

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS  
SOCIALES DE BUENOS AIRES

# ANALES

SEGUNDA ÉPOCA  
AÑO XLI - NÚMERO 34  
1996



ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS  
SOCIALES DE BUENOS AIRES

# ANALES

SEGUNDA ÉPOCA  
AÑO XLI - NÚMERO 34  
1996



BUENOS AIRES  
1997

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

Queda hecho el depósito que marca la Ley 11.723  
Todos los derechos reservados

© Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires  
Av. Alvear 1711 - primer piso - Tel. y Fax: 812-9327 y 815-6976  
(1014) Buenos Aires - Argentina

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

SERIE I - ANUARIOS

*Anales* - Primera época, N° 1 (1915) - Segunda época, N° 1 a 34.

SERIE II - OBRAS

1. *Significación jurídica y proyección institucional de la Declaración de la Independencia*, por AGUSTÍN DE VEDIA y ALBERTO RODRÍGUEZ VARELA.
2. *Bibliografía de Juan B. Alberdi*, por ALBERTO OCTAVIO CÓRDOBA.
3. *La nueva ciencia política y constitucional*, por SEGUNDO V. LINARES QUINTANA.
4. *Política exterior en la edad nuclear*, por FELIPE A. ESPIL.
5. *Académicos de Derecho y hombres de gobierno*, por JUAN SILVA RIESTRAS.
6. *La libertad, elección, amor, creación*, por MANUEL RÍO.
7. *El Congreso de Panamá*, por MARIANO J. DRAGO.
8. *La esencia del Derecho, la Justicia, la Ley*, por MANUEL RÍO.
9. *Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas*, por MIGUEL S. MARIENHOFF.
10. *La Nación Argentina hecha ley*, por SEGUNDO V. LINARES QUINTANA.
11. *Historia del Derecho Político*, por AMBROSIO ROMERO CARRANZA (2 tomos).
12. *La influencia del Código Civil en la evolución de la sociedad argentina*, por JUAN CARLOS MOLINA y JOAQUÍN G. MARTÍNEZ.
13. *Alberdi y su tiempo*, por JORGE M. MAYER (2 tomos).
14. *Estudios sobre Historia Diplomática Argentina*, por ISIDORO RUIZ MORENO.
15. *Historia de la doctrina Drago*, por ALBERTO A. CONIL PAZ.
16. *La alborada. San Martín y Alberdi*, por JORGE M. MAYER.



17. *Primeros Académicos de Derecho - 1925.*
18. *Agüero o el dogmatismo constitucional*, por JORGE M. MAYER.
19. *Tratado de la "jurisdicción" administrativa y su revisión judicial*, por ELÍAS P. GUASTAVINO (2 TOMOS).
20. *Conferencias y Estudios*, por HÉCTOR P. LANFRANCO.
21. *Tratado de la "jurisdicción" administrativa y su revisión judicial*, por ELÍAS P. GUASTAVINO (2 tomos). Segunda edición actualizada.
22. *Derecho y Realidad*, VIII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.
23. *Las cinco Argentinas*, por JORGE M. MAYER.
24. *Vida y testimonio de Félix Frías*, por AMBROSIO ROMERO CARRANZA y JUAN ISIDRO QUESADA.
25. *Victorino de la Plaza (1840-1919). Un eje institucional*, por JORGE M. MAYER.

### SERIE III - COMUNICACIONES

*Comunicaciones - Nº 1.*

### SERIE IV - INSTITUTO DE DERECHO CIVIL

1. *Estudios de 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.*

### INSTITUTO DE DERECHO INTERNACIONAL Y DE LA NAVEGACIÓN

- *Los convenios para la promoción y protección recíproca de inversiones.*
- *La protesta previa en el transporte de mercaderías por vía aérea.*

### INSTITUTO DE DERECHO EMPRESARIAL

- *Sociedad de garantía recíproca.*
- *Sociedades anónimas deportivas.*

### INSTITUTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

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

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS  
SOCIALES DE BUENOS AIRES

Presidente

Académico DR. JOSÉ DOMINGO RAY

Vicepresidente

Académico DR. ROBERTO MARTÍNEZ RUIZ

Secretarios

Académico DR. HORACIO A. GARCÍA BELSUNCE

Académico DR. ALBERTO RODRÍGUEZ GALÁN

Tesorero

Académico DR. LINO ENRIQUE PALACIO

COMISIÓN DE PUBLICACIONES

Director de Publicaciones

Académico DR. SEGUNDO V. LINARES QUINTANA

Vocales

Académico DR. GERMÁN J. BIDART CAMPOS

Académico DR. JORGE M. MAYER

ACADÉMICOS DE NÚMERO  
por orden de antigüedad

	<i>Nombre del sitial</i>	<i>Fecha de incorporación</i>
Dr. Segundo V. Linares Quintana	Esteban Echeverría	28 mayo 1956
Dr. Jorge M. Mayer	Estanislao S. Zeballos	28 agosto 1963
Dr. Julio H. G. Olivera	Juan B. Alberdi	6 mayo 1964
Dr. Miguel S. Marienhoff	José María Moreno	7 setiembre 1965
Dr. Ambrosio Romero Carranza	Bartolomé Mitre	18 octubre 1967
Dr. Enrique Ramos Mejía	Lucio V. López	9 octubre 1968
Dr. Germán J. Bidart Campos	Manuel Quintana	15 julio 1971
Dr. Federico N. Videla Escalada	José M. Estrada	30 noviembre 1972
Dr. José Domingo Ray	Manuel Obarrio	22 mayo 1975
Dr. Alberto Rodríguez Varela	Luis María Drago	16 julio 1975
Dr. Roberto Martínez Ruiz	Roque Sáenz Peña	18 octubre 1978
Dr. Juan R. Aguirre Lanari	Salvador M. del Carril	18 octubre 1978
Dr. Elías P. S. Guastavino	Alfredo Colmo	30 octubre 1980
Dr. Julio César Cueto Rúa	Roberto Repetto	11 setiembre 1981
Dr. Horacio A. García Belsunce	Félix Gregorio Frías	12 mayo 1983
Dr. Jorge A. Aja Espil	Carlos Calvo	26 julio 1984
Dr. Jorge Bustamante Alsina	Dalmacio Vélez Sarsfield	9 mayo 1985
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 Muñoz	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. Guillermo A. Borda	Lisandro Segovia	10 diciembre 1992
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
Dr. Aída R. Kemelmajer de Carlucci	Aristóbulo del Valle	24 setiembre 1996

ACADÉMICO EMÉRITO

Dr. Manuel Rfo

23 agosto 1984

MIEMBROS CORRESPONDIENTES  
*por orden de antigüedad*

		<i>Fecha de incorporación</i>
Dr. Levi Fernández Carneiro	Brasil	4 julio 1946
Dr. Pedro Calmón	Brasil	4 julio 1946
Dr. Vicente Mora Rodríguez	Uruguay	4 julio 1956
Prof. Federico A. Gil	E.E.U.U. de N.A.	27 agosto 1958
Prof. William Whatley Pierson	E.E.U.U. de N.A.	27 agosto 1958
Prof. Georges Vedel	Francia	1º julio 1964
Dr. Eduardo Jiménez de Aréchaga	Uruguay	25 noviembre 1971
Prof. Ivon Loussovarn	Francia	25 noviembre 1971
Dr. Luis Sánchez Agesta	España	25 noviembre 1976
Dr. Fernando J. López de Zavala	Tucumán	25 noviembre 1976
Dr. Manuel García-Pelayo y Alonso	España	12 noviembre 1981
Dr. Pedro J. Frías	Córdoba	25 setiembre 1986
Dr. Rafael Entrena Cuesta	España	10 agosto 1989
Dr. Néstor Pedro Sagüés	Rosario	10 agosto 1989
Dra. Aída R. Kemelmajer de Carlucci	Mendoza	12 octubre 1989
Dr. Francisco Uriburu Michel	Salta	19 abril 1990
Dr. Jesús González Pérez	España	24 mayo 1990
Dr. Mauro Cappelletti	Italia	27 mayo 1993
Dr. Carlos Fernández Sessarego	Perú	25 noviembre 1993
Dr. Adolfo A. N. Rouillon	Rosario	25 noviembre 1993
Dr. Jorge Peirano Facio	Uruguay	27 octubre 1994
Dr. Sagunto Pérez Fontana	Uruguay	27 octubre 1994
Dr. Eduardo García de Enterría	España	23 marzo 1995

## ANTIGUOS ACADÉMICOS DE NÚMERO

- |                              |                                 |
|------------------------------|---------------------------------|
| Dr. Carlos Alberto Acevedo   | Dr. Guillermo Garbarini Islas   |
| Dr. Carlos A. Adrogué        | Dr. Juan Agustín García         |
| Dr. Juan Álvarez             | Dr. Juan M. Garro               |
| Dr. Octavio R. Amadeo        | Dr. Juan A. González Calderón   |
| Dra. Margarita Argüas        | Dr. Dimas González Gowland      |
| Dr. Marco R. Avellaneda      | Dr. Carlos Güiraldes (h)        |
| Dr. Antonio Bermejo          | Dr. Aquiles H. Guagliano        |
| Dr. Juan A. Bibiloni         | Dr. Alberto Hueyo               |
| Dr. Eduardo Bidau            | Dr. Carlos Iburguren            |
| Dr. Eduardo L. Bidau         | Dr. Eduardo Labougle            |
| Dr. Rafael Bielsa            | Dr. Héctor Lafaille             |
| Dr. Bernardino Bilbao        | Dr. Héctor P. Lanfranco         |
| Dr. Adolfo Bioy              | Dr. Hilario Larguía             |
| Dr. Ernesto Bosch            | Dr. Tomás Le Bretón             |
| Dr. Rodolfo Bullrich         | Dr. Juan Francisco Linares      |
| Dr. Carlos O. Bunge          | Dr. Mario Justo López           |
| Dr. Eduardo B. Busso         | Dr. José María López Olaciregui |
| Dr. Pablo Calatayud          | Dr. Baldomero Llerena           |
| Dr. Francisco Canale         | Dr. Osvaldo Magnasco            |
| Dr. Ramón S. Castillo        | Dr. Carlos C. Malagarriga       |
| Dr. Alfredo Colmo            | Dr. Félix Martín y Herrera      |
| Dr. Jorge E. Coll            | Dr. Agustín N. Matienzo         |
| Dr. Tomás R. Cullen          | Dr. José N. Matienzo            |
| Dr. Mauricio P. Daract       | Dr. Carlos L. Melo              |
| Dr. Antonio Dellepiane       | Dr. Leopoldo Melo               |
| Dr. Calixto S. de la Torre   | Dr. Manuel A. Montes de Oca     |
| Dr. Atilio Dell'Oro Maini    | Dr. Rodolfo Moreno (h)          |
| Dr. Mariano De Vedia y Mitre | Dr. José Luis Murature          |
| Dr. Juan José Díaz Arana     | Dr. Rómulo S. Naón              |
| Dr. Manuel María Diez        | Dr. Benito A. Nazar Anchorena   |
| Dr. Luis M. Drago            | Dr. Luis Esteban Negri Pisano   |
| Dr. Mariano J. Drago         | Dr. Manuel Obarrio              |
| Dr. Wenceslao Escalante      | Dr. Pedro Olaechea y Alcorta    |
| Dr. Felipe A. Espil          | Dr. Francisco J. Oliver         |
| Dr. Rómulo Etcheverry Boneo  | Dr. Manuel V. Ordóñez           |
| Dr. José Figueroa Alcorta    | Dr. Alfredo Orgaz               |
| Dr. Salvador Fornieles       | Dr. Adolfo F. Orma              |
| Dr. Vicente C. Gallo         | Dr. Alberto G. Padilla          |

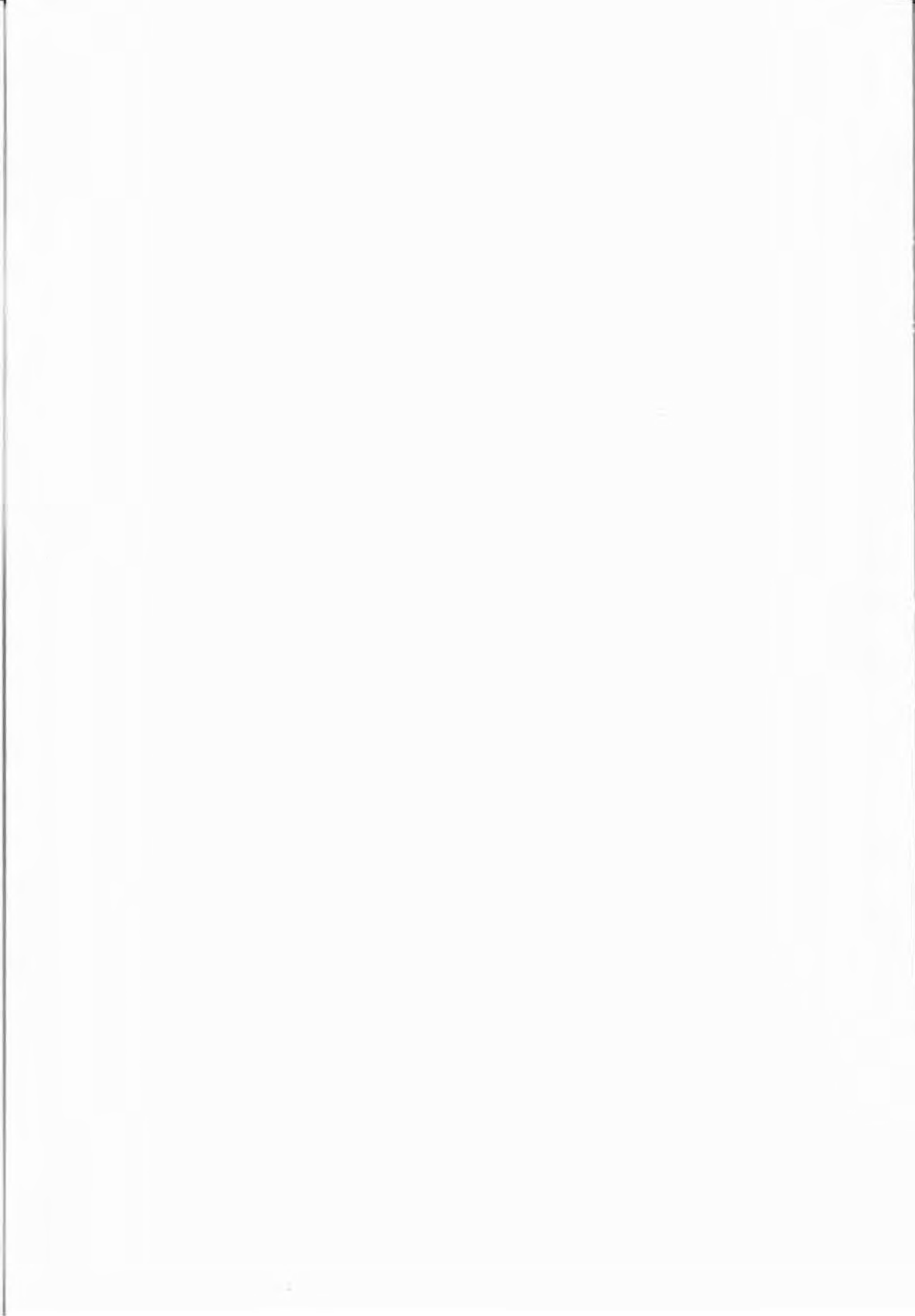
Dr. José M. Paz Anchorena  
Dr. Federico Pinedo  
Dr. Norberto Piñeiro  
Dr. Ángel S. Pizarro  
Dr. Luis Podestá Costa  
Dr. Ernesto Quesada  
Dr. Juan P. Ramos  
Dr. Francisco Ramos Mejía  
Dr. Juan Carlos Rébora  
Dr. Roberto Repetto  
Dr. Manuel Río  
Dr. Marco Aurelio Risolfá  
Dr. Horacio C. Rivarola  
Dr. Rodolfo Rívarola  
Dr. José M. Rosa  
Dr. José María Ruda  
Dr. Enrique Ruiz Guñazú  
Dr. Isidoro Ruiz Moreno  
Dr. Isidoro Ruiz Moreno (h)  
Dr. Alejandro Ruzo

