esto lo subrayo- que hemos llegado a un punto en que los vectores de la cultura no pasan por la universidad; que las decisiones y orientaciones políticas no transitan por el parlamento y los partidos políticos; y que la vida social no se enmarca en la acción de sus protagonistas naturales, sino que, las condicionan grupos de agentes irregulares y marginales.

Alain Touraine ya dio cuenta de este peligro haciendo notar que "un sector cada vez mayor se encuentra excluido del sistema y, por lo tanto, no puede expresarse a través de las estructuras institucionales, y eso crea, no tanto un peligro de revolución, como el riesgo de caos e inestabilidad" (*La Fragilidad de los Sistemas Políticos - El País*, 17 de julio de 2004)

En efecto, hoy se menciona el fenómeno de los "piqueteros": grupos irregulares, informales, encapuchados y anónimos, que operan en la mayor impunidad interrumpiendo el tránsito, tomando trenes, cortando vías o las rutas, las autopistas, e impidiendo, por ejemplo, que una ambulancia llegue a tiempo para salvar la vida de un enfermo grave que podría sobrevivir si el auxilio le llega oportunamente; que obreros y empleadas pierdan sus premios por presentismo y que hasta haya quienes han perdido el empleo o no han podido celebrar un contrato o arreglar un negocio o terminar una labor profesional o presentar un escrito en Tribunales porque se les ha impedido el tránsito o la circulación. Y esto ocurre en varios países de América latina y particularmente en la Argentina, (y lo digo con profundo dolor).

Por último, nos referiremos brevemente, "*cambios en el sistema legal*". Voy a hacer nada más que una mera mención de títulos. En primer lugar, estamos en un mundo nuevo y en transformación. Esos cambios tienen que tomar en cuenta realidades que nos gusten o no nos gusten, están instaladas. El fenómeno de la *globalización*, los diversos procesos de integración con las alternativas que cada uno puede significar, los procesos de *regio-*

nalización como los que estamos experimentando con Brasil, Paraguay, Uruguay y Argentina, para poner un ejemplo que conocemos de cerca. Es decir, nos dirigimos hacia la conformación de grandes unidades. En algunos casos grandes moles, unidades mayores que las preexistentes o las conocidas hasta hoy.

Ya no hay espacio para la pequeñez aislada. Un autor de mediados del siglo XIX, advertía entonces -cuando en la patria de Alberdi se insistía mucho en un federalismo casi feudal- que en el futuro, decía, no se reconocerán provincias, solo se reconocerán naciones. Que en definitiva, había que reunirse, asociarse, vincularse a través de las diversas formas jurídicas y políticas posibles, ya que no había espacio para comunidades que quisieran ser autosostenibles y autónomas, teniendo muy poca población, muy poco territorio, muy poca riqueza y muy pocas oportunidades de trabajo y crecimiento.

En segundo lugar, el nuevo significado de la palabra soberanía es la interdependencia. Somos todos *interdependientes* de una manera u otra, y hay que reconocerlo. Hay que tirar la soberbia. Hay que arrojar la arrogancia y reconocer, con modestia, la necesidad de interdependencia.

En tercer lugar deben respetarse los *compromisos internacionales*. Esto es fundamental. Hay países que no lo hacen o los firman y luego no los cumplen. Cuando -una pequeña anécdota al paso- dejé el Congreso en 1993 después de estar diez años allí, la Argentina ya había celebrado doce o trece convenios bilaterales de protección recíproca de inversiones con distintos países del mundo.

Ahora que he regresado al Congreso, veo que la lista es de casi cincuenta tratados, (cuarenta y siete, cuarenta y ocho). Algunos se cumplen y otros no se aplican. El ingreso al CIADI implica aceptar las reglas de solución arbitral de conflictos que están previstos al momento que se ingresó. Nadie ha forzado a ningún Estado a ingresar en ese mecanismo. Pero si se ingresa, *pacta sum servanda*, hay que cumplir; el que se anota en el *comodum*, tiene que correr el *periculum*, decían los romanos. El que se anota en el beneficio tiene que correr también en el riesgo, en el sacrificio. Es la teoría del riesgo. Pero no se cumple.

Tenemos una cultura hemipléjica, sólo una mitad funciona viendo lo bueno y lo positivo y rechaza la otra mitad cuando no le conviene o no le trae ventaja.

Debe haber coherencia entre los ideales internos y las políticas internacionales. El doble discurso es execrable. *No se puede tener una doble faz*. Si se ha luchado toda la vida o si se ha bregado para que dentro de un país hubiera libertad cívica, libertad política, libertades sociales, pluralismo, libertad de expresión y de cultos, poder judicial independiente, propiedad, prensa libre, alternancia en el poder, pluripartidismo, etc., no se puede estar avalando estados totalitarios que niegan exactamente todos esos principios. No se puede sostener afuera lo opuesto de lo que se ha sostenido internamente, pues siempre alguien demandará rendición de cuentas cuando hay doble discurso y cuando hay hipocresía.

Calvin Coolidge ya lo advertía: "Si no se dice nada, no se te pedirá de respetarlo". Lógico: los que no dicen nada, los que no comprometen nada, los que no arriesgan nada, nadie les va a pedir que respeten nada ni que rindan cuentas porque no hacen nada, y por lo tanto no son nada y si no son nada, no hay por qué dejarse guiar y llevarse de las narices por aquellas personas anónimas que no afrontan responsabilidades o que a veces se ocultan para cometer ilícitos y no asumir la consecuencia de ello.

El *terrorismo* es un fenómeno que hay que abordarlo con toda la magnitud que ha tomado y que tiene hoy en día.

El derecho, la justicia y la ley no pueden desentenderse del fenómeno del terrorismo. Mirar de costado es realmente un acto de inconciencia o un acto doloso de complicidad y de convalidación del terrorismo, que está operando en distintas partes del mundo, como ya hemos visto en los últimos años. Los fenómenos producidos no sólo en Estados Unidos, también ahora en España y en otras partes del mundo, son espantosos, en ellos las víctimas suelen ser los más inocentes; aquellos que estaban trabajando en una oficina en las torres, o que viajaban en un tren que llegaba a la estación de Atocha. Miles de muertos que no tienen nada que ver con ninguna de las luchas políticas en las cuales están enfrascadas esos fundamentalismos ciegos, que quieren llevar a la muerte, porque piensan que es mejor la muerte que la vida, pero no tienen por qué obligar a que se crea lo mismo por parte del resto de la humanidad. A pesar de ellos, a pesar de su intolerancia, que Chesterton describía como la indignación de los hombres que no tienen opiniones, a pesar de su violencia, que le hacía decir a Asimov "La violencia es el último recurso del incompetente", la inmensa mayoría de la humanidad cree en la vida y quiere la vida y no la muerte. Para eso está la medicina, para eso están los seguros, para eso están todas las precauciones que se toman para prolongar la vida. Sin

embargo, una minoría, pequeña, minúscula, que quiere la muerte, consi-
gue conmover a una mayoría total.

Por eso, no se puede tener contemplaciones. Es fundamental, entonces,
que en cada uno de los Estados el poder público recupere el monopolio
de la fuerza. No pueden existir fuerzas irregulares, no pueden existir ejér-
citos paralelos, no pueden existir asociaciones ilícitas con vinculaciones
internacionales. Y la única forma de desarmarlo es mediante la coopera-
ción internacional.

No lo puede hacer aisladamente un solo Estado porque es un fenómeno
universal y todos tenemos que cooperar, de buena fe y con el mayor em-
peño a desarmar, a desarticular ese aparato mefistofélico y diabólico que
está conmoviendo a la humanidad.

También quiero agregar que *el derecho vigente debe adaptarse* al adelan-
to tecnológico y a las nuevas modalidades de la economía y del comercio.

Adaptarse no quiere decir convalidar abusos, sino encauzar y dar marco
a un sano realismo.

El derecho va muy por detrás de los hechos. Hay muchos países de
América latina en los que el derecho esta muy atrasado, y hay prejuicios
para actualizar los sistemas jurídicos.

Naciones Unidas y otros cuerpos que tienen organismos especializados
elaboran proyectos de "leyes convenio", de "leyes modelo", de "leyes uni-
formes". Todo esto es hermoso y uno tiene que luchar en los parlamentos
para que se aprueben porque surgen fantasmas entre quienes legislan:
suspicias tales como "¿quién sabe?", "ésto es para otros países", "no es
para nosotros". No: ésto es para entrar al mundo. Para poder vivir en el
mundo y no afuera del mundo. La opción actual es vivir dentro del mundo
o afuera del mismo.

Y democracia y eficacia son términos también muy importantes. Antes se
podían desglosar. Había gobiernos de origen democrático que eran muy
ineficaces y había gobiernos de origen autoritario con eficacia. Hoy la
gente quiere democracia con eficacia. La ineficacia, es decir la ineficiencia
llevada como principio, es también (y lo remarco) una de las expresiones
más malsanas o negativas de la corrupción. Tanto como robar o estafar o
como coimear, o como cometer latrocinios desde el poder público, es tan

grave ser ineficiente cuando se ocupan funciones o cargos para los cuales no se tiene la preparación o el título correspondiente o no se ejercen con la dedicación que corresponde.

También, todo ello supone nuevos perfiles en el sistema institucional o político.

Debo enunciar dos conceptos finales.

Primero, relaciones más próximas entre *representantes* y sus *representados*. En la mayor parte de los países de América latina y también algunos otros, (pues también se nota en otros continentes), hay un divorcio entre el representante y el representado que lleva al descreimiento, a la falta de confianza. Necesitamos partidos políticos más modernos, más actualizados.

Paul Valéry, después de la segunda guerra mundial dijo: "las civilizaciones también son mortales". Y en consecuencia, yo diría que los partidos políticos también pueden ser mortales, por lo menos algunos, si no se actualizan.

George Vedel, un gran administrativista y jurista francés, decía que un Estado democrático no puede vivir sin partidos políticos, pero puede enfermarse y morir a causa del mal y de la enfermedad que tienen los partidos políticos, porque son la herramienta insustituible.

A Churchill - y él sí que tenía experiencia por haber pasado por más de un partido político- le parecía increíble que en el seno de la herramienta insustituible para poder practicar la democracia que fijan las constituciones y las convenciones constitucionales, sea donde menos se ejercita la democracia, es decir, en los partidos políticos, que son *caucus* cerrados, donde difícilmente a veces se aplique - depende de los países si se practica- pero en algunos se jactan de tener millones de afiliados, una gran membresía, pero son sujetos pasivos. Los que deciden y resuelven todo son minorías de caciques.

Los partidos políticos modernos no tiene que hacer grandes plataformas, no hay que hacer catálogos de ilusiones; hay que hacer propuestas de alternativas, que sean crebles, y que sean viables. Precisamente, el poeta francés que yo recién mencionaba, Paul Valéry, decía: "Los hombres se distinguen de aquello que muestran, y se asemejan a aquello que esconden".

Entonces, es mejor explicar en cuatro carillas o tres, qué se quiere y cómo se quiere. Es muy lindo decir "mil hospitales más", "dos mil escuelas más", "tres mil kilómetros más de ferrovias"; pero cómo?, es decir, falta explicar cómo se va a hacer eso.

La capacitación de los dirigentes es fundamental. La formación de cuadros. Hay constituciones como la de Argentina que establecen que del fondo que el Estado aporta para la vida de los partidos políticos, una parte debe estar destinada a la capacitación de los dirigentes para preparar equipos (Art. 38).

Si se hiciera una auditoría y un monitoreo respecto del cumplimiento de esa cláusula, irían todos presos por malversación de los caudales públicos, porque no se destina absolutamente nada a la capacitación. Se destina al clientelismo, como se suele decir.

En definitiva, esto significa que también el perfeccionamiento del sistema legal, no solo en la parte del derecho privado sino también el del derecho público, requiere un saneamiento del "todo". Saneamiento de los costos electorales, por ejemplo, que son sumamente oscuros y sospechosos.

La desconfianza hacia *los Mesías providenciales*: en América Latina estamos periódicamente expuestos a la aparición del hombre providencial, que después no es providencial, ni es hombre, ni resuelve nada, dejándonos mucho peor cuando se va que cuando llegó.

Sistemas electorales más participativos: es un gran avance, hoy en día, con la informática instalada a través del voto electrónico. Ya Brasil ha hecho una experiencia muy interesante en estos tiempos, que debemos tener en cuenta. Abren las puertas para tener formas participativas, mucho más abiertas, más oxigenadas que las conocidas hasta ahora. Pero a fin de evitar nuevas formas de fraude, será imperiosa la judicialización de todas las etapas del proceso electoral, sin injerencias del ministerio político.

Si la *mayoría silenciosa* quiere seguir siendo mayoría (y esta sería una conclusión de base) debe dejar de ser silenciosa. Esto se está operando. Lo estamos viendo, en varios países, a raíz de episodios que hacen, o a la seguridad individual, o a la inseguridad jurídica, o al fraude electoral, o a lo que sea. La mayoría silenciosa ha dejado de ser silenciosa porque sólo así va a poder seguir siendo mayoría, si no va a desaparecer. Para eso puede hacer protesta, pero tiene que acompañar la protesta con la propuesta.

Ya no basta protestar y decir "no se de de que se trata pero me opongo". Hay que ofrecer al mismo tiempo *las alternativas*.

Los derechos de algunos deben terminar donde empiezan los derechos de los demás. Esto es difícil de reconocer. Todo el mundo quiere tener derechos ilimitados, pero esa es una concepción antisocial. No se puede aceptar el abuso del derecho tal como lo vemos cotidianamente. No se puede alterar la sustancia de los derechos, pero siempre teniendo presente que todos los derechos son relativos, para tornar armónico su ejercicio (Arts. 28 y 14, C. N.).

The last but not the least: *la confiabilidad*. Creo que esta es la palabra clave. Algo más que la confianza es la confiabilidad.

Es una atmósfera porosa y decisiva. Hay o no hay una atmósfera de confiabilidad en un Estado donde se pueda llegar al crecimiento, al desarrollo, a una posibilidad de mayor igualdad de oportunidades.

No hay Estado de derecho sin seguridad jurídica y no puede haber seguridad jurídica si no hay Estado de derecho.

Es un largo camino por recorrer, serán muchos los sacrificios y esfuerzos a realizar. Solo la *continuidad*, apoyada por la perseverancia, e iluminada a través de una fina *convicción*, nos acercará al objetivo de reunir la libertad con la seguridad. Y entre ambas, la libertad y la seguridad, dan sustento real y no meramente virtual al bienestar general.

Y no desanimarse por los tropiezos y las contrariedades. En una palabra, hay que tener fe. Fe en todo y particularmente no abdicar de la fe en el derecho.

Termino con una cita de Mahatma Gandhi, el gran sabio y político hindú que decía:

"No me dejes caer en el orgullo si triunfo, ni en la desesperación si fracaso, más bien recuérdame que el fracaso es la experiencia previa, la experiencia que precede al triunfo".

Tendremos fracasos, tendremos tropiezos, pero yo creo en el triunfo, porque debemos tener ideas y defender los ideales. ¡Eso es Patria! ♦

LA FILOSOFÍA POLÍTICA DE JACQUES MARITAIN

POR ALBERTO RODRÍGUEZ VARELA (*)

Hay un vínculo estrecho entre la vida y la obra de Jacques Maritain. Vivió noventa años no como un filósofo encerrado en una torre de marfil sino como un hombre de pensamiento que sin renegar de su vocación filosófica y su ninguna inclinación por la actividad partidista no vaciló en pronunciarse públicamente en las difíciles encrucijadas políticas de su tiempo, siempre al servicio de los más altos valores morales. Esta actitud diáfana y comprometida le granjeó amigos y también adversarios que a veces se opusieron a uno o a otro aspecto de su pensamiento filosófico, movidos quizá por disensos políticos (1).

Jacques Maritain nace en París el 8 de noviembre de 1882 y fallece en Toulouse el 28 de abril de 1973. Su vida transcurre, desde los dieciocho hasta los noventa años, en el complejo siglo XX, desarrollando en su curso un impresionante magisterio que vuelca en 65 libros e innumerables artículos, y que fue para muchos signo de contradicción y polémica. No obs-

(*) Comunicación efectuada por el Académico, en la sesión privada del 25 de noviembre de 2004.

(1) Conf. Tristán de Ataíde (Alceu Amoroso Lima: "Maritain y la América Latina", en el volumen: "Jacques Maritain: su obra filosófica", Desclee, De Brower, Buenos Aires, 1950, p. 31. Sobre las polémicas suscitadas por la Filosofía Política de Jacques Maritain, ver: MARTÍNEZ PAZ, Fernando: "Maritain, Política e Ideología", Editorial Nahuel, Buenos Aires, 1966; y "Maritain en la Argentina", en la Revista "Rumbo Social" que dirigió Ambrosio Romero Carranza, N° 11, abril de 1976. Ver también: ORDÓÑEZ, Manuel V.: "Sobre la Nueva Cristiandad de Maritain", Revista Criterio, N° 485, junio de 1937 y REGULES, Dardo y otros "Sobre la Nueva Cristiandad", Revista Criterio, N° 487, año 1937, p. 207. Manuel V. Ordóñez, Miembro Titular de esta Academia, fallecido en 1988 en ejercicio de su vicepresidencia, fue amigo, corresponsal y difusor en la Argentina del ideario de Jacques Maritain. El Padre Julio Heilbron M.I.C., Rector durante muchos años del Colegio Sagrado Corazón de San Miguel de Tucumán, y a quien tuve como Profesor de Filosofía en el Colegio San Miguel de Buenos Aires, terció en las polémicas suscitadas en torno al ilustre filósofo tomista, con un folleto titulado "En defensa de Maritain".

rante, a lo largo de su prolongada vida, por encima de las controversias en las que muy a su pesar se vio envuelto, exhibirá siempre una completa armonía entre su conducta y su pensamiento.

Su padre fue un abogado católico, que perdió la fe bajo el influjo de su madre, Genoveva Fabre, protestante y librepensadora, hija de Jules Fabre, célebre opositor de Napoleón III y figura estelar de la Tercera República Francesa.

A los 16 años el joven Jacques escribe una carta al marido de la cocinera (que siempre rezaba por él). El destinatario de la misiva era un picapedrero socialista y en ella le expresa:

"Seré socialista y viviré para la revolución...Aseguro que todo lo que pueda pensar y saber lo consagraré al proletariado y a la humanidad".

Muchos años después, cumplidos los 80, al recordar esa carta Maritain dirá:

"Mi voto de servir al proletariado y a la humanidad jamás lo he revocado, aunque para realizarlo haya utilizado formas bastante imprevistas y haya subordinado todo a servir a Dios ante todo".

Todavía adolescente ingresa a la Sorbona y en sus claustros conoce a la que será la mujer de su vida, Raissa Oumancoff, de padres judíos, nacida en Rostof (Rusia) el 12 de septiembre de 1883.

En esa universidad —relata Raissa en sus memorias— los maestros profesaban "una metafísica informe y simplista..., el empirismo ingenuo, el mecanicismo y el materialismo" (2).

Ambos, Jacques y Raissa, se constituyen en ardientes buceadores de la Verdad. Ella dice que buscaba "verdaderamente aquello de que tenemos necesidad para justificar la existencia, lo que me parece necesario para que la vida no sea una cosa absurda y cruel. Tengo necesidad de la alegría de la inteligencia, de la luz de la certidumbre, de una regla de vida fundada en una verdad sin defecto". Agrega que Jacques "tenía las mismas preocu-

(2) MARITAIN, Raissa; "Las Grandes Amistades", p. 43, Ediciones Desclée, de Brower, Buenos Aires, 1954.

paciones profundas, le atormentaban los mismos problemas, le animaba por completo el mismo deseo de verdad" (3).

En la Universidad siguen los cursos de Felix Le Dantec —un ferviente materialista y ateo que los invita a colaborar con él—, del sociólogo Emílio Durkheim y de Lucien Lévy-Bruhl.

No encuentran, empero, una respuesta a sus grandes interrogantes. Jacques persiste en su búsqueda mientras adhiere a lo que Raissa denomina "un socialismo lírico", "sediento de verdad y enemigo de todo conformismo" (4).

La desesperación por vislumbrar lo Absoluto se acentúa en ambos durante esos años de estudios juveniles. "*Si tenemos que renunciar —escribe Raissa— también a encontrar un sentido a la palabra verdad, a la distinción entre el bien y el mal, entre lo justo y lo injusto, ya no es posible vivir humanamente*" (5).

Después de muchas cavilaciones, los jóvenes novios decidieron "*conceder confianza a lo desconocido durante algún tiempo; íbamos a abrir un crédito a la existencia, a una experiencia a realizar, con la esperanza de que ante nuestro vehemente llamamiento se rasgaría el velo que ocultaba el sentido de la vida, con la esperanza de que se revelarían nuevos valores tan claramente que arrastrarían nuestra adhesión total, y nos libertarían de la pesadilla de un mundo siniestro e inútil*".

"*Si esta experiencia no tenía éxito —concluye Raissa con palabras que sobrecogen—, la solución sería el suicidio; el suicidio antes que los años hubieran acumulado su sedimento, antes de que se hubieran gastado nuestras jóvenes fuerzas. Queríamos morir con libre determinación si era imposible vivir según la verdad*".

Henri Bergson

En momentos en que Jacques y Raissa atravesaban tan angustiante búsqueda de la Verdad, Charles Péguy los invitó a las clases que dictaba Henri Bergson en el Collège de France.

(3) Idem, ps. 44 y 46.

(4) Idem, p. 69.

(5) Idem, ps. 75/76.

Por entonces Jacques se había licenciado en Filosofía y estaba cursando una segunda licenciatura en Ciencias.

Péguy, no obstante haber sido bautizado en la Iglesia Católica, se apartó de sus filas para militar con su esposa en un socialismo romántico que rechazaba el materialismo y menospreciaba el positivismo de los maestros de la Sorbona. Tenía como su joven amigo Jacques, a quien consideraba un hermano menor, una gran preocupación por la búsqueda de la Verdad. Fue así recuperando su Cristianismo hasta volver a la Fe de sus padres y morir poco después en defensa de Francia, durante la célebre batalla del Marne.

Raissa, al comentar las ideas políticas de Péguy, en esos años que precedieron a su conversión, señala que *"su cristianismo vivo y profundo, aun cuando todavía no había tomado conciencia, le dio un sentido tan justo y tan ardiente de Francia, un tal amor a su patria carnal, preservándole siempre del nacionalismo pagano de un Maurras y del cinismo político de Maquiavelo"* (6).

Bergson suscitó la esperanza en el grupo que integraban Charles Péguy, Georges Sorel, Jacques y Raissa Maritain, de encontrar, a través de su magisterio, el camino que conduce a una genuina metafísica. Empero, como lo explicará Jacques Maritain muchos años después, en su libro *"De Bergson a Santo Tomás de Aquino"*, tal esperanza en buena medida se desvaneció. La filosofía bergsoniana no llegó a desarrollar la metafísica que en cierto modo implicaba porque *"quedó mucho más estrechamente enclavada en la ciencia positiva y más dependiente de ella que lo que había dejado suponer su fuerte reacción contra la pseudometafísica cientista"*.

Aunque para Jacques y Raissa "la decepción fue muy viva", en esa obra explica el primero que, "a la distancia, cuando hoy pensamos de nuevo en todo eso, las cosas nos aparecen bajo una luz diferente: cuando Bergson realzaba el valor y la dignidad de la metafísica en los espíritus que lo escuchaban, a los cuales el agnosticismo o el materialismo llenaban de su tristeza; cuando a esos espíritus, alimentados en el más deprimente relativismo pseudocientífico, con un acento inolvidable les decía: *'estamos, nos movemos y vivimos en lo absoluto'*, era suficiente que se despertase en ellos el deseo metafísico, el eros metafísico. Era esa una obra muy grande. Y

(6) Idem. p. 234.

quizás nada emociona más que el desprendimiento con que él dejaba que, ese deseo, una vez despertado, siguiera su propio camino en los unos y en los otros, y condujera a algunos a una metafísica que no era la suya, más aún, que luchaba contra la suya, a la espera de que, alrededor de puntos más secretos, referentes no tanto a la conceptualización filosófica cuanto a las directivas espirituales de la filosofía, nuevos encuentros se preparasen" (7).

Ello le impulsó a Jacques a distinguir, desde el primer artículo que publicó en la *Revue Thomiste* (julio-agosto de 1912) (8) después de su conversión al catolicismo, entre el bergsonismo como *sistema* y el bergsonismo de *intención*. Enjuiciaba con severidad al primero, pero señalaba que el segundo era "*rico en preciosas semillas de verdad*", agregando que "si alguna vez se tratase de aislar y libertar ese bergsonismo de intención, parece natural que pasando al acto iría a libertar y ordenar sus potencias en la gran sabiduría de Santo Tomás de Aquino". Bergson, aunque apenado, comprendió la crítica de su dilecto discípulo. Y en una entrevista con Raissa, poco antes de morir, le expresó: 'Usted sabe que cuando su marido oponía a mi filosofía de hecho mi filosofía de intención como conteniendo ciertas virtualidades no desarrolladas, —tenía razón'. Y continuó —escribe Raissa—, mientras mi corazón se inundaba de reconocimiento y admiración: —'Después hemos ido el uno contra el otro, y nos hemos encontrado en medio del camino'. Y yo pensaba —concluye Raissa— *que se habían encontrado en Cristo que es el Camino, como también es la Verdad...*" (9).

El Académico de Ciencias Morales y Políticas, Monseñor Gustavo E. Ponferrada, en una importante comunicación sobre Jacques Maritain, comenta que cuando dicho filósofo y Raissa, que en el Collège de France se habían entusiasmado con Bergson, conocieron el tomismo, comenzaron a ver las fallas del bergsonismo. "Tras largas reflexiones, escribió su primer libro (10). Elogia a Bergson por partir de la experiencia, como el positivis-

(7) MARITAIN, Jacques: "De Bergson a Santo Tomás de Aquino", p. 11, Club de Lectores, Buenos Aires, 1967.

(8) Ver el comentario a este artículo de Maritain sobre "El evolucionismo bergsoniano" en el citado libro "Jacques Maritain. Su obra filosófica", p. 9.

(9) MARITAIN, Raissa, op. cit. ps. 382 y 383.

(10) "La Philosophie Bergsonienne. Etudes Critiques". Paris. 1914.

mo, pero sin quedarse en los fenómenos sino trascendiéndolos, abriendo un camino a la metafísica. Pero no a una metafísica idealista: los conceptos que pueden llevar a ella no reflejan la realidad concreta que es dinámica, porque los conceptos en el idealismo son imágenes estáticas, como placas fotográficas; lo real es fluente, como un impulso vital siempre evolutivo" (11). Agrega Monseñor Ponferrada que Maritain puntualizó que de la experiencia sensorial la inteligencia abstrae lo inteligible, las esencias, que nos revelan lo que las cosas *son*.

En síntesis podríamos decir que Bergson no le suministró a Jacques y Raissa un sistema definitivo. Pero agudizó en ellos el hambre metafísico que después de su conversión encontró un cauce adecuado en la filosofía del Doctor Angélico.

Hacia el tomismo

Jacques y Raissa persistieron en la búsqueda afanosa de la Verdad. Leyeron numerosos autores, hasta que finalmente llegó a sus manos "La Mujer Pobre", de León Bloy. Era este un hombre singular, de fe y oración, que publicaba libros con el diario de su vida, también varios ensayos y alguna novela, como el citado libro. Tenía un estilo literario vehemente y peculiar que —como él mismo decía— le había granjeado numerosos adversarios. Llevaba una vida pobrísima, con su mujer y sus dos hijas, y se definía a sí mismo con el título de uno de sus libros: "El peregrino de lo Absoluto".

La lectura de "La mujer pobre" impresionó a Jacques y Raissa. Les pareció que esta "extraña novela no se parecía a ninguna otra". Al leerla —escribe Raissa— "atrasamos la forma literaria como, según se dice, atraviesan las paredes los espíritus, para ir directamente no al autor sino al hombre, al hombre de fe iluminada por los rayos de esa cosa extraña, tan desconocida por nosotros —el catolicismo—, y como identificada con él" (12).

El 11 de junio de 1907 escribieron a León Bloy una carta y ese mismo mes lo visitaron en su modesta vivienda situada junto a la Basílica del Sacré-Coeur. Iniciaron así una amistad que marcó sus vidas y que se prolongó hasta la muerte del *Peregrino de lo Absoluto*, el 31 de octubre de 1917.

(11) PONFERRADA, Gustavo E.: "A treinta años de la desaparición de Jacques Maritain", en *Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas*, T. XXX, 2002-2003, p. 398.

(12) MARITAIN, Raissa, *op. cit.*, p. 99

El impacto fue enorme. "A pesar de la renovación religiosa producida en Francia, Jacques y Raissa habían despreciado el catolicismo considerándolo una religión de los ricos, los poderosos y los felices de este mundo que pretendían conservar, para su propio beneficio, las tinieblas medievales, y que en el mundo parisiense olvidaban los sufrimientos del pueblo trabajador" (13).

A partir del encuentro con Léon Bloy el enfoque cambió hasta el extremo de afirmar Maritain, en una conferencia que pronunció en Buenos Aires, el 9 de octubre de 1936, que su vida se dividía en dos partes: "la que precede y la que sigue al encuentro con Léon Bloy".

En esa oportunidad, definió a Bloy como "un testigo de Dios, un hombre de oración". Agregó que "en su amor a todos los hombres Bloy poseía una cierta predilección por los pecadores y los descarriados. Y en todas las almas trataba de descubrir alguna huella del paso de Cristo, porque sabía que la Gracia recorre todos los caminos en busca de las almas, y que no se debe quebrar el tallo encorvado. No ignoraba que entre aquellos que no pertenecen visiblemente a la Iglesia hay almas justas que participan, sin saberlo, de la vida misma que anima a la Iglesia, y que serán redimidas por la sangre del mismo Sacrificio que da beatitud a los santos" (14).

A través de las lecturas que les recomendó Léon Bloy y de la acción misteriosa de la Gracia, Jacques y Raissa se encontraron con la Fe católica y recibieron el bautismo en Notre Dame de Paris el 11 de junio de 1906. La conversión les trajo los consiguientes disgustos familiares y la incompreensión de muchos amigos. La madre de Jacques le pidió a Péguy que procurara neutralizar la influencia de Bloy sin advertir que aquél se encontraba también en pleno proceso de conversión que no exteriorizaba para no irritar a su esposa, una militante socialista que rechazaba el catolicismo al que finalmente también se convirtió luego de morir su esposo heroicamente en la Guerra de 1914.

Maritain, después de su bautismo, se trasladó al monasterio de Solesmes, situado en Inglaterra, para informar a Dom Baillet que su amigo Charles Péguy había retornado a la Fe de su infancia. El abad benedicti-

(13) ROMERO CARRANZA, Ambrosio: "Jacques Maritain: El apóstol laico más grande del siglo XX" la Revista Rumbo Social, N° 11, abril de 1978, p. 8.

(14) Cit. por ROMERO CARRANZA, Ambrosio, op. cit. p. 10.

no, Dom Delatte, le recomendó como Director Espiritual al sacerdote dominico Humberto Clerissac, autor del célebre libro "Misterio de la Iglesia".

El Padre Clerissac sugirió a Jacques la lectura de la Suma Teológica de Santo Tomás de Aquino. El contacto con el pensamiento del aquinatense lo deslumbró hasta el extremo de moverlo a realizar una impresionante tarea intelectual que desarrolló a lo largo del siglo XX, siempre bajo el influjo del Doctor Angélico.

En la "Confesión de Fe", que escribió en 1941, Maritain expresó:

"Yo, que había peregrinado apasionadamente por todas las doctrinas de los filósofos modernos sin haber encontrado otra cosa que decepción y enorme incertidumbre, al leer la Suma Teológica de Santo Tomás recibí una especie de iluminación de la razón. Entonces encontré en forma plena mi vocación filosófica. Desdichado de mí si no tomistizara —escribí en uno de mis primeros libros—; y después de treinta años de trabajos y combate he caminado siempre por la misma ruta filosófica".

Algunos años después, escribió en igual sentido: *"Me permito señalar que la filosofía tomista no es una filosofía de escuela y de museo, sino una filosofía de aire libre, en la que la experiencia concreta y constantemente renovada desempeña un papel principal. Es una filosofía que se alimenta de la herencia de una tradición muy larga, pero es capaz de penetrar en los problemas del tiempo y avanzar hacia las cosas nuevas con una tranquila osadía, ambicionando poder dar a todos los intentos por descubrir la Verdad, de cualquier región o de cualquier sistema de donde vengan, una voz en dicho concierto"* (15).

Monseñor Octavio N. Derisi, en el prólogo a la edición argentina (1942) de "El Doctor Angélico", traducida por Monseñor Eduardo Pironio y Monseñor Manuel Guirao, y publicada originalmente en francés (1930), señala que "no hay problema fundamental de la filosofía moderna o de nuestros días que (el autor) no haya tratado de esclarecer a la luz del tomismo, demostrando de una manera experimental la vitalidad perenne de éste".

(15) Prólogo de Jacques Maritain al libro de BARS, Hans, "La política según Maritain", editorial Nova Terra, Barcelona, 1963.

"A lo largo de su fecunda carrera filosófica — agrega Monseñor Derisi— ha abordado los asuntos más variados de la lógica, de la metafísica y de la gnoseología, de la epistemología y de la filosofía natural, de la psicología e inclusive de la mística y de la vida religiosa, y su pensamiento maduro se ha aplicado en sus últimas obras a la resolución cristiano-tomista de los arduos y complejos problemas de la persona, de la cultura y de la civilización".

En el mismo prólogo destaca Monseñor Derisi que Maritain, siguiendo el magisterio del Pontificado Romano, recuerda en "El Doctor Angélico" "la perennidad y actualidad de la doctrina tomista; cómo ella, precisamente porque está articulada sobre la realidad, brinda principios de solución a los problemas filosóficos de todos los tiempos. Singularmente destaca Maritain que frente al agnosticismo, naturalismo e individualismo, que dan fisonomía a la filosofía moderna, el tomismo ofrece un sistema sanamente realista, concorde con las evidencias racionales a la vez que en armonía y unión íntima con el dogma sobrenatural y con la caridad cristiana, irguiéndose así cual baluarte inexpugnable de la verdad contra los errores modernos, así como otrora se levantara contra los de su tiempo" (16).

Sobre la base de lo expuesto resulta incuestionable que toda la filosofía política de Jacques Maritain debe ser interpretada y evaluada en su contexto tomista. En la "Introducción General a la Filosofía", que han usado como texto varias generaciones universitarias, Maritain despliega un cuadro de todas las disciplinas filosóficas, figurando la Política —en cuanto Ética— como una de las ramas de la Filosofía Moral (17).

Como lo explica en "El Doctor Angélico", el tomismo no pretende incluir el pasado en el presente ni intenta regresar a la Edad Media. Sólo procura mantener en el presente la actualidad de lo eterno.

La Acción Francesa

Después de su conversión, Jacques estuvo dedicado al estudio de cuestiones teológicas y metafísicas. Raissa, por su parte, nos dice en sus memorias que quedó atrapada por la meditación del Tratado de la Trinidad de la Suma Teológica, avanzando, asimismo, en su camino de oración.

(16) Prólogo de Monseñor Octavio N. Derisi al libro de MARITAIN, Jacques "El Doctor Angélico", Club de Lectores, Buenos Aires, 1942.

(17) MARITAIN, Jacques: "Introducción General a la Filosofía", ps. 120/238, Club de Lectores, Buenos Aires, 1963.

Por una singular coincidencia, tanto su padrino Léon Bloy, como su Director Espiritual, el Padre Clerissac, no eran demócratas ni republicanos. Se inclinaban francamente por la monarquía y dicho sacerdote miraba con simpatía a "L'Action Française" de Charles Maurras que clamaba contra las "libertades modernas", predicando un monarquismo y un antiliberalismo integral. A pesar de que Maurras era positivista y agnóstico, obtuvo la adhesión de numerosos sacerdotes, obispos y hasta de un cardenal francés (18). Todos ellos aguardaban esperanzados la conversión de Maurras.

Maritain no quiso afiliarse nunca a la Acción Francesa ni dar clases en su Instituto. No obstante, tuvo lazos de amistad con varios de sus integrantes y colaboró en alguna publicación. Raissa comenta en sus memorias que *"nosotros no podíamos tomar en serio la restauración monárquica propuesta por Maurras y que el Padre Clérissac deseaba"* (19).

Señala Raissa que fue un error que no efectuaran, desde el principio, "un examen serio de las ideas religiosas y políticas de Maurras... Tampoco nos tomamos el trabajo de leer sus libros hasta el día en que nuestra atención fue atraída violentamente por la condenación que el Papa Pío XI formuló en 1926 contra aquella escuela y doctrina" (20).

Sobre el punto, Jaques Maritain ha escrito:

"En aquella época los partidarios de la Acción Francesa tenían siempre a mis ojos el prestigio de su patriotismo, y me imaginaba presuntuosamente que podría ayudarles a separar aquel patriotismo y las ideas sanas que llevaba en sí, del sistema positivista de Maurras y de la idolatría nacionalista cuyo peligro advertía yo. Las costumbres parlamentarias de la Tercera República parecían dar razón a los críticos de la Acción Francesa que las ennegrecían a placer con la complacencia de oficiales de la República que ya no creían en nada".

Agrega más adelante Maritain:

"Me acusaré siempre como de una imperdonable ligereza de haber dado crédito durante cierto tiempo a un movimiento cuyos sofismas políticos

(18) Conf. Monseñor PONFERRADA, Gustavo E. op. cit. p. 417.

(19) MARITAIN, Raissa, op cit. p. 145.

(20) Idem. p. 147.

tienen como base el desprecio del Evangelio. Hoy más que nunca bendigo la intervención liberadora de la Iglesia que, en 1926, denunció los errores de la Acción Francesa, y a consecuencia de la cual examiné yo por fin las doctrinas de Maurras y vi lo que valían. Entonces comenzó para mí un periodo de reflexión dedicada a la filosofía moral y política, en la cual traté de fijar los rasgos de una política cristiana auténtica y de establecer, a la luz de una filosofía de la historia y de la cultura, la verdadera significación de la inspiración democrática y la naturaleza del nuevo humanismo que esperamos" (21).

Raissa explica que la juventud de Jacques, su docilidad a las opiniones del Padre Clerissac a pesar de que excedían el ámbito de lo estrictamente espiritual, y la actitud de muchos cristianos que esperaban la conversión de Maurras, son factores que contribuyeron a que adoptaran una actitud que ambos se reprocharon como negligente.

Sin embargo, el sacudón de la Santa Sede fue decisivo para que Maritain se dedicara al examen de cuestiones de Filosofía Política. "Fiel católico —comenta Monseñor Ponferrada—, Maritain adhirió a la Santa Sede y el Papa en persona le pidió analizar los errores de quien había sido su amigo. Así surgió la obra *Pourquoi Roma a parlé* (1928) que contó con la colaboración de varios teólogos" (22).

Como lo expresa Raissa, si Jacques, "saliendo de las regiones de la especulación metafísica, emprendió sus obras de filosofía política, de las cuales la primera es *Primacía de lo Espiritual*, que apareció en 1927, fue por disipar todo equívoco y para precisar en sí mismo el problema de la filosofía práctica" (23).

No desarrollaremos aquí lo que ulteriormente ocurrió con los seguidores de "L'Action Francaise" (24). Lo significativo para esta comunicación es que la polémica en torno a "L'Action Francaise" y el documento de Pío XI°

(21) Transcrito por MARITAIN, Raissa en op. cit. p. 348/349.

(22) Op. cit. p. 418

(23) MARITAIN, Raissa, op. cit. p. 351.

(24) Ver sobre el punto: MARTINEZ PAZ, Fernando: "Maritain en la Argentina", Revista Rumbo Social, N° 11, abril de 1978. Es un artículo extraído, con autorización del autor, del libro "Maritain - Política e Ideología", Editorial Nahuel, Buenos Aires 1966.

"Nous Avons Lu" (25) que condenó sus errores, movieron a Maritain a bajar de la Metafísica al plano de la Filosofía Práctica, a escribir "Primacía de lo Espiritual" y a publicar posteriormente libros y artículos sobre temas de ética política cuya influencia se proyecta hasta nuestros días.

Primacía de lo espiritual

En este libro, además del tema de L'Action Française, Maritain plantea otros que serán objeto de ulteriores desarrollos en publicaciones posteriores.

Desde el prefacio se fija una norma que observará siempre. A él, como filósofo, no le incumbe el examen "de las contingencias de la acción práctica". Por eso insiste algunas páginas más adelante en que "*nos abstenemos de penetrar en el dominio de la política práctica*" (26). Abordará incluso temas polémicos, como la guerra civil española, o la resistencia francesa frente a la invasión germana, pero siempre lo hará desde la perspectiva de la Filosofía Moral, sin bajar al campo de la acción partidaria, para la que no tuvo nunca vocación.

En esta obra Maritain se opone a la pretensión de emancipar a la política práctica de la moral. Señala que esto es particularmente claro en la perspectiva cristiana en la que la distinción entre lo que es de Dios y lo que es del César, además de constituir una valla para los excesos del poder y una fijación de límites éticos a la acción política, marca claramente la *primacía de lo espiritual*.

Otro punto de interés en este libro es la precisión con que Maritain señala cuál es el liberalismo que rechazan los documentos pontificios de Gregorio XVI (Encíclica *Mirari Vos*), Pío IX° (Encíclica *Quanta Cura* y el *Syllabus*, proposición 80), León XII (Encíclica *Libertas*), San Pío X° (Encíclica *Pascendi*) y Pío XI (Encíclica *Ubi Arcano Dei*).

Señala, en primer lugar, que León XIII resume el error que condena con estas palabras: "*Cada uno es para sí su propia ley*". Y agrega "que no es otro

(25) Ver el texto del documento pontificio y de sus antecedentes en "Doctrina Pontificia" II, Documentos Políticos, Biblioteca de Autores Cristianos (BAC), Madrid, 1958, p. 518

(26) MARITAIN, Jacques: "Primacía de lo Espiritual", ps. 5 y 89. Club de Lectores, Buenos Aires, 1982.

que el axioma fundamental de Rousseau en el orden social, y de Kant en el orden moral: 'no obedecer sino a sí mismo' y que expresa la reivindicación esencial del inmanentismo moderno".

Maritain pone así en evidencia que a lo que se opone el magisterio pontificio es a la ruptura con lo trascendente, con la moral objetiva, en definitiva, con el orden natural.

Observa, además, que "las palabras *liberal, liberalismo*, se entienden aquí (se refiere a los documentos pontificios), no como pueden servir de etiqueta a tal o cual partido político, sino en el sentido estricto que tienen en el lenguaje de los teólogos", distinción —apunta Maritain— que ha sido claramente formulada por León XIII. Agrega, en abono de su posición, que el Cardenal Rampolla, en una carta dirigida al Arzobispo de Bogotá, el 6 de abril de 1900, le aclaró que "la Iglesia condenando al liberalismo, no ha tenido la intención de condenar todos y cada uno de los partidos políticos que se llaman liberales". En el mismo documento, dicho purpurado recuerda otra carta dirigida al Obispo de Salamanca por orden de León XIII, en la que puntualizó que "*no es permitido denunciar como herético al liberalismo entendido en un sentido diferente del que la Iglesia ha precisado cuando lo condenó*" (27).

Resulta así evidente para Maritain que el liberalismo condenado por la Iglesia es el que reconoce como presupuesto el inmanentismo subjetivista y, por ende, el relativismo moral. Siguiendo a León XIII, agrega que dicho Pontífice "definió al liberalismo como la aplicación al dominio moral y político de esa reivindicación de independencia absoluta que caracteriza en filosofía al racionalismo y al naturalismo. *Es, por tanto, el rechazo, en el orden práctico, de toda regulación proveniente de algo de fuera de nosotros mismos*" (28).

En definitiva, para Maritain, el liberalismo condenado por la Iglesia es el que conduce a la "equiparación de lo verdadero y de lo falso, de lo justo y de lo injusto, del bien y del mal" (29). De allí surge la imposibilidad moral de equiparar en tesis la verdad y el error, como si fueran la misma cosa.

(27) *Idem*, ps. 172/173.

(28) *Idem*, p. 176.

(29) *Idem*, p. 177.

Maritain destaca que ese relativismo moral la Iglesia siempre lo rechazó. Distinto es el enfoque para lo que en el siglo XX se ha denominado libertad de conciencia o libertad religiosa y que en el siglo XIX frecuentemente los teólogos y los documentos pontificios denominaban tolerancia civil. Recuerda Maritain que el propio León XIII, en la Encíclica *Libertas*, se encarga de aclarar el equívoco cuando reconoce que las palabras *libertad de conciencia* pueden "también tomarse en el sentido de ser lícito al hombre, según su conciencia, seguir en la sociedad la voluntad de Dios y cumplir sus mandatos sin el menor impedimento".

La inmunidad de coacción en materia religiosa, que el Concilio Vaticano II ratificó en el documento *Dignitatis Humanae*, es en rigor tan antigua como el Evangelio, aunque parecería que hoy resulta especialmente incontrovertible como consecuencia de lo que Maritain denomina en su *Filosofía de la Historia* leyes de "crecimiento de la conciencia como signo del progreso humano" y del "doble progreso contrario" (30). Porque presupuesto de la Fe es la libertad. Cuando los cristianos no han respetado esa genuina libertad de conciencia, en el curso de una historia dos veces milenaria, han traicionado un principio básico fijado por su Divino Fundador. Acorde con esa línea expuesta por Maritain en sus libros, el Concilio Vaticano II, en el citado documento *Dignitatis Humanae*, reconoce que "en la vida del Pueblo de Dios, peregrino a través de los avatares de la historia humana, se ha dado a veces un comportamiento menos conforme al espíritu evangélico, e incluso contrario a él". Sin embargo, "el fermento evangélico fue actuando durante largo tiempo en la mente de los hombres y contribuyó poderosamente a que éstos, en el decurso de los siglos, percibieran con más amplitud la dignidad de su persona y madurara la persuasión de que, en materia religiosa, esta dignidad debía conservarse inmune a cualquier coacción humana dentro de la sociedad".

Esta genuina *libertad religiosa* es la que Maritain defendió en todas sus obras de Filosofía Política, desde "Primacía de lo Espiritual" hasta "El Campesino del Garona", sin incurrir nunca en sincretismo ni en ningún tipo de relativismo. Porque, como lo expresa el Concilio Vaticano II con palabras que reflejan la posición de Maritain, "todos los hombres están obligados a buscar la verdad". Pero "la verdad no se impone de otra manera, sino por la fuerza de la misma verdad, que penetra suave y

(30) MARITAIN, Jacques: "Filosofía de la Historia", ps. 51 y 70, Ediciones Troquel, Buenos Aires, 1960.

fuertemente en las almas". Por lo demás, "el derecho a la libertad religiosa no se funda en la disposición subjetiva de la persona sino en su misma naturaleza. Por lo cual el derecho a esta inmunidad permanece también en aquellos que no cumplen la obligación de buscar la verdad y de adherirse a ella; y su ejercicio no puede ser impedido con tal que se guarde el justo orden público".

Humanismo integral

"Humanismo Integral", publicado en Francia en 1936, es posiblemente la obra de Filosofía Política más importante de Maritain. Constituye, en rigor, la compilación de seis conferencias pronunciadas en 1934 en la Universidad de Santander. En sus páginas propone un nuevo humanismo orientado al bien y no al imperialismo de la clase, la raza o la nación como de modo antagónico lo proponían las visiones fascistas, nacionalsocialistas y comunistas.

Efectúa una radiografía de la Edad Media en la que "todas las cosas eran miradas desde el punto de vista de Dios" y en la que todo lo humano estaba bajo el signo de lo sagrado. Examina seguidamente el tránsito que se opera en los comienzos de la Edad Moderna en la que el enfoque del Medioevo es sustituido por un humanismo antropocéntrico. Ese proceso, a juicio de Maritain, culmina en el siglo veinte, en el que se opera una "inversión materialista de valores", a través de la cual "el hombre, poniendo decididamente su fin último en sí mismo y no pudiendo soportar más la máquina de este mundo, emprende una guerra desesperada para hacer surgir, de un ateísmo radical, una humanidad completamente nueva" (31).

En este libro encontramos también reflexiones muy profundas sobre la naturaleza del comunismo. Señala que esta concepción totalitaria reposa sobre un presupuesto no razonado y aceptado por sus seguidores como un dogma secular: el ateísmo. Marca, asimismo, las autocontradicciones del comunismo, especialmente las que derivan de sostener por un lado un enfoque dialéctico que, como tal, no podría tener fin, y por el otro, la afirmación también dogmática del comunismo como meta de la Historia a la manera de un "reino de dios" temporal e inmanente.

(31) MARITAIN, Jacques: "Humanismo Integral", p. 33, Ediciones Carlos Lohle, Buenos Aires, 1966.

Con palabras que prenuncian problemas que se suscitarán décadas después con ciertas teologías de la liberación, Maritain rechaza con énfasis la temporalización de la Fe, tema que volverá a desarrollar a la luz de los acontecimientos postconciliares en su última gran obra de Filosofía Moral: *"El Campesino del Garona"* (32).

La tesis básica del *"Humanismo Integral"* se centra en la propuesta de una nueva concepción de lo temporal "profano cristiana" y no "sacro cristiana" —como en la Edad Media—. Diseña así un renovado "humanismo teocéntrico", (33) inspirado en "la idea de la santa libertad de la criatura, unida a Dios por la gracia".

Tal propuesta supone la aceptación de un "pluralismo" que reconozca la dignidad y libertad de toda persona y consagre la imposibilidad de imponer por la fuerza ninguna fe religiosa. Muestra seguidamente cómo los enfoques totalitarios nazi, fascista y comunista se oponen de modo radical a la aceptación del pluralismo (34).

Al retomar el tema de la libertad religiosa, que había desarrollado en *"Primacía de lo Espiritual"*, y que se encuentra estrechamente vinculado a su propuesta pluralista, Maritain hace suyas las palabras del Cardenal Manning dirigidas al célebre Gladstone:

"Si mañana los católicos fueran poder en Inglaterra, no se propondría penalidad alguna ni se proyectaría la sombra de la menor coacción sobre la creencia de un hombre. Queremos que todos presten su plena adhesión a la verdad, pero una fe constreñida es una hipocresía, aborrecida de Dios y de los hombres" (35).

Al bajar al plano de las propuestas concretas, Maritain describe las características de una genuina democracia personalista, rechazando el ideario de Juan Jacobo Rousseau al que califica de "netamente antidemocrático". Maritain, que dedicará al autor de *"El Contrato Social"* la tercera parte

(32) MARITAIN, Jacques: *"El Campesino del Garona"*, ps. 31/32, Editoría Española Desclée de Brower, Bilbao, 1967.

(33) Idem, p. 125.

(34) Idem, p. 130.

(35) Idem., p. 138.

de un libro extraordinario, (36) y que escribirá durante la segunda guerra una obra muy difundida titulada "Cristianismo y Democracia" (37), considera que Rousseau lejos de ser un precursor de lo que hoy se denomina "democracia constitucional" contribuyó a poner los cimientos de las pseudodemocracias totalitarias.

El problema de los medios

Como ya lo hemos expresado, Maritain no fue un hombre de partido ni tuvo ninguna vocación por el activismo político. Mostró, en cambio, a partir de "*Primacía de lo Espiritual*", una marcada inclinación por el examen de los temas de la Filosofía Moral. Uno de ellos, que seguramente le preocupó de manera prioritaria, fue el "problema de los medios" en el área de la política práctica. Lo abordó muchas veces y pareciera que siempre le quedaba como inacabado, porque volvía a incluirlo en posteriores publicaciones.

El problema de los medios es de una complejidad máxima, porque le plantea al estadista graves dificultades al momento de tomar decisiones, sobre todo en situaciones bélicas. Las normas morales son objetivas y trascendentes, pero su aplicación en el caso concreto puede tornarse en ciertos casos limítrofes verdaderamente difícil. Entran a jugar reglas como las del doble efecto que dependen de la apreciación de situaciones fácticas extremadamente complejas (38).

(36) MARITAIN, Jacques: "Tres Reformadores", Madrid, 1948. La primera edición francesa es de 1929. Fue traducida y prologada por el joven sacerdote G. Montini, quien años después fue Secretario de Estado durante el Pontificado de Pío XII y Arzobispo de Milán. Subió a la Silla de Pedro con el nombre de Paulo VI.

(37) MARITAIN, Jacques: "Cristianismo y Democracia", Buenos Aires, 1944.

(38) Hemos reseñado las proyecciones de la regla del doble efecto, sobre todo en hipótesis bélicas internas o externas, en nuestro trabajo titulado "El valor de la vida inocente", ED, T. 191, ps. 424 y siguientes. Ver, sobre el punto: Pío XII: Discurso a la Unión Médico Biológica San Lucas del 12/11/1944 y Discurso al "Congreso del Frente de la Familia", en el volumen "Pío XII y las Ciencias Médicas" compilado por C. López Medrano, Hugo Obiglio, L.D. Pierini y Carlos A. Ray; Congregación para la Doctrina de la Fe: "Instrucción sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación", Introducción N° 5; Encíclica *Evangelium Vitae* nos. 56 y 57; Domingo M. Basso O. P.: "Nacer y morir con dignidad", Buenos Aires, 1989, p. 187; Jorge Salsman S.J. "Deontología Jurídica o moral profesional del abogado", Bilbao, 1953, N° 24, p. 34; Catecismo de la Iglesia Católica; Nos 2263, 2266 y 2309.; Tomás de Aquino: *Suma Teológica* 2-2, 64, 7.

Huelga puntualizar que Maritain tuvo siempre un enfoque moral de la política hasta el extremo de considerar al *maquiavelismo* como "la herejía más generalizada y más aceptada de los tiempos modernos" (39), pero ello no le impidió estudiar los aspectos más difíciles y controvertibles de la filosofía práctica.

Maritain comenzó a tratar el problema de los medios en dos obras anteriores a la publicación del *"Humanismo Integral"*; *"Religion et Culture"* y *"Du Règime temporel et de la Liberté"*.

En *"Humanismo Integral"*, ante algunas interpretaciones equívocas de su pensamiento, aclara que "en lo que se refiere a la *moralidad del medio*, es evidente que la fuerza y, en general, los que hemos llamado medios carnales de guerra, no son intrínsecamente malos, puesto que pueden ser justos. Los teólogos y los moralistas nos explican las condiciones requeridas para que sean justos y con ello hacen obra de misericordia, porque nos permiten vivir en este mundo. Ellos no se anticipan, ni es su misión, a abrir nuevas puertas a la violencia; pero una vez abiertas esas puertas justifican lo que es justificable y nos suministran una luz que nos guía en los desfiladeros tenebrosos de la historia. Fuerza —agrega Maritain con una firmeza que estremece— es también la violencia, y también el terror, y el empleo de todos los medios de destrucción. Todo ello puede asimismo ser justo en determinadas condiciones. Y ocurre que, de una parte, por los progresos de la ciencia y de la técnica, y de otra, por la importancia creciente del poder de las masas en los conflictos políticos, los medios carnales de guerra inventados por los hombres son cada vez, no diré que más crueles, porque los antiguos ya eran maestros en crueldad, pero sí más grandiosos y como astronómicos. El ejemplo más claro es el de los medios modernos de guerra; de la guerra en sentido estricto, de la guerra militar; porque también hay otras. La angustia mayor para el cristiano —concluye Maritain— consiste precisamente en saber que puede haber justicia en el empleo de medios terribles" (40).

Estas impresionantes palabras de Maritain, publicadas en 1936, cuando el mundo se preparaba para soportar terribles catástrofes bélicas, ponen en evidencia hasta qué extremo fue realista y previsor —sin renunciar a su enfoque moral— su visión del "problema de los medios", así como la

(39) *Idem*, p. 119.

(40) *Idem*, ps. 184/185.

dimensión angustiante de las cuestiones de conciencia que seguramente debieron afrontar los estadistas que en el curso del siglo se negaron a doblegarse ante el violento embate totalitario, sin renunciar a sus convicciones éticas.

Las palabras de Maritain no deben ser interpretadas como una justificación del mal para obtener un bien. Como lo expresa categóricamente en el libro que citaremos seguidamente, "frente a toda tentación de maquiavelismo, es decir, de alcanzar éxito y poder por medio del mal, la conciencia moral responde y no puede dejar de responder, tal como cuando es tentada por cualquier culpa que aparece ventajosa: *nunca es lícito hacer el mal para obtener un bien de cualquier especie que sea*" (41). Por ello, el párrafo que hemos transcrito de "Humanismo Integral" debe ser interpretado como afirmación de la legitimidad del uso de la fuerza frente a agresiones ilegítimas externas e internas, observando siempre los límites de la Filosofía Moral, entre ellos, fundamentalmente, la regla del doble efecto (42). Por lo demás, sobre la cuestión de la *guerra justa* y sus límites éticos, Maritain se expide con toda claridad en "Humanismo Integral" (43).

El "problema de los medios" fue nuevamente estudiado por Maritain en un luminoso ensayo titulado "*El final del maquiavelismo*", incluido en un volumen que contiene varios trabajos de Filosofía Política, publicado bajo el título "*Principios de una política humanista*" (44). En sus páginas atribuye a Nicolás Maquiavelo la "responsabilidad histórica" de "haber aceptado, reconocido y apoyado como regla el hecho de la inmoralidad política, y de haber asegurado que una buena política, una política de acuerdo con su verdadera naturaleza y sus fines genuinos, es por esencia una política no moral o amoral" (45).

"El resultado práctico de las enseñanzas de Maquiavelo —señala Maritain—, ha sido, para la conciencia moderna, una profunda escisión, una división incurable entre la política y la moral, y consiguientemente una

(41) MARITAIN, Jacques: "Principios de una política humanista", p. 124, Editorial Excelsa, Buenos Aires, 1946.

(42) Ver lo expuesto en la nota N° 38.

(43) Op. cit., p. 185, nota 17.

(44) Ver nota 41.

(45) Idem, p. 112.

antinomía —ilusoria, pero mortal— entre lo que llaman *idealismo* (erróneamente confundido con la ética) y lo que llaman *realismo* (erróneamente confundido con la política)" (46).

Sobre tal equívoco surgió en la Historia el *maquiavelismo*. A juicio de Maritain, poco importa para juzgarlo los impulsos moderadores del propio florentino. Tenía razón Lord Acton cuando afirmaba que "el auténtico intérprete de Maquiavelo es el conjunto de la historia posterior". Agrega nuestro filósofo tomista que quienes se consideraron sus genuinos seguidores comenzaron por un uso "artístico", "racional" y "bien medido" del mal. Pensemos en los tiempos de Enrique VIII, de Isabel de Inglaterra, Federico, Catalina de Rusia, Napoleón y Talleyrand. Era —según expresión de Maritain— una especie de maquiavelismo más o menos atenuado, moderado y conservador, que usaba la injusticia dentro de límites "razonables".

Pero como quien quiere la causa quiere el efecto, el amoralismo político descrito por Maritain condujo a lo que él denomina *maquiavelismo absoluto*. Lo preparó, en cierto modo, la mentalidad positivista y mecanicista, proclive a considerar a la política como una disciplina fenomenológica emancipada de toda filosofía moral. Contribuyeron a consolidar el maquiavelismo absoluto la concepción dialéctica de Hegel, pilar en el que se sustentan los totalitarismos del siglo veinte: el fascismo, el nacional socialismo y el comunismo.

Benito Mussolini, en 1924, proclamaba que "la doctrina de Maquiavelo está más viva hoy que hace cuatro siglos". Y Hitler —según Herman Rauschning, a quien cita Maritain—, consideraba que "*El Príncipe*" es "un libro indispensable a todo hombre político", agregando que su lectura "lo había liberado de multitud de ideas falsas y de prejuicios". Por su parte, Lenin y Stalin fueron dos "príncipes nuevos" del siglo veinte que no vacilaron en aplicar hasta sus últimas consecuencias el amoralismo de Maquiavelo. Los resultados están a la vista: una guerra mundial con cincuenta millones de muertos, el paganismo racista, los campos de exterminio, y los innumerables asesinatos cometidos para consolidar el marxismo leninismo en el bloque soviético, en China y en el resto del mundo, son algunos ejemplos que muestran las metas últimas del maquiavelismo radiografiado por Maritain.

Sin embargo, nuestro filósofo considera en el ensayo que estamos comentando que la victoria del maquiavelismo es siempre sólo aparente,

porque destruir no es triunfar. El derrumbe del fascismo y el nazismo en la segunda guerra, y los sucesos ocurridos en 1989 al fragmentarse el bloque soviético, así lo confirman. Agrega Maritain que "el orden mismo de la naturaleza y de las leyes naturales en materia de moral, que es la natural justicia de Dios, hacen que la justicia y la honradez políticas tiendan a la larga y en cuanto a su propia ley de causación, a producir un adelanto de verdadero bien común y de los valores reales de la civilización".

Lo expuesto no significa que, para Maritain, una política no maquiavélica deba ser torpe o ineficiente. Por el contrario, considera que la solercia o sagacidad es un contenido esencial de la prudencia del gobernante, subrayando que "*la estupidez nunca es moral, sino que es un vicio*". Ello no excluye —sobre todo en escenarios bélicos como los que menciona en "*Humanismo Integral*"— que la aplicación práctica de los principios morales resulte por momentos compleja. A veces es "difícil señalar exactamente los límites entre la astucia y la mentira... Pero es claro que un cierto grado de disimulo, si tiene como fin engañar a personas mal intencionadas, no debe ser considerado como engaño de zorra, sino como un arma legítima de la inteligencia". Añade Maritain que el "realismo político", que erróneamente algunos atribuyen con exclusividad a Maquiavelo, debe ser depurado de sus presupuestos amorales para tornarlo compatible con la más genuina ética política. Esta "es capaz de absorber y digerir todos los elementos de verdad contenidos en Maquiavelo, es decir, dentro de los límites en que el poder y el éxito inmediato son parte de la política, pero una parte subordinada, no la principal". Por lo demás, "un cierto hipermoralismo que hace que la ética política sea algo impracticable y meramente ideal, es tan contrario a la verdadera ética como lo es el maquiavelismo, tal como los objetores de conciencia hacen el juego a los conquistadores. La pureza de medios consiste en no usar medios moralmente malos en sí mismos, no consiste en rehusar farisaicamente todo contacto exterior con el lodo de la vida humana, ni tampoco en esperar un mundo moralmente aséptico antes de consentir en trabajar en él".

Como ya lo hemos señalado, el "problema de los medios" se encuentra presente prácticamente en todas las obras de Maritain que abordan distintos aspectos de la Filosofía Moral. Lo examina con algún detenimiento en "El hombre y el estado" (47), puntualizando que "*el problema de los fines*

(47) MARTAIN, Jacques: "El hombre y el estado", Editorial Guillermo Kraft., Buenos Aires, 1952. La versión original ("Man and the State") fue publicada en Chicago por la Walgreen Foundation.

y los medios es el problema básico de la filosofía política". Subraya, también, que "el aplicar medios intrínsecamente malos para alcanzar un fin bueno es simple necesidad y desatino" (48).

Maritain reitera en esta obra que "el hipermoralismo político es tan nocivo como el amoralismo y, en último análisis, constituye una respuesta al propósito mismo del cinismo político". Puntualiza, además, que "la política es una rama de la ética, pero una rama especialmente distinta de las otras surgidas del mismo tronco. Porque la vida humana tiene dos últimos fines, uno subordinado al otro: un fin último, *en un orden dado*, que no es sino el bien común en la tierra o la *bonum vitae civilis*; y un fin último absoluto, que es el bien común trascendente y eterno. La ética individual toma en cuenta el fin último subordinado, pero aspira directamente al segundo fin absoluto, el bien de la naturaleza racional en sus realizaciones temporales. De aquí —concluye Maritain— la específica diferencia de perspectiva entre aquellas dos ramas de la Ética" (49).

Esa especificidad le sirve de punto de partida a algunas consideraciones bastante estremecedoras que muestran, no obstante, su preocupación por no esquivar el bulto a los aspectos más repugnantes y controvertibles de la realidad política. "Así ocurre —dice Maritain— con numerosas normas de conducta del cuerpo político, que los pesimistas del maquiavelismo deforman en beneficio de la amoralidad política, tales como el uso, por parte del Estado, de la fuerza coercitiva (incluso la guerra en caso de absoluta necesidad contra un agresor injusto; el empleo de los servicios de espionaje y métodos que jamás debieran corromper a las gentes, pero que es inevitable que las corrompan; la utilización de los métodos policiales que nunca deberían violar los derechos humanos de la gente, pero que forzosamente degeneran en rudeza; mucho del egoísmo y egotismo criticable en los individuos, el recelo y la desconfianza permanentes; una prevención no necesariamente perjudicial aunque tampoco cándida con respecto a los otros estados; o la tolerancia por la ley de ciertos hechos malos (Tomás de Aquino, *Summa Theológica*, I-II, pp. 96-2), el reconocimiento del principio del mal menor y del *fait accompli* ("hecho consumado", calificado de "estatuto de limitaciones") que permite la retención de bienes o ventajas mal ganadas antaño, debido a que nuevos lazos humanos y rela-

(48) *Idem*, p. 71.