Dr. Carlos Saavedra Lamas  
Dr. Antonio Sagarna  
Dr. Raymundo M. Salvat  
Dr. Matías G. Sánchez Sorondo  
Dr. José Manuel Saravia  
Dr. Juan Silva Riestra  
Dr. Sebastián Soler  
Dr. Juan B. Terán  
Dr. José A. Terry  
Dr. David de Tezanos Pinto  
Dr. Gastón Federico Tobal  
Dr. Ernesto J. Ure  
Dr. Enrique Uriburu  
Dr. Benjamín Victorica  
Dr. Ernesto Weigel Muñoz  
Dr. Raymundo Wilmart de Glymes  
Dr. Mauricio Yadarola  
Dr. Carlos J. Zavala Rodríguez  
Dr. Clodomiro Zavalía  
Dr. Estanislao S. Zeballos

I

DISERTACIONES EN SESIONES PÚBLICAS





# LA INTERVENCIÓN HUMANITARIA ANTE EL DERECHO INTERNACIONAL

*Disertación pronunciada por el académico  
Dr. Hugo Caminos en oportunidad de su incorporación a la  
Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de  
Buenos Aires, en la sesión pública del  
11 de julio de 1996*



*Palabras del académico Presidente doctor José Domingo Ray*

*La sesión pública de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales del día de hoy se dedica a la recepción del Dr. Hugo Caminos.*

*Es un acto cultural, como lo pondrá de manifiesto en su conferencia, y de significación para nuestra Corporación, porque él le brindará el aporte de su capacidad y dedicación a los fines que la inspiran. Y también es un acto de reconocimiento a sus méritos y, por lo tanto, afectivo por lo que significa para sus familiares y amigos.*

*No me corresponde exaltar la personalidad del nuevo académico porque el discurso de recepción estará a cargo del Dr. Alberto Rodríguez Galán, y será él quien lo hará, destacando su trayectoria universitaria, diplomática y en el campo del derecho internacional.*

*Pero no puedo dejar de señalar que me une al Dr. Caminos una amistad personal e intelectual desde que rendimos nuestra primera materia, Derecho Romano, en la carrera de abogacía, en el año 1939. Por ello la satisfacción de que me corresponda a mí poner en sus manos el diploma y la medalla que lo acreditan como miembro de número de la Academia.*



*Palabras de presentación del académico  
doctor Alberto Rodríguez Galán*

La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales recibe esta tarde como miembro de número de la Corporación al doctor Hugo Caminos y el Presidente me ha discernido el honor de su presentación.

Singular distinción que agradezco porque Hugo Caminos viene a ocupar la vacante de nuestro inolvidable y entrañable amigo, José María Ruda, brillante jurista, a quien si le hubiera sido dado nominar un sucesor para su sitial, a no dudarlo, habría escogido al propio doctor Hugo Caminos. Permitidme esta licencia, lo hago en homenaje al juicio y al obrar de José María Ruda, por conocer su pensamiento sobre los hombres y sus circunstancias, y en testimonio del respeto que el sentía por la conducta moral y las relevantes condiciones intelectuales de nuestro beneficiario.

Esa conducta y esa formación la hereda el doctor Caminos de una stirpe tradicional, pero sensible al cambio de los tiempos. Su padre, el doctor Carlos N. Caminos -abogado y escritor que desciende en línea directa de un hidalgo que acompaña en 1573 a don Juan de Garay en la fundación de la ciudad de Santa Fe- abraza en plena juventud el ideario de Juan B. Justo, en pro de una sociedad más justa y solidaria. Y fue así como este descendiente de conquistadores, incorporado a una corriente de acción y pensamiento temeraria para

la época, trasmite a sus hijos valores que dan sentido a la vida, más allá del lustre de su linaje: la conducta, el respeto por las ideas no compartidas, la permanente búsqueda de la verdad y la defensa de la libertad, son los principios con los que el doctor Carlos N. Caminos moldea el carácter y la personalidad de sus hijos.

En su hogar o en el estudio jurídico, que su padre integraba con Alfredo L. Palacios y Mario Bravo, transcurre Hugo una infancia y una adolescencia en la que colmaba con creces su juvenil ambición curiosa. Sus recuerdos de los diálogos que mantenía con estos eminentes amigos de su padre, así como su familiaridad de trato con quienes a menudo los visitaban, Leopoldo Lugones, Roberto F. Giusti o Antonio Di Tomaso, actualizan hoy momentos cruciales de la realidad argentina, que impactan por el talento y la personalidad de los protagonistas.

Con este bagaje, con esta riqueza de espíritu, Hugo emprende sus estudios de derecho que culminan en 1942 al recibirse de abogado en nuestra antigua Facultad de la calle Las Heras.

Comienza el ejercicio profesional, cuando su inquietud en busca de otros horizontes lo llevará a presentarse a una beca para proseguir sus estudios de postgrado y, al obtenerla, ya como becario del Instituto de Educación Internacional de la Universidad de Berkeley, inicia su especialización en la materia que lo distinguirá como jurista, el Derecho Internacional. Es en esa Universidad donde se produce el encuentro de Hugo Caminos con Hans Kelsen. Corre 1945 y la Conferencia de San Francisco está reunida. El maestro advierte las condiciones sobresalientes del becario y, sin perjuicio de las obligaciones con el curso al que asistía, le posibilita la concurrencia como periodista especializado a todas las reuniones de la citada Conferencia, con la obligación por la noche -el curso se dictaba en ese horario- de relatar en su seno los debates o hechos sobresalientes de la jornada. Ese fue su primer aprendizaje en el campo de las relaciones internacionales y ésa fue la experiencia recibida de este maestro del derecho cuya amistad cultivó hasta el fin de sus días, y cuyo libro *Principios de Derecho Internacional Público* tradujo en colabora

ción y fue publicado en Buenos Aires por la editorial El Ateneo, en 1968. Hoy, Hugo Caminos es uno de los contados argentinos que, por el gesto de Kelsen, al concurrir a todas las reuniones de la Conferencia de San Francisco, es testigo de la creación de las Naciones Unidas, como dio cuenta en el artículo *A los 50 años de la Conferencia de San Francisco: un testimonio*, publicado en el diario "La Nación" del 25 de junio de 1995.

En Berkeley primero y en Columbia después, afirma su vocación por el Derecho Internacional, pero como José María Ruda, sabe que su destino está en su país y regresa. Ese sentido de servicio para su patria es un dato de identidad que fortaleció la amistad entre ambos de por vida.

En 1955 se presenta a concurso para el cargo de Profesor Asociado de Derecho Internacional Público en nuestra Facultad. El jurado que integraron los doctores Luis M. Podestá Costa, Isidoro Ruiz Moreno y Aquiles H. Guaglianone lo propone primero en orden de méritos y así es nombrado. Al fallecer el doctor Podestá Costa, es designado por concurso y con la misma precedencia Profesor Titular. Llega así muy joven a la plenitud en la vida universitaria, y prosigue con ritmo sorprendente su labor docente. Cursos en el Instituto de Servicio Exterior de la Nación, seminarios en las sesiones del Programa Exterior de la Academia de Derecho Internacional de La Haya, en Buenos Aires en 1972 y 1986; México, 1979; Brasilia, 1984 y Bogotá, 1989. Coordinador del Curso Anual de Derecho Internacional, organizado por el Comité Jurídico Interamericano de la O.E.A. en la Fundación Getulio Vargas, lo hace en Río de Janeiro entre 1984 y 1994; participante y exponente en reuniones anuales de la American Society of International Law, a partir de 1957 y hasta hoy; emprende con igual entusiasmo Seminarios del Instituto de la U.N. para la Formación Profesional e Investigación en diversas regiones del mundo.

Su magisterio sobre *El Nuevo Derecho del Mar* y su labor en Naciones Unidas sobre su difusión, que concreta con su intervención en seminarios en Dacca, Bangladesh, 1976; Nassau, Bahamas, 1977;



New York, 1977; Ginebra, 1978 y 1979 y La Haya, 1977 y 1978, significan serios aportes sobre esta disciplina.

Pero el académico deviene también en el diplomático, faceta de su personalidad que se afirma en 1971, primero como Jefe del Departamento de Organismos Internacionales y luego como Consejero Legal de la Cancillería argentina. Y así ejercerá y desarrollará simultáneamente las dos dimensiones de la diplomacia: la multilateral y la bilateral y las ejercerá no solamente representando a su país sino también ocupando altos cargos en organismos internacionales.

Entre 1974 y 1981, es el Director Adjunto de la Tercera Conferencia de la O.N.U. sobre el Derecho del Mar. Desde este cargo, el doctor Caminos es uno de los artífices de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, instrumento que desde 1982 en que se sancionó es la suprema normativa internacional en ese campo. Pero su actuación como alto funcionario de la O.N.U. no se agota en 1981, ya que en diciembre de 1982 forma parte de la Delegación Argentina a la continuación del Décimo Primer Período de Sesiones de la Tercera Conferencia de la O.N.U. sobre el Derecho del Mar; para entonces y desde 1981, es acreditado como nuestro Embajador ante la República Federativa del Brasil, función que ejerció hasta 1984.

Durante sus tres años como Embajador siguió la línea de nuestros grandes embajadores en esa nación, Ramón J. Cárcano, Julio Roca, Felipe Espil y nuestro colega Carlos Manuel Muñiz y consolidó las relaciones con nuestro principal aliado dentro de los logros obtenidos por sus antecesores.

Esa actuación fue tan brillante que cuando el Embajador Baena Soares, Secretario General de Itamaraty, es electo Secretario General de la O.E.A., lo designa Subsecretario de Asuntos Jurídicos y Consultor Jurídico de ese organismo hemisférico. Durante diez años ejercerá esa función, entre 1984 y 1994, y en ese carácter, entre otras cuestiones, le cabe un papel relevante en la redacción de las bases de la reforma de la Carta de la O.E.A. que se concreta en Cartagena de Indias en 1985.

Una de las modificaciones de este Protocolo de Cartagena de Indias, que ha tenido particular importancia para el fortalecimiento de la democracia en el sistema de la O.E.A., es haber conferido al Secretario General facultades políticas similares a las que la Carta de las Naciones Unidas otorga a su Secretario General. Desde su cargo de Subsecretario de Asuntos Jurídicos, el doctor Caminos bregó para que aquellas facultades se hicieran efectivas en la aplicación de normas concretas relativas a la promoción de la democracia en la región. Sobre esa base la organización encaró dos tipos de actividades: la observación de los procesos electorales en aquellos estados que lo soliciten y la acción colectiva que la Organización recomienda cuando se originen hechos que interrumpen el proceso institucional democrático o el ejercicio del poder a un gobierno democráticamente elegido.

Esta acción afianzó a la O.E.A. y afirmó el prestigio continental de su Secretario General y del Subsecretario de Asuntos Jurídicos.

Pero al jurista, al diplomático que recibe en ejercicio de esas funciones la designación de Profesor Emérito de la Universidad de Buenos Aires, galardón por la pléyade de discípulos que formó y al que no es ajena su labor de publicista brillante y permanentemente actualizado, no le podía ser demorada esta designación que por unanimidad lo incorporó a nuestra Academia.

Señores:

La vida -ha sostenido Dilthey- es una extraña mezcla de azar, de carácter y destino. Este pensamiento del gran filósofo me obliga a asociar el destino del doctor Hugo Caminos con el de sus eminentes hermanos, que ya no lo acompañan: Horacio, arquitecto y urbanista que después de enseñar en la Universidad de Tucumán, lo hizo en Londres, y tras veinticinco años de profesar en el Instituto Tecnológico de Massachusetts se consagró como uno de los grandes arquitectos de los Estados Unidos, y Ricardo, doctorado en las Universidades de Chicago y de Oxford, egiptólogo, uno de los grandes paleografistas y epigrafistas de nuestro tiempo, tal como lo señaló el "New York Times" al dar cuenta de su fallecimiento.

Sé que este recuerdo, en un momento tan singular para Hugo Caminos, afirma su continuidad en la senda que antes recorrieran sus hermanos en el tránsito hacia la excelencia. Que lo hace con igual deseo de superación y con la misma conducta y carácter; y que el azar le permite pensar hoy con su hermana Elena -destacada profesora de literatura- que el doctor Carlos N. Caminos, su padre, no se equivocó cuando al contestar un reportaje publicado en la revista "Nosotros", dijo: -Tengo cuatro hijos que son mis mejores obras.

Y lo puede pensar, porque está seguro de que con sus hermanos fue fiel al ideal de vida que les forjó su padre, ese ideal que para José Ingenieros es un gesto del espíritu hacia alguna perfección.

Y no quiero terminar estas palabras sin destacar la colaboración de la señora de Caminos, quien desde el inicio alentó y ayudó a su marido en su trabajo que hoy ve coronado con el grado académico que recibe.

Doctor Hugo Caminos, bienvenido a nuestra Corporación, estamos seguros de que vuestro quehacer afianzará su prestigio.

Ante todo, deseo expresar mi gratitud a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales por el gran honor que me ha conferido al designarme para ocupar el sitio que tiene como patrono al doctor Eduardo Acevedo en reemplazo del doctor José María Ruda.