(49) *Idem*, p. 77 y 78.

ciones vitales les han infundido derechos recién nacidos... Todas estas cosas —concluye Maritain— tienen un fundamento ético" (50).

Finaliza estas consideraciones con un fuerte rechazo a toda forma de hipocresía política: "El temor a mancharnos —advierte enfáticamente— por penetrar en el contexto de la historia no es virtud, sino una manera de escapar de la virtud. Algunos parecen creer que meter nuestras manos en este universo real y concreto de las cosas y relaciones humanas donde existe y circula el pecado es en sí un pacto con el pecado, como si éste se contrajera desde afuera y no desde adentro. Esto no es más que un purismo farisaico: *no es la doctrina de la purificación de los medios*" (51).

El derecho natural

Los límites de esta comunicación me impiden desarrollar otros valiosos aportes de Maritain a la Filosofía Política. Mencionaré muy superficialmente algunos por su especial relevancia quedando el conjunto a la espera de una obra más amplia que confío publicar dentro de algún tiempo.

Digamos, en primer lugar, en consideración a la naturaleza de esta Academia Nacional de Derecho, que toda la obra de Jacques Maritain configura, a lo largo del siglo veinte, un aporte de excepcional valor para la corriente jusnaturalista.

En especial, el libro "Los Derechos del Hombre y la Ley Natural" (52), escrito durante la segunda guerra mundial, constituye, en primer término, una exaltación de la dignidad y vocación trascendente de la persona humana, a la que estudia como misterio y como microcosmos: "*en términos filosóficos* —dice Maritain— *en la carne y los huesos del hombre hay un alma que es un espíritu y vale más que todo el universo material*".

El segundo objetivo del libro es la reivindicación del jusnaturalismo en términos que Maritain precisa y amplía en otro de sus libros fundamentales: "El hombre y el Estado".

(50) *Idem*, p. 78.

(51) *Idem*, ps. 78 y 79.

(52) MARITAIN, Jacques: "Los Derechos del Hombre y la Ley Natural", Editorial Biblioteca Nueva, Traducción de Alfredo Weiss y Héctor F. Miri, Buenos Aires, 1943.

En esta última obra señala que: *"La idea genuina del derecho natural es un legado del pensamiento griego y cristiano. Se remonta no solamente a Grocio, que por cierto comenzó deformándola, sino antes que él a Suárez y Francisco de Vitoria; y antes aún a Santo Tomás de Aquino (que fue el único que abarcó todo el problema en una doctrina amplia y consistente, aunque, por desgracia, la expresó en un vocabulario insuficiente y oscuro de modo que sus características más profundas pasaron inadvertidas), y remontándonos más aún, llegamos a San Agustín, los Padres de la Iglesia y San Pablo (recordemos sus palabras: 'Porque los gentiles, que no tienen ley, naturalmente haciendo lo que es de la ley, ellos son ley a sí mismos (Rom. 2: 14)'. E incluso podemos retroceder más aún, hasta Cicerón, los estoicos, los grandes moralistas y los grandes poetas de la antigüedad, como Sófocles especialmente. Antígona, que sabiendo que violaba una ley humana, y siendo aplastada por la misma, se limitaba a obedecer una orden superior y mejor, las leyes no escritas e inmutables, es la eterna heroína del derecho natural: pues, como ella misma expresó, tales leyes no escritas 'no son de hoy ni de ayer' sino que 'viven en todos los tiempos y nadie sabe cuándo aparecieron' (53).*

Agrega Maritain en esta obra ("El hombre y el estado") que hay *"un orden o una disposición que la razón puede descubrir y de acuerdo con la cual debe proceder la voluntad humana, a objeto de afinarse o ajustarse a los fines esenciales y necesarios del ser humano. Las leyes no escritas o derecho natural no son otra cosa que lo que acabamos de enunciar"* (54).

Maritain, al afirmar el fundamento trascendente de la ley natural, puntualiza en su libro *"Los Derechos del hombre y la ley natural"* que *"los grandes filósofos de la antigüedad sabían, los pensadores cristianos saben mejor aún, que la naturaleza deriva de Dios, y que la ley no escrita deriva de la ley eterna, que es la Sabiduría creadora"*.

"La ley natural—agrega Maritain— no es una ley escrita. Los hombres la conocen con mayor o menor dificultad, y en grados diversos, y con riesgo de error en ella como en otra cosa. El único conocimiento práctico que todos los hombres tienen natural e infaliblemente en común, es que es preciso hacer el bien y evitar el mal. Este es el preámbulo y el principio de la ley natural, pero

(53) MARITAIN, Jacques: "El hombre y el estado", p. 105, Editorial Guillermo Kraft, Buenos Aires, 1952.

(54) Idem, p. 104. En definitiva, para Jacques Maritain la ley natural es "aquella ley no escrita que cada hombre, a la luz de la razón, encuentra en el propio corazón" (Juan Pablo II: Encíclica *Evangelium Vitae*, N° 57).

no es la ley misma. La ley natural es el conjunto de cosas que deben hacerse y no hacerse, que surgen de una manera necesaria del solo hecho de que el hombre es hombre, en ausencia de toda otra consideración".

"El hecho de que todos los errores y todas las aberraciones sean posibles en la determinación de esas cosas sólo prueba que nuestra visión es débil y que accidentes sin cuento pueden corromper nuestro juicio (...) Todo esto nada prueba contra la ley natural, del mismo modo que una falta en una suma nada prueba contra la aritmética, o que los errores de los primitivos, para quienes las estrellas eran agujeros en la carpa que recubría el mundo, nada prueban contra la astronomía" (55).

Señala, asimismo, Maritain, que el conocimiento que de la ley natural tiene el hombre ha crecido "poco a poco con los progresos de la conciencia moral". Este punto, como ya lo hemos explicado en esta comunicación, se encuentra sabiamente desarrollado por Maritain en su citado libro "Filosofía de la Historia", traducido al castellano por nuestro inolvidable amigo Jorge L. García Venturini.

En una época en que se proclaman derechos humanos y al mismo tiempo se exalta el materialismo, el inmanentismo, el relativismo y el subjetivismo, quedando así aquéllos sin sustento, Maritain recuerda que *"el fundamento filosófico de los derechos del hombre es el derecho natural. ¡Lástima que no podamos encontrar otra palabra! Durante la era racionalista los juristas y filósofos utilizaron tan mal la noción del derecho natural, tanto con propósitos conservadores como revolucionarios, presentándolo de una manera tan simplificada y arbitraria, que resulta difícil utilizarla ahora sin despertar recelos y desconfianzas entre muchos de nuestros contemporáneos. Sin embargo, deberían advertir que la historia de los derechos del hombre está ligada al derecho natural, y que el descrédito acarreado por el positivismo sobre la idea del derecho natural, comporta, inevitablemente, un descrédito semejante para la noción de los derechos del hombre" (56).*

Podríamos agregar que la historia del siglo veinte confirma el diagnóstico de Maritain. Sólo la ley natural de raíz griega y cristiana, sin las deformaciones del iluminismo y el racionalismo, puede limitar las extralimitaciones del poder político. Su desconocimiento ha generado invariablemente graves y funestas consecuencias.

(55) Idem, ps. 90 y siguientes.

(56) MARITAIN, Jacques: "El hombre y el estado", op. cit., p. 98

Racismo y antisemitismo

Otros temas que preocuparon especialmente a Jacques Maritain, y que le afectaron hasta el extremo de no poder regresar a Francia al estallar la segunda Guerra Mundial para preservar la vida de su esposa Raissa, fueron el racismo y el antisemitismo. Los trató en diversas publicaciones, (57) y los abordó en Buenos Aires, el 9 de octubre de 1936, en la conferencia sobre León Bloy que ya hemos mencionado anteriormente. En esta oportunidad expresó:

"Suponed que la gente a vuestro lado estuviese hablando continuamente de nuestro padre y vuestra madre con el mayor desprecio y que sólo tuvieran para ellos injurias y sarcasmos ultrajantes, ¿con qué ánimo escucharíais? Pues bien, eso mismo le ocurre a Nuestro Señor Jesucristo. La gente olvida, o más bien se propone ignorar que Dios hecho hombre es judío, el judío por excelencia, el León de Judá; que su madre es una judía, la flor de la Raza Judía, que todos sus progenitores fueron judíos; que los apóstoles fueron judíos y también los profetas; y finalmente, que nuestra liturgia ha tomado la mayor parte de sus textos de la liturgia judía. Ante esos hechos, debo expresar la enormidad del ultraje y de la blasfemia que consiste en vilipendiar a la raza judía" (58).

"Significado del racismo" (59) es un opúsculo estremecedor que contiene el discurso pronunciado por Maritain en la "Ecole Libre des Hautes Etudes" de Nueva York, el 25 de enero de 1943. En su texto transcribe párrafos de los libros "El mito del siglo XX", escrito por el Ministro de "Cultura" del régimen nacionalsocialista, Alfredo Rosemberg, y "Mi Lucha", de Adolfo Hitler, en los que queda al desnudo lo que Maritain denomina "una ideología homicida". Seguidamente reseña los ocho errores racistas condenados por Pío XI el 13 de abril de 1938, y proclama con la Encíclica *Mit Brennender Sorge*, promulgada por el mismo Pontífice el 14 de marzo de 1937, la inviolabilidad de la ley natural. En este documento, que condenó al racismo nacionalsocialista, el Papa advirtió, refiriéndose a la legislación "eugenésica" del régimen que "las leyes humanas que están en abier-

(57) En la citada obra de Fernando Martínez Paz se mencionan varias publicaciones de Maritain sobre el racismo y el antisemitismo.

(58) MARITAIN, Jacques: "Leon Bloy", Buenos Aires, p. 60.

(59) MARITAIN, Jacques: "Significado del racismo", Ediciones D.A.I.A., Buenos Aires, 1964.

la contradicción con el derecho natural se hallan afectadas de vicio original, que no se remedia ni con la violencia ni con el despliegue de fuerzas externas".

Al comentar la cita que el Pontífice hace de Cicerón, Maritain afirma que *"la sabiduría del antiguo paganismo y la cristiana se unen para condenar el primer principio del maquiavelismo político, del cual el racismo nacionalsocialista (comúnmente llamado neopaganismo, pero que en realidad es un paganismo pervertido y envilecido) representa la forma más absoluta y desenfrenada"* (60).

Maritain denuncia en este discurso de 1943, cuando la guerra no había finalizado, que *"una multitud inmensa de hombres inocentes, mujeres y niños, han sido muertos por los nacionalsocialistas por el único crimen de pertenecer a la raza hebrea"* (61).

Recuerda, asimismo, que en una transmisión radial propalada en septiembre de 1942, había también denunciado que *"Francia ha violado las tradicionales leyes de asilo político, aceptando para sí misma y sus leyes el baldón infame del racismo nazi, entregando a los judíos extranjeros, a quienes había dado asilo desde 1935 como tierra hospitalaria y sincera, y entregando aún a quienes lucharon en sus ejércitos, por ella, durante la guerra actual"* (62).

Maritain afirma enfáticamente en este opúsculo que *"tanto el racismo como el antisemitismo son verdaderas psicosis irracionales de las masas; derivan su fuerza de esa misma irracionalidad, como ocurre con cualquier otro delirio"* (63).

La condena de Maritain se extiende también al racismo practicado en los Estados Unidos respecto de los afroamericanos y al racismo pagano de los japoneses.

Transcribe un discurso de Hitler, pronunciado el 30 de enero de 1939, en el que anunció una segunda guerra mundial que traería como consecuencia "el aniquilamiento de la raza judía en Europa", y sostuvo que el racismo

(60) Idem, p. 12.

(61) Idem, p. 14.

(62) Idem, p. 20.

(63) Idem, ps. 22/23.

alemán constituye "un desafío a la conciencia cristiana" que debe comprometerse en "la lucha por la defensa del pueblo del cual proceden Nuestro Señor Jesucristo, los Evangelistas, los Apóstoles y los primeros mártires".

Los cristianos —añade Maritain— que han escuchado las palabras de Pío XI: "*el antisemitismo es inaceptable; espiritualmente nosotros somos semitas*", deben comprender que el antisemitismo configura una nueva cristofobia, por lo que corresponde que se opongan, con todas sus energías, a lo que denomina "*la iniquidad más sangrienta de la historia*" (64).

Palabras finales

Algunos grupos maurrasianos o integristas, en distintos lugares del mundo, se opusieron con énfasis a las ideas políticas de Jacques Maritain y se empeñaron en que la Iglesia condenara el "Humanismo Integral". Tales esfuerzos fueron vanos porque, como lo expresa Raissa en sus memorias, "en todos sus libros y en todas sus clases Maritain escribió y habló como un hombre de la Iglesia". No obstante, Monseñor Ponferrada acertadamente observa que "es entre los católicos donde el filósofo ha hallado sus más fervientes seguidores y sus más acérrimos enemigos". Después de publicar "El Campesino del Garona" (1969), no sólo los integristas sino también los progresistas se consideraron sus oponentes.

Lo notable es que en 1944, mientras en la Argentina y Chile algunos se empeñaban en marcar la heterodoxia de Maritain, el Papa Pío XII lo recibía como Embajador de Francia ante la Santa Sede con un discurso en el que le expresó:

"Apreciamos y saludamos en Vuestra Excelencia a un hombre que, haciendo abiertamente profesión de su fe católica y de su culto por la filosofía del Doctor Común, pone a disposición sus ricas cualidades al servicio de los grandes principios doctrinales y morales que, sobre todo en estos tiempos de universal desorden, la Iglesia no cesa de inculcar en el mundo".

Señala Ambrosio Romero Carranza que "en el lapso que Maritain estuvo en Roma como Embajador de Francia (1944-1948) oía misa todas las mañanas en la capilla privada del Papa, recibiendo de éste la comunión de sus propias manos". Agrega Romero Carranza que "el pensamiento de aquel

(64) Idem, ps. 28/30.

grande e inteligente pontífice, que fue Pío XII, se identificaba en líneas generales con el del autor de *Humanismo Integral*, a quien aplaudía, especialmente, por la difusión y renovación del tomismo que llevaba a cabo con tanto empeño desde hacía ya más de treinta años" (65).

Lo que los objetores no advirtieron es que se puede coincidir o discrepar con muchos de los juicios políticos o filosóficos de Jacques Maritain. Pero no tiene sentido haber insistido en su heterodoxia religiosa. Como lo apunta Monseñor Ponferrada, se puede estar o no de acuerdo con él, "*pero nunca dudar de su ortodoxia*" (66).

El 4 de noviembre de 1960 murió Raissa Maritain. Con ella Jacques había escrito *De la vida de oración* (1922), *Situación de la poesía* (1938) y *Liturgia y contemplación* (1938). Después del fallecimiento de su esposa, publicó dos libros con textos de ella: *La contemplación sobre los caminos* (1962) y *Diario de Raissa* (1963).

Algún tiempo después ingresó en la Comunidad de los Pequeños Hermanos de Jesús fundada siguiendo la inspiración de Charles de Foulcauld, valiente militar y después eximio sacerdote católico, muerto mártir en África.

En esa congregación vivió Maritain sus últimos años sin efectuar votos religiosos y publicó dos obras con las que cerró su imponente producción bibliográfica: *El Campesino del Garona* (1969) y *De la Iglesia de Cristo* (1970).

En 1963 le fue otorgado el Gran Premio Literario de Francia y en 1965 el Papa Paulo VI, que había traducido en su juventud *Tres Reformadores*, lo llamó a Roma, ratificando con este gesto su incuestionable ortodoxia, para que en representación de todos los intelectuales del mundo recibiera públicamente, en la Plaza de San Pedro, las actas del Concilio Vaticano II.

Maritain falleció el 28 de abril de 1973. Cuando murió, el Papa Paulo VI, en su alocución dominical del día siguiente, expresó:

"Murió ayer en Tolosa un gran pensador de nuestros días, maestro no sólo en el arte de pensar, sino también de vivir y de orar: Jacques Maritain".

(65) ROMERO CARRANZA Ambrosio: "Jacques Maritain. El apóstol laico más grande del siglo XX", en Rumbo social, N° 11, abril de 1978.

(66) Op. cit., p. 418.

Por su parte, el diario del Vaticano *L'Osservatore Romano*, en su edición en lengua española del 6 de mayo de 1973, expresó:

"En obediencia inmediata y total al juicio de la Iglesia, Maritain había sabido distanciarse a tiempo de L'Action Francaise, convirtiéndose en defensor cristiano de la libertad."

La recuperación de los principios fundamentales del tomismo, liberado de las superestructuras del enciclopedismo medieval y filtrado a través de la experiencia del pensamiento europeo posterior a la Reforma, desde Descartes a Bergson, de quien rechazó los axiomas subjetivistas pero asimilando su sutileza dialéctica, le permitió llegar a una concepción católica de la existencia, abierta, dentro de la más fina ortodoxia, a la problemática del espíritu contemporáneo...

En el plano político, manteniendo siempre el primado de lo espiritual sobre lo temporal, Maritain asumió posiciones abiertamente democráticas en polémica con el integrismo de L'Action Francaise...

En la que fue, tal vez, su obra fundamental: "Humanismo Integral", escrita en la época del predominio del nazismo y del fascismo, Maritain afirmó la posibilidad de una coexistencia, e incluso de una compenetración entre los principios de la democracia y los de la sociedad cristiana. Esta obra de Maritain, traducida a varios idiomas, ha tenido una influencia decisiva en el catolicismo contemporáneo: Paulo VI la cita en su encíclica "Populorum Progressio".

Precursor de la renovación conciliar, adalid de la actitud de apertura de la Iglesia al mundo moderno, y entusiasta de la obra del Vaticano II, Maritain no ha dudado, sin embargo, en rechazar, a su debido tiempo y con singular firmeza, las desviaciones del falso reformismo postconciliar y de un cristianismo desacralizado" (67).

En el centenario del nacimiento de Jacques Maritain, Monseñor Octavio N. Derisi, Rector Fundador de la Pontificia Universidad Católica Argentina, pronunció en la Catedral Metropolitana una homilía con la que queremos cerrar esta comunicación porque sintetiza la proyección que tuvo en nuestro tiempo el pensamiento del ilustre filósofo tomista:

"Frente al inmanentismo subjetivista y destructor del pensamiento y del mismo hombre, con la ayuda de Santo Tomás logra centrar para siempre su

Inteligencia en la luz trascendente del ser o verdad y, en definitiva, del Ser o Verdad divina. Porque eso es precisamente Maritain: el filósofo que ha logrado articular y alimentar su inteligencia con la verdad del ser trascendente.

Guiado por el realismo intelectualista del Doctor Angélico, con un estilo conceptual y verbal muy suyo, y con una profundidad extraordinaria, Maritain logró iluminar y dar solución a los principales problemas de la filosofía, de la metafísica, de la moral, de la antropología, del arte y de la cultura.

Pero a Maritain, siendo hijo de su tiempo, le interesaron todos los problemas de la cultura actual.

A la luz de los principios fundamentales de la metafísica, supo proyectarlos y aplicarlos con justeza a las más complejas cuestiones de su tiempo en busca de una solución adecuada. Así se ocupó de los problemas actuales del orden político, jurídico y social." (68).

Digamos, para concluir, que en el plano de la Filosofía Política, afirmó la objetividad y trascendencia del orden moral y reconoció a Dios como su principio y fundamento, rechazó al totalitarismo en todas sus acepciones, afirmó la primacía de lo espiritual, se opuso a la temporalización de la Fe, defendió la dignidad y libertad de la persona humana, explicó las características que debía reunir una democracia de inspiración cristiana y criticó severamente las desviaciones inmanentistas y relativistas. Cuando los totalitarismos europeos se encontraban en plena expansión, proclamó con énfasis la intangibilidad de los derechos de la persona humana y los límites morales del poder público. Rechazó el divorcio entre ética y política propuesto por los seguidores de Maquiavelo y explicó los contenidos genuinos del bien común y del bien supratemporal de toda persona. Aclaró, desde sus primeras publicaciones, el sentido y el alcance de la verdadera libertad religiosa. Rechazó con vehemencia el racismo y el antisemitismo y fue uno de los grandes precursores del ecumenismo. ♦

(68) Ver el texto de esta homilía en Revista Rumbo Social, N° 25, octubre, noviembre, diciembre de 1982.

EL GENERAL JOSÉ MARÍA PAZ Y LA ORGANIZACIÓN NACIONAL

HOMENAJE EN EL SESQUICENTENARIO DE SU MUERTE

POR ALBERTO RODRÍGUEZ GALÁN (*)

La historia institucional de la Nación no tiene su origen sólo en los pactos o en las sanciones de los congresos.

Se integra en la lucha incesante que ilumina cada vida pública. Se nutre del saber de los congresales y de la sangre de los montoneros, y cada derecho o garantía reconocidos en un tratado, en un pacto o en un proyecto constitucional, son vivencias que trascienden del campo puramente intelectual porque subyacen con vigencia en todas las clases de la sociedad.

Es indudable, a poco que ahondemos, que el proceso formativo de la Nación, afianzada su soberanía al finalizar la guerra de la Independencia, va a desencadenar una lucha intensa e implacable al nuclearse en dos tendencias antagónicas los hombres llamados a organizarla política y jurídicamente.

Esas dos tendencias cuyo enfrentamiento abarcará más de cuatro décadas polarizadas en unitarios y federales, surgirán en las asambleas, se extenderán por las campañas, se medirán en los campos de batalla, triunfarán momentánea y alternativamente para finalmente desencadenar una tiranía que las ensangrentará por igual.

(*) Comunicación efectuada por el Académico Presidente, en la sesión privada del 7 de diciembre de 2004.

I

Si 1824 y 1826 jalonan nuestro acontecer unitario, 1829 y 1831 marcarán la iniciación de nuestra definitiva organización federal.

Años de esperanza y frustración los primeros, años de lucha, de renunciamiento y de desesperanza los segundos, ambas épocas resumirán los datos de valoración de nuestro quehacer en la obtención de una forma de Estado que respondería a nuestra realidad social y política.

II

Personalidad del prócer

El general José María Paz será actor y víctima de su tiempo y de su medio.

Nace en Córdoba en 1791, la que será además cuna de su pensamiento y de su cultura.

Formado en los claustros de Loreto, cursará latín, filosofía y teología. Se recibe como maestro de Artes. Completaba luego los tres cursos de jurisprudencia, y los dos de matemáticas, cuando los suspende para incorporarse al ejército del Alto Perú. Corre 1811, tiene veinte años y su propia madre lo presenta al general Manuel Belgrano, como su bien más preciado para servir a la Patria. Tendrá desde ese momento, en el creador de la bandera, su mentor ejemplar que lo motivará el resto de su vida, al modelar su carácter y su conducta en los desafíos que le deparará la existencia.

Guerrero de la independencia, su iniciación en la vida pública se identifica con el nacimiento de nuestra nacionalidad.

Si fue guerrero de la independencia, lo fue también de la organización, y si el destino no le deparó la gloria de derrocar la tiranía e instalar el Congreso Constituyente, su vida trasunta una dimensión moral que va a ser reserva y programa para la definitiva institucionalización del país.

III

La época

El 1º de enero de 1829 Paz llega a Buenos Aires. Regresa laureado de la guerra con el Imperio de Brasil. Los revolucionarios del 1º de diciembre de 1828 no lo han contado en sus filas. La sangre de Dorrego derramada en Navarro no lo salpica.

El triunfo unitario de Buenos Aires es efímero si no se afianza en el interior. Estanislao López aparece en el escenario nacional al conferírle a la Convención Nacional de Santa Fe el comando supremo de las fuerzas nacionales. Rosas es su segundo.

El general Paz es involucrado en una revolución porteña cuyos principios no compartía íntegramente, y el provinciano ilustre luego va a estar a menor distancia de sus contendores que de sus amigos.

En abril de 1829, Paz inicia su marcha hacia Córdoba. A poco Lavalle es vencido por Estanislao López en Puente Márquez, y los triunfos del general Paz en San Roque sobre Bustos y en La Tablada al batir a Facundo Quiroga lanzarán al interior los puntos neurálgicos de los factores de poder de la Nación.

En junio el Pacto de Cañuelas divide al partido unitario, neutraliza a Lavalle y abre a Rosas el camino al gobierno de Buenos Aires.

Los derrotados de 1829 y 1830 son Lavalle y Quiroga. Los triunfadores, Paz, López y Rosas. Todos menos uno en sus triunfos y en sus derrotas tuvieron como meta la Organización Nacional, y todos menos Rosas que a la postre fue el triunfador vieron frustrados los principios por los que lucharon.

Rosas impidió que el país se organizara en 1830, y lo precipitó en tiempos amargos de su historia.

Pero volvamos a los acontecimientos. En agosto de 1829 se disuelve la Convención Nacional de Santa Fe, que como se sabe fue convocada principalmente para formalizar la paz con el Imperio del Brasil.

En diciembre Rosas remite una circular a las provincias al ser electo gobernador.

La circular es acompañada en algunos casos con cartas personales. Extrema su prudencia con el gobernador de Santa Fe y su astucia con Paz, lo sabe a López y a Paz decididos partidarios de posibilitar a la Nación el ejercicio del poder constituyente; y la Constitución puede significar para él su desaparición política.

Incita por otra parte a Ferré a unificar la política de Corrientes con Buenos Aires, y a formar la Liga del Litoral y persuadirá luego a López que

"... la cantinela —son sus palabras—, de Congreso, Organización y Constitución en boca de ciertos hombres, no es sino un arbitrio rastrero para sofocar el grito de federación..." (1).

Paz y Quiroga miden nuevamente sus fuerzas en Oncativo, Cavia y Cernadas han fracasado como mediadores bonaerenses y Paz nucleará desde ese momento bajo su órbita las provincias del interior del país.

Quiroga derrotado baja a Buenos Aires. Los agasajos de Rosas no disimulan su amargura, por el contrario la ahondan, pero la posición de Rosas al final se impondrá también a la propia de Quiroga y su plan, la formación de la Liga del Litoral, cohesión política y estado militar sólido al decir de Ravignani, tendrán principio de ejecución.

IV

El litoral y el interior del país en 1830 - 1831

Afianzado Paz en el gobierno de Córdoba como Gobernador Propietario a partir de agosto de 1829, se apresta a consolidarse políticamente.

Rosas insta a Paz la necesidad de mantener relaciones de buena amistad, pero apura en San Nicolás de los Arroyos una reunión de gobernadores de las provincias litorales, cuyo objetivo es concretar una unión que pueda enfrentar al gobernador de Córdoba.

Se oponen a principios de 1830 dos grandes políticos con distinta dimensión moral, Juan Manuel de Rosas y José María Paz.

En junio las provincias del interior han acreditado sus comisionados ante José María Paz y en julio se firma el Convenio preliminar al Tratado definitivo del 31 de agosto por el que nueve provincias —Jujuy no se ha separado de Salta— confieren al gobernador de Córdoba el Supremo Poder militar.

Deben destacarse en estos Tratados la afirmación de las provincias signatarias de su autonomía, de sus instituciones y la declaración como cau-

(1) Documentos para la Historia Argentina, t. XV. Instituto de Investigaciones Históricas. Facultad de Filosofía de la UBA. p. X, prólogo de Emilio Ravignani.

sa común de la constitución del Estado y de la organización del país (art. 9º), y no lo harán "... *ligado a ningún sistema político, obligándose a recibir la constitución, que diera el Congreso Nacional, siguiendo en todo la voluntad general y el sistema que prevalezca en el Congreso de las provincias a reunirse...*", (art. 12) (2).

Los Tratados de julio y agosto, afirma Juan B. Terán, son antecedentes inmediatos y vitales de la Constitución de 1853, ya que Paz en ningún momento pretendió imponer la forma de estado unitaria en la Constitución a dictarse, como expresamente lo afirmará en repetidas oportunidades (3).

A partir de agosto de 1830 por la voluntad de nueve de sus trece provincias, en el país se instalará un poder nacional. Se establecen relaciones diplomáticas con Bolivia y la Banda Oriental del Uruguay, y Chile acredita un ministro plenipotenciario cerca de aquel poder nacional.

Mientras tanto la prensa porteña ataca a Paz y la cordobesa a Rosas. "*El Lucero*" en Buenos Aires y "*La Aurora Nacional*" en Córdoba forman el clima que precipitarán los acontecimientos (4).

Paz advierte que no habrá Constitución si no llega a un acuerdo con López, porque lo sabe más afín a Rosas.

Quiroga que alentaba también ver organizado el país ya no gravita. Dividir a López de Rosas es el objetivo que Paz no logra. El Pacto del Litoral del 4 de enero de 1831 será su consecuencia.

Se ha escrito mucho sobre la actuación de Paz, en este momento dramático de la historia nacional.

David Peña no justifica a Paz en 1829. Sólo obedecía, dice, a un sueño de grandeza personal que hizo creer en la posibilidad de ocupar el sitio que sólo Rivadavia ocupara (5). La historia no está todavía escrita, afir-

(2) Documentos para la Historia Argentina, Ob. cit., p. VII.

(3) TERAN, Juan B. José María Paz, Buenos Aires, p. 88, Cabaut y Cía Editores, 1936.

(4) PAZ, José María, "Memorias póstumas", t. 2, p. 220, 2ª ed., La Plata: 1892.

(5) PEÑA, David, "Juan Facundo Quiroga", p. 211, 3ª ed. Buenos Aires, 1907.

ma en 1906. Al analizar el medio en que se desenvolvían las provincias del interior con anterioridad al gobierno de Paz, encuentra que en ninguna causa popular hacía necesaria su empresa, sino por el contrario la rechazaba.

Los móviles políticos de Paz se reflejan empero en su gobierno.

Nacido y formado en la disciplina del carácter, el estudio y la acción, su vida refleja en 1829 un temperamento racional e íntegro que no sabe de desfallecimiento en su meta, la organización del país y no trepidará en usar las armas en su consecución.

"Organización Nacional y Constitución" han sido el pendón de sus hombres en la guerra ante Quiroga y más tarde el lema de su pensamiento político. Ironía cruel del destino de estos dos hombres representativos de su medio en lo telúrico y promisorio que cruzarán sus lanzas en 1829 y 1830 en defensa de propios e idénticos propósitos.

Quiroga trae con el polvo y el dolor de los caminos, de la brutalidad de sus montoneras y de sus circunstancias, una conformación humana de la que trascienden los caracteres esenciales de la raza.

Paz, con disciplina y talento, encarna como nadie un sentir auténtico y nacional. Ha recorrido a caballo palmo a palmo el país. Ha luchado por su soberanía en todas sus latitudes, ha afirmado su independencia en Tucumán y Salta, y ha salvado el honor nacional en Ituzaingó, en la guerra contra el Imperio del Brasil y más tarde en Caa-guazú y haciendo inexpugnable el Sitio de Montevideo.

Nadie como él tiene más títulos que ofrecer en aras de la organización del país.

De los integrantes de montoneras Paz formaba ejércitos disciplinados, y lograba soldados, a quienes educaba desde lo personal en su vestimenta y modales, hasta en los detalles de la lucha en el campo de batalla, lo que motivará la conocida expresión de Quiroga, "*... el general Paz me venció con figuras de contradanza*".

Se evidencia así la fractura de nuestra formación social que Echeverría señalara con acierto. Hombres de igual origen, de igual raza, con incidencia de factores telúricos idénticos, derramarán su sangre con generosidad,

luchando por la libertad; libertad que ellos identificaban sólo en los colores de las divisas de sus jefes.

Nadie como Paz va a vibrar ante el sacrificio de esos hombres y si su lema fue "Organización Nacional y Constitución", su vida es la ofrenda renovada de un hombre superior a su país.

V

El Tratado del 4 de enero de 1831

A fines de 1830, la paciente política rosista ha estructurado la Liga del Litoral.

Las negociaciones presentan dos vertientes. La impresa por Buenos Aires y la precisada por Corrientes.

Ferré, gobernador y representante de Corrientes, va a plantear la necesidad de que las provincias ligadas establezcan una Representación Permanente, hasta que se organice la Nación, y que esa representación debía hacer posible la organización del país; y debía asimismo abocarse de inmediato a reglamentar el comercio con el extranjero y la navegación de los ríos Paraná y Uruguay.

La posición de Ferré no podía ser del agrado de Rosas, y su representante Rojas y Patrón, la rechazará de plano.

Rosas, mientras tanto obra con premura. Su mirada se fija en López a quien persuade del peligro que presupone la acción de Paz, y el blanco que pueden ofrecer las provincias litorales, si se dividen como consecuencia de la tesis de Ferré.

Una vez más triunfará Rosas en su posición. López no obstante logrará arrancar a Rosas la creación en el Tratado a firmarse, de una Comisión Representativa compuesta de un diputado de cada una de las provincias signatarias, cuya atribución más importante era la de invitar a todas las demás, cuando estén en plena libertad y tranquilidad a reunirse en Federación, para que por medio de un congreso general se arreglara la administración general del país bajo el sistema federal. Este aporte de Santa Fe será letra muerta en aras de la política rosista.

El 4 de enero de 1831 se firma el Tratado entre Buenos Aires, Entre Ríos y Santa Fe y en febrero se instala la Comisión Representativa cuya labor frustrará más tarde el gobernador de Buenos Aires.

Febrero de 1831 presenta al país regido por dos pactos. El Pacto Federal y el que instituye la Liga del Interior.

El análisis de los artículos fundamentales de ambos Tratados ofrecen semejanzas y diferencias que se deben señalar. A los recordados arts. 9º y 12 de los Pactos de las provincias de la Liga del Interior que proclaman como causa común la organización de la República, como también a recibir la Constitución que sancionara el Congreso Nacional a reunirse, siguiendo en todo la forma de estado que prevalezca en dicho Congreso; las provincias del litoral por su parte refirman parecidos propósitos pero definen expresamente la forma de estado federal que debía adoptar la Constitución a sancionarse.

Adviértase que esta definición que importaba condicionar el ejercicio del poder constituyente privativo de las provincias en lo que a forma de estado se refiere, es lo que permitirá sostener más tarde la tesis que llevó a los gobernadores a proclamar en San Nicolás de los Arroyos el 31 de mayo como ley fundamental de la Nación el referido Tratado del 4 de enero de 1831.

Obsérvese que las provincias del interior no habían declinado su soberanía y que el Pacto de agosto de 1831 por el contrario garantía sus instituciones, y condicionaba la aceptación de la Constitución que sancionara el Congreso Nacional a la voluntad general y al sistema que prevaleciera en el propio Congreso.

Pero el destino, al trocar la vida de Paz, modifica el devenir del país.

La política de Rosas triunfante del litoral importaba lisa y llanamente la declaración de guerra a las provincias de "La Liga", y cuando Paz advierte que el ejército de reserva de Buenos Aires avanza, extrema sus medidas para obligar a López a presentar combate antes de que recibiera refuerzos del gobernador de Buenos Aires.

Y en el anochecer del 10 de mayo de 1831, fecha trágica de la historia nacional, accidentalmente cae Paz prisionero de López, y con su prisión se arriará durante veintiún años la divisa de "Organización Nacional y Constitución", que el propio Paz habría afianzado con su triunfo sobre el litoral.

No es el momento de analizar la política del gobernador de Buenos Aires a partir de la prisión de Paz, pero se debe señalar que Rosas obtiene de López el reconocimiento de que no era tiempo de constituir al país, y precipita la disolución de la Comisión Representativa, al considerar que dicha Comisión había llevado a cabo la labor cumplida, por haber llenado las obligaciones de que estaba encargada.

Mientras tanto Paz asiste preso al derrumbe de su obra.

Frustrados los Tratados de julio y agosto, verdaderos Pactos que estructuraban política y jurídicamente a nueve provincias, y frustrado el Tratado Federal de 1831 al caer el organismo que pudo haber convocado el Congreso Constituyente, la organización nacional se torna una quimera.

El Tratado Federal será letra muerta durante veinte años y, su aparente vigencia, mero pretexto de Rosas para ahogar toda tentativa que podría rozar su poder.

El saldo de esos días es el naufragio de nuestra estructura política y jurídica.

Fue el fracaso de Paz y de los caudillos. Fracaso quizá mayor el de estos últimos, porque si antes se batieron oscuramente contra normas constitucionales que presentían con lealtad que repugnaban a su medio, coincidían con la Liga del Litoral, algunos desde la derrota como Quiroga, otros desde el triunfo como López en la inteligencia de encontrar la fórmula que organizaría el país.

Burla del destino, cruel por igual para los contendores del orden y de la montonera, que nutrirán con su sacrificio las tendencias legítimas de la democracia argentina.

VI

Paz en Corrientes y en Montevideo

El general Paz iba a ofrecer no obstante, actos de coraje, de civismo y de talento cuya memoria ennoblece y jerarquiza nuestra tradición.

Evadido de la Ciudad de Buenos Aires —a la que Rosas lo había confinado tras ocho años de cárcel, cuatro en Santa Fe y cuatro en Luján—, nos

relata en sus Memorias cómo Lavalle, su colega de ayer, lo alejaría de su ejército en las costas de Paraná y cómo Ferré, gobernador de Corrientes, el Ferré que se ha plantado a Rosas en los preliminares del Tratado Federal de 1831, lo llama a organizar el ejército que llevará al triunfo en Caa-guazú el 28 de noviembre de 1841, batalla memorable cuya táctica y estrategia fue materia de estudio en las academias militares de Alemania y Westpoint en los Estados Unidos de América.

Las desavenencias con Ferré, al negarse éste a autorizar a Paz el cruce del Paraná con su ejército vencedor, provocará una vez más otra frustración en su vida pública.

Lo veremos aparecer en el Montevideo del Sitio Grande, y va a trocar con su presencia el espíritu de derrota en manifestación de triunfo y júbilo.

Paz detiene a Oribe en las puertas de Montevideo y brinda una vez más un ejemplo de honor, de conducta y de argentinidad.

Sabía que la libertad de la Banda Oriental era la libertad argentina, por eso su prurito fue destacar por sobre todo su condición de general argentino.

Su retiro posterior de esa ciudad, originado por las posiciones políticas de algunos emigrados al negociar la intervención anglofrancesa, que estimó inoportuna, descalificó también la tendencia de los que compartían con las grandes potencias, la formación de un Estado independiente y tapón con la Banda Oriental y las provincias de Entre Ríos y Corrientes. No podía con su presencia avalar, comprometiendo la desintegración nacional, con juegos diplomáticos que repugnaban a los intereses políticos del país.

Se aleja de Montevideo, que ha convertido en plaza inexpugnable.

El general Paz de Montevideo es el general invicto en Córdoba y en Caa-guazú, y si con Croce creemos que la historia del hombre es la historia de la libertad, Paz es referente de la libertad, de la suya y la de su patria.

Volverá a Corrientes y conocerá una vez más los sinsabores del desencanto y el distanciamiento de quienes creyó y confió.

VII

Río de Janeiro

Solo y pobre se establece en Río y allí le sorprende el amanecer de Caseros.

Su hidalguía proverbial se va a poner una vez más en evidencia.

Llamado por el canciller del Imperio a dar su opinión sobre el general Urquiza, sobre su enemigo, los términos en que la fundó deciden al Imperio del Brasil apoyar la empresa de Justo José de Urquiza. Para Paz no cuentan las banderías y así lo había sostenido en marzo de 1846 al declarar "... si el general Urquiza se pronuncia contra Rosas, dejará de ser mi enemigo y yo le cederé mi puesto".

Su puesto por el que había sacrificado su existencia.

Mientras tanto los unitarios de Montevideo lo hostigan por todos los medios. Se alejará de ellos. Advierte que nunca surgirá de ahí el vencedor de Rosas, pero guarda esperanza de que ello acontecerá necesariamente.

VIII

Paz y Caseros

El quehacer de Paz en vísperas de Caseros refirma su posición eminentemente nacional y constitucionalista.

En julio de 1851 al conocer el Pronunciamiento del 1º de mayo de ese año, se apresura a manifestarle al gobernador de Entre Ríos "... *me adhiero con todas las fuerzas de mi alma a su nueva marcha política...*", y al expresarle sus votos de éxito, le agrega "... *en la limitada esfera de mi situación actual no dejaré de hacer cuanto esté de mi parte para que así suceda, debiendo contar con mis débiles esfuerzos hasta donde mis posibilidades alcancen*" (6).

(6) TERAN, Juan B. Ob. cit., p. 145.

Ya de vuelta a Montevideo, Paz le escribe a Urquiza, la caída de la tiranía se ha consumado, "... *Sólo me resta —le dice—, desear que sea igualmente feliz en la parte que aún le falta del programa que hizo al iniciar el movimiento que ha dado libertad a la República...*". Y al asociarse al júbilo de sus compatriotas formula votos por el país constituido.

La respuesta de Urquiza es cortés y fría. No lo invita a regresar, sólo le agradece sus palabras.

Otra contrariedad, que su temple recibe.

Ha aguardado con fe en los años de Río de Janeiro la caída de Rosas y ha meditado profundamente sobre la institucionalización de la República.

Sus conversaciones con Andrés Lamas y sus cartas a Domingo de Oro son testimonio de su pensamiento y de su militancia.

A Oro le presenta, en junio de 1851, la situación de las provincias del interior. Su posición es un alegato profundo y exhaustivo acerca de las causas económicas que perpetúan nuestra anarquía. Es decidido partidario de las aduanas nacionales y de la supresión de las interiores. Encarece la labor de Sarmiento en la elevación del nivel cultural de los pueblos de tierra adentro, y protesta de la injusticia de la absorción por la Provincia de Buenos Aires por vía de su aduana de una renta que pertenece a toda la Nación.

Planteo económico, que conforma el criterio de los constituyentes de Santa Fe al fundamentar el régimen rentístico de nuestra Constitución histórica, y demuestra su posición nacional, condición "sine qua non" para estructurar política y jurídicamente la República.

En esa inteligencia va a sostener que la Constitución de 1826, suprimido su art. 7º —que imponía la forma de Estado consolidada en unidad de régimen—, podría ser la solución de nuestros problemas institucionales adoptando el sistema federal.

Y así, discuriendo con Andrés Lamas acerca de la política del Río de la Plata, o carteándose con Oro abordando temas de alta política le ha sorprendido Caseros, y con Caseros la actitud de Urquiza, antes recordada, y la revolución porteña del 11 de septiembre de 1852.

IX

Paz y la Provincia de Buenos Aires

Una vez más, Buenos Aires se abre al proscrito para descubrirle el país dividido.

Le serán requeridos sus servicios. El 4 de octubre de 1852 la Sala de Representantes autoriza al gobierno a "... *el envío y desempeño de una comisión cerca de las provincias hermanas del interior, con el objeto de promover los intereses de todo género y de fortificar las relaciones recíprocas...*"; y esa gestión se la encomiendan a Paz.

Sabe que algunos hombres de Buenos Aires alientan una posición secesionista que repugna a su conducta, pero se persuade que su presencia en esa misión podría salvar las distancias que otro enviado podría ahondar.

Salvador María del Carril no es justo con Paz, le enrostra que su misión está llamada a empalidecer con su prestigio, el del vencedor de Caseros, "... *se dice que V. M. ha sido elegido por los porteños para venir a poner en el otro plato de la balanza en que pesaba sólo la gloria de Urquiza el peso de su espada y de su mérito...*".

Paz le replica presto, recordándole sus sinsabores cuando con posterioridad a Caseros, para no servir de obstáculo ni aun de pretexto a la Organización Nacional permanece en Montevideo en situación asaz penosa.

Los acontecimientos se precipitan, Valentín Alsina, gobernador y responsable de la política de Buenos Aires, enfrenta a Urquiza y pretende impedir la reunión del Congreso Constituyente, y alienta la invasión de Entre Ríos valiéndose de los generales Hornos y Madariaga (7).

Mientras tanto Paz recibe las instrucciones a que debe ajustar su misión.

(7) SILVA, Carlos Alberto, "El poder legislativo de la República Argentina", t. I, Buenos Aires: Cámara de Diputados de la Nación, p. 727, 1938.

Al llegar al Arroyo del Medio, el gobierno de Santa Fe le hace saber que califica a esa misión de desorganizadora y contraria a las trece provincias signatarias del Acuerdo de San Nicolás del 31 de mayo de 1852.

Paz se instala en esta ciudad, aguarda el desarrollo de los acontecimientos y recibe el 16 de noviembre su nombramiento de General en Jefe del Ejército de la Provincia.

Pero el gobierno de la Confederación se afianza en el resto del país.

Batido el 20 de ese mes Madariaga en Concepción del Uruguay por López Jordán, el mismo día en que se instala solemnemente en Santa Fe el Congreso Constituyente, sobreviene el fracaso de la campaña de Hornos y Madariaga en Entre Ríos y la renuncia de Valentín Alsina a la gobernación de Buenos Aires.

El Congreso Constituyente en sesión, faculta a Urquiza "... para que empleando todos los medios que su prudencia y acendrado patriotismo le sugieran haga cesar la guerra civil en la provincia de Buenos Aires y obtenga el libre asentimiento de ésta al Pacto de San Nicolás..." (8).

Paz ha recibido el 20 de noviembre también una nota de Mitre, Ministro de Gobierno de Buenos Aires, invitándolo a dar por terminada su misión.

Ramón J. Cárcano juzga este episodio "... fue la última campaña desgraciada del glorioso soldado de Ituzaingó..." (9).

Campaña nacional sin duda, ya que Paz volcará luego todas sus fuerzas a afianzar lo que cree con Mitre, la legitimidad de la revolución de Buenos Aires, que dará por resultado la organización de la República a la sombra de la libertad (10).

(8) CARCANO, Ramón J., *Del Sitio de Buenos Aires a los Campos de Cepeda*, p. 199, Buenos Aires: Imprenta y Casa Editora Coni, 1922.

(9) CARCANO, Ramón J., *Ob. cit.*, p. 169.

(10) SILVA, Carlos A., *Ob. cit.*, "Carta de Mitre a Paz", p. 748 del 20/11/1852.

Urquiza no está llamado a conculcar las libertades de Buenos Aires. Se designan representantes de ambos bandos para llegar a un acuerdo. El general Paz es uno de ellos.

El 9 de marzo se logra un armisticio y un "ad referendum" Urquiza lo rechaza. Una de sus cláusulas, la que facultaba a Buenos Aires a concurrir al Congreso Constituyente de Santa Fe con el número de diputados que preveían sus propias leyes y a revisar la Constitución a dictarse, la considera violatoria del Acuerdo de San Nicolás.

Por su parte los comisionados por Buenos Aires otorgaban el máximo de concesiones que los intereses políticos y económicos de la provincia permitían, y así se lo advirtieron a Urquiza sus mandatarios Zuviría, Peña y Ferré. Urquiza mantuvo no obstante su posición.

Paz cree, como muchos hombres en Buenos Aires, que la defensa de sus instituciones no debe motivar una pasión de localismo que obstruya la organización, y dedicará el año que le resta de vida a abogar por esa causa.

La unión, ideal que informa un cuarto de siglo de su existencia, la expresará como diputado a la Legislatura de Buenos Aires.

Este cuerpo, devenido por su autodeterminación en Asamblea Constituyente Provincial, comienza a discutir el texto del proyecto de Constitución.

El art. 1º será piedra de escándalo. Se debaten dos concepciones. Al localismo exacerbado, que pretende erigir un nuevo Estado, se le opone la posición nacional, que sostiene que Buenos Aires es parte integrante de la Nación, que el Acta de la Independencia es la partida de nacimiento común para todo el país, y en consecuencia le estaba imposibilitado a la provincia ejercer la soberanía exterior, atributo que corresponde al pueblo de toda la Nación y cuyo ejercicio era resorte del gobierno general.

Esta última tesis, auténtica, verdadera y nacional es la tesis de Mitre, del diputado Mitre, que sólo hace frente en la Asamblea al apasionamiento de quienes no ven más allá del Arroyo del Medio, y que no conformes con afirmar aquella soberanía, pretenden legislar sobre ciudadanía y límites.

En la sesión del 11 de abril cuando se sanciona la Constitución del Estado de Buenos Aires de 1854, que habría de consumir política y jurídicamente la secesión porteña, Paz como un héroe de Plutarco concurre y pronuncia estas palabras:

"No he asistido a las anteriores sesiones impedido por mi dolencia si hubiera concurrido a ellas, me hubiese opuesto como lo ha hecho uno de mis colegas, el diputado Mitre, a la soberanía interior y exterior a la fijación de límites territoriales ya la división del Poder Legislativo en dos Cámaras. Esta oposición la hubiera hecho creyendo llenar con conciencia la representación que el pueblo me ha conferido" (11).

Paz apoya a Mitre. Es —para Ramón J. Cárcano— la *"conjunción de dos edades de la emigración por la libertad, la que moría agotada la vida en el esfuerzo, la que iniciaba las nuevas luchas de la liberación"*.

El héroe antes de caer entrega su antorcha y la entrega para que continúe su carrera sostenida por aquellos que como él están y estarán persuadidos de que la vida sin libertad no merece ser vivida.

X

Paz y la generación de 1837

Paz, no pertenece a la generación que organizó el país.

Le lleva a algunos de sus miembros más de veinte años, pero sus ideas, pensamientos y planteos sobre la realidad social argentina son antecedentes necesarios de la solución que Echeverría y Alberdi sellan para establecer nuestra forma de Estado.

Cree que la democracia no es una forma de gobierno sino la esencia misma de todos los gobiernos republicanos, como reza la palabra X del Dogma.

(11) CARCANO, Ramón J. Ob. cit., p. 263.

No conozco que haya alentado en ningún momento de su vida militar y política veleidades monárquicas como solución institucional.

Como lo señalara Juan B. Terán (12) era un auténtico hijo del suelo y del medio criollo, connaturalizado con el alma telúrica, como los caudillos a quienes combatía.

Su experiencia no elegirá teorías cuya aplicación repugna al medio, sino nutrirá realizaciones con adaptación a ese medio.

Vivió y murió al servicio del orden, pero del orden labrado sobre las aspiraciones, deseos y pasiones del elemento humano que le fue dado dirigir y al que respetó como pocos. Por eso de lo que sus contendores levantaron montonera, él organizó ejércitos disciplinados, inculcando instrucción y comportamiento. He ahí un rasgo que sublimó en el triunfo militar y en el acierto de su conducta civil.

Alberdi al relatar la palabra XXX del Dogma y al extraer de nuestros antecedentes federales y unitarios la resultante que ha de regir nuestra vida política afirma que esos dos principios cuentan con fuerzas iguales, y que su presencia simultánea en la organización argentina es de una necesidad y correlación inevitable (13).

Esta fórmula que Alberdi desarrollará en las Bases y que se plasmará en la Constitución Nacional de 1853/60 ya fue intuida por Paz al promover los Tratados de 1830. Su art. 12 antes recordado es prueba irrefutable.

Lo es también su juicio sobre la Constitución de 1826, que él aceptaba con la fundamental discrepancia en cuanto a la forma de estado.

Su correspondencia con Domingo de Oro nos ilustra sobre su juicio acerca de las aduanas exteriores y si su actuación postrera pertenece a Buenos Aires, recordémoslo que lo hizo persuadido de que su acción coadyuvaba a un afianzamiento de las instituciones de aquella provincia y que en modo alguno importaba una secesión de la Nación Argentina.

(12) TERAN, Juan B. Ob. cit., p. 168.

(13) Antecedentes de la Asociación de Mayo, p. 261, Ed. abreviada del Concejo Deliberante de Bs. As., 1939.

Se le ha llamado el precursor de la Constitución de 1853 en los términos que le dio la reforma de 1860 y es cierto.

Cuando se le preguntaba por qué no constituyó la República, le contestaba a Sarmiento: "*Por falta de cuatrocientos hombres de línea no pude constituir la República en 1831*".

Más tarde su prisión, sus desinteligencias con Ferré, la incompreensión que lo aísla en el exilio de Montevideo, su nuevo exilio en Río de Janeiro, unido a una vida de extrema pobreza, verse más tarde extraño a Caseros, el general Paz talentoso e invicto, cuyas lecturas en latín en las tiendas de campaña de los "*Comentarios de Julio César sobre la conquista de las Galias*", será el escritor de sus Memorias; obra maestra en su género de la literatura americana, por la elegancia de su estilo; y por la profundidad de su contenido militar y sociopolítico.

Es un prócer que no merece el olvido, ha muerto el 22 de octubre de 1854.

Para su centenario —1954—, se desafió el régimen político imperante y se multiplicaron actos escolares, académicos y militares en su recuerdo, cubiertos ampliamente por la prensa escrita, no obstante la escasez de papel entonces imperante.

Quizás el más emotivo fue el que le brindó la escuela primaria que lleva su nombre en Flores al sur. Su Asociación Cooperadora donó un busto en mármol del prócer e imprimió una postal de recuerdo en cuyo reverso rezaba:

*Hizo actos dignos de ser escritos
Escribió cosas dignas de ser leídas*
Plinio

No se ha podido sintetizar mejor en este epitafio recordado de Plinio la grandeza de José María Paz, y esa síntesis que es un juicio póstumo, la obtiene y presenta una escuela primaria de esta Ciudad en 1954 como acabado homenaje a su patrono.

Ahora al cumplirse 150 años de su tránsito, el silencio oficial de las autoridades —"en todos los niveles"— educativas, culturales y militares, y el de los medios, es el signo que marca la anomia de la sociedad argentina en este comienzo del siglo XXI.

Las Academias han rescatado y rescatan reiteradamente la memoria de nuestros grandes hombres e imponen, en su caso, sus nombres a los sitios. Uno en la Academia Argentina de Letras lleva el de José María Paz, lo propio acontece, con otro, en la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, por ser emblemático para ambas instituciones.

“Los hombres son verdaderamente grandes —dijo José Manuel Estrada— cuando obedecen la ley del deber que les depara el galardón después del sacrificio”.

José María Paz cumplió fielmente ese derrotero con su entrega al país.

Por eso he creído oportuno rendir este homenaje en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

Por lo que aportó a su patria en los campos de la ciencia y la cultura, por sus avanzados estudios de jurisprudencia, y por lo que continúa aportando por su obra escrita a través de la lectura de sus Memorias Póstumas, el general José María Paz, como en las *“Odas”* de Horacio, es llorado y recordado hasta hoy por los hombres de bien de la República. ♦

III

OTRAS DISERTACIONES Y TRABAJOS

TRAS LA GUERRA DE IRAK: EL FUTURO DE LA ONU Y DEL DERECHO INTERNACIONAL

POR ROBERTO E. GUYER (*)

El tercer milenio se inicia con una situación atípica que no registra ninguna similitud con épocas anteriores.

Ante todo porque el mundo, auténticamente, se ha interconectado en una forma tal que resulta forzoso pensar en términos globales. El fin de la Guerra Fría a su vez, dejó una sola superpotencia que desde un punto de vista militar no tiene –y no puede tener– contradictor alguno.

Esta situación da la apariencia que hemos llegado a un momento en que se está estableciendo un gobierno unívoco para todo el planeta. La guerra de Irak demostró que EE.UU. puede actuar autónomamente sin tomar en cuenta la opinión del resto del orbe. Es más, desde el inicio de su historia EE.UU. siempre creyó que sus estructuras nacionales constituirían un verdadero ejemplo para el resto de la humanidad.

El predominio militar, sin embargo, no significa que se ha constituido un poder único incontestado. El propio caso del Irak constituye un ejemplo de que EE.UU. tiene el poderío para imponer su posición militarmente, pero no para afianzar la paz. Las diferencias culturales son, asimismo, tan grandes que existen inevitables confrontaciones en todos los campos de la actividad humana.

(*) Publicado en "Die Zukunft der UNO und des Völkerrechts", Bernhard Vogel, Rudolf Dolzer y Matthias Herdegen compiladores, Freiburg 2004, bajo el título "Die Vereinten Nationen und die Legitimität Internationaler Entscheidungen", pág. 183-195.

En síntesis, EE.UU. puede ganar cualquier guerra pero no por ello imponer la paz. Esto en sí lleva al hecho que debe contemplar la posición de otros estados y que resulta también en su propio interés apoyar un sistema jurídico-político adecuado y estable.

Además aquí hay que tomar en cuenta que los seres humanos no actúan exclusivamente motivados por deseos materiales. También actúan impedidos por aspiraciones éticas condicionadas por deseos de llegar a una realidad mundial mejor.

Se debe pues, constatar que la realidad internacional compuesta por entidades estatales sigue funcionando, pero de manera diferenciada de las épocas anteriores. A su vez estamos, eso sí, ante un mundo mucho más complejo que en épocas anteriores.

De una situación clásicamente ordenada que existía antes de 1914, se pasa después de la Primera Guerra Mundial a un mundo que si bien sigue siendo interestatal, se ve convulsionado por enfrentamientos no solo nacionales sino también ideológicos.

La situación cambia aun más después de la Segunda Guerra Mundial, donde la mayor parte de la Humanidad que estaba sujeta por lazos coloniales pasa a ser independiente. Vale decir que la mayoría de los pueblos pasó de ser un objeto a ser un sujeto de la política mundial.

Como sucede después de los grandes cataclismos, se quiere estructurar un ordenamiento y eso fue lo que se intentó con el tratado de Westfalia de 1648, la Conferencia de Viena en 1815, el tratado de Versalles en 1919 y finalmente con la creación de Naciones Unidas en 1945. Cada uno de estos intentos estuvo enmarcado dentro del contexto político de su momento histórico.

Naciones Unidas es el resultado de la visión de algunos estadistas como Franklin Roosevelt, que aprovecharon esa circunstancia particular para establecerla (1).

(1) Tanta importancia concedió Roosevelt a las Naciones Unidas que llegó a manifestar que cuando terminara la guerra podría renunciar a la presidencia de EE.UU. para convertirse en el Secretario General de la Naciones Unidas. Stephen C. Schlesinger, "Act of Creation", 2003, pág. 73.

Un primer logro fue unir a la Humanidad en una institución por todos aceptada. Hay que reiterar que se trata de un organismo interestatal y no internacional: los miembros son los estados y no los pueblos, como dice el preámbulo de la Carta de San Francisco, y es gracias a ello que pudo funcionar. Se tropieza aquí con el hecho que los estados han guardado para sí la soberanía, lo que dificulta un accionar activo del organismo mundial.

Con todo hay que reconocer que se la proyectó teniendo en cuenta las realidades políticas, con los órganos necesarios para su desarrollo.

Se estableció una Asamblea General en la que todos los estados miembros tenían el mismo voto y podían expresar libremente sus puntos de vista. Eso sí, sus acuerdos son recomendaciones y por lo tanto no obligatorias. Lo contrario hubiera sido ilusorio.

El órgano fundamental fue el Consejo de Seguridad que era una especie de directorio mundial. Aquí hay que tener en cuenta que originariamente se debió contemplar la posición de las grandes potencias, no sólo la Unión Soviética sino también Estados Unidos, ya que sin el veto la Carta nunca hubiera sido aprobada por el congreso americano. El error de Wilson al ignorar esta temática fue soslayado por Roosevelt que incorporó a la delegación estadounidense dos influyentes senadores.

Como con la mayoría de los instrumentos jurídicos, la Carta fue redactada contemplando el pasado y previendo un futuro, que no se materializó. Tomando en cuenta esta situación, es admirable que la institución haya podido persistir, cierto que lo hacía con el espíritu del momento.

Al comienzo, las sesiones del Consejo de Seguridad parecían combates en un circo romano en que los gladiadores, con el aplauso de la tribuna, luchaban mortalmente. Los resultados, lógicamente, no podían ser espectaculares. Más que procurar resultados efectivos, se quería impresionar a la opinión pública mundial.

Con el tiempo, las potencias comprendieron que debían convivir y es así que de los grandes debates en el Consejo de Seguridad se pasó a un período de negociaciones reservadas en las que se trataba de obtener un entendimiento mínimo. Esto se puede apreciar, inclusive físicamente, con la ampliación que se hizo del despacho del presidente para establecer un lugar en el que se pudieran realizar cómodamente conversaciones alejadas del público y de la prensa.

En estas circunstancias debe destacarse también que se incrementa la figura del Secretario General, que en la Liga de las Naciones era un funcionario de poca trascendencia. En esta nueva fase del Consejo, el Secretario General se convierte en un funcionario de singular importancia por cuanto resulta ser "el tercero imparcial", que es reconocido como un ser autónomo de las posiciones nacionales en pugna, que se guía por los principios de la institución y no por posiciones individuales y que puede, por lo tanto, ofrecer soluciones, transmitir mensajes y dar un asesoramiento neutral.

Estructuralmente, la comunidad mundial sigue funcionando normalmente pero el cambio de circunstancias presenta una serie de incógnitas, sobre todo teniendo en cuenta que la realidad resulta más compleja de lo previsto. El triunfo militar en Irak en un primer momento dio la impresión que se había producido un dominio mundial de Estados Unidos que podría imponer libremente su voluntad.

El post-Irak, sin embargo, dejó en claro que había que contemplar la posición de los países menos poderosos. Por más que Europa tuviera una singular identidad de valores éticos fundamentales con EE.UU., tenía también posiciones diferenciadas. El factor económico resultó otro elemento que debía tomarse en cuenta. A diferencia del imperialismo de Gran Bretaña del s. XIX, que era el principal acreedor del mundo, Estados Unidos es en el s. XXI el principal deudor del mundo.

Entre los factores novedosos existe también la gravitación creciente de los principios democráticos en que elecciones nacionales pueden hacer cambiar la política exterior de los estados.

El Derecho Internacional, que fue paulatinamente elaborado desde fines del Medioevo, responde a una necesidad ineludible que es la relación de los estados entre sí, es decir, la convivencia internacional. Como muy bien dijera J. L. Brierly, "la existencia de algún tipo de Derecho Internacional es simplemente una de las consecuencias inevitables de la coexistencia de estados" (2). No se puede convivir sin cierto tipo de reglas aceptables para la mayoría. Ello llevó a que se estableciera un equilibrio internacional.

Esta situación continúa e inclusive se afirma con la Guerra Fría, que fue la culminación de este sistema dado que se establecieron reglas que regu-

(2) J. L. Brierly, "The Outlook for International Law", 1944, pág. 5.

laban, tácitamente, el accionar de las dos superpotencias y delimitaba sus esferas de acción. Ambas se tenían, en los hechos, una especie de respeto mutuo. El mundo estaba dividido en dos campos con una zona gris intermedia.

La Guerra Fría llega a su fin con la implosión soviética a comienzos de la década del '90, que dejó a EE.UU. como única gran potencia en el mundo. Bruscamente terminó el equilibrio internacional y quedó un solo país sin contradictor militar de importancia.

Esto ocurre en un momento en que la informática y la ciencia han interconectado al mundo en una manera tal que inclusive los pueblos más primitivos tienen acceso -y reciben el impacto- de los desarrollos y posibilidades que se ofrecen a todos los habitantes de este planeta. A su vez, las complejidades de la evolución tecnológica hacen que no queden más islas ajenas al conocimiento.

La situación actual se podría condensar en dos puntos principales que son: I) un país con un predominio militar absoluto, y II) el fenómeno de la globalización que hace que se produzca una interconexión entre todos los países que hace necesaria la intercomunicación y cooperación entre los estados.

En cierta manera hay una oposición entre estos dos puntos, ya que por un lado EE.UU. puede imponer militarmente su punto de vista y por el otro la globalización lo obliga a cooperar con otros estados.

En los propios EE.UU. se agudiza cada vez más un debate académico acerca de si pueden actuar solos, como sugieren los medios neoconservadores (3), o si, por el contrario, deben tener un diálogo más abierto con diversos países de la comunidad internacional. Es decir, debe procurarse "convencer" más que "imponer", y es allí donde surgen conceptos como el *soft law* (4). Es esta una controversia que se va agudizando cada vez más

(3) La expresión misma "neoconservadores" está siendo discutida en EE.UU. Para algunos autores se trataría más bien de un neojacobinismo dado que más que mantener un ordenamiento se quiere imponer un nuevo sistema. Claes G. Ryn, "America the Virtuous". 2003.

(4) Según Joseph S. Nye Jr., "The Paradox of American Power", 2002, pág. 171, en un mundo como el actual "America must not only maintain its hard power but understand its soft power and how to combine the two in the pursuit of national and global interest".

con la publicación creciente de obras al respecto por ambas tendencias. Es muy posible que esta diferencias de opiniones vaya a tener cabida en la próxima elección presidencial estadounidense. Demás está decir que los resultados de dicha elección serán gravitantes para el desarrollo de la política mundial.

De esta manera se ha producido una relación antitética entre la situación militar y las consecuencias de la globalización. Por ello, ya en 1999, antes del atentado a las Torres Gemelas, decía Samuel Huntington que vivíamos en un momento peculiar que calificó de *uni-multipolar*, con una superpotencia y varios países importantes aunque de menor jerarquía (5). El actual caso del Irak está rubricando esta aseveración, en que EE.UU. triunfante del conflicto militar está requiriendo apoyos para la estabilización de ese país.

Ya en 1910, en un momento de equilibrio y paz, el jurista suizo Max Huber había afirmado en su estudio "Bases sociológicas del Derecho Internacional" (*Soziologische Grundlagen des Völkerrechts*) (6), que el derecho a medida que se perfecciona cobra autonomía con respecto a la conducta humana que condiciona. El Derecho Privado es para Huber la rama más perfeccionada y, por el contrario, el Derecho Internacional es el menos perfecto, por lo que es el más ligado a su sustrato sociológico. Vale decir que el Derecho Internacional es la rama que más unida está a la política.

Esta situación hace que se deban tener particularmente en cuenta la política internacional como tal puesto que, como se mencionara, el Derecho Internacional es una consecuencia inevitable de la coexistencia de los estados. Si EE.UU. necesita del concurso de otros países debe también tomar en cuenta, apesar de su propio predominio, algunas de sus opiniones. En un momento tan fluctuante como el actual la politología internacional cobra una trascendencia mayor (7).

Al terminar la Guerra Fría el director del Instituto de América del Norte de Moscú dijo: "le hemos hecho a EE.UU. lo peor que podíamos, le hemos

(5) Samuel P. Huntington, "The Lonely Superpower", *Foreign Affairs* (III-IV, 1999).

(6) Max Huber, reedición en "Gesellschaft und Humanität", 1948, pág. 49.

(7) Esta interacción es analizada por Michael Byers y Georg Nolte (editores) en "United States Hegemony and the foundations of International Law", 2003, donde se reproducen las discusiones que tuvieron lugar en Göttingen en 2001-2002.

quitado el enemigo". Lo que parecía simplemente un comentario irónico encerraba una verdad profunda. En esta nueva época, ¿quién es el enemigo? En una confrontación hay que tener un enemigo claro y definido.

EE.UU., en el fondo, repito, no quiere imponer su voluntad y lo que aun es más importante, su dominio sobre todo el mundo. Les resulta difícil, sin embargo, aceptar apreciaciones culturales que no coinciden con sus propias posiciones. No desean cargar tampoco con todo el costo ya que consideran que están actuando para el bien de todos.

Aquí debemos contemplar que no es sólo con culturas ajenas, como la musulmana por ejemplo, que deben contemporizar sino también con culturas similares a la propia, como la europea, con la que coinciden en los aspectos fundamentales pero se diferencian en muchos modos de acción.

Europa es un aliado, pero ¿hasta dónde? A medida que aumenta el poder de un país más tiende a actuar individualmente. Hasta 1914 esa era también la posición europea. Pero hoy en día una Europa militarmente debilitada tiende más a observar y establecer reglas jurídicas. Cuando uno no quiere tomar actitudes que le pueden resultar costosas, la evasión por el derecho es una solución relativamente cómoda.

Una de las características del actual momento histórico es que estamos atravesando un período no sólo convulsionado sino también sin actores claramente definidos. En cierta manera se podría decir que es similar a lo que pasó en Europa después de la caída del Imperio Romano y antes de la llegada de Carlomagno. Es así que se ha estigmatizado al terrorismo como una de las causas que originan los enfrentamientos del momento.

El terrorismo como tal es un método, un modo de actuar y no un objetivo, por lo tanto no puede ser calificado como el "enemigo". En el fondo al decir que se está en contra del terrorismo no se identifica a ningún contradictor, simplemente se señala medios de acción que no son admisibles. Con toda razón dice Brzezinski que es como si se definiera la Segunda Guerra Mundial como una guerra contra la *blitzkrieg* y no una guerra contra el Eje (8).

(8) Zbigniew Brzezinski, "Power and insecurity", publicado en The International Herald Tribune, 15-16 November 2003, y reproducido posteriormente en su libro "The Choice", 2004, pág. 28.

Estados Unidos al concentrar sus objeciones contra el terrorismo como causante de los enfrentamientos ciertamente no clarifica la situación. El terrorismo es empleado por movimientos disímiles que a menudo no tienen nada en común. Efectivamente, una lucha por la independencia nacional es distinta a un movimiento que desea alterar y cambiar un régimen político-económico imperante. La metodología puede ser similar pero los objetivos así como los actores son diferentes.

Aquí se vuelve a la pregunta al fin de la Guerra Fría: ¿quién es el enemigo? No se puede negar es que existen en este momento una serie de posiciones político-económicas encontradas y deseos de superación –o meramente de aplicación práctica-, de posiciones dispares. La interconexión fáctica de la Humanidad hace cada vez más necesaria la consideración conjunta de una serie de problemas.

Llegamos a uno de los grandes puntos de discusión mundial: ¿es que Naciones Unidas tiene aun vigencia o sería mejor reemplazarla por una institución más acorde con el momento actual? Nos vemos frente a una encrucijada en que lo perfecto puede ser enemigo de lo bueno.

Naciones Unidas, con todas sus imperfecciones, ha podido subsistir más de medio siglo. Resulta difícil hoy en día imaginar la elaboración de un nuevo instrumento jurídico que reemplace la Carta de San Francisco y que sea aceptada por todos los habitantes del globo. El veto resultará irritante porque configura una desigualdad pero sin él no hubiera habido Naciones Unidas (9). Lo fundamental es que pudo funcionar durante todas estas décadas. Es cierto que en muchas oportunidades –algunas muy importantes-, no actuó. Se debe reconocer también que ningún otro instrumento jurídico hubiera resultado operativo.

Cuando Naciones Unidas funciona sus decisiones son aceptadas. Es importante destacar que una decisión del Consejo de Seguridad confiere *legitimidad* y no hay ningún otro organismo o agrupación política que pueda conferir esa característica a sus decisiones.

Hoy en día el querer reemplazar a Naciones Unidas por otra estructura que puede ser, en teoría, más justa, significaría derogar la única instancia

(9) Hans Kelsen, "Il ne s'agit évidemment pas d'une égalité dans le droit, mais d'une égalité devant le droit", "Théorie du droit international public", 1953, vol. 84 "Recueil des Cours".

capaz de otorgar legitimidad a una decisión. Es este un punto gravitante por lo que debe mantenerse lo existente y no sumergirse en un futuro imprevisible.

En el fondo la disyuntiva es que cuando el Consejo de Seguridad no puede funcionar el mundo sigue como actuó siempre pero cuando se obtiene una decisión del Consejo, la Humanidad tiene un instrumento aceptado.

La *legitimidad* no es algo que se puede fabricar de la noche a la mañana y requiere una aceptabilidad que no es fácil de obtener, es algo que se reconoce pero que no se impone ni se negocia.

Lo fundamental es que en un momento tan convulsionado en el que no se puede apreciar con claridad cuales son los problemas efectivos y, lo que es aun más importante, cuales pueden ser las soluciones posibles, es por demás importante tener un instrumento que en algunas situaciones puede funcionar. En el fondo no hay alternativa a Naciones Unidas que sea operativa en el mundo actual (10).

Hay que tener siempre presente que estamos atravesando un momento de incertidumbre además de posiciones ideológicamente encontradas. Resulta difícil visualizar un sistema que en la práctica pueda resolver todos los conflictos, por lo tanto, resulta aconsejable mantener lo que tenemos, que si bien no resuelve todos los problemas, soluciona algunos y, lo que es aun más importante, es una instancia a la que siempre se puede acudir cuando se llega a acuerdos que en el fondo son transacciones. Cuando las partes ceden algo para llegar a un resultado generalmente se desea homologarlo con un manto de legitimidad.

Resulta difícil pues, bajo las circunstancias actuales, visualizar una alternativa a las Naciones Unidas, a pesar de todas sus imperfecciones. ♦

(10) Según Robert Cooper, "The Breaking of Nations", 2004, pág. 167, "Legitimacy is as much a source of power as force. Force without legitimacy is tyranny -for those who are subject to it. In an age in which security will depend on taking early action against emerging threats abroad, legitimacy is more important than ever. And, like it or not, the United Nations remains the most powerful source of legitimacy for such action. The proof of this is in the many failures the United Nations has survived. Success needs no legitimization, but to survive failure after failure and still attract loyalty requires special qualities".

REFLEXIONES JURÍDICAS EN TORNO A LA DOCTRINA DE LA CORTE SUPREMA EN EL CASO "ARANCIBIA CLAVEL"

POR HORACIO A. GARCÍA BELSUNCE (*)

SUMARIO: I.- El caso planteado y su decisión judicial. II.- La ley como fuente única del derecho penal. III.- La costumbre no puede crear delitos ni penas. IV.- La irretroactividad de la ley penal. V.- El derecho de gentes y los delitos internacionales. VI.- Los tratados con jerarquía constitucional y la Constitución Nacional. VII.- La adecuación de los tratados con los principios de derecho público. VIII.- La revocación de la prescripción. IX.- Colofón.

I.- El caso planteado y su decisión judicial.

El objeto de las reflexiones que haremos en los capítulos siguientes, es la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el 24 de agosto de 2004, en la causa seguida contra Enrique Lautaro Arancibia Clavel, por homicidio calificado y asociación ilícita.

El Tribunal Oral en lo Criminal Federal condenó al procesado como autor del delito de asociación ilícita agravada con pena de reclusión perpetua. Interpuesto el recurso ante la Cámara Nacional de Casación Penal, ésta casó parcialmente el fallo mencionado, en cuanto había condenado por asociación ilícita agravada y considerando que la conducta del imputado debía encuadrarse en la figura del delito de asociación ilícita simple, lo sobreseyó por considerar extinguida la acción penal por prescripción

(*) Comunicación efectuada en la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, el 29 de setiembre de 2004.

respecto del mencionado delito, por cuanto desde la fecha en que el procesado dejó de cometer el delito (la de su detención) hasta la de su llamado a prestar declaración indagatoria, transcurrió el plazo máximo de prescripción que señala el Código Penal.

Contra esta última decisión, la querrela –en representación del gobierno de Chile– interpuso el recurso extraordinario que motivó la sentencia objeto de nuestro comentario.

Ante la Cámara de Casación la querrela ya había planteado la configuración de la autoría de un crimen de lesa humanidad y, por ende, la imprescriptibilidad de la acción penal, pues en el caso debía regir la “Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad”, a la que se adhirió la Argentina por ley 24.584 del 1.11.95 y que, posteriormente, adquirió jerarquía constitucional por ley 25.778, sancionada el 20.08.03.

Sobre la base de los hechos y el derecho pretendidamente aplicable, la Corte Suprema se avocó, atento a que la comisión de los hechos de la causa ocurrieron antes de la vigencia de la Convención mencionada, a examinar la cuestión relativa a si la regla que establece la imprescriptibilidad de la imputación por el delito mencionado se aplicaría al *sub lite* retroactivamente o si ello lesiona el principio *nulla poena sine lege* (Considerando 22 del voto de la mayoría).

El Alto Tribunal consideró “que ésta Convención sólo afirma la imprescriptibilidad, lo que importa el reconocimiento de una norma ya vigente (*ius cogens*) en función del derecho internacional público de origen consuetudinario. De esta manera, no se fuerza la prohibición de la irretroactividad de la ley penal, sino que se afirma un principio instalado por la costumbre internacional que ya tenía vigencia al tiempo de la comisión de los hechos” (Considerando 28 del voto de la mayoría). En esta línea argumental, dice el fallo que “la costumbre internacional ya consideraba imprescriptibles los crímenes contra la humanidad con anterioridad a la Convención” (Considerando 29 del voto de la mayoría), agregando que la existencia del *ius cogens*, en la mayoría de los casos, se configura a partir de la aceptación en forma tácita de una práctica determinada” (Considerando 30 del voto de la mayoría).

A partir del fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Velázquez Rodríguez” (1988), “la aplicación de las disposiciones de

derecho interno sobre prescripción constituye una violación del deber del Estado de perseguir y sancionar, y consecuentemente, compromete su responsabilidad internacional" (Considerando 36 del voto de la mayoría), concluyendo en que "las reglas de prescripción de la acción penal previstas en el ordenamiento jurídico interno quedan desplazadas por el derecho internacional consuetudinario y por la Convención mencionada" (Considerando 38 del voto de la mayoría).

II.- La ley como fuente única del derecho penal

Nuestro régimen constitucional asigna al Congreso la facultad de dictar el Código Penal (artículo 75, inc 12), sin perjuicio de la facultades represivas provinciales conforme al poder no delegado por los gobiernos locales a la Nación (artículo 121 CN) y que se refiere a las incriminaciones contravencionales.

Como fuentes del derecho en general se señalan la ley, la costumbre, la doctrina y la jurisprudencia; pero con referencia al derecho penal la única fuente la constituye la ley, en virtud del principio *nullum crimen nulla poena sine lege* contenido en el artículo 18 de la CN que dice: "Ningún habitante de la Nación Argentina puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso". Este es el llamado principio de reserva.

El principio de legalidad tiene su raíz en el sistema representativo de gobierno, basado en la soberanía popular y en la separación o división de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial, que hacen a la esencia del sistema republicano de gobierno. Es una consecuencia, además, del principio sentado por el artículo 19 CN cuando expresa que "Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley ni privado de lo que ella no prohíbe".

La regla constitucional es que las obligaciones de carácter penal y las penas correlativas sólo existen para los habitantes y para el gobierno, en virtud de la sanciones legislativas y, como resultado, el poder ejecutivo no puede crearlas ni el poder judicial aplicarlas si falta una ley que las haya establecido antes de la ejecución del hecho justiciable (Fallos, t. 178, 355 y posteriores). El principio rige tanto para los delitos del derecho penal común como para las contravenciones y los delitos previstos por leyes especiales (artículo 4º CP, tributarios, administrativos, bancarios, cambiarios, etc.)

Señala Grispigni (*Corso di Diritto Penale secondo il nuovo Codice*, t. I, p. 370) aparte del principio *nullum crimen sine lege*, es "el principio de la división de los poderes, sobre el cual fundamentalmente se basan todos los estados modernos, para establecer que la facultad de emanar normas jurídicas penales es reservada al Poder Legislativo, mientras que al Poder Ejecutivo se le reconoce la misma facultad sólo subordinadamente a las normas puestas por el primero, ello es, existe una jerarquía entre la ley y el reglamento, en la cual se reconoce prevalencia a la primera. De aquí deriva la consecuencia que los reglamentos nunca pueden contener disposiciones *contra legem*"

El temor al arbitrio hizo pensar en otros tiempos, que entre las facultades de los jueces no estaba la de interpretar la ley penal (Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, c. 4). De lo que antecede surge implícito, que el principio de legalidad se cumple sólo a través de la *ley formal y material*; o sea, la norma jurídica sancionada por el Congreso de la Nación siguiendo el trámite ordinario de sanción de las leyes. Queda, en consecuencia, excluido el concepto de ley *lato sensu*, que se extiende a los decretos, ordenanzas y disposiciones administrativas.

La ley penal debe ser una regla *estricta y general*, condición necesaria para que los habitantes del Estado puedan tener delante de los ojos especies de delitos exactamente determinados y penas delimitadas con igual exactitud y evitar que la individualización personal de la regla represiva choque con la garantía constitucional de la igualdad ante la ley, que prohíbe establecer excepciones o privilegios que excluyen a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias (Núñez, *Tratado de derecho penal*, t. I, p. 95).

Consecuencia del principio de reserva penal es que la punibilidad de los hechos que la ley no castiga queda reservada, como esfera de inmunidad, frente al poder represivo del Estado. La zona de reserva debe estar claramente trazada, lo que se logra mediante la enumeración taxativa por la ley, de los hechos punibles y de las penas pertinentes, de manera que aquéllos y éstas representen un *numerus clausus* en recíproca e inalterable correspondencia.

Como consecuencia del principio de legalidad resultan otras reglas propias del derecho penal liberal, como la prohibición de la aplicación de la ley penal por analogía, la irretroactividad de la ley penal y la aplicación de la ley penal más benigna.

Núñez dice que "El derecho penal estructurado sobre el principio de reserva se opone vivamente al derecho penal estructurado sobre el principio rector de una 'justicia penal sustancial', inspirada en la lucha efectiva contra los llamados enemigos de la sociedad o del Estado. Esta idea, revivida en el aspecto político por los estados totalitarios, que ven en el derecho penal un medio utilizable libremente, sin obstáculos legales, por la sociedad, para luchar contra el delito, modifica radicalmente la posición de las partes que están en juego en la realización de la facultad punitiva. En tanto que el *principio de reserva*, al oponerle al poder punitivo la base de un catálogo legal de delitos y penas absolutamente circunscrito, hace prevalecer la libertad sobre las necesidades de la autoridad" (ob. cit., t. I, p. 105).

III.- La costumbre no puede crear delitos ni penas

Partiendo de la distinción entre el derecho internacional convencional, cuya fuente son los tratados, y el derecho internacional consuetudinario, que tiene por fuente a la costumbre, la Corte Suprema por el voto de la mayoría de cinco de sus integrantes, resuelve imputar al procesado la comisión de un crimen de lesa humanidad, conforme a la "Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad", por hechos cometidos entre 1976 y 1978.

No cabe duda que el delito de lesa humanidad integra nuestro derecho penal interno como consecuencia de la aprobación legal de la citada Convención y la jerarquía constitucional que se le ha dado pero, como surge de los considerandos del voto de la mayoría mencionados en el capítulo I que antecede, la Corte Suprema considera, para así sancionar al procesado, que el delito de lesa humanidad "se reafirma en el principio instalado por la costumbre internacional que ya tenía vigencia al tiempo de comisión de los hechos... toda vez que su carácter de norma consuetudinaria de derecho internacional anterior a la ratificación de la Convención de 1968 era *ius cogens*... la costumbre internacional ya consideraba imprescriptibles los crímenes contra la humanidad con anterioridad a la Convención, también esta costumbre era materia común del derecho internacional con anterioridad a la incorporación de la Convención al derecho interno" (Considerandos 28 y 29 del voto de la mayoría).

Según su voto el juez Boggiano, integrante de la mayoría, dice: "que en el caso no se presenta una cuestión de conflicto de leyes en el tiempo pues el

crimen de lesa humanidad lesionó antes y ahora el derecho internacional, antes el consuetudinario, ahora también el convencional, codificador del consuetudinario" (Considerando 29 de su voto). En la misma línea argumental el voto del Doctor Maqueda, que integra la mayoría, manifiesta que "corresponde verificar si la conducta constituye un crimen contra la humanidad de acuerdo a las reglas consuetudinarias de derecho internacional o el derecho internacional convencional o en virtud de los principios de derechos reconocidos por la comunidad de las naciones..." (Considerando 42 de su voto).

Contrariamente, en su voto en disidencia el juez Belluscio cita como antecedente la decisión de la Corte de Apelaciones de París dictada con motivo de los crímenes contra la humanidad cometidos en Argelia entre 1955 y 1957, cuando consideró que "los hechos denunciados sólo podrían ser perseguidos si revistieran una calificación penal de derecho interno o de derecho internacional y que el artículo 212-1 del Código Penal (Francés), que define los crímenes contra la humanidad, había sido introducido en la legislación interna el 1º de marzo de 1994" y agrega "que para sostener la acción no es posible invocar una costumbre internacional que si en su caso puede guiar la interpretación de una convención, no puede suplir su ausencia para crear *ab initio* una incriminación". Concluye el juez disidente citando la decisión de la sala criminal de la Corte de Casación francesa, en el caso antes citado, cuando resolvió "que, en fin, la costumbre internacional no podría suplir la ausencia de texto que incrimine, bajo la calificación de crímenes contra la humanidad, los hechos denunciados por la parte civil (sentencia del 17 de junio de 2003)" (Considerando 17 de su voto).

El Código Civil en su artículo 17 dice: *Los usos y costumbres no pueden crear derechos, sino cuando las leyes se refieren a ellos o a situaciones no regladas legalmente*. Según Borda para que exista costumbre deben reunirse dos elementos: a) el material, que consiste en una serie de actos repetidos de manera constante y uniforme y b) el psicológico, que consiste en la convicción común de que la observancia de la práctica responde a una necesidad jurídica ("Tratado de derecho civil argentino", 5º ed, t. I, p. 70).

Soler, admitiendo que la costumbre es una fuente mediata del derecho dice que ello podrá ser exacto para otras ramas del derecho, pero no puede afirmarse en derecho penal, pues "acordar mayor valor que el señalado a la costumbre, como fuente de derecho, parece vulnerar prin-

principios fundamentales y llevar imprecisión al derecho penal" (Soler, *Derecho penal argentino*, 9ª reimpresión, 1983, t. I, p. 123). En el mismo sentido, sostiene Núñez que "el derecho consuetudinario no podría ser fuente legítima del poder represivo por no ser escrito o por no emanar de un órgano legislativo", y agrega que distinto al problema del derecho consuetudinario como fuente de infracciones y de penas, es la cuestión de si la costumbre puede tomarse en consideración en el campo del derecho penal como integratoria, supletoria o derogatoria de normas y así, afirma, que rige como regla general el artículo 17 del Código Civil, que les depara sólo un valor subordinado a las referencias del derecho legal aplicable a ellas (ob. cit., p. 96).

De manera análoga se expresa Soler cuando dice que si bien queda totalmente descartada la costumbre como fuente *contra legem* y la costumbre *supletoria*, esta última en virtud de los principios que rigen a la interpretación de la ley penal, no puede decirse lo mismo en cuanto a la costumbre *integrativa*, pues pudiendo ser ésta admitida como fuente en el derecho civil, comercial y administrativo, si una norma penal en blanco se refiere a ese género de disposiciones, la costumbre en tal caso vendría a ser fuente mediata de segundo grado con relación al derecho penal (ob. cit., t. I, p. 123).

Por otra parte, el concepto de delito está reñido con que la costumbre pueda ser fuente de la incriminación. *Delito es una acción típicamente antijurídica, culpable y adecuada a una figura penal* (Soler, ob. cit., t. I, p. 208). La antijuridicidad consiste en la relación de contradicción entre el hecho y el ordenamiento jurídico general, contenido no sólo en el C.P. sino en otras normas jurídicas que fuera de él tipifican ilícitos penales. "*La adecuación a una figura penal es un requisito de la definición del delito para todo sistema jurídico en el que rija, como ocurre en el nuestro, el principio nullum crimen sine lege... Una acción alcanza carácter delictivo pasando a través de una figura determinada*" (Soler, ob. cit., t. I, p. 209)

De lo que antecede, surge ineludiblemente que el derecho internacional consuetudinario, que equivale a decir la costumbre, no tipifica una acción antijurídica y, por ello, no puede crear delitos.

Una interpretación contraria, como la que resulta del voto de la mayoría de la Corte Suprema, conduce a violar no sólo el principio de legalidad sino también el de la tipicidad de la acción antijurídica y, así mismo, el de que esa acción resulte adecuada a una figura penal.

IV.- La irretroactividad de la ley penal

Como hemos dicho en capítulos anteriores, el artículo 18 de la Constitución Nacional consagra el principio de la irretroactividad de la ley penal al decir que nadie "puede ser penado sin juicio previo fundado en *ley anterior al hecho del proceso*". La irretroactividad de la ley penal es una consecuencia del principio de reserva de ley al que nos hemos referido en el capítulo II y no es sino un derivado del dogma reconocido como fundamento de toda la construcción jurídico-penal: *nullum crimen nullum poena sine lege*. La aplicación de la ley posterior significaría alterar las condiciones o exigencias de la ley de la época en que tuvo lugar la conducta, calificada después como delictiva.

Soler distingue claramente el caso en que la ley contiene nueva incriminación, que no puede aplicarse a hechos anteriores, porque ello implicaría la violación del principio de reserva ya citado, del supuesto en que la nueva ley quita carácter delictivo a un hecho anteriormente reprimido, en el que cobra plena aplicación, por no ser necesario a la defensa social mantener bajo pena esa determinada clase de actos, lo que constituye el principio de *no ultractividad*. La nueva ley que establece condiciones más severas no es retroactiva en virtud del principio mencionado y, en cambio, la nueva ley que es menos gravosa se aplica de pleno derecho desde la época de su promulgación, lo que constituye el llamado principio de la *aplicación de la ley penal más benigna* consagrado por el artículo 2º del C.P. (ob. cit., t. I. p. 188)

Aún para quienes la irretroactividad no es una garantía constitucional, sostienen, sin embargo, el principio basado en una razón de estricta justicia. Así por ejemplo, Carrara, para el cual el delito es siempre el resultado de una relación de contradicción entre el hecho del hombre y la ley, dice que "No puede existir contradicción entre lo que se hace y una ley que aún no es". (citado por Soler en ob. cit., t. I, p. 189)

La garantía constitucional del artículo 18 resulta reforzada por los tratados con jerarquía constitucional mencionados en el artículo 75, inc. 22 de la Constitución Nacional como consecuencia de la reforma de 1994. Entre ellos mencionamos la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre* (1948, artículo XXVI); *Declaración Universal de Derechos Humanos* (1948, artículo 11, 2); *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (1984, artículo 9); *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (1966, artículo 15.1). La adhesión de nuestro país a este último Pacto merece una especial

aclaración, en razón de que su artículo 15.2 dice que "Nada de lo dispuesto en éste artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional", pues la ley 23.313, que aprobó el Pacto, formuló la siguiente reserva: "El gobierno argentino manifiesta que la aplicación del apartado 2º del artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, deberá estar sujeta al principio establecido en el artículo 18 de nuestra Constitución Nacional", lo que equivale a que el gobierno argentino ha dado prevalencia al principio de la irretroactividad por sobre la aplicación retroactiva de los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional.

Consideramos innecesario remitirnos a otras citas doctrinarias y mucho menos a la innumerable jurisprudencia de la Corte Suprema y de otros tribunales nacionales y provinciales que han reafirmado el principio de la irretroactividad de la ley penal.

Sin embargo, el fallo cuyo comentario nos ocupa admite la retroactividad de una ley posterior a los hechos incriminados, aunque hábilmente sin decirlo así, pues el voto de la mayoría expresa en el considerando 29, que ya hemos citado, que "no se trata propiamente de la vigencia retroactiva de la norma internacional convencional, toda vez que su carácter de norma consuetudinaria del derecho internacional anterior a la ratificación de la convención de 1968 era *ius cogens*".

Aludiendo expresamente al tema la de irretroactividad dice en su voto el juez Boggiano: "Ante el conflicto entre el principio de irretroactividad que favorecía al autor del delito contra el *ius gentium* y el principio de retroactividad aparente de los textos convencionales sobre imprescriptibilidad, debe prevalecer éste último..." (Considerando 30 de su voto).

En su voto en disidencia el juez Fayt recuerda que en la Asamblea General de la ONU, de fecha 3 de diciembre de 1973, cuando se adoptó la resolución 3.074 sobre principios de cooperación internacional en materia de crímenes de guerra o de lesa humanidad y se estableció que esos crímenes, "cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido, serán objetos de una investigación y las personas contra las que existen pruebas de culpabilidad en la comisión de tales crímenes serán buscadas, detenidas, enjuiciadas, y en caso de ser declaradas culpables, castigadas", el representante de la delegación argentina se opuso a esa redacción consideran-

do que "el texto podía interpretarse en el sentido de que se exige a los estados que adopten una legislación retroactiva...".

El tratado de Roma de 1998 que creó la Corte Penal Internacional, aprobado por ley 25390 (30.11.00) y en vigencia a partir del 1º de julio de 2002, dispone en su artículo 11 que "1. *La Corte tendrá competencia respecto de los crímenes cometidos después de la entrada en vigor del presente Estatuto.* 2. Si un Estado se hace parte en el presente Estatuto después de su entrada en vigor, la Corte podrá ejercer su competencia únicamente con respecto a los crímenes cometidos después de la entrada en vigor del presente Estatuto respecto de ese Estado...". Agrega el artículo 24 que "*Nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto por una conducta anterior a su entrada en vigor*".

V.- El derecho de gentes y los delitos internacionales

El juez Maqueda, integrante de la mayoría, sostiene que "...corresponde concluir que la Constitución Nacional de 1853 reconoció la supremacía de ese derecho de gentes... a la fecha de la institución de los principios constitucionales de nuestro país el legislador lo consideraba como preexistente y necesario para el desarrollo de la función judicial" (Considerando 22 de su voto). Desconocemos la invocada supremacía del derecho de gentes como reconocida por la Constitución Nacional, ya que ésta establece el orden de prelación de las normas jurídicas cuando dice en su artículo 31: "Esta Constitución, las leyes de la Nación que su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación...". Ninguna otra norma del texto constitucional alude al derecho de gentes, con excepción del artículo 118 que lo menciona al establecer reglas de competencia en los juicios criminales ordinarios, disponiendo que "cuando éste (el delito) se cometa fuera de los límites de la Nación, contra el *derecho de gentes*, el Congreso determinará por una ley especial el lugar en que haya de seguirse el juicio". Con acierto, el juez disidente Dr. Belluscio dice que "...la única alusión de la Constitución al derecho de gentes es al artículo 118, que constituye solamente una regla de competencia judicial..." (Considerando 16 de su voto).

Alberdi, a quien cita el juez Maqueda, dijo que "el derecho de gentes no será otra cosa que el desorden y la iniquidad constituidos en organización permanente del género humano, en tanto que se repose en otras bases que las del derecho interno de cada estado" ("El crimen de la guerra", Cap. II, nº 9, Obras Selectas, t. XVI, p. 48).

Asimismo, el juez Maqueda recuerda la distinción que hace la Corte norteamericana entre "un derecho de gentes convencional, que obliga a las naciones que hayan dado su asentimiento y el derecho de gentes consuetudinario construido sobre el consenso tácito y que es sólo obligatorio para aquellas naciones que lo hayan adoptado" (Considerando 28 de su voto).

Un tema controvertido por la doctrina en el derecho penal y en el derecho internacional, es el de la existencia y por ende, de su contenido, del llamado *derecho penal internacional*. La mayor parte de los penalistas alemanes como von Liszt, Binding, Frank, Beling, Mezger, Welzel, Maurach y otros, niegan la existencia del derecho penal internacional, sosteniendo que el contenido que tradicionalmente se le asigna no es de naturaleza internacional, sino de carácter estrictamente interno, es decir, nacional, pues se trata de normas que cada uno de los estados sanciona unilateralmente con el propósito de establecer el ámbito espacial de su propio derecho en materia punitiva (Fierro, *La ley penal y el derecho internacional*, 2ª ed., 1997, p. 55). En otras latitudes han llegado a la misma conclusión Manzini, Juan del Rosal, Cerezo Mir, Rodríguez Devesa y Juan Bustos Ramírez.

Antonio Quintano Ripollés coincide con esa crítica y, además, objeta no ya la naturaleza internacional, sino también la penal de todo el complejo de esas regulaciones que, en su criterio, corresponden a una temática eminentemente procesal, concerniente a los conflictos jurisdiccionales. Von Rohland, define a ésta supuesta disciplina como "el conjunto de principios de derecho por los cuales el Estado, como miembro de la comunidad internacional, determina el valor territorial de sus normas y las leyes penales respecto a las personas y a los bienes jurídicos", lo que significa considerar que se trata de reglas de derecho concernientes a la aplicación al extranjero del derecho penal nacional o interno. Con mayor claridad el jurista francés Donnedieu de Vabres, considera que se trata de la disciplina "que determina la competencia de jurisdicciones penales del Estado frente a las jurisdicciones extranjeras, la aplicación de sus leyes criminales en orden a los lugares y a las personas que ellas rigen y a la autoridad sobre su territorio de las sentencias represivas extranjeras". (citados por Fierro, ob. cit., p. 56).

Subsiste la controversia de si el derecho internacional penal resulta un desprendimiento del derecho internacional público, o si se trata de una disciplina derivada del derecho penal común, pues como dice Fierro, con-

forme sea el punto de vista que se adopte, éste tendrá innegable repercusión sobre diversas cuestiones y entre ellas, la de la determinación de las fuentes; resulta un problema marcadamente arduo conciliar normas internacionales de elaboración consuetudinaria y convencional con las exigencias de certeza y absoluta seguridad que han llevado al derecho penal moderno a la consagración prácticamente universal del principio del *nullum crimen, nulla poena sine lege* y que, con su lógico complemento del concepto de tipicidad, ha reducido el problema de las fuentes en materia punitiva a la exclusividad de la ley escrita (ob. cit., p. 68).

Dejando de lado la problemática del derecho penal internacional, que creemos no comprende al caso judicial que nos ocupa, queremos cerrar este punto con la opinión que nos da Fierro (ob. cit., p. 76) citando la de nuestro ex-profesor Eusebio Gómez, que afirmaba: "que no es posible admitir como propia la expresión de delitos internacionales para aludir a aquellos que se reprimen por aplicación inveterada de usos internacionales o por haber sido previstos en las diversas convenciones celebradas por las naciones, ya que, si tales usos y tratados reclaman, para su observancia, el reconocimiento y aprobación por parte del derecho interno de los diferentes estados, es ese derecho interno el que, en definitiva, ha sido transgredido con la comisión del acto punible en cuestión".

Para cerrar el tema nada es más concreto que la opinión de Bidart Campos cuando dice "Que los delitos contra el derecho de gentes, tanto cometidos en territorio argentino como fuera de él, necesitan contar con incriminación propia en la ley penal interna o en un tratado internacional que esté incorporado al derecho argentino y que contenga el tipo penal. No bastaría, pues, la sola alusión incriminatoria en el derecho internacional universalmente aceptado, o el reproche del Estado por los principios generales del derecho reconocido por la comunidad internacional" ("Tratado elemental de derecho constitucional argentino", 1995, t. III, p. 482).

Continúa diciendo el eminente constitucionalista citado que "A la luz del principio constitucional de legalidad penal interpretamos que para juzgar y sancionar a una persona en jurisdicción argentina por una conducta que el derecho internacional —o su principio— consideraba delictuosa, era menester una de estas dos cosas: a) que además de aquella genérica norma internacional penal existiera antes del hecho una ley interna que lo incriminara y sancionara, ó b) que a falta de esa ley existiera un tratado internacional incorporado al derecho argentino que tuviera claramente una norma incriminatoria y sancionatoria" (ob. cit., t. III, p. 629).

VI.- Los tratados con jerarquía constitucional y la Constitución Nacional

La reforma de la Constitución en 1994 incorporó al actual artículo 75, inc. 22, tratados internacionales cuya relación jerárquica con la Constitución Nacional ha suscitado y seguirá suscitando grandes dudas.

Comienza por decir que *Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes*. Nos detenemos aquí porque hay que recordar que la *Convención de Viena sobre derecho de los tratados* (aprobada por la ley 19.865 del 3.10.72, y que entró en vigencia el 27.01.80), ha aceptado el principio de *primacía del derecho internacional* sobre el derecho interno, conforme a su artículo 27.

Yendo más allá de la *primacía* a que nos referimos en el párrafo anterior, el artículo 75, inc. 22 incorpora a la Constitución diez tratados internacionales a los que les asigna *jerarquía constitucional*.

En varias oportunidades, y especialmente en ocasión de nuestra conferencia en "Homenaje a la Constitución de 1853 en su sesquicentenario" dijimos hablando de la *supremacía de la Constitución* que como consecuencia de las modificaciones introducidas por los incs. 22 y 24 del artículo 75, "la escala jerárquica prevista en el artículo 31 se ha modificado y es la siguiente: 1) la Constitución Nacional; 2) los tratados sobre derechos humanos con jerarquía constitucional; 3) los tratados de integración y los demás tratados internacionales que son superiores a las leyes, pero no tiene jerarquía constitucional; 4) las leyes del Congreso de la Nación; 5) las leyes provinciales". Advertimos que si se acepta esta escala jerárquica que resulta de la reforma constitucional, ¿se ha modificado o no el artículo 31?. Agregamos que si la respuesta fuera afirmativa, la reforma introducida sería nula de nulidad absoluta, por aplicación de lo dispuesto en los arts. 6º y 7º de la ley 24.309 que convocó a la Convención Reformadora y que disponían que ella no podía introducir modificación alguna a las declaraciones, derechos y garantías contenidos en la primera parte de la Constitución (Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, nº 41, 2003, p. 17).

La asignación de jerarquía constitucional, a más de definir una prioridad sobre las leyes, quiere decir que los tratados *se sitúan al mismo nivel de la Constitución, que comparten su supremacía y que encabezan con ella nuestro ordenamiento jurídico* (Bidart Campos, ob. cit., t. III, p. 276). Agrega dicho autor que: "No afirmamos que estos instrumentos estén incorpora-

dos⁷ o integrados a la Constitución formal, ni que formen parte de ella, pero si enfatizamos que revisten su mismo rango, ubicándose en el llamado *bloque de constitucionalidad*, fuera de la Constitución documental".

La asignación de igual jerarquía y rango se reafirma en los otros conceptos del inc. 22 que reza: "No derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse *complementarios* de los derechos y garantías por ella reconocidos".

El que tales tratados sean "complementarios" no significa que tengan un mero carácter secundario o accesorio, pues "complementario" quiere decir algo que se integra a otro algo ya existente, o sea, que completa lo anterior. Es así que Bidart Campos dice que "Los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional confieren completitud al sistema de derecho de la Constitución para que por una doble fuente: la interna y la internacional, nuestro sistema de derechos resulte abastecido" (ob. cit., t. III, p. 277).

En términos categóricos el constitucionalista Badeni sostiene que "los tratados internacionales sobre derechos humanos, a pesar de tener 'jerarquía constitucional', están subordinados a una Constitución que no pueden modificar", porque ello se lo impiden los artículos 27 y 30 de la Ley Fundamental (*Instituciones de derecho constitucional*, 1997, t. I, p. 199).

A esta altura debemos recordar que la *Convención de Viena sobre derecho de los tratados*, que dispone la primacía del derecho internacional sobre el derecho interno (artículo 27), debe armonizarse con la nueva norma constitucional del artículo 75, inc. 22 que venimos comentando. Como consecuencia de la citada Convención de Viena una ley nacional no puede modificar ni derogar un tratado, que es parte del derecho interno luego de su aprobación por el Congreso de la Nación, cosa que era habitual en tiempos anteriores a la aprobación de dicha Convención. Pero, la primacía que asegura el mencionado artículo 27 al derecho internacional sobre el derecho interno, *no puede entenderse como que el derecho internacional esté por encima de la Constitución*, cuyas normas podría derogar o modificar. *La supremacía de la Constitución* es inalterable.

Así lo ha entendido la Corte Suprema en el caso "Cabrera c/ Comisión Técnica Mixta de Salto Grande (Fallos 305, 2150), en la que el Procurador General de la Nación afirmó que "Los tratados internacionales no prevalecen en nuestro derecho constitucional sobre la Constitución Nacional

porque la rigidez de ésta no tolera que normas emanadas de los órganos del poder constituido la alteren o violen, pues ello equivale a reformarla y porque el artículo 27 es terminante en exigir que los tratados estén de conformidad con los principios de derecho público de la Constitución". Más adelante nos referiremos al artículo 27 que menciona la opinión pretrascripta.

El fallo que nos ocupa enfoca el tema de la relación o jerarquía entre los tratados del artículo 75, inc. 22 con la Constitución. El juez Boggiano dice en su voto que integra la mayoría que "...la armonía o concordancia entre los tratados y la Constitución es un juicio constituyente...no pueden (los tratados) ni han podido derogar la Constitución pues esto sería un contra-sentido insusceptible de ser atribuido al constituyente...los tratados complementan las normas constitucionales sobre derechos y garantías...las cláusulas constitucionales y las de los tratados tienen la misma jerarquía, son complementarias y, por lo tanto, no pueden desplazarse o destruirse recíprocamente...el Congreso hace un juicio constituyente de armonía de todos estos preceptos que no pueden entrar en colisión o tener preeminencia pues constituyen la Constitución misma" (Considerandos 9 y 10 de su voto). Estos conceptos, muy parecidos a los que hemos citado de la obra de Bidart Campos, significan que coloca a la Constitución y los tratados con jerarquía constitucional como un bloque de constitucionalidad (al decir de Bidart Campos) o con la misma jerarquía normativa (Boggiano), pero así no se resuelve el problema que nos venimos planteando. Agregamos, además, que nos resulta utópico el concepto de Boggiano al decir que entre la Constitución y los tratados no puede haber colisión pues, precisamente, en el caso "Arancibia Clavel" se da la colisión entre la Convención sobre imprescriptibilidad y la irretroactividad del artículo 18 de la Constitución Nacional y de otros tratados incorporados a ella.

Con sentido jurídico y realista el juez Fayt dice en su voto en disidencia que: "la inclusión de tratados con jerarquía constitucional no pudo significar en modo alguno que en caso de que esa categoría de tratados contuviera disposiciones contrarias a la primera parte de la Constitución (como la retroactividad de la ley penal), aquéllos deban primar sobre el derecho interno...*la Constitución Nacional se erige sobre la totalidad del orden normativo* (lo destacado es nuestro). En segundo termino, se ubican los tratados sobre los derechos humanos individualizados en el segundo párrafo del artículo 75, inc. 22 y los tratados de derechos humanos que adquieran esa categoría en el futuro—tercer párrafo del artículo 75, inc. 22—...En tercer

lugar los demás tratados, concordatos y las normas dictadas a propósito de los tratados de integración; y por último las leyes del Congreso (Considerando 32 de su voto).

Concluimos esta cuestión adhiriendo a la opinión del juez Fayt, de la que resulta para el caso que nos ocupa que *la Convención sobre imprescriptibilidad no puede derogar ni modificar la garantía constitucional de la irretroactividad de la ley penal*, porque ningún tratado con jerarquía constitucional puede modificar la primera parte de la Constitución, porque los tratados son complementarios y no modificatorios de los derechos y garantías de esa primera parte y porque la jerarquía constitucional de los tratados no implica que estén por encima de la Constitución Nacional.

VII.- La adecuación de los tratados con los principios de derecho público

Dice el artículo 27 de la Constitución Nacional que: "El gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de los tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución".

A esta altura de nuestra exposición sería redundante citar la doctrina y la jurisprudencia nacional sobre el alcance e interpretación del pretrascripto artículo 27. Consideramos que nada es más claro y categórico que la opinión del juez Fayt en su disidencia en esta causa. Sobre el particular dice: "El artículo citado (se refiere al artículo 27) consagra la supremacía de la Constitución -más precisamente, de los principios constitucionales- frente a los tratados internacionales, y de él proviene la 'cláusula constitucional' o 'formula argentina' expuesta en la Conferencia de la Paz de La Haya en 1907 por Roque Sáenz Peña, Luís María Drago y Carlos Rodríguez Larreta, por la que se debe excluir de los tratados en materia de arbitraje las cuestiones que afectan las constituciones de cada país" (Considerando 15 de su voto).

El mencionado Juez recuerda la opinión de Joaquín V. González cuando dijo: "En cuanto la Constitución Nacional sea lo que es, el artículo 27 tiene para la Nación significado singular en el derecho internacional. La regla invariable de conducta, el respecto a la integridad moral y política de las naciones contratantes" (*Obras completas*, vol. IX, p. 52).

Concluye el juez Fayt que: "Es claro que dentro de los principios que sin lugar a dudas integran ese 'margen de apreciación' autónomo de cada Estado (con cita de la doctrina de la Comisión Europea de Derechos Hu-

manos, adoptada por la Corte Europea de Derechos Humanos y recogida también por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC- 4/84 del 19 de enero 1974)... se encuentran los derechos fundamentales garantizados a los individuos por las constituciones estatales. De esta manera la introducción de principios de derecho internacional encuentran su límite en la aceptación de sus derechos fundamentales. Es decir, se trata de adaptar las exigencias del derecho internacional —con el espacio de autonomías que se reservan los estados individuales— sin restringir las garantías básicas de las personas que, en el caso del derecho penal, no son otras que las que se encuentran sometidas a enjuiciamiento... Es indudable entonces, que sobre la base del artículo 27, el constituyente ha consagrado ya desde antiguo un propio "margen nacional de apreciación" delimitado por los principios de derecho público establecidos en la Constitución Nacional, conformado por sus artículos 14, 16, 17, 18 y 20" (Considerando 18 de su voto).

Y concluye el citado Juez: "Que, en definitiva, la vigencia del artículo 27 impide claramente la aplicación de un tratado internacional que prevea la posibilidad de aplicación retroactiva de la ley penal, en tanto el principio de legalidad que consagra el *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia* es innegablemente un principio de derecho público establecido en esta Constitución (artículo 18), quizás uno de los más valiosos. Es este "margen nacional de apreciación" el que determina que la garantía mencionada, consagrada a quienes son juzgados por tribunales argentinos, deba ser respetada estrictamente incluso tratándose de los denominados crímenes de lesa humanidad, cuando estos se juzgan en el país" (Considerando 19 de su voto).

VIII.- La revocación de la prescripción

Como hemos dicho en el capítulo I, la Cámara de Casación resolvió que la acción penal por el delito de lesa humanidad imputado a Arancibia Clavel se encontraba prescripta. Y en consecuencia, se planteó la cuestión en la instancia extraordinaria de si era viable o no revocar de oficio la prescripción declarada en la instancia anterior.

El voto de la mayoría recuerda que en el caso Mirás (Fallos 887-76) "se señaló expresamente que tal principio (el de la irretroactividad) alcanza también a la prescripción de la acción penal... el instituto de la prescripción cabe sin duda alguna en el concepto de "ley penal", desde que ésta comprende no sólo el precepto, la sanción, la noción del delito y la culpa-

bilidad, sino todo el complejo de las disposiciones ordenadoras del régimen de extinción de la petición punitiva" (Considerando 19 del voto de la mayoría).

Apartándose del precedente citado en el párrafo anterior, el voto de la mayoría revoca la prescripción considerando que "la costumbre internacional ya consideraba imprescriptibles los crímenes contra la humanidad con anterioridad a la convención" (Considerando 29 del voto de la mayoría). Agregando que "la aplicación de las disposiciones de derecho interno sobre prescripción constituyen una violación del deber del Estado de perseguir y sancionar, y consecuentemente, compromete su responsabilidad internacional" (Considerando 36 del voto de la mayoría). Y concluye en que "las reglas de prescripción de la acción penal previstas en el ordenamiento jurídico interno quedan desplazadas por el derecho internacional consuetudinario y por la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad" (Considerando 38 del voto de la mayoría).

La revocación de oficio por el Tribunal Superior de la prescripción de la acción penal resuelta en instancia inferior, vulnera el derecho de defensa en juicio, en tanto el imputado no habría tenido en esta instancia superior la posibilidad de cuestionar la imprescriptibilidad de la acción penal. El juez Belluscio en su disidencia sostiene que "este Tribunal no podría suplir la falencia mencionada (se refiere a que la querrela no mantuvo en el recurso extraordinario el agravio relativo a la imprescriptibilidad de la acción) declarando de oficio la imprescriptibilidad...las consideraciones de orden público siempre han llevado a los tribunales ordinarios a la declaración de la prescripción y no a su revocación...esta Corte jamás ha declarado de oficio que no se encontraba prescripta la acción penal cuando los tribunales de la causa la habían considerado extinguida...el juez de la causa sí declaró la prescripción de la acción penal, no puede ser revocada oficiosamente sin vulnerar el derecho de defensa en juicio del imputado...el principio de imprescriptibilidad que actualmente ostenta rango constitucional no suscita conflicto alguno que deba resolverse, toda vez que no existe ninguna norma constitucional en el derecho argentino que establezca que los delitos deban siempre prescribir...una cuestión muy distinta es que éste aceptado principio deba aplicarse no ya para el futuro, sino retroactivamente (Considerandos 10, 12 y 13 de su voto).

En el mismo sentido es harto ilustrativa la opinión del juez Fayt en su disidencia cuando dice que "este Tribunal no podría suplir la falencia

mencionada (se refiere a que la querrela no mantuvo en esta instancia el agravio relativo a la imprescriptibilidad) declarando de oficio la imprescriptibilidad de la acción penal. En efecto, el 'orden público' vinculado a la cuestión de la prescripción ha sido siempre invocado por los jueces con el fin de declarar de oficio la extinción de la acción penal y no para resolver su interrupción o suspensión... esta Corte jamás ha declarado de oficio que no se encontraba prescripta la acción penal cuando los tribunales de la causa la habían considerado extinguida... la regulación de la prescripción es una cuestión que pertenece a los presupuestos de la penalidad, por lo que de acuerdo con lo que dispone el principio de legalidad no puede modificarse retroactivamente en perjuicio del reo... conceder eficacia *ex post* a normas que prolonguen los plazos de prescripción o establezcan derechamente la imprescriptibilidad de la acción penal afecta indudablemente al requisito de *lex praevia* exigido por el principio de legalidad establecido en el artículo 18 de la Constitución Nacional" (Considerandos 10 y 14 de su voto).

IX.- Colofón

Si durante décadas la doctrina y la jurisprudencia han dicho que la Corte Suprema de Justicia de la Nación es el *guardián de la Constitución*, éste fallo demuestra lo contrario. ♦

CONSTITUCIONALIDAD DEL "ACUERDO SOBRE USOS PACÍFICOS DE LA ENERGÍA NUCLEAR" (*)

Señor
Presidente del Colegio de Abogados
de la Ciudad de Buenos Aires
Dr. Roberto Durrieu
Presente

De mi mayor consideración:

Tengo el agrado de dirigirme a Ud. en respuesta a la consulta que se me formulara con respecto a la constitucionalidad del "Acuerdo sobre Usos Pacíficos de la Energía Nuclear" celebrado con Australia y que se encuentra a consideración del Congreso Nacional.

Dicho tema fue introducido por el Dr. Atilio Dell'Oro Maini y girado a la Comisión de Derecho Ambiental de nuestro Colegio, la cual, al expedirse, se pronuncia por la inconstitucionalidad de dicho tratado considerándolo contrario al art. 41 in fine de la Constitución Nacional. La misma da razón a la inquietud planteada por el Dr. Dell'Oro Maini pero sugiere dicha Comisión que para una mayor amplitud de criterio se de intervención a la Comisión de Derecho Constitucional del Colegio.

(*) Dictamen presentado por el Académico doctor Juan R. Aguirre Lanari al Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, el 9 de octubre de 2002, cuya inclusión en Anales dispuso el plenario el 14 de octubre de 2004.

1. Para responder a la consulta requerida, he tenido en cuenta, junto a las normas constitucionales y legales en vigor, a los siguientes elementos que versan sobre la cuestión:

- a) Acuerdo entre la República Argentina y Australia sobre COOPERACIÓN EN LOS USOS PACÍFICOS DE LA ENERGÍA NUCLEAR.
- b) Convención conjunta sobre seguridad en la gestión del combustible gastado y sobre seguridad en la gestión de desechos radioactivos (a la que están adheridos la República Argentina y Australia)
- c) Nota dirigida por INVAP a los señores legisladores con fecha 20 de junio de 2002.
- d) Publicación titulada: "INVAP. TECNOLOGÍA ARGENTINA PARA EL MUNDO".
- e) INVAP – PROYECTO AUSTRALIA: Preguntas y Respuestas.
- f) Dictamen del Procurador del Tesoro de la Nación
- g) Dictamen del Dr. Jorge Reinaldo A. Vanossi
- h) Dictamen del Dr. Mariano A. Cavagna Martínez
- i) Dictamen del Dr. Félix Loñ
- j) Opinión de Academias Nacionales

2. En realidad, el problema se suscita, como lo señala el Procurador del Tesoro, con motivo del contrato celebrado entre la Sociedad del Estado INVAP S.E. y la Organización Australiana para la Ciencia y la Tecnología Nuclear (ANSTO) para la provisión de un reactor nuclear de investigación de reemplazo (RRRP), según la cual, la empresa argentina habría asumido el compromiso de "... recibir los elementos RRRP para su acondicionamiento o procesamiento en instalaciones de nuestro país o fuera del país y la posterior devolución de dichos elementos ya acondicionados o procesados más los desechos resultantes de tal proceso, a Australia para su almacenamiento definitivo, resulta compatible con lo dispuesto en el artículo 41 in fine de la Constitución Nacional, que prohíbe "el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos".

3. La respuesta al problema planteado ha originado dos posiciones disímiles. Una primera, originada en una razonable preocupación por la salud de la población y los temores que acarrea la presencia de material nuclear, sostiene la inconstitucionalidad de los compromisos en cuestión. Se basa para ello en una interpretación literal del artículo 41 in fine de la Constitución.

4. Otras opiniones, entre las que se inscriben los dictámenes antes señalados, cuestionan dicha interpretación literal, preconizando una interpretación constitucional que sea acorde con el propósito real de los constituyentes y de lo que éstos quisieron evitar, según lo veremos más adelante.

En tal sentido, cabe recordar la opinión del **Dr. Gregorio Badeni** (NUEVOS DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES, AD-HOC, Bs. As. 1995, pág. 96-97) quien se refiere a que la cláusula final del art. 41 trata la aplicación del Convenio de Basilea, ratificado por la Argentina y que **tiene por objeto prevenir el tráfico ilegal de desechos nocivos para la salud del hombre y del medio ambiente**. Señala Badeni que la eficacia de esta Convención depende de la instrumentación de políticas que generen una cooperación internacional creciente para ayudar a los países a reducir la producción de tales desechos y su tratamiento en forma ambientalmente racional.

Y agrega: "Los progresos tecnológicos alcanzados han reducido substancialmente la peligrosidad de los residuos radiactivos y, probablemente, en los próximos años anulen los riesgos que ellos acarrearán. De modo que las leyes reglamentarias deben tener en cuenta el dinamismo tecnológico y, **superando la imprevisión de los constituyentes**, contemplarán dicha posibilidad apartándose de una lectura literal del texto de la constitución".

5. **El espíritu de la norma constitucional.** Existe coincidencia, en los dictámenes recordados en considerar que el propósito que inspira el art. 41 in fine es el de impedir que nuestro territorio se utilice como el **basurero de otros países**, como lo señala el **Dr. Mariano Cavagna Martínez**. Agrega que, "aunque menos ostensiblemente, buscaron oponerse y no ser cómplices de la irresponsabilidad de los países productores de residuos que no desean almacenarlos en su territorio. Sin embargo, la norma no prohíbe la instalación de repositorios nucleares, u otras facilidades destinadas al almacenamiento temporario o definitivo de los residuos nucleares que la actividad nuclear civil produce continuamente en nuestro país."

"Una **prohibición total** referida a esas instalaciones hubiera implicado **prohibir el uso de la energía nuclear en nuestro país**, cosa que se hallaba totalmente alejada de la intención de los convencionales".

Con referencia al citado art. 41 in fine, **Dromi y Menem** expresan: "El punto central es que la constitución garantiza que no seamos basureros de los desarrollos industriales de otras naciones" (**Dromi, Roberto y Menem, Eduardo**, "La Constitución Reformada", Ed. Ciudad Argentina, Bs. As. 1994, pág. 145).

Sobre la interpretación del espíritu de la norma constitucional que examinamos, tanto **Cavagna Martínez** como **Félix Loñ** efectúan una minuciosa exposición de los distintos proyectos presentados por los convencionales constituyentes que acreditan lo expuesto. Como **apéndice 1** agrega fotocopia de las páginas 7 a 14 del dictamen del Dr. Loñ que ilustra sobre el particular.

Sobre la coincidencia de las aludidas opiniones, agrega el **Procurador del Tesoro** en su dictamen del 5 de junio de 2001: "Corolario de lo hasta aquí expuesto es que la prohibición del artículo 41 se refiere al ingreso **permanente**, es decir, al destinado a depositar en forma definitiva los residuos (peligrosos y radiactivos) para su disposición final en el país, y **no el ingreso transitorio**, es decir, aquel que se realiza sin la intención de almacenar definitivamente el material en nuestro país, sino que, por el contrario, tiene por objeto su reprocesamiento o acondicionamiento para la posterior salida del país. Es también la posición de los constitucionalistas antes citados (ver 7, 27, 42 y 69)".

Acotemos, por nuestra parte, que esta obligación de Australia de "permitir el subsiguiente regreso hacia Australia de todo el combustible acondicionado y de todos los desechos radiactivos resultantes de tal procesamiento, o acondicionamiento" surge textualmente del artículo 12 del Acuerdo internacional cuya constitucionalidad se examina.

6. Alcance de la prohibición . El material comprendido.

Sobre el exacto sentido de la prohibición y a cuáles materiales se refiere, debemos remitirnos al análisis que efectúa el Procurador del Tesoro en su recordado dictamen:

"Directa vinculación con el punto anterior tiene la determinación del tipo de material cuyo ingreso al país se encuentra vedado.

Al respecto, está claro que lo que se prohíbe es el ingreso de los residuos peligrosos y de los radiactivos; y, a su vez, éstos últimos pueden ser peligrosos o no (v. Badeni, Gregorio, op. cit., pág. 96). Por contrario imperio, la prohibición no alcanzaría a la introducción al país, de otro tipo de material -aún peligroso y radiactivo- que no sea considerado técnicamente como residuo.

"Lo que no está del todo claro en doctrina, es si los desechos (peligrosos y los radiactivos) también se encuentran alcanzados por la mentada prohibición (v. Seisedos, Felipe, Constitución Nacional y Medio Am-

biente, en Pérez Guilhou, Dardo y otros, Derecho Constitucional de la Reforma de 1994, Tomo I, Ed. Depalma, Mendoza 1995, págs. 368/369; Natale, Alberto, Comentarios sobre la Constitución -La reforma de 1994-, Ed. Depalma, Buenos Aires 1995, pág. 58 y Ekmekdjian, Miguel Angel, Tratado de Derecho Constitucional, Tomo III, Ed. Depalma, Buenos Aires 1995, págs. 652/654)".

"No obstante, la normativa específica en la materia -esto es, la que regula la gestión del material radiactivo- utiliza indistintamente ambas terminologías y permite precisar el alcance de la mentada prohibición".

"En efecto:

a) La Ley N° 25.018 (B.O. 23-10-98) -Régimen de Gestión de Residuos Radiactivos- dice que . . . se entiende por residuo radiactivo todo material radiactivo, combinado o no con material no radiactivo, que haya sido utilizado en procesos productivos o aplicaciones, para los cuales no se prevean usos inmediatos posteriores en la misma instalación y que, por sus características radiológicas no pueden ser dispersados en el ambiente de acuerdo con los límites establecidos por la Autoridad Regulatoria Nuclear (v. Art. 3°).

b) En el ámbito internacional, la Convención Conjunta sobre Seguridad en la Gestión del Combustible Gastado y sobre Seguridad en la Gestión de Desechos Radiactivos aprobada por la Ley N° 25.279 (B.O. 4-8-00) define a los desechos radiactivos como . . . los materiales radiactivos en forma gaseosa, líquida o sólida para los cuales la Parte Contratante o una persona natural o jurídica cuya decisión sea aceptada por la Parte Contratante no prevé ningún uso ulterior y que el órgano regulador controla como desechos radiactivos según el marco legislativo y regulatorio de la Parte Contratante (v. Art. 2°, inc. h del Convenio).

Las normas parcialmente transcritas dan cuenta de que, al margen de la cuestión terminológica, lo que verdaderamente importa para determinar el alcance de la prohibición constitucional, es el destino asignado al material que ingresa al país.

En tal sentido, si no tiene previsto un uso ulterior, el material será un residuo/desecho cuyo ingreso al país estaría vedado; caso contrario, si se ha previsto una utilidad posterior, el material en cuestión no estaría alcanzado por la mentada prohibición, siempre y cuando, claro está, se respeten las normas nacionales e internacionales de seguridad en la materia."

7. El material que –eventualmente- se introduciría en el país.

Sobre este asunto expresa en su dictamen el Procurador del Tesoro, que "el material cuyo ingreso al país se cuestiona, es **combustible gastado o irradiado**, que también es definido por la citada Convención Conjunta como ... **el combustible nuclear irradiado y extraído permanentemente del núcleo de un reactor** (v. Art. 2° inc. ñ)".

"Si bien la propia Convención regula a los **combustibles gastados** como una categoría distinta a la de los **desechos radiactivos** – dedicándole el capítulo 2 a los primeros y el capítulo 3 a los segundos -, lo cierto es que la gestión de los combustibles gastados también pueden generar **desechos radiactivos** (v. art. 4, inciso ii). Y en este caso, también dependerá del destino que le depare el **combustible gastado o irradiado**, para determinar si su ingreso al país se encuentra alcanzado o no por la prohibición constitucional."

Sobre lo expresado, ya hemos visto antes que el art. 12 del Acuerdo internacional suscripto es terminante en cuanto a la obligación asumida por Australia de permitir el regreso de todo el combustible acondicionado y de todos los desechos radiactivos resultantes.

8. El peligro actual o potencial del material a introducir y reexportar.

Este asunto, contemplado en el art. 41 de la Constitución, es el que sin duda preocupa a muchos de los que se oponen al Acuerdo y a la opinión pública.

Los peligros, como lo sostiene en su dictamen el Dr. Cavagna Martínez, "se refieren al transporte del combustible usado, por un lado, y por el otro, a su almacenamiento o disposición final". Sobre este último supuesto ya hemos abundado previamente.

Con respecto al riesgo del transporte, expresa el Dr. Cavagna Martínez: "es nuestra opinión que no pueden tomarse como fundamento para ampliar la restricción que figura en el artículo 41 de la Constitución Nacional, desde que una vez cumplidas las reglas técnicas y normas internacionalmente admitidas sobre el transporte, también según las apreciaciones que antes hemos formulado sobre la teoría y práctica de este sector del ciclo del combustible usado, el peligro de un accidente con emisión de radiaciones es prácticamente descartable, sobre bases teóricas aceptadas internacionalmente. La extensión del "factor mie-

do" a este sector de la gestión de combustibles gastados y residuos radiactivos no está debidamente justificada, según lo que antes hemos expuesto, y obedecería o bien a un desconocimiento básico de los procesos de gestión de una instalación nuclear, o bien a la ideología que propugna suprimir toda la actividad nuclear, antes que a un factor real."

"Por otro lado, sabemos que las reformas de 1994 al texto de la Constitución Nacional no han tenido en miras la prohibición de la actividad nuclear. Por el contrario, los convencionales constituyentes han expresado claramente su opinión de que esta actividad puede llevarse a cabo sin mengua del medio ambiente, en consonancia con los principios del desarrollo sustentable, y sin poner en las espaldas de las generaciones futuras un peso mayor que el que aceptan las presentes."

"Nuestro país, además, ha suscripto la Convención Conjunta sobre Seguridad en la Gestión del Combustible Gastado y sobre Seguridad en la Gestión de Desechos Radiactivos, adoptada en Viena, República de Austria, el 5 de septiembre de 1997. Esta convención se aplica a la seguridad en la gestión del combustible gastado cuando provenga de la operación de reactores nucleares para usos civiles, como el de la consulta."

Agrega el Dr. Cavagna Martínez, "Por lo tanto, queda bajo supuesto aquí que en la gestión del combustible usado a que se refiere la consulta se asegurará el cumplimiento de los requisitos previstos por el capítulo 2 (y otros) de la citada Convención, y en especial los del artículo 27 del capítulo 5, relativo a movimientos transfronterizos. En particular, que se adoptaran las medidas para asegurar que el movimiento transfronterizo se autorice previamente por Argentina, que el tránsito estará sujeto a las obligaciones particulares del transporte que se utilice, y que estará probada la capacidad administrativa y técnica para la gestión del combustible gastado en nuestro país".

"La Convención prevé expresamente que sus disposiciones no afectan los derechos de una parte contratante a que se exporten desechos radiactivos para su procesamiento a devolver, o adoptar disposiciones para devolver al estado de origen de los desechos radiactivos y otros productos después de su procesamiento, lo que constituye exactamente el caso de la consulta".

Con referencia a si es peligroso el transporte de los elementos a introducir y luego devolver hacia Australia, es elocuente lo que señala

INVAP en su informe titulado "Preguntas y Respuestas en Relación al Proyecto Australia":

"La peligrosidad de los transportes de materiales radiactivos está completamente desmentida por los hechos reales. Solamente en los EE.UU. por rutas y vías férreas, se han efectuado casi 3.000 transportes de ECG (se refiere a los Elementos Combustibles Gastados materia de la consulta) y de desechos radiactivos por millones de Km. acumulados, sin un solo accidente ni incidente. Lo mismo ocurre con los transportes marítimos, que son otros de los objetivos de las campañas ecologistas destinadas a generar un alarma totalmente infundada. También en la Argentina, que respeta en todo su rigor las normas internacionales para el transporte de materiales radiactivos, viene realizando tales transportes dentro de su territorio y desde y hacia otros países sin que jamás se haya registrado ningún accidente ni incidente. La Autoridad Regulatoria Nuclear dispone de las estadísticas sobre este tema y es quien regula y supervisa dichos transportes".