Quiero también agradecer al Presidente de la Academia, doctor José Domingo Ray y al académico doctor Alberto Rodríguez Galán por sus palabras en extremo generosas referidas a mi persona. No dudo que ellas brotan de nuestra vieja amistad compartida en la lucha por ideales comunes en la Universidad y puesta a prueba durante mis veinte años de ausencia del país. Las recibo emocionado, con el recuerdo de mi hogar paterno y el de mi maestro Hans Kelsen.

En este momento se mezclan en mi espíritu sentimientos encontrados. Por un lado, la honra de suceder al doctor Ruda como miembro de esta Corporación, por el otro, el de un renovado dolor por su inesperada muerte, de la que se cumplieron dos años hace pocos días, que causó consternación entre los internacionalistas de todo el mundo.

Como jurista, como diplomático y como magistrado, José María Ruda desempeñó las funciones de mayor jerarquía y responsabilidad en el ámbito internacional: Juez y Presidente de la Corte Internacional de Justicia, Presidente del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, Presidente de la Comisión Jurídica de la Asamblea General de la ONU, Miembro y Presidente de la Comisión de Derecho Inter

nacional de esa Organización, entre muchos otros cargos. En todos ellos su labor fue brillante y demostró su excepcional nivel intelectual y profesional, así como su vocación de servir al país y a la causa del respeto y desarrollo del derecho internacional. Estas relevantes cualidades se integraban en una personalidad enriquecida por su modestia y su hombría de bien.

Tuve el privilegio de mantener con José María una estrecha amistad que se prolongó por espacio de cuarenta años. Lo conocí en San Pablo, en 1954, durante la Conferencia de la Federación Interamericana de Abogados. Venía de Nueva York donde se desempeñaba como asesor adjunto en la Oficina de Asuntos Legales de las Naciones Unidas y realizaba sus estudios de posgrado en la New York University. Fue en San Pablo donde tomó contacto con el doctor Eduardo B. Busso quien, según lo expresó Ruda al incorporarse a esta Academia en 1974, pese a no haber sido su profesor en la Facultad, fue su maestro por haber trabajado a su lado y haberle enseñado a comprender "las normas del derecho civil lo cual fue la mejor escuela para llegar al derecho internacional y poder hoy administrar justicia".

Al regresar al país en 1955, Ruda emprende una etapa de casi veinte años de fecunda actividad: Ministro de Gobierno en el Gabinete del doctor Alejandro Lastra en la Intervención Federal en la Provincia de Salta, Consejero en la Embajada en Bolivia, Jefe de Gabinete del Canciller, Consejero Legal del Ministerio de Relaciones Exteriores, Embajador ante las Naciones Unidas, Agente ante el Tribunal Arbitral en el caso del Río Encuentro, Subsecretario de Relaciones Exteriores.

El 6 de febrero de 1973, inicia su primer período de nueve años como miembro de la Corte Internacional de Justicia. Es reelecto por un nuevo período hasta el 5 de febrero de 1991 y ocupa la presidencia del órgano judicial principal de las Naciones Unidas durante los tres últimos años de su mandato.

Pero la labor de Ruda como magistrado internacional no se detiene. Al dejar la Corte, le aguardan dos nuevos cargos judiciales: el de miembro y Presidente del Tribunal de Reclamaciones Estados Unidos - Irán, en La Haya, que ocupa hasta su renuncia en 1993, y el de

miembro y Presidente del Tribunal Administrativo de la Organización Internacional del Trabajo, que desempeña hasta su muerte.

Además, Ruda retorna a los estrados de la Corte Internacional de Justicia como Juez ad hoc designado por el Estado de Qatar en el litigio promovido por este último en 1991 contra Bahrein, por delimitación marítima y cuestiones territoriales, cargo que también desempeña hasta su deceso.

Finalmente, José María, defendiendo los derechos argentinos, actúa como abogado ante el Tribunal Arbitral en el caso de Laguna del Desierto. Allí trabajó arduamente hasta pocos días antes de su desaparición. Lamentablemente, no pudo ser testigo del resultado favorable a nuestro país en ese arbitraje.

En el plano académico, Ruda demostró su vocación por el estudio y la enseñanza del derecho internacional público. En la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, a la que consagró su actividad docente en la Argentina, culminó su carrera con la titularidad de la cátedra. Pero su tarea en este campo se desarrolló en muchos países donde participó en reuniones y seminarios. En 1975, dictó un curso sobre reservas a los tratados en la Academia de Derecho Internacional de La Haya. Allí debía dar el curso general de derecho internacional público en 1995, uno de los más importantes reservados a destacados estudiosos de esta disciplina. En 1965 fue elegido asociado del Institut de Droit International y en 1981 miembro titular. Sus numerosas publicaciones, en distintos idiomas, muestran la creatividad del pensamiento de Ruda, asentado en una experiencia poco común de la práctica del derecho internacional. La compilación de sus escritos constituiría un aporte valioso para el estudio de los problemas jurídicos internacionales contemporáneos.

La contribución de Ruda al derecho internacional se proyecta desde los distintos planos de su labor de internacionalista. En buena parte, esa tarea estuvo dedicada a la justicia internacional. El actual Presidente de la Corte Internacional de Justicia, Mohammed Bedjaoui, en su notable discurso en la sesión solemne de la Corte en homenaje a



la memoria del doctor Ruda, dijo que al dejar el Tribunal de La Haya éste le expresó que de todos los cargos políticos, diplomáticos o jurídicos, el que más le había dejado su impronta, tanto desde el punto de vista profesional como personal, fue su función en la Corte donde había hecho el apasionante aprendizaje de la función de juez.

No cabe duda de que el aprendizaje fue exitoso, pues Ruda fue un gran magistrado internacional y su nombre ocupa un lugar de privilegio en los anales de la Corte de La Haya.

El mismo Presidente Bedjaoui describe con singular precisión las aptitudes que hicieron de Ruda un eminente juez internacional: "poseía una cualidad que hoy se ha vuelto rara: el don de poder plantear -y resolver- en los términos más simples las cuestiones aparentemente más complejas sin jamás desnaturalizarlas sea en lo que fuere. Fue, podríamos decir, un 'realista esclarecido'. Tenía ese inmenso y tranquilo sentido común, esa prudente clarividencia, ese astuto pragmatismo, esa facultad de tomar la distancia necesaria frente a las cosas y de no sucumbir jamás a los fáciles encantos de su artificialidad, ese afán y ese respeto apasionado por la verdad que sólo poseen aquellos que como él son auténticos sabios. Unidas estas cualidades poco comunes a un gran rigor moral, personificaba de modo excepcional la función judicial".

Muchos son los ejemplos en los que Ruda puso de manifiesto sus relevantes condiciones de juez. Así, en su opinión individual en el caso relativo a las actividades militares y paramilitares en y en contra de Nicaragua, en la sentencia sobre la competencia de la Corte y la admisibilidad de la demanda, dictada en 1984, Ruda no se une a la mayoría de la Corte que invocó el Tratado de Amistad, Comercio y Navegación entre Estados Unidos y Nicaragua como base de su jurisdicción. Sostiene que según ese tratado era esencial que hayan tenido lugar negociaciones diplomáticas entre las partes antes de recurrir a la Corte, no sólo porque así lo establecía el propio Tratado sino porque es imposible asegurar la existencia y extensión de una controversia sin que una de las partes presente una reclamación contra la otra, precisando los puntos de hecho y de derecho sobre los cuales están en desacuerdo.

En el mismo litigio, en la sentencia sobre el fondo del asunto, pronunciada en 1986, en su opinión individual, luego de aclarar que votó en favor de quince de las dieciséis conclusiones de la Corte, Ruda, con prudencia y sabiduría expone sus "puntos de vista sólo en cuanto a ciertas cuestiones que son suficientemente importantes para merecer una opinión individual y sobre las cuales pienso que la Corte debió seguir un enfoque diferente". A continuación, defiende con gran convicción el sistema judicial de las Naciones Unidas al referirse a la reserva de los Estados Unidos respecto a cualquier decisión de la Corte acerca de las reclamaciones nicaragüenses. Trae a colación el Artículo 94 de la Carta de la ONU por el cual cada Miembro de la Organización se compromete a cumplir la decisión de la Corte en todo litigio en que sea parte y afirma: "Los Estados Unidos, como cualquier otro Estado Parte del Estatuto, están obligados por las decisiones tomadas por la Corte y no existe derecho alguno a ser reservado, salvo el derecho de obtener que las otras partes para las cuales esas decisiones tengan fuerza obligatoria, las cumplan".

Más adelante, al referirse al derecho de legítima defensa colectiva, invocado por Estados Unidos frente a la asistencia prestada por Nicaragua a los rebeldes en El Salvador, entiende que "hubiese sido suficiente decir, como la Corte lo hace en sus conclusiones, que aun cuando hubiese existido tal asistencia y flujo de armas, ello no es excusa suficiente para invocar la legítima defensa porque jurídicamente el concepto de 'ataque armado' no incluye la asistencia a los rebeldes", y concluye: "siguiendo la lógica de mi razonamiento, no abro juicio sobre esos hechos que pudieran servir de base a la invocada justificación de legítima defensa colectiva".

Otro punto señalado por Ruda en su opinión individual es que las cuestiones de la competencia de la Corte y la de la violación de un tratado son de diferente naturaleza jurídica y aunque la Corte pudiese ser incompetente para conocer el fondo de una controversia por falta de consentimiento de los Estados, "eso no significa que los Estados involucrados en la controversia no puedan haber violado una norma de derecho internacional". Por ello, pese a que en la sentencia de



1984 sobre competencia y admisibilidad, Ruda se opuso a la aplicación del Tratado de Amistad entre Estados Unidos y Nicaragua como fuente de la jurisdicción de la Corte, sostuvo que "toda vez que la Corte estableció su competencia, un Juez está obligado a resolver sobre el fondo del caso, aun cuando hubiese estado en minoría en la cuestión de la competencia. De otro modo, en el supuesto de que un juez haya votado en contra de ambas fuentes de jurisdicción, como en el presente caso, ese juez no podría participar en la fase del fondo del asunto, lo cual sería absurdo. Por ello, participé en las deliberaciones y en el voto sobre si los Estados Unidos actuaron en violación del Tratado de Amistad de 1956".

El 24 de febrero de 1988 la Corte Internacional de Justicia elige como Presidente a José María Ruda. En ese cargo permanece hasta el fin de su mandato como Juez, en febrero de 1991. En este período se consagra como uno de los grandes Presidentes del Tribunal de La Haya.

Como lo destacó el Presidente Bedjaoui, la de Ruda fue una gran presidencia "por su dignidad, cortesía, discreción y eficacia". Contrariamente a lo que venía sucediendo la Corte entró en una etapa en la que la casi totalidad de sus fallos y opiniones consultivas se adoptaron por unanimidad, con lo cual se vio fortalecida ganando en respeto y credibilidad. Bedjaoui, quien como miembro de la Corte en ese período vivió aquel proceso, expresó que Ruda "en el debate de las ideas supo cultivar con una recompensada perseverancia, el delicado arte, frágil y difícil, de reunir a los hombres y unir sus ideas". Si pudo lograr su objetivo, si jamás la Corte alcanzó el mismo nivel de unanimidad en sus decisiones y opiniones consultivas ello se debió -y aquí coincido otra vez con las palabras del Presidente de la Corte- al gran tacto y a la extraordinaria erudición jurídica de Ruda, a su inalterable humor, su tolerancia, su disponibilidad.

La personalidad y la obra de José María Ruda no pueden abarcarse con la semblanza que acabo de presentar. He debido limitarme a esbozar algunos rasgos de quien fue uno de los internacionalistas argentinos de mayor relevancia internacional y cuya trayectoria constituye un ejemplo para las nuevas generaciones de estudiosos.

## I. *La intervención humanitaria ante el derecho internacional*

El tema de mi exposición, *La Intervención Humanitaria ante el Derecho Internacional*, nos sitúa frente a un caso típico del conflicto entre derecho y política en las relaciones internacionales.

Quisiera comenzar recordando las palabras de Robert Jennings en una conferencia que pronunció hace algunos años, y que conservan su plena validez.

Decía el jurista inglés:

"He elegido...el título de *La disciplina del derecho internacional*...porque este es un aspecto del derecho internacional que está necesitando, particularmente hoy, de disciplina jurídica. Me refiero a la cuestión de los criterios para distinguir lo que es derecho, de lo que no lo es..."<sup>1</sup>

Esta distinción fundamental será mi guía en esta disertación.

¿Qué significa intervención humanitaria? El profesor Tom Farer la ha definido como "la amenaza o el uso de la fuerza de un Estado contra otro, con el propósito de poner término al abuso de éste último

<sup>1</sup> International Law Association, *Report of the Fifty-Seventh Conference*, Madrid, 1976, p. 622.

en perjuicio de sus propios nacionales".<sup>2</sup> Por lo tanto, se trata de un acto de fuerza unilateral que no toma en cuenta la nacionalidad de las víctimas del abuso.

La intervención humanitaria se distingue de las operaciones de rescate en sentido estricto, que un Estado lleva a cabo para proteger a sus nacionales en el extranjero, contra un peligro inminente, la llamada intervención protectora. Esta última, como explica el profesor Schachter, es "mucho más circunscripta" que la intervención humanitaria.<sup>3</sup> Por ello, estas operaciones han sido caracterizadas como "golpes quirúrgicos" en los cuales las fuerzas intervinientes "llegan y parten con las personas que se hallaban en peligro, en un corto espacio de tiempo".<sup>4</sup> Como ejemplos, cabe mencionar la acción israelí en el aeropuerto de Entebe y el intento de los Estados Unidos de liberar a los rehenes de su Embajada en Teherán, en 1980. Asimismo, la acción humanitaria colectiva dispuesta en el marco de una organización internacional competente, tampoco constituye un acto de intervención humanitaria. En las Naciones Unidas, el Consejo de Seguridad -especialmente en la pos-Guerra Fría- ha recurrido a la acción humanitaria colectiva, no siempre con éxito, en situaciones como las de Ruanda, Somalía, la ex Yugoslavia y las poblaciones kurdas en el norte de Irak.

La intervención humanitaria también debe distinguirse de la asistencia o ayuda humanitaria a las víctimas de desastres naturales y situaciones de emergencia similares. Esta consiste, por lo general, en el suministro de alimentos, medicamentos y atención médica. En 1988,

<sup>2</sup> T. J. Farer, "An Inquiry into the Legitimacy of Humanitarian Intervention", en Damrosch, L.F. & Scheffer, D.J. (eds.), (1991) *Law and Force in the New International Order*, Westview Press, p. 185. Para un análisis sobre la definición de la intervención humanitaria, véase Fairley, H.S., (1980) *State Actors, Humanitarian Intervention and International Law: Reopening Pandora's Box*, "The Georgia Journal of International and Comparative Law", vol. 10, N° 1, p. 31.

<sup>3</sup> "International Law in Theory and Practice. General Course of Public International Law", "Recueil des Cours, Académie de Droit International", vol. 178, V. pp. 144-145.