"Como agregado a la respuesta cabe señalar que, a diferencia de la seguridad de los transportes de energía nuclear, en todo el mundo, y también en nuestro país, ha habido numerosos casos de accidentes y muertes en relación con el transporte de materiales tales como gas licuado de petróleo, combustibles comunes, así como de petróleo por grandes buques y de diversos productos químicos a granel, como el oro líquido, ácidos, etc. Para estos transportes también existen medidas de precaución que no siempre se cumplen ni controlan".

Debemos agregar que cuantitativamente, el Acuerdo entre Argentina y Australia que se cuestiona no trae un asunto inexistente en el país ni agrega dimensión considerable al mismo. En efecto, se apruebe o no el Acuerdo internacional en cuestión, es elocuente la respuesta que da el INVAP. A la pregunta sobre qué implican en términos de volumen y cantidad los ECG del nuevo reactor de Australia y su comparación con los ECG de los reactores de Atucha y Embalse expresa: "Los ECG generados en un año de operación del nuevo reactor australiano ocuparán un volumen de aproximadamente medio metro cúbico y pesarán unos 75 kg. Durante su vida útil (40 años) este reactor generará unos 3.000 kg. de ECG, los que ocuparán 20 metros cúbicos, el volumen de un habitación. Como dato comparativo, mencionemos que la operación de Atucha y Embalse llevan acumulados unos tres millones de kg. de ECG".

9. La opinión de la Autoridad Regulatoria Nuclear (ARN)

Tiene que ver con la cuestión que examinamos y en cuanto a lo específicamente desarrollado en el punto anterior la opinión de la Autoridad Regulatoria Nuclear (ARN) que incluye en su dictamen el Procurador del Tesoro. Expresa el mismo: "Por lo demás, la conclusión a la que se arriba en el presente dictamen se condice con la de los servicios de asesoramiento técnico y jurídicos preopinantes.

Es del caso resaltar que la autoridad Regulatoria Nuclear (ARN) es, junto con la Comisión Nacional de Energía Atómica, el organismo con competencia técnica en la actividad nuclear, con funciones-entre otras-para **Dictar las normas regulatorias referidas a la seguridad radiológica y nuclear, protección física y fiscalización del uso de materiales nucleares, licenciamiento y fiscalización de instalaciones nucleares, salvaguardias internacionales y transporte de materiales nucleares en su aspecto de seguridad radiológica y nuclear y protección física** (v. Ley N° 24.804 art. 16, inc a).

Y fue dentro de ese marco que la ARN concluyó que "... el acondicionamiento de material radiactivo en la forma de elementos combustibles gastados y la posterior exportación del producto resultante del proceso de acondicionamiento y de los eventuales residuos generados se ajustaría a la normativa aplicable (v. Fs. 5/6)."

O sea que, como lo afirma Vanossi refiriéndose a esta opinión de la Autoridad Reguladora Nacional: "La opinión de la máxima autoridad en la materia indica, entonces, que la actividad indicada en la consulta no estaría alcanzada por el espíritu de la prohibición del artículo 41 de la Constitución Nacional. El tránsito por el territorio Nacional, siempre que se respeten las normas de seguridad indicadas por la ARN, no importaría peligro para el medio ambiente y, en consecuencia, no violaría el derecho a su preservación que la norma establece."

10. La opinión de los constitucionalistas.

Ya adelantamos la opinión de Vanossi favorable a la constitucionalidad del Convenio internacional en examen.

Entre otras razones, luego de criticar la ambigüedad del término constitucional "ingreso", se inclina por la que el mismo se refiere al "ingre-

so definitivo o para la permanencia", lo que no puede aplicarse a los materiales en tránsito, esto es, los que están de paso por el país.

En cuanto a las reglas de hermenéutica, recuerda que "toda prohibición, por importar una restricción a la libertad, debe interpretarse restrictivamente. En efecto, "asegurar los beneficios de la libertad" es uno de los objetivos impuestos por el sabio preámbulo de nuestra Constitución a la labor constituyente. En materia de prohibiciones, pues, no caben interpretaciones que permitan llevarlas más allá de los estrictos motivos que las inspiran". Agrega Vanossi: "Es doctrina de la Corte la que dice: "Las normas de la Constitución nacional, como las de toda ley, deben ser interpretadas en forma coherente, de manera que armonicen entre ellas y no traben el eficaz y justo desempeño de los poderes atribuidos al Estado para el cumplimiento de sus fines del modo más beneficioso para la comunidad y los individuos que la forma" (4.9.84, in re "Sancor Coop. Unidas Ltdas").

Por esta razón Vanossi tiene en cuenta otras disposiciones constitucionales que han de armonizarse con el art. 41, en especial el art. 14 de la Constitución nacional.

Y en su análisis, examina la finalidad perseguida por la norma constitucional en examen, llegando a conclusiones coincidentes sobre la intención fundamental de evitar el "basurero nuclear" y el concepto de "peligrosidad" que previamente analizamos en cuanto a la permanencia definitiva de los materiales a ingresar.

Por ello concluye Vanossi que interpretar la prohibición del artículo 41 con mayor amplitud sería avanzar sobre otros derechos protegidos constitucionalmente, sin que existan razones plausibles para tal restricción y podría importar una violación al art. 19 de la Constitución Nacional.

En consecuencia, concluye que "no existe a mi criterio impedimento constitucional para el ingreso temporario a la Argentina de combustibles, para la devolución al país de origen del producto obtenido y los desechos provenientes de dicho proceso."

A conclusión idéntica llega también el dictamen del Dr. Félix R. Loñ. Sostiene que las cláusulas de la Constitución han sido concebidas para adaptarse a la evolución de los asuntos humanos. Por ello son susceptibles de ser interpretadas por los jueces cupiéndole a la Corte Suprema de Justicia de la Nación el papel de intérprete final de la misma.

Sostiene Loñ que la prohibición del art. 41 no tiene carácter absoluto y es pasible de una razonable aplicación. Para ello debe buscarse el fin del constituyente al aceptarla, que se basó en impedir la instalación en el suelo argentino de los basureros nucleares.

Por estas y otras razones, también apoya la constitucionalidad del Convenio con Australia.

El **Procurador del Tesoro de la Nación**, a su vez, explicita en su dictamen su opinión, luego de destacar **los datos relevantes de la cláusula contractual** controvertida:

a) Para ejercer el derecho de opción allí previsto a favor de Australia, se requeriría la firma de un nuevo convenio entre las partes.

b) Producto de dicha opción, Australia podría enviar a Argentina los **elementos combustibles irradiados** en el reactor nuclear.

c) Dicho envío debería encontrarse supeditado al cumplimiento de determinadas condiciones.

d) El destino del material ingresado al país sería su **acondicionamiento, tratamiento o procesamiento, y su posterior reenvío a Australia.**

e) Dicho proceso podría hacerse **en nuestro país o fuera de él.**

f) El material procesado o acondicionado volvería a **Australia junto con los residuos o desechos generados en el proceso, para su almacenaje definitivo en ese país.**

El contenido de la cláusula en cuestión permite afirmar que, en la especie, la prohibición contenida en la última parte del artículo 41 de la Constitución Nacional deviene inaplicable.

En efecto, el tipo y destino del material que eventualmente habrá de ingresar al país producto del ejercicio de la opción reconocida en el contrato, dan cuenta de que, técnicamente, no se trata de un residuo en los términos que se vienen de exponer (v. *Supra* pto. 1.2.).

Antes bien, la cláusula en comentario no solo determina el destino del material a introducir—su acondicionamiento, tratamiento o procesamiento, y su posterior reenvío a Australia—, sino que también establece que Australia será el país donde los residuos o desechos que se generen—en ese proceso— se almacenarán en forma definitiva.

Por ello, no cabe sino concluir que el espíritu tuitivo de la norma constitucional que se dice involucrada, en la especie no ha sido conculcado."

Una consideración importante a lo anteriormente expuesto debemos señalar. Debemos ampararnos, como en tantas otras ocasiones, en las sabias enseñanzas de nuestro maestro del Derecho Constitucional, el Dr. Segundo V. Linares Quintana, quien se refiere a la **presunción de la constitucionalidad de los actos públicos**. Señala el Dr. Linares Quintana: "Como no puede suponerse, por parte de los poderes políticos del gobierno, un propósito deliberado de ejecutar actos contrarios a la ley suprema de la Nación, los tribunales deben presumir la constitucionalidad de aquellos mientras no se compruebe lo contrario." (Segundo V. Linares Quintana: "Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional", Ed. Plus Ultra, Bs. As. 1978, Tomo 3, pág.530).

En una publicación posterior de su monumental labor de publicista (« Tratado de la Interpretación Constitucional", Ed. Abeledo-Perrot, Bs.As. 1998, pág. 583) insiste en la premisa anterior y en la necesidad de preservarla acudiendo a una **interpretación razonable de la Constitución**."

Expresa el Dr. Linares Quintana: "Los actos públicos se presumen constitucionales en tanto y a cuanto, mediante una interpretación razonable de la Constitución, puedan ser armonizados con ésta. Bien sienta el célebre constitucionalista norteamericano Westel W. Willoughby, en su clásico libro, que: "Los Tribunales de los Estados Unidos han reiterado la doctrina de que una ley de un cuerpo legislativo coordinado no debe ser juzgada inconstitucional si, por medio de una interpretación razonable de la Constitución o de la ley, una y otra puedan ser armonizadas" (Willoughby, W.W., *The Constitutional Law*. - cit., T.I, 26, pág. 42; Weaver, Samuel, *Constitutional Law* ..., cit., págs. 4/5).

La separación de los poderes gubernativos y el recíproco respeto institucional que cada uno de los órganos titulares de cada uno de los tres poderes debe a los otros, imponen que se reconozca una presunción *iuris tantum* a favor de la constitucionalidad de la norma legal cuestionada. Trátase de una presunción *iuris tantum*, que únicamente cede ante una prueba clara y precisa de la incompatibilidad entre la norma y la Constitución en cuanto Ley Suprema del país. La norma inferior no puede ser declarada inconstitucional en tanto y en cuanto haya en el ánimo del juzgador una duda razonable acerca de su invalidez; ya que para que proceda

la declaración de inconstitucionalidad, debe aparecer claramente una discordancia sustancial con la Constitución, y aun en los casos de duda entre la validez y la invalidez, ha de estarse siempre a favor de la constitucionalidad."

Los recaudos que exigen las enseñanzas de Linares Quintana se dan plenamente en el caso que examinamos, abogando por la presunción de la constitucionalidad del tratado con Australia.

La regla de la **separación de los poderes**, principio cardinal de nuestra organización constitucional, muestra que existen reglas de respeto a las órbitas propias de cada uno de ellos, en tanto estén inspirados por el interés general y no se trate de una grosera violación constitucional que no se respalde en un a razonable interpretación de nuestra ley suprema.

El interés general aconseja respetar el tratado suscripto con Australia, evitando un hecho que repercutiría notablemente en el ámbito internacional, quebrando la posición auspiciada por el país en cumplimiento de una de las pocas políticas de Estado que los argentinos hemos podido construir. En momentos en que, por una u otra razón, somos cuestionados en el exterior, una marcha atrás sería un daño cuya magnitud cuesta mensurar.

11. Una interpretación auténtica.

Uno de los métodos jurídicos de interpretación aceptados suele ser investigar las opiniones vertidas por el legislador en el curso del debate en el cual se votó la norma en cuestión para averiguar la voluntad de quien la sancionó.

Ya hemos visto las opiniones sobre el espíritu que presidió la sanción del artículo 41 in fine de la Constitución: evitar que entraran al país con carácter permanente elementos que instalaran un basurero nuclear. Pero de ninguna manera el caso que examinamos, como lo expusimos, puede ser incluido en dicha prohibición.

Lo prueba terminantemente la exposición y posición asumidas por antiguos miembros de la Convención Reformadora de 1994 y que hoy asistieron, en la sesión celebrada el 7 de noviembre de 2001, a la aprobación que dio el Senado de la Nación al acuerdo entre nuestro país y Australia sobre Cooperación en los Usos Pacíficos de la Energía Nuclear.

Actuó como miembro informante del despacho favorable a la aprobación el Presidente de la Comisión de Relaciones Exteriores del Senado, Senador Eduardo Menem, quien fue a la vez, Presidente de la Convención Constituyente de 1994.

El Senador Menem, se refirió al artículo y después de elogiar la actividad desplegada por nuestro país en la materia objeto del convenio, expresó: "Sin embargo, este convenio tiene un tema que merece una especial consideración, porque es el único que quizá puede motivar algún tipo de reclamo u observación. Me refiero al ingreso en la Argentina del combustible nuclear gastado con motivo del uso del reactor nuclear. Sobre este tema, con muy buen criterio el INVAP ha pedido el dictamen de especialistas en derecho constitucional para que se expidan sobre el ingreso del combustible gastado para su acondicionamiento y posterior reenvío a Australia.

El dictamen ha sido solicitado en virtud de que existe un artículo de nuestra Carta Magna que prohíbe en forma expresa el ingreso en nuestro país del material radioactivo. Concretamente, el artículo 41 in fine de la Constitución Nacional señala que se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos.

En primer término, esa disposición constitucional trata de impedir que la Argentina se constituya en un basurero o reservorio nuclear de los países centrales.

En segundo lugar, cabe aclarar que las palabras "residuos radiactivos" no se refieren a la situación de la que estamos hablando. Acá estamos refiriéndonos al combustible gastado en el reactor nuclear, que puede ingresar a los fines de su acondicionamiento y, luego, volver a salir del país, razón por la cual técnicamente no es un material radiactivo. Los materiales de este tipo son aquellos para los que, en forma gaseosa, líquida o sólida, no se prevé ningún uso ulterior. Aquí se trata de un combustible que se trae, se recicla y se vuelve a exportar hacia el lugar donde está el reactor -Australia-, junto con los desechos radiactivos que puedan surgir en ese proceso. O sea que se responde en forma clara a la Convención conjunta sobre seguridad en la gestión de combustibles gastados y sobre seguridad en la gestión de desechos radiactivos, ratificada por la ley 25.279.

Además, hay que interpretar correctamente la palabra "ingreso". Cuando habla de ingreso, la Constitución se refiere a aquel material que viene para quedarse en el país. Por eso yo decía que era para impedir que se conformara un basurero nuclear en la Argentina.

Pero este material ingresa para ser luego reexportado, una vez que haya sido debidamente acondicionado, razón por la cual tampoco le cabe la prohibición de la Constitución Nacional. Además cuando se trata de prohibiciones estas interpretaciones deben hacerse en forma restrictiva. Por ello, con relación a todo este razonamiento que hacemos y que expongo en forma extensa en el documento cuya inserción voy a solicitar para abreviar mi exposición, queda bastante claro que no le cabe la prohibición que figura en la Constitución Nacional.

Además, al respecto se han expedido dictámenes jurídicos de los doctores Mariano Cavagna Martínez, Félix Loñ, Jorge Vanossi y del procurador del Tesoro de la Nación, Ernesto Marcer; es decir que el artículo 12 del convenio no constituye el ingreso al país de material radiactivo o de desechos radiactivos.

Seguramente algunas entidades defensoras del ecosistema o las entidades defensoras de la ecología harán objeciones en este sentido. Pero nos anticipamos, diciendo que **de ningún modo se viola la Constitución por cuanto no se trata del caso específico que menciona el artículo 41 de nuestra Carta Magna."**

La posición del Senador Menem fue respaldada por los senadores León y Gioja. **Ningún senador se opuso a la aprobación recomendada en el despacho**, según surge de la versión taquigráfica.

Cabe consignar, como interpretación autentica válida, que asistieron a dicha sanción legislativa varios Senadores que se habían desempeñado como miembros de la Convención Reformadora de 1994. Tal ocurrió con los Senadores Alasino, Arnold, Cafiero, Humada, Massaccesi, Ortega, Pardo, Raitger, Romero Feris y Yoma.

Cabe consignar además, porque tiene relación con el tema, que el Dr. Mariano Cavagna Martínez cuya opinión hemos citado, fue también miembro de la convención Reformadora en 1994, aunque no integró el Senado.

12. Preguntas pertinentes.

El INVAP, en su publicación "TECNOLOGÍA ARGENTINA PARA EL MUNDO", formula las respuestas a una serie de interrogantes que se suelen formular sobre la cuestión.

A la pregunta: "¿Por qué Australia no se ocupa de acondicionar los ECG de su propio reactor?", se responde:

"Australia no tiene la infraestructura necesaria para hacerlo. La actividad nuclear australiana, a diferencia de Argentina, es muy reducida. Carece de centrales de generación y posee un solo reactor de investigación, que produce solo medio metro cúbico de ECG por año. No es un país "nuclear", y por lo tanto no se justificaría una inversión para una instalación adecuada para acondicionar una cantidad de materiales tan reducida."

"En cambio, la Argentina se considera un país nuclear, tema en el cual tiene 50 años de experiencia y ha invertido recursos económicos y humanos en el desarrollo y crecimiento de esta actividad."

En la misma publicación de ANVAP se da respuesta a otras dos preguntas que esclarecen la cuestión:

1. ¿Cómo se origina la solicitud de los australianos por una "alternativa" de tratamiento de las ECG?

Respuesta: Australia tiene funcionando un reactor de origen inglés construido hace 40 años y con el que ha abastecido de radioisótopos a los centros de salud ya la industria, inclusive de muchos países de la región. Los ECG generados por la operación de este reactor (que será reemplazado por el que construye INVAP) son enviados a Francia para su procesamiento y posterior retorno a Australia. Estos dos países tienen un contrato de largo plazo por la prestación de este servicio, el que se extiende a los ECG que generará el reactor en construcción. Recientemente, tanto Francia como el Gobierno Australiano han ratificado la validez de este contrato.

A pesar de eso, al hacer una inversión a largo plazo en un equipo de investigación científica, que es la más importante de su historia, han querido poder contar con una propuesta alternativa al contrato con Francia para la gestión de los ECG. Es así que el pliego licitatorio solicitaba a los oferentes, propusieran una metodología de gestión de los ECG que el nuevo reactor generaría.

En el Contrato entre INVAP y ANSTO por la construcción del reactor, y en relación a la solicitud mencionada en el párrafo anterior, INVAP ha respondido que, si en el futuro ANSTO lo solicita, estaríamos en condiciones de ocuparnos de la gestión de los ECG, y su posterior retorno a Australia. La mencionada gestión –consistente en el acondicionamiento y el envío– puede realizarse en el país o bien en el exterior, según la conveniencia y las circunstancias imperantes en el momento en que se haga el pedido formal. Los ECG en el nuevo reactor estarían disponibles para su acondicionamiento a partir del año 2017.

2. ¿Cómo se procedería en caso de que ANSTO finalmente opte por solicitar a INVAP la gestión de los ECG?

Respuesta: "Si ANSTO decidiese solicitar a INVAP la gestión de los ECG, ello sería objeto de un contrato comercial específico donde se determinarían claramente los alcances del mismo y su precio, como así también cuando y donde se realizará la práctica establecida.

Si estos ECG se acondicionan finalmente en el país, tanto el transporte de los mismos y de los productos de su acondicionamiento, así como las instalaciones donde se realizarán los trabajos y la metodología a utilizar, responderán a normas internacionales y serán autorizadas y controladas por el ente regulador de la actividad nuclear, la ARN."

13. La idoneidad científica nuclear argentina y nuestro prestigio internacional en la materia.

El título precedente está asociado para respaldar las consideraciones que venimos realizando.

Creo que nadie puede ignorar el lugar relevante que los científicos nucleares argentinos han conquistado, luego de más de medio siglo de pacientes y fecundos esfuerzos dedicados a la investigación y a la aplicación pacífica de la energía nuclear para la producción de energía y su contribución a la medicina y la industria. Incluso INVAP ha desarrollado tecnología espacial argentina, que lo posiciona como la única empresa en Latinoamérica con capacidad para diseñar y construir satélites.

Todo ese invaluable caudal científico y la conducta irreprochable de sus actores, resguarda la seriedad del proyecto en cuestión y su lealtad para no ser sospechados de colaborar en una empresa que atente contra la salud de nuestra población.

Es elocuente lo que expresa INVAP en su informe "TECNOLOGÍA ARGENTINA PARA EL MUNDO":

"INVAP es una sociedad que pertenece al Estado provincial de Río Negro. Su directorio está integrado por siete miembros, cuatro de los cuales son designados por la Comisión Nacional de Energía Atómica (CNEA), dos por la Provincia, y uno es elegido por el personal de la empresa. No tiene ningún aporte presupuestario y vive exclusivamente de la ejecución de contratos en el país y en el exterior.

Gracias a la fértil actividad de la CNEA durante más de cincuenta años, la Argentina ha hecho un desarrollo propio en el campo de la tecnología nuclear, que hoy le permite ser el único país, fuera de los países industrializados (sobre todo EE.UU., Canadá, Francia y Alemania), que exporta instalaciones, equipos y tecnología nuclear. Los resultados exitosos alcanzados por INVAP en muchos de sus proyectos se deben a una excelente interacción entre sus técnicos y los de la CNEA.

INVAP tiene en su haber un número de logros de importancia nacional e internacional. Entre ellos, el de mayor repercusión ha sido el desarrollo de la tecnología de enriquecimiento de uranio, proceso cuya magnitud y complejidad hacen que éste haya sido un importante éxito científico y tecnológico.

INVAP ha construido varios Reactores Nucleares Experimentales, en la Argentina, Argelia y Egipto, y partes importantes de otro, en Perú. El de Egipto se inauguró en febrero de 1998. Se trata de un reactor Multipropósito de 22 MW térmicos, que la empresa construyó para la Agencia Egipcia de Energía Nuclear, y que se completó con varios meses de adelanto respecto del cronograma contractual.

Luego de ganar una importante licitación internacional, en el año 2000 la empresa inició las tareas de diseño y construcción de un reactor de mucho mayor complejidad, para ANSTO, la organización australiana para la Ciencia y la Tecnología Nuclear. Este proyecto, como en su momento el de Egipto, es ahora la más importante venta de una planta "llave en mano" hecha por el país en una operación al contado. El presupuesto del proyecto Australiano es de unos 180 millones de dólares.

Desde hace ya varios años, INVAP tiene una presencia internacional muy destacada en el área de la tecnología nuclear, y suele competir con las

tres o cuatro empresas más prestigiosas del ramo en el mundo entero. Con el resultado de la última licitación, en la cual justamente compitió con tres de esas empresas, INVAP se ha colocado como el primer referente en el mundo en el rubro de los reactores nucleares experimentales y de producción de radioisótopos.

INVAP también está exportando otras importantes instalaciones, laboratorios y equipamientos. Un lugar destacado entre éstos ocupan las facilidades para el fraccionamiento y síntesis de radiofármacos y compuestos marcados, una de las cuales está en construcción en Egipto, y otra fue construida en Cuba en 1992. Además, INVAP proveyó buena parte de los equipos para la fabricación de los elementos combustibles de las centrales nucleares de potencia argentinas, tuvo una importante participación en la reparación de la Central Nuclear Atucha I y está colaborando con la empresa Nucleoeléctrica Argentina S.A. también en otros aspectos.

INVAP también fabrica equipamiento médico, para cobaltoterapia del cáncer y para simulación de tratamientos de radioterapia. Sus equipos TRADI y UNISIM operan en hospitales públicos y privados en la Argentina y en numerosos países extranjeros. También ha desarrollado equipos complejos destinados a la investigación científica, tales como espectrómetros de masa, imanes de gran tamaño para la focalización de haces y detectores especiales de radiaciones. En el terreno de equipamiento industrial y automatización INVAP ha suministrado sistemas "a medida" para la industria nacional, de los EE.UU. y de Corea.

La presencia de INVAP en el área de la tecnología espacial merece una mención especial, ya que es la única empresa del país calificada por la NASA como capacitada para concretar proyectos en esta temática. La empresa ha construido para la Comisión Nacional de Actividades Espaciales, CONAE, los tres primeros Satélites Argentinos para observaciones científicas, denominados SAC-A, SAC-B y SAC-C, así como el experimento satelital argentino HXRS y parte de la carga útil del SAC-C, una cámara multiespectral de resolución intermedia para la supervisión del territorio con varias finalidades."

La elocuente sucesión de logros antes sintetizados no es fruto del azar. Ellos resultan de una verdadera política de Estado que no puede alterarse ni disminuirse. La Nación ha invertido miles de millones de dólares para estas conquistas materiales y humanas.

Porque lo que también importa es el valioso capital de "materia gris" integrado por científicos formados en la nación. En el Instituto Balseiro conviven familias de científicos que abarcan más de una generación, enamorados de su misión, que han rehusado irse al extranjero en condiciones económicas altamente favorables. Son un ejemplo de apego a la investigación científica y a su hogar argentino, que han colaborado y defienden la realización del proyecto que examinamos.

En este momento se juega la suerte del Acuerdo con Australia con la decisión que adopte la Cámara de Diputados de la Nación, sometida a presiones de distinta índole.

Sobre ello y en defensa de la constitucionalidad de dicho convenio internacional, cabe incluir en la **opinión de diversas Academias nacionales**, presentada a los legisladores. En el párrafo final, afirman enfáticamente:

"La aprobación por la Cámara de Diputados del acuerdo marco de colaboración con Australia es de vital importancia para que esta actividad pueda continuar y para que la Argentina realice su destino tecnológico. A juicio de estas Academias nacionales, la cancelación de este acuerdo relegaría al país a la triste categoría de socio no confiable y significaría condenar al fracaso a la industria nuclear argentina. En último análisis la consecuencia de tal frustración sería empujarnos hacia la pobreza y el atraso. En un mundo globalizado y fuertemente competitivo, la defensa y el aumento del conocimiento, su organización y sus aplicaciones, son fundamentales para nuestra supervivencia y progreso como nación."

14. Conclusión

Por las razones expuestas, esta Comisión de Derecho Constitucional se pronuncia por la validez constitucional del Acuerdo suscripto por la República Argentina con Australia sobre Cooperación en los Usos Pacíficos de la Energía Nuclear.

ANEXO I

Ante las enjutas reflexiones volcadas en la convención acerca de la prohibición motivo del presente dictamen, se recurrió a indagar en los proyectos presentados por los convencionales en la Asamblea Constituyente para verificar si en esas iniciativas se podían encontrar más elementos.

Primeramente ha de destacarse que si bien fueron numerosos los proyectos presentados sobre preservación han sido menos los que se ocuparon de los residuos peligrosos.

A continuación se indican las iniciativas que aluden a la problemática considerada las que fueron registradas en los boletines caratulados "Proyectos Ingresados". De ellas seguidamente se transcriben las partes pertinentes de los proyectos y de sus fundamentos especificándose el Proyecto Ingresado (P.I. N° Pág.) en las que se insertaron.

a) Cafiero, Antonio (P.I. N° 1 p. 13/14)

Proyecto:

"Vedase el ingreso al territorio de la Nación de residuos o desechos potencial o actualmente peligrosos para el medio ambiente".

Fundamentos:

"Por último, se propone introducir una taxativa prohibición al ingreso de residuos o desechos tóxicos o contaminantes al territorio nacional, que incluye sus espacios marítimos y aéreos. Con esto se da respuesta también a un problema candente generado por la irresponsabilidad de los Estados donde esas sustancias se originan. Nada justifica convertir el territorio patrio en un basurero que comprometa la salud y el medio ambiente de las generaciones presentes y futuras.

b) Irigoyen, Roberto (P.I. N° 7 p. 277)

Proyecto:

"El territorio nacional no podrá ser objeto de depósito de material nuclear, tóxico o no degradable"

Fundamentos:

No se efectúa ninguna mención sobre el punto.

c) Schöder, Juan y otros (P.I. N° 8 p. 320/1)

Proyecto:

"...

5.- Queda prohibido introducir al territorio nacional residuos tóxicos, químicos o radiactivos"

"Otro de los grandes problemas del mundo en vías de desarrollo es la constante agresión a través de la importación de residuos peligrosos provenientes del mundo desarrollado"

d) Del Bono, Julio Abel (P.I. N° 15 p. 550/1)

Proyecto:

"Se prohíbe el ingreso o la radiación en el país de todo residuo o desecho que sea de manera potencial o actual peligroso para el medio ambiente"

Fundamentos:

"También se incorpora específicamente la prohibición al ingreso o la radiación en el país de todo residuo o desecho que sea de manera potencial o actual peligroso para el medio ambiente. Este párrafo podría resultar redundante, pero se considera necesario que esté ya que la experiencia nos indica que nuestro país podría ser usado, en un futuro no muy lejano, como reservorio para depositar este tipo de sustancias provenientes de países más desarrollados"

e) Sánchez de De María, Susana y otros (P.I. N° 16 pág. 610)

Proyecto:

"Prohíbese.....el ingreso al territorio de la Nación de residuos nucleares, químicos, biológicos, o de cualquier otra índole o naturaleza comprobadamente o potencialmente tóxico para el medio ambiente".

Fundamentos:

"La posibilidad de ingreso al país de elementos tóxicos o residuales actuales o potencialmente tóxicos requiere la actualización normativa que se proyecta, para evitar la generación de depósitos o almacenamientos que impliquen la degradación del medio ambiente".

f) Alasino, Augusto (P.I. N°19 p. 795/6)

Proyecto:

"Queda prohibido el ingreso al país de todo residuo o desecho tóxico"

Fundamentos:

No se hace alusión al tema.

g) Pardo, Angel (P.I. N°21 p. 873)

Proyecto:

"Las leyes prohibirán el ingreso al país de todo tipo de desechos tóxicos"

Fundamentos:

Nada se dice acerca de la cuestión.

h) West, Mariano (P.I. N° 22 p.917/20)

Proyecto:

"Queda prohibida.....la introducción al territorio nacional de residuos nucleares y desechos tóxicos".

Fundamentos:

Luego de asentar que la actividad nuclear debe ser ejercida por el Estado, sobre el aspecto particular de la prohibición se limita a mencionar que las Constituciones de Formosa y Tucumán vedan el almacenamiento de residuos radiactivos en el ámbito provisional.

i) Dalesio de Viola, Adelina (P.I. N° 24 p. 1078/9)

Proyecto:

"Queda prohibido el ingreso de desechos nucleares al territorio argentino"

Fundamentos:

"Por último cabe dar una respuesta clara a as inquietudes de numerosos habitantes de nuestro país que permanentemente se movilizan y agitan ante recurrentes rumores de que residuos nucleares provenientes del exterior se almacenan en las proximidades de sus hogares. Para liberar a la ciudadanía argentina de esos temores, conviene que la Constitución Nacional lo prohíba en forma expresa".

j) Hitters, Juan C. (P.I. N° 26 p. 1268/9)

Proyecto:

"No se permitirá que en ningún lugar del territorio nacional se convierta en receptáculo de residuos o desechos tóxicos o peligrosos provenientes de otros países"

Fundamentos:

La prohibición de ingresar al país residuos o desechos tóxicos o peligrosos merece su inserción en la nueva cláusula constitucional, dada la alta peligrosidad que tales operaciones encierran y que, en último análisis podrían atentar contra nuestra integridad territorial y soberanía nacional.

k) Armagnague, Juan F. y otro (P.I. N° 27 p.1366)

Proyecto:

"Queda prohibido el ingreso en el territorio nacional de todo tipo de desechos nucleares, tóxicos y no degradables"

Fundamentos:

"Se incorpora una cláusula que prohíbe la introducción en el territorio nacional de todo tipo de desechos nucleares, tóxicos y no

degradables, a fin de impedir que los países centrales en su política de transferencia, fuera de sus fronteras, de aquellos desechos contaminantes, que encuentran en los países periféricos un campo fértil para sus agresivas políticas exportadoras de materiales peligrosos para el equilibrio ecológico"

l) Velarde, Marta (P.I. N°28 p. 1390)

Proyecto:

"Queda prohibido el ingreso al territorio de la Nación de residuos o desechos potencial o actualmente peligrosos para el medio ambiente".

Fundamentos:

Nada se aclara sobre el tema.

m) Guinle, Marcelo y otros (P.I. N° 28 p.1399/1402)

Proyecto:

"Queda prohibido -en el ámbito de todo el territorio nacional- el ingreso de residuos tóxicos y todo otro tipo de desechos peligrosos".

Fundamentos:

"...la información cotidiana nos alerta sobre el eventual establecimiento de repositorios nucleares".

n) Iturraspe, Juan B. (P.I. N°28 p.140271410)

Proyecto :

"Se prohíbe el ingreso y radicación en el país de todo tipo de desecho tóxico o residuo peligroso".

Fundamentos:

"...Se prohibió también, la importación de residuos nucleares, lo que aventó el temor de que se instale un basurero nuclear para alojar desechos provenientes del exterior en la provincia del Chubut"

ñ) Marín, Rubén H. y otros (P.I. N°29 p1643/4).

Proyecto:

"Queda prohibida la introducción en el territorio de toda la Nación de cualquier tipo de desechos tóxicos, residuos radiactivos, químicos o de cualquier otra naturaleza que afecten el medio ambiente".

Fundamentos:

"Respecto de las prohibiciones a la introducción de residuos tóxicos o contaminantes pensamos que tiene que ver fundamentalmente con la responsabilidad y la preservación de nuestro territo-

rio. Nuestro país no tiene que cargar con el mal manejo de terceros países de sus políticas ambientales, y esencialmente debemos cuidar nuestro territorio de cualquier tipo de contaminación".

o) De Vedia, Enrique (Pl. N° 32 p.1727)

Proyecto:

"se prohíbe expresamente la introducción desde el exterior de desechos tóxicos nucleares y no degradables".

Fundamentos:

No se formulan comentarios acerca de este aspecto.

p) Marquez, Pablo y otros (Pl. N°33 p.1831)

"...

6.-Queda prohibido el ingreso de residuos peligrosos en todo el territorio de la Nación".

Fundamentos:

No se efectúan apreciaciones acerca de esta cuestión.

q) Pettigiani, Eduardo (Pl. N° 34 p. 1889/90)

Proyecto:

"Queda terminantemente prohibido el ingreso al país de cualquier tipo de residuos peligrosos o de desechos tóxicos".

Fundamentos:

"...estamos convencidos de que cada país debe hacerse cargo de los residuos o desechos por él provocados y establecemos la prohibición prevista... a fin de no dejar resquicios para que a través de imposiciones económicas (recuérdese el caso de Francia que presionó a un país africano para que a cambio del pago de la deuda externa de dicho país le dejara depositar por seis años los residuos radiactivos que se produjeran en Francia, a lo cual el país africano se negó) se pretenda infringir la soberanía de nuestro país..."

En RESUMEN:

En los proyectos de los convencionales transcritos en sus partes pertinentes se consigna que la finalidad de la prohibición del ingreso en el territorio nacional de residuos o desechos peligrosos o radiactivos consiste en impedir que la Argentina pudiera ser usada como basurero (Cafiero), reservorio (Del Bono), depósito o almacenamiento (Sánchez de De María, West, Dalesio de Viola) o un repositorio (Velarde) de materias contaminantes provenientes de diferentes países.

También se repara en que otro propósito concordante con la finalidad mencionada estriba en que la Argentina no debe hacerse cargo de las malas políticas ambientales de otras naciones (Marín), de los residuos o desechos que produzca cada país (Pettigiani) o provenientes de otros estados (Hitters). También debe impedir que los países centrales ejerciten una política de transferencia en perjuicio de los periféricos (Armagnague).

En otras palabras la prohibición se establece para que los desechos peligrosos o radiactivos producidos por otras comunidades no puedan ser depositados, con carácter permanente, en el territorio nacional.

Buenos Aires, 24 de octubre de 2002

Señor

Presidente del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires

Dr. Roberto Durrieu

S / D

De mi consideración:

Tenemos el agrado de adjuntar un dictamen ampliatorio del que emitiéramos sobre la constitucionalidad del Convenio con Australia sobre "Cooperación de los usos pacíficos de la energía nuclear".

1.- La Comisión de Derecho Ambiental en respuesta al Sr. Presidente del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires interpretó el artículo 41 in fine de la C.N. y afirmó que se trató de "una prohibición absoluta de ingreso al territorio nacional de residuos radiactivos más allá que tenga como objetivo su tratamiento y posterior devolución a Australia". Efectuó una interpretación literal del texto.

2.- No se logra comprender por qué razón se cita la ley de residuos industriales N° 25.612 (B.O. 28/7/02) atento que en el artículo 1° consagra: "las disposiciones de la presente ley establecen los presupuestos mínimos de protección ambiental sobre la gestión integral de residuos de origen industrial o de actividades de servicios, que sean generados en todo el territorio nacional, y sean derivados de procesos industriales de actividades de servicios". No sólo este artículo 1° omite incluir a los residuos radiactivos sino que el artículo 5° los excluye específicamente. En efecto,

dispone: "Quedan excluidos del régimen de la presente ley y sujetos a normativa específica:

- a) los residuos biopatogénicos
- b) los residuos domiciliarios
- c) los residuos radiactivos
- d) los residuos derivados de las operaciones normales de los buques y aeronaves.

El artículo 6° de la ley prohíbe "la importación, introducción y transporte de todo tipo de residuos provenientes de otros países al territorio nacional y sus espacios aéreo y marítimo, con excepción de aquellos residuos que por reglamentaciones sean incluidos previamente en una lista positiva, aprobados por la autoridad de aplicación y que los interesados demuestren, en forma fehaciente, que serán utilizados como insumos de procesos industriales. Asimismo, cabe la excepción para el tránsito de residuos previstos en convenios internacionales."

3.- La Comisión de Derecho Ambiental en el informe que produjo afirma: "Sin dudas, esta última excepción podría aplicarse a la situación descrita en la consulta, pero entiendo que se encuentra en contradicción con el clarísimo texto constitucional". El argumento precedente puede ser objetado porque la excepción a una prohibición debe interpretarse de manera restrictiva. Asimismo, porque el propio texto de manera expresa excluyó del régimen de esta ley a los residuos radiactivos (conf. Art. 5.c).

4.- Aún en el supuesto que se sostuviera que no podría aplicarse la excepción del art. 6° in fine a la situación descrita en la consulta, el contenido de la ley no condicionaría al "Acuerdo sobre Usos Pacíficos de Energía Nuclear" porque el artículo 75 inciso 22 C.N. consagra expresa y claramente: "Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes".

En el derecho argentino rige el principio que la ley posterior deroga a la anterior que se le opone. El contenido de una ley anterior que se oponga a un tratado posterior no podrá prevalecer después de la reforma de 1994 (art. 75 inc 22) y sólo caben dos posibilidades: a) afirmar que la ley ha quedado derogada o b) afirmar que ha quedado incurso en inconstitucionalidad sobreviniente.

5.- Atento que como la misma ley 25.612 excluye de sus disposiciones a los residuos radiactivos utilizar contenidos de esta norma para cuestionar el acuerdo es improcedente. Al excluir esta normativa del análisis sólo

queda por evaluar si el convenio lesiona contenidos constitucionales, concretamente la última parte del artículo 41 C.N. En el dictamen que hemos formulado se dan argumentos suficientes que permiten pronunciarse por la validez constitucional del acuerdo.

IV

HOMENAJES

PALABRAS DE LA ACADÉMICA DOCTORA AÍDA R. KEMELMAJER DE CARLUCCI EN MEMORIA DEL DOCTOR MARCO AURELIO RISOLÍA (*)

Cuando esta mañana se me dijo que era posible recordar al doctor Marco Aurelio Risolía a través de las palabras, entendí que yo también, en este décimo aniversario, debía decir algo. Y en razón de que no estaba totalmente preparado, estas palabras debían ser breves.

De cualquier manera es bueno recordarlo porque como decía Heidegger "la tragedia del mundo es que no cultiva la memoria" y por lo tanto, olvida a los maestros, de modo que este homenaje que vamos a hacer hoy es para no entrar en esa tragedia del mundo y lo mejor, al parecer, es justamente seguir las obras, que es lo que intentamos cada día, sino hablar a través de la palabra. Ha dicho un español, Lorenzo Martín Retortillo, que amigos todos de la palabra, creyentes en la palabra, a ellos van las mías, porque la palabra aunque a veces cueste creerlo derrota a la pólvora y al acero, e incluso al olvido. Y esto es lo que intentamos hoy: no olvidar a través de la palabra. Entonces cuando nos toca conmemorar a alguien, bueno es hacerlo con las palabras, pero como el tiempo es breve me parece mejor hacerlo a través de la palabra de los sabios que hablan mejor que nosotros. Entonces recordaré al maestro Risolía a través de las palabras de los grandes maestros.

Séneca decía que "no hemos de preocuparnos de vivir largos años sino de vivirlos satisfactoriamente. Vivir largo tiempo depende del destino; en cambio vivir satisfactoriamente depende de tu alma". La vida es larga si es plena, y se hace plena cuando el alma ha recuperado la posición de su

(*) Palabras pronunciadas en la sesión privada del 8 de julio de 2004.

bien propio y ha transferido así el dominio de sí misma. El tema es que Risolía no vivió demasiados años. Para los tiempos de hoy, su muerte fue, de alguna manera, prematura. Sin embargo, creo yo que responde su vida a estas palabras de Séneca. Su vida, como digo, no fue excesivamente larga pero su vida se transmite no solamente a través de lo que escribió, sino a través de una familia y en esa familia hay una hija que es profesora universitaria, que es una gran luchadora por el derecho.

Según un proverbio inglés, la educación es, en general, un acto de optimismo porque es el optimismo de creer que el que escucha aprende. Yo creo que el doctor Risolía debió ser un gran optimista pues él creía mucho en la educación. El recuerdo más vívido que tengo del doctor Risolía fue una vez en que se conmemoraba un aniversario más de la muerte del General San Martín y el doctor Risolía pronunció una conferencia fantástica, con su gran oratoria que lo caracterizaba sobre el Padre de la Patria pero en esa conferencia él acentuó el aspecto educador que había tenido el General San Martín. De modo que también supo encontrar en los grandes hombres de la patria aspectos muy particulares que suelen no ser acentuados cuando se los evoca. También, ya entrando en quienes fueron nuestros próceres, nuestro Alberdi decía que en Sudamérica el talento se encuentra a cada paso pero que lo menos común es lo que impropriamente se llama el sentido común, el buen sentido, el juicio recto. Cuando leemos las sentencias que redactó el doctor Risolía, también juez, además de una Corte Internacional, de nuestra Corte Suprema de Justicia, hemos encontrado no solamente el talento sino, junto a ese talento, ese sentido común, al que llamaba impropriamente Alberdi "sentido común", pero buen sentido y juicio recto, que se visualiza en muchas de sus sentencias. Finalmente me voy a Francia y recuerdo con Michel Tournier cuando él se preguntaba qué es un árbol. Entonces decía Tournier que un árbol es antes que nada un cierto equilibrio entre una rama aérea y una raíz subterránea, de tal modo que cuanto más queremos elevarnos más necesitamos tener los pies en la tierra. Cada árbol nos lo dice cada día. Creo que Risolía es un hombre que tenía los pies en la tierra, se elevó creyendo en la voluntad humana. Su libro más famoso, el de la autonomía de la voluntad contractual, es la imagen de cuánto él creyó en la voluntad del hombre, en sus posibilidades, en lo que la voluntad del hombre puede cuando el hombre quiere, pero al mismo tiempo puso sus pies en la tierra y por eso el legado que él nos dejó en el derecho civil, que es el de un hombre realista, un hombre que atiende a la vida cotidiana al que en esta obra, que como dije cuando me incorporé a esta Academia, hay que a

veces saber leer entre líneas porque se lo visualiza como un hombre excesivamente conservador pero que hay algunas de las líneas de esa obra que muestran que fue un hombre muy realista. Por eso, como dijo Gustavo Bossert cuando murió su maestro, el maestro Fassi, Gustavo dijo que un hombre cuando muere es lo que fue y lo que hizo y así se lo conocerá para siempre. Al doctor Risolía lo recordaremos también por lo que fue y por lo que hizo.

Muchas gracias.

AMBROSIO ROMERO CARRANZA

POR ALBERTO RODRÍGUEZ GALÁN (*)

SUMARIO: I. Introducción. — II. El académico. — III. El custodio de la tradición de la patria. — IV. Mitre y el gobierno impersonal de la ley.

I. Introducción

La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales le rinde esta tarde su homenaje y su recuerdo al doctor Ambrosio Romero Carranza al haberse cumplido este año el centenario de su nacimiento.

Consagró su vida a su credo y a su patria.

A su credo, porque ejerció un auténtico apostolado en post de la libertad, y lo llevó a cabo como un renovado acto de fe. De fe en la libertad, como bien supremo de la existencia y fulgor de la imagen y semejanza de Dios, de esa imagen y semejanza que poseemos en virtud de su gracia.

De su patria, porque la amó intensamente. Estudió e investigó su historia y exaltó las figuras señeras de nuestra nacionalidad que nos dieron la independencia y constitución. Fue un maestro, y sus discípulos transmitieron y transmiten su mensaje, mensaje nutrido por el ejemplo de su propia conducta moral, reflejo de su formación espiritual e intelectual motivada en la nobleza de las ideas y sentimientos superiores, que expresó en esta casa, en la cátedra y en sus sentencias como magistrado.

(*) Disertación pronunciada por el Académico en el acto de homenaje conjunto al doctor Ambrosio Romero Carranza, de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas y la Pontificia Universidad Católica Argentina, en la sesión pública del 26 de agosto de 2004.

II. El académico

Es electo Miembro Titular de nuestra corporación el doce de diciembre de 1967. Sucede al doctor Salvador Fornieles, jurista eminente, en el sitial cuyo patrono es el General Bartolomé Mitre. Se incorpora el doce de septiembre de 1968.

Lo recibe nuestro académico emérito, doctor Manuel Rfo.

Han transcurrido treinta y siete años y las palabras iniciales de su presentación son proféticas, para el país y para el propio recipiendario.

Decía el Doctor Rfo: "Obra a lo largo de nuestra historia una corriente profunda que nutre la evolución de nuestra nación, por cuanto tiene de más positivo. Es su sustancia, la adhesión indefectible a la justicia, sin opresión; a la libertad, sin licencia; a la fraternidad, sin desconocimiento de las diferencias funcionales entre los hombres. Sus fuentes siempre vivas, en campos diversos pero correspondientes, son la Constitución Nacional y el Evangelio. Este último la inspira, con su aliento divino, la primera la sanciona dándole el valor de ley de nuestra tierra...El Evangelio y la Constitución es la divisa inmarcesible del pueblo argentino. Esa divisa se esbozó netamente en las ideas de mayo; estimuló nuestras tentativas de organización, ... presidió nuestro estupendo progreso durante nueve décadas y hoy constituye nuestro baluarte y nuestra esperanza"; —y agregaba el doctor Rfo— "Pues bien, ese ideal ennoblece la personalidad del hombre de derecho que se incorpora a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales"

"Grandeza y Transparencia del Derecho Político" será el tema de su discurso de incorporación.

Trazará en su discurso un panorama de la disciplina en su tiempo, determinará su objeto, que es la estructura de las grandes instituciones y la inspiración de constituciones que fundamentan la paz, la justicia y la dignidad humana. Señalará las diferencias y afinidades del Derecho Político con la Política, su carácter de universal o general y de particular o nacional; atribuye el orden natural al primero, y derecho positivo y fuente del derecho constitucional al segundo.

Desarrollará luego un detenido estudio de la evolución del Derecho Político a través de la historia. Trae a colación el enfoque de Juan F. Linares

en su libro "Política y comunidad" en el que analiza conceptualmente a la política de tres maneras: 1. Como acción o conducta del gobierno desplegada por los gobernantes, a la que llama Política Arquitectónica; 2. Como acción o conducta de lucha por el poder, Política Agonal; 3. La que está llamada no sólo a la lucha por el poder sino también por su ejercicio, o sea, Política Arquitectónica más Política Agonal, a la que el académico Juan Francisco Linares denomina Política Plenaria.

Explícita y aplica, luego, el doctor Romero Carranza, esta conceptualización en la historia y en sus diversos momentos y circunstancias.

Serán Platón y Aristóteles en el Mundo Griego: Platón con la justicia como virtud del equilibrio, del orden y de la concordia, que pone cada cosa en su lugar y cada ciudadano en su categoría social. Aristóteles, con la noción de bien común como causa final del estado y con la calificación del poder y su ejercicio, al dividir a los gobiernos en puros e impuros, según respondan a la eficacia y respeto al bien común de los ciudadanos, en el caso de los gobiernos puros, o al vicio, la corrupción y el despotismo, en el de los impuros.

Hace lo propio al presentar al derecho político en Roma. La conversión de la "diké", de los griegos en el *justum romano*, que Roma concretó en el *jus*, que es la ley justa que Cicerón divide en *jus naturale*, *jus gentium* y *jus civile*.

"La justicia ya no será la religión, —afirma Romero Carranza— ni filosofía, ciencia o ideología, sino ante todo y sobre todo Derecho, vale decir, un conjunto de normas justas, equitativas, legales y constitucionales que regirán práctica y orgánicamente gobernantes y gobernados, enseñándoles unos a otros cuales son sus respectivos deberes, facultades, funciones y derechos".

Pero va a ser al señalar la contribución del cristianismo al derecho político, cuando el respetado maestro hace un aporte temprano y esboza una doctrina sobre los Derechos Humanos.

Atribuye al cristianismo el retomar la tradición grecorromana de unir Política con Derecho y a la patristica y a la escolástica la existencia de un mismo pensamiento jurídico, que afirma y desarrolla la civilización occidental. Quedará cimentado así, son sus palabras, el auténtico Derecho Político, sobre tres aportes básicos: griego, romano y cristiano. Platón y

Aristóteles el griego, Cicerón el romano y San Agustín, y Santo Tomás, serán su continuidad. San Agustín de Platón y Cicerón al jerarquizar el valor justicia; ya que sin ella la política sólo es piratería y bandidaje; por su parte, Santo Tomás de Aquino lo será de Aristóteles, asume el bien común como función determinante del Estado, el sentido de servicio de los gobernantes para toda la comunidad, y no de un sector, y la desposesión del poder de quien lo ejerza tiránicamente. Y es el cristianismo, para el doctor Romero Carranza, cuando al dar relevancia al ser humano, creado a la imagen y semejanza de Dios, y redimido por Cristo, al que motiva a poco una verdadera doctrina de los derechos humanos, a que hemos aludido antes, doctrina que comienza por el derecho de rendir culto a Dios, según lo dicte la propia conciencia de cada uno, —sigo sus palabras— concluyendo por el derecho de resistir a la opresión de los tiempos de gobernantes tiránicos.

Y es precisamente su libro, "El Derecho de Resistencia a la Opresión", —aparecido en la época de su presentación en esta Academia— donde desarrolla su tesis; "La Resistencia a la Tiranía es un Derecho, y a veces un Deber" y expone su análisis crítico de los contenidos de la llamada revolución social y sus efectos. Para Manuel Río, es la posición del Profesor de Derecho Político por una parte, pero por la otra la de un hombre de la civilización cristiana y por sobre todo, de un buen argentino.

Sobrevendrán, luego, días sombríos para la patria, como si los vislumbrara, al finalizar su discurso, en aquella tarde de septiembre de 1968 después de dar en brillante síntesis una evolución del derecho político, hasta promediar el siglo pasado, cuando los asistentes conmovidos lo escuchábamos decir: "El derecho político se opone a la violencia y por ello dignifica a los pueblos, proporcionándoles paz, libertad, seguridad y felicidad... Si defendemos la resistencia a la opresión, es en el sentido con que la sistematizó Santo Tomás de Aquino: como un derecho de la persona humana, derecho de la legítima defensa contra la agresión llevada a cabo por gobernantes tiránicos, y por cuanto son ellos los que ejercen la violencia, —y agregaba—, este Derecho nada tiene que ver con la violencia que hoy se predica, —recuerdo, estamos en septiembre de 1968— para cambiar las estructuras sociales y políticas por otras nuevas y desconocidas que se pretenden edificar sobre el mal cimiento de la fuerza bruta, —y advertía—, la violencia engendra la violencia". Y aquellos días sombríos que vislumbrara, desatarían más tarde un baño de sangre y una situación política y económica que todavía el país no ha superado. Creo por ello necesario recordar hoy y aquí estos pensamientos que trascienden al jurista porque

integran la conducta de un hombre que quiso al país como pocos, que fue un maestro que en momentos de prueba no vaciló desde la cátedra, el libro y la prensa escrita, en reclamar el respeto a la ley, y su condición inseparable de la virtud. Tenía para sí que la democracia, en el marco de su pensamiento cristiano, requiere inexcusablemente consideración para los demás, altura de propósito, responsabilidad por nuestros actos, caballerosidad con el adversario, cumplimiento de nuestros deberes e intereses con la cosa pública. Requiere ser justo, leal, franco y buscar la verdad; no sin olvidar en definitiva que el orden social y político procede de la ley natural y por lo tanto de Dios, y que la ley positiva, establecida la existencia de la ley natural, es la que Santo Tomás define como "orden de la razón para el bien común hecho por aquel que cuida de la comunidad y la promulga".

III. El custodio de la tradición de la patria

Romero Carranza nace en un hogar patricio. La historia de su hogar se enlaza con la historia de la patria. El General Juan José Viamonte, cabilante el 22 de mayo de 1810, vota la destitución del virrey. Se bate en Suipacha a las órdenes de Balcarce; congresal en 1819 y en 1824-1827. Es el gobernador de Buenos Aires que entre 1829 y 1834 impone progreso y orden. Renuncia tras el embate rosista para exiliarse y morir en Montevideo el 31 de marzo de 1843. Es su tatarabuelo.

Por su madre, su estirpe tucumana entronca con los Araoz y los López. El gobernador Javier López es su bisabuelo y marido de Lucrecia Araoz, prima hermana de Juan Bautista Alberdi, quien con Tránsito, hermana de éste, lo crían por su orfandad, en su infancia y adolescencia. Más tarde será el General López el que le gestiona y obtiene una beca para que prosiga sus estudios en el "Colegio de Ciencias Morales de Buenos Aires". Don Ambrosio era sobrino bisnieto del autor de las Bases.

No debe extrañar entonces su verdadera pasión por el estudio y la investigación de la historia argentina a la que me referí al principio. El Doctor Alberto Rodríguez Varela, en su brillante evocación del maestro, realizada el año de su muerte, en esta casa, señaló al respecto la creación del Seminario de Historia Argentina, que llevara a cabo en 1954 con Manuel V. Ordoñez, Manuel Río, Juan Isidro Quesada, Iván Vila Echagüe, César García Belsunce y Estanislao del Campo Wilson, bajo el patrocinio de Monseñor de Andrea, y lo califica como el cauce principal a través del cual desarrolló su inclinación por la historia.

Limitándonos a exponer alguno de los trabajos, en esa materia, que el doctor Romero Carranza llevará a cabo en el seno de nuestra corporación, y publicados en sus anales, destaco los de la vida y la obra de tres integrantes de la generación de Mayo, generación de 1837 fundadora de nuestra organización nacional. Me refiero a la del General Bartolomé Mitre, la de Juan Bautista Alberdi y la de Félix Frías, en una conferencia sobre este último pronunciada en el Colegio de Escribanos con motivo del sesquicentenario del nacimiento del prócer, el 20 de julio de 1966.

Para nuestro recordado maestro, Félix Gregorio Frías es el paladín de la unión de los argentinos. Tras la campaña y la derrota y muerte de Lavalle continúa la lucha hasta depositar sus restos en Bolivia, donde se exilia para luego pasar a Chile y a Europa.

Cuando regresa a Buenos Aires en 1856 se encuentra con un país dividido. La Provincia de Buenos Aires se ha escindido de la Confederación de las restantes provincias. Pero le aguarda algo peor, el antagonismo de sus propios amigos también divididos como secuela de esta triste circunstancia política.

Frías, dirá Romero Carranza, no puede tolerar la existencia de estas dos Argentinas. Funda un periódico "El Orden" y desde allí predica la unión, la paz, la libertad y la fraternidad entre hermanos.

Prudencia y moderación frente a la crítica y persecución que se ha desatado contra los antiguos partidarios de Rosas. "No debemos permitir —escribe Frías—, que la Mazorca celeste cometa ahora los horrores que cometió antaño la Mazorca punzó". Y así, desde su banca de Diputado —puntualiza Romero Carranza—, se opone a la confiscación de los bienes de Rosas y de su hija Manuela, y exclama: "No todo está permitido contra los tiranos. No está permitido imitarlos".

La injuria y la calumnia, le obliga a cerrar su diario, pero no abandona su prédica por la unión nacional. Aplica en el país, las enseñanzas y doctrinas que recibió en París, durante su amargo exilio, de un profesor de la Sorbonne, el gran Federico Ozanam, conoce la obra social que ese gran apóstol de la caridad y la verdad, son palabras de Don Ambrosio, lleva a cabo en Europa, y convencido de que por esa vía se puede lograr la paz, porque si la política encasilla y divide, la caridad se expande y une, funda en la Argentina una filial de la Fundación de Ozanam "Las Conferencias Vicentinas".

Sobreviene Cepeda, y con Cepeda la renuncia del gobernador Valentín Alsina y el triunfo militar de Urquiza, y con el triunfo su grandeza al ofrecer el Pacto de San José de Flores, de unión nacional entre la Confederación y Buenos Aires, —11 de noviembre de 1859—. ¿Quién es el gobernador de esta provincia que lo ratifica? Felipe Lavallol, quien integró el grupo de amigos que nucleó Félix Frías para bregar por la paz. Ese grupo de hombres, —decía Romero Carranza—, llevó a cabo una obra patriótica poco conocida, y es cierto, lo ratifica la carta de Urquiza a Lavallol del 18 de noviembre de 1859, transcripta en el tomo segundo de la "Historia Política y Constitucional Argentina" de la que son autores con el doctor Romero Carranza, los doctores Alberto Rodríguez Varela y Eduardo Ventura. Y debo señalar que esta intervención de Félix Frías y de los hombres por él liderados que se oponían a la secesión de Buenos Aires no ha tenido, que yo conozca, con anterioridad, la difusión y precisión de la importancia que protagonizaron antes y después de Cepeda, como la que también le cupo a Félix Frías cuando trató de evitar con su carta al General Bartolomé Mitre, la batalla de Pavón, entre los mismos contendientes, cuando dos años después se rompen nuevamente las hostilidades a raíz del rechazo de los diputados de Buenos Aires al Congreso de Paraná. Esa carta de Frías a Mitre, a la sazón gobernador de Buenos Aires, que el doctor Romero Carranza transcribe en el trabajo que comento, también debían ser materia de análisis y estudio por ser un mensaje que engrandece a Frías. Lo escribe en momentos en que está atendiendo en Mendoza a las víctimas del terremoto, con una labor tan patriótica como sacrificada. No evitará Pavón, pero sí evita, contra la opinión de Sarmiento y Vélez Sarsfield, que siga la persecución política al vencedor de Caseros, que continuará gobernando Entre Ríos y afianzará así una política de conciliación nacional.

El Presidente Sarmiento designa a Frías, más tarde, en la Legación en Chile. La acción diplomática que allí realiza, en defensa de nuestros derechos sobre la Patagonia para disuadir las pretensiones de Chile sobre esta región del territorio argentino, con escritos y documentos fidedignos, no logra detener los objetivos chilenos.

Al asumir Avellaneda, la situación del país debilitado por las consecuencias de la Guerra del Paraguay motiva que el presidente Avellaneda acceda a que el diferendo con Chile sobre la Patagonia sea materia de arbitraje.

Félix Frías, que ha declinado el Ministerio de Relaciones Exteriores que le había ofrecido el Presidente Avellaneda, y que ha sido electo Diputado

Nacional y más tarde Presidente de la Cámara que integra, se va a oponer con vehemencia a la solución arbitral propuesta por el Poder Ejecutivo y considera peligrosos, equivocados y antipatrióticos, los proyectos de tratados que los Ministros de Avellaneda han presentado en la Cámara. Los tratados son rechazados.

Me he detenido en la evocación del Doctor Romero Carranza, porque Frías fue uno de sus mentores, a quien admiró, y porque escribió sobre el prócer dos libros "La juventud de Félix Frías" y "Vida y testimonio de Félix Frías" que esclarecerán con su valiosa información la dimensión moral e intelectual de los extraordinarios servicios que el prócer prestó al país, los que no han sido debidamente reconocidos y recordados, pero nadie puede dudar, piensen o no como él, que es un grande de la patria.

Sobre Juan Bautista Alberdi debemos memorar el trabajo publicado en los Anales de nuestra Academia con el título "Formación y vigencia del pensamiento jurídico-Político de Alberdi". Comienza por recordar — Romero Carranza — su arribo a Buenos Aires, analiza sus estudios del bachillerato en el Colegio de Ciencias Morales, antes referidos, y a los de leyes en la Universidad homónima, como así también a su primera obra de índole jurídica escrita en 1837 titulada "Fragmento preliminar al estudio del derecho". Para Romero Carranza esta obra puede ser considerada como el prólogo de las famosas Palabras Simbólicas que constituyen, "la creencia social de la joven Argentina". Se refiere luego a las reuniones en la biblioteca de Marcos Sastre, a la fundación de la Asociación de Mayo, que presidirá Echeverría y que ya había escrito "La creencia social" de 1838, que hemos nombrado, en la que había planteado una posición socio-política compatible con los principios jurídicos del "Fragmento preliminar".

Coincidían también, Alberdi y Echeverría, en la forma de estado que debía ser adoptada por el país, en consonancia con la realidad nacional, con respeto por los derechos humanos, y a la fusión de los antecedentes políticos unitarios y federales que coexistían en nuestro medio. Y será en la palabra simbólica del Dogma número trece, escrita por Alberdi, titulada "Abnegación de las simpatías que puedan ligarnos a las dos grandes facciones que se han disputado el poderío durante la revolución", la fórmula que definirá la forma de estado mixta, que la Asociación de Mayo vuelca a través de Alberdi en nuestra Constitución Histórica de 1853, admirablemente desarrollada en las Bases.

A juicio de Romero Carranza, subyace en las palabras simbólicas la idea del derecho natural, que Alberdi en el "Fragmento preliminar" puntualiza así: "El derecho positivo es tan privativo y peculiar de cada pueblo, de cada momento, por su individualidad y temporalidad como eterno y universal es el derecho natural"; y que Echeverría en "La creencia social de la joven Argentina" por su parte, las había compartido al manifestar: "Nuestras leyes positivas deben estar en armonía con el derecho natural. Porque así como la razón es el fundamento de todos los derechos, la ley natural es la regla primitiva y el origen de todas las otras leyes".

Señala, a mi juicio con acierto Don Ambrosio, lo que no se ha hecho con anterioridad; que el cristianismo de Alberdi se halla reflejado en Echeverría cuando en la palabra simbólica, "Dios centro y periferia de nuestras creencias religiosas, el cristianismo su ley" declara (Echeverría) entre otras afirmaciones "El evangelio es la Ley Natural de Dios porque es la ley de la conciencia y la razón...el evangelio es la ley del amor...El cristianismo debe ser la religión de la democracia".

Con agudeza nuestro académico establece los matices que diferencian la educación religiosa recibida por Alberdi de la de Echeverría, que origina enfoques distintos acerca de la trascendencia de la religión en el campo socio político, posición que Alberdi, en "Bases y puntos de partida para la Organización Nacional" asume al escribir: "La religión debe ser hoy el primer objeto de nuestras leyes fundamentales. Debe mantenerse y protegerse la religión de nuestros padres como la primera necesidad de nuestro orden social y político. Si la libertad religiosa es uno de los medios de poblar a nuestro país, la religión católica es el medio de educar a nuestra población". No obstante, al presentar, en julio de 1852, su proyecto constitucional, advierte que el Estado Argentino debe adoptar y sostener la religión católica, pero respetando la libertad de cultos. Y es la libertad de cultos en nuestra patria la que ha posibilitado la educación que los padres desean para sus hijos.

El derecho a la resistencia a la opresión en Alberdi es otro de los temas brillantemente expuestos por Romero Carranza en el trabajo que comento.

Su desarrollo e interpretación a la luz de su pensamiento cristiano y democrático revela su erudición histórica. Señala una vez más las diferencias con Echeverría, que ha sido más frontal con respecto al régimen rosista; Alberdi creía todavía en 1838 que se podía esperar un cambio en Juan

Manuel de Rosas, Echeverría no. Ya en Montevideo, Alberdi, en sus escritos en el diario uruguayo "El Nacional", se pronuncia abiertamente por el levantamiento en armas contra el dictador de Buenos Aires, porque constituía el justo ejercicio del derecho natural de resistir a la opresión. En el prólogo del año 1856 de la tercera edición de las Bases dirá: "Hay siempre una hora dada en que la palabra se hace carne. Cuando suena esa hora, el que propone la palabra, orador o escritor, hace la ley, la ley no es suya, es la obra de las cosas. Pero es la ley durable porque es verdadera". Y terminaba nuestro recordado maestro su conferencia, en la que leyó el trabajo que comento, pronunciada el 11 de junio de 1972, en la Biblioteca del Colegio de Abogados de Buenos Aires, con estas palabras: "A la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales (en cuyo salón de actos, el único busto de mármol que allí se encuentra es el de Alberdi) corresponde la misión de destacar su pensamiento jurídico-político, y esa visión es hoy urgente cumplir, por cuanto ese pensamiento empieza a ser olvidado o menospreciado".

Esta tarde, al rendirle homenaje a Romero Carranza, cumplimos su requerimiento de entonces, y en su testimonio hemos memorado con sus propias palabras el permanente recuerdo que en esta casa se mantiene de la acción y pensamiento de Don Juan Bautista Alberdi.

IV. Mitre y el gobierno impersonal de la ley

Si las evocaciones de Félix Frías y de Juan Bautista Alberdi son de notable rigor conceptual, histórico, jurídico y político, "Mitre y el gobierno impersonal de la ley" es un análisis circunstanciado del prócer frente al poder, que ejerció y padeció en épocas también violentas de nuestra historia.

Mitre es, para Romero Carranza, el egregio representante de esa línea de la civilización occidental, cuyo punto de partida estuvo en Grecia y se sintetiza en la frase que es el título enunciado, de la conferencia leída en el Museo Mitre el 26 de agosto de 1971 con motivo del sesquicentenario de su nacimiento. El gobierno impersonal de la ley fue para nuestro académico su lema y su bandera. Tal fue el principio jurídico-político por el cual él luchó, y por lo que, sin duda alguna, es un gran ejemplo para los argentinos. Clamó, desde su juventud, contra la suma del poder público que detentaba Rosas. Luchó contra su tiranía sin buscar el triunfo personal ni defender los intereses del puerto de Buenos Aires, luchó —dice Romero Carranza— por deber de conciencia, por puro patriotismo, ejerciendo el derecho de resistencia a la opresión, por su propia dignidad y libertad.

Al sobrevenir Caseros, el artillero deviene en miembro de la Legislatura de Buenos Aires y se opondrá con vehemencia al Acuerdo de San Nicolás que viola sus principios, al otorgar al General Urquiza poderes mayores de los que fue investido el propio Rosas. Buenos Aires rechaza el Acuerdo, estalla la revolución del 11 de septiembre de 1852, sobreviene la secesión y el país queda dividido, trece provincias federadas por la Constitución de 1853 y Buenos Aires como Estado separada de sus hermanas. Mitre, que ha sido exiliado después de los sucesos de junio, regresa con un prestigio indiscutido. Paul Groussac, —lo cita Romero Carranza— le pregunta a Mitre a qué atribuía ese prestigio y éste contestó: "A que no quiero ser caudillo".

Más tarde se sucederán los hechos políticos y militares a que nos hemos referido con anterioridad y cuando Buenos Aires había jurado la Constitución de 1853, con las reformas de 1860, se precipita entre la Nación presidida por el doctor Derqui y la provincia de Buenos Aires, cuyo gobernador era el General Bartolomé Mitre, una ruptura que motiva un estado bélico.

El rechazo de los diplomas de los diputados porteños por la Cámara de Diputados del Congreso Nacional reunido en Paraná —como se ha recordado— es lo que lo precipita. La Legislatura Porteña encomienda a su gobernador que mediante las armas defienda a la Provincia y a la Constitución Nacional y remueva los obstáculos que impidían la unión de Buenos Aires al resto de la República. En Pavón, el 17 de septiembre de 1861, Mitre enfrenta al ejército nacional comandado por Urquiza, y en una batalla, triunfante Buenos Aires por el retiro del General Urquiza del campo, con su caballería intacta, sin combatir, se produce la caída de los poderes nacionales y Mitre queda a cargo del Poder Ejecutivo de la Nación de facto. Pero todas las legislaturas de provincias, advierte Romero Carranza, legalmente lo invisten de ese poder.

Pero Mitre no estaba llamado a destruir la obra de los constituyentes de 1853 y 1860 como se lo pedían algunos de sus amigos eminentes como Sarmiento y Velez Sársfield. Respeta a Urquiza y facilitará, a juicio de Romero Carranza, un entendimiento amistoso, y aquél, con su poderío político intacto, aceptará con digna sumisión colaborar en la gran tarea de pacificación nacional.

Mitre no destruyó el orden constitucional en 1861, sino que en definitiva contribuyó a afirmarlo.

Pocas veces, advierte nuestro académico, un militar ha actuado en forma tan descollante como político, estadista y jurista. Siendo Presidente (1862-1868) instala la Corte Suprema de Justicia y la integra con personalidades no afectas a su posición política, y que habían colaborado con el gobierno de Paraná en oposición a Buenos Aires.

Sólo durante la presidencia de Mitre pudieron comenzar a funcionar los tres poderes de la Nación. Surge así, durante su gobierno, una nueva política afirmada en tres principios: Nacionalidad, Constitución y Libertad, corporizándose en un obrar coherente y oportuno de los poderes políticos al dictar normas que pondría en ejercicio la Ley Suprema de la Nación.

Por todo lo expresado, los servicios que prestó al país en todos los campos en que actuó, el General Mitre es un benemérito de la República.

Esta conferencia de Romero Carranza, como las anteriores, las recuerdo esta tarde, porque trasuntan el sentir de un gran argentino que hizo y escribió la historia de su patria. Que fue un maestro de la juventud a quien dedicó su tiempo y sus conocimientos, frutos de su talento y de sus días, muchos de los cuales comenzaban antes de la aurora. Que fue un magistrado que hizo honor a su investidura y la defendió con su conducta cuando manos espurias intentaron hollarla. Fue un juez sabio, probo y valiente.

Escribió numerosos libros, dos publicados por nuestra Corporación, y en sus últimos años editó la tercera edición de "Luz en la tierra", cuya dedicatoria a la Academia, escrita el 21 de mayo de 1997 de su puño y letra, reza: "A la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, agradeciéndole la nota de pésame por el fallecimiento de mi esposa, dándole también las gracias por los dos libros que generosamente tuvieron a bien publicarme con los saludos para los miembros de la institución".

Señoras y señores:

Ambrosio Romero Carranza, por su formación cristiana y por su convicción de que sin raigambre histórica no existe nación, como lo dijo un colega de cátedra suyo, estaba consustanciado también con el ideario de Mayo y con el de la Generación de 1837, proyecto de país y fuente institucional de nuestra Constitución histórica.

Por eso, su fe en la democracia constitucional, como sistema y como fuerza generadora de libertad y orden.

Quería entrañablemente a su patria, la sirvió con abnegación y desprendimiento. Sus discípulos de ayer, que hoy son maestros, y sus colegas académicos le rendimos nuestro emocionado homenaje a este argentino ejemplar que fue Ambrosio Romero Carranza, homenaje al que incorporamos a la señora María Cristina Carranza de Romero, porque creemos que nada habría sido más grato a su corazón. ♦

AMBROSIO ROMERO CARRANZA (EN EL CENTENARIO DE SU NACIMIENTO)

POR ALBERTO RODRÍGUEZ VARELA (*)

En 1954 —ha pasado ya medio siglo— conocí a tres hombres singulares que estuvieron unidos por estrechos lazos de amistad y que ejercieron mucha influencia en mi formación moral e intelectual. Me refiero a Ambrosio Romero Carranza, Manuel V. Ordóñez y Manuel Río. Los tres fueron miembros titulares de las Academias que organizan con la UCA este homenaje y a lo largo de sus vidas dieron siempre testimonio de su fe religiosa y de su disponibilidad para servir comunes ideales cívicos. Durante varias décadas ejercieron un formidable magisterio ante los auditorios más diversos. El eco de sus palabras todavía resuena en mis oídos. Tengo con ellos una deuda de gratitud que nunca podré saldar.

Hoy debo referirme especialmente, en nombre de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, a Ambrosio Romero Carranza, porque celebramos con este acto el centenario de su nacimiento.

En ese año 1954, por invitación de Eduardo Ventura, que hoy comparte esta tribuna en nombre de la Pontificia Universidad Católica, concurrí por primera vez al Seminario de Historia Argentina que Romero Carranza había fundado con Ordóñez y Río, en una vieja casa de la calle Carlos Pellegrini, frente al Obelisco, cedida por Monseñor Miguel de Andrea. Asistían a las reuniones —entre otros— Juan Isidro Quesada, Iván Vila Echagüe, Cesar García Belsunce, Carlos María Gelly y Obes, Carlos Floria, Gaspar Ferrer, Alejandro Padilla, Roberto Garbini y Estanislao del Campo Wilson.

(*) Disertación pronunciada por el Académico en el acto de homenaje conjunto al doctor Ambrosio Romero Carranza, de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas y la Pontificia Universidad Católica Argentina, en la sesión pública del 26 de agosto de 2004.

Confieso que me impresionó la atención que Romero Carranza prestaba a los balbuceos de algunos —como el que habla— de apenas dieciocho años, llegando al extremo de confiarnos investigaciones y trabajos que, de modo sorprendente para nosotros, con el tiempo fueron publicados.

En esos días Manuel Río ultimaba la redacción de su "*Programa para un Estudio de la Historia Argentina*". Fue un libro breve, de contenido denso, que marcó orientaciones muy claras para la labor del Seminario. Lo he releído muchas veces, encontrando siempre en sus páginas nuevas sugerencias para la interpretación de nuestra Historia.

Bajo el impulso y el empeño de Romero Carranza, el Seminario organizó ciclos de conferencias e inició una serie de publicaciones. Aparecieron de esa forma, bajo su dirección, libros como "*Gobernantes de Mayo*", "*Las Ideas Políticas de Mayo*", "*Controversias Políticas del Ochenta*" y "*El Congreso de Tucumán*". Tuvo el acierto de convocar a un amplio espectro de colaboradores que participaron como coautores. Pero él fue el inspirador —además de principal redactor— y a quien se debe que esos libros hayan sido publicados.

También a iniciativa suya y bajo su dirección se publicó la "*Historia Política y Constitucional de la Argentina*", en tres volúmenes, y el Manual que la sintetiza, con ocho ediciones impresas a partir de 1977.

A esos libros debemos sumar los dos que dedicó a Félix Frías —el último editado por la Academia de Derecho con motivo de su nonagésimo cumpleaños—, ambos escritos con la colaboración de Juan Isidro Quesada.

Al mismo género histórico pertenece una multitud de artículos escritos en diarios y revistas, sobre todo en "*Rumbo Social*", que fundó y dirigió a lo largo de doce años, entre 1976 y 1988.

Debería mencionar también, en esta reunión académica, otros libros que evidencian su laboriosidad infatigable como "*Ozanam y sus contemporáneos*", "*El triunfo del Cristianismo*", "*Itinerario de Monseñor de Andrea*", "*Qué es la Democracia Cristiana*", "*El Derecho de Resistencia a la Opresión*", "*Historia del Derecho Político*" (en dos volúmenes publicados por esta Academia de Derecho), "*Enrique Shaw y sus circunstancias*", "*El terrorismo en la Historia Universal*", e innumerables trabajos teológicos, filosóficos, jurídicos y políticos.

Lamentablemente, no puedo reseñarlos en esta breve evocación. Quiero, empero, recordar dos figuras intelectuales que ejercieron especial influjo en su pensamiento. Me refiero a Federico Ozanam, a quien le dedicó una espléndida biografía que fue traducida al francés, el italiano y el inglés. Es un libro que conmovió profundamente a Alfredo L. Palacios, presidente del jurado que integró con Luciano Molinas, Benjamín Villegas Basavilbaso y Enrique Martínez Paz, y que en 1956 —por el mérito de este libro— propuso a Romero Carranza para la titularidad de la Cátedra de Derecho Político de la Universidad de Buenos Aires, que ejerció hasta su designación como Profesor Consulto.

Esta obra pone en evidencia que Ozanam —graduado en París en Derecho y en Letras, Profesor en la Sorbona y fundador de las Conferencias Vicentinas—, a quien Juan Pablo II° ha beatificado, fue el pensador que inspiró a Romero Carranza en las frecuentes reflexiones que sobre Cristianismo y Democracia volcó en libros, folletos y artículos. Esta biografía permite también comprobar la influencia que sobre él ejercieron algunos contemporáneos de Ozanam como el Padre Henri-Dominique de Lacordaire, con sus célebres conferencias pronunciadas desde el púlpito de Notre Dame de París, y el Conde Carlos de Montalembert, quien no vaciló en afrontar un juicio ante la Cámara de los Pares, en plena Monarquía de Julio, por defender la libertad de enseñanza.

El segundo autor que ejerció un influjo decisivo en el pensamiento de Romero Carranza fue Jacques Maritain. Él mismo lo reconoció en varios trabajos que publicó en *"Rumbo Social"* y en una conferencia que pronunció en esta Academia de Derecho con motivo del fallecimiento del gran filósofo tomista. Le consideraba "el apóstol laico más grande del siglo XX". Sostenía que había dejado su marca a lo largo de la centuria, desde sus albores hasta su muerte, a los noventa y un años, el 28 de abril de 1973. Afirmaba, además, que ese influjo lo había ejercido "con el ejemplo de su vida, con el testimonio de su fe y mediante la irradiación de su palabra oral y escrita".

Puedo agregar que también la esposa de Maritain, la fina escritora Raisa Oumancoff, contribuyó a esa fascinación a través de su extraordinario libro *"Las grandes amistades"*, en el que relata la conversión de ambos al catolicismo, bajo el influjo de León Bloy, y el encuentro que con la misma Fe tuvieron Charles Péguy y el nieto de Renán, Ernest Psichari. En capítulos apasionantes describe el magisterio de Henri Bergson, quien finalmente llegó también al umbral de la Fe, y que con su filosofía espiritualis-

ta, expuesta en sus clases del Collège de France, sacudió el positivismo y el materialismo dominantes en la Sorbona, donde estudiaban Jacques y Raissa Maritain.

No quiero cerrar esta disertación sin referirme a otros aspectos de la vida de Ambrosio Romero Carranza. Porque no fue solo un hombre de pensamiento sino también de acción, dejándonos así su mejor lección que fue el testimonio de su vida.

No obstante no tener militancia partidaria, su posición doctrinal adversa a todo gobierno con vocación totalitaria, y su adhesión al ideario cristiano y democrático difundido desde comienzos del siglo veinte por Don Luigi Sturzo, era pública y notoria. Presumiblemente fue un factor que se computó cuando el régimen imperante, con motivo de una cláusula accesorio de la Constitución de 1949, resolvió revisar la designación de jueces y funcionarios de la Justicia Nacional. Fue dejado cesante, vivió años de pobreza, colaboró como abogado en el equipo que dirigió Manuel V. Ordóñez y que tuvo a su cargo la defensa del diario "La Prensa" confiscado a sus legítimos propietarios, fundó la agrupación de jóvenes "*Federico Ozanam*" cuyos integrantes firmamos el prólogo de su libro sobre la Democracia Cristiana, e incrementó su actuación como orador en cenáculos que no estaban contagiados por el miedo dominante y que integraban personas ávidas de escuchar su palabra valiente y firme.

La absurda persecución contra la Iglesia que se desató a fines de 1954, culminó en junio de 1955 con la quema de varias iglesias y la arbitraria detención de Monseñor de Andrea y más de un centenar de sacerdotes. Al lugar en que estaba privado de su libertad Monseñor de Andrea fue conducido Monseñor Gustavo J. Francheschi. Sin perder su buen humor, el Obispo de Temnos recibió con una sonrisa al entonces Director de la Revista "Criterio" al tiempo que le decía: "*¿por qué te has incomodado, Gustavo, en venir a visitarme?*"

Romero Carranza —que ha relatado la anécdota en un artículo de "*Rumbo Social*"— no tardó en seguir los pasos de estos dos prelados que tanta influencia ejercieron en su formación intelectual. Tal vez con Eduardo Ventura contribuimos involuntariamente a su detención. Porque en agosto de 1955, después de salir también nosotros de Villa Devoto, fuimos a visitar a Alfredo L. Palacios, a su casona de la calle Charcas, por sugerencia de Carlos Sánchez Viamonte —primo de nuestro homenajado—, con quien estuvimos conversando esa mañana en su concurrido departamento de Florida y Paraguay.

Palacios nos recibió con su bonhomía habitual y tuvimos así el privilegio de pasar una tarde inolvidable, contemplando el permanente peregrinaje de amigos y partidarios del viejo líder socialista. En un momento determinado llegó a entrevistar al periodista Ortiz del diario "Acción" de Montevideo. Palacios nos presentó como miembros juveniles de la naciente Democracia Cristiana. Inmediatamente Ortiz nos solicitó una entrevista con alguno de sus dirigentes. Con la aprobación entusiasta de Sánchez Viamonte, le sugerimos que se dirigiera en el acto a la casa de Romero Carranza y le suministramos su dirección. Así lo hizo y publicó algunos días después un extenso reportaje en la primera plana del diario "Acción". Recuerdo que algunos días después, caminando por la calle Florida, observé que un canillita más o menos clandestino vendía a viva voz ese periódico uruguayo y anunciaba el reportaje a uno de los fundadores del Partido Demócrata Cristiano. Algunos días después el entrevistado ingresaba en la cárcel de Villa Devoto.

En un artículo publicado en "*Rumbo Social*", Romero Carranza relató que su intento de entrevistar a Miguel de Andrea y Gustavo J. Francheschi para llevarles abrigo y medicamentos había resultado fallido. Pero al poco tiempo, cuando no tenía ningún interés en penetrar en ningún recinto carcelario, debió hacerlo junto a otros católicos detenidos en el mes de septiembre. Agrega que, cuando era llevado en un coche celular al Instituto de Detención, el vehículo fue interceptado por manifestantes que proferían gritos diciendo "*¡Aquí llevan a católicos, vamos a lincharlos!*". Algunos ladrones que viajaban en el mismo celular se alarmaron y comenzaron también a gritar: "*¡No somos católicos, somos chorros!*". Ante esta respuesta inesperada los activistas permitieron que el vehículo continuara su viaje a la cárcel. Como colofón, al finalizar su remembranza, Romero Carranza escribe con ironía: "*¡Más valía en aquella época ser chorro que católico!*"

He mencionado en esta evocación algunos pequeños fragmentos de la vida de Ambrosio. Como lo expresó Enrique Larreta al evocar desde las columnas de La Nación a Pedro Goyena, tales fragmentos son como "...un trozo de curva, cuya inclinación despierta inmediatamente la idea de la circunferencia a que corresponde". Son insuficientes, pero reflejan el sentido que Ambrosio le dio a su existencia. No pretendo decir que no haya cometido errores, como todos los mortales. Sostener tal posición equivaldría a negar su condición humana. Sólo quiero expresar que tuvo siempre muy en claro la fragilidad y fugacidad de la vida, y la Meta definitiva a la

que todos estamos llamados. Nos dio así a quienes le conocimos y tratamos un ejemplo de persistencia en el cumplimiento de sus obligaciones, con las manos puestas siempre sobre el arado, dispuesto a cumplir los requerimientos de cada jornada, sin malversar el tiempo que Dios le había reservado.

Manuel V. Ordóñez, su amigo de toda la vida, con quien compartió ideas y fatigas, al presentar en 1976 la Revista "Rumbo Social" que —como dijimos— Ambrosio fundó y dirigió a través de 33 números, recordó que cuando el Mariscal Lyautey quiso plantar cipreses en el Sahara y oyó decir que su crecimiento tardaría dos mil años, manifestó: "*¡Comencemos enseguida, no perdamos tiempo!*".

Estas palabras sintetizan la filosofía práctica que Romero Carranza observó toda su vida a través de un programa diario de estudio y trabajo que le permitió escribir innumerables artículos en diarios y revistas, publicar 17 libros, y pronunciar incontables conferencias, todo ello sin descuidar sus obligaciones como esposo y padre, funcionario o magistrado de la Justicia Federal, profesor de varias universidades y miembro activo de entidades religiosas, académicas y científicas. Cada día, como si fuera el primero, pronunciaba su "*nunc coepit*" (ahora empiezo) y se largaba con indeclinable energía a la labor prevista para la jornada.

En el ocaso de su vida, vislumbró el final con la serenidad de los justos, confiado en la intercesión de Nuestra Señora, la venerada Theotokos del Concilio de Éfeso, a quien le dedicó el n° 18 de la revista "Rumbo Social".

Marchó hacia el encuentro con el Señor recordando, seguramente, lo que había escrito en el trabajo que tituló "El Hijo del Hombre" y que publicó en el n° 27 de la misma revista:

"La unión de lo divino con lo humano se produce en un nuevo horizonte en el que no existen crepúsculos sino tan sólo amaneceres. Y hacia allí vamos con un canto en el corazón y una esperanza en el alma, por cuanto constituye una meta iluminada por diáfana luz que no se extingue..."

"A partir del Cristianismo, la muerte dejó de ser un final temido para convertirse en una puerta abierta al infinito, a lo absoluto, a la Eternidad...Hacia allí vamos atraídos por el poderoso imán del amor de Dios..."

Señoras y Señores:

El magisterio de Ambrosio Romero Carranza, desplegado desde la cátedra universitaria y a través de libros, artículos y disertaciones pronunciadas en las más diversas tribunas, suscitó numerosos discípulos en quienes encendió el fuego sagrado que impulsa a la búsqueda insaciable de la verdad, la belleza y el bien. Por ello, como uno más, quiero terminar esta evocación reiterando, con el poeta Virgilio, las palabras de homenaje y gratitud que pronuncié en el discurso de recepción el día en que se incorporó Romero Carranza a la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas: "*Magister: agnosco veteris vestigia flammae*". Maestro: reconozco en mí el calor de la antigua llama. ♦

AMBROSIO ROMERO CARRANZA

POR EDUARDO VENTURA (*)

Señor Presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales
Señor Presidente de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas
Señor Presidente de la Academia del Plata
Señores Académicos
Señoras-Señores

En este acto de homenaje al doctor Ambrosio Romero Carranza en el centenario de su nacimiento ha querido estar presente la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina, a cuyo claustro de profesores perteneció como profesor honoris causa. Su designación, en el año 1997, fue un acto de reconocimiento a quien orientó su vida hacia el apostolado intelectual como profesor, escritor y conferencista generoso siempre dispuesto a dar testimonio ante los más variados y aún dispares auditorios.

Bien se le puede aplicar al doctor Romero Carranza lo que se dijo del gran patriota irlandés Daniel O'Connell: "Supo unir el amor al pueblo con el amor a la Iglesia y el amor a la Patria con el amor a la Religión", pues supo aunar su obra intelectual y su actividad cívica en la manifestación de su Fe, difundiendo el magisterio Social y Político de la Iglesia y defendiendo los valores propios de la Nación Argentina que acertó a identificar en los principios de la Constitución de 1853.

Separado de la función judicial por el gobierno surgido de las elecciones de 1946 se contó entre quienes trabajaron en la organización de lo que fue el Partido Demócrata Cristiano, junto a los también académicos Ma-

(*) Disertación pronunciada por el Decano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina en el acto de homenaje conjunto al doctor Ambrosio Romero Carranza, de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas y la Pontificia Universidad Católica Argentina, en la sesión pública del 26 de agosto de 2004.

nuel Ordóñez y Manuel Río. Y con Ordóñez y con Río, y con el apoyo de Monseñor Miguel de Andrea, fundó el Seminario de Estudios de Historia Argentina. Del S.E.H.A., y bajo la dirección de Romero Carranza, surgieron numerosos libros y ciclos de conferencias que se sucedieron durante más de 25 años.

El S.E.H.A. sirvió para evidenciar la generosidad de Romero Carranza. Desde allí despertó vocaciones y apoyó y estimuló a jóvenes orientándolos en sus trabajos históricos y publicándoles sus primeras obras.

La generosidad fue uno de los rasgos salientes de su personalidad.

Otro, su juventud de espíritu. San Agustín escribió que Dios "es más joven que todos y a sus amigos rejuvenece a diario", y con su gracia *los inunda de alegría* (Salmos).

Juventud y alegría. Dos notas salientes de la personalidad de Romero Carranza.

Juan Llerena Amadeo, al solicitarle prologar el libro *El Orden Político*, dio un testimonio que quiero hoy repetir: "Le hemos pedido al doctor Ambrosio Romero Carranza que nos haga el honor de prologar nuestro libro por tres motivos fundamentales: Reconocemos en él a un verdadero maestro que dedicó su vida a esclarecer y difundir los contenidos y principios del Derecho Político; admiramos en él una manera de ser que simboliza la juventud perenne de los que encuentran su razón de vivir y actuar en el Cristianismo y nos une a él, además de la amistad, una comunidad de ideas fundamentales, no desmentida ni siquiera por las discrepancias que como hombres libres alguno de nosotros haya podido tener". Precisamente en ese Prólogo podemos encontrar una síntesis de sus ideas: "El Cristianismo constituyó una doctrina de los derechos humanos elaborada poco a poco, y que comenzó por señalar el derecho de rendir culto a Dios según la propia conciencia y concluyó por enseñar el derecho de resistencia a la opresión de gobiernos tiránicos. Esos derechos humanos de los cuales se habla tanto hoy día son, pues, la concreción del ideal cristiano destinado a brillar en un orden político en el que, a lo nacional, se unen, con solidez, los principios universales del Cristianismo. Felizmente, nuestra patria nació bajo el signo de esa unión. Puede afirmarse que en nuestra Constitución se encuentra amalgamada la mejor tradición argentina con los principios políticos y sociales cristianos que dieron nacimiento y establecieron los derechos humanos. Y tal

combinación pudo realizarse para nuestro bien por haber recibido los argentinos en su tierra la lluvia fecunda del Derecho político cristiano de carácter político”.

Estas no más de catorce líneas resumen lo expuesto en más de veinte libros y numerosos artículos que fueron publicados en las revistas *Orientación Social*, *Criterio*, en los años que la dirigía Mons. Franceschi, diarios jurídicos y, más recientemente, en su *Rumbo Social*.

Ambrosio Romero Carranza enseñó Derecho Político en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y enseñó siempre la necesaria sujeción de la política al derecho. En *Historia del Derecho Político* —que editó la Academia que hoy nos recibe— tiene escrito:

“La Política ha movido y mueve al mundo occidental y ha sido y es fecunda en acciones, cambios y movimientos sociales. Pero abandonada a sus solas fuerzas puede engendrar, y de hecho engendró en muchas ocasiones, monstruos que han oprimido y aterrorizado a la humanidad entera. El derecho político no tiene la fecundidad ni el dinamismo de la Política, pero posee el conocimiento claro y consciente de lo que es el bien y el mal, de cuanto es justo e injusto, de lo moral e inmoral. Por eso, haciendo una figura retórica, podemos decir que el derecho toma en matrimonio a la política para hacer que ésta, en vez de engendrar monstruos, dé a luz instituciones, leyes, constituciones y estadistas capaces de contribuir a proporcionar a la humanidad cuanto más desea y necesita: dignidad, justicia, paz y libertad.

La política es comparable a un torrente impetuoso que, si desborda, todo lo puede destruir. El Derecho Político se asemeja al dique que frena y doma al torrente, convirtiendo sus aguas turbulentas en mansos canales de riego y energía motriz” (1).

He citado *Historia del Derecho Político*.

Sin embargo, si hubiera de decir cuáles son, en mi parecer, los más emblemáticos de sus libros, optaría por tres: *Qué es la democracia cristiana*; *Ozanam y sus Contemporáneos* y *Vida y testimonio de Félix Frías* (que había sido precedido por “La juventud de Félix Frías, publicado en 1960).

(1) Ambrosio ROMERO CARRANZA, “Historia del Derecho Político, Biblioteca de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires”, t. I, p. 29.

Es que en *Qué es la democracia cristiana* R.C. puso, por escrito, lo que durante años enseñó a un grupo de jóvenes que reunía en su casa de la calle Uruguay, o en la que abría Juan Quesada y a los que inició en el conocimiento del magisterio social y político de la Iglesia y de los primeros principios de lo que él insistía en llamar Derecho Político. Allí se definió en una cuestión que más entonces, pero aún ahora, dificulta el diálogo político entre los católicos: el liberalismo.

Cito una vez más a R.C. "Podemos (decir) que la democracia cristiana puede ser calificada de liberal en el sentido que a esa palabra daban Lacordaire, Ozanam, Félix Frías, Estrada y demás demócrata cristianos del siglo pasado. Es decir, que puede ser catalogada de liberal en cuanto partidaria de las libertades políticas y está dispuesta a defender con energía el principio de la libertad humana. Pero también puede ser catalogada de antiliberal, si por liberal se entiende al que es partidario de la libertad ilimitada (hoy podríamos decir libertad de indeterminación), de una "libertad con facultades extraordinarias" —según frase de Félix Frías—; y asimismo podrá ser catalogada de antiliberal si por liberalismo se entiende el liberalismo irreligioso y exagerado que engendró, directamente, el individualismo, el jacobinismo, el capitalismo individualista y el anarquismo, y que por reacción engendró, indirectamente, el colectivismo marxista. La democracia cristiana rechaza ese liberalismo por considerarlo un error social anticristiano y antidemocrático que ha sido causa preponderante del nacimiento de todos esos males que hoy afligen a la humanidad. En cambio, lucha por la auténtica libertad, la libertad cristiana que, unida a la justicia y a la caridad, proporciona a las naciones paz, bienestar y progreso" (2).

Ozanam y sus Contemporáneos es la biografía de quien fue su modelo. Lo siguió en su modo de vivir el catolicismo y de servir a su patria. Lo siguió en sus ideas y en sus ideales. Como Ozanam se acercó a los más necesitados en la obra que Ozanam fundó en Francia y su abuelo Eduardo Carranza Viamonte, con Félix Frías, en la Argentina: las Conferencias Vicentinas. Como Ozanam —también abogado— fue profesor universitario pues entendió bien que ayudar a los pobres es enseñar a los que no saben. Y como Ozanam, supo formar una familia ejemplar (Ozanam está dedicado a su esposa, Cristina Carranza Vélez: "A quien fue para mí lo que Amelia Soulacroix fue para Federico Ozanam").

(2) Ambrosio ROMERO CARRANZA: "Qué es la democracia cristiana", Editorial Del Atlántico, Buenos Aires, 1956, p. 161.

Ozanam lo acercó a Félix Frías, su seguidor en la Argentina y quien difundió entre nosotros su pensamiento y el de Lacordaire y Montalambert. A Frías le dedicó dos libros: *La juventud de Félix Frías y Vida y Testimonio de Félix Frías* escrito en colaboración con Juan Quesada a quien conocía desde largos años atrás y uno de sus discípulos más próximos. Este libro, publicado en 1995, por la Academia Nacional de Derecho, lo fue cuando Romero Carranza tenía 91 años y muestra, acabadamente, otro de sus rasgos más suyos: la constancia, que es firmeza y perseverancia.

Con Frías, Romero Carranza creía que la libertad sin el orden es una peligrosa ilusión y que el orden, en las sociedades democráticas, es efímero si no se asienta en las buenas costumbres. Tuvo la penosa experiencia de comprobarlo cuando asistió —lo cito a Romero Carranza— “al fracaso de la pretensión punitiva de una sociedad que se hallaba ya totalmente desguarnecida” y luego a la reivindicación de quienes la habían desquiciado (3).

Ambrosio Romero Carranza falleció el 15 de enero de 1999, a los 95 años de edad.

Había vivido siempre “con sus ropas ceñidas a la cintura y teniendo en sus manos las luces ya encendidas”. No era de aquellos a quienes la muerte sorprende. Había velado su vida y puede decirse de él, con Lucas, “dichosos de aquellos siervos a los cuales el amo, al venir, encuentra velando”.

En la vela de su vida defendió el derecho, las libertades civiles y políticas y el orden. Cumplió con sus deberes de ciudadano cristiano que sabe, con Santo Tomás, que “a quien más debe el hombre después de Dios, es a sus padres y a la Patria”. Vivió la caridad y el patriotismo, una de las más excelsas y levantadas manifestaciones de la justicia. Como cristiano y hombre de honor, proclamó su Fe.

Fue un hombre magnánimo a quien cabe aplicar lo que dice Josef Pieper: “Características del magnánimo son la sinceridad y la honradez. Nada le es tan ajeno como callar la verdad por miedo. No se queja, pues su corazón no permite que se le asedie con un mal externo cualquiera. La magna-

(3) A. ROMERO CARRANZA: “El terrorismo en la historia universal y en la Argentina”, Bs.As., 1980, p. 213.

nimidad implica una fuerte e inquebrantable esperanza, una confianza casi provocativa y la calma perfecta de un corazón sin miedo. No se deja rendir por la confusión cuando ésta ronda al espíritu, ni se esclaviza ante nadie, y sobre todo no se doblega ante el destino: únicamente es siervo de Dios" (4).

Romero Carranza fue un señor.

La Pontificia Universidad Católica Argentina se honra al contarlo entre sus muy pocos profesores honoris causa. ♦

(4) Josef PIEPER: "Prudencia y Templanza", Ed. Rialp, 1969, p. 198.

GERMÁN J. BIDART CAMPOS

Buenos Aires, 6 de setiembre de 2004

VISTO que el día 3 de setiembre ha fallecido el académico doctor Germán J. Bidart Campos,

CONSIDERANDO que el doctor Germán J. Bidart Campos ha sido académico titular desde el año 1971 y que ha honrado a esta Academia con sus reconocidos méritos y su prestigio,

EL PRESIDENTE DE LA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES RESUELVE:

ARTÍCULO 1°. Publicar un aviso en el diario La Nación del martes 7 de setiembre, por el que se participa el fallecimiento del doctor Germán J. Bidart Campos.

ARTÍCULO 2°. Rendir honores al doctor Germán J. Bidart Campos en la primera sesión privada a realizarse el día 9 de setiembre de 2004.

ARTÍCULO 3°. Regístrese, comuníquese a los señores académicos y archívese.

Juan Carlos Cassagne
Académico Secretario

Alberto Rodríguez Galán
Académico Presidente

PALABRAS DEL ACADÉMICO PRESIDENTE
DOCTOR ALBERTO RODRÍGUEZ GALÁN
EN MEMORIA DEL DOCTOR
GERMÁN J. BIDART CAMPOS (*)

Señores Académicos:

Ha muerto Germán J. Bidart Campos.

Ha muerto un argentino cabal, un jurista eminente, un gran maestro del derecho constitucional, que tuvo destacados discípulos - hoy profesores -, y una convocatoria sin par entre sus alumnos, los que no sabían qué admirar más en él, si su sabiduría, o su sorprendente creatividad, luego volcada en libros, en ensayos, artículos, conferencias y clases que enriquecieron la ciencia jurídica argentina.

Germán se fue antes y nuestra Corporación ha perdido un académico inolvidable.

Invito en su homenaje a guardar unos instantes de silencio en su memoria.

(*) Palabras pronunciadas en la sesión privada del 9 de setiembre de 2004.

FERNANDO J. LÓPEZ DE ZAVALÍA

Buenos Aires, 5 de enero de 2005

VISTO que el día 3 de enero ha fallecido el académico correspondiente doctor Fernando J. López de Zavalía,

CONSIDERANDO que el doctor Fernando J. López de Zavalía ha sido académico correspondiente desde el año 1976 y que ha honrado a esta Academia con sus reconocidos méritos y su prestigio,

EL PRESIDENTE DE LA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES RESUELVE:

ARTÍCULO 1º. Enviar una nota de pésame a la familia.

ARTÍCULO 2º. Publicar un aviso en el diario La Nación del jueves 6 de enero, por el que se participa el fallecimiento del doctor Fernando J. López de Zavalía.

ARTÍCULO 3º. Rendir honores al doctor Fernando J. López de Zavalía en la primera sesión privada a realizarse el día 14 de abril de 2005.

ARTÍCULO 4º. Regístrese, comuníquese a los señores académicos y archívese.

Jorge H. Alterini
Académico Secretario

Alberto Rodríguez Galán
Académico Presidente

RESOLUCIÓN N° 1/2005

V

DECLARACIONES Y DICTAMENES

CONSULTA DEL SECRETARIO DE LA COMISIÓN
DE ESTUDIO DEL RÉGIMEN LEGAL DE LAS SOCIEDADES
COMERCIALES Y LOS DELITOS SOCIETARIOS
DEL MINISTERIO DE JUSTICIA, SEGURIDAD
Y DERECHOS HUMANOS SOBRE EL ANTEPROYECTO
DE REFORMAS A LA LEY DE SOCIEDADES COMERCIALES

Buenos Aires, 28 de mayo de 2004

Señor Secretario de la Comisión de Estudio del Régimen
Legal de las Sociedades Comerciales y los Delitos Societarios
del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos
Doctor Carlos San Millán
S / D

De nuestra consideración:

Tenemos el agrado de dirigirnos a usted en respuesta a la consulta formulada oportunamente por ese Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos, con relación al Anteproyecto de Reformas a la Ley de Sociedades.

Esta Academia, en la reunión del Plenario del 27 del corriente, ha destacado el gran valor de ese trabajo y que merece ser presentado como Proyecto a las Cámaras del H. Congreso de la Nación, para su debate y sanción.

Además del elevado nivel técnico de sus autores, deben señalarse una serie de aciertos que justifican esa opinión:

a) En primer lugar, se trata de una reforma parcial, que conserva la estructura de la legislación vigente que, en realidad, si bien es originaria de hace más de tres décadas, ha sido actualizada en varias oportunidades. Sin perjuicio de las relevantes modificaciones propuestas, el mantenimiento de esa estructura brinda destacados servicios a la

comunidad en general y a los jueces y profesionales del derecho en particular, desde que permite aprovechar la importante doctrina y jurisprudencia formada hasta ahora.

b) En segundo lugar, los temas seleccionados para su reforma han sido acertadamente identificados, pues son aquellos de mayor interés actual y en los que se remarca la necesidad de intervención legislativa. Esto surge tanto por las necesidades del tráfico como por las cuestiones debatidas en doctrina y jurisprudencia, así como en congresos y otras reuniones vinculadas con el tema.

c) En tercer lugar, las soluciones propuestas a esos puntos conflictivos o surgidos de nuevas necesidades, han sido claramente propuestas y se orientan en líneas de definición (generalmente) compatibles.

d) Finalmente, el estilo de redacción ha sido cuidado, sin excesos ni omisiones, manteniendo armonía con las reglas del cuerpo al cual se han de integrar.

Asimismo, se hace presente que los siguientes miembros del Instituto de Derecho Empresarial, dependiente de esta Academia, presentaron comunicaciones por escrito, que adjuntamos a la presente, en relación con el Anteproyecto referido: doctores Alicia J. Stratta, María Celia Marsili, Ana Isabel Piaggi, Eduardo Roca, Ignacio Escuti, Augusto Mallo Rivas, Guillermo E. Ragazzi, Carlos S. Odriozola, Daniel Vergara del Carril y Rafael Manóvil.

En suma, la consideración en general merece el apoyo de esta Academia.

Saludamos a usted muy atentamente.

Juan Carlos Cassagne
Académico Secretario

Alberto Rodríguez Galán
Académico Presidente

Héctor Alegria
Director

Instituto de Derecho Empresarial
de la Academia Nacional de Derecho
y Ciencias Sociales de Buenos Aires

DECLARACIÓN

ATAQUE A LA LEGISLATURA DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES

"La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires ante el ataque a la Legislatura de la Ciudad precedido poco antes por la toma de la comisaría 24ª, peticiona al Poder Ejecutivo Nacional que se evite la reiteración de tales delitos, que amenazan y conculcan la paz social, aplicando el orden jurídico vigente".

Buenos Aires, 22 de julio de 2004

Julio César Otaegui
Académico Vicepresidente

Alberto Rodríguez Galán
Académico Presidente

Eduardo Aguirre Obarrio
Académico Secretario Ad hoc

DECLARACIÓN DE ACADEMIAS NACIONALES SOBRE EL ACUERDO DE COOPERACIÓN ARGENTINA - AUSTRALIA EN LOS USOS PACÍFICOS DE LA ENERGÍA NUCLEAR

El descubrimiento y la aplicación pacífica de la energía nuclear es uno de los logros científicos y tecnológicos más importantes del siglo XX.

Las Academias Nacionales que suscriben esta declaración advierten que, de acuerdo a los estatutos que las rigen y sus funciones específicas, es oportuna una toma de posición en esta materia muy técnica y especializada, a fin de aportar elementos de juicio a los señores legisladores en su examen de estas cuestiones, y en general para ayudar a esclarecer a la opinión pública, la cual está siendo confundida por la propagación de temores infundados desde el punto de vista científico.

Desde mediados del siglo que acaba de concluir, la Argentina invierte importantes recursos para desarrollar tecnología nuclear y aprovechar así nuestras reservas de uranio. La decisión de nuestro Gobierno de crear la Comisión Nacional de Energía Atómica en 1950, ha convertido a la Argentina en un país nuclear. Desde entonces, científicos y técnicos argentinos se han capacitado en esta materia y, observados desde una perspectiva mundial, han alcanzado resultados de gran importancia. Existe en el país la capacidad técnica e industrial para diseñar y construir reactores nucleares, así como la de producir combustibles nucleares y demás insumos requeridos.

Muchas aplicaciones a la medicina, a la industria y al agro han sido desarrolladas en laboratorios argentinos. Somos exportadores de equipos, insumos y tecnología nuclear. Todo esto nos ha colocado en una posición de vanguardia en América latina. La empresa INVAP ha participado activamente en estas acciones y ha mostrado en todo momento una indiscutible capacidad tecnológica y un respeto irrestricto a las normas de seguridad y protección radiológica internacionalmente aceptadas.

Estas Academias Nacionales desean señalar que estas actividades se desarrollan en nuestro país con riesgos mínimos para la población, con nivel de probabilidad de accidentes muy inferior a muchas otras actividades industriales no nucleares y con la correcta supervisión. Estiman oportuno destacar también la seriedad profesional y el alto nivel del correspondiente organismo de control, la Autoridad Regulatoria Nuclear de nuestro país, la que es reconocida y respetada también en el ámbito internacional.

Los organismos responsables de las regulaciones nucleares han adoptado criterios muy severos para evaluar los posibles efectos perniciosos para la salud de la radiación nuclear, con un grado de cautela y de rigor muy superior al que se emplean en la consideración de otras actividades industriales. Sería deseable que se encararan criterios tan estrictos como los que rigen la actividad nuclear también en el caso de las poluciones nocivas generadas por las fábricas y los medios de transporte. No obstante, se ha inducido en la población no informada un infundado temor acerca de los efectos de la radioactividad en dosis muy pequeñas.

Cabe recordar, a este respecto, que durante muchas décadas cientos de hospitales y clínicas del país han empleado y emplean las facilidades de la medicina nuclear y la radioterapia para beneficio de la salud de la población. Material radiactivo, con actividades muy superiores a la de los elementos combustibles con los que operará INVAP, se ha movido -y se mueve diariamente- con seguridad por todo el país tras el objetivo salud, en especial para el tratamiento de los procesos malignos (cáncer).

Hay también aspectos jurídicos en la cuestión que nos ocupa, que conviene esclarecer.

En primer lugar, el Art. 12 del acuerdo con Australia no obliga a la Argentina a tratar el combustible gastado en nuestro país. Si Australia lo solicita y bajo condiciones contractuales específicas para ello, la Argentina se compromete a constituirse en una de las alternativas para el acondicionamiento del combustible gastado, que luego será devuelto al país de origen. Tal acondicionamiento, como viene sucediendo en el presente, puede ser realizado en un tercer país con facilidades nucleares, y así lo tiene previsto INVAP.

Dado que el acondicionamiento de elementos combustibles gastados, del reactor que construye INVAP para Australia, recién comenzará más allá de esta década, las circunstancias internacionales en materia de

industria nuclear pueden cambiar. Sólo en el caso de que en ese tiempo no fuera ya posible, o conveniente, el tratamiento de los elementos combustibles en un tercer país, INVAP proyecta realizarlo en la Argentina.

En vista de ese evento, ha surgido la duda acerca de si la importación temporaria de elementos combustibles gastados, para su acondicionamiento en el país y posterior re-exportación del producto resultante a Australia, para su almacenamiento allí, pudiera contravenir el último párrafo del Art. 41 de la Constitución Nacional (reforma de 1994), que señala: "Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos".

Pues bien, los elementos combustibles gastados no son residuos radiactivos, concepto claramente reflejado por la "Convención conjunta sobre la seguridad en la gestión del combustible gastado y sobre la seguridad en la gestión de desechos radiactivos", firmada por nuestro país en Viena en 1997 y aprobada por la Ley N° 25.279.

Hay muchas actividades en la vida contemporánea que la población puede creer que son peligrosas, aunque el riesgo en realidad es ínfimo, y muchas otras que son verdaderamente peligrosas, aunque la opinión general todavía no lo haya percibido. Para responder correctamente a estas cuestiones es necesario advertir que no se trata de que cada uno se imagine qué es lo que puede o no ser peligroso, o que cada uno decida subjetivamente qué puede ser considerado residuo radiactivo. Si así fuera, por el absurdo, no podríamos traer al país ningún radioisótopo, sea para la medicina, la industria o la investigación científica. Lo que se trata aquí no es materia de opiniones personales, sino cuestiones técnicas que deben dilucidar los peritos en la materia de acuerdo a definiciones precisas, establecidas por acuerdos internacionales y reflejadas en la legislación nacional.

La actividad relacionada con el acondicionamiento y posterior re-exportación a Australia de los combustibles gastados y los residuos generados en ese proceso, estará bajo el control de la Autoridad Regulatoria Nuclear.

Estas Academias Nacionales comparten el criterio de la Autoridad Regulatoria Nuclear sobre esta materia, en el sentido que un elemento combustible gastado no es intrínsecamente un residuo radiactivo. En vista de las consideraciones que anteceden, sólo una interpretación carente de

sustento técnico puede concluir que el acuerdo con Australia contraviene en alguna medida a la Constitución Nacional.

Esta última es también la posición de conocidos constitucionalistas, entre los que también se cuentan juristas que han participado como constituyentes en la reforma de 1994.

La aprobación por la H. Cámara de Diputados de la Nación del acuerdo marco de colaboración con Australia es de vital importancia para que esta actividad pueda continuar y para que la tecnología argentina avance. En un mundo globalizado y fuertemente competitivo, la defensa y el aumento del conocimiento, su organización y sus aplicaciones, son fundamentales para nuestra supervivencia y progreso como nación.

Buenos Aires, 1 de setiembre de 2004.

Juan Carlos Cassagne
Académico Secretario
Academia Nacional de Derecho y
Ciencias Sociales de Buenos Aires

Alberto Rodríguez Galán
Académico Presidente
Academia Nacional de Derecho y
Ciencias Sociales de Buenos Aires

DICTAMEN SOBRE EL REGLAMENTO DE SUBROGANCIAS
DE LOS TRIBUNALES INFERIORES DE LA NACIÓN
DICTADO POR EL CONSEJO DE LA MAGISTRATURA

Buenos Aires, septiembre 6 de 2004

Señor
Presidente de la Academia Nacional de
Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires
Doctor Alberto Rodríguez Galán
S/D

Estimado Señor Presidente:

Cumplo en responder a la consulta que me formulara el plenario de nuestra corporación sobre la constitucionalidad del Reglamento de Subrogancias de los Tribunales Inferiores de la Nación recientemente dictado por el Consejo de la Magistratura.

-1-

El asunto salió a la consideración pública por la Acordada 1027/04 del 13 de abril ppdo. de la Excm. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal (El Derecho, 1° de junio de 2004). La misma aceptó el Reglamento de subrogaciones dictado por el Consejo de la Magistratura en la Resolución 76, por el cual se autoriza a ejercer la función jurisdiccional a personas que no han sido investidas como tales, conforme a las disposiciones de la Constitución, e inclusive dicho organismo se arroga la potestad de nombrar jueces.

Cabe señalar que la decisión de la mayoría de la Cámara Nacional en lo Civil fue cuestionada por los camaristas Borda, Molteni, Dupuis, Zannoni

y Bellucci, habiéndose expedido con un planteamiento de inconstitucionalidad el representante del Ministerio Público Fiscal, doctor Sanz.

También estudió el tema el Profesor Gregorio Badeni ("El nombramiento de los jueces inferiores", EL DERECHO, jueves 20 de marzo de 2004). Con su habitual claridad expositiva analiza los diversos supuestos del aludido Reglamento y de la ley 25.876 que incorpora como inciso 15 del artículo 7º a la ley que regula el funcionamiento del Consejo de la Magistratura a una disposición que considera "desprovista de validez constitucional".

Participo de los cuestionamientos aludidos.

-II-

Cabe previamente recordar el régimen constitucional vigente y el papel asignado al Consejo de la Magistratura.

El artículo 114 de la Constitución Nacional establece que su función es seleccionar mediante concurso público ternas vinculantes para el nombramiento de los magistrados de los tribunales inferiores. Pero el nombramiento de los mismos lo realiza el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado. Ninguna cláusula de la Constitución le otorga al Consejo de la Magistratura facultad para designar jueces, ni aún con carácter provisorio. Tampoco cláusula alguna constitucional concede al Consejo de la Magistratura facultad para decidir quién nombra a los jueces. Sin embargo, el Reglamento en examen incurre en demasías que infringen tales premisas.

Al margen de lo recordado, señalemos que la Constitución (art. 99, inciso 19) faculta al Presidente, con carácter exclusivo y excluyente, a cubrir las vacantes gubernamentales que requieren el acuerdo del Senado, como ocurre con los jueces. Esos nombramientos en comisión son de carácter provisorio y caducan al fin de la próxima legislatura.

Por lo expuesto, el nombramiento de magistrados exige ineludiblemente: 1) Propuesta del Consejo de la Magistratura; 2) Designación por el PE previo acuerdo del Senado; 3) Excepcionalmente y con carácter provisorio, nombramiento de jueces en comisión por el PE (art. 99, inc. 19). Ninguna otra forma de designación de magistrados judiciales sería válida en la Constitución vigente.

-III-

El art. 114, inciso 6, concede al Consejo de la Magistratura facultad para dictar reglamentos que aseguren "la eficaz prestación de los servicios de justicia".

En función de ello, opina Badeni que la reglamentación del procedimiento podría determinar, entre los jueces existentes, que han sido nombrados con los requisitos constitucionales aludidos, quiénes actuarán como jueces subrogantes en caso de licencia o suspensión del juez titular o para desempeñar un cargo vacante. Ese juez asumiría provisoriamente la función y reteniendo el cargo del que es titular.

Pero aparentemente no fue esa la opinión del Consejo de la Magistratura amparándose en la ley 25876, al sancionar la resolución 76. Como señala Badeni, "mediante ella se autoriza a ejercer la función jurisdiccional a personas que no fueron nombradas jueces conforme a las disposiciones de la Constitución e, inclusive, se arroga la potestad de nombrar jueces".

Distingamos en el aludido Reglamento el caso de las "subrogancias transitorias" y el de las "subrogancias prolongadas".

En el primer caso, se provee el nombramiento por la Cámara de Apelaciones de su jurisdicción en los casos de vacancia o ausencia transitoria a los jueces actuantes más cercanos, lo que no es objetable. Pero en el Reglamento se la autoriza también a convocar a magistrados jubilados, abogados de la matrícula federal, secretarios de ambas instancias o prosecretarios de Cámara. Todos ellos, excepto los primeros aludidos, no han sido nombrados por el procedimiento que establece la Constitución. Aclárase que en el caso de los magistrados jubilados, al renunciar para acogerse a la jubilación, sostiene Badeni acertadamente, que dejan de ser jueces para transformarse en ex magistrados judiciales, pues no existen jueces en situación de retiro efectivo.

Salvo el caso de la subrogación provisoria a cargo de jueces actuantes, en los restantes señalados el Consejo de la Magistratura delega en las Cámaras de Apelaciones una atribución que no surge del texto constitucional.

Veamos ahora lo que se establece para el caso de "subrogaciones prolongadas", que superan los sesenta días desde la vacancia o licencia. El Reglamento en examen contempla que en estos casos la designación del

juez sea realizada por la Comisión de Selección de Magistrados y Escuela Judicial del Consejo de la Magistratura. En efecto, veamos diversas hipótesis, según la síntesis que realiza Badeni:

"Si la vacante se produce en una cámara de apelaciones o en un tribunal oral, se remitirá a ese organismo una terna de candidatos para que proceda a nombrar juez a uno de sus integrantes, sin perjuicio de su facultad de rechazar la terna y requerir la remisión de una nueva. Se puede obviar la remisión de la terna de candidatos si se propone a un magistrado jubilado u otro juez de cámara. Pero la aceptación de la propuesta, y consecuente designación del juez subrogante, está a cargo de aquella Comisión".

"Si la vacancia o ausencia prolongada se produce en juzgados federales de primera instancia de las provincias en las cuales no tenga su asiento la cámara de apelaciones, la Comisión de Selección de Magistrados y Escuela Judicial del Consejo de la Magistratura designará al magistrado subrogante, optando entre un juez de primera instancia de la localidad, o un juez jubilado, o un abogado matriculado e incluido en la lista que confeccionará el Colegio de Abogados del lugar, o por un Secretario federal incorporado a la lista que eleve la autoridad judicial de superintendencia de la jurisdicción".

Como surge de la síntesis transcripta, en muchos de los casos de subrogancia prolongada, se contempla la designación de personas que no reúnen los requisitos prescriptos por la Constitución, por un período de un año prorrogable por seis meses. Y recalquemos que la verdadera decisión respecto al nombramiento estará a cargo de la Comisión de Selección de Magistrados y Escuela Judicial del Consejo de la Magistratura que elegirá dentro de las listas que se le remitan y comunicará a la Cámara o Tribunal respectivo para que proceda a su designación y le reciba juramente.

-IV-

El Reglamento que comentamos se basa en la ley 25.876 que otorga al Consejo de la Magistratura facultad para reglamentar la designación de jueces subrogantes en los casos de licencia o suspensión de su titular y transitorias en los casos de vacancia para los tribunales inferiores. Dicho Reglamento reitera algunas antiguas normas cuya validez fue reconocida judicialmente muchas veces.

No hay duda que alienta a las aludidas normas un explicable propósito de resolver con premura la delicada situación que se plantea con numerosas situaciones existentes.

Pero una cosa era resolver situaciones transitorias y con motivos de urgencia dando preeminencia a funcionarios naturalmente indicados para preservar el normal funcionamiento del Poder Judicial y otra situación muy diferente es reconocer hoy una usurpación de facultades que la Constitución concede al Senado y al Presidente de la Nación, edificando una situación inédita.

Sobre la situación que actualmente rige, en su aludido comentario afirma categóricamente Badeni: "Los dos únicos procedimientos que contempla la Ley Fundamental para nombrar a los jueces inferiores son los establecidos en su artículo 99, incs. 4 y 19. En ambos casos, el nombramiento lo realiza el Poder Ejecutivo. Si es definitivo, con acuerdo del Senado y ajustándose a la terna elevada por el Consejo de la Magistratura. Si es provisorio, por la sola decisión del Presidente".

"Ninguna cláusula de la Constitución le atribuye potestades al Consejo de la Magistratura para nombrar jueces, ya sea en forma definitiva o provisoría. La claridad de sus disposiciones regulatorias del nombramiento de los jueces desarticula cualquier interpretación que pretenda otorgar, al Consejo de la Magistratura, la facultad que ella le confiere exclusivamente al Poder Ejecutivo con o sin acuerdo del Senado".

-V-

La opinión doctrinaria que citamos coincide con las también categóricas disidencias que en el ámbito judicial se expidieron en minoría al tratarse en la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil el Reglamento que examinamos.

En su voto, el doctor Bellucci manifestó que "este Reglamento así como está redactado soslaya un punto fundamental de la Constitución Nacional que debemos respetar porque para eso los integrantes de esta Cámara lo han jurado. La facultad de dar acuerdo a los jueces no la tiene el Consejo de la Magistratura ni por la Constitución ni por las leyes que se dicten, sino que la tiene siempre el Senado, y en su defecto, si estuviese en receso esa Legislatura, sólo el Presidente puede designar en comisión jueces".

En el mismo ámbito y ocasión, el representante del Ministerio Público, doctor Sanz, expresó:

"El Ministerio Público Fiscal –que represento– carece de voto. Por otro lado, en el acuerdo extraordinario del día 30 de marzo, este Excmo. Tribunal resolvió que no se debía dar vista al suscripto. Vale decir que lo único que resta es hacer escuchar mi voz, a lo que me autoriza el art. 37, inc. f) de la ley 24.946 (EDLA, 1998-A-113)".

"En función de ese antecedente planteo expresamente la inconstitucionalidad del Reglamento de Subrogancias puesto a consideración del plenario".

"De manera muy breve la razón de esta articulación es doble: en primer lugar, no se posee *jurisdictio* sin acuerdo del Senado; en segundo lugar el Consejo de la Magistratura carece de facultades para designar jueces en comisión".

"El fundamento resulta muy claro y se sigue de los antecedentes que reseñaré, que puse a disposición de la Oficina de Jurisprudencia y que no fueron fotocopiados y que traje al plenario extraordinario del 30 de marzo pasado y no se me dio oportunidad de leer".

"A mi modo de ver, la designación "en comisión" sólo puede hacerla el Presidente de la República durante el receso del Senado (art. 99, inc. 19, Constitución Nacional) por ello no es facultad del aludido Consejo".

"Los antecedentes principian con el llamado Pacto de Olivos en el cual para cohonestar la reelección presidencial se acordó reformar la Constitución (ver 'Declaración de los Dres. Menem y Alfonsín' en la obra de la Convención Nacional Constituyente t. I, pág. 64, ap. 2)".

"Esto dio lugar al documento del primero de diciembre de 1993 realizado por las comisiones de los partidos de los pactantes (ob. cit., t. I, pág. 67 y sigs.) cuyo punto J introduce al Consejo de la Magistratura, cuyas atribuciones serán:

"1. Seleccionar mediante concursos públicos los postulantes a las magistraturas inferiores".

"2. Emitir propuestas (en dupla o terna) vinculantes para el nombramiento de los magistrados de los Tribunales inferiores".

"3. Administrar los recursos y ejecutar el presupuesto que la ley asigne a la Administración de Justicia".

"4. Ejercer facultades disciplinarias".

"5. Decidir la apertura del procedimiento de remoción de magistrados".

"6. Dictar los reglamentos relacionados con la organización judicial y todos aquellos aspectos que sean necesarios para asegurar la independencia de los jueces y la eficaz prestación del servicio de justicia".

"Todo ello por incorporación de un artículo nuevo y por reforma al art. 99 de la Constitución Nacional".

"El 13 de diciembre de 1993 se especificó el Pacto mediante la firma del "Núcleo de coincidencias básicas" que repite a la letra el texto anterior (ver ob. cit., t. I, pág. 72) y que dio lugar a la ley 24.309 (EDLA, 1994-A-116) que en Asamblea Parlamentaria Conjunta consagró la necesidad de la reforma constitucional. El punto h) refiere a la letra el texto anterior (ob. cit. t. I, pág. 77)".

"He analizado también la intervención de los voceros de los mayores grupos de opinión reunidos en la Convención de Santa Fe que se ha referido al tema: el Dr. Pérez Delgado que encabezó una delegación de jueces de esta Capital Federal (ob. cit., t. IV, pág. 3129); el Dr. Arias, vocero del Partido Justicialista (ob. cit., t. IV, pág. 3247); el Dr. Paixao, vocero del Partido Radical (ob. cit., t. V, pág. 4888), el Dr. Hitters, representante del justicialismo de la Provincia de Buenos Aires (ob. cit., t. V, pág. 5007), el Dr. Jorge de la Rúa, vocero del radicalismo cordobés (ob. cit., t. V, pág. 5023). El Dr. Zaffaroni, convencional por el Frente Grande (ob. cit., t. V, pág. 5112) y el Dr. Masnatta (ob. cit., t. V, pág. 5118) ya entonces ex miembro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación".

"En ninguna de estas intervenciones, ni en la del Convencional Cullen, constitucionalista santafecino, se hace referencia alguna a que el Consejo de la Magistratura podría designar jueces "en comisión".

"Señores Jueces: la situación de la República es gravísima como lo informa la prensa diaria y el elemento básico de la convivencia supone ajustarnos a alguna norma básica como lo es la Constitución Nacional y, en su consecuencia, que cada órgano previsto en ella cumpla con la función que le es propia y no invada otros. En este caso el Consejo de la Magistratura se extralimita y esto es inconstitucional".

-VI-

Por lo expuesto precedentemente, participo de las opiniones que consideran inconstitucional al Reglamento en análisis.

Se ha invocado a favor del mismo, por parte de un camarista, la creencia de que "el dictado del reglamento de Subrogancias fue muy necesario y conveniente, sobre todo en una época en que existe un gran número de vacantes en la Cámara y en los juzgados de Primera Instancia, que se va acrecentar en los próximos años".

Ante esta alarmante y desconsoladora profecía, cabe exhortar a los responsables constitucionalmente para que extremen su celo y diligencia para evitarla. El Consejo de la Magistratura, el Presidente de la Nación y el Senado deben aunar esfuerzos para la rápida y eficiente normalización de la Justicia.

Frente al estado de anomia tantas veces denunciado en distintos sectores de nuestra realidad institucional, el remedio debe buscarse evitando situaciones reñidas con el mandato de la Constitución, cumpliendo con rigor y sin vacilaciones lo que impone nuestra Ley Fundamental.

Saludo al señor Presidente con mi distinguida consideración.

Juan R. Aguirre Lanari
Académico Titular

CONSULTA DE LA SECRETARÍA DE CIENCIA,
TECNOLOGÍA E INNOVACIÓN PRODUCTIVA DEL
MINISTERIO DE EDUCACIÓN, CIENCIA Y TECNOLOGÍA
SOBRE EL PLAN ESTRATÉGICO NACIONAL DE MEDIANO
PLAZO EN CIENCIA, TECNOLOGÍA E INNOVACIÓN:
PRIMER INFORME DE AVANCE

Buenos Aires, 27 de setiembre de 2004

Señor
Secretario de Ciencia, Tecnología
e Innovación Productiva
Ingeniero Tulio Abel del Bono
Presente

Contesto su nota del 7 de julio ppdo. que acompaña el documento "Plan Estratégico Nacional de Mediano Plazo en Ciencia, Tecnología e Innovación: Primer Informe de Avance", y le presento los comentarios, que luego de un detenido estudio, ha creído oportuno hacerle llegar esta Corporación. Se han realizado teniendo en cuenta que el citado Informe, en cuya elaboración han participado distinguidos especialistas, contiene los primeros resultados del ejercicio de Planificación Estratégica, iniciado por la Secretaría a su cargo.

I. El análisis contenido en el Informe se concentra sobre el desarrollo tecnológico. A pesar del título del documento, no hay nada en él específicamente vinculado con la Política de la Ciencia o Política Científica ("Science Policy", "Wissenschaftspolitik"). Esta omisión es relevante, pues la Política Científica no es un simple corolario de la Política Tecnológica. El progreso científico, aun con abstracción de las aplicaciones de la ciencia a la tecnología, constituye por sí mismo una parte valiosa del progreso humano integral.

II. El método de análisis empleado en el Informe se basa sobre la construcción de escenarios alternativos que describen hipotéticamente la futura evolución de las magnitudes consideradas. En un contexto de completa incertidumbre e inestabilidad, ese método no proporciona una guía confiable para las decisiones. Existe en tales circunstancias un número infinito de trayectorias posibles, y cualquier perturbación aleatoria induce una desviación no acotada respecto de la trayectoria precedente.

III. El Informe asevera que un elemento propio de los escenarios más innovadores es la coordinación centralizada de los cambios tecnológicos. Esta afirmación contradice la experiencia universal. Por el contrario, según demuestran los hechos, solamente los sistemas descentralizados poseen la flexibilidad dinámica y la capacidad de respuesta que exige el ritmo de adelanto tecnológico en el mundo contemporáneo.

Esta Academia, valora el trabajo realizado, está particularmente interesada en que se profundice la elaboración de un Plan Estratégico Nacional de Mediano y Largo Plazo, y en esa inteligencia, formula los comentarios, que ha tenido la gentileza de requerírsele.

Saludo a usted muy atentamente.

Alberto Rodríguez Galán
Académico Presidente

DICTAMEN SOBRE EL FALLO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN EN "ARANCIBIA CLAVEL"

-I-

Antecedentes

Si bien el fallo plantea una gama amplia de cuestiones, la deliberación se centró en dos aspectos:

a) Irretroactividad de la ley penal, que el Considerando 22 del voto de la mayoría expone del siguiente modo:

"Que en razón de que la aprobación de la "Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad" y su incorporación con jerarquía constitucional (ley 25.778) se produjo con posterioridad a la comisión de los hechos de la causa corresponde examinar la cuestión relativa a si la regla que establece la imprescriptibilidad de la imputación por el delito de asociación ilícita se aplicaría al sub lite retroactivamente o si ello lesiona el principio nulla poena sine lege."

b) Jerarquía de los Tratados de Derechos Humanos en el orden jurídico argentino, especialmente en cuanto el Considerando 38 del voto de la mayoría expresa:

"Que, en tales condiciones, a pesar de haber transcurrido el plazo previsto por el art. 62, inc.2° en función del art. 210 del Código Penal corresponde declarar que la acción penal no se ha extinguido respecto de Enrique Lautaro Arancibia Clavel, por cuanto las reglas de prescripción de la acción penal previstas en el ordenamiento jurídico interno quedan desplazadas por el derecho internacional consuetudinario y por la "Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad" (leyes 24.584 y 25.778)."