<sup>4</sup> Vagts, D.F., *Grading the Grenada Take Home Examination*, "American Journal of International Law", vol. 78, N° 1 (1984), p. 172.

a iniciativa de Francia, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó una resolución que reafirma la soberanía de los Estados y su papel principal en la asistencia humanitaria en sus respectivos territorios y hace un llamamiento para que los Estados que necesitan ese tipo de asistencia, faciliten su prestación por las organizaciones gubernamentales y no gubernamentales.<sup>5</sup> No se trata de un "*deber de injerencia*", como lo propugnaba la doctrina francesa, sino de un derecho de asistencia sujeto al acuerdo previo con el Estado donde ha ocurrido el desastre.<sup>6</sup>

Finalmente, la intervención humanitaria no forma parte del derecho internacional humanitario, destinado a reducir o limitar el sufrimiento del individuo en los conflictos armados, hoy codificado en numerosas convenciones internacionales.

Trazadas estas distinciones, podemos preguntarnos ¿cuál es el *status* jurídico de la intervención humanitaria?

En un documento oficial británico se dice que la intervención humanitaria es "con mucho, la categoría de excepciones a la prohibición general de intervención más controvertida"...En realidad, lo más que puede sostenerse en favor de la intervención humanitaria, es que no puede decirse, de modo incontrovertible, que sea ilegal. Para poder probarlo, es necesario demostrar, en especial con referencia al Artículo 1 (3) de la Carta de las Naciones Unidas, que incluye "el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos" entre uno de los Propósitos de las Naciones Unidas, que los párrafos 7 y 4 del Artículo 2 no se aplican en los casos de violaciones flagrantes de los derechos humanos. Pero la gran mayoría de la opinión jurídica contemporánea se pronuncia en contra de la existencia de un derecho de "intervención humanitaria".<sup>7</sup>

<sup>5</sup> Resolución 43/131 de 8 de diciembre de 1988. En una resolución posterior (Res. 45/100 de 14 de diciembre de 1990) la Asamblea General introdujo la idea de crear corredores de socorro con el fin de facilitar el tránsito de la asistencia humanitaria.

<sup>6</sup> Véase Mario Bettati y Bernard Kouchner: *Le Devoir D'Ingérence*, Denoël, París, 1987.

<sup>7</sup> Marston, G. (ed.), *United Kingdom Materials on International Law 1986*, "The British Yearbook of International Law 1986", Oxford (1987), pp. 618-619.

Esta circunstancia ha hecho decir a un autor que, "lo que es derecho hoy no resuelve la cuestión".<sup>8</sup> Creo, más bien, que el derecho hoy resuelve la cuestión en contra de la legalidad de la intervención humanitaria unilateral.

Lo cierto es que la intervención humanitaria es presentada "por algunos juristas internacionales" como una amplia excepción a la prohibición de la amenaza o el uso de la fuerza estipulada en el Artículo 2 (4) de la Carta de las Naciones Unidas. Según Schachter, el argumento se basa "en la insuperable necesidad de actuar en favor de los valores humanitarios fundamentales". Como él observa, "el argumento conlleva un fuerte llamado emocional, especialmente cuando ocurre un genocidio en gran escala o cuando se tortura o mata a inocentes... Sin embargo, los gobiernos en general (y la mayoría de los juristas) no afirman la existencia de un derecho de intervención por la fuerza para proteger a los nacionales de otro país por atrocidades cometidas en el territorio de ese otro país". La causa de la reticencia de los gobiernos en legitimar una invasión extranjera en interés del humanitarismo, la encuentra este autor comprensible "a la luz de los abusos pasados por parte de los Estados poderosos. Los Estados suficientemente fuertes para intervenir y suficientemente interesados en hacerlo, tienden a tener motivos políticos. Sienten una gran tentación de imponer una solución política en su propio interés nacional. Casi todos los gobiernos son sensibles en alto grado a este peligro y no muestran disposición alguna en abrir el Artículo 2 (4) a una dilatada excepción

<sup>8</sup> John Norton Moore en Lilich, R. B., *Humanitarian Intervention and the United Nations*, Charlottesville, University Press of Virginia (1973) p. 70. Según el Profesor Moore, la Carta de las Naciones Unidas "no es muy útil en el problema de la intervención" y la misma "nos deja la idea de tratar de desarrollar una serie de criterios sobre la intervención humanitaria la cual, de algún modo, ha de convertirse en una especie de noción de derecho internacional consuetudinario que actúa bajo la Carta de las Naciones Unidas". Sin embargo, la reactivación del Consejo de Seguridad en la pos Guerra Fría ha alejado aún más toda posibilidad de que la intervención humanitaria unilateral se convierta en costumbre internacional.

de la intervención humanitaria por medio de la fuerza armada".<sup>9</sup> Esta es la posición predominante en América Latina.

La ilegalidad de la intervención humanitaria unilateral ante la Carta de las Naciones Unidas resulta incontestable.

Uno de los campeones del movimiento en pro de la protección de los derechos humanos, el profesor canadiense John P. Humphrey, adhiere a esta posición en términos categóricos. "Los abogados especializados en derechos humanos -afirma- son notorios pensadores utópicos que intentan dar vida a la única institución de derecho internacional que podría haber dado alguna salvaguardia a los individuos frente a sus propios gobiernos". "Sin embargo, -sigue diciendo- los juristas que ahora hacen ese intento se encuentran con una insuperable dificultad".<sup>10</sup> Por supuesto, se refiere al Artículo 2 (4) de la Carta de las Naciones Unidas, que establece la obligación de los Estados Miembros de abstenerse "de recurrir a la amenaza o al uso de fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas". Sólo quedan fuera de esta prohibición, la acción colectiva de las Naciones Unidas y el derecho de la legítima defensa.

Aunque por el Artículo 2 (7) de la Carta de la ONU, la Organización no está autorizada "a intervenir en los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados" sin perjuicio de "la aplicación de las medidas coercitivas prescriptas en el Capítulo VII" de la Carta, es incuestionable que las violaciones masivas de los derechos humanos han dejado de ser asuntos que correspondan esencialmente a la jurisdicción interna de los Estados. Sin embargo, la Carta de las Naciones Unidas no establece mecanismo legal alguno, a través del cual la Organización pueda tomar o autorizar medidas, incluso el uso de la fuerza, a menos que el Consejo de Seguridad

<sup>9</sup> Schachter, Oscar, *op. cit.* supra nota 3, p. 144.

<sup>10</sup> Humphrey, J. P., prólogo a *Humanitarian Intervention and the United Nations* (véase supra nota 8), p. vii.



determine, según el Artículo 39, que aquellas violaciones son una amenaza a la paz.

El fin de la Guerra Fría permitió al Consejo de Seguridad hacer esa determinación y tomar o autorizar medidas coercitivas, con base en el Capítulo VII, en situaciones violatorias de los derechos humanos en Somalia, Irak, la ex-Yugoslavia y Haití.

Como se ha señalado, esto último constituye una importante desviación de lo que ocurría durante la Guerra Fría cuando el Consejo de Seguridad, frente a muchos casos en los cuales "serias violaciones a los derechos humanos estaban estrechamente vinculadas a rupturas de la paz y seguridad internacionales, rara vez ejerció su competencia de tomar medidas de cualquier naturaleza. Los dos precedentes de mayor relevancia en esta materia fueron las resoluciones del Consejo relativas a Rhodesia del Sur y Sudáfrica".<sup>11</sup>

Refiriéndose a esta nueva práctica del Consejo de Seguridad, en un trabajo titulado *El camino al infierno... Una crítica a la intervención humanitaria*, un autor inglés afirma que "Ahora que el Consejo de Seguridad es más capaz que antes en lograr decisiones en asuntos importantes, está surgiendo como el principal instrumento para santificar intervenciones, incluso humanitarias, y para enunciar sus propósitos. En esta materia, las Naciones Unidas tienen obvias ventajas sobre organismos con un número limitado de miembros. Si la intervención fuese sólo permitida con autorización del Consejo de Seguridad, los riesgos de un caos competitivo e inseguridad, así como la búsqueda de ventajas unilaterales, se verían reducidos en gran medida".<sup>12</sup>

No obstante, existe por parte del Consejo de Seguridad, "aún con el fin de la Guerra Fría, ...una falta de disposición para intervenir en los Estados culpables de serios abusos de los derechos

<sup>11</sup> Damrosch, L. E., "Commentary on Collective Military Intervention to Enforce Human Rights", en *Law and Force in the New International Order*, Véase supra nota 2, p. 217.

<sup>12</sup> Roberts, A., *The road to Hell, A critique of Humanitarian Intervention*, "Harvard International Review" (Fall 1993), vol. XVI, N° 1, p. 11.

humanos".<sup>13</sup> Además, la determinación por el Consejo de Seguridad de la existencia de una amenaza a la paz, no está exenta de motivaciones políticas y, por lo tanto, puede llegar a ser selectiva. Pese a estas deficiencias, este es el único procedimiento válido, según el derecho internacional vigente, para la toma de medidas coercitivas en respuesta a violaciones masivas de los derechos humanos.

Empero, como observa Farer, "Mientras que la gran mayoría de autores ingleses y de Europa continental opina que la intervención humanitaria es ilegal de acuerdo con la Carta de las Naciones Unidas, muchos de los autores más influyentes son, si no partidarios, por lo menos tributarios de un diseño de jurisprudencia asociado en sus orígenes con la Facultad de Derecho de la Universidad de Yale y, particularmente, con las figuras seminales de los Profesores Myres S. McDougal y Harold Laswell". Los sostenedores de esta tesis "ven los acuerdos explícitos e implícitos, los textos formales y la conducta de los Estados en una condición de interacción efervescente creando, modificando y reemplazando incesantemente las normas. Los textos no son en sí mismos, sino uno entre un gran número de medios de constatación de la intención original...En verdad, la intención original no rige en momento alguno, pues la intención original carece de autoridad intrínseca".<sup>14</sup>

<sup>13</sup> White, D.N., "Keeping the Peace." *The United Nations and Maintenance of International Peace and Security*, Manchester University Press (1993), p. 60. Este autor sostiene que "La doctrina de la soberanía del Estado relativamente no ha sido afectada por la terminación de la rivalidad de las superpotencias". Como excepción a esta afirmación menciona la Resolución 688 del Consejo de Seguridad cuando, inmediatamente después de la Guerra del Golfo, Irak "reprimió con brutalidad extrema" la rebelión de los kurdos y los shíitas.

<sup>14</sup> Farer, T., op. cit. supra nota 2, p. 186. Este autor analiza las consecuencias de la opinión sostenida por aquellos autores que denomina "clasicistas" y "realistas". Una de aquellas es que "Mientras los primeros parecen tratar a los Estados como iguales participantes en el proceso de elaboración del derecho, los segundos adoptan un criterio francamente jerárquico de dicho proceso: los países políticamente influyentes tienen, por así decirlo, más votos en las elecciones para determinar el contenido del derecho". Esto explica por qué "la posición en favor de la legitimidad contemporánea de la intervención humanitaria es más difícil de ser justificada en forma convincente si uno adhiere a la escuela clásica. Los aguillos del realismo tienen un más (sic) respiro" (p. 188). Una lista de autores que



La profesora Rosalyn Higgins -actual miembro de la Corte Internacional de Justicia- sostiene que "lo que el Artículo 2 (4) de la Carta de la ONU prohíbe, es el uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas" y que "si podemos estar satisfechos de que la intervención humanitaria no viola la prohibición del uso de la fuerza contra la integridad de un Estado, entonces podemos sentirnos seguros que ninguna otra prohibición del Artículo 2 (4) ha sido violada".

Sin embargo, como dijimos al comienzo, la intervención humanitaria conlleva la amenaza o el uso de la fuerza de un Estado contra otro y, en consecuencia, cae dentro de la prohibición del Artículo 2 (4).<sup>15</sup>

---

sostienen la legalidad de la intervención humanitaria puede verse en: Teson, F. R., *Humanitarian Intervention: an Inquiry into Law and Morality*, New York, (1983) p. 128, nota 5. El profesor Teson está entre aquellos en favor de la licitud de la intervención humanitaria. Afirma que "cuando se aplican los métodos convencionales de interpretación al Artículo 2 (4) éstos son incapaces de producir una solución a la ardua cuestión de la intervención humanitaria. Tal solución sólo puede ser alcanzada bajo la presuposición de una teoría ética del derecho internacional. Sólo así podremos resolver la tensión entre los dos principios que sustentan la doctrina del sistema jurídico internacional -el ífultulo a los derechos humanos fundamentales y la prohibición de la guerra-" (p. 129). Además afirma que "[L]os argumentos del texto de la Carta no son decisivos para determinar el *status* de la intervención humanitaria... Si el texto de la Carta y la práctica de los Estados pueden interpretarse de una y otra manera, ¿cómo podremos discernir cuál es el derecho en esta materia?. He sugerido que el único modo de llegar a una conclusión jurídica es apelando a los valores morales y políticos" (p. 146). "Los derechos asegurados por el Artículo 2 (4) no son entonces derechos de los Estados de carácter autónomo, esto es, independientemente de su legitimidad moral. La protección de los derechos humanos no es sólo un valor simplemente superior a la Soberanía del Estado. Esta última deriva de los derechos individuales" (p. 147).

<sup>15</sup> Higgins, R., *General Course on Public International Law*, 230, Recueil des Cours, Académie de Droit International (1991) - V, p. 313. Esta autora explica que: "[M]uchos publicistas argumentan hoy en contra de la licitud de la intervención humanitaria. Ellos hacen hincapié en el hecho de que en el pasado el derecho ha sido abusado". No obstante, el argumento básico del carácter ilícito de la intervención humanitaria unilateral se apoya en la Carta de las Naciones Unidas. Higgins afirma que el derecho de legítima defensa también ha sido objeto de abusos pero que "eso no nos lleva a decir que hoy no debe existir el derecho de legítima defensa... Ya sea que una reclamación invocando una norma

Resumiendo, como observa Farer:

"Un pequeño grupo de estudiosos, casi todos de los Estados Unidos, más que interpretar las restricciones impuestas por la Carta, las circunnavegan. Según estos autores, los Estados cedieron su derecho inmanente de emplear la fuerza de modo proporcional como un último recurso en defensa de importantes derechos, con la expectativa de la acción colectiva por el Consejo de Seguridad. Por tanto, cuando el colapso de la coalición de la Segunda Guerra Mundial paralizó la acción del Consejo, los Estados recuperaron un amplio derecho a la legítima defensa".<sup>16</sup>

Esta argumentación ya no es válida. El fin de la Guerra Fría ha permitido al Consejo de Seguridad, pese a que los convenios del Artículo 43 de la Carta no han sido celebrados, actuar bajo el Capítulo VII de la Carta, ante violaciones en gran escala de los derechos humanos, una vez que ha determinado que tales violaciones son una amenaza a la paz y seguridad internacionales.