-II-

Comentario

1. La sentencia fue dictada por una mayoría de cinco votos contra tres; pero en lo que hace a los fundamentos la situación es distinta: cuatro jueces fundaron su decisión en la aplicación no retroactiva de normas consuetudinarias del Derecho de Gentes y uno en la aplicación retroactiva de la Convención arriba mencionada.

2. Existen leyes y tratados que imponen la imprescriptibilidad de determinados delitos para el futuro, cuestión de naturaleza opinable. Pero los regímenes de prescripción, una vez vigentes integran el concepto de "ley penal" a los efectos de la garantía constitucional del artículo 18, y no pueden ser afectados retroactivamente por una norma – ley o tratado – posterior al hecho de la causa; esa ha sido la doctrina de la Corte desde el fallo "Mirás".

La norma que establece la imprescriptibilidad de los denominados "crímenes de lesa humanidad" es la "Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad", que fue firmada en noviembre de 1968. La Argentina la aprobó por ley 24.584 veintisiete años después, en noviembre de 1995; pero el depósito del instrumento ratificatorio – que perfeccionó jurídicamente la adhesión del país al tratado – no fue realizado sino hasta agosto de 2003, con el dictado del Decreto 589/03; y recién se le dio jerarquía constitucional en setiembre de 2003, por ley 25.778.

Sin embargo, en "Arancibia Clavel" la Corte consideró imprescriptible la acción penal con relación a hechos ocurridos el 30 de setiembre de 1974, veintinueve años antes de que la Convención que establece la imprescriptibilidad se incorporara al orden jurídico argentino.

3. A fin de evitar la objeción de estar aplicando retroactivamente una ley penal, los cuatro jueces que fundan su voto en normas consuetudinarias del Derecho de Gentes, afirman que al momento de los hechos había normas consuetudinarias de *ius cogens* vigentes que establecían "desde tiempo inmemorial" la imprescriptibilidad de delitos de este tipo. Sin embargo, el intento no resulta exitoso: el instituto de la prescripción está contenido en el concepto de "ley penal" a los efectos de las garantías constitucionales; y la costumbre – por internacional que sea – no es una fuente del derecho aceptable en ese campo.

El texto del artículo 18 de la Constitución es expreso: "Ningún habitante de la Nación Argentina puede ser penado sin juicio previo *fundado en ley* anterior al hecho del proceso". El principio de legalidad reserva lo penal a la Ley en estricto sentido material y formal, es decir a normas jurídicas dictadas por el Congreso de la Nación a través del procedimiento constitucionalmente establecido. Las otras fuentes del derecho tienen su lugar en el orden jurídico; pero no es aquí.

Este principio tiene ilustre prosapia y acompaña al Estado Constitucional de Derecho desde su nacimiento; ya Cesare Beccaria decía: "Sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos, y esta autoridad debe residir únicamente en el legislador que representa a toda la Sociedad unida por el contrato social".

4. El quinto voto de la mayoría intenta sortear el escollo de la Constitución por otra vía: trata de evitar la objeción de inaceptabilidad de la costumbre como fuente del derecho penal aplicando retroactivamente la Convención de Imprescriptibilidad. Pero este intento tampoco es exitoso; los argumentos de oportunidad a los que apela son insuficientes para superar la objeción: la ley penal debe ser previa, "anterior al hecho del proceso", en palabras de la Constitución.

No parece necesario referir aquí antecedentes doctrinarios ni jurisprudenciales del principio "*nullum crimen sine lege*", pero sí es del caso traer a colación dos consideraciones volcadas en los votos en disidencia de este mismo fallo, para fundar la inaplicabilidad retroactiva de la Convención: la primera es la mención a la reserva establecida por el artículo 4 de la ley 23.313 a la adhesión argentina al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que sujeta su aplicación a lo establecido por el artículo 18 de la Constitución; y la segunda es la referencia a que, por imperio de sus artículos 27 y 75, inc. 22, los tratados internacionales con jerarquía constitucional no derogan artículo alguno de su primera parte.

5. Existe un claro obstáculo constitucional a la aplicación retroactiva de la ley penal; y el principio de reserva legal opone un reparo constitucional insalvable a la costumbre como fuente de la pretensión punitiva del Estado. Y – como se ha señalado – el fallo en análisis adolece de inconsistencia entre mayoría de decisión y mayoría de fundamentos.

En efecto: cuatro jueces, para no violar el principio de irretroactividad, fundan su decisión en la costumbre; con lo que violan el principio

de legalidad. El quinto juez, para no violar el principio de legalidad, aplica una Convención internacional incorporada al derecho argentino con posterioridad al hecho del proceso; con lo que viola el principio de irretroactividad.

6. El status jurídico de la "Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad" está determinado por el artículo 75, inc. 22, de nuestra Carta Magna, que establece que los tratados internacionales sobre derechos humanos "en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos por ella reconocidos".

7. Es relevante para el análisis de este fallo la interpretación que uno de los jueces concurrentes a la mayoría realiza de la frase "no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución". Sostiene – con cita del precedente "Monges" – que ese texto "indica que los constituyentes han efectuado un juicio de comprobación, en virtud del cual han cotejado los tratados y los artículos constitucionales y han verificado que no se produce derogación alguna, juicio que no pueden los poderes constituidos desconocer o contradecir".

Ello lo lleva a concluir que la Corte "no tiene jurisdicción para enervar la vigencia de normas que han sido jerarquizadas constitucionalmente en virtud de un procedimiento establecido en la misma Constitución", ya que "si los tratados con jerarquía constitucional tuviesen rango inferior a la Constitución debería declararse su inconstitucionalidad en caso de colisión. Pero tal colisión – concluye – no puede suscitarse". Sin embargo, en el caso la colisión se produce y el argumento del voto en comentario no la resuelve.

8. El lenguaje de la Constitución es lenguaje jurídico y no debe reducirse a lenguaje informativo. Cuando la constitución dice "no derogan artículo alguno" no nos está informando la comprobación de un hecho; está estableciendo una norma. Es el mismo caso del artículo 15, cuando dice "en la Nación Argentina no hay esclavos..."; no está informando la inexistencia fáctica de personas sujetas a esa servidumbre; está aboliendo la esclavitud.

El texto del art. 75, inc. 22, no nos está informando de cierta actividad intelectual realizada por los convencionales; está preservando la vi-

gencia de todos los artículos de la primera parte de la Constitución frente a cualquier eventual colisión con un tratado internacional que, por el mecanismo previsto, se incorpore a nuestro ordenamiento jurídico con jerarquía constitucional.

Garantizar esa vigencia, si está en el ámbito del control judicial de constitucionalidad.

-III-

Conclusiones

1. El fallo fue decidido por una mayoría de 5 a 3, pero sólo 4 jueces coincidieron en los fundamentos. Esta disparidad de fundamentos pone en cuestión la aplicabilidad de su doctrina y su valor como precedente.

2. La prescripción de la acción penal no es una garantía constitucional, pero integra el concepto de "ley penal" y no puede ser afectada retroactivamente. La "Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad", es posterior al hecho de la causa.

3. Existe obstáculo constitucional a la aplicación retroactiva de la ley penal y a la costumbre como fuente de la pretensión punitiva del Estado. Cuatro jueces fundan su decisión en la costumbre, con lo que violan el principio de legalidad; el quinto aplica una Convención posterior, con lo que viola el principio de irretroactividad.

4. La Convención es un tratado internacional con jerarquía constitucional, que según el artículo 75, inc.22, no deroga ningún artículo de la primera parte de la Constitución. Esa norma preserva la vigencia de la primera parte de la Constitución frente a cualquier eventual colisión con un tratado internacional. En el caso la colisión se da y la vigencia del artículo 18 debe ser garantizada.

Buenos Aires, 7 de diciembre de 2004.

Juan R. Aguirre Lanari
Académico Director

Alberto Rodríguez Galán
Académico Presidente

Instituto de Derecho Constitucional

VI

MEMORIA Y BALANCE

MEMORIA 2004

Cumpliendo con lo establecido por el art. 19 inc. b) del Estatuto, la Mesa Directiva somete a la consideración de la Asamblea la memoria y el balance del ejercicio cerrado el 31 de diciembre de 2004.

I.- ASAMBLEA ANUAL ORDINARIA

El 25 de marzo se llevó a cabo la asamblea ordinaria prevista en el art. 14 del Estatuto que tuvo por objeto considerar la memoria, el balance general, el estado de recursos y gastos, el estado de evolución del patrimonio neto y el presupuesto para el año 2004. Dichos documentos fueron aprobados por unanimidad por el plenario académico.

Además, la asamblea procedió a designar la Mesa Directiva en su totalidad de conformidad a lo que disponen los artículos 14 y 18 del Estatuto. Practicada la elección resultaron designados por el término de tres años:

Presidente: Dr. Alberto Rodríguez Galán
Vicepresidente: Dr. Julio César Otaegui
Secretarios: Dres. Juan Carlos Cassagne y Jorge H. Alterini
Tesorero: Dr. Eduardo Aguirre Obarrio

El nuevo presidente hizo uso de la palabra agradeciendo a los académicos el honor y la confianza que le han dispensado y evocó a los grandes maestros del derecho que lo precedieron:

Palabras del doctor Alberto Rodríguez Galán:

"Señores Académicos:

"Agradezco profundamente la distinción que me han dispensado. La recibo como una prueba de servicio, a la que me someto con la conciencia clara de la

responsabilidad y el compromiso que importa mantener el consenso que ha primado siempre en nuestro quehacer académico, como una nota que nos distingue y nos da autoridad.

"No puedo dejar de señalar, hoy y acá, la actuación brillante de nuestro Presidente, doctor Horacio A. García Belsunce, que culmina su mandato con el aplauso de todos nosotros.

"García Belsunce consagró sus horas a esta institución. Lo hizo con inteligencia y templanza, con entrega y conducta. Nada lo arredró y, en los momentos de prueba que nos depara la vida, redobló su esfuerzo intelectual y brindó un ejemplo de fortaleza e integridad moral que conmovió a sus amigos, admiró a sus pares y trascendió los muros de esta casa por la ejemplaridad que despertó.

"Su labor fue intensa. Reorganizó los institutos, a cuyo funcionamiento, con la colaboración eficiente y notoria de sus directores, contribuyó personalmente. Se incorporaron así distinguidos juristas en sus distintas especialidades y se promovió la edición de libros con la participación de sus integrantes. Todo ello además de su concurrencia personal a distintos eventos internacionales y a su asistencia puntual a las reuniones que, alternativamente, llevan a cabo en sus sedes nuestra Academia y la homónima de Córdoba. Dictó conferencias aquí y en el exterior, y no hubo simposio, seminario o reunión en materia jurídica, a los que no concurriera si era invitado. Fue un Presidente cuyo dinamismo también dio la tónica de los nuevos tiempos que corren para nuestra institución. Por todo ello, doctor García Belsunce, muchas gracias.

"Señores Académicos:

"Hemos tenido recientemente grandes presidentes, y con varios tuve el honor de integrar sus Mesas Directivas.

"Está con nosotros nuestro Académico Decano, doctor Segundo V. Linares Quintana. Maestro por antonomasia. Los que le secundamos en su cátedra de derecho constitucional largos años podemos dar fe de su jerarquía intelectual, de su auténtica vocación en la formación de discípulos, a los que brindaba su tiempo y conocimiento con generosidad singular. Acostumbraba reunir a sus adjuntos los sábados por la mañana, en su casa de la calle Solís que aún habita con la dignidad y la sencillez propias de su origen patricio, para transmitirnos el resultado de sus investigaciones y las normas conducentes, a su juicio, para el ejercicio de la cátedra. Agregaba un mensaje, el de su fe en el

país más allá de las vicisitudes políticas que se sucedían – algunas con dolor –, y lo hacía con grandeza y, por sobre todo, con la comprensión de las flaquezas humanas digna de un hombre superior, aunque sin mengua de una defensa permanente de los ideales de la democracia constitucional a la que consagró y consagra su vida y su múltiple obra, con estudio y talento siempre renovado. Muchas gracias también, doctor Linares Quintana, por lo que significó usted para sus discípulos, hoy sus colegas y amigos.

"Federico N. Videla Escalada, cuya presencia extrañamos, y por cuyo restablecimiento renovamos nuestros votos, es otro jurista del que no se sabe qué admirar más, si su inteligencia o su señorío, si su sapiencia o su modestia. Prestigia la Academia con su nombre, como antes lo hizo con la cátedra. Civilista laureado, fue también, con el doctor Gonzalo García, de los primeros estudiosos del Derecho Aeronáutico entre nosotros y, más tarde, miembro de la Comisión Reformadora de 1967 del Código de esa disciplina. Su presidencia también es memorable y marcó hitos en la vida de nuestra Corporación.

"Conocí al doctor Roberto Martínez Ruiz en mi examen de ingreso a la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Graduado recientemente de abogado con el Premio Universitario y medalla de oro de su promoción, había sido designado Sub Encargado del Curso de Ingreso, en mérito a esa sobresaliente calificación. Me sorprendió su juventud y su cortés y exigente interrogatorio en el examen. Luego sería también un maestro del derecho civil, profesor adjunto y, más tarde, titular por concurso en nuestra Facultad; sus clases eran materia de admiración entre los estudiantes, unida a un respeto que surgía de su acendrado equilibrio y distinción.

"Presidente de nuestra Academia, todos memoramos su talento, su bondad, su don de gente y su trato cordial y afectuoso. Otro gran maestro del derecho, nuestro recordado y querido doctor Miguel S. Marienhoff, afirmaba que para ser académico antes se debía ser caballero. Roberto Martínez Ruiz era un caballero cabal. Se fue antes pero su presencia espiritual nos acompaña esta tarde. Al despedir sus restos, en nombre de nuestra Corporación, afirmé: "Más allá de palabras, todos conservamos de Roberto el permanente recuerdo del caballero, del amigo, del colega que hizo del honor el rasgo distintivo de cada una de las posiciones que ocupó, porque así cumplió con su vocación y su destino". Es un homenaje que hoy reitero.

"José Domingo Ray es otra personalidad descollante y un ser humano excepcional. Primer promedio en el bachillerato del Colegio Champagnat, Premio Universitario y medalla de oro de su promoción, Premio Alberto

Tedín Uriburu y Premio Raymundo Salvat al mayor promedio en las materias de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Su tesis, más tarde, "Particularismo y autonomía del Derecho de la Navegación", fue calificada de sobresaliente y recomendada al Premio Facultad.

"Profesor adjunto primero y titular después, por concurso, de Derecho de la Navegación, y emérito, más tarde, de la Universidad de Buenos Aires, miembro de número desde 1975 de esta Corporación, integró todos los cargos en diversas Mesas Directivas hasta ser electo Presidente en 1995.

"Su gestión respondió a la expectativa que despertó su elección. Su talento, su profundo dominio del derecho, su participación en congresos internacionales de su especialidad y su contacto con personalidades de su materia en el exterior, le posibilita renovados aportes que comparte con sus colegas con la agudeza intelectual que le es propia. La publicación de su obra "Derecho de la Navegación, con textos legales, nacionales e internacionales y sobre Comercio Exterior", en cuatro tomos, ha actualizado y enriquecido la bibliografía nacional en su disciplina.

"El doctor Ray continúa hoy, con talento y simpatía, con sabiduría y bondad, brindando a sus colegas lo mejor de sí mismo. Que la Providencia se lo depare por muchos años.

"Señores Académicos:

"He pretendido transmitirles, quizá pálidamente, los sentimientos que abrigó por los ex presidentes: uno, mi maestro; tres, cuyas Mesas Directivas tuve el honor de integrar y uno, el doctor Videla Escalada, cuyo estado de salud le impide acompañarnos esta tarde, pero al que todos tenemos presente.

"Esta vocación nos señala un camino que viene de lejos y que todos transitamos, el camino de la montaña que señalara Carlos Pellegrini a los egresados de 1892 de nuestra Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Camino sinuoso y difícil, porque busca la excelencia y la altura.

"Algunos, por su valimiento, avanzan con seguridad y soltura. Otros lo hacemos alentados por los que nos preceden y por los que lo hicieron antes, que también llegaron a la cumbre, pero que ya no están. En mi caso, por dos grandes maestros de permanente recuerdo en momentos cruciales de mi vida, Jorge Eduardo Coll, el brillante Ministro de Justicia e Instrucción Pública del

Presidente Roberto M. Ortíz, académico y profesor eminente que me distinguió con su afecto y su amistad hasta que se fue, y Eduardo Busso, maestro del derecho, Presidente de este alto cuerpo y sabio Ministro del Interior del gobierno de la Revolución Libertadora, que me brindó su confianza al designarme con un alto cargo en su gestión, cuando aún era muy joven y hacía muy poco que comenzaba a transitar aquel camino en el que todavía me encuentro y que espero continuar con la ayuda de cada uno de ustedes.

"Señores Académicos:

"Disimulad este estado de ánimo. Esconde una voluntad inquebrantable de cumplir con lo que dije al principio, con la responsabilidad que me incumbe: que la Academia continúe por la senda del crecimiento y la excelencia que han posibilitado las relevantes personalidades que he invocado y por las que les precedieron, y cuyos retratos nos acompañan en este recinto.

"Senda que hoy se ve enriquecida por la contribución de los miembros de los institutos, como expresión de la continuidad, la apertura y la proyección de esta Academia en la función creadora de la ciencia jurídica.

"Que el ritmo de nuestra labor se acreciente, al intensificar el intercambio con otras instituciones del país y del exterior, con la prosecución de las publicaciones y con el incentivo de los premios establecidas para la presentación de trabajos en nuestros concursos, en los distintos campos de nuestra disciplina.

"Que en todo momento, en la realización de los fines propios de nuestra Corporación, todos preservemos el consenso, sin declinar posiciones pero con el respeto por la opinión ajena que aquí se guarda y que motiva que nuestras decisiones, cuando se toman, sean respetadas como propias.

"En ello, junto con los integrantes de la Mesa Directiva, que me honran al acompañarme, lo que agradezco íntimamente, tenemos puesto nuestro empeño.

"Así cumpliremos con el país al que todos nos debemos, y así cumpliremos, también, con nuestra vocación y nuestro destino."

El plenario académico felicitó, con un voto de aplauso, a los integrantes de la Mesa Directiva que finalizó su gestión, por la jerarquía y eficiencia puesta en el ejercicio de la misma.

II. - REUNIONES DE LA MESA DIRECTIVA

La Mesa Directiva se ha reunido en veinte ocasiones, labrándose las actas correspondientes. A continuación damos la información de las principales decisiones adoptadas por ella en el ejercicio que corresponde a esta memoria.

Consulta del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos.

El 19 de enero* el Presidente informó que se recibió una nota del Secretario de Política Judicial y Asuntos Legislativos, doctor Abel Fleitas Ortíz de Rozas, por la que requirió la opinión fundada de la Academia respecto de la propuesta de la doctora Carmen Argibay para cubrir la vacante de magistrada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Luego de analizar un proyecto de respuesta, se decidió distribuir ese texto entre los señores académicos y convocar a sesión privada extraordinaria a fin de considerarlo. A esta cuestión nos referiremos al ocuparnos en el capítulo III de las sesiones extraordinarias.

Declaración del Foro de Abogados contra el "corralito".

El 5 de febrero* se consideró una Declaración del Foro de Abogados contra el "corralito". El doctor Antonio María Hernández, coordinador de ese foro, solicitó el apoyo de la Academia a la declaración de referencia, y la Mesa Directiva resolvió contestar que la Corporación ya se había pronunciado sobre el tema y que, sin perjuicio de compartir los términos de la Declaración, no podía brindar el apoyo solicitado por considerarlo redundante.

Aprobación de documentos a presentar en la Asamblea ordinaria.

El 4 de marzo* se cumplió con la formalidad estatutaria de aprobar los documentos a que se refiere el art. 14, incs. a) y b) del Estatuto a efectos de presentarlos a la asamblea ordinaria anual y se decidió convocarla para el día 25 de marzo siguiente para tratar el orden del día de que da cuenta el capítulo I que antecede.

Integración de institutos.

El 31 de marzo se trató la nota del Director del Instituto de Derecho Constitucional, doctor Juan R. Aguirre Lanari, proponiendo la designación

(*) Estas reuniones se realizaron durante la gestión de la Mesa Directiva anterior, presidida por el doctor Horacio A. García Belsunce.

del doctor Juan Vicente Sola para integrar ese Instituto. La Mesa Directiva decidió elevar la propuesta al plenario académico, que efectuó esa designación en la sesión del 22 de abril.

Pacto de Estado para la Justicia.

El 27 de mayo se dio lectura a la nota enviada por el senador Ricardo Gómez Díez por la que solicitó la opinión de la Academia sobre un proyecto de comunicación del H. Senado de la Nación que impulsa un Pacto de Estado para la Justicia. Se decidió someter al plenario un proyecto de respuesta que resume las opiniones vertidas por los miembros de la Mesa Directiva y que fue redactado por el doctor Eduardo Aguirre Obarrio. El plenario, en su reunión del 27 de mayo, resolvió contestar en los términos propuestos por la Mesa Directiva, que se transcriben en el capítulo IX de Declaraciones, consultas y dictámenes.

Consulta de la Secretaría de Cultura de la Nación.

El 7 de junio el Presidente se refirió a una nota de la Secretaría de Cultura de la Nación acerca de la solicitud de la Academia del Mar para ser reconocida como academia nacional. La Mesa Directiva resolvió someter un proyecto de respuesta –que recoge la opinión de la Corporación expresada con motivo de solicitudes similares–, al plenario, que resultó aprobado en la sesión del 24 de junio.

Reunión de la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires con la Sociedad Max Planck.

El 8 de julio se consideró la posibilidad de ceder la sala de sesiones a la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires para una reunión, el 15 de julio, con un grupo de científicos alemanes de la Sociedad Max Planck. La Mesa Directiva decidió recomendar al plenario la aprobación de la realización de ese encuentro en esta sede y, en la sesión posterior de ese día, se acordó su cesión.

Creación del Instituto de Derecho Internacional Público.

En esa misma reunión del 8 de julio el Presidente puso en conocimiento de los integrantes de la Mesa Directiva una nota del Director del Instituto de Derecho Internacional y de la Navegación, doctor José D. Ray, por la que manifestó su coincidencia en la conveniencia de crear el Instituto de

Derecho Internacional y que el que estaba a su cargo se limite al Derecho de la Navegación (marítimo y aeronáutico). Luego de analizar la propuesta, se decidió poner a consideración del plenario la creación del Instituto de Derecho Internacional Público. En la sesión privada siguiente el plenario aprobó la creación de ese instituto y la designación de los doctores Hugo Caminos y Roberto Guyer como Director y Subdirector, respectivamente.

Hechos ocurridos frente a la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires.

El 20 de julio la Mesa Directiva consideró la situación planteada con motivo de los hechos ocurridos frente a la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires. Luego de un cambio de opiniones, se decidió elevar al plenario para su consideración un proyecto de declaración que fue aprobado en la sesión del 22 de julio y que se transcribe en el capítulo IX de Declaraciones, consultas y dictámenes.

Consulta del Secretario de Ciencia, Tecnología e Innovación Productiva.

El 20 de julio el doctor Rodríguez Galán también informó que se recibió una nota del Secretario de Ciencia, Tecnología e Innovación Productiva, ingeniero Tulio Abel de Bono, a la que acompaña el documento "Plan Estratégico Nacional de Mediano Plazo en Ciencia, Tecnología e Innovación: primer informe de avance", respecto del cual se solicitaban comentarios y sugerencias. Se resolvió proponer al académico doctor Julio H. G. Olivera para el estudio de la documentación y la elaboración de una respuesta.

El 12 de agosto se tomó conocimiento de las observaciones que hiciera llegar el doctor Julio H. G. Olivera, sobre el documento al que se refiere el párrafo anterior. La Mesa Directiva manifestó su coincidencia con lo expresado por el doctor Olivera y decidió distribuir su nota entre los asistentes a la siguiente sesión privada.

Posteriormente, el 23 de setiembre, el Presidente informó que había recibido una nota, que fue distribuida entre los integrantes de la Mesa Directiva, en la que el académico doctor Augusto Mario Morello expresa su posición frente a ese documento. Se resolvió responder a la Secretaría en los términos expresados por el doctor Olivera con un agregado del doctor Morello, en cuanto importaba un reconocimiento al esfuerzo realizado por ese organismo público, decisión que fue ratificada por el plenario.

Fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en "Arancibia Clavel".

El 30 de agosto la Mesa Directiva consideró la posición de la Academia ante el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en "Arancibia Clavel". Sobre el primer asunto la Mesa Directiva resolvió someter al plenario una serie de reflexiones en torno al fallo "Arancibia Clavel" para que, en caso de que se considere menester hacerlo, se formule manifestación de su posición con constancia en actas.

Acuerdo de Cooperación Argentina - Australia en los Usos Pacíficos de la Energía Nuclear.

El 30 de agosto el presidente informó que se recibió, de parte de la Academia Nacional de Ciencias Exactas, Físicas y Naturales, una declaración referida a ese "Acuerdo de cooperación", junto con la invitación para adherir a la misma. Se resolvió aconsejar al plenario que la Academia adhiera a la declaración de referencia, atento a que el asunto reviste razón de Estado.

Contrato de la bibliotecaria María Luz Rezk.

El 14 de octubre el Presidente informó que el contrato de la bibliotecaria, doctora María Luz Rezk, venció el día 5 de octubre. Luego de analizar los términos del contrato celebrado el año último y las directivas impartidas respecto de las tareas a realizar en el transcurso del corriente año, se resolvió firmar un nuevo acuerdo hasta el 30 de junio próximo.

Anales de la Academia.

El 14 de octubre el Presidente sugirió la conveniencia de incluir en los "Anales" el dictamen del doctor Juan R. Aguirre Lanari sobre la constitucionalidad del Convenio con Australia sobre cooperación de los usos pacíficos de la energía nuclear, emitido para el Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires. Asimismo, solicitó la opinión de la Mesa Directiva a fin de agregar en esa publicación la respuesta, también del doctor Aguirre Lanari, a la consulta que le formulara la Academia acerca de la constitucionalidad del reglamento de Subrogancias de los Tribunales Inferiores de la Nación, dictado por el Consejo de la Magistratura. El Presidente propuso, asimismo, publicar la comunicación ofrecida por el doctor Horacio A. García Belsunce en la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas,

acerca del fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en "Arancibia Clavel". La Mesa Directiva aprobó la inclusión de todos estos trabajos en Anales.

Consulta de la Secretaría de Cultura de la Nación.

En la reunión del 14 de octubre el Presidente dio a conocer un proyecto de respuesta que elaboró ante la consulta de la Secretaría de Cultura de la Nación acerca del pedido de la Academia de Conocimientos Interdisciplinarios para ser reconocida como Academia Nacional. La Mesa Directiva decidió recomendar al plenario su aprobación y su posterior envío a esa Secretaría de Estado.

Consulta del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

El 28 de octubre el Presidente dio lectura a una nota del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos acerca de la propuesta de Ricardo Luis Lorenzetti para integrar la Corte Suprema de Justicia de la Nación. La Mesa Directiva resolvió proponer al plenario que en esta ocasión se responda que la Academia no tiene observaciones que formular a la propuesta del doctor Lorenzetti para cubrir la vacante producida en el Alto Tribunal.

Consulta del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados de San Juan.

El 11 de noviembre se consideró una consulta del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados de San Juan y el proyecto de respuesta redactado por el doctor Augusto M. Morello. La Mesa Directiva propuso, sin desconocer los méritos de la respuesta proyectada por el doctor Morello, atenerse al artículo 3º, inciso 3), del Estatuto de la Academia, por tratarse de una consulta de interés particular. El plenario decidió contestar según lo recomendado por la Mesa Directiva.

Inversiones de la Academia.

El 25 de noviembre el Presidente informó a los integrantes de la Mesa Directiva acerca de la inversión en títulos públicos que tiene la Academia y que, en razón de los mayores gastos originados en las erogaciones de fin de año, consideró necesario autorizar la venta de títulos públicos Global 2008 por un valor de \$ 8.000, suma que excede la prevista en el presupuesto para el año 2004 en \$ 4.000. La Mesa Directiva aprobó la venta de títulos por ese valor.

III. SESIONES EXTRAORDINARIAS

Durante el año a que se refiere esta memoria, la Corporación se reunió en sesión extraordinaria en tres oportunidades.

Respuesta al Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos.

En la primera, celebrada el 3 de febrero*, se consideró la respuesta al Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos con motivo de la consulta acerca de la postulación de la doctora Carmen Argibay para ocupar una vacante en la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Luego de un cambio de opiniones, y por unanimidad, con la abstención del académico doctor Eduardo Aguirre Obarrio, quien se excusó de intervenir por su condición de abogado defensor de un ministro de la Corte Suprema de Justicia, se resolvió dejar sin efecto la consideración del proyecto de respuesta de referencia y, en consecuencia, que el Presidente conteste al Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos haciéndole saber que en razón de que la convocatoria a esta reunión se envió el 19 de enero, fecha que coincide con la feria judicial y las vacaciones estivales de los abogados, ello ha tenido como consecuencia que no se haya podido reunir en la sesión un quórum significativo, por lo que el Cuerpo decidió abstenerse de hacer un pronunciamiento en relación con la consulta recibida.

Respuesta al Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos.

En la siguiente sesión extraordinaria, llevada a cabo el 22 de marzo (*), se consideraron las propuestas del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos con motivo de la postulación del doctor Esteban J. A. Righi, para cubrir la vacante de Procurador General de la Nación, y de la doctora Elena I. Highton, para cubrir la vacante en la Corte Suprema de Justicia de la Nación. El Presidente procedió a dar lectura de las notas enviadas por ese Ministerio en las que se solicitó, "si se lo estimara pertinente", la opinión fundada de la Academia respecto de las propuestas mencionadas. Hicieron uso de la palabra los señores académicos doctores Jorge R. Vanossi, Alberto Rodríguez Varela, Juan R. Aguirre Lanari, Horacio A. García Belsunce, José D. Ray, Héctor Alegria, Eduardo Aguirre Obarrio y Alberto Rodríguez Galán, quienes, atento el carácter facultativo y no obligatorio de las consultas efectuadas, propusieron que no se dé res-

(*) Estas reuniones se realizaron durante la gestión de la Mesa Directiva anterior, presida por el doctor Horacio A. García Belsunce.

puesta a los requerimientos señalados, sin perjuicio de destacar que tal decisión no implica valoración o juicio respecto de los candidatos propuestos para una y otra vacante. En tanto, el señor académico doctor Santos Cifuentes consideró que la Academia debía dar una respuesta concreta a dichos requerimientos, porque se trató de una consulta de carácter institucional, fundada en un decreto del Poder Ejecutivo, y porque estimó que si la Academia fue consultada por la representatividad que inviste, debía expedirse para no contradecir posturas anteriores y dejar abierto el camino para decidir en consultas futuras. Por mayoría, se resolvió no contestar las consultas efectuadas, y el doctor Cifuentes pidió que se deje constancia de su voto en disidencia respecto de la moción aprobada.

Fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en "Arancibia Clavel".

Por último, en la sesión extraordinaria del 30 de agosto, la Corporación se reunió para tratar dos asuntos de trascendencia, a los cuales se hizo referencia ya en esta Memoria, en el punto II. Reuniones de la Mesa Directiva. El primer tema fue la posición de la Academia ante el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en "Arancibia Clavel", y el siguiente el proyecto de declaración enviado por la Academia Nacional de Ciencias Exactas, Físicas y Naturales sobre el "Acuerdo de Cooperación Argentina – Australia en los Usos Pacíficos de la Energía Nuclear". Al iniciar el tratamiento del primer tema, el doctor Alberto Rodríguez Galán señaló que sería conveniente que la Academia expresara su posición con constancia en actas, y que no correspondería una declaración pública de la Corporación sobre el fallo, que es gravísimo en cuanto a las consecuencias que se deriven. Luego de un extenso cambio de opiniones, el plenario resolvió solicitar a los Institutos de Derecho Constitucional, de Derecho Internacional Público y de Derecho Procesal que realicen reuniones de trabajo, de manera conjunta o por separado, para analizar el fallo "Arancibia Clavel" y sus posibles derivaciones, y que luego eleven sus conclusiones a la Mesa Directiva para su análisis y/o su oportuna publicación. Todo ello sin perjuicio de la opinión que los académicos eleven para que quede constancia en actas de la postura de cada uno de ellos.

Acuerdo de Cooperación Argentina – Australia en los Usos Pacíficos de la Energía Nuclear.

Acto seguido, se consideró un Proyecto de Declaración de Academias Nacionales sobre el "Acuerdo de Cooperación Argentina – Australia en los Usos Pacíficos de la Energía Nuclear". El Presidente informó que se reci-

bió, de la Academia Nacional de Ciencias Exactas, Físicas y Naturales, una declaración referida a ese "Acuerdo", junto con la invitación para adherir a la misma. Señaló que el interés de esa Academia en presentar el documento ante las autoridades nacionales hacía necesaria una pronta respuesta. Asimismo, recordó que, en el año 2002, la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires había invitado a la Corporación a que se examine dicho Acuerdo, oportunidad en la que se decidió que la Academia sólo podría dar respuesta a la consulta cuando se recibiera la opinión técnica acerca de si el combustible que ingresaría temporariamente a la Argentina para acondicionarlo para su almacenamiento en otro país es o no un "residuo peligroso o radiactivo", cuyo ingreso al país prohíbe el artículo 41 de la Constitución Nacional. Añadió que esa respuesta nunca fue recibida. El Presidente agregó que el H. Senado de la Nación dio media sanción a la ley que convalida el acuerdo con Australia, y que resta su aprobación por la H. Cámara de Diputados cuyas dos Comisiones, de Energía y de Relaciones Exteriores ya se pronunciaron, pero, de no aprobarse este año —el Acuerdo en Diputados— caería la media sanción del Senado antes apuntada. La Presidencia señaló, también, que el asunto reviste el carácter de razón de Estado, que es necesario dilucidar si le conviene al país que se malogre el Acuerdo con Australia, con el reactor nuclear construido en un 80% y que, además, se vería afectada su imagen, ya que ganó una licitación internacional para construirlo compitiendo con países como Francia, Canadá y Alemania entre otros. La Academia Nacional de Ciencias Exactas, Físicas y Naturales invitó a la Corporación a participar de la declaración por la importancia que reviste. Advirtió que ya lo hacen las academias nacionales de Medicina, de Ciencias de Córdoba y de Buenos Aires, de Agronomía y Veterinaria, de Educación y la de Ingeniería, y que dicho proyecto de declaración es susceptible de observaciones, pero el mismo contiene todos los elementos que hacen viable la construcción del reactor nuclear y que dan seguridad, desde el punto de vista científico, para desechar la presunta violación del artículo 41 *in fine* de la Constitución Nacional.

El doctor Rodríguez Galán señaló, asimismo, que de no prosperar la construcción de dicho reactor nuclear, acarrearía problemas sumamente graves para el país, frente a la no homologación del referido Acuerdo. Acto seguido, el Presidente puso en conocimiento del plenario que el señor académico doctor Juan R. Aguirre Lanari, en un dictamen para el Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, en su carácter de Presidente de la Comisión de Derecho Constitucional de esa entidad, se pronunció por su validez constitucional.

Agregó que esa tesis, de la que participan los señores académicos doctores Segundo V. Linares Quintana, Jorge R. Vanossi, Germán J. Bidart Campos, Carlos M. Bidegain y el propio Presidente, da respuesta al interrogante que se planteó el 22 de agosto de 2002, a que se alude más arriba.

El doctor Cifuentes manifestó que la Academia no está en condiciones de afirmar, por su naturaleza, que los residuos no son radiactivos, pero sí se puede sostener que, si no son radiactivos, según la opinión de las academias especializadas, no se viola el artículo 41 de la Constitución. El doctor Rodríguez Galán expresa que es la ley 25.279, que aprueba la "Convención conjunta sobre la seguridad en la gestión del combustible gastado y sobre la seguridad en la gestión de desechos radiactivos", la que establece que los elementos combustibles gastados no son residuos radiactivos. El doctor Cassagne agregó que la declaración que es objeto de análisis es una de carácter multidisciplinario, donde cada Academia concurre en ejercicio de sus competencias. En el caso de esta Academia, la opinión se ciñe a los aspectos jurídicos y constitucionales. El doctor Cifuentes manifestó estar totalmente de acuerdo con el fondo jurídico del asunto, pero que desconoce los aspectos científicos de la cuestión, y preguntó si no es dable adherirse a la declaración aclarando que se lo hace en virtud de la conclusión de la Academia Nacional de Ciencias, de que los residuos no son peligrosos. El doctor Alterini expresó su prevención respecto de uno de los párrafos de la declaración que dice "la prohibición a la que hace referencia el párrafo del art. 41 mencionado, en la intención del legislador, apunta a evitar que residuos nucleares de otros países se depositen permanentemente en el territorio nacional", pues no hace a la esencia de la declaración y compromete la opinión de la Academia para otros casos en los que los residuos sí sean peligrosos, pues se estaría diciendo que la Constitución Nacional permite su ingreso en tanto no sea permanente, y ello no es así. Finalmente, el doctor Vanossi recomendó que se faculte a la Mesa Directiva para que proponga la supresión del párrafo referido del proyecto de declaración o, en caso de no prosperar esa iniciativa, para adherir a la declaración tal como se ha presentado. El plenario aprobó la moción del doctor Vanossi.

Posteriormente, en la sesión privada del 9 de setiembre, el Presidente informó que el día 1° de ese mes concurrió con el señor académico Vicepresidente, doctor Julio César Otaegui, a una entrevista con el titular de la Academia Nacional de Ciencias Exactas, Físicas y Naturales, doctor Ale-

jandro Arvia. Agregó que, en esa ocasión, hizo entrega de una nota en la que se da cuenta de que el plenario de la Corporación resolvió adherir a la fundamentación jurídica de la "Declaración de Academias Nacionales sobre el Acuerdo de Cooperación Argentina - Australia en los Usos Pacíficos de la Energía Nuclear" y que consideró conveniente suprimir, por superfluo, el párrafo que reza "La prohibición a la que hace referencia el párrafo del art. 41 mencionado, en la intención del legislador, apunta a evitar que residuos nucleares de otros países se depositen permanentemente en el territorio nacional".

IV. SESIONES ORDINARIAS

Durante el período transcurrido se llevaron a cabo cuatro sesiones públicas y trece sesiones privadas, de las que se da cuenta en los subcapítulos siguientes.

Sesiones públicas.

Incorporación del académico doctor Héctor Alegria.

El 13 de mayo se recibió en sesión pública al nuevo académico titular doctor Héctor Alegria. El Presidente reseñó la actuación del recipiendario, entregándole el diploma y la medalla que lo acreditan como miembro de número de la Corporación, y a continuación hizo su presentación el académico doctor Julio César Otaegui. El doctor Alegria disertó sobre el tema "*Humanismo y derecho de los negocios*".

Premio Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

El 10 de junio el Cuerpo se reunió en sesión pública con el fin de hacer entrega de las distinciones correspondientes al *Premio Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*. El mismo correspondió al doctor Enrique M. Falcón por su obra "Tratado de la prueba. Civil. Comercial. Laboral. Penal. Administrativa". Se entregaron accésit a los doctores José Osvaldo Casás, por su obra "Derechos y garantías constitucionales del contribuyente" y Osvaldo Gómez Leo por su obra "Tratado del pagaré cambiario". En nombre del jurado, hizo uso de la palabra el señor académico doctor Lino E. Palacio y el doctor Falcón agradeció las distinciones recibidas.

Homenaje al doctor Ambrosio Romero Carranza.

El 26 de agosto la Corporación, junto con la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas y la Pontificia Universidad Católica Argentina, se reunió en sesión pública en homenaje al doctor Ambrosio Romero Carranza. Hicieron uso de la palabra el doctor Alberto Rodríguez Galán en nombre de esta Academia, el doctor Alberto Rodríguez Varela por la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, y el doctor Eduardo Ventura por la Pontificia Universidad Católica Argentina, quienes realizaron una semblanza del homenajeado.

Incorporación del académico correspondiente doctor Carlo Angelici.

El 20 de setiembre se recibió en sesión pública al académico correspondiente en Italia doctor Carlo Angelici. El Presidente reseñó la actuación del beneficiario, entregándole el diploma y la medalla que lo acreditan como académico correspondiente de la Corporación, y a continuación hizo su presentación el académico doctor Héctor Alegria. El doctor Angelici disertó sobre el tema "*I gruppi nella riforma italiana del diritto societario*".

Sesiones privadas.

En las sesiones privadas celebradas en el año académico se ofrecieron comunicaciones a cargo de los integrantes del claustro, las que versaron sobre temas novedosos o de particular interés o complejidad y se complementaron con un fructuoso debate entre los asistentes. A ellas nos referiremos más adelante.

En las mencionadas sesiones fueron también tratados algunos temas de los que corresponde informar en esta Memoria, obviando aquellos que ya han sido mencionados en el capítulo correspondiente a las reuniones de la Mesa Directiva, en el que hemos hecho mención a la aprobación, en su caso, por el plenario académico, indicando la respectiva fecha de la sesión. También omitimos la referencia a la aprobación de determinadas consultas o de ciertas declaraciones, que se mencionan en el capítulo IX.

Iniciativa destinada a que nuestra Corporación contribuya a estructurarnos como Nación.

En la sesión del 22 de julio, la Presidencia informó al plenario acerca de una nota del académico doctor Augusto M. Morello que lleva por título

"Iniciativa destinada a que nuestra Corporación contribuya a estructurar-nos como Nación". En esa reunión se dio lectura a los temas que se mencionan en la nota para ser tratados eventualmente en futuras comunicaciones, sesiones públicas o comisiones de académicos: a) ¿Qué Universidad y para cuál sociedad? (involucrando el impacto científico y tecnológico y la conexión y apoyo de las empresas); b) Medidas para elevar la performance (calidad) del H. Congreso de la Nación, y en particular, que lo lleve a ejercer una rigurosa función en el control y responsabilidad de los otros Poderes; c) Promover como técnica procesal específica, para la lucha contra la corrupción, a la acción popular; d) Formación y capacitación de la juventud. Salidas laborales para la competitividad. La diversificación del empleo y la preservación de la salud física y moral. Medidas específicas y e) Reforzamiento del federalismo por regiones (arts. 124 y 125 de la CN). Nueva dinámica de las actividades productivas sobre la base de la descentralización territorial.

La Mesa Directiva propuso elevar la nota de referencia a la Comisión ad hoc de asesoramiento, que integran los doctores Eduardo Aguirre Obarrio, Augusto M. Morello, Julio César Otaegui, Lino E. Palacio y Jorge R. Vanossi, para que recomiende el tratamiento de esos temas en comunicaciones en sesiones privadas, o en trabajos de investigación a cargo de los institutos de la Academia. El plenario aprobó lo decidido por la Mesa Directiva.

Respuesta al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

En la sesión privada del 28 de octubre el Presidente sometió a consideración del plenario la nota del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos acerca de la propuesta del doctor Ricardo Luis Lorenzetti para integrar la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Expusieron su opinión los doctores Santos Cifuentes, Julio César Cueto Rúa, Héctor Alegria, Juan R. Aguirre Lanari, Alberto Rodríguez Varela, Hugo Caminos y Horacio A. García Belsunce. Los presentes decidieron por unanimidad contestar que la Academia no tiene observaciones que formular a la propuesta del doctor Ricardo Luis Lorenzetti para cubrir esa vacante. Los académicos doctores Aída R. Kemelmajer de Carlucci, Félix A. Trigo Represas, Santos Cifuentes, Jorge H. Alterini y Héctor Alegria dejaron constancia de que tienen la mejor de las opiniones acerca del doctor Lorenzetti y de sus condiciones para ocupar ese cargo.

Dictamen sobre el fallo "Arancibia Clavel".

En la sesión privada del 7 de diciembre el Presidente recordó a los señores académicos que en la sesión privada extraordinaria del día 30 de agosto-

to se resolvió solicitar a los institutos de Derecho Procesal, de Derecho Internacional Público y de Derecho Constitucional que realicen reuniones de trabajo para analizar el fallo "Arancibia Clavel" y sus posibles derivaciones, tal como se informó en el punto III, de esta Memoria. Agregó el Presidente en esa ocasión que el Director del Instituto de Derecho Constitucional, doctor Juan R. Aguirre Lanari, hizo llegar el dictamen que sobre el tema redactaron los miembros de ese Instituto doctores Gregorio Badeni y Rodolfo A. Díaz, que interpreta acabadamente lo tratado en la reunión del Instituto del día 16 de noviembre. Puesto a consideración ese texto se produjo un debate entre los académicos presentes y se decidió que la Academia haga suyo el dictamen, cuyos términos se transcriben en el punto IX.

Comunicaciones.

En las sesiones ordinarias privadas de las que nos ocupamos en este subcapítulo han ofrecido comunicaciones los académicos titulares sobre los temas que se indican a continuación:

22 de abril: "*La vida y el proceso. Una lección de Ortega y Gasset desde la mirilla del Derecho Procesal*", por Augusto M. Morello.

27 de mayo: "*El acceso a la justicia administrativa. Problemas actuales*", por Juan Carlos Cassagne.

24 de junio: "*La ética del juez*", por Aída R. Kemelmajer de Carlucci.

8 de julio: "*El derecho constitucional de huelga en los servicios públicos esenciales*", por Jorge R. Vanossi y Antonio Vázquez Vialard.

22 de julio: "*La imputación en el Derecho*", por Eduardo Aguirre Obarrio.

12 de agosto: "*Los presupuestos de la responsabilidad civil*", por Félix A. Trigo Represas.

9 de setiembre: "*Globalización, crecimiento económico y bienes públicos*", por Julio H. G. Olivera.

14 de octubre: "*El capital*", por Julio César Otaegui.

28 de octubre: "*Tutela de los enfermos mentales*", por Santos Cifuentes.

11 de noviembre: "*Caminos para vigorizar la confianza en el sistema legal*", por Jorge R. Vanossi.

25 de noviembre: "*La filosofía política de Jacques Maritain*", por Alberto Rodríguez Varela.

7 de diciembre: "*El general José María Paz y la organización nacional. Homenaje en el sesquicentenario de su muerte*", por Alberto Rodríguez Galán.

V. DUELO DE LA ACADEMIA

El día 3 de setiembre falleció el académico doctor Germán J. Bidart Campos, académico titular desde el año 1971, que honrara a esta Academia con sus reconocidos méritos y su prestigio como constitucionalista. La Presidencia dictó la resolución de honores, disponiendo publicar una participación en el diario La Nación, por la que se dio cuenta de su fallecimiento, y rendir homenaje al ilustre académico en la sesión privada que se realizó el día 9 de setiembre. En esa oportunidad, el Presidente expresó su pesar por el fallecimiento del doctor Bidart Campos:

"Señores Académicos: Ha muerto Germán J. Bidart Campos. Ha muerto un argentino cabal, un jurista eminente, un gran maestro del derecho constitucional, que tuvo destacados discípulos - hoy profesores -, y una convocatoria sin par entre sus alumnos, los que no sabían qué admirar más en él, si su sabiduría, o su sorprendente creatividad, luego volcada en libros, en ensayos, artículos, conferencias y clases que enriquecieron la ciencia jurídica argentina. Germán se fue antes y nuestra Corporación ha perdido un académico inolvidable. Invito en su homenaje a guardar unos instantes de silencio en su memoria".

Los asistentes a la sesión privada guardaron de pie un minuto de silencio en homenaje al eminente académico fallecido.

VI. HOMENAJES A ACADEMICOS FALLECIDOS

José María Ruda y Marco Aurelio Risolfa.

En la sesión privada del día 8 de julio el Presidente informó que el día 7 se cumplió el décimo aniversario del fallecimiento del doctor José María Ruda y que ese mismo día se cumplían diez años del deceso del doctor Marco Aurelio Risolfa. El doctor Hugo Caminos pidió la palabra y recordó

la actuación del doctor Ruda como juez de la Corte Internacional de Justicia. La doctora Aída R. Kemelmajer de Carlucci, en su calidad de sucesora en el sillón que ocupaba el doctor Risolía, hizo lo propio y se refirió a su vida y al legado que ha dejado:

"Cuando esta mañana se me dijo que era posible recordar al doctor Marco Aurelio Risolía a través de las palabras, entendí que yo también, en este décimo aniversario, debía decir algo. Y en razón de que no estaba totalmente preparado, estas palabras debían ser breves.

"De cualquier manera es bueno recordarlo porque como decía Heidegger "la tragedia del mundo es que no cultiva la memoria" y por lo tanto, olvida a los maestros, de modo que este homenaje que vamos a hacer hoy es para no entrar en esa tragedia del mundo y lo mejor, al parecer, es justamente seguir las obras, que es lo que intentamos cada día, sino hablar a través de la palabra. Ha dicho un español, Lorenzo Martín Retortillo, que amigos todos de la palabra, creyentes en la palabra, a ellos van las mías, porque la palabra aunque a veces cueste creerlo derrota a la pólvora y al acero, e incluso al olvido. Y esto es lo que intentamos hoy: no olvidar a través de la palabra. Entonces cuando nos toca conmemorar a alguien, bueno es hacerlo con las palabras, pero como el tiempo es breve me parece mejor hacerlo a través de la palabra de los sabios que hablan mejor que nosotros. Entonces recordaré al maestro Risolía a través de las palabras de los grandes maestros.

"Séneca decía que "no hemos de preocuparnos de vivir largos años sino de vivirlos satisfactoriamente. Vivir largo tiempo depende del destino; en cambio vivir satisfactoriamente depende de tu alma". La vida es larga si es plena, y se hace plena cuando el alma ha recuperado la posición de su bien propio y ha transferido así el dominio de sí misma. El tema es que Risolía no vivió demasiados años. Para los tiempos de hoy, su muerte fue, de alguna manera, prematura. Sin embargo, creo yo que responde su vida a estas palabras de Séneca. Su vida, como digo, no fue excesivamente larga pero su vida se transmite no solamente a través de lo que escribió, sino a través de una familia y en esa familia hay una hija que es profesora universitaria, que es una gran luchadora por el derecho.

"Según un proverbio inglés, la educación es, en general, un acto de optimismo porque es el optimismo de creer que el que escucha aprende. Yo creo que el doctor Risolía debió ser un gran optimista pues él creía mucho en la educación. El recuerdo más vívido que tengo del doctor Risolía fue una vez en que se conmemoraba un aniversario más de la muerte del General San Martín y el doctor Risolía pronunció una conferencia fantástica, con su gran oratoria que lo caracte-

rizaba sobre el Padre de la Patria pero en esa conferencia él acentuó el aspecto educador que había tenido el General San Martín. De modo que también supo encontrar en los grandes hombres de la patria aspectos muy particulares que suelen no ser acentuados cuando se los evoca. También, ya entrando en quienes fueron nuestros próceres, nuestro Alberdi decía que en Sudamérica el talento se encuentra a cada paso pero que lo menos común es lo que impropriamente se llama el sentido común, el buen sentido, el juicio recto. Cuando leemos las sentencias que redactó el doctor Risolía, también juez, además de una Corte Internacional, de nuestra Corte Suprema de Justicia, hemos encontrado no solamente el talento sino, junto a ese talento, ese sentido común, al que llamaba impropriamente Alberdi "sentido común", pero buen sentido y juicio recto, que se visualiza en muchas de sus sentencias. Finalmente me voy a Francia y recuerdo con Michel Tournier cuando él se preguntaba qué es un árbol. Entonces decía Tournier que un árbol es antes que nada un cierto equilibrio entre una rama aérea y una raíz subterránea, de tal modo que cuanto más queremos elevarnos más necesitamos tener los pies en la tierra. Cada árbol nos lo dice cada día. Creo que Risolía es un hombre que tenía los pies en la tierra, se elevó creyendo en la voluntad humana. Su libro más famoso, el de la autonomía de la voluntad contractual, es la imagen de cuánto él creyó en la voluntad del hombre, en sus posibilidades, en lo que la voluntad del hombre puede cuando el hombre quiere, pero al mismo tiempo puso sus pies en la tierra y por eso el legado que él nos dejó en el derecho civil, que es el de un hombre realista, un hombre que atiende a la vida cotidiana al que en esta obra, que como dije cuando me incorporé a esta Academia, hay que a veces saber leer entre líneas porque se lo visualiza como un hombre excesivamente conservador pero que hay algunas de las líneas de esa obra que muestran que fue un hombre muy realista. Por eso, como dijo Gustavo Bossert cuando murió su maestro, el maestro Fassi, Gustavo dijo que un hombre cuando muere es lo que fue y lo que hizo y así se lo conocerá para siempre. Al doctor Risolía lo recordaremos también por lo que fue y por lo que hizo.

"Muchas gracias."

El Presidente invitó a los señores académicos a guardar un minuto de silencio en homenaje a los académicos fallecidos.

Ambrosio Romero Carranza.

El 26 de agosto la Corporación, junto con la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas y la Pontificia Universidad Católica Argentina, se reunió en sesión pública en homenaje al doctor Ambrosio Romero Carranza. Sobre ello se ha informado en el capítulo IV.

VII. PROVISION DE VACANTE DE ACADEMICO TITULAR

Con motivo del fallecimiento del doctor Germán J. Bidart Campos, que ocupaba el sitial que tiene como patrono al doctor Manuel Quintana, y de acuerdo con lo establecido en el art. 6 del Estatuto, se ha recibido una propuesta para cubrir esa vacante. Está firmada por los doctores Juan R. Aguirre Lanari, Jorge A. Aja Espil, Carlos M. Muñiz y Jorge R. Vanossi. La misma se pondrá a consideración del plenario en la primera sesión ordinaria.

VIII. DESIGNACION DE ACADEMICO CORRESPONDIENTE

Rudolf Dolzer.

En la sesión privada del 22 de abril la Academia designó académico correspondiente en la República Federal de Alemania al doctor Rudolf Dolzer, que fuera oportunamente presentado por los académicos titulares doctores José D. Ray, Hugo Caminos, Carlos M. Muñiz y Roberto E. Guyer.

Franck Moderne.

En la sesión privada del 27 de mayo la Corporación designó académico correspondiente en Francia al doctor Franck Moderne, que fuera presentado por los académicos titulares doctores Jorge A. Aja Espil, Jorge R. Vanossi, Juan Carlos Cassagne y Lino E. Palacio.

Carlo Angelici.

En la sesión privada del 22 de julio la Academia designó académico correspondiente en Italia al doctor Carlo Angelici, que fuera presentado por los académicos titulares doctores Julio César Otaegui, Jaime L. Anaya, Julio César Rivera y Héctor Alegria. El doctor Angelici fue recibido en sesión pública el 20 de setiembre, como se informó en el capítulo IV de esta Memoria.

Tomás Ramón Fernández.

En la sesión privada del 12 de agosto la Corporación designó académico correspondiente en España al profesor Tomás Ramón Fernández, que fuera presentado por los académicos titulares doctores Lino E. Palacio, Antonio Vázquez Vialard, Jorge R. Vanossi, y Aída R. Kemelmajer de Carlucci.

IX. DECLARACIONES, CONSULTAS Y DICTAMENES

Consulta.

En la sesión privada del 27 de mayo el plenario académico aprobó una respuesta a la consulta del senador Ricardo Gómez Díez, de lo que se informó en el capítulo II de esta Memoria:

"Tenemos el agrado de dirigirnos al señor Senador para contestar su amable petición del pasado 19 de mayo, que esta Academia consideró en su sesión plenaria del 27 de mayo, donde se leyeron tanto la aludida nota como el proyecto de comunicación que firma usted con los senadores Diana Beatriz Conti, Jorge Alfredo Agundez, Mario Losada, Pedro Salvadori y Carlos Prades (del 18 de mayo), así como sus fundamentos.

"Los presentes concordaron, naturalmente, en que es importante todo esfuerzo tendiente a mejorar las instituciones de la República y su funcionamiento, dentro del marco constitucional. Y, por eso, es importante lo que se refiere a la mejoría del Poder Judicial, su funcionamiento, independencia, mayor capacidad, suficiente agilidad, y fomento de que todos cuenten con posibilidades de acudir ante ella cuando fuera conveniente. Es claro que son temas sobre los que, por otra parte, existen muchos proyectos ya presentados y con trámite parlamentario.

"En el caso concreto de vuestra nota, proyecto y fundamentos, los académicos manifestamos nuestro interés frente a tal inquietud porque advertimos que se piensa contribuir al perfeccionamiento del sistema republicano, porque su tema es la Justicia, porque hay que tomar en cuenta el principio del federalismo y, también, porque está muy ligado a una idea expuesta ante esta Academia por uno de nuestros integrantes, don Augusto Mario Morello, a quien la señora y señores Senadores expresamente citan.

"Aquí viene trabajando una comisión sobre lo manifestado por el doctor Morello, de manera que el plenario tendrá oportunidad de considerar los concretos dictámenes que se producirán acerca de los temas que son de nuestra competencia.

"Mucho agradecemos vuestra consulta y lo saludamos con nuestra más atenta consideración."

Consulta del Secretario de la Comisión de Estudio del Régimen Legal de las Sociedades Comerciales y los Delitos Societarios.

En la sesión privada del 27 de mayo el plenario aprobó e hizo suya una opinión del Instituto de Derecho Empresarial al que se había derivado una nota del Secretario de la Comisión de Estudio del Régimen Legal de las Sociedades Comerciales y los Delitos Societarios, doctor Carlos San Millán, del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos, por la que se consultaba a la Academia acerca del Proyecto de Reforma a la Ley de Sociedades Comerciales:

“Tenemos el agrado de dirigirnos a usted en respuesta a la consulta formulada oportunamente por ese Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos, con relación al Anteproyecto de Reformas a la Ley de Sociedades.

“Esta Academia, en la reunión del plenario del 27 del corriente, ha destacado el gran valor de ese trabajo y que merece ser presentado como Proyecto a las Cámaras del H. Congreso de la Nación, para su debate y sanción.

“Además del elevado nivel técnico de sus autores, deben señalarse una serie de aciertos que justifican esa opinión;

“a) En primer lugar, se trata de una reforma parcial, que conserva la estructura de la legislación vigente que, en realidad, si bien es originaria de hace más de tres décadas, ha sido actualizada en varias oportunidades. Sin perjuicio de las relevantes modificaciones propuestas, el mantenimiento de esa estructura brinda destacados servicios a la comunidad en general y a los jueces y profesionales del derecho en particular, desde que permite aprovechar la importante doctrina y jurisprudencia formada hasta ahora.

“b) En segundo lugar, los temas seleccionados para su reforma han sido acertadamente identificados, pues son aquellos de mayor interés actual y en los que se remarca la necesidad de intervención legislativa. Esto surge tanto por las necesidades del tráfico como por las cuestiones debatidas en doctrina y jurisprudencia, así como en congresos y otras reuniones vinculadas con el tema.

“c) En tercer lugar, las soluciones propuestas a esos puntos conflictivos o surgidos de nuevas necesidades, han sido claramente propuestas y se orientan en líneas de definición (generalmente) compartibles.

"d) Finalmente, el estilo de redacción ha sido cuidado, sin excesos ni omisiones, manteniendo armonía con las reglas del cuerpo al cual se han de integrar.

"Asimismo, se hace presente que los siguientes miembros del Instituto de Derecho Empresarial, dependiente de esta Academia, presentaron comunicaciones por escrito, que adjuntamos a la presente, en relación con el Anteproyecto referido: doctores Alicia J. Stratta, María Celia Marsili, Ana Isabel Piaggi, Eduardo Roca, Ignacio Escuti, Augusto Mallo Rivas, Guillermo E. Ragazzi, Carlos S. Odriozola, Daniel Vergara del Carril y Rafael Manóvil.

"En suma, la consideración en general merece el apoyo de esta Academia."

Consulta de la Secretaría de Cultura de la Nación.

En la sesión privada del 24 de junio la Corporación respondió una consulta de la Secretaría de Cultura de la Nación acerca del pedido de la Academia del Mar para ser reconocida como Academia Nacional:

"Tengo el agrado de dirigirme a usted en respuesta a su nota del 27 de mayo, por la que solicita la intervención de esta Corporación a efectos de que esa Secretaría evalúe el pedido de la Academia del Mar de ser reconocida e incluida dentro del régimen del decreto ley N° 4362/55, como Academia Nacional.

"De conformidad con el criterio sustentado por esta institución en anteriores oportunidades, consideramos que la creación de nuevas academias nacionales cuyas actividades estén comprendidas en las academias existentes conlleva una seria duplicación en el estudio de las correspondientes disciplinas y una inconveniente proliferación de corporaciones académicas en el orden nacional.

"Los aspectos jurídicos del derecho internacional del mar que regula la totalidad de las actividades en el mar, incluso su espacio aéreo y su lecho y subsuelo, comprenden, entre otros, la navegación, el sobrevuelo, las telecomunicaciones, las operaciones navales y aéreas, la investigación científica marina, la arqueología marina, la pesca, la explotación de los minerales de los fondos marinos y oceánicos y aun de la energía derivada de las corrientes y de los vientos (Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, 1982, y acuerdos internacionales complementarios), y son materia de estudio de esta Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

También esta Academia se ocupa del derecho de la navegación (marítima y aérea).

"Por otra parte, los temas científicos del mar – como la biología o la geología marinas y sus aspectos geográficos – están dentro de la competencia de la Academia Nacional de Ciencias y de la Academia Nacional de Geografía.

"Además, debemos destacar que el decreto ley 4362/55, que estableció el funcionamiento de las academias nacionales, señala, en el artículo 3°, que los académicos titulares o de número no podrán ser menos de veinte ni más de cuarenta.

"Por estas razones, esta Academia ha resuelto expresar su opinión adversa a la solicitud formulada por la Academia del Mar."

Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires. Petición al Poder Ejecutivo Nacional.

En la sesión privada del 22 de julio el plenario aprobó, por unanimidad, una declaración pública a raíz de los hechos ocurridos el viernes 16 de ese mes, frente a la Legislatura de la Ciudad:

"La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires ante el ataque a la Legislatura de la Ciudad, precedido poco antes por la toma de la comisaría 24ª, peticona al Poder Ejecutivo Nacional que se evite la reiteración de tales delitos, que amenazan y conculcan la paz social, aplicando el orden jurídico vigente."

"Declaración de Academias Nacionales sobre el Acuerdo de Cooperación Argentina – Australia en los Usos Pacíficos de la Energía Nuclear".

En la sesión privada extraordinaria del 30 de agosto el plenario resolvió que la Academia adhiera a la fundamentación jurídica de la "Declaración de Academias Nacionales sobre el Acuerdo de Cooperación Argentina – Australia en los Usos Pacíficos de la Energía Nuclear", en estos términos:

"El descubrimiento y la aplicación pacífica de la energía nuclear es uno de los logros científicos y tecnológicos más importantes del siglo XX.

"Las Academias Nacionales que suscriben esta declaración advierten que, de acuerdo a los estatutos que las rigen y sus funciones específicas, es oportuna

una toma de posición en esta materia muy técnica y especializada, a fin de aportar elementos de juicio a los señores legisladores en su examen de estas cuestiones, y en general para ayudar a esclarecer a la opinión pública, la cual está siendo confundida por la propagación de temores infundados desde el punto de vista científico.

"Desde mediados del siglo que acaba de concluir, la Argentina invierte importantes recursos para desarrollar tecnología nuclear y aprovechar así nuestras reservas de uranio. La decisión de nuestro Gobierno de crear la Comisión Nacional de Energía Atómica en 1950, ha convertido a la Argentina en un país nuclear. Desde entonces, científicos y técnicos argentinos se han capacitado en esta materia y, observados desde una perspectiva mundial, han alcanzado resultados de gran importancia. Existe en el país la capacidad técnica e industrial para diseñar y construir reactores nucleares, así como la de producir combustibles nucleares y demás insumos requeridos.

"Muchas aplicaciones a la medicina, a la industria y al agro han sido desarrolladas en laboratorios argentinos. Somos exportadores de equipos, insumos y tecnología nuclear. Todo esto nos ha colocado en una posición de vanguardia en América latina. La empresa INVAP ha participado activamente en estas acciones y ha mostrado en todo momento una indiscutible capacidad tecnológica y un respeto irrestricto a las normas de seguridad y protección radiológica internacionalmente aceptadas.

"Estas Academias Nacionales desean señalar que estas actividades se desarrollan en nuestro país con riesgos mínimos para la población, con nivel de probabilidad de accidentes muy inferior a muchas otras actividades industriales no nucleares y con la correcta supervisión. Estiman oportuno destacar también la seriedad profesional y el alto nivel del correspondiente organismo de control, la Autoridad Regulatoria Nuclear de nuestro país, la que es reconocida y respetada también en el ámbito internacional.