## II. *La intervención humanitaria en el contexto del sistema interamericano*

En América, la intervención humanitaria ha sido utilizada como instrumento de política exterior. Esto explica por qué el principio de no intervención se convirtió en uno de los pilares del sistema interamericano.

---

cualesquiera sea hecha de buena fe o de modo abusivo, siempre exigirá un análisis contextual por los órganos apropiados de decisión, por el Consejo de Seguridad, la Corte Internacional o por diversos cuerpos internacionales". Higgins tampoco se siente persuadida por el argumento de que "la intervención humanitaria debe ser considerada como no permitida porque en el sistema jurídico internacional no existe una referencia obligatoria a órganos de decisión imparciales, y los Estados terminan por ser jueces en sus propias causas". (p. 316).

<sup>16</sup> Farer, T., "A paradigm of Legitimate Intervention" en *Enforcing Restraint. Collective Intervention in Internal Conflicts*, Damrosch, L. R. (ed.), Council on Foreign Relations, New York (1993), p. 320.

Luego de referirse a los casos de intervención en la política mundial, incluso los llevados a cabo por Estados Unidos en el primer tercio del siglo XX, cuando se empeñó "en desarrollar una política imperialista", Podestá Acosta afirma:

"Los hechos revelan que la intervención ha obedecido a motivos diversos: se ha fundado en el deseo de mantener el equilibrio político y también invocáronse para cohonestarla, razones de humanidad ante persecuciones raciales o religiosas... sea como fuere, lo esencial es que la intervención ha estado librada a la acción unilateral y eventual de los gobiernos, que la decidían o no, según conviniera en cada caso a su interés particular y lo permitiesen las circunstancias políticas del medio y del momento.

"La intervención no es un instrumento que puedan utilizar los Estados débiles contra los fuertes; es un arma que únicamente pueden esgrimir los poderosos en ciertos casos, cuando así lo aconsejen circunstancias accidentales. Esa arma gravita sobre ciertos Estados; no ampara a todos para asegurar la justicia y no es, por lo tanto, una norma jurídica. No existe, pues, un derecho de intervención."<sup>17</sup>

Las normas sobre no intervención en la Carta de la Organización de los Estados Americanos son más estrictas que las de la Carta de las Naciones Unidas, pues no sólo prohíben el recurso a la fuerza armada, sino "también cualquier otra forma de injerencia o de tendencia atentatoria de la personalidad del Estado, de los elementos políticos, económicos y culturales que lo constituyen".

Asimismo, al igual que la Carta de la ONU, la Carta de la OEA contiene normas sobre la promoción y protección de los derechos humanos. Entre los principios reafirmados, "[L]os Estados America-

<sup>17</sup> Podestá Costa, L. A., *Derecho Internacional Público*, I, Buenos Aires (1961), pp. 972-73. Podestá Costa tenía bien claro el concepto de intervención en el derecho internacional. Al responder a una observación del jurista Epitacio Pessoa, durante un debate en la Comisión Internacional de Jurisconsultos reunida en Río de Janeiro en 1927 decía, "en mi opinión, la injerencia mediante buenos oficios o mediación, no significa propiamente intervención. Llamamos intervención a la injerencia de carácter coercitivo que se opera siempre mediante una presión diplomática o militar, sin el consentimiento del Estado que es objeto de la medida aún en contra de su voluntad".

nos proclaman los derechos fundamentales de la persona humana sin hacer distinción de raza, nacionalidad, credo o sexo". Artículo 3 (k). Al mismo tiempo, otro de esos principios es el derecho de todo Estado "a elegir sin injerencias externas, su sistema político, económico y social, y a organizarse en la forma que más le convenga" y el "deber de no intervenir en los asuntos de otro Estado". Artículo 3 (e).

Sobre la base de estas y otras disposiciones de la Carta de la OEA, de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, de la Convención Americana de los Derechos Humanos y la práctica de la Organización, puede afirmarse que los derechos humanos han dejado de ser materia de la exclusiva jurisdicción interna de los Estados miembros de la OEA. Ahora bien, el grado en que los órganos de la OEA son competentes para tomar medidas colectivas en los casos de violaciones a los derechos humanos en un Estado Miembro, dependerá de las normas de los mencionados instrumentos aplicables al Estado en cuestión. No obstante, la intervención humanitaria unilateral, por cualquier Estado Miembro, sería violatoria del principio de no intervención.<sup>18</sup>

<sup>18</sup> En 1965, el Comité Jurídico Interamericano produjo un dictamen acerca de la diferencia entre no intervención y acción colectiva. En general, sus conclusiones refuerzan el concepto de no intervención como "un principio fundamental del derecho internacional" incorporado a las cartas de la OEA y la ONU. Las conclusiones fueron las siguientes:

1. La intervención es un acto ilícito porque ningún Estado o grupo de Estados tiene derecho de intervenir, directa o indirectamente, y sea cual fuere el motivo, en los asuntos internos o externos de cualquier otro. La acción colectiva resulta del cumplimiento de tratados libremente celebrados y aceptados por el Estado respectivo, en resguardo de sus intereses particulares, y de los generales de la comunidad internacional a que pertenece.

2. La intervención implica el desconocimiento de derechos fundamentales del Estado que la experimenta. La acción colectiva, por el contrario, tiende siempre a restaurar el derecho violado.

3. La intervención significa un agravio o un atentado contra la soberanía del Estado. La acción colectiva tiene por objeto reparar el agravio inferido a toda una organización internacional, ya sea en relación con la Asociación misma, por la violación de compromisos multilaterales en vigor o respecto a uno o más Estados que han colocado la defensa de sus derechos al cuidado de la Organización.

4. La intervención unilateral o multilateral es la resultante de una acción arbitraria que favorece determinados intereses del país o países que intervienen.

5. La intervención significa también una actitud que excede la competencia del Estado

Pese a estas estrictas normas sobre no intervención en el sistema interamericano, la región ha sido testigo de no pocas instancias de "intervenciones humanitarias". En algunos casos de situaciones internas donde ha habido violaciones masivas de derechos humanos en países bajo regímenes no democráticos, la OEA, a través de sus órganos políticos, ha autorizado algunas medidas tendientes a superar esas crisis.

Uno de los casos más conocidos de intervención fue la ocupación de la República Dominicana por fuerzas armadas de los Estados Unidos en 1965, en plena Guerra Fría. La Décima Reunión de Ministros de Relaciones Exteriores fue convocada de acuerdo con la Carta de la OEA, para tratar la acción norteamericana. Se envió una misión especial a Santo Domingo para asistir en las negociaciones sobre cese de fuego y en la evacuación de extranjeros. La Reunión de Consulta aprobó entonces una propuesta de los Estados Unidos para integrar una Fuerza Interamericana la cual, automáticamente, convirtió a las fuerzas norteamericanas que se encontraban en la isla, en una fuerza de la OEA.

Buena parte de los autores considera que la intervención de los Estados Unidos fue unilateral y, como tal, ilegítima. Así, el profesor Nanda dice que "después de intervenir unilateralmente, Estados Unidos sintió que necesitaba algún tipo de paraguas y la OEA fue, de cierta manera, una excusa disponible".<sup>19</sup> Friedman, al comentar la resolución que creó la Fuerza Interamericana, afirmaba que ello "no

---

que la realiza y, a su vez, invade jurisdicciones ajenas. La acción colectiva se ejerce dentro de los marcos de la competencia que los propios Estados asignan a la Organización Internacional". (Comité Jurídico Interamericano. *Recomendaciones e Informes. Documentos Oficiales*, vol 1 [1965-1966], Río de Janeiro, 1970, pp. 125 ss.).

<sup>19</sup> Observaciones del profesor Ved Nanda durante el debate en la Conferencia sobre Intervención Humanitaria a través de las Naciones Unidas en *Humanitarian Intervention and the United Nations*, op. cit. supra nota 8, p. 76. Este autor observa que los Artículos de la Carta de la OEA sobre no intervención fueron descartados en consideración a los objetivos, el primero de los cuales fue la necesidad de "proteger las vidas de nuestros propios nacionales y otros, y que las prohibiciones de los Artículos no eran todas tan circundantes como para excluir la protección de nuestros nacionales y la protección de personas de otros países" *Ibid.*, p. 77.

fue un endoso de la intervención militar unilateral de los Estados Unidos". En su opinión, este fue un caso tan simple como el de la intervención del Pacto de Varsovia en Checoslovaquia.<sup>20</sup>

El profesor Robert K. Goldman, una autoridad en derecho humanitario, sostiene que "el alegado fundamento humanitario de la acción de los Estados Unidos fue un simple pretexto para justificar nuestra intervención en una lucha civil interna, en cuyo resultado estábamos dispuestos a influir de modo decisivo. Es cierto que el Presidente Johnson, en varias declaraciones durante un tiempo, y en su último discurso por televisión en el que dijo que los Estados Unidos no permitirían nunca más el establecimiento de un gobierno comunista en este hemisferio, revela los verdaderos motivos que sustentaron nuestra acción. La charla 'humanitaria' no fue más que una cortina de humo..."<sup>21</sup>

Los profesores Reisman y Mc Dougal opinan de manera diferente. Aunque admiten que el caso dominicano es complejo debido a que las fuerzas de los Estados Unidos permanecieron después que los extranjeros fueron evacuados, "toda conclusión que se desprende de la operación en su totalidad, confirma la licitud de la intervención humanitaria".<sup>22</sup> No obstante, en razón de la prolongación del operativo, éste último no puede encuadrarse dentro del concepto de acción de rescate llevada a cabo por un Estado para proteger a sus nacionales en el extranjero.

<sup>20</sup> *Ibid.*, p. 82. Otro autor señala que "como un asunto puramente jurídico, los efectos operativos de los Artículos 15 y 17 (actualmente 18 y 19) de la Carta de la Organización de los Estados Americanos sobre el *status* del acto *inicial* de la intervención unilateral manchó la empresa". (Fairley, H. S., *op. cit.* supra nota 2, p. 50). Esta idea es compartida por el profesor Oscar Schachter con relación a las intervenciones norteamericanas en la República Dominicana y en Grenada: "Claramente, una acción que puede ser lícita en su comienzo puede convertirse en ilícita a través de una intervención prolongada". (Véase supra, nota 3, p. 146).

<sup>21</sup> *Ibid.*, pp. 78-79.

<sup>22</sup> Reisman, M., en colaboración con Mc Dougal, M. S., *Humanitarian Intervention to Protect the Innocent*, en *op. cit.* supra, nota 8, pp. 186-187.



Es interesante señalar aquí que el gran jurista ruso, el profesor Tunkin, en el último curso que dictó en la Academia de Derecho Internacional de La Haya, en 1989, después de caracterizar las intervenciones de Estados Unidos en Grenada y Panamá como "*gravísimas violaciones del derecho internacional*", afirma que "[E]s el mismo caso de la intervención de la Unión Soviética en Checoslovaquia en 1968 y la invasión de Afganistán en 1979. Algunos abogados internacionalistas soviéticos intentaron justificar la intervención en Checoslovaquia refiriéndose a las disposiciones del Pacto de Varsovia. Como Jefe del Departamento Legal del Ministerio de Relaciones Exteriores de la URSS en ese momento, puedo dar testimonio de que el Pacto de Varsovia fue redactado conforme a las normas del derecho internacional y no contenía disposición alguna que pudiera justificar esta intervención. Pero, aunque hubiese tenido tales disposiciones, ellas habrían sido nulas por ser contrarias a normas de *jus cogens*".<sup>23</sup>

Un caso distinto fue el de Nicaragua durante la dictadura del General Somoza, donde no hubo intervención humanitaria unilateral. En efecto, el 18 de setiembre de 1978, el Consejo Permanente de la OEA convocó la XVII Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores con base en la Carta de la Organización, para tratar los acontecimientos que se estaban desarrollando en Centroamérica.<sup>24</sup> La reunión adoptó dos resoluciones. En la primera, se decidió organizar la ayuda humanitaria para aliviar los sufrimientos ocasionados por los conflictos armados; apoyar el adelanto de la visita de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a Nicaragua, invitada por su gobierno; tomar nota de la disposición de este último de aceptar los<sup>25</sup> Tunkin, G., *Politics, Law and Force in the Interstate System*, Recueil des Cours, Académie de Droit International, 1989, VII, vol. 219, p. 272.

<sup>24</sup> La reunión fue convocada de acuerdo con el Artículo 59 (hoy Artículo 60) de la Carta de la OEA que establece: "La Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores deberá celebrarse con el fin de considerar problemas de carácter urgente y de interés común para los Estados Americanos, y para servir de Órgano de Consulta". La Reunión de Consulta también puede convocarse en base al Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca, en cuyo caso sólo participan los Estados Miembros de la OEA que sean partes del TIAR. En este último caso, la Reunión puede imponer medidas coercitivas.

esfuerzos conciliatorios ofrecidos por varios Estados Miembros de la OEA. En su segunda resolución, adoptada en junio de 1979, después de la visita de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, los cancilleres americanos, luego de declarar "[Q]ue la solución al grave problema corresponde exclusivamente al pueblo nicaragüense", sentaron las bases para una solución de la crisis:

- 1 Reemplazo inmediato y definitivo del régimen somocista;
- 2 Instalación...de un gobierno democrático cuya composición incluya a los principales grupos representativos opositores al régimen de Somoza.
- 3 Garantía de respeto a los derechos humanos de todos los nicaragüenses;
- 4 Realización de elecciones libres a la brevedad posible.

En uno de sus párrafos dispositivos, la resolución de la Reunión de Consulta comprometía "sus esfuerzos para promover la asistencia humanitaria a la población y para contribuir a la recuperación social y económica del país".

Un diplomático latinoamericano dijo que en el caso nicaragüense desapareció el principio de no intervención "como *summum jus*" del sistema interamericano.<sup>25</sup> No compartimos esta opinión. Las mencionadas resoluciones eran de carácter recomendatorio y, tanto la asistencia humanitaria -no la intervención humanitaria unilateral- como la visita de la CIDH, estaban sujetas al consentimiento del gobierno de Nicaragua. En cuanto a la declaración sobre la crisis interna, los cancilleres se limitaron a expresar el punto de vista de la Reunión sobre los puntos en que debería inspirarse la solución. Por lo demás, esto sentó un precedente para los recientes desarrollos en nuestra región en favor de la defensa de la democracia representativa y del respeto de los derechos humanos fundamentales mediante una acción colectiva de la OEA.

<sup>25</sup> Vazquez Carrizosa, A., *El caso de Nicaragua en la XVII Reunión de Consulta: los derechos humanos como fundamento de la acción internacional*, "Anuario Jurídico Interamericano", Washington, D. C., Organización de los Estados Americanos, 1979, p. 5.