"Los organismos responsables de las regulaciones nucleares han adoptado criterios muy severos para evaluar los posibles efectos perniciosos para la salud de la radiación nuclear, con un grado de cautela y de rigor muy superior al que se emplean en la consideración de otras actividades industriales. Sería deseable que se encararan criterios tan estrictos como los que rigen la actividad nuclear también en el caso de las poluciones nocivas generadas por las fábricas y los medios de transporte. No obstante, se ha inducido en la población no informada un infundado temor acerca de los efectos de la radioactividad en dosis muy pequeñas.

"Cabe recordar, a este respecto, que durante muchas décadas cientos de hospitales y clínicas del país han empleado y emplean las facilidades de la medicina nuclear y la radioterapia para beneficio de la salud de la población. Material radiactivo, con actividades muy superiores a la de los elementos combustibles con los que operará INVAP, se ha movido – y se mueve diariamente – con seguridad por todo el país tras el objetivo salud, en especial para el tratamiento de los procesos malignos (cáncer).

"Hay también aspectos jurídicos en la cuestión que nos ocupa, que conviene esclarecer.

"En primer lugar, el Art. 12 del acuerdo con Australia no obliga a la Argentina a tratar el combustible gastado en nuestro país. Si Australia lo solicita y bajo condiciones contractuales específicas para ello, la Argentina se compromete a constituirse en una de las alternativas para el acondicionamiento del combustible gastado, que luego será devuelto al país de origen. Tal acondicionamiento, como viene sucediendo en el presente, puede ser realizado en un tercer país con facilidades nucleares, y así lo tiene previsto INVAP.

"Dado que el acondicionamiento de elementos combustibles gastados, del reactor que construye INVAP para Australia, recién comenzará más allá de esta década, las circunstancias internacionales en materia de industria nuclear pueden cambiar. Sólo en el caso de que en ese tiempo no fuera ya posible, o conveniente, el tratamiento de los elementos combustibles en un tercer país, INVAP proyecta realizarlo en la Argentina.

"En vista de ese evento, ha surgido la duda acerca de si la importación temporaria de elementos combustibles gastados, para su acondicionamiento en el país y posterior re-exportación del producto resultante a Australia, para su almacenamiento allí, pudiera contravenir el último párrafo del Art. 41 de la Constitución Nacional (reforma de 1994), que señala: "Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos".

"Pues bien, los elementos combustibles gastados no son residuos radiactivos, concepto claramente reflejado por la "Convención conjunta sobre la seguridad en la gestión del combustible gastado y sobre la seguridad en la gestión de desechos radiactivos", firmada por nuestro país en Viena en 1997 y aprobada por la Ley N° 25.279.

"Hay muchas actividades en la vida contemporánea que la población puede creer que son peligrosas, aunque el riesgo en realidad es ínfimo, y

muchas otras que son verdaderamente peligrosas, aunque la opinión general todavía no lo haya percibido. Para responder correctamente a estas cuestiones es necesario advertir que no se trata de que cada uno se imagine qué es lo que puede o no ser peligroso, o que cada uno decida subjetivamente qué puede ser considerado residuo radiactivo. Si así fuera, por el absurdo, no podríamos traer al país ningún radioisótopo, sea para la medicina, la industria o la investigación científica. Lo que se trata aquí no es materia de opiniones personales, sino cuestiones técnicas que deben dilucidar los peritos en la materia de acuerdo a definiciones precisas, establecidas por acuerdos internacionales y reflejadas en la legislación nacional.

"La actividad relacionada con el acondicionamiento y posterior re-exportación a Australia de los combustibles gastados y los residuos generados en ese proceso, estará bajo el control de la Autoridad Regulatoria Nuclear.

"Estas Academias Nacionales comparten el criterio de la Autoridad Regulatoria Nuclear sobre esta materia, en el sentido que un elemento combustible gastado no es intrínsecamente un residuo radiactivo. En vista de las consideraciones que anteceden, sólo una interpretación carente de sustento técnico puede concluir que el acuerdo con Australia contraviene en alguna medida a la Constitución Nacional.

"Esta última es también la posición de conocidos constitucionalistas, entre los que también se cuentan juristas que han participado como constituyentes en la reforma de 1994.

"La aprobación por la H. Cámara de Diputados de la Nación del acuerdo marco de colaboración con Australia es de vital importancia para que esta actividad pueda continuar y para que la tecnología argentina avance. En un mundo globalizado y fuertemente competitivo, la defensa y el aumento del conocimiento, su organización y sus aplicaciones, son fundamentales para nuestra supervivencia y progreso como nación."

Dictamen sobre el Reglamento de Subrogancias de los Tribunales Inferiores de la Nación dictado por el Consejo de la Magistratura

En la sesión privada del 9 de setiembre se puso a consideración del plenario la respuesta del doctor Juan R. Aguirre Lanari sobre la constitucionalidad del Reglamento de Subrogancias de los Tribunales Inferiores de la Nación dictado por el Consejo de la Magistratura. El doctor Alterini

se excusó de intervenir en la consideración del tema en razón de mantener el estado judicial dentro del fuero civil. Los presentes manifestaron su acuerdo con el siguiente dictamen:

"-I-

"El asunto salió a la consideración pública por la Acordada 1027/04 del 13 de abril ppdo. de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal (El Derecho, 1° de junio de 2004). La misma aceptó el Reglamento de subrogaciones dictado por el Consejo de la Magistratura en la Resolución 76, por el cual se autoriza a ejercer la función jurisdiccional a personas que no han sido investidas como tales, conforme a las disposiciones de la Constitución, e inclusive dicho organismo se arroga la potestad de nombrar jueces.

"Cabe señalar que la decisión de la mayoría de la Cámara Nacional en lo Civil fue cuestionada por los camaristas Borda, Molteni, Dupuis, Zannoni y Bellucci, habiéndose expedido con un planteamiento de inconstitucionalidad el representante del Ministerio Público Fiscal, doctor Sanz.

"También estudió el tema el Profesor Gregorio Badeni ("El nombramiento de los jueces inferiores", EL DERECHO, jueves 20 de marzo de 2004). Con su habitual claridad expositiva analiza los diversos supuestos del aludido Reglamento y de la ley 25.876 que incorpora como inciso 15 del artículo 7° a la ley que regula el funcionamiento del Consejo de la Magistratura a una disposición que considera "desprovista de validez constitucional".

"Participo de los cuestionamientos aludidos.

"-II-

"Cabe previamente recordar el régimen constitucional vigente y el papel asignado al Consejo de la Magistratura.

"El artículo 114 de la Constitución Nacional establece que su función es seleccionar mediante concurso público ternas vinculantes para el nombramiento de los magistrados de los tribunales inferiores. Pero el nombramiento de los mismos lo realiza el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado. Ninguna cláusula de la Constitución le otorga al Consejo de la Magistratura facultad para designar jueces, ni aún con carácter provisorio. Tampoco cláusula alguna constitucional concede al Consejo de la Magistratura facultad para deci-

dir quién nombra a los jueces. Sin embargo, el Reglamento en examen incurre en demasías que infringen tales premisas.

"Al margen de lo recordado, señalemos que la Constitución (art. 99, inciso 19) faculta al Presidente, con carácter exclusivo y excluyente, a cubrir las vacantes gubernamentales que requieren el acuerdo del Senado, como ocurre con los jueces. Esos nombramientos en comisión son de carácter provisorio y caducan al fin de la próxima legislatura.

"Por lo expuesto, el nombramiento de magistrados exige ineludiblemente: 1) Propuesta del Consejo de la Magistratura; 2) Designación por el PE previo acuerdo del Senado; 3) Excepcionalmente y con carácter provisorio, nombramiento de jueces en comisión por el PE (art. 99, inc. 19). Ninguna otra forma de designación de magistrados judiciales sería válida en la Constitución vigente.

"-III-

"El art. 114, inciso 6, concede al Consejo de la Magistratura facultad para dictar reglamentos que aseguren "la eficaz prestación de los servicios de justicia".

"En función de ello, opina Badeni que la reglamentación del procedimiento podría determinar, entre los jueces existentes, que han sido nombrados con los requisitos constitucionales aludidos, quiénes actuarán como jueces subrogantes en caso de licencia o suspensión del juez titular o para desempeñar un cargo vacante. Ese juez asumiría provisoriamente la función y reteniendo el cargo del que es titular.

"Pero aparentemente no fue esa la opinión del Consejo de la Magistratura amparándose en la ley 25876, al sancionar la resolución 76. Como señala Badeni, "mediante ella se autoriza a ejercer la función jurisdiccional a personas que no fueron nombradas jueces conforme a las disposiciones de la Constitución e, inclusive, se arroga la potestad de nombrar jueces".

"Distingamos en el aludido Reglamento el caso de las "subrogancias transitorias" y el de las "subrogancias prolongadas".

"En el primer caso, se provee el nombramiento por la Cámara de Apelaciones de su jurisdicción en los casos de vacancia o ausencia transitoria a los jueces actuantes más cercanos, lo que no es objetable. Pero en el Regla-

mento se la autoriza también a convocar a magistrados jubilados, abogados de la matrícula federal, secretarios de ambas instancias o prosecretarios de Cámara. Todos ellos, excepto los primeros aludidos, no han sido nombrados por el procedimiento que establece la Constitución. Aclárase que en el caso de los magistrados jubilados, al renunciar para acogerse a la jubilación, sostiene Badeni acertadamente, que dejan de ser jueces para transformarse en ex magistrados judiciales, pues no existen jueces en situación de retiro efectivo.

"Salvo el caso de la subrogación provisoria a cargo de jueces actuantes, en los restantes señalados el Consejo de la Magistratura delega en las Cámaras de Apelaciones una atribución que no surge del texto constitucional.

"Veamos ahora lo que se establece para el caso de "subrogaciones prolongadas", que superan los sesenta días desde la vacancia o licencia. El Reglamento en examen contempla que en estos casos la designación del juez sea realizada por la Comisión de Selección de Magistrados y Escuela Judicial del Consejo de la Magistratura. En efecto, veamos diversas hipótesis, según la síntesis que realiza Badeni:

"Si la vacante se produce en una cámara de apelaciones o en un tribunal oral, se remitirá a ese organismo una terna de candidatos para que proceda a nombrar juez a uno de sus integrantes, sin perjuicio de su facultad de rechazar la terna y requerir la remisión de una nueva. Se puede obviar la remisión de la terna de candidatos si se propone a un magistrado jubilado u otro juez de cámara. Pero la aceptación de la propuesta, y consecuente designación del juez subrogante, está a cargo de aquella Comisión".

"Si la vacancia o ausencia prolongada se produce en juzgados federales de primera instancia de las provincias en las cuales no tenga su asiento la cámara de apelaciones, la Comisión de Selección de Magistrados y Escuela Judicial del Consejo de la Magistratura designará al magistrado subrogante, optando entre un juez de primera instancia de la localidad, o un juez jubilado, o un abogado matriculado e incluido en la lista que confeccionará el Colegio de Abogados del lugar, o por un Secretario federal incorporado a la lista que eleve la autoridad judicial de superintendencia de la jurisdicción".

"Como surge de la síntesis transcrita, en muchos de los casos de subrogancia prolongada, se contempla la designación de personas que no reúnen los requisitos prescriptos por la Constitución, por un período de

un año prorrogable por seis meses. Y recalquemos que la verdadera decisión respecto al nombramiento estará a cargo de la Comisión de Selección de Magistrados y Escuela Judicial del Consejo de la Magistratura que elegirá dentro de las listas que se le remitan y comunicará a la Cámara o Tribunal respectivo para que proceda a su designación y le reciba juramente.

"-IV-

"El Reglamento que comentamos se basa en la ley 25.876 que otorga al Consejo de la Magistratura facultad para reglamentar la designación de jueces subrogantes en los casos de licencia o suspensión de su titular y transitorias en los casos de vacancia para los tribunales inferiores. Dicho Reglamento reitera algunas antiguas normas cuya validez fue reconocida judicialmente muchas veces.

"No hay duda que alienta a las aludidas normas un explicable propósito de resolver con premura la delicada situación que se plantea con numerosas situaciones existentes,

"Pero una cosa era resolver situaciones transitorias y con motivos de urgencia dando preeminencia a funcionarios naturalmente indicados para preservar el normal funcionamiento del Poder Judicial y otra situación muy diferente es reconocer hoy una usurpación de facultades que la Constitución concede al Senado y al Presidente de la Nación, edificando una situación inédita.

"Sobre la situación que actualmente rige, en su aludido comentario afirma categóricamente Badeni: "Los dos únicos procedimientos que contempla la Ley Fundamental para nombrar a los jueces inferiores son los establecidos en su artículo 99, incs. 4 y 19. En ambos casos, el nombramiento lo realiza el Poder Ejecutivo. Si es definitivo, con acuerdo del Senado y ajustándose a la terna elevada por el Consejo de la Magistratura. Si es provisorio, por la sola decisión del Presidente".

"Ninguna cláusula de la Constitución le atribuye potestades al Consejo de la Magistratura para nombrar jueces, ya sea en forma definitiva o provisorio. La claridad de sus disposiciones regulatorias del nombramiento de los jueces desarticula cualquier interpretación que pretenda otorgar, al Consejo de la Magistratura, la facultad que ella le confiere exclusivamente al Poder Ejecutivo con o sin acuerdo del Senado".

"-V-

"La opinión doctrinaria que citamos coincide con las también categóricas disidencias que en el ámbito judicial se expidieron en minoría al tratarse en la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil el Reglamento que examinamos.

"En su voto, el doctor Bellucci manifestó que "este Reglamento así como está redactado soslaya un punto fundamental de la Constitución Nacional que debemos respetar porque para eso los integrantes de esta Cámara lo han jurado. La facultad de dar acuerdo a los jueces no la tiene el Consejo de la Magistratura ni por la Constitución ni por las leyes que se dicten, sino que la tiene siempre el Senado, y en su defecto, si estuviere en receso esa Legislatura, sólo el Presidente puede designar en comisión jueces".

"En el mismo ámbito y ocasión, el representante del Ministerio Público, doctor Sanz, expresó:

"El Ministerio Público Fiscal -que represento- carece de voto. Por otro lado, en el acuerdo extraordinario del día 30 de marzo, este Excmo. Tribunal resolvió que no se debía dar vista al suscripto. Vale decir que lo único que resta es hacer escuchar mi voz, a lo que me autoriza el art. 37, inc. f) de la ley 24.946 (EDLA, 1998-A-113)".

"En función de ese antecedente planteo expresamente la inconstitucionalidad del Reglamento de Subrogancias puesto a consideración del plenario".

"De manera muy breve la razón de esta articulación es doble: en primer lugar, no se posee jurisdicción sin acuerdo del Senado; en segundo lugar el Consejo de la Magistratura carece de facultades para designar jueces en comisión".

"El fundamento resulta muy claro y se sigue de los antecedentes que reseñaré, que puse a disposición de la Oficina de Jurisprudencia y que no fueron fotocopiados y que traje al plenario extraordinario del 30 de marzo pasado no se me dio oportunidad de leer".

"A mi modo de ver, la designación "en comisión" sólo puede hacerla el Presidente de la República durante el receso del Senado (art. 99, inc. 19, Constitución Nacional) por ello no es facultad del aludido Consejo".

“Los antecedentes principian con el llamado Pacto de Olivos en el cual para cohonestar la reelección presidencial se acordó reformar la Constitución (ver “Declaración de los Dres. Menem y Alfonsín” en la obra de la Convención Nacional Constituyente t. I, pág. 64, ap. 2)”.

“Esto dio lugar al documento del primero de diciembre de 1993 realizado por las comisiones de los partidos de los pactantes (ob. cit., t. I, pág. 67 y sigs.) cuyo punto J introduce al Consejo de la Magistratura, cuyas atribuciones serán:

“1. Seleccionar mediante concursos públicos los postulantes a las magistraturas inferiores”.

“2. Emitir propuestas (en dupla o terna) vinculantes para el nombramiento de los magistrados de los Tribunales inferiores”.

“3. Administrar los recursos y ejecutar el presupuesto que la ley asigne a la Administración de Justicia”.

“4. Ejercer facultades disciplinarias”.

“5. Decidir la apertura del procedimiento de remoción de magistrados”.

“6. Dictar los reglamentos relacionados con la organización judicial y todos aquellos aspectos que sean necesarios para asegurar la independencia de los jueces y la eficaz prestación del servicio de justicia”.

“Todo ello por incorporación de un artículo nuevo y por reforma al art. 99 de la Constitución Nacional”.

“El 13 de diciembre de 1993 se especificó el Pacto mediante la firma del “Núcleo de coincidencias básicas” que repite a la letra el texto anterior (ver ob. cit., t. I, pág. 72) y que dio lugar a la ley 24.309 (EDLA, 1994-A-116) que en Asamblea Parlamentaria Conjunta consagró la necesidad de la reforma constitucional. El punto h) refiere a la letra el texto anterior (ob. cit. t. I, pág. 77)”.

“He analizado también la intervención de los voceros de los mayores grupos de opinión reunidos en la Convención de Santa Fe que se ha referido al tema: el Dr. Pérez Delgado que encabezó una delegación de jueces

de esta Capital Federal (ob. cit., t. IV, pág. 3129); el Dr. Arias, vocero del Partido Justicialista (ob. cit., t. IV, pág. 3247); el Dr. Paixao, vocero del Partido Radical (ob. cit., t. V, pág. 4888), el Dr. Hitters, representante del justicialismo de la Provincia de Buenos Aires (ob. cit., t. V, pág. 5007), el Dr. Jorge de la Rúa, vocero del radicalismo cordobés (ob. cit., t. V, pág. 5023). El Dr. Zaffaroni, convencional por el Frente Grande (ob. cit., t. V, pág. 5112) y el Dr. Masnatta (ob. cit., t. V, pág. 5118) ya entonces ex miembro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”.

“En ninguna de estas intervenciones, ni en la del Convencional Cullen, constitucionalista santafecino, se hace referencia alguna a que el Consejo de la Magistratura podría designar jueces “en comisión”.

“Señores Jueces: la situación de la República es gravísima como lo informa la prensa diaria y el elemento básico de la convivencia supone ajustarnos a alguna norma básica como lo es la Constitución Nacional y, en su consecuencia, que cada órgano previsto en ella cumpla con la función que le es propia y no invada otros. En este caso el Consejo de la Magistratura se extralimita y esto es inconstitucional”.

“-VI-

“Por lo expuesto precedentemente, participo de las opiniones que consideran inconstitucional al Reglamento en análisis.

“Se ha invocado a favor del mismo, por parte de un camarista, la creencia de que “el dictado del reglamento de Subrogancias fue muy necesario y conveniente, sobre todo en una época en que existe un gran número de vacantes en la Cámara y en los juzgados de Primera Instancia, que se va a acrecentar en los próximos años”.

“Ante esta alarmante y desconsoladora profecía, cabe exhortar a los responsables constitucionalmente para que extremen su celo y diligencia para evitarla. El Consejo de la Magistratura, el Presidente de la Nación y el Senado deben aunar esfuerzos para la rápida y eficiente normalización de la Justicia.

“Frente al estado de anomia tantas veces denunciado en distintos sectores de nuestra realidad institucional, el remedio debe buscarse evitando situaciones reñidas con el mandato de la Constitución, cumpliendo con rigor y sin vacilaciones lo que impone nuestra Ley Fundamental.”

Consulta de la Secretaría de Ciencia, Tecnología e Innovación Productiva, del Ministerio de Educación, Ciencia y Tecnología.

En la sesión privada del 23 de setiembre el plenario resolvió contestar una consulta de la Secretaría de Ciencia, Tecnología e Innovación Productiva, del Ministerio de Educación, Ciencia y Tecnología, por la que se solicitaron comentarios y sugerencias sobre el documento "Plan Estratégico Nacional de Mediano Plazo en Ciencia, Tecnología e Innovación: primer informe de avance", sobre la base de un comentario del doctor Julio H. G. Olivera acerca de ese documento, con un agregado del doctor Augusto M. Morello, en cuanto importaba un reconocimiento al esfuerzo realizado por ese organismo público:

"Contesto su nota del 7 de julio ppdo. que acompaña el documento "Plan Estratégico Nacional de Mediano Plazo en Ciencia, Tecnología e Innovación: Primer Informe de Avance", y le presento los comentarios, que luego de un detenido estudio, ha creído oportuno hacerle llegar esta Corporación. Se han realizado teniendo en cuenta que el citado Informe, en cuya elaboración han participado distinguidos especialistas, contiene los primeros resultados del ejercicio de Planificación Estratégica, iniciado por la Secretaría a su cargo.

"I. El análisis contenido en el Informe se concentra sobre el desarrollo tecnológico. A pesar del título del documento, no hay nada en él específicamente vinculado con la Política de la Ciencia o Política Científica ("Science Policy", "Wissenschaftspolitik"). Esta omisión es relevante, pues la Política Científica no es un simple corolario de la Política Tecnológica. El progreso científico, aun con abstracción de las aplicaciones de la ciencia a la tecnología, constituye por sí mismo una parte valiosa del progreso humano integral.

"II. El método de análisis empleado en el Informe se basa sobre la construcción de escenarios alternativos que describen hipotéticamente la futura evolución de las magnitudes consideradas. En un contexto de completa incertidumbre e inestabilidad, ese método no proporciona una guía confiable para las decisiones. Existe en tales circunstancias un número infinito de trayectorias posibles, y cualquier perturbación aleatoria induce una desviación no acotada respecto de la trayectoria precedente.

"III. El Informe asevera que un elemento propio de los escenarios más innovadores es la coordinación centralizada de los cambios tecnológicos. Esta afirmación contradice la experiencia universal. Por el contrario, según demuestran los hechos, solamente los sistemas descentralizados poseen la flexi-

bilidad dinámica y la capacidad de respuesta que exige el ritmo de adelanto tecnológico en el mundo contemporáneo.

"Esta Academia valora el trabajo realizado, está particularmente interesada en que se profundice la elaboración de un Plan Estratégico Nacional de Mediano y Largo Plazo, y en esa inteligencia, formula los comentarios, que ha tenido la gentileza de requerirse."

Consulta de la Secretaría de Cultura de la Nación.

En la sesión privada del 14 de octubre el plenario aprobó una respuesta a la acerca del pedido de reconocimiento de la Academia de Conocimientos Interdisciplinarios para ser reconocida como Academia Nacional:

"Tengo el agrado de dirigirme al Señor Secretario, y contesto la nota del 27 de agosto ppdo. que firma la señora Directora General de Gestión Administrativa y Asuntos Judiciales de esa Secretaría, licenciada Claudia E. Chavero, por la que traslada, para su evaluación por esta Institución, el pedido de la Academia de Conocimientos Interdisciplinarios de ser reconocida e incluida dentro del régimen del decreto-ley N° 4362/55, como Academia Nacional.

"Esta Corporación ha sostenido antes de ahora, reiteradamente, que el reconocimiento de nuevas academias nacionales cuyo objeto esté comprendido en las actividades de las existentes, conlleva una proliferación de esas entidades en el orden nacional con el consiguiente dispendio de esfuerzos intelectuales y económicos.

"En este caso, motivo de consulta, es donde se exteriorizan y particularizan con mayor agudeza estas circunstancias, puesto que la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires, fundada como entidad privada el 8 de octubre de 1935, luego nacionalizada por decreto del P.E.N. el 2 de marzo de 1960, lleva a cabo una sostenida labor científica y de investigación que le ha conferido singular prestigio, precisamente en el campo interdisciplinario (art. 3° de su Estatuto). Su estructura, en siete secciones con sus consiguientes denominaciones y competencias (art. 1° de su Reglamento Interno) establece:

"Artículo 1°: Las secciones de la Academia son siete, con las siguientes denominaciones y competencias: a) Derecho y Ciencias Sociales y Políticas; b) Medicina, Veterinaria y Ciencias Afines; c) Ciencias Exactas y Naturales; d) Ingeniería, Arquitectura y Artes; e) Filosofía, Educación y Letras; f) Historia, Sociología y Antropología; g) Ciencias Económicas."

"De esta forma se evidencian los objetivos interdisciplinarios de esta Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires.

"Las identidades antes señaladas respecto de objetos, fines y propósitos, entre la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires, con sus trabajos acreditados a través de setenta y nueve años, y los propuestos por la peticionante, fundan nuestra opinión adversa a la solicitud formulada por la Academia de Conocimientos Interdisciplinarios."

Fallo "Arancibia Clavel".

En la sesión privada del 7 de diciembre, la Academia hizo suyo el dictamen del Instituto de Derecho Constitucional sobre el fallo "Arancibia Clavel", sobre lo que se informó en el punto IV, 2:

"-I-

Antecedentes

"Si bien el fallo plantea una gama amplia de cuestiones, la deliberación se centró en dos aspectos:

"a) Irretroactividad de la ley penal, que el Considerando 22 del voto de la mayoría expone del siguiente modo:

"Que en razón de que la aprobación de la "Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad" y su incorporación con jerarquía constitucional (ley 25.778) se produjo con posterioridad a la comisión de los hechos de la causa corresponde examinar la cuestión relativa a si la regla que establece la imprescriptibilidad de la imputación por el delito de asociación ilícita se aplicaría al sub lite retroactivamente o si ello lesiona el principio nulla poena sine lege."

"b) Jerarquía de los Tratados de Derechos Humanos en el orden jurídico argentino, especialmente en cuanto el Considerando 38 del voto de la mayoría expresa:

"Que, en tales condiciones, a pesar de haber transcurrido el plazo previsto por el art. 62, inc.2° en función del art. 210 del Código Penal corresponde declarar que la acción penal no se ha extinguido respecto de Enrique Lautaro Arancibia Clavel, por cuanto las reglas de prescripción de la acción penal

previstas en el ordenamiento jurídico interno quedan desplazadas por el derecho internacional consuetudinario y por la "Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad" (leyes 24.584 y 25.778)."

"-II-

Comentario

"1. La sentencia fue dictada por una mayoría de cinco votos contra tres; pero en lo que hace a los fundamentos la situación es distinta: cuatro jueces fundaron su decisión en la aplicación no retroactiva de normas consuetudinarias del Derecho de Gentes y uno en la aplicación retroactiva de la Convención arriba mencionada.

"2. Existen leyes y tratados que imponen la imprescriptibilidad de determinados delitos para el futuro, cuestión de naturaleza opinable. Pero los regímenes de prescripción, una vez vigentes integran el concepto de "ley penal" a los efectos de la garantía constitucional del artículo 18, y no pueden ser afectados retroactivamente por una norma – ley o tratado – posterior al hecho de la causa; esa ha sido la doctrina de la Corte desde el fallo "Mirás".

"La norma que establece la imprescriptibilidad de los denominados "crímenes de lesa humanidad" es la "Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad", que fue firmada en noviembre de 1968. La Argentina la aprobó por ley 24.584 veintisiete años después, en noviembre de 1995; pero el depósito del instrumento ratificatorio – que perfeccionó jurídicamente la adhesión del país al tratado – no fue realizado sino hasta agosto de 2003, con el dictado del Decreto 589/03; y recién se le dio jerarquía constitucional en setiembre de 2003, por ley 25.778.

"Sin embargo, en "Arancibia Clavel" la Corte consideró imprescriptible la acción penal con relación a hechos ocurridos el 30 de setiembre de 1974, veintinueve años antes de que la Convención que establece la imprescriptibilidad se incorporara al orden jurídico argentino.

"3. A fin de evitar la objeción de estar aplicando retroactivamente una ley penal, los cuatro jueces que fundan su voto en normas consuetudinarias del Derecho de Gentes, afirman que al momento de los hechos había normas consuetudinarias de ius cogens vigentes que establecían "desde tiempo inmemorial" la imprescriptibilidad de delitos de este tipo. Sin embargo, el intento

no resulta exitoso; el instituto de la prescripción está contenido en el concepto de "ley penal" a los efectos de las garantías constitucionales; y la costumbre – por internacional que sea – no es una fuente del derecho aceptable en ese campo.

"El texto del artículo 18 de la Constitución es expreso: "Ningún habitante de la Nación Argentina puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso". El principio de legalidad reserva lo penal a la Ley en estricto sentido material y formal, es decir a normas jurídicas dictadas por el Congreso de la Nación a través del procedimiento constitucionalmente establecido. Las otras fuentes del derecho tienen su lugar en el orden jurídico; pero no es aquí.

"Este principio tiene ilustre prosapia y acompaña al Estado Constitucional de Derecho desde su nacimiento; ya Cesare Beccaria decía: "Sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos, y esta autoridad debe residir únicamente en el legislador que representa a toda la Sociedad unida por el contrato social".

"4. El quinto voto de la mayoría intenta sortear el escollo de la Constitución por otra vía: trata de evitar la objeción de inaceptabilidad de la costumbre como fuente del derecho penal aplicando retroactivamente la Convención de Imprescriptibilidad. Pero este intento tampoco es exitoso; los argumentos de oportunidad a los que apela son insuficientes para superar la objeción: la ley penal debe ser previa, "anterior al hecho del proceso", en palabras de la Constitución.

"No parece necesario referir aquí antecedentes doctrinarios ni jurisprudenciales del principio "nullum crimen sine lege", pero sí es del caso traer a colación dos consideraciones volcadas en los votos en disidencia de este mismo fallo, para fundar la inaplicabilidad retroactiva de la Convención: la primera es la mención a la reserva establecida por el artículo 4 de la ley 23.313 a la adhesión argentina al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que sujeta su aplicación a lo establecido por el artículo 18 de la Constitución; y la segunda es la referencia a que, por imperio de sus artículos 27 y 75, inc. 22, los tratados internacionales con jerarquía constitucional no derogan artículo alguno de su primera parte.

"5. Existe un claro obstáculo constitucional a la aplicación retroactiva de la ley penal; y el principio de reserva legal opone un reparo constitucional insalvable a la costumbre como fuente de la pretensión punitiva del Estado. Y

—como se ha señalado— el fallo en análisis adolece de inconsistencia entre mayoría de decisión y mayoría de fundamentos.

“En efecto: cuatro jueces, para no violar el principio de irretroactividad, fundan su decisión en la costumbre; con lo que violan el principio de legalidad. El quinto juez, para no violar el principio de legalidad, aplica una Convención internacional incorporada al derecho argentino con posterioridad al hecho del proceso; con lo que viola el principio de irretroactividad.

“6. El status jurídico de la “Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad” está determinado por el artículo 75, inc. 22, de nuestra Carta Magna, que establece que los tratados internacionales sobre derechos humanos “en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos por ella reconocidos”.

“7. Es relevante para el análisis de este fallo la interpretación que uno de los jueces concurrentes a la mayoría realiza de la frase “no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución”. Sostiene — con cita del precedente “Monges” — que ese texto “indica que los constituyentes han efectuado un juicio de comprobación, en virtud del cual han cotejado los tratados y los artículos constitucionales y han verificado que no se produce derogación alguna, juicio que no pueden los poderes constituidos desconocer o contradecir”.

“Ello lo lleva a concluir que la Corte “no tiene jurisdicción para enervar la vigencia de normas que han sido jerarquizadas constitucionalmente en virtud de un procedimiento establecido en la misma Constitución”, ya que “si los tratados con jerarquía constitucional tuviesen rango inferior a la Constitución debería declararse su inconstitucionalidad en caso de colisión. Pero tal colisión — concluye — no puede suscitarse”. Sin embargo, en el caso la colisión se produce y el argumento del voto en comentario no la resuelve.

“8. El lenguaje de la Constitución es lenguaje jurídico y no debe reducirse a lenguaje informativo. Cuando la constitución dice “no derogan artículo alguno” no nos está informando la comprobación de un hecho; está estableciendo una norma. Es el mismo caso del artículo 15, cuando dice “en la Nación Argentina no hay esclavos...”; no está informando la inexistencia fáctica de personas sujetas a esa servidumbre; está aboliendo la esclavitud.

"El texto del art. 75, inc. 22, no nos está informando de cierta actividad intelectual realizada por los convencionales; está preservando la vigencia de todos los artículos de la primera parte de la Constitución frente a cualquier eventual colisión con un tratado internacional que, por el mecanismo previsto, se incorpore a nuestro ordenamiento jurídico con jerarquía constitucional,

"Garantizar esa vigencia, si está en el ámbito del control judicial de constitucionalidad,

"-III-

Conclusiones

"1. El fallo fue decidido por una mayoría de 5 a 3, pero sólo 4 jueces coincidieron en los fundamentos. Esta disparidad de fundamentos pone en cuestión la aplicabilidad de su doctrina y su valor como precedente,

"2. La prescripción de la acción penal no es una garantía constitucional, pero integra el concepto de "ley penal" y no puede ser afectada retroactivamente. La "Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad", es posterior al hecho de la causa,

"3. Existe obstáculo constitucional a la aplicación retroactiva de la ley penal y a la costumbre como fuente de la pretensión punitiva del Estado. Cuatro jueces fundan su decisión en la costumbre, con lo que violan el principio de legalidad; el quinto aplica una Convención posterior, con lo que viola el principio de irretroactividad,

"4. La Convención es un tratado internacional con jerarquía constitucional, que según el artículo 75, inc.22, no deroga ningún artículo de la primera parte de la Constitución. Esa norma preserva la vigencia de la primera parte de la Constitución frente a cualquier eventual colisión con un tratado internacional. En el caso la colisión se da y la vigencia del artículo 18 debe ser garantizada."

X. INSTITUTOS

En la sesión del 22 de abril el Director del Instituto de Derecho Civil, Félix A. Trigo Represas, manifestó que, después de dirigir durante dos períodos ese instituto, consideraba oportuna una renovación y propuso para dirigirlo al Subdirector, doctor Santos Cifuentes. Dicha designación fue aceptada por unanimidad por el plenario.

En la sesión privada del 27 de mayo el Presidente informó que los directores de los Institutos de Derecho Administrativo, de Derecho Civil, de Derecho Constitucional, de Derecho Empresarial y de Derecho Procesal hicieron llegar las nuevas nóminas de sus integrantes, así como las propuestas de nombramiento del académico doctor Héctor Alegria como Director del Instituto de Derecho Empresarial y del académico doctor Julio César Rivera como Subdirector del Instituto de Derecho Civil. Los asistentes aprobaron las designaciones propuestas y los institutos de la Academia quedaron integrados de la siguiente forma:

Instituto de Derecho Administrativo. Director: académico doctor Juan Carlos Cassagne. Integrantes: Pedro Aberastury, Oscar Aguilar Valdez, Carlos A. Andreucci, Alberto B. Bianchi, Viviana Bonpland, Fernando A. Borio, Carlos A. Botassi, Fabián Canda, Luis A. Carello, Ezequiel Cassagne, Jorge E. Cermesoni, Julio R. Comadira, Pedro J.J. Coviello, Ignacio de la Riva, Horacio Diez, Ricardo T. Druetta, Marcelo Duffy, Julio C. Durand, Rodolfo E. Facio, Guillermo E. Fanelli Evans, Máximo J. Fonrouge, Pablo Gallegos Fedriani, Fernando García Pullés, Rafael González Arzac, Osvaldo Guglielmino, Tomás Hutchinson, Benigno Ildarraz, Miriam Ivanga, María del Carmen Jeanneret de Pérez Cortés, Fernando Juan Lima, Javier López Calderón, Ismael Mata, Pedro A. Miguens, Laura M. Monti, Jorge I. Muratorio, Mariana Ortiz de Zárate, Juan Carlos Pérez Bello, Pablo Esteban Perrino, Gerónimo Rocha Pereyra, Guillermo E. Rossi, Patricia Rota de Torres, Estela B. Sacristán, Jorge H. Sarmiento García, Guido S. Tawil, Daniela B. Ugolini, Javier Urrutigoity (h), Alejandro J. Uslenghi, y Carlos A. Zubiaur.

Instituto de Derecho Civil. Director: académico doctor Santos Cifuentes. Subdirector: académico doctor Julio César Rivera. Integrantes: académicos doctores Jorge H. Alterini, Aída Rosa Kemelmajer de Carlucci, Félix A. Trigo Represas, Federico N. Videla Escalada, y doctores Gustavo A. Bossert, Alberto J. Bueres, José Julián Carneiro, María Luisa Casas de Chamorro Vanasco, Manuel O. Cobas, Rubén Héctor Compagnucci de Caso, José M. Gastaldi, Isidoro H. Goldenberg, Marcelo J. López Mesa, Ernesto Nieto Blanc, Fernando A. Sagarna, Eduardo Sambrizzi, Rubén S. Stiglitz, José W. Tobías, Gabriela A. Vázquez y Eduardo Zannoni.

Instituto de Derecho Constitucional. Director: académico doctor Juan R. Aguirre Lanari. Director Honorario: académico doctor Segundo V. Linares Quintana. Integrantes: académicos doctores Jorge A. Aja Espil, Germán J.

Bidart Campos, Carlos M. Bidegain, Juan Carlos Cassagne, Augusto M. Morello, Carlos M. Muñoz, Alberto Rodríguez Galán, Alberto Rodríguez Varela, Jorge R. Vanossi, y doctores Beatriz L. Alice, Gerardo Ancarola, Gregorio Badeni, Fernando N. Barrancos y Vedia, Alberto B. Bianchi, Antonio Castagno, Alberto R. Dalla Via, Rodolfo A. Díaz, Pedro J. Frías, Alberto M. García Lema, María Angélica Gelli, Ricardo Haro, Gustavo M. Hornos, Félix R. Loñ, Antonio A. Martino, Miguel M. Padilla, Eugenio Luis Palazzo, Dardo Pérez Guilhou, Humberto Quiroga Lavié, Daniel Sabsay, Néstor P. Sagüés, Horacio J. Sanguinetti, Alfonso Santiago, Mario Serrafiero y Juan Vicente Sola.

Instituto de Derecho Empresarial. Director: académico doctor Héctor Alegria. Subdirector: académico doctor Antonio Vázquez Vialard. Integrantes: académicos doctores Jaime L. Anaya, Julio C. Otaegui, y doctores Edgardo M. Alberti, Miguel Araya, Emilio H. Bulló, Ignacio A. Escuti, Raúl A. Etcheverry, Mariano Gagliardo, Pedro M. Giraldi, Osvaldo Gómez Leo, Edgar I. Jelonche, Jorge Labanca, Augusto Mallo Rivas, Rafael Manóvil, María Celia Marsili, Osvaldo J. Marzorati, Carlos S. Odriozola, Ana Isabel Piaggi, Guillermo Enrique Ragazzi, Eduardo A. Roca, Carlos A. San Millán, Alicia J. Stratta y Angel Vergara del Carril. Posteriormente, en la sesión privada del 14 de octubre, el plenario aprobó la designación, como miembros del Instituto, de los doctores Horacio P. Fargosi, Pablo D. Heredia, Alicia M. Perugini e Inés Weinberg de Roca.

Instituto de Derecho Empresarial, Sección Derecho del Trabajo. Integrantes: académico doctor Antonio Vázquez Vialard y doctores Julio Caballero, Hugo Carcavallo, Juan Confalonieri (h), Susana Corradeti, Carlos A. Etala, Juan Carlos Fernández Humble, Ricardo Foglia, Lorenzo Gnecco, Adrián Goldin, Roberto Izquierdo, Osvaldo Maddaloni, Luis Ramírez Bosco, Noemí Rial, Alberto Rimoldi, Jorge Rodríguez Mancini, Julio César Simón y Mario E. Zuretti.

Instituto de Derecho Procesal. Director: académico doctor Lino E. Palacio. Académico Subdirector: Augusto Mario Morello. Integrantes: académicos doctores Eduardo Aguirre Obarrio, Juan Carlos Cassagne y Jorge R. Vanossi, y doctores Miguel Angel Almeyra, Roland Arazí, Roberto O. Berizonce, Silvina Catucci, Juan P. Colerio, Carlos J. Colombo, Eduardo De Lázari, Enrique M. Falcón, Osvaldo Gozañi, Víctor A. Guerrero Leconte, Juan Carlos Hitters, Mario E. Kaminker, Jorge Kielmanovich, Angela Ledesma, Oscar Martínez, Beatriz Martorello, Mario Masciotra, Carlos A. Nogueira, Eduardo A. Oteiza, Adolfo A. Rivas, Jorge A. Rojas,

Ofelia Rosenkranz, Gualberto L. Sosa, Alberto J. Tessone, Carlos A. Vallefin, y Alejandro Verdaguer.

Instituto de Derecho Internacional Público. En la sesión privada del 8 de julio el Presidente puso en conocimiento del plenario una nota del Director del Instituto de Derecho Internacional y de la Navegación, doctor José D. Ray, por la que manifestó su coincidencia en la conveniencia de crear el Instituto de Derecho Internacional y que el que estaba a su cargo se limite al Derecho de la Navegación (marítimo y aeronáutico). Luego de considerar esa propuesta, el plenario aprobó la creación del Instituto de Derecho Internacional Público, y la designación de los doctores Hugo Caminos y Roberto Guyer como Director y Subdirector, respectivamente.

En la sesión privada del 12 de agosto el Presidente informó que el Director del Instituto de Derecho Internacional Público, doctor Hugo Caminos, presentó una nómina para la designación de los integrantes de ese Instituto. El plenario manifestó su conformidad y quedaron designados para integrar el Instituto de Derecho Internacional Público, por un plazo que se extiende hasta el 27 de mayo de 2007: Frida Armas Pflirter, Jean Michel Arrighi, Julio Barboza, Horacio Basabe, Antonio Cançado Trindade, Alberto Daverede, Lilian del Castillo de Laborde, Eduardo Di Marco, Silvina González Napolitano, Hortensia Gutiérrez Posse, Marcelo G. Kohen, Gisela Makowsky, Ariel Mansi, Vicente Marotta Rangel, Osvaldo Mársico, Rafael Nieto Navia, Francisco Orrego Vicuña, Felipe Paolillo, Orlando Pulvirenti, Orlando R. Rebagliati, Gladys Sabia de Barberis, Edith L. Schelleberg, Pedro Villagra Delgado, Raúl Vinuesa, Drnas Zlata de Clément, Alberto Luis Zuppi. Actuarán como secretarios: Orlando Pulvirenti y Silvina González Napolitano.

Instituto de Derecho de la Navegación. En la sesión privada del 9 de setiembre la Presidencia informó que el doctor José D. Ray, en su carácter de Director, hizo llegar la nómina de los integrantes propuestos para conformar el Instituto de Derecho de la Navegación. El plenario aprobó la nómina presentada y el Instituto de Derecho de la Navegación quedó integrado de la siguiente forma: Jorge Arana Tagle, Graciela Arrola, Guillermo Bartoletti, Griselda Capaldo, Alberto Cappagli, Eduardo Cosentino, Osvaldo Costales, Diego Chami, Angela Donato, María de las Mercedes Esquivel, Oscar Fernández Brital, María Cecilia Gómez Masia, Martín Manzano, Agustín Rodríguez Jurado, Fernando Romero Carranza y Susana Talavera.

XI. LABOR DE LOS INSTITUTOS

Los comentarios que siguen a continuación resultan de los respectivos informes elevados a la Presidencia por los académicos directores de cada uno de los institutos.

Instituto de Derecho Administrativo.

Bajo la dirección del académico doctor Juan Carlos Cassagne, el Instituto de Derecho Administrativo llevó a cabo, durante el año, numerosas sesiones de trabajo en las cuales, entre todos sus integrantes, se examinaron diversas cuestiones vinculadas a esta rama del derecho público.

En la primera sesión del año del 27 de abril se trató el plan de trabajo del año y, a continuación, el doctor Cassagne abordó el tema: "*Filiación histórica de la justicia administrativa en la Argentina y tendencias actuales*".

En la segunda reunión, el 29 de junio, el doctor Pedro Aberastury expuso sobre: "*La caducidad de la acción y la tutela judicial efectiva*".

En la reunión del 3 de agosto el doctor Jorge Muratorio disertó sobre: "*El requisito de agotamiento de la vía administrativa. Análisis valorativo de la normativa y práctica administrativas*".

En el mismo mes se organizó otra reunión el día 31, y la doctora María Cullen expuso sobre el tema: "*Competencia nacional o provincial para dictar normas en materia de emergencia pública a la luz de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*".

En la del 12 de octubre hizo uso de la palabra el Secretario del Instituto, doctor Pablo E. Perrino, quien habló sobre: "*La responsabilidad del Estado por el riesgo o vicio de las cosas*".

En la última sesión del año, realizada el 14 de diciembre, el doctor Carlos Zubiaur abordó el tema: "*Avances tecnológicos y su aplicación en materia de notificaciones y contratos administrativos*".

Instituto de Derecho Civil.

Bajo la dirección del académico doctor Santos Cifuentes y la subdirección del académico doctor Julio César Rivera, el Instituto programó, en la

sesión del 28 de junio, la edición de una obra sobre el tema "Vicios de la voluntad en los actos jurídicos". El doctor Santos Cifuentes realizó una introducción titulada "Teoría General de los vicios de la voluntad". El doctor Alberto Bueres trató el tema "Vicio de error y el problema de la excusabilidad y la reconocibilidad"; el doctor José Julián Carneiro se encargó del tema "Nulidad de los actos jurídicos"; la doctora María Luisa Casas de Chamorro Vanasco y el doctor Manuel Osvaldo Cobas sobre "Lesión subjetiva"; el doctor Rubén H. Compagnucci de Caso sobre "Divergencia entre la voluntad real y su declaración"; el doctor José María Gastaldi abordó el tema "Vicios de la voluntad en el consentimiento contractual"; el doctor Marcelo J. López Mesa sobre "Violencia"; el doctor Eduardo Sambrizzi, sobre "Divergencias entre la voluntad real y su declaración en el acto jurídico matrimonial"; el doctor Rubén Stiglitz sobre "El dolo y el deber de información"; el doctor José A. Tobías sobre "El abuso de la posición dominante"; el señor académico doctor Félix A. Trigo Represas sobre "Intimidación"; la doctora Gabriela Vázquez acerca de "Error de derecho" y, finalmente, el doctor Eduardo A. Zannoni sobre "Anulabilidad por vicios de la voluntad. Los trabajos que fueron recibidos se enviaron a la editorial La Ley para su edición y allí han prometido que serán publicados este año.

Instituto de Derecho Constitucional.

Bajo la dirección del académico doctor Juan R. Aguirre Lanari, el Instituto desarrolló una importante labor académica durante las ocho reuniones llevadas a cabo en el año, contando todas ellas con un buen nivel de asistencia de sus miembros.

En la reunión del 23 de marzo concurrió como invitado especial el profesor Luca Mezzatti, quien disertó sobre "La Constitución Europea". Asimismo, en dicha ocasión se recibieron propuestas relacionadas con la actividad a desarrollar durante el presente año en que se cumplieron diez de la reforma constitucional de 1994.

En la reunión del 18 de mayo el doctor Alberto García Lema comenzó a exponer el tema "Algunas reflexiones a diez años de la reforma constitucional de 1994", generándose a continuación un valioso intercambio de opiniones entre los miembros asistentes. Atento a que el doctor García Lema tuvo un rol destacado tanto en los acuerdos previos a la sanción de la ley declarativa de necesidad de la reforma, como en el seno de la Convención Reformadora que integró, y que la temática y la exposición ya

referida despertaron interés, se decidió continuar la misma en reuniones posteriores, que se concretaron el 15 de junio, el 6 de julio y el 24 de agosto.

En la reunión del 14 de setiembre el doctor Gustavo Hornos desarrolló el tema "Los Tratados de Derechos Humanos jerarquizados y el proceso penal".

El 26 de octubre el doctor Ricardo Haro expuso el tema "El Consejo de la Magistratura y el Jurado de Enjuiciamiento".

El 16 de noviembre la doctora María Angélica Gelli analizó el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en "Arancibia Clavel, Enrique". Luego de cada una de las exposiciones se produjo un interesante intercambio de opiniones entre los miembros.

Cabe destacar que respecto del fallo de la CSJN antes mencionado, atento su trascendencia institucional, extensión y pluralidad de cuestiones que se resolvieron, así como los valiosos aportes efectuados por la doctora Gelli, y por los miembros asistentes, se decidió encomendar a los doctores Rodolfo A. Díaz y Gregorio Badeni la elaboración de un dictamen sobre el particular, habiéndose dado debido cumplimiento, de lo que se informó a la Mesa Directiva, al plenario de la Academia, y a los integrantes del Instituto. El aludido dictamen fue hecho suyo por el plenario de la Corporación en su reunión del 7 de diciembre y fue publicado en las revistas especializadas de La Ley y El Derecho, y en el portal en Internet de Jurisprudencia Argentina.

Con el propósito de ordenar la tarea del año 2005, en la reunión del 16 de noviembre se decidió fijar de manera anticipada el calendario de reuniones, existiendo coincidencia para que se realicen el cuarto martes de cada mes, a partir del mes de abril de 2005.

Instituto de Derecho Empresarial

Bajo la dirección sucesiva de los académicos doctores Jaime L. Anaya (hasta el mes de mayo) y Héctor Alegria (posteriormente), las actividades del Instituto se cumplieron con la celebración de sesiones mensuales, iniciándose con la realizada en marzo, oportunidad en la que se planificaron las actividades del Instituto durante el año. También se celebraron reuniones extraordinarias.

A fines del mes de marzo el Presidente de la Academia, doctor Alberto Rodríguez Galán, trasladó al Instituto la consulta que le formulara el Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos sobre el Anteproyecto de reformas a la ley 19.550 preparado por la comisión integrada por los doctores Jaime L. Anaya, Raúl Aníbal Etcheverry y Salvador D. Bergel.

A raíz de dicha convocatoria el Instituto desarrolló una intensa actividad durante los meses de abril y mayo, dado que el plazo fijado a la Academia para una respuesta a la consulta vencía el 31 de mayo.

Así fue como tras una sesión extraordinaria llevada a cabo el 1º de abril, para organizar el modo en que se abordaría la tarea encomendada, se resolvió formar comisiones que tendrían a su cargo la tarea específica de analizar distintas partes del Anteproyecto, a saber:

Comisión 1: integrada por los doctores Ana I. Piaggi, Alicia J. Stratta, Eduardo Roca, e Ignacio Escuti.

Temario: a) Metodología de la reforma, incluyendo en especial la ubicación sistemática de los delitos e infracciones societarias. b) Reformas al capítulo 1 de la ley 19.550.

El Instituto se reunió para considerar las conclusiones de dicha comisión el 15 de abril.

Comisión 2: integrada por los doctores Augusto Mallo Rivas y Guillermo Enrique Ragazzi.

Temario: Sociedades de responsabilidad limitada (arts. 146 a 162 de la ley 19.550).

Dicha comisión elaboró un informe que fue considerado el 29 de abril.

Comisión 3: integrada por los doctores Héctor Alegria, Angel D. Vergara del Carril y Carlos Odriozola.

Temario: Sociedad anónima (arts. 163 a 253 de la ley 19.550)

El 6 de mayo se analizaron las conclusiones de esta comisión.

Comisión 4: integrada por los doctores Miguel C. Araya, Edgar I. Jelonche, Rafael Manóvil, Mariano Gagliardo y Ana I. Piaggi

Temario: Sociedad anónima (arts. 254 a 383 bis de la ley 19.550)

El Instituto se reunió el 20 de mayo para considerar las conclusiones a las que arribó esta comisión.

Los miembros de la comisión 1 prepararon colaboraciones individuales sobre el temario bajo análisis.

Así, el doctor Eduardo Roca realizó un estudio sobre lo proyectado para reformar la sección XV del capítulo I circunscripto a los arts. 118 a 124 de la ley de sociedades (sobre sociedades constituidas en el extranjero).

Por su parte la doctora Alicia J. Stratta destacó que la técnica adoptada por el Anteproyecto es la de reformar disposiciones particulares de la ley vigente y no sustituirlas. En ese sentido apuntó que se proponen modificaciones a 137 artículos y se agrega un texto separado de delitos societarios. Sin embargo, aclaró que el número de los artículos reformados no indica, como principio, un cambio filosófico radical de la ley 19550, pero sí una actualización de contenidos que recoge interpretaciones doctrinarias y jurisprudenciales producidas durante su vigencia como la posibilidad de la administración por personas jurídicas, a la que incluye instituciones como la sociedad unipersonal, el arbitraje, las convenciones parasociales o la responsabilidad por apariencia, entre otras.

Destacó también un minucioso trabajo de concordancia de los artículos reformados entre sí y con los que mantienen el texto actual.

Respecto al tratamiento que da el Proyecto a las sociedades extranjeras, la expositora observó que en toda decisión de inversión influye el régimen societario. Argentina, como país de alto riesgo, debe adoptar legislativamente los recursos técnicos que atraigan capitales. Por tanto, sin sacrificar valores sustanciales, debe apelarse a los que tiendan a inducirla o facilitarla.

Agregó que ciertas previsiones del Proyecto no parecen objetivamente alentar esta finalidad, como las que exigen la inscripción de una sociedad extranjera prácticamente para cualquier actuación; las que establecen con

carácter general la inoponibilidad de la personalidad para el caso de omisión de inscripción, y las que sancionan penalmente las infracciones actuarán como disuasorias, aún cuando no produzcan daño.

Afirmó que la cuestión es de política legislativa tal como lo demuestra la Comunidad Europea (C.E.) En Europa, las sociedades pueden escoger el derecho nacional bajo el cual quieren constituirse bajo la única condición que se constituyan bajo las exigencias del ordenamiento escogido. Constituidas válidamente se benefician del régimen de libertades que garantiza el Tratado de la C.E. Ello presupone, en principio, *la obligación de reconocimiento de la sociedad tal en cualquier Estado comunitario*. Este sistema resguarda la libertad y la seguridad, y con ello facilita el tráfico. La ventaja de su adopción es evidente para la inversión.

La doctora Piaggi, presentó un informe sobre "Delitos Societarios", en el cual vierte su opinión sobre el tema, favorable a la regulación de los ilícitos en la ley de sociedades y razonó que puede resultar peligroso que el Anteproyecto aclarara que sus autores no tomaban partido sobre la conveniencia – o no – de introducir esa normativa en el Código Penal o en la Ley de Sociedades.

El doctor Escuti inició su dictamen ponderando el Anteproyecto, que contiene un alto vuelo técnico con reformas profundas que pretenden modernizar prudentemente la ley 19.550 y cuyos alcances permiten augurar una saludable aceptación de la comunidad jurídica y su posterior sanción legislativa, con lo que se actualizará debidamente nuestro derecho societario, incluso en las cuestiones penales y disciplinarias que son en su opinión las más relevantes del proyecto.

Expuso que el espíritu de la reforma trasunta un objetivo de hacer más justas las relaciones societarias con el objeto de proteger las inversiones y las minorías.

Atribuyó al afán de respetar la estructura de la ley 19.550 el reglamentarismo que encontró en el Anteproyecto.

Por último, reparó en la previsión del art. 117 que establece en el Anteproyecto que la apelación interpuesta contra las resoluciones dictadas conforme las previsiones de dicha Sección se concederán en efecto devolutivo. Sobre el particular destacó que hubiera sido preferible regular un recurso de reposición específico que permitiera al propio juez que hubie-

ra dispuesto las medidas cautelares la posibilidad del rápido levantamiento de las mismas.

A modo de conclusión estimó que Anteproyecto contempla una serie de soluciones prácticas que apuntan a modernizar nuestro derecho societario adaptando una ley que todavía puede brindar sus frutos.

La comisión 2, bajo la premisa de analizar las reformas propuestas a la Sociedad de Responsabilidad Limitada (SRL), realizó un informe único, suscripto por los doctores Mallo Rivas y Ragazzi.

Destacaron en primer lugar la significación de la reforma proyectada, pues señalaron que recoge de la mejor manera aspectos de las orientaciones de pensamiento que los tratadistas, los juristas y la jurisprudencia han aportado a nuestro derecho.

También aplaudieron la moderación y prudencia de sus soluciones.

Ceñidos al análisis de los cambios en la SRL destacaron como plausibles la conservación del esquema tradicional del tipo societario. Juzgaron correcta la titulación de los párrafos, aunque creyeron que merecería una reconsideración los presentados en los arts. 149, primer párrafo, 150, 151, 155, los cuales, en parte, debieran reubicarse en el encabezamiento de los párrafos pertinentes dentro del texto de cada artículo.

Sobre el contenido de las reformas hicieron notar que son de variado alcance. En algunos casos, se trata de simples ajustes de redacción y, en otros, la reforma comprende aspectos más revelantes de la figura, apreciándose en su conjunto una reformulación general del tipo más adecuada a la realidad negocial de nuestro tiempo y al nuevo rol que la SRL deberá cumplir como estructura idónea para las pequeñas y medianas empresas.

Se abordaron después las reformas proyectadas en los artículos 146 al 162 de la Ley de sociedades.

El doctor Odriozola destacó el tratamiento dado por el Anteproyecto respecto del régimen asambleario y los derechos de los accionistas con relación a las decisiones que en el referido ámbito sean adoptadas. Se pone en evidencia la intención de los proyectistas de dar respuesta a vacilaciones de la doctrina y de la jurisprudencia en la interpretación de la normativa legal vigente, como así también incorporar nuevas regulaciones, atendiendo en algunos casos a propuestas incluidas en el decreto 677/01.

En tal sentido, opinó que el objetivo perseguido ha sido adecuadamente logrado, confiriendo una mayor precisión y certeza a los derechos de los accionistas, a la seguridad y transparencia del acto asambleario y al ejercicio de las acciones de impugnación y resarcitorias.

Para la doctora Marsili esta solución será superadora de conflictos habituales que se suscitan en el seno de las asambleas en ocasiones en que los accionistas pretenden ser acompañados por abogados, contadores u otros profesionales o técnicos y les es vedada esta posibilidad.

El doctor Vergara del Carril comentó los capítulos que se refieren al capital y las acciones en la sociedad anónima. Con relación al capital, señaló importantes innovaciones que tienden a fortalecer su rol de garantía y la participación de los accionistas minoritarios en su suscripción. Destacó la subordinación de créditos otorgados a la sociedad por ciertos accionistas; la prohibición de apalancar la adquisición de paquetes accionarios de control con los activos o garantías prestadas por la propia sociedad; la fijación de prima de suscripción obligatoria en los aumentos de capital en los que la ley permite apartar el derecho de preferencia; la regulación de los aportes irrevocables, estableciendo las pautas de su constitución, ulterior capitalización y, en su caso, devolución o transformación en crédito subordinado y la elevación del capital mínimo.

Por el lado de las acciones, el doctor Vergara del Carril señaló como oportuna la reforma que tiende a facilitar el quórum y la adopción de decisiones en las asambleas por la vía de no computar aquellas acciones que por periodos trienales han dejado de participar totalmente en la sociedad, o que no han sido canjeadas o que han pertenecido a personas fallecidas o personas jurídicas liquidadas o canceladas, sin que ningún nuevo titular se hubiera presentado para su registración. Igual adhesión manifestó con la asignación de doble voto como estímulo inversor al accionista que hubiera conservado por 3 años la titularidad de acciones cotizadas en Bolsa, con el reconocimiento a los accionistas preferidos del derecho de preferencia en la suscripción de iguales acciones y con la regulación de la adquisición de propias acciones, siguiendo los lineamientos del decreto 677/01.

Con relación a la ampliación del derecho de receso en la renovación del quíntuplo estatutario, el doctor Odriozola entendió que se convertiría en teórico en el supuesto aumento de capital por cuanto las sucesivas renovaciones del quíntuplo lo impedirían y conjeturó que tal vez el justo tér-

mino medio sería admitir el receso en el caso de renovación del quíntuplo si se hubiere manifestado disconformidad con tal decisión.

La doctora Marsili señaló que había participado y emitido sus opiniones en las reuniones con los doctores Odriozola y Vergara del Carril y apuntó que diversas normas previstas en el Anteproyecto refuerzan las pautas éticas de conducta empresaria.

El doctor Jelonche expresó en dicha ocasión que compartía lo proyectado en cuanto al efecto de la abstención de voto en la asamblea y que el accionista institucional debería estar obligado a asistir y votar en defensa de los intereses que representa. Compartió lo referido al aumento de capital con prima de emisión y, con relación a los aportes irrevocables a cuenta de futuras emisiones, estimó que debería fijarse un plazo máximo para su capitalización y que quizá tres años resultaría demasiado. En ese punto señaló además que no estimaba correcto el orden de afectación previsto por la Resolución Técnica nro. 17 que rige la profesión contable.

El doctor Manóvil, a su turno, y con relación a aumento con prima de emisión, señaló que la prima no necesariamente debe estar ligada a la diferencia entre valor nominal y patrimonial de la acción. Bastaría con referirse a la prima razonable pues pueden existir otros elementos como la capacidad de ganancia, nuevos desarrollos, etc. Con relación al voto abstenido destacó que a las personas residentes o constituidas en el extranjero no se le puede obligar a concurrir y votar.

Finalmente el doctor Escuti realizó algunas reflexiones sobre el receso y la comunicación de asistencia a las asambleas.

En la sesión del Instituto del mes de junio se discutieron los comentarios de los integrantes de la comisión IV, doctores Mariano Gagliardo, Rafael Manóvil y Edgar I. Jelonche, a los arts. 255 y siguientes del Anteproyecto.

El doctor Manóvil, expuso su punto de vista sobre las reformas proyectadas para los arts. 255 y siguientes.

Con respecto al art. 255, opinó en primer término que tal vez pueda aprovecharse la ocasión de la reforma para resolver lo que puede ser la aparente incongruencia entre la inderogabilidad del voto acumulativo y la permisión de un directorio unipersonal o de dos personas.

Por otra parte, entendió que de la redacción dada al primer párrafo de esta norma, así como de otras que la complementan (v. gr. arts. 258, 262, 263, inc. 10, etc.), parece desprenderse la obligatoriedad de la designación de directores suplentes y, además, de que cada director titular tenga *su* propio suplente, considerando ambos aspectos como objetables porque en la práctica pueden imponer una excesiva burocratización y, además, quitar flexibilidad al funcionamiento de la sociedad. Sostuvo el doctor Manóvil que, a su juicio, no es bueno, práctico, ni necesario, establecer como regla que el director titular sea sustituido por un director suplente determinado. Esto es lógico respecto de directores elegidos por voto acumulativo o de directores elegidos por clases, o de casos especiales en que ciertos directores deban tener ciertas cualidades (v.gr., la condición de independiente). Pero en los demás casos, es la propia asamblea la que debe poder determinar un orden de prelación en la eventual incorporación de suplentes al cuerpo.

El doctor Jelonche se explayó sobre la génesis y desarrollo de los principios del "Corporate Governance", la eliminación del Comité de Auditoría propiciada por el Proyecto, y la regulación de los contratos de colaboración.

En julio, el Instituto trató la recientemente dictada Resolución 466 de la Comisión Nacional de Valores (CNV). Los expositores fueron los doctores Miguel Araya y Héctor Alegria.

El doctor Araya analizó el régimen de capitalización de deudas previsto en la citada Resolución. Hizo notar que también que la modificación que realiza la resolución al sistema de absorción de pérdidas no está fundada e hizo notar su preferencia por la postura del Anteproyecto sobre el particular.

El doctor Alegria empezó por recordar que la Resolución fue preparada sobre la base de ciertas realidades que han sido tenidas en cuenta por la CNV. Luego destacó que el tono general de la Resolución es restrictivo, dando a entender que se quiere limitar al máximo el recurso al instituto del aporte a cuenta de futuros aumentos de capital.

En particular, reflexionó que en la solución de la Resolución no se devengan intereses, aunque apuntó que si finalmente los aportes no se capitalizan, deberían reconocerse.

Apoyó la subordinación remarcando que va en línea con la tendencia mundial.

Se refirió, además, a la conocida "operación acordeón" (reducción de capital y posterior capitalización de aportes), y expresó que había traído aparejada casos de disolución de capital, con lo que la Resolución ha venido a dar una respuesta satisfactoria al problema al establecer que primero deben capitalizarse los aportes y luego reducir el capital.

A su modo de ver, la forma en que se reguló el régimen de absorción de pérdidas puede ser tildado de inconstitucional en algunas partes como aquella que dispone que primero se absorben todos los aportes irrevocables y después el capital, ya que el aporte en cuestión pudo ser hecho por un tercero o por accionistas en proporciones diferentes a su participación en el capital, y no sería equitativa la solución en tal caso.

Otro aspecto que puso de relieve fue una laguna que a su juicio deja la Resolución cuando no fija un plazo para aquellos aportes irrevocables que no han sido aceptados por la sociedad y ha mediado oposición de acreedores a la devolución, con lo que se transforman en créditos subordinados por tiempo indefinido.

La Resolución, cuando hace referencia a la situación de emergencia, pone en cabeza de la CNV el juzgamiento de cuándo se produce tal situación lo que lleva a considerar qué efectos produciría una resolución negativa sobre aportes y a efectivizados con anterioridad.