La invasión de Grenada por fuerzas de los Estados Unidos junto con un contingente de algunos países caribeños, en 1983, dio lugar a una polémica acerca de la licitud de esa acción ante el derecho internacional.<sup>26</sup> En su declaración en la Comisión de Relaciones Exteriores de la Cámara de Representantes del Congreso norteamericano, el Subsecretario de Estado expresó que Estados Unidos había participado en un esfuerzo colectivo "para proteger a civiles y restaurar y restablecer las instituciones gubernamentales en Grenada".<sup>27</sup>

Los argumentos jurídicos con que se pretendía justificar la invasión eran:

1 El pedido de la Organización de Estados del Caribe Oriental de restablecer el orden en la isla, formulado por el Gobernador-General, cuya autoridad constituía la única fuente de legitimidad gubernamental, y cuya invitación era una base reconocida por el derecho internacional.

2 La determinación del citado organismo subregional de tomar acción según su carta constitutiva, y el llamado del Gobernador-General, daban una base legítima para una acción colectiva.

3 La necesidad de asegurar y evacuar a los ciudadanos de Estados Unidos en peligro, de acuerdo con principios bien establecidos de derecho internacional sobre protección de nacionales.

Como dice un autor, estos argumentos "ponen en juego tres doctrinas de derecho internacional con diversos grados de apoyo: (1) la doctrina de la intervención humanitaria; (2) la opinión según la cual la invitación de una legítima autoridad gubernamental constituye una base reconocida por el derecho internacional, para que los Estados

<sup>26</sup> Una ilustración de esta polémica está dada por las cuatro contribuciones que aparecen en el "American Journal of International Law", vol. 78, N° 1 (1984) bajo el título de "The United States Action in Grenada": Joyner, C. C., *Reflections on the Lawfulness of Invasion*, pp. 131 a 134; Moore, J. N., *Grenada and the International Double Standard*, pp. 145 a 168; Vagts, D. F., *Grading the Grenada Take Home Examination*, pp. 169 a 172; y Boyle F. A. *et al.*, *International Lawlessness in Grenada*, pp. 172 u 175.

<sup>27</sup> Declaración del Hon. Kenneth Dam ante la Comisión de Relaciones Exteriores de la Cámara de Representantes, Noviembre 2, 1983. Extractos en *Contemporary United States Practice*, 78 "American Journal of International Law", 1984, p. 200.

extranjeros puedan prestar la ayuda requerida y, por deducción, (3) la organización de la defensa regional".<sup>28</sup>

En nuestra opinión, la doctrina de la intervención humanitaria es incompatible con las Cartas de las Naciones Unidas y de la OEA. Como dijimos, el uso de la fuerza sólo puede ser legalmente aceptado en el caso de un operativo de rescate *strictu sensu*, es decir, cuando está limitado a sacar a los nacionales del Estado interviniente que se encuentren en peligro. Empero, como observa Schachter, "los norteamericanos que estaban en la isla no eran rehenes ni objeto de amenazas. Si pudieron haber sido secuestrados o sujetos a una acción militar hostil...es solamente una conjetura. Si la acción de Estados Unidos se hubiese reducido a un rescate de emergencia (del tipo de Entebe), seguramente habrían existido menos dudas en cuanto a su justificación". Las fuerzas norteamericanas permanecieron en Grenada casi dos meses después de la invasión. Allí actuaron en la expulsión de los cubanos y otros, se ocuparon en restablecer el derecho y el orden, y las instituciones políticas democráticas, colocando su acción "en una perspectiva diferente". Por ello, concluye que la "[J]ustificación de estas medidas debieron encontrarse en principios jurídicos distintos al de la protección de nacionales de los Estados Unidos".<sup>29</sup>

El argumento del pedido de asistencia de la Organización de los Estados del Caribe Oriental, haciendo referencia a las "condiciones de anarquía, las serias violaciones a los derechos humanos y la consiguiente y sin precedentes amenaza a la paz y seguridad de la región creada por un vacío de autoridad en Grenada", resulta insostenible frente a las Cartas de la ONU y la OEA.<sup>30</sup>

<sup>28</sup> Vagts, D. F., op. cit. supra nota 40, p. 169.

<sup>29</sup> Schachter, O., op. cit. supra nota 3, p. 147. Este autor hace referencia a la resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas que condenó la acción de los Estados Unidos por violar flagrantemente la Carta que "cuenta con el apoyo de una abrumadora mayoría que incluye virtualmente todos los aliados y usuales partidarios de los Estados Unidos". Pocos días antes, Estados Unidos vetó una resolución del Consejo de Seguridad redactada en términos similares a la aprobada por la Asamblea General.

<sup>30</sup> La declaración norteamericana dice a este respecto: "...la Organización de los Estados del Caribe Oriental resolvió tomar una acción basada en el Tratado de 1981 que

Sin embargo, como bien dice Schachter, "la tesis según la cual los Estados vecinos puedan estar autorizados a usar fuerza militar -y legitimar el uso de la fuerza por otros- para hacer frente a una amenaza a su seguridad por un país considerado potencialmente agresivo y peligroso para la paz, va mucho más allá del derecho de la legítima defensa o de una 'operación de paz', según se los entiende generalmente. Una acción tal, hubiese sido legalmente válida si se hubiese tomado de acuerdo con una decisión del Consejo de Seguridad dentro del Capítulo VII. Pero, según este último, un acuerdo regional no tiene el derecho de emplear la fuerza armada de modo coercitivo, es decir, en contra de otro Estado, sin previa autorización del Consejo de Seguridad. Sostener que la acción norteamericana fue lícita porque existía 'un vacío de autoridad' en Grenada (y por lo tanto no fue utilizada 'fuerza' alguna contra Grenada) presupone un derecho de otros Estados de actuar como 'policía' en otros Estados para restablecer la ley y el orden".<sup>31</sup>

El empleo de la fuerza a requerimiento de un país en crisis hecho a través de una autoridad legítima puede ser justificado legalmente, si no es utilizada para imponer restricciones a su independencia política. Pero, como señala Schachter, "cuando se usa la fuerza por otros Estados a falta de aquel requerimiento, ello sólo puede considerarse como una violación de la soberanía territorial del Estado y, por lo tanto, incompatible con el Artículo 2 (4). Que su propósito sea benigno y deseable en sus efectos sobre el país, no constituiría una justificación legal según la Carta (de las Naciones Unidas). Si esta conclusión es correcta, en cuanto la acción en Grenada fue más

---

estableció esa Organización. Este contiene una serie de disposiciones, en los artículos 3, 4 y 8 que tratan acerca de amenazas, tanto locales como externas, a la paz y seguridad. El llamado del Gobernador-General de Grenada pidiendo ayuda a OECO dio una base legítima para tomar una acción colectiva en el marco de este tratado regional. Tanto la Carta de la OEA, como la Carta de la ONU...reconocen la competencia de los cuerpos regionales de seguridad para asegurar la paz y seguridad regionales...El Tratado de la OECO funciona como el acuerdo regional de seguridad de sus países miembros, ninguno de los cuales es parte del Tratado de Río". (*Ibid.*, p. 203).

<sup>31</sup> *Ibid.*, p. 159.

allá del rescate de los nacionales de Estados Unidos, la misma sólo podría haber sido lícita en base a que Estados Unidos y los demás países respondieron a un pedido del Gobernador-General quien era entonces considerado como la única fuente de legitimidad gubernamental en la isla, luego de la caída del régimen anterior".<sup>32</sup>

Respecto a este pedido "se planteó una cuestión de hecho sobre si el Gobernador-General hizo el requerimiento antes de la intervención o si éste fue 'urdido' después de acordada y puesta en marcha la invasión. Otra cuestión que surgió fue la de si el Gobernador-General tenía la autoridad constitucional para formular el pedido. En ambas cuestiones, hubo motivos para poner en duda que la 'solicitud' del Gobernador-General constituía un adecuado justificativo legal de la intervención armada".<sup>33</sup>

En definitiva, coincidimos con el Profesor Nanda cuando expresa que "[D]ando por sentada la validez de la afirmación de la Administración Reagan de que las vidas de nacionales de Estados Unidos estaban en peligro y que la situación en Grenada era a tal punto caótica que la promesa de los gobernantes militares no podría ser confiable, no existe simplemente justificativo en base a razones humanitarias para la continuada presencia y las actividades de las tropas de Estados Unidos en Grenada una vez concluidas las operaciones de rescate durante los primeros días de la acción militar".<sup>34</sup>

Otro de los casos de intervención en América fue la de Estados Unidos en Panamá en diciembre de 1989. La acción norteamericana fue precedida por los esfuerzos dentro de la Organización de los

<sup>32</sup> *Ibid.*, pp. 159-160.

<sup>33</sup> *Ibid.*, p. 164. El Profesor Farer presenta otros elementos en el caso de Grenada: "(a) el mismo fue llevado a cabo por un apoderado; (b) la mayoría de la OECO no podía pretender de modo plausible que los acontecimientos en Grenada constituyeran una amenaza inmediata a la paz y seguridad de la subregión; (c) no quedó en claro que todos los remedios fuera de la ocupación hubiesen sido agotados". (Farer, T. op. cit. supra nota 16, p. 335).

<sup>34</sup> Nanda, V. P., *Tragedies in Northern Iraq, Liberia, Yugoslavia and Haiti. Revisiting the Validity of Humanitarian Intervention Under International Law*, Part. I. "Denver Journal of International Law and Policy", vol. 20, N° 2, Winter 1992, pp. 327-328.

Estados Americanos para hallar una solución a la crisis panameña. El 7 de mayo de 1989, el pueblo de Panamá concurrió a las urnas para elegir autoridades nacionales. Durante algunos años, el Gobierno había estado bajo el control del General Manuel Antonio Noriega. Según fuentes confiables de varios grupos de observadores, la coalición de los partidos opositores obtuvo casi el 70% de los votos emitidos. El Gobierno anuló las elecciones y poco después fue convocada la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores en Washington para considerar la grave crisis panameña "en su contexto internacional".

La Reunión de Consulta envió una misión a Panamá que, en su tercera visita, logró la apertura de negociaciones entre el Poder Ejecutivo, incluso las Fuerzas de Defensa, los partidos oficialistas y los partidos de oposición. El acuerdo para resolver la crisis debía alcanzarse antes del 1ro. de setiembre de 1989, fecha en que las nuevas autoridades surgidas de los comicios del 7 de mayo debían iniciar su período constitucional. Sin embargo, el acuerdo no se logró. El 20 de diciembre, cuando aún estaba abierta la Reunión de Consulta de la OEA, fuerzas norteamericanas invadieron Panamá.

Esta intervención ha sido también objeto de polémica entre los internacionalistas en los Estados Unidos.<sup>35</sup> El estudio acerca de la legalidad de la acción realizada por Estados Unidos en Panamá frente al derecho internacional "debe comenzar por la identificación de las normas jurídicas aplicables: el Artículo 2 (4) de la Carta de las Naciones Unidas, el Artículo 18 de la Carta de la OEA, los principios de derecho consuetudinario tal como han sido interpretados por la Corte Internacional de Justicia en el *Caso del Canal de Corfú* y en el

<sup>35</sup> Como ejemplo, véase Agora: *U. S. Forces in Panamá, Aggressors or Human Rights Activists?* en 84 "American Journal of International Law", N° 2, Abril 1990, que incluye las siguientes contribuciones: Nanda, V. P., *The Validity of United States Intervention in Panamá Under International Law*, pp. 494-503; Farer, T. J., *Panamá: Beyond the Charter Paradigm*, pp. 503-515; D'Amato, A. *The Invasion of Panamá Was a Lawful Response to Tyranny*, pp. 516-524.

de las *Actividades Militares y Paramilitares en y en contra de Nicaragua*".<sup>36</sup>

Uno de los fines declarados de la invasión fue el de salvaguardar las vidas de los nacionales de los Estados Unidos. A este respecto, Nanda nos recuerda que aun aquellos que abogan por la validez de la intervención humanitaria "sólo pueden justificar una intervención unilateral limitada y temporaria, únicamente como último recurso y solamente cuando cumpla los criterios gemelos de necesidad y proporcionalidad en el uso de la fuerza tal como lo exige el derecho internacional consuetudinario. Además, esa acción unilateral está sujeta en última instancia a ser revisada por la comunidad. Así, pese a la falta de acuerdo en la interpretación del Artículo 51 de la Carta de la ONU, y en tanto las operaciones de rescate de los propios nacionales puedan considerarse permitidas, la invasión de los Estados Unidos a Panamá no satisface el estándar mínimo requerido de necesidad y proporcionalidad". Y concluye: "dando por sentado que se justificaba algún grado de intervención para proteger los nacionales norteamericanos, la escala de la operación y el prolongado período de intervención, unido a los demás objetivos de la invasión, arrojan serias dudas de que la misma constituya un caso de legítima intervención humanitaria".<sup>37</sup>

Acerca del objetivo de restablecer la democracia en Panamá, coincido con Nanda cuando sostiene que "es poco probable que la intervención militar sea un medio efectivo de promover los valores democráticos" y que "la intervención extranjera impide el genuino desen-

<sup>36</sup> Nanda, V. P. op. cit. supra, nota 34, pp. 495-496. Este autor expresa que "En cuanto a la cuestión de si los propósitos declarados de la Intervención en Panamá caen dentro de alguna de las excepciones del Artículo 51 de la Carta de la ONU, del Artículo 21 (hoy Artículo 22) de la Carta de la OEA o de los principios de derecho internacional consuetudinario relativos al uso de la fuerza", deben analizarse la salvaguardia de la vida de los ciudadanos norteamericanos, el establecimiento de la democracia, la integridad de los Tratados del Canal de Panamá y la captura de Noriega.

<sup>37</sup> *Ibid.*, p. 496. En realidad, Nanda debió decir, en la última frase de la cita, "un caso de acción humanitaria legítima" pues la intervención humanitaria unilateral, tal como ha sido definida, es ilegítima.



volvimiento de la democracia; si las fuerzas democráticas están bien desarrolladas en el país blanco de la invasión, las mismas posiblemente prevalecerán sin la ayuda extranjera; si, en cambio, están subdesarrolladas o son inexistentes, probablemente sucederá un período de tutelaje bajo dominación extranjera lo cual es contrario al principio de autodeterminación".<sup>38</sup>

Como expresa Schachter, "la idea de que las guerras hechas por una buena causa como la democracia y los derechos humanos no implican una violación a la integridad territorial o la independencia política exige una construcción orwelliana de dichos términos".<sup>39</sup>

Por otra parte, ni la integridad de los Tratados del Canal de Panamá, ni la sentida necesidad de capturar a Noriega dan fundamentos jurídicos en favor de la acción norteamericana en Panamá. La invasión fue condenada en las Naciones Unidas y en la OEA.

### III. *La acción colectiva humanitaria*

No puede negarse la necesidad de hallar una solución jurídica para enfrentar situaciones de violaciones masivas de los derechos humanos. La intervención humanitaria unilateral no es el camino apropiado. En este sentido, los esfuerzos de algunos distinguidos juristas para justificar la legitimidad de esa doctrina nos parecen un ejercicio fútil.

El único recurso válido ante el derecho internacional en los casos de graves abusos a los derechos humanos en crisis internas, corresponde al Consejo de Seguridad, previa determinación por este órgano de que esa situación amenaza la paz y seguridad internacionales.

El fin de la Guerra Fría ha permitido el Consejo de Seguridad tomar o autorizar medidas de fuerza según el Capítulo VII de la Carta de las

<sup>38</sup> *Ibid.*, p. 499, citando a Barry, *The Conflict Between United States Intervention and Promoting Democracy in the Third World*, 60 "Temple Law Quarterly" (1987), p. 1015.

<sup>39</sup> Schachter, O., *The legality of Pro-Democratic Invasion*, 78 "American Journal of International Law" (1984), p. 645.

Naciones Unidas. Así, por ejemplo, en el caso de la crisis haitiana, el Consejo de Seguridad, motivado, entre otras cosas, por la preocupación causada por "la frecuencia de diversas crisis humanitarias, incluidos desplazamientos masivos de población, que se convierten en amenazas", determinó que ante las "circunstancias singulares y excepcionales, la continuación de esta situación amenaza a la paz y seguridad internacionales de la región". Basado en tal determinación y actuando en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, el Consejo resolvió imponer un embargo sobre la venta o el suministro de petróleo o armas a Haití.<sup>39 bis</sup>

Posteriormente, el Consejo de Seguridad, frente a la actitud de las autoridades de facto en Haití de hacer caso omiso al Acuerdo de Governors Island, firmado entre el Presidente Constitucional y el Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas de Haití y el Pacto de Nueva York suscrito entre los representantes de los partidos políticos representados en el Parlamento haitiano, y "[P]rofundamente preocupado por el nuevo y considerable empeoramiento de la situación humanitaria en Haití, en particular la continua intensificación de las violaciones sistemáticas de las libertades civiles por parte del régimen ilegal de facto, la situación desesperada de los refugiados haitianos y la reciente expulsión del personal de la Misión Civil Internacional..." determinó "que la situación en Haití sigue constituyendo una amenaza para la paz y la seguridad de la región".

Esta vez, el Consejo de Seguridad, también "[A]ctuando con arreglo al Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas", resolvió autorizar "a los Estados Miembros a integrar una fuerza multinacional bajo mando y control unificados, y dentro de ese marco, a recurrir a todos los medios necesarios para facilitar la partida de Haití de los dirigentes militares, de conformidad con el Acuerdo de Governors Island, el pronto regreso del Presidente legítimamente electo y el restablecimiento de las autoridades legítimas del Gobierno de Haití, así como a establecer y mantener un entorno seguro y estable que

<sup>39 bis</sup> Resolución 841 (1993), aprobada por el Consejo de Seguridad el 16 de junio de 1993.



permita la aplicación del Acuerdo Governors Island, en la inteligencia de que el costo de esta operación temporaria será sufragado por los Estados Miembros que participen en ella."<sup>40</sup>

Acerca del empleo de la fuerza según el Capítulo VII de la Carta de la ONU en estos últimos años, un ex-Subsecretario de la Organización, Briand Urquhart, observa que "ha habido una considerable crítica y resentimiento, especialmente en el mundo en desarrollo, al papel dominante de los cinco miembros permanentes del Consejo de Seguridad, y en particular de los Estados Unidos, durante la crisis del Golfo...Además, otra fuente de inquietud es el entusiasmo de algunos de los miembros permanentes en favor de la intervención de las Naciones Unidas en situaciones humanitarias y de derechos humanos, con prescindencia de la soberanía nacional y del Artículo 2 (7) de la Carta que impide a las Naciones Unidas intervenir en asuntos de la jurisdicción interna de los Estados miembros. Esta tendencia se considera en ciertas partes del mundo como un manto para encubrir el intervencionismo del gran poder, y como tal, será probablemente resistido".<sup>41</sup>

Sin embargo, el camino jurídicamente válido ante situaciones de violaciones a los derechos humanos fundamentales es el de la acción humanitaria de carácter colectivo e internacional. Esta últimas, como dice el profesor Henrikson, en la actual coyuntura mundial, "aunque no parece 'real' por lo menos no resulta ilusoria".<sup>42</sup>

Otro estudioso de este tema observa que "Deben ocurrir dos importantes cambios en la práctica de los Estados si el nuevo orden mundial ha de hacer efectivo su potencial. En primer lugar, el unilateralismo en el uso de la fuerza debe desgastarse constantemente en favor de las acciones colectivas, en particular de las que auto-

<sup>40</sup> Resolución 940 (1994), aprobada por el Consejo de Seguridad el 31 de julio de 1994.

<sup>41</sup> Urquhart, B., *The United Nations: From Peacekeeping to a Collective System?* Trabajo preparado para el International Institute of Strategic Studies, Setiembre 1991.

<sup>42</sup> Henrikson, A. K., *Defining a New World Order: A Discussion Paper prepared for Roundtable on Defining a New World Order*, The Fletcher School of Law and Diplomacy, May 2 and 3, p. 31.

riza el Consejo de Seguridad. El conflicto del Golfo representó un movimiento inicial en esta dirección. Los teóricos del derecho y los estrategas políticos deben concentrarse menos en justificar las acciones unilaterales de los Estados cargando más excepciones sobre la prohibición general del uso de la fuerza y concentrarse más en las medidas que las Naciones Unidas y los organismos regionales pueden y deben autorizar para hacer cumplir el derecho internacional...El segundo cambio fundamental...es el reemplazo de las cruzadas ideológicas, para justificar el empleo de la fuerza por la protección de los derechos humanos colectivos de los pueblos que sufren bajo un régimen de represión. En alguna medida este cambio ya está en marcha. Las doctrinas Brezhnev y Reagan ya no se utilizan como justificativo de intervenciones de las superpotencias".<sup>43</sup>

Esta nueva era de acción colectiva humanitaria del Consejo de Seguridad comienza poco después de la derrota del ejército iraquí en la Guerra del Golfo, ante la represión de civiles por parte de Irak, en particular de la población kurda.<sup>44</sup> Posteriormente, el Consejo llevó su acción humanitaria especialmente a Somalia y la ex-Yugoslavia, incluso con el concurso de fuerzas militares, debido a la obstrucción deliberada de la entrega de la asistencia o de los actos de violencia contra el personal a cargo de la ayuda o el desvío indebido de la misma.

En este sentido, como se ha observado, hay algunos aspectos que deben ser cuidadosamente examinados. Uno de ellos es la necesidad de emplear la "diplomacia preventiva, los servicios de establecimiento

<sup>43</sup> Scheffer, D. J., *Use of force after the Cold War: Panamá, Iraq, and the New World Order*, en Henkin, L. et al: *Right V. Might, International Law and the Use of Force*, Council on Foreign Relations, New York, 1991, pp. 156-157. Este autor concluye correctamente que "El Derecho Internacional sobre el uso de la fuerza está ya evolucionando más allá de las presunciones estáticas de la Guerra Fría, apuntando hacia las violaciones de tales principios fundamentales (si bien a veces conflictivos) como la soberanía territorial y los derechos humanos. La acción colectiva para hacer cumplir esos principios y decidir cuándo uno tiene que ceder al otro, tendrá que tener precedencia sobre el unilateralismo" (*Ibid.*, pp. 157-158).

<sup>44</sup> Resolución 688 (1991) aprobada por el Consejo de Seguridad el 5 de abril de 1991.

y mantenimiento de la paz, no sólo de las Naciones Unidas, sino de organizaciones intergubernamentales regionales y de grupos ad hoc de Estados, como el grupo de Contadora que preparó el escenario para los Acuerdos de Esquipulas en América Central. Estas actividades son claramente pertinentes para conflictos internos".<sup>45</sup>

Otro aspecto a considerar es el que menciona el profesor Adams Roberts con respecto a "la selectividad y los estándares dobles". "La conciencia de la humanidad, dice, fue sacudida por la difícil situación de los kurdos iraquíes, la lucha depravada y los asedios en la ex-Yugoslavia y el hambre en Somalia. Pero ha habido otras situaciones, tal vez igualmente horribles, en los últimos años. El hecho de que las matanzas masivas en Camboya, los tiroteos en Beijing, la cruel dictadura en Myanmar (Birmania) o las catástrofes en Sudán no hayan llevado a intervenciones humanitarias indica que en la toma de decisiones están involucrados algunos otros factores".<sup>46</sup>

Entre los factores que han influido en las recientes decisiones deben mencionarse la cobertura por televisión de ciertas situaciones que sacuden la opinión pública, el llamado "factor CNN", y la "fatiga de los donantes", elemento esencial para contar con los recursos financieros requeridos para estas operaciones.

Como observamos, la acción humanitaria emprendida últimamente por el Consejo de Seguridad no está exenta de censura. El profesor Brownlie, catedrático de la Universidad de Oxford, afirma que "la idea de la intervención armada, con el uso de armamentos modernos y poder de fuego masivo para proteger los derechos humanos, no es precisamente atractiva". Se muestra escéptico acerca de la posibilidad de que las intervenciones para "restaurar la democracia" o "sostener los derechos humanos" puedan generar una costumbre internacional por no estar acompañadas de *opinio juris*. Por ejemplo, señala con razón que las decisiones sobre estas acciones son tan selectivas y discriminatorias, que no están dominadas por consideraciones ju-

<sup>45</sup> Stanton, K., *Pitfalls of Intervention, Sovereignty as a Foundation for Human Rights*. "Harvard International Review" (Fall 1993), vol. XVI, N° 1, p. 16.

<sup>46</sup> Véase *supra* nota 12, p. 12.

ridicas. Sin embargo, su crítica engloba dos casos diferentes: las intervenciones humanitarias unilaterales -como la de Panamá- y las acciones colectivas del Consejo de Seguridad en ejercicio de sus atribuciones según el Capítulo VII de la Carta de la ONU.<sup>47</sup>

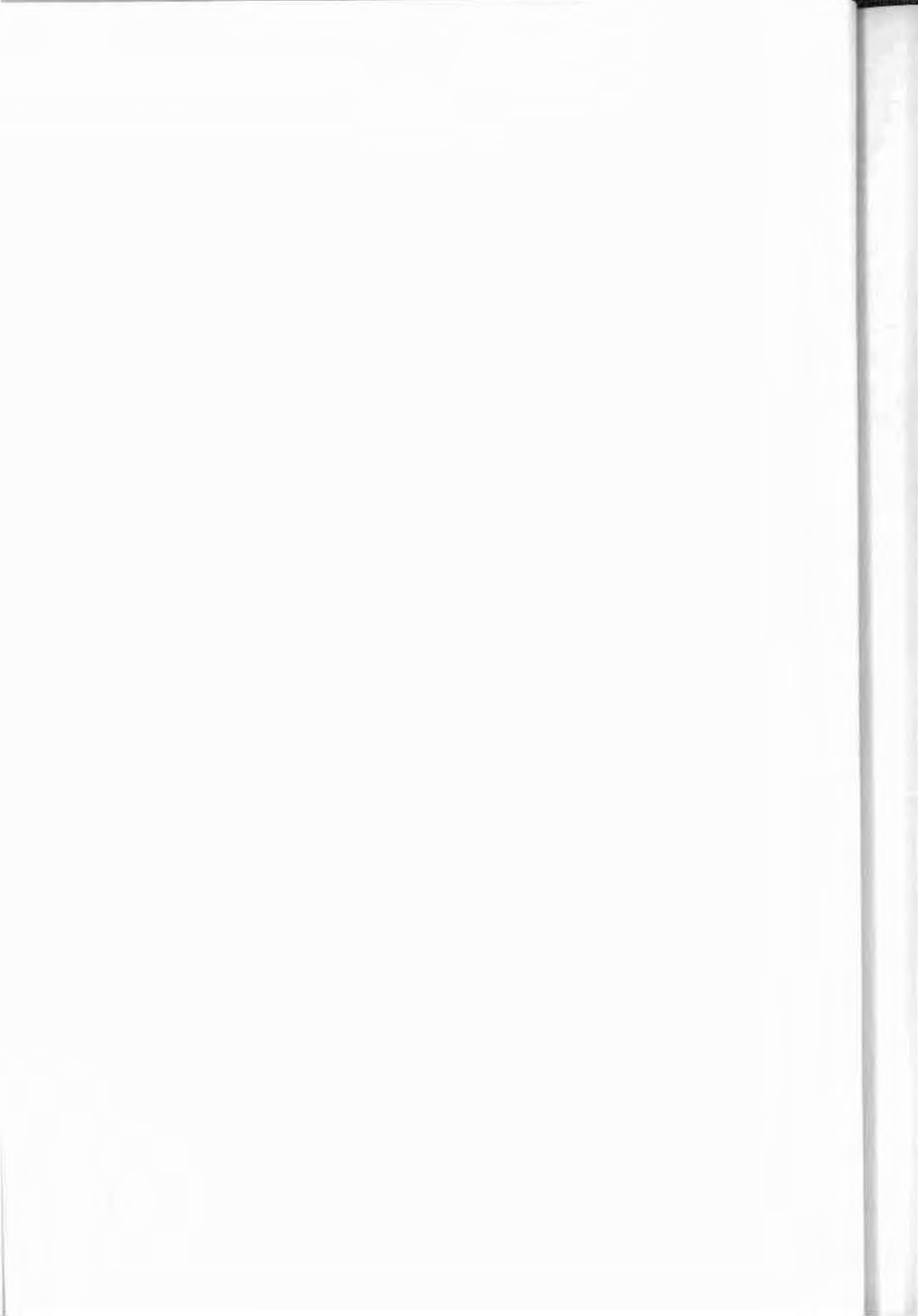
En este sentido, es esencial que el Consejo de Seguridad actúe de modo similar ante situaciones análogas, consolidando la ilegalidad de la intervención humanitaria unilateral salvo cuando se cumplan los requisitos de necesidad y proporcionalidad que establece el derecho internacional y se respeten los Propósitos de las Naciones Unidas.

Comencé mi exposición con una cita de Sir Robert Jennings y quiero cerrarla con otra del mismo autor, tomada de la misma conferencia sobre la disciplina del derecho internacional.