Después de las exposiciones hubo un rico intercambio de opiniones, en el que expusieron sus ideas los doctores Marzorati, Manóvil, Vergara del Carril, Otaegui, y Labanca, centrándose la discusión fundamentalmente en la conceptualización del aporte irrevocable y su ubicación en el balance social.

Finalmente el doctor Anaya hizo un comentario sobre las circunstancias por las que se introdujo una regulación sobre aportes irrevocables en el Anteproyecto.

En la primera parte de la sesión del mes de agosto, el doctor Carlos San Millán expuso sobre las Sociedades de Garantía Recíproca.

Abordó tres aspectos: en primer lugar describió el escenario de las pequeñas y medianas empresas en la República Argentina y la tendencia mundial, los problemas que se les plantean y los sistemas de garantía existentes.

Después hizo un repaso por la legislación comparada sobre Pequeñas y Medianas Empresas, e hizo mención a los casos de Italia, Francia, Alemania, España, para terminar analizando la legislación argentina.

La segunda parte de la reunión del mes de agosto se dedicó al tratamiento, por el doctor Guillermo E. Ragazzi, del Proyecto de Ley sobre Asociaciones Civiles que cuenta con media sanción del H. Senado de la Nación.

El doctor Ragazzi realizó un comentario general al proyecto y sus fundamentos. Señaló que el mismo no fue previamente consensuado en medios académicos, ni en el sector de las asociaciones civiles.

Comparó la regulación proyectada en esta ocasión, con la que se ideara para el Proyecto de Código Civil Unificado de 1998.

Aclaró que como el proyecto bajo análisis no deroga el Código Civil sino que lo complementa, en la práctica se producen desajustes en la convivencia de ambos ordenamientos, citando como ejemplo el art. 3.

La principal crítica que le mereció el proyecto analizado fue que consta de 108 artículos con muchos incisos, lo que evidencia el tono excesivamente reglamentarista y casuístico impreso a la regulación proyectada, que puede hacer de imposible cumplimiento para ciertas asociaciones que quizá no tengan la estructura ni puedan funcionar como lo establece el proyecto (por ejemplo: el requisito de la sindicatura obligatoria). Además puntualizó que el proyecto se ha apoyado mucho en la ley de sociedades comerciales, y eso le ha hecho perder una identidad y perfil propios (por ejemplo contiene normas sobre transformación, fusión, etc.).

En la sesión de setiembre, el doctor Labanca disertó sobre el tema "La revisión y la conformidad tácita con los saldos de cuenta corriente bancaria", con ocasión del fallo "Avan S.A. c/ Banco Tornquist", dictado por la Sala A de la Cámara Comercial en febrero de 2003, en una integración atípica del Tribunal, que hizo necesaria la concurrencia de 7 votos para dirimir el caso.

Al comentar el caso, el doctor Labanca advirtió que prescindía de analizar las consideraciones y decisiones del Tribunal referidos a la legalidad de los montos de las tasas de interés una vez superados ciertos niveles, circunscribiendo sus comentarios al discurso del fallo sobre los alcances y

el objeto de la acción por rectificación de partidas llevadas a cuenta corriente bancaria (artículos 790 y 793 del Código de Comercio) y el efecto sobre dicha acción de eventuales conformidades tácitas a los saldos de cuenta prestadas por los cuentacorrentistas.

El doctor Labanca puntualizó que el fallo "Aván" profundizaba en la dirección adoptada por la jurisprudencia de la Cámara de Comercio de Capital en el sentido de extender el objeto de la acción a cuestiones de legitimidad de las partidas (y no a meros errores aritméticos) y a no reconocer eficacia a aprobaciones tácitas cuando estaban en discusión las mencionadas cuestiones de legitimidad.

La exposición suscitó un amplio intercambio de ideas entre los concurrentes. Así, el doctor Giraldi recordó que la prescripción de las acciones de anulación por vicio de error es de 2 años. El doctor Gómez Leo, a su vez, hizo notar que en este caso se trató de un anticipo transitorio en cuenta corriente sin pacto y no un contrato de apertura de crédito; y resaltó que no se puede cobrar comisión por servicios no prestados. Para la doctora Stratta es menester el análisis puntual de cada caso, ejemplificando el caso del cliente que por mucho tiempo ha hecho uso del descubierto en cuenta corriente en forma reiterada. Allí entendió que habría un consentimiento tácito reiterado, pues ha estado pagando tales saldos durante un tiempo.

Por su parte, el doctor Otaegui entendió que debe distinguirse la situación de la cuenta corriente mercantil del caso de la cuenta corriente bancaria. Y en ese sentido, se cuestionó qué pasa con los débitos si en la actualidad es cuasi-imprescindible tener una cuenta corriente bancaria; no existiría nulidad por abuso de derecho, con un plazo de prescripción de 4 años del Código de Comercio. Para el doctor Alberti, el plazo sería de 2 años. El doctor Anaya dijo por su lado que la doctrina y la jurisprudencia han sido tradicionalmente contestes en que toda impugnación debe ser específica. En su opinión, además, en la cuenta corriente, existe una suerte de rendición de cuentas. Y manifestó su preocupación por la secuela del fallo comentado.

Finalmente el doctor Alegria invitó a considerar que en muchos casos, clientes de bancos que necesitan créditos no pueden acceder a ellos por no calificar dentro de los parámetros reglamentarios, de modo que el descubierto transitorio ha venido a ser en la práctica una solución para dichos casos. Después del dictado del fallo analizada esa práctica puede suscitar un replanteo entre las propias entidades bancarias.

En el mes de octubre de 2004, el Instituto organizó una sesión pública en la sede de la Academia, en la que el doctor Manóvil realizó una muy exhaustiva y erudita exposición sobre la Evolución del Derecho de los Grupos de Sociedades.

La actividad académica del Instituto se cerró en el mes de noviembre, con ocasión de un nuevo acto público. El expositor fue el doctor Osvaldo Marzorati, quien disertó sobre el tema "La Argentina y los arbitrajes internacionales ante el CIADI".

Sección Derecho del Trabajo del Instituto de Derecho Empresarial.

Bajo la dirección del académico doctor Antonio Vázquez Vialard, esta sección comenzó sus actividades en el mes de marzo.

Se realizaron reuniones mensuales en la sede de la Academia, y todas ellas fueron grabadas y luego desgrabadas y volcado su contenido en cuadernos que se distribuyeron entre los miembros de la sección. También se fotocopió y distribuyó documentación y antecedentes vinculados con cada uno de los temas tratados.

A principio de año, en la primera sesión, se estableció un temario para las sucesivas reuniones. En cada una de ellas, uno de los integrantes del grupo, designado con anterioridad, la inició con una exposición del tema previamente determinado y luego se efectuó un cambio de ideas y de información sobre el mismo.

Seguidamente se detallan las reuniones, fecha de las mismas, temario y expositor en cada una de ellas:

El 2 de marzo, "*La reforma de la Ley 25.250*", por el doctor Adrián Goldin.

El 4 de mayo, "*Limitación de la capacidad negocial de los Sindicatos de Primer Grado y Orden de prelación fijado por el art. 24 de la Ley 25.877*", por el doctor Jorge Rodríguez Mancini.

El 1° de junio, "*Régimen de la Ultra Actividad*", por el doctor Roberto Izquierdo.

El 6 de julio, "*Promoción del empleo (art. 6, Ley 25.877)*", por el doctor Juan Angel Confalonieri.

El 3 de agosto, "*Acciones que nacen del despido discriminatorio*", por el doctor Carlos Alberto Etala.

El 30 de setiembre se realizó una jornada conjunta con la Academia Nacional de Ciencias Económicas, sobre "La flexibilidad en el mercado de trabajo ¿ un conflicto entre equidad y eficiencia? Vigencia de los actuales institutos laborales en un modelo de relaciones laborales en el siglo XXI".

Acerca de esta reunión se informa en el punto XII de esta Memoria.

El 5 de octubre, "*Declaración socio / laboral del Mercosur*", por el doctor Hugo Mansuetti.

El 2 de noviembre, "*Comentario de los fallos de la Corte: Vizzoti, Aquino, Castillo*", por el doctor Antonio Vázquez Vialard

Instituto de Derecho Internacional Público.

En la reunión del 6 de diciembre de 2004 se dio por formalmente constituido el Instituto de Derecho Internacional Público.

La sesión fue presidida por el académico subdirector, doctor Roberto E. Guyer, con el acompañamiento de los secretarios doctores Orlando Pulvirenti y Silvina Napolitano, debido a la ausencia del académico director del Instituto, doctor Hugo Caminos, en virtud de impostergables compromisos asumidos en su carácter de Juez del Tribunal Internacional de Derecho del Mar.

En dicha reunión el doctor Raúl Vinuesa transmitió los lineamientos propuestos por el doctor Caminos para el funcionamiento futuro del Instituto, habiéndose sugerido establecer un procedimiento similar al existente en el Institute de Droit International.

Se dio entonces un animado debate, sin perjuicio de establecer mayores precisiones en el futuro sobre los objetivos del Instituto, que consisten esencialmente en la producción de investigaciones jurídicas de elevado nivel académico.

Se propuso adicionalmente que cada uno de los integrantes elaboren y sugieran propuestas concretas de investigación, a fin de ser consideradas en la próxima reunión del Instituto.

Finalmente, el académico doctor Roberto E. Guyer, en su carácter de presidente de la reunión, dio por formalmente constituido el Instituto de Derecho Internacional Público de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

Instituto de Derecho de la Navegación.

Con la dirección del académico doctor José Domingo Ray el Instituto realizó las siguientes actividades:

I.- En primer lugar, debe señalarse que se consideró conveniente la creación de un Instituto de Derecho Internacional Público y que los temas del Derecho Internacional Privado sean materia de estudio en otros Institutos, en tanto y cuanto se refieran a la ley aplicable y a la jurisdicción del tribunal que debe entender en el caso.

II.- Junto con los doctores Alberto Cappagli, Diego Chami y Martín Manzano, el Director del Instituto concurreó a la Conferencia del Comité Marítimo Internacional celebrada en Vancouver, Canadá, en las que se trataron, entre otros temas, la modificación de las Reglas de York - Amberes, el Proyecto de Convención sobre transporte de mercaderías y la contaminación con motivo del transporte de hidrocarburos. Estos temas serán tratados en la Conferencia que se realizará el año próximo, los días 8, 9 y 10 de junio, en Buenos Aires, para celebrar el Centenario de la Asociación Argentina de Derecho Marítimo.

III.- El Instituto publicó dos obras durante el año 2004: "*La Corte Penal Internacional y su competencia (genocidio, crímenes de lesa humanidad, de guerra y de agresión)*", y, del doctor Alberto Cappagli, "*Derecho Internacional Privado de la Navegación*".

IV.- En el curso de este año el Grupo de Trabajo formado por el doctor Eduardo Cosentino ha continuado con el estudio del Convenio de Montreal que se refiere al transporte aéreo de personas y cosas y el trabajo final podría publicarse el año próximo.

V.- Se ha distribuido este año el texto del Estatuto de la Corte Internacional de Roma y el proyecto de ley complementaria de la Convención que lo aprobó, así como las exposiciones que se hicieron en esa Academia, años atrás, sobre crímenes de lesa humanidad.

VI.- En la última reunión del Instituto se programó el trabajo para el año próximo y se consideró el tema de la responsabilidad en derecho, las causales de exoneración y de limitación en el derecho marítimo y aeronáutico, así como también la elaboración de un proyecto de modificación de los textos vigentes en la legislación argentina. A su vez, el doctor Osvaldo Costales, miembro del Instituto, informó que está recopilando antecedentes y realizando consultas con referencia a la responsabilidad por derrames de hidrocarburos provenientes de plataformas móviles costa afuera.

Instituto de Derecho Procesal.

Bajo la dirección del académico doctor Lino E. Palacio y la subdirección del académico doctor Augusto M. Morello, el Instituto llevó a cabo un ciclo de comunicaciones relativo al examen de los derechos de incidencia colectiva.

Las mencionadas comunicaciones, que contaron con la intervención activa de la mayoría de los integrantes del Instituto, fueron realizadas por los doctores Eduardo A. Oteiza, Alejandro Verdaguer, Alberto José Tessone, Jorge Kielmanovich y Miguel Angel Almeyra, quienes disertaron, respectivamente, sobre "Los derechos de incidencia colectiva en general", "La legitimación y la representación", "La litispendencia", "La cosa juzgada" y "Los delitos que afectan los derechos colectivos".

XII. REUNION CONJUNTA CON LA ACADEMIA NACIONAL DE CIENCIAS ECONÓMICAS

El día 30 de setiembre se realizó la Reunión Conjunta que tuvo como tema: "*La flexibilidad en el mercado de trabajo. ¿Un conflicto entre equidad y eficiencia? La vigencia de los actuales institutos laborales en un modelo de relaciones laborales para el siglo XXI*". La apertura del acto estuvo a cargo del señor Vicepresidente 1° de la Academia Nacional de Ciencias Económicas, doctor José María Dagnino Pastore. Acto seguido expusieron los siguientes disertantes:

Julio César Neffa, Director del Centro de Estudios e Investigaciones Laborales CEIL-PIETTE del Conicet.

Héctor García, miembro de la asesoría jurídica de la Confederación de Trabajadores Argentinos (CTA).

Juan Luis Bour, economista jefe de Fiel.

Juan Carlos Fernández Humble, miembro de la Comisión de Política Social de la Unión Industrial Argentina (UIA).

La síntesis de las presentaciones fue realizada por los académicos doctores Luisa Montuschi, por la Academia Nacional de Ciencias Económicas, y Antonio Vázquez Vialard, por esta Academia.

La clausura estuvo a cargo del presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, doctor Alberto Rodríguez Galán.

XIII. PREMIOS DE LA ACADEMIA

Premio Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

Para la adjudicación de este premio se designó un jurado integrado por los académicos titulares doctores Julio César Cueto Rúa, Víctor Tau Anzoátegui, Antonio Vázquez Vialard, Julio César Otaegui y Julio César Rivera. Con fecha 27 de octubre de 2003 el jurado mencionado expidió por unanimidad un dictamen, debidamente fundado, en el que concluye proponiendo que se adjudique el premio al libro del doctor Enrique M. Falcón titulado "*Tratado de la prueba. Civil. Comercial. Laboral. Penal. Administrativa*".

Además, el jurado propuso y el plenario académico así lo decidió, que se conceda Accésit para distinguir las obras del doctor José Osvaldo Casás, "*Derechos y garantías constitucionales del contribuyente*" y del doctor Osvaldo R. Gómez Leo, "*Tratado del pagaré cambiario*".

El 10 de junio se realizó el acto público en el cual se hizo entrega de las distinciones correspondientes, acerca de lo cual se informó en el punto IV, 1 de esta Memoria.

Premio Estímulo Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

Para el premio del rubro la Academia decidió en sesión privada elegir el tema titulado "Los medios electrónicos en el derecho" y designó para integrar el jurado a los académicos titulares doctores Jorge H. Alterini, Jaime

Luis Anaya, Hugo Caminos, Santos Cifuentes y Roberto E. Guyer. En la sesión privada del 9 de setiembre el jurado presentó su dictamen aconsejando declarar desierto el premio. El plenario aprobó ese dictamen en esa misma sesión privada.

XIV. BIBLIOTECA

Prosiguió sus tareas en la biblioteca la doctora María Luz Rezk. Durante el año se dieron de baja una gran cantidad de anteriores publicaciones de la Academia, que se enviaron a la Fundación Garrahan. Además, se enviaron publicaciones de la Academia a diversas casas de altos estudios y a entidades que así lo requirieron.

La doctora Rezk clasificó, ordenó e informatizó todos los libros recibidos.

Se han ordenado e informatizado las publicaciones recibidas de otras academias e instituciones argentinas y extranjeras, y las que corresponden a académicos fallecidos.

En la reunión del 14 de octubre, la Mesa Directiva resolvió firmar un nuevo acuerdo hasta el 30 de junio próximo, luego de analizar los términos del contrato celebrado el año último y las directivas impartidas respecto de las tareas a realizar en el transcurso del corriente año.

XV. PUBLICACIONES

Como en años anteriores, "La Ley Sociedad Anónima Editora e Impresora" continúa editando las publicaciones de la Academia, ya sean los anales, las separatas correspondientes a los trabajos de los académicos así como las obras que integran la colección de la Corporación.

Durante el corriente año se han publicado separatas de todas las conferencias y comunicaciones de los señores académicos mencionadas en el capítulo IV que antecede y, además, se han publicado las siguientes obras: "*La Corte Penal Internacional y su competencia (genocidio, crímenes de lesa humanidad, de guerra y de agresión)*" y, de Alberto Cappagli, "*Derecho Internacional Privado en el Derecho de la Navegación*", ambas del Instituto de Derecho Internacional y de la Navegación.

La Academia agradece a "La Ley S. A. Editora e Impresora" su valiosa colaboración en la difusión de la labor de la Corporación.

XVI. DISTINCIONES Y LABOR EXTRA ACADEMICA DE LOS SEÑORES ACADEMICOS

El doctor Héctor Alegria participó como miembro de honor del IX Congreso Argentino de Derecho Societario y V Congreso Iberoamericano de Derecho Societario, en Tucumán.

El doctor Jorge H. Alterini participó del Congreso de Derecho Registral que se celebró en Santo Domingo, República Dominicana. Además, el doctor Alterini asistió a las Jornadas sobre Responsabilidad Civil en la Universidad Nacional de Rosario, en donde presidió una Comisión.

También, el doctor Alterini fue designado para formar parte del Comité de Evaluación y Acreditación de la Fundación Argentina para la Evaluación y Acreditación Universitaria (FAPEYAU), agencia privada fundada por 18 universidades que compartirá la evaluación externa de las universidades con la agencia pública CONEAU, y actuó como Presidente Ejecutivo del Congreso Nacional de Derecho Registral que se realizó en Mendoza, en el mes de octubre.

El doctor Hugo Caminos participó de diversas sesiones del Tribunal Internacional de Derecho del Mar, en Hamburgo, y de la Conferencia de la Asociación Argentina de Derecho Internacional sobre la Antártida, en Ushuaia.

Además, el doctor Caminos dio un curso de Derecho del Mar en la Universidad Luiss Guido Carli, en la ciudad de Roma, y participó de un coloquio sobre "Nuevos tribunales Internacionales y nuevos procedimientos internacionales", en la misma institución.

El doctor Juan Carlos Cassagne dictó una conferencia en la Universidad de Salamanca y mantuvo contactos con la Universidad Complutense y de San Pablo Ceu, de Madrid. Además, el doctor Cassagne participó de diversas jornadas y seminarios en la Universidad Nacional de Cuyo, en Santiago de Chile y en Lima, y como expositor en las Primeras Jornadas de Derecho Administrativo, en Valdivia, Chile.

Asimismo, el doctor Cassagne participó como expositor en la Universidad Internacional Menéndez Pelayo de Alicante e integró un Tribunal de Tesis de la Universidad Miguel Hernández de Elche, también en España.

El doctor Horacio A. García Belsunce dictó una conferencia en el Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, en mayo de este año, sobre "La doctrina política y la doctrina jurídica de la Revolución de Mayo", y, en esa misma institución, inauguró el curso "Introducción a temas de derecho tributario y aduanero", ocasión en la que disertó sobre "Introducción al derecho tributario: La actividad financiera del Estado. Derecho financiero y derecho tributario".

Además, el doctor García Belsunce brindó una comunicación en la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, en setiembre del corriente año, sobre "Reflexiones jurídicas en torno a la doctrina de la Corte Suprema en el caso 'Arancibia Clavel'".

La doctora Aída R. Kemelmajer de Carlucci fue distinguida por la Universidad Nacional de Rosario con el título de Doctora Honoris Causa.

El doctor Julio César Otaegui participó como miembro de honor del IX Congreso Argentino de Derecho Societario y V Congreso Iberoamericano de Derecho Societario, en Tucumán.

El doctor José D. Ray asistió a la Conferencia de Vancouver y a la Asamblea anual del Comité Marítimo Internacional.

El doctor Félix A. Trigo Represas recibió la "Distinción a la trayectoria" de parte de la Asociación de Magistrados y Funcionarios del Departamento Judicial de La Matanza. Además, el doctor Trigo Represas fue declarado "distinguido visitante" de la ciudad de Resistencia, Chaco, con motivo del VI Congreso Regional de Noveles Abogados que se celebró en octubre.

El doctor Trigo Represas, también, publicó la obra "Tratado de la responsabilidad civil", en cuatro tomos, junto con el doctor Marcelo J. López Mesa.

El doctor Jorge R. Vanossi asistió a dos sesiones de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia, de la que es Académico Honorario, celebradas en Madrid los días 21 y 22 de junio.

Además, el doctor Vanossi asistió a la Conferencia de la Federación Interamericana de Abogados, que se celebró en Madrid.

XVII. SEDE DE AVENIDA ALVEAR 1711

En la reunión de la Mesa Directiva que se celebró el 4 de marzo* el Presidente se refirió a la administración del edificio que ocupa la Academia. Informó que en diciembre de 2003 se remitió el reglamento del consorcio de comodatarios a las distintas academias de la casa para que lo aprueben o hagan correcciones, que se hicieron las modificaciones sugeridas y que estaba listo para ser firmado por los presidentes de las respectivas academias. Agregó que se recibió un informe de la administración Lastra – Ithurralde acerca del estado de conservación de la casa.

Los asistentes a la reunión manifestaron su preocupación por los daños detectados y acordaron enviar una nota firmada por los presidentes de las academias a la Secretaría de Cultura, en su carácter de propietaria del inmueble, dando cuenta de esa situación.

En la reunión de Mesa Directiva del 31 de marzo, el Presidente se refirió al grave estado en que se encuentra el edificio de la "Casa de las Academias" y a la nota que se dirigió al señor Secretario de Cultura, Torcuato Di Tella, dando cuenta de los deterioros. La Mesa Directiva tomó conocimiento también de presupuestos recibidos, y acordaron solicitar otros, con garantías más amplias, para posibilitar la iniciación inmediata de los trabajos más urgentes y necesarios. Asimismo, se decidió que el Presidente invite a una reunión a los titulares de las academias con sede en esta casa, a fin de cambiar opiniones acerca de la urgencia apuntada y sobre el funcionamiento y mantenimiento del edificio.

El plenario tomó conocimiento de esa carta en la sesión privada del 22 de abril, y en esa misma reunión el Presidente informó que decidió convocar a los titulares de las academias involucradas y a la administradora para una reunión que se celebraría el 28 de abril, a fin de intercambiar ideas acerca del estado y la conservación del edificio.

En la reunión de Mesa Directiva del 7 de junio el Presidente informó que, en su calidad de referente del edificio designado por los Presidentes de las Academias que lo ocupan, aprobó la realización de diversas refacciones de carácter urgente y sometió a los demás presidentes la consideración del pago de la deuda por monotributo dentro de la moratoria decretada.

El plenario conoció esa decisión en la sesión privada del 24 de junio. En esa misma oportunidad el Presidente puntualizó que las refacciones urgentes se realizaron en el ascensor, por razones de seguridad, y en el techo del hall de entrada.

En la sesión privada del 23 de setiembre la Presidencia informó que el martes 21 se reunió con los presidentes de las academias que ocupan la sede de Avenida Alvear 1711. Agregó que a esa reunión asistieron los presidentes de la Academia Nacional de Agronomía y Veterinaria, doctor Carlos Scoppa, y de Ciencias Exactas, Físicas y Naturales, doctor Alejandro Arvia y el académico secretario de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, doctor Gerardo Ancarola, en representación del presidente de esa Corporación, doctor Jorge R. Vanossi, y la administradora del edificio Pilar Lastra. Añadió el Presidente que la reunión se convocó para analizar una nota enviada por el asesor de Gabinete de la Secretaría de Cultura, Horacio Galli, a las Academias, en la que manifestaba su deseo de mantener un encuentro para tratar el tema de las obras a ejecutar. Agregó el doctor Rodríguez Galán que en la nota de referencia se ponía de relieve que el inmueble fue declarado Monumento Histórico Nacional, por lo que deberían coordinarse las obras a ejecutar con la Comisión Nacional de Museos y Monumentos y Lugares Históricos, a fin de obtener su autorización. El doctor Rodríguez Galán expresó que, hasta el momento sólo se realizaron trabajos de mantenimiento que no admitían demora, como la restauración del techo del hall de entrada que se desplomó, providencialmente, en día feriado, el arreglo de ascensores, cuyo contrapeso estaba vencido, y la reparación de cañerías que ocasionaron graves deterioros en el segundo piso, siempre con el financiamiento de las propias academias. Añadió que los presidentes resolvieron invitar al señor Galli a una reunión a fin de aclararle que los trabajos llevados a cabo eran de suma urgencia y no admitían demora, ante el silencio de la Secretaría de Cultura, a la que se le había solicitado autorización con fecha 18 de marzo del corriente año. La nota del señor Galli se recibió cuando las reparaciones y arreglos antes referidos estaban terminados y pagados.

En la sesión privada del 28 de octubre el Presidente informó que convocó a una reunión de presidentes de academias nacionales de la Casa de las Academias con el señor Horacio Galli, para el 3 de noviembre, a fin de poner en conocimiento de la Secretaría de Cultura las obras realizadas.

En la sesión privada del 11 de noviembre, finalmente, el Presidente informó de la reunión referida en el párrafo anterior. Durante ese encuentro

el señor Galli, y dos arquitectos de la Secretaría de Cultura que lo acompañaron, tomaron conocimiento de todas las obras de mantenimiento que se realizaron, y manifestaron su buena voluntad para colaborar en la medida de sus posibilidades.

XVIII. COMODATO

En el mes de julio, mediante el intercambio de notas entre el señor académico Presidente, doctor Alberto Rodríguez Galán, y el titular de la Academia Nacional de Ingeniería, ingeniero Arturo J. Bignoli, se acordó renovar por dos años el contrato de comodato por el cual se cede el uso del departamento "A", unidad N° 4, del edificio de Avenida Quintana 585. El plenario aprobó esa renovación en la sesión privada del 22 de julio.

XIX. ESTADO DE SITUACION ECONOMICO-FINANCIERA

Como se expone en los estados contables el patrimonio neto se incrementó en un 8,73% por la diferencia de cotización de títulos públicos correspondientes al activo no corriente.

Como también se expone en los estados contables los ingresos y egresos se mantuvieron sensiblemente conforme a lo presupuestado, cubriéndose aproximadamente el 20% de los egresos con la venta de títulos.

El resultado del ejercicio arroja un superávit del \$ 103.287,30, como consecuencia de deducir de los resultados financieros y por tenencia de \$ 159.125,68, la diferencia negativa entre recursos y gastos de \$ 55.838,38.

Es importante destacar que la tenencia actual de bonos, en su mayoría en default, que posee la Academia, representa el 85% del activo total y el 87% del patrimonio neto y que el día 2 de febrero se formalizó la aceptación del canje ofrecido por el Estado para esos títulos. En consecuencia, se aceptó la opción "Descuento", moneda dólar, para los bonos de 1992, por un valor de US\$ 295.362,50 y para los bonos global 08, por un valor de US\$ 213.082.

Sin embargo, el efecto final que el canje provoque se verá reflejado sólo en el próximo ejercicio económico, ya que, a la fecha de conclusión de esta Memoria no resulta posible determinarlo con razonable exactitud.

XX. REFLEXIONES FINALES

La múltiple actividad llevada a cabo por la Academia, de la que da cuenta la Memoria que se presenta, en el marco del artículo 2° de su Estatuto, ha contado con la participación activa de todos los señores académicos que han reiterado, con la excelencia de sus trabajos, su voluntad de entrega a los altos intereses del país.

Por su parte, los miembros de los institutos han hecho lo propio, y su quehacer, en continuidad del realizado en años anteriores, ha vigorizado líneas de estudio e investigación, y en su caso, han participado en la labor del Cuerpo en diversos asuntos. En los que hacen a la afirmación y explicitación de la doctrina de la Academia frente a la sostenida en ciertos fallos que los hace cuestionables para ser tomados como antecedentes, porque prevalece el artículo 18 de la Constitución Nacional sobre la "Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad", ley 24.584 (conforme al dictamen del Instituto de Derecho Constitucional relativo al fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en "Aran-cibia Clavel"); y a la legislación (Instituto de Derecho Empresarial, en "Consulta del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos acerca del Anteproyecto de Reforma de la Ley de Sociedades Comerciales").

No ha sido menor la atención de la Academia en materia de seguridad jurídica.

La repetición de hechos de gravedad institucional, que importan violación flagrante de la Constitución Nacional, que alteran las más elementales reglas de convivencia, con daños en las personas y en las cosas ante la impasibilidad de las autoridades federales y provinciales, motivó que la Academia en una decisión – calificada por la prensa como inusual – pero originada y fundada en el repudio de esos hechos, peticionara al P.E.N. que evite la reiteración de aquellos delitos (ataque a la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires, petición al Poder Ejecutivo Nacional).

Desafortunadamente, al finalizar el año anterior el país asistió, conmovido, a la inmolación de 193 vidas jóvenes, sin que las autoridades asumieran en plenitud, con idoneidad y eficacia, las responsabilidades que les son propias, ahondando, aún más, sus trágicas consecuencias.

Por otra parte, ha sido materia de análisis por la Corporación la validez constitucional de la resolución número 76 del Consejo de la Magistratura

de la Nación, respecto del régimen de Subrogación de los Tribunales Inferiores de la Nación, aceptada por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, por su Acordada número 1027/2004. El plenario resolvió encomendar al señor académico Juan R. Aguirre Lanari un proyecto de dictamen sobre el particular, en el que se expidió por la inconstitucionalidad del citado Reglamento, criterio aprobado por la Academia en la misma línea de la Declaración del 31 de agosto de 1995, sobre el Consejo de la Magistratura, oportunidad en la que se sostuvo que "La inserción de este órgano en nuestro sistema institucional debe afirmar y no desvirtuar el régimen de la separación de los poderes y la forma republicana de gobierno".

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, ante los hechos consumados, en la Acordada del 24 de febrero del corriente año, dispuso: "Mantener la validez de las actuaciones cumplidas o a cumplir por los subrogantes designados con arreglo al reglamento aprobado en los términos del artículo 7º, inc. 15), de la ley 24.937, texto según ley 25.876, por la resolución número 76/2004 del Consejo de la Magistratura del Poder Judicial de la Nación, hasta tanto se agoten, en cada caso, las vías recursivas ordinarias y extraordinarias procedentes, y se decida en definitiva".

Otro de los temas que originó el pronunciamiento de la Corporación en el año 2004 fue su adhesión, según sus términos, a la "Declaración de Academias Nacionales sobre el Acuerdo de Cooperación Argentina – Australia en los Usos Pacíficos de la Energía Nuclear". El debate que generó esta adhesión y la profundización del análisis del documento surgen del capítulo IX de esta Memoria, por lo que sólo cabe agregar que, con la aprobación de la H. Cámara de Diputados de la Nación – que tenía en revisión el proyecto aprobado por el H. Senado de la Nación dos años antes –, el Congreso de la Nación, en la última sesión ordinaria del año, del 16 de diciembre, sancionó la ley 26.014, que aprobó el referido acuerdo. La Declaración de las Academias Nacionales antes referida fue significativa, porque apoyó la sanción de una ley relativa a una situación devenida en razón de Estado.

Otro aspecto que debe destacarse en el quehacer de la Academia en el ejercicio anterior, es el pedido de la Secretaría de Ciencia, Tecnología e Innovación Productiva, de comentarios y sugerencias sobre el "Plan Estratégico Nacional de Mediano Plazo de Ciencia, Tecnología e Innovación, Informe de Avance". El plenario encomendó al señor académico Julio H. G. Olivera el estudio del citado Plan y los comentarios que el mismo le susci-

tara. El doctor Olivera presentó el texto que contiene el apartado correspondiente, el que fue hecho suyo por la Corporación con votación unánime de sus miembros. Se resolvió asimismo, a propuesta del señor académico Augusto M. Morello, expresarle a la Secretaría antes nombrada, el reconocimiento por el esfuerzo realizado en su instrumentación.

Consideramos pertinente destacar en estas Reflexiones los temas que han motivado mayor preocupación en el seno de la Academia porque atañen a la vulnerabilidad de derechos fundamentales y hacen a la vigencia normativa y a su real aplicación, y porque preservan la doctrina de la Academia frente a la de ciertos fallos judiciales, o a resoluciones de órganos llamados a seleccionar magistrados y a administrar el Poder Judicial. Se han señalado asimismo la adhesión de la Corporación a la Declaración de las Academias Nacionales sobre el nombrado Acuerdo con Australia, y los comentarios al Plan de Estrategia Nacional requeridos por la Secretaría de Ciencia y Tecnología; en ambos casos, la intervención de la Academia propendió al progreso del país en campos que importan verdaderos desafíos para que ese progreso se concrete.

A no dudarlo, todo ello no se hubiera logrado sin la sindéresis de los señores académicos en su obrar, lo que obliga al reconocimiento de la Mesa Directiva.

Lo propio debe manifestarse de los integrantes de la Secretaría Técnica y Administrativa por su dedicación e idoneidad.

En un año como el anterior, de prueba para el país en lo jurídico, en lo político y en lo económico, la Academia, con la labor que trasunta esta Memoria, ha dado cuenta no sólo del estricto cumplimiento de su Estatuto, sino de su inquebrantable voluntad de servicio con el país, voluntad que es propia también de cada uno de sus miembros.

Buenos Aires, 28 de febrero de 2005

Jorge H. Alterini
Académico Secretario

Alberto Rodríguez Galán
Académico Presidente

BALANCE DEL EJERCICIO 2004

Estados Contables

correspondientes al ejercicio económico
iniciado el 1º de enero de 2004
y finalizado el 31 de diciembre de 2004

Indice

Balance General
Estado de Recursos y gastos
Estado de Evolución del Patrimonio Neto
Notas
Anexos
Informe del Auditor

Domicilio legal: Avda. Alvear Nº 1711- Piso 1º - Ciudad de Buenos Aires

Objeto: La Investigación en el campo del Derecho y las Ciencias Sociales, el fomento y la difusión de tales estudios y el perfeccionamiento del Régimen Legal del país.

Estados contables

Por el ejercicio económico iniciado el 1º de enero de 2004
y finalizado el 31 de diciembre de 2004

FECHA DE AUTORIZACION DEL PODER EJECUTIVO: 25 de Octubre de 1940

Nº DE INSCRIPCION EN LA INSPECCION GENERAL DE JUSTICIA: X - 2045

Balance General
al 31 de diciembre de 2004 (Notas 1 a 2)

ACTIVO	\$
ACTIVO CORRIENTE	
Caja y bancos (Nota 3)	15.069,45
Otros créditos (Nota 4)	5.907,25
Total del Activo Corriente	20.976,70
ACTIVO NO CORRIENTE	
Inversiones (Nota 5)	869.394,23
Bienes de uso (Anexo I)	130.109,94
Total del Activo No Corriente	999.504,17
Total del Activo	1.020.480,87
PASIVO Y PATRIMONIO NETO	
	\$
PASIVO	
PASIVO CORRIENTE	
Remuneraciones y Cargas Sociales (Nota 6)	8.137,64
Cargas Fiscales (Nota 7)	397,23
Otras Deudas (Nota 8)	7.195,06
Total del Pasivo Corriente	15.729,93
PASIVO NO CORRIENTE	
No posee	
Total del Pasivo	15.729,93
PATRIMONIO NETO	
(Según estado correspondiente)	1.004.750,94
Total del Pasivo y Patrimonio Neto	1.020.480,87

Las notas y anexos que se acompañan son parte integrante de los estados contables.

Estado de Recursos y Gastos
Correspondiente al ejercicio económico
iniciado el 1º de enero de 2004
y finalizado el 31 de diciembre de 2004 (Notas 1 a 2)

RESULTADOS ORDINARIOS

	\$
<u>RECURSOS</u>	
Para fines generales (Anexo II)	133.475,00
<u>GASTOS</u>	
Generales de administración (Anexo III)	(169.395,81)
Amortización de Bs. De Uso (Anexo I)	(19.917,57)
SUBTOTAL	(55.838,38)
Resultados Financieros y por Tenencia (Nota 9)	159.125,68
Resultado del ejercicio - SUPERAVIT	103.287,30

Las notas y anexos que se acompañan son parte integrante de los estados contables.

Estado de Evolución del Patrimonio Neto
 Correspondiente al ejercicio económico
 iniciado el 1º de enero de 2004
 y finalizado el 31 de diciembre de 2004 (Notas 1 a 2)

Concepto	Capital social (Nota 10)	Ajuste del Capital	Resultados no asignados	Total
		\$		
Saldos al inicio	599.638,56	276.675,35	25.149,73	901.463,64
Capitalización del Resultado Anterior	25.149,73		(25.149,73)	
Resultado del ejercicio Superávit			103.287,30	103.287,30
Saldos al cierre	624.788,29	276.675,35	103.287,30	1.004.750,94

Las notas y anexos que se acompañan son parte integrante de los estados contables.

Notas a los Estados Contables
Correspondientes al ejercicio económico
iniciado el 1º de enero de 2004 y
finalizado el 31 de diciembre de 2004

NOTA 1 – CONTEXTO ECONOMICO ARGENTINO

La República Argentina se encuentra en un proceso de recuperación de algunos indicadores económicos, disminución significativa de la tasa de interés y de estabilización del mercado de cambios.

Con respecto al tipo de cambio del dólar con el peso argentino, se ha mantenido estable en relación con el cierre del ejercicio anterior.

En la actualidad se está atravesando por un proceso de canje de los títulos de deuda en default por nuevos títulos. Existen distintas alternativas por las que se puede optar (BONOS PAR, DISCOUNT y CUASIPAR).

La Mesa Directiva de la Entidad ha tomado la decisión de adherirse al canje de deuda, tema sobre el que se informa en la Nota 5.

NOTA 2 – NORMAS CONTABLES

A continuación se detallan las normas contables más relevantes utilizadas por la Entidad para la preparación de los presentes Estados Contables, las que han sido aplicadas uniformemente respecto del ejercicio anterior, excepto por lo indicado en el punto 2.1.

2.1. Emisión de nuevas Resoluciones Técnicas

El Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires aprobó las Resoluciones Técnicas N° 16 "Marco conceptual de las normas contables profesionales", N° 17: "Normas contables profesionales: desarrollo de cuestiones de aplicación general", N° 18: "Normas contables profesionales: desarrollo de algunas cuestiones de aplicación particular", N° 19 "Modificaciones a las Resoluciones Técnicas N° 4, 5, 6, 8, 9, 11 y 14", y N° 20 "Instrumentos derivados y operaciones de cobertura" a través de sus Resoluciones C 238/01, C 243/01, C 261/01, C 262/01 y C 187 respectivamente. Las mencionadas Resoluciones Técnicas y las modificaciones incorporadas, entraron en vigencia para los ejercicios iniciados a partir del 1 de julio de 2002, excepto por la Resolución Técnica N° 20 que entró en vigencia para los ejercicios iniciados el 1 de enero de 2003.

2.2. Preparación y presentación de los Estados Contables

Los presentes Estados Contables, están expresados en pesos argentinos, y fueron confeccionados conforme a las normas contables de exposición y valuación contenidas en las Resoluciones Técnicas emitidas por la Federación Argentina de Consejos Profesionales de Ciencias Económicas, aprobadas con ciertas modificaciones, por el Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

2.3. Estimaciones Contables

La preparación de estados contables a una fecha determinada requiere que la Mesa Directiva de la Entidad realice estimaciones y evaluaciones que afectan el monto de los activos y pasivos registrados y los activos y pasivos contingentes revelados a dicha fecha, como así también los ingresos y egresos registrados en el ejercicio. La Mesa Directiva de la Entidad realiza estimaciones para poder calcular a un momento dado, por ejemplo, las depreciaciones. Los resultados reales futuros pueden diferir de las estimaciones y evaluaciones realizadas a la fecha de preparación de los presentes estados contables.

2.4. Reexpresión a moneda constante

Los estados contables reconocen los efectos de las variaciones en el poder adquisitivo de la moneda hasta el 28 de febrero de 2003, siguiendo el método de reexpresión establecido por la Resolución Técnica N° 6 de la Federación Argentina de Consejos Profesionales de Ciencias Económicas (FACPCE). De acuerdo con el Decreto 664/2003 del Poder Ejecutivo Nacional, la Entidad discontinuó la aplicación de dicho método y, por lo tanto, no reconoció contablemente los efectos de las variaciones en el poder adquisitivo de la moneda originados a partir del 1° de marzo de 2003.

2.5. Criterios de valuación

a. Caja y bancos

El efectivo disponible se ha computado a su valor nominal.

b. Créditos y cuentas a pagar

Los créditos, otros créditos y pasivos en pesos argentinos se exponen a valores representativos de sus valores actuales al cierre del ejercicio.

Los créditos en moneda extranjera han sido valuados al tipo de cambio vigente al cierre del ejercicio.

c. Bienes de uso

Los bienes de uso han sido valuados a su costo de adquisición reexpresado siguiendo los lineamientos indicados en el punto 2.4., neto de sus depreciaciones acumuladas. Las depreciaciones han sido calculadas por el método de la línea recta en base a la vida útil estimada de los bienes, aplicando tasas anuales suficientes para extinguir sus valores al final de su vida útil. El valor residual de los bienes de uso, en su conjunto, no supera a valor recuperable. El valor de estos activos no supera su valor de utilización económica al cierre del ejercicio.

d. Cuentas del patrimonio neto

Los movimientos de las cuentas del patrimonio neto han sido reexpresados siguiendo los lineamientos detallados en la nota 2.4.

La cuenta "Capital social" ha sido expresada a su valor nominal histórico. La diferencia entre el valor expresado en moneda homogénea y el nominal histórico ha sido expuesta en la cuenta "Ajuste del capital", integrante del patrimonio neto.

NOTA 3 - CAJAY BANCOS

Al 31 de diciembre de 2004, la composición del rubro es la siguiente:

	\$
Caja	701,32
Banco de la Nación Argentina Cta. cte.	14.368,13
	15.069,45

NOTA 4 - OTROS CREDITOS

Al 31 de diciembre de 2004, la composición del rubro es la siguiente:

	\$
Cupón renta BONEX 92 (devengado en el año 2002) a cobrar	5.907,25

NOTA 5 - INVERSIONES

Con respecto a los Bonos que hubiere correspondido agrupar como corrientes, en default, se ha tomado la decisión de exponerlos como No corrientes, dado su no disponibilidad.

Al 31 de diciembre de 2004, la composición del rubro es la siguiente:

	\$
295.362,50 BONEX 92 a \$ 0,86 (1)	254.011,75
213.082 Bonos Global 2008 a \$ 0,9875 (1)	210.418,48
160.700 BODEN 2012 a \$ 2,52	404.964,00
	869.394,23

(1) Corresponde a aquellos títulos en los que La Bolsa ha tomado conocimiento de que el emisor, no puso o no pondrá a disposición los fondos necesarios para atender el pago de los servicios comprometidos. Los Bonos Global 2008 incluyen en su cotización los cupones pendientes de cobro.

La Mesa Directiva de la Entidad ha tomado la decisión de adherirse al canje de la deuda cuya primera etapa culmina el 25/02/2005.

A la fecha de preparación de estos estados contables no resulta posible determinar con razonable exactitud cual será el efecto del canje sobre la valuación de la cartera en poder de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Bs.As.

NOTA 6- REMUNERACIONES Y CARGAS SOCIALES

Al 31 de diciembre de 2004, la composición del rubro es la siguiente:

	\$
Cargas Sociales a pagar	5.157,67
Sindicato a pagar	301,97
Sueldos a pagar	2.678,00
	8.137,64

NOTA 7 - CARGAS FISCALES

Al 31 de diciembre de 2004, la composición del rubro es la siguiente:

	\$
Retención de Ganancias a depositar	397,23

NOTA 8 - OTRAS DEUDAS

Al 31 de diciembre de 2004, la composición del rubro es la siguiente:

	\$
Provisión para vacaciones, S.A.C., y cargas sociales	7.195,06

NOTA 9 – RESULTADOS FINANCIEROS Y PORTENENCIA

Al 31 de diciembre de 2004, la composición del rubro es la siguiente:

	\$	\$
<u>Resultados por Tenencia de Títulos</u>		
Diferencia de cotización de bonos al 31/12/04	160.052,96	
Diferencia de cotización títulos a la fecha de venta	2.248,38	
Valorización cupones no cobrados del BONEX 92	(8.860,88)	153.440,47
<u>Diferencia de Cambio</u>		
por cotización de Moneda extranjera al momento de su venta		27,47
<u>Generados por Activos</u>		
Renta BODEN 2012		5.657,74
Resultado Financiero y por Tenencia		159.125,68

NOTA 10 - COMPOSICION DEL CAPITAL

En este Ejercicio se ha adoptado el siguiente criterio:

La Cuenta Capital Social esta compuesta por el Capital social según el Balance al 31 de diciembre de 2003 de \$ 599.638,56 aumentado por el superávit del ejercicio anterior, que ha sido incorporado al Capital por la suma de \$ 25.149,73.

En consecuencia, la cuenta Resultados no Asignados refleja el resultado del presente Ejercicio.

NOTA 11

De acuerdo a lo dispuesto por la Resolución N° 6/94 art.2° de la Inspección General de Justicia, se ha obviado la presentación del Estado de Origen y Aplicación de Fondos y la información contable comparativa.

NOTA 12

Los ingresos recibidos de la Tesorería General de la Nación en concepto de contribuciones, se han contabilizado por el sistema de lo percibido durante el Ejercicio.

NOTA 13

De acuerdo a lo establecido por Resolución N° 13/90 de la Inspección General de Justicia, se detallan en Anexo complementario, las contribuciones recibidas del Ministerio de Educación de la Nación.

NOTA 14

Las indemnizaciones por despidos se cargan a resultados en el momento de su conocimiento.

ANEXO I

Bienes de Uso

DETALLE	VALOR AL INICIO		AUMENTOS/BAJAS		VALOR AL CIERRE		AMORTIZACION		BAJAS		ACUM. AL CIERRE		NETO AL RESULT.	
	\$		COMPRAS	BAJAS	\$		ACUM. AL COMIENZ.	DEL EJERCICIO.	\$		\$		\$	
Inmuebles	92.442,57				92.442,57		27.981,64	2.046,37			30.028,01		62.414,56	
Muebles y Utiles	241.121,48		5.597,08		246.718,56		175.930,52	14.424,89			190.355,41		56.363,15	
Biblioteca	70.357,01				70.357,01		55.578,47	3.446,31			59.024,78		11.332,23	
TOTALES	403.921,06				409.518,14		259.490,63	19.917,57			279.408,20		130.109,94	

ANEXO II

Recursos para fines generales

<u>DETALLE</u>	\$
Contribuciones	132.633,00
Venta de publicaciones	842,00
TOTAL	<u>133.475,00</u>

ANEXO III

Gastos Generales de Administración

<u>DETALLE</u>	\$
Sueldos del personal	100.798,15
Cargas Sociales	20.690,06
Mantenimiento y refacciones	3.136,16
Diversos Administración	44.771,44
TOTAL	<u>169.395,81</u>

ANEXO IV

Títulos públicos

Denominación y característica de los valores	Emisor	Valor Nominal	Cantidad V.Residual	Valor de Cotización \$	Valor d libros \$
	INVERSIONES NO CORRIENTES				
BX92	BONEX 92	2.362.900	295.363	0,86	254.01
GD08	BONEX GLOBAL 2008	213.082	213.082	0,9875	210.41
RG12	BODEN 2012	160.700	160.700	2,52	404.96
	TOTAL DE TITULOS				869.39
	TOTAL DE INVERSIONES				869.39

**ANEXO RESOLUCION N° 13/90
DE LA INSPECCION GENERAL DE JUSTICIA**

Art. 1º) inc.a): CONTRIBUCIONES ESTATALES RECIBIDAS DEL MINISTERIO DE EDUCACION DE LA NACION

<u>MES Y AÑO</u>	<u>\$</u>
01/2004	9.949,00
02/2004	9.949,00
03/2004	9.949,00
04/2004	9.949,00
05/2004	9.949,00
06/2004	9.949,00
07/2004	11.629,00
08/2004	9.949,00
09/2004	9.949,00
10/2004	15.880,00
11/2004	11.926,00
12/2004	13.606,00
TOTAL CONTRIBUCIONES ESTATALES RECIBIDAS	<u>132.633,00</u>
(a valores históricos)	

Art. 1º) inc. b): "CONTRATOS ESTATALES"

Tipo de contrato: Comodato

Fecha del contrato: 5 de junio de 1990, aprobado por Resolución N° 1501 del Ministerio de Educación de la Nación con fecha 15 de agosto de 1990.

Duración: Veinte años a contar desde la firma del contrato.

Objeto: Uso gratuito del inmueble ubicado en el 1º Piso del edificio sito en Avenida Alvear 1711 de la Ciudad de Buenos Aires.

Partes contratantes:

a) Comodante: Ministerio de Educación de la Nación.

b) Comodatario: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires

EDUARDO AGUIRRE
OBARRIO
ACADEMICO TESORERO

ANGELES MARIA
NAVEYRA
CONTADOR PUBLICO U.C.A.
C.P.C.E.C.A.B.A.T°2091°031

ALBERTO RODRIGUEZ
GALAN
ACADEMICO PRESIDENTE

INFORME DE AUDITOR SOBRE ESTADOS CONTABLES

Señores

Academia Nacional de Derecho y
Ciencias Sociales de Buenos Aires
Avda. Alvear 1711 - Piso 1º
(1014) - Ciudad Autónoma de Bs.As.

En mi carácter de Contador Público independiente, informo sobre la auditoría de los estados contables de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires detallados en el apartado 1. siguiente.

1.-ESTADOS CONTABLES OBJETO DE AUDITORIA

- 1.1. Estado de Situación Patrimonial al 31 de diciembre de 2004.
- 1.2. Estado de Recursos y Gastos por el ejercicio finalizado el 31 de diciembre de 2004.
- 1.3. Estado de Evolución del Patrimonio Neto por el ejercicio finalizado el 31 de diciembre de 2004.
- 1.4. Anexo N° 13/90 de la Inspección General de Justicia.
- 1.5. Anexos 1 a 4 y Notas 1 a 14 que forman parte de los estados contables mencionados.

2.-ALCANCE DE LA AUDITORIA

Mi examen fue realizado de acuerdo con las normas de auditoría vigentes, aprobadas por el Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Estas normas requieren que el auditor planifique y desarrolle la auditoría para formarse una opinión acerca de la razonabilidad de la información de carácter significativo que contengan los Estados contables preparados de acuerdo con las normas contables vigentes y consideradas en su conjunto. Una auditoría incluye el examen, sobre bases selectivas, de los elementos de juicio que respaldan la información expuesta en los estados contables, y la evaluación de las normas contables utilizadas en su preparación y, como parte de ello, de la razonabilidad de las estimaciones de significación hechas por la Mesa Directiva, y no tiene por objeto, ni necesariamente permite, detectar delitos o irregularidades intencionales.

3.-DICTAMEN

En mi opinión, los estados contables mencionados en el apartado 1. presentan razonablemente, la situación patrimonial de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires al 31 de diciembre de 2004, los resultados de sus operaciones y las variaciones en el patrimonio neto por el ejercicio finalizado en esa fecha, de acuerdo con las Normas Contables Profesionales vigentes aplicadas.

4.-INFORMACION ESPECIAL REQUERIDA POR DISPOSICIONES VIGENTES

A efectos de dar cumplimiento a las disposiciones vigentes, informo que:

- 4.1. Los estados contables que se mencionan en 1., surgen de registros contables llevados en sus aspectos formales de conformidad con las normas legales vigentes.
- 4.2. Los estados contables adjuntos han sido preparados dando cumplimiento a la Resolución General N° 4/2003 de la Inspección General de Justicia.
- 4.3. Al 31 de Diciembre de 2004, la deuda devengada a favor de la Administración Nacional de la Seguridad Social en concepto de aportes y contribuciones asciende a \$4.022,14 no siendo exigible a dicha fecha.

Buenos Aires, 25 de febrero de 2005

ANGELES MARIA NAVEYRA
CONTADOR PUBLICO U.C.A.
C.P.C.E.C.A.B.A.T°209 F°031

VII

SITIALES ACADÉMICOS

*Fecha de
designación*

ROQUE SAENZ PEÑA - SITIAL N° 1

Carlos Saavedra Lamas	25-07-25
Mauricio Yadarola	20-08-59
Aquiles A. Guaglianone	27-12-61
Roberto Martínez Ruiz	19-10-78
Héctor Alegria	9-10-03

NICOLAS AVELLANEDA - SITIAL N° 2

Enrique Ruiz Guinazú	23-10-25
Margarita Argúas	09-10-68
Félix Trigo Represas	18-06-87

ANTONIO BERMEJO - SITIAL N° 3

Clodomiro Zavalía	09-09-26
Isidoro Ruiz Moreno (h)	05-07-60
Juan Carlos Cassagne	23-10-86

ROBERTO REPETTO - SITIAL N° 4

Benito Nazar Anchorena	09-09-26
Sebastián Soler	09-12-71
Julio C. Cueto Rúa	15-09-81

JUANA BIBILONI - SITIAL N° 5

Juan P. Ramos	12-11-26
Ernesto J. Ure	05-07-60
Guillermo Garbarini Islas	12-09-74
Mario Justo López	30-10-80
Antonio Vázquez Vialard	13-09-90

JOSÉ A. TERRY - SITIAL N° 6

Juan J. Díaz Arana	12-11-26
Juan Francisco Linares	24-11-66
Jorge Reinaldo Vanossi	11-08-94

BARTOLOMÉ MITRE - SITIAL N° 7

Mariano De Vedia y Mitre	09-11-27
Salvador Fornieles	24-07-58
Ambrosio Romero Carranza	18-10-67
Santos Cifuentes	14-09-00

JUAN BAUTISTA ALBERDI - SITIAL N° 8

Juan A. González Calderón	25-07-28
Julio H. Olivera	06-05-64

SALVADOR MARÍA DEL CARRIL - SITIAL N° 9

Matías G. Sánchez Sorondo	16-07-30
Eduardo Bidaú	20-05-59
Juan R. Aguirre Lanari	19-10-78

DOMINGO FAUSTINO SARMIENTO - SITIAL N° 10

Jorge Eduardo Coll	18-06-34
Héctor Lanfranco	09-10-68
Lino E. Palacio	18-06-87

LISANDRO SEGOVIA - SITIAL N° 11

Rafael Bielsa	14-05-36
José María López Olaciregui	26-06-67
Guillermo A. Borda	10-12-92
Roberto E. Guyer	10-4-03

JOSÉ N. MATIENZO - SITIAL N° 12

Agustín N. Matienzo	22-10-36
Manuel V. Ordoñez	15-10-74
Carlos M. Muñiz	10-08-89

MANUEL OBARRIO - SITIAL N° 13

Atilio Dell'Oro Maini	06-06-39
José Domingo Ray	22-05-75

JOSÉ FIGUEROA ALCORTA - SITIAL N° 14

Gastón Federico Tobal	13-10-39
Federico Pinedo	10-09-68
Manuel María Diez	13-07-72
Eduardo Aguirre Obarrio	28-10-93

MARIANO MORENO - SITIAL N° 15

Ricardo Levene	17-09-40
José Manuel Saravia	21-07-59
Augusto M. Morello	23-10-86

ALFREDO COLMO - SITIAL N° 16

Pablo Calatayud	24-06-42
Elías P. S. Guastavino	30-10-80
Jorge Horacio Alterini	14-12-00

JOSÉ MARÍA MORENO - SITIAL N° 17

Tomás A. Le Breton	13-11-42
Juan Carlos Rébora	21-07-59
Miguel S. Marienhoff	07-09-65
Carlos María Bidegain	08-04-99

EDUARDO ACEVEDO - SITIAL N° 18

Carlos A. Acevedo	20-12-44
Felipe A. Espil	24-11-66
José María Ruda	01-08-74
Hugo Caminos	23-11-95

RODOLFO RIVAROLA - SITIAL N° 19

Horacio C. Rivarola	20-12-44
Carlos Zavala Rodríguez	15-07-71
Jaime L. Anaya	10-08-89

MANUEL QUINTANA - SITIAL N° 20

Juan Silva Riestra	28-10-47
Germán Bidart Campos	15-07-71

CARLOS PELLEGRINI - SITIAL N° 21

Adolfo Bioy	28-05-56
Manuel Río	06-05-63
Alberto Rodríguez Galán	09-05-85

DALMACIO VÉLEZ SARFIELD - SITIAL N° 22

Eduardo B. Busso	28-05-56
Jorge Bustamante Alsina	09-05-85
Julio César Rivera	25-11-99

LUIS MARÍA DRAGO - SITIAL N° 23

Mariano Drago	28-05-56
Carlos A. Adrogué	26-06-67
Alberto Rodríguez Varela	16-07-75

ARISTÓBULO DEL VALLE - SITIAL N° 24

Alberto Hueyo	28-05-56
Marco A. Risolía	06-05-63
Aída Kemelmajer de Carlucci	24-09-96

JOSÉ MANUEL ESTRADA - SITIAL N° 25

Eduardo Labougle	28-05-56
Carlos C. Malagarriga	21-10-65
Federico Videla Escalada	30-11-72

ESTEBAN ECHEVERRÍA - SITIAL N° 26

Segundo Linares Quintana	28-05-56
--------------------------	----------

FÉLIX GREGORIO FRÍAS - SITIAL N° 27

Alberto G. Padilla	28-05-56
Horacio A. García Belsunce	09-09-82

CARLOS CALVO - SITIAL N° 28

José M. Paz Anchorena	28-05-56
Alfredo Orgaz	28-08-58
Luis E. Negri Pisano	25-07-75
Jorge Aja Espil	26-07-84

ESTANISLAO ZEBALLOS - SITIAL N° 29

Luis A. Podestá Costa	28-05-56
Jorge M. Mayer	28-08-63
Julio César Otaegui	23-09-99

LUCIO VICENTE LÓPEZ - SITIAL N° 30

Francisco Ramos Mejía	28-05-56
Enrique Ramos Mejía	09-10-68
Víctor Tau Anzoátegui	13-12-01

INDICE

ANALES 2004

I. INCORPORACIONES

Palabras de apertura del acto por el Académico Presidente doctor Alberto Rodríguez Galán	3
Discurso de recepción por el Académico doctor Julio César Otaegui ...	5
<i>Palabras preliminares.</i> Pronunciadas por el Académico doctor Héctor Alegria, en oportunidad de su incorporación como académico titular, en la sesión pública del 13 de mayo de 2004	12
<i>Humanismo y derecho de los negocios.</i> Disertación pronunciada por el Académico doctor Héctor Alegria, en oportunidad de su incorporación como académico titular, en la sesión pública del 13 de mayo de 2004	16
Palabras de apertura del acto por el Académico Presidente doctor Alberto Rodríguez Galán	47
Discurso de recepción por el Académico doctor Héctor Alegria	49
<i>Los grupos en la reforma italiana del derecho societario.</i> Disertación pronunciada por el Académico Correspondiente en Italia doctor Carlo Angelici, en la sesión pública del 20 de setiembre de 2004 ...	52
<i>I gruppi nella riforma italiana del diritto societario</i>	73

II. COMUNICACIONES EN SESIONES PRIVADAS

<i>La vida y el proceso. Una lección de Ortega y Gasset desde la mirilla del derecho procesal.</i> Comunicación efectuada por el Académico doctor Augusto Mario Morello, en la sesión privada del 22 de abril de 2004	93
<i>El acceso a la justicia administrativa.</i> Comunicación efectuada por el Académico doctor Juan Carlos Cassagne, en la sesión privada del 27 de mayo de 2004	105
<i>Ética de los jueces. Análisis pragmático.</i> Comunicación efectuada por la Académica doctora Aída R. Kemelmajer de Carlucci, en la sesión privada del 24 de junio de 2004	136
<i>El derecho constitucional de huelga en los servicios públicos esenciales.</i> Comunicación efectuada por el Académico doctor Jorge Reinaldo Vanossi, en la sesión privada del 8 de julio de 2004 ...	208
<i>La regulación legal de la huelga en los servicios esenciales.</i> Comunicación efectuada por el Académico doctor Antonio Vázquez Vialard, en la sesión privada del 8 de julio de 2004	218
<i>La imputación en el derecho.</i> Comunicación efectuada por el Académico doctor Eduardo Aguirre Obarrio, en la sesión privada del 22 de julio de 2004	234
<i>Los presupuestos de la responsabilidad civil.</i> Comunicación efectuada por el Académico doctor Félix A. Trigo Represas, en la sesión privada del 12 de agosto de 2004	272
<i>Globalización, crecimiento económico y bienes públicos.</i> Comunicación efectuada por el Académico doctor Julio H. G. Olivera, en la sesión privada del 9 de setiembre de 2004	309
<i>El Capital.</i> Comunicación efectuada por el Académico doctor Julio César Otaegui, en la sesión privada del 14 de octubre de 2004 ...	314
<i>Tutela de los enfermos mentales.</i> Comunicación efectuada por el Académico doctor Santos Cifuentes, en la sesión privada del 28 de octubre de 2004	332

<i>Camino para vigorizar la confianza en el sistema legal.</i> Comunicación efectuada por el Académico doctor Jorge Reinaldo Vanossi, en la sesión privada del 11 de noviembre de 2004	346
<i>La filosofía política de Jacques Maritain.</i> Comunicación efectuada por el Académico doctor Alberto Rodríguez Varela, en la sesión privada del 25 de noviembre de 2004	362
<i>El General José María Paz y la Organización Nacional. Homenaje en el sesquicentenario de su muerte.</i> Comunicación efectuada por el Académico Presidente doctor Alberto Rodríguez Galán, en la sesión privada del 7 de diciembre de 2004	393

III. OTRAS DISERTACIONES Y TRABAJOS

<i>Tras la guerra de Irak: el futuro de la ONU y del Derecho Internacional,</i> por el Académico doctor Roberto E. Guyer. Publicado en "Die Zukunft der UNO und des Völkerrechts", Bernhard Vogel, Rudolf Dolzer y Matthias Herdegen compiladores, Editorial Herder, Freiburg 2004, bajo el título "Die Vereinten Nationen und die Legitimität Internationaler Entscheidungen", pág. 183-195	415
<i>Reflexiones jurídicas en torno a la doctrina de la Corte Suprema en el caso "Arancibia Clavel".</i> Comunicación efectuada por el Académico doctor Horacio A. García Belsunce, en la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, el 29 de setiembre de 2004	424
<i>Constitucionalidad del "Acuerdo sobre Usos Pacíficos de la Energía Nuclear".</i> Dictamen presentado por el Académico doctor Juan R. Aguirre Lanari al Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, el 9 de octubre de 2002, cuya inclusión en Anales dispuso el Plenario del 14 de octubre de 2004	443

IV. HOMENAJES

<i>Marco Aurelio Risolía.</i> Palabras de la Académica doctora Aída R. Kemelmajer de Carlucci, en la sesión privada del 8 de julio de 2004	473
--	-----

<i>Ambrosio Romero Carranza</i> . Disertaciones en el acto público de homenaje de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas y de la Pontificia Universidad Católica Argentina, el 26 de agosto de 2004	476
Disertación del Académico doctor Alberto Rodríguez Galán	476
Disertación del Académico doctor Alberto Rodríguez Varela.	489
Disertación del Decano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina, doctor Eduardo Ventura	496
<i>Germán J. Bidart Campos</i> . Resolución de fecha 6 de setiembre de 2004 ..	502
Palabras del Académico Presidente doctor Alberto Rodríguez Galán, en la sesión privada del 9 de setiembre de 2004	503
<i>Fernando J. López de Zavalía</i> . Resolución de fecha 5 de enero de 2005	504

V. DECLARACIONES Y DICTAMENES

Consulta del Secretario de la Comisión de Estudio del Régimen Legal de las Sociedades Comerciales y los Delitos Societarios del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos sobre el Anteproyecto de Reformas a la Ley de Sociedades Comerciales	507
Declaración ante el ataque a la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires	509
Declaración de Academias Nacionales sobre el Acuerdo de Cooperación Argentina-Australia en los Usos Pacíficos de la Energía Nuclear	510
Dictamen sobre el Reglamento de Subrogancias de los Tribunales Inferiores de la Nación dictado por el Consejo de la Magistratura	514

Consulta de la Secretaría de Ciencia, Tecnología e Innovación Productiva del Ministerio de Educación, Ciencia y Tecnología sobre el Plan Estratégico Nacional de Mediano Plazo en Ciencia, Tecnología e Innovación: Primer Informe de Avance	522
Dictamen sobre el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en "Arancibia Clavel"	524

VI. MEMORIA Y BALANCE

Memoria 2004	531
Balance del ejercicio 2004	605

VII. SITIALES ACADÉMICOS

Sitiales académicos	621
---------------------------	-----