*"A menos que la prueba formal de lo que es derecho internacional y de lo que no lo es pueda ser ajustada, aclarada y disciplinada, nos encontraremos con un derecho internacional convirtiéndose más y más en una serie de expresiones de una máscara jurídica de las ambiciones de diferentes grupos políticos y económicos de presión. Ya con demasiada frecuencia, el derecho internacional se aproxima a una afirmación que lo que digo tres veces es opinio juris. Esas expresiones de intereses particulares pueden ser, por supuesto, muy poderosas -en ocasiones, y por algún tiempo, aparentemente más poderosas que el propio derecho-. No obstante, a menos que el límite entre lo que es derecho y lo que es sólo una propuesta pueda trazarse más o menos claramente, el derecho internacional se verá en gran parte debilitado".*<sup>48</sup>

<sup>47</sup> Brownlie, I., *International Law in the Context of the Changing World Order*, en *Perspectives on International Law*, editado por Nandasiri Jasentullyana, Kluwer Law International, 1995, p. 59.

<sup>48</sup> Véase supra nota 1, p. 632.



## RESPONSABILIDAD POR CONTAMINACIÓN AMBIENTAL

Convenciones internacionales de 1969-1971  
y sus protocolos modificatorios (1984-1992)

*Disertación pronunciada por el académico Presidente  
Dr. José Domingo Ray, en la Academia Nacional de Derecho  
y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión pública  
del 10 de setiembre de 1996\**

\* La sesión pública de la Academia contó con la presencia del Director del Fondo Internacional de Compensación, señor Mans Jacobsson. Tuvo por finalidad brindar un panorama de la problemática ambiental y legislativa internacional, ante la posibilidad de que la República Argentina adhiera al sistema de la responsabilidad civil por daños a consecuencia de accidentes que determinen o puedan determinar contaminación por hidrocarburos.



## I. Introducción

1. *Protección ambiental.* En el mundo hay preocupación por proteger el planeta Tierra, al punto de que han aparecido los partidos ecologistas que enarbolan como bandera esa tesis y su emblema es el color verde. De ahí que el término "ecología" tenga no sólo un sentido cultural y científico, sino también político.

La primera Conferencia importante, convocada por Naciones Unidas, se realizó en Estocolmo en 1972, bajo el rubro "United Nations Conference on the Human Environment" y adoptó una Declaración sobre la protección ambiental, con un preámbulo y veintiséis principios fundamentales.

Veinte años después, en 1992, se celebró en Río de Janeiro una segunda Conferencia que significó un sensible progreso.

Tanto una como otra Conferencia no tuvieron por finalidad consagrar convenciones con efectos vinculatorios, limitándose a proclamar lo fundamental para la protección del medio ambiente.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Ver C.M.I. "News Letter" (1992, N° 3) sobre el Seminario al que nos referimos más adelante y ver especialmente *Liability for Damage to the Marine Environment*, ed. por Colin M. De La Rue. Recopilación de los trabajos presentados al Seminario de Génova de 1992, auspiciado por el C.M.I. Patricia Birnie en *Protection of the Marine Environment: The Public International Law Approach*, hace referencia a las convenciones que no tienen efectos vinculantes (soft Law) y a aquéllas que los tienen (hard Law).



Hoy se habla de un nuevo derecho, el "ambiental", y en la reforma de nuestra Constitución se han introducido los artículos 41 y 43 en los que se formulan declaraciones, delimitación de competencias y acciones que pueden ejercitarse en defensa de la protección del ambiente.

2. *El tema de nuestra exposición y repercusión en el orden jurídico.* Dada la amplitud del tema en el campo del derecho, y en el específico del marítimo, concretaremos nuestra exposición a las Convenciones de 1969 y 1971, a sus protocolos modificatorios y a la Oil Pollution Act de EE.UU., con la finalidad de ilustrar sobre un tema de interés fundamental para la protección de las costas y de las aguas de todos los países del mundo.

Quedan al margen de esta exposición las Convenciones calificadas de Marpol, las normas administrativas que tienden a combatir, en líneas generales, la contaminación, y las disposiciones que aparecen en la Convención del Mar de 1982. En este estatuto internacional se establecen las medidas que deben tomarse para la protección del mar y de sus costas frente a la contaminación por distintos medios, específicamente la que puede derivar de los buques y de su navegación.<sup>2</sup>

También queda al margen el estudio de la Convención aprobada en la Conferencia Diplomática -que se celebró este año en Londres, convocada por O.M.I.- sobre responsabilidad por el transporte de mercaderías nocivas y peligrosas y que tiene cierta vinculación con las que son objeto de nuestra exposición.

En estas convenciones, como en tantas otras del derecho marítimo, sus temas trascienden el ámbito específico del sector del derecho que se califica como tal, porque entran dentro del campo de otros, como el

<sup>2</sup> Ver arts. 192 a 237 de la Convención del Mar de 1982, Apéndice I de Ray J. D., *Derecho de la Navegación*, 1992, texto de la Convención.

Esos artículos se refieren a la prevención, reducción y control de la contaminación causada por buques:

Desde luego, se prevé también la contaminación que puede provenir de tierra y desde la atmósfera.

derecho constitucional, el internacional público y privado, el administrativo, el civil y el de la responsabilidad en general.

Se prueba así una vez más que las sistematizaciones en derecho son esencialmente relativas y que deben hacerse cuando se justifican con una finalidad científica, jurisdiccional, legislativa o didáctica.

Ese criterio de la estructuración científica, con la posibilidad de la interpretación analógica, la determinación de una jurisdicción especial, la posibilidad de una regulación armónica en códigos o leyes especiales, nos lleva a poner de manifiesto la relatividad del término "autonomía", así como la necesidad de coordinar las distintas normas de los ordenamientos nacionales e internacionales para la solución de los problemas concretos que puedan plantearse.<sup>3</sup>

Señalamos ese aspecto del tema para destacar una vez más la "unidad del derecho", la necesidad de una formación integral del jurista que se especializa en alguna de las ramas del mismo y la importancia de las convenciones y de la legislación a las que esquemáticamente hemos de referirnos.

*3. Los accidentes y el Comité Marítimo Internacional.* Ante todo debemos señalar que las Conferencias convocadas y las Convenciones y sus protocolos modificatorios aprobados, tuvieron lugar después de tres accidentes que conmovieron a la comunidad internacional y que fueron el "Torrey Canyon", en 1967; el "Amoco Cadiz", en 1978 y el "Exxon Valdez", en 1989.

Ello no significa que muchos de los otros accidentes, como el del "Haven" en Italia, del "Aegean Sea" en España y el del "Braer" en el Reino Unido, no tuvieran importancia por los problemas jurídicos planteados a consecuencia de los mismos, pero aquéllos son el antecedente inmediato de las Conferencias de 1969, de 1984 y 1992 a las que como hemos dicho nos vamos a referir muy sintéticamente.

<sup>3</sup> Sobre el tema de la "autonomía", ver los trabajos citados en nuestro *Derecho de la Navegación* (1992) Cap. IV, nota 1, pág. 100, en especial nuestra tesis, y *Las autonomías de las ramas de la ciencias jurídicas*, comunicación con Juan Francisco Linares ("Anales" de la Academia y separata).

A su vez, y como reconocimiento al Comité Marítimo Internacional, entidad madre a la que está adherida nuestra Asociación de Derecho Marítimo desde 1905, debemos señalar que esa entidad tuvo una labor preponderante en la preparación de esos proyectos de Convención y, por lo tanto, en lo referente a la responsabilidad por los daños y perjuicios a consecuencia de accidentes y la contaminación por hidrocarburos.

## II. El "Torrey Canyon" y la Organización Marítima

En el mes de febrero de 1967 el buque "Torrey Canyon" partió del Golfo Pérsico, con un cargamento de 120.000 toneladas de petróleo crudo, con destino a Milford Haven y naufragó al sudoeste de Inglaterra, filtrándose miles de toneladas de petróleo que amenazaron las costas inglesas y las francesas de Normandía.

Ante el fracaso de las operaciones de salvamento y habiéndose afectado 100 millas de las costas inglesas, el gobierno de Gran Bretaña decidió que sus fuerzas navales y aéreas bombardearan el buque y la marea negra que se había formado, para así quemar el petróleo y detener las consecuencias más graves que podrían derivar para las costas del Canal de la Mancha.

A fines del mes de marzo se había consumido la totalidad del petróleo en los lugares cercanos a aquél en que se había producido el naufragio.

Es tradicional que en el derecho marítimo el propietario o armador del buque puede limitar la responsabilidad mediante algunos de los sistemas vigentes, y el accidente del "Torrey Canyon" planteaba un grave problema y ponía en crisis el derecho de los reclamantes frente a la limitación, en la hipótesis de que el propietario o armador del buque pudiera ejercitar ese recurso.<sup>4</sup>

<sup>4</sup> Ver Robert Smet, "Le cas du 'Torrey Canyon'", en "Journal des Tribunaux" (6 de mayo de 1967) sintetizado en el trabajo citado en la nota 6, así como otros artículos interesantes publicados poco tiempo después del accidente.

Ese accidente determinó que la entonces Organización Marítima Consultiva Intergubernamental (O.M.C.I.) -hoy Organización Marítima Internacional (O.M.I.)- se abocara al estudio del tema, para contemplar una regulación internacional sobre la responsabilidad e intervención de los Estados, en caso de accidentes que pudieran afectar sus costas y las aguas adyacentes.

La O.M.I. requirió la asistencia jurídica del Comité Marítimo Internacional y durante los años 1967 y 1968 un Comité, presidido por Lord Devling, ex-juez de la Cámara de los Lores de Londres, después de numerosas reuniones, redactó el proyecto de convención internacional que debía presentarse a la próxima Conferencia del Comité, a celebrarse en Tokio en el mes de marzo de 1969.

Desde entonces nos hemos ocupado del tema por la importancia de los problemas que se habían planteado como consecuencia del accidente del "Torrey Canyon".

Invitamos al profesor Nicholas Healy, integrante del Comité presidido por Lord Devling, en el año 1968, a exponer en la cátedra a nuestro cargo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires sobre la labor que había realizado ese Comité en función de los problemas suscitados.<sup>5</sup>

En la Conferencia del C.M.I. celebrada en Tokio, en el primer cuatrimestre de 1969, tuvimos oportunidad de escuchar los argumentos que se esgrimían al enfrentarse las tres tesis sobre la responsabilidad: la de la culpa, la de la presunción de la misma y la estricta, absoluta u objetiva.<sup>6</sup>

Cabe señalar que en 1969 se estaba en los albores de la responsabilidad objetiva en el campo del derecho marítimo, admitida en el derecho aeronáutico por los daños que pudieran causarse a los terceros de la superficie.

<sup>5</sup> Ver Healy, J. Nicholas, "Conferencias en la cátedra de Derecho de la Navegación del Prof. José D. Ray". Instituto de Derecho de la Navegación, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, pág. 65.

<sup>6</sup> Ver Ray, J. D., "La 28 Conferencia del Comité Marítimo Internacional" en Rvta. "La Ley". 14 de mayo de 1970 y op. cit. *Derecho de la Navegación*, T. III, Cap. LX.

En nuestro derecho esa responsabilidad -que existía desde años atrás para los accidente del trabajo- se introdujo en la reforma del Código Civil del año 1968, para los daños causados por el riesgo o vicio de la cosa.<sup>7</sup>

En la Conferencia de Tokio de 1969 se aprobó el proyecto sobre la base de la culpa presunta, canalizando una responsabilidad limitada hacia el propietario del buque y desechando la responsabilidad del titular de la carga como algunos pretendían.

La Organización Marítima convocó para el mes de noviembre de ese mismo año a una conferencia diplomática en la ciudad de Bruselas y ésta, después de analizar los proyectos presentados, aprobó dos convenciones, una sobre responsabilidad civil y la otra relativa a la intervención en altamar en los casos de siniestros que pudieran determinar contaminaciones por petróleo.<sup>8</sup>

### III. *Convención sobre intervención en altamar*

Es un principio tradicional del derecho del mar que fuera de las aguas territoriales y zonas en que los Estados costeros tienen posibilidad de ejercer actos jurisdiccionales, ningún Estado puede ejercerlos sobre los buques que enarbolen otro pabellón.

La Convención de Ginebra de 1958 sobre el alta mar consagró ese principio en su artículo 2, disponiendo que ningún Estado podía pretender legítimamente someter cualquier parte de ella a su soberanía, y en el artículo 6 se agregaba que los buques están sometidos a la jurisdicción exclusiva del Estado del pabellón, salvo en los casos excepcionales previstos de un modo expreso en los tratados interna

<sup>7</sup> Ver nuestras observaciones en "Derecho y Realidad" (publicación de la Academia, 1990, pág. 60, N° 10) en la labor del legislador y luego en "Distintos enfoques sobre la responsabilidad en el Derecho" 1996 (Conferencia en la Academia de Ciencias Sociales y Políticas de Venezuela). Ver "Anales" de nuestra Academia y separata.

<sup>8</sup> Ver Ray, J. D., "La Conferencia de Bruselas sobre la contaminación de las aguas y costas" en Rvta. "La Ley" del 1° de octubre de 1970.

cionales y en los casos exceptuados, como los de piratería internacional o persecución iniciada en aguas jurisdiccionales o en la zona contigua.

La Convención suscripta en noviembre de 1969 concretó una excepción al principio tradicional de no intervención en alta mar, puntualizando cuándo y cómo los Estados deben actuar en los casos en que sus costas e intereses conexos se encuentren amenazados por un peligro de contaminación.

El principio general que se aprobó fue que los Estados contratantes, es decir, los que son partes en la Convención, quedan facultados a tomar en alta mar las medidas que fueren necesarias para prevenir, atenuar o eliminar un peligro grave e inminente en sus costas o intereses conexos, por contaminación o amenaza de contaminación del mar por petróleo, a consecuencia de un siniestro marítimo o de actos relacionados con ese siniestro, que puedan razonablemente temerse tengan por resultado consecuencias perjudiciales (art. 1).

En cierto modo, podríamos decir que la Convención consagra el derecho de legítima defensa de los Estados, a proteger sus aguas, sus costas y sus intereses conexos, amenazados por contaminación, y la forma como se debe proceder ante esa amenaza o hechos concretos de esa naturaleza.

#### *IV. Convención sobre responsabilidad civil de 1969*

a) La Convención sobre Responsabilidad Civil, "Civil Liability Convention (CLC)", aprobada en 1969 en la conferencia diplomática de Bruselas, no siguió el principio de la culpa presunta sino de la responsabilidad objetiva.

b) La Convención se funda en la canalización de esa responsabilidad hacia el propietario del buque, incluyendo la de los dependientes o agentes del propietario. Es indiferente el pabellón o la matrícula del buque.



c) La limitación se estableció sobre la base de una suma por tonelada de arqueado del buque que no excediera de 210.000.000 Francos Poincaré, en total, y se concreta mediante la constitución de un fondo que excluye la posibilidad de interponer otras acciones después de haberse constituido el mismo.

Es sabido que el Franco Poincaré es una moneda ideal sobre la base de un por ciento de oro de 900 milésimas de fino.

d) A su vez, el propietario del buque que transporte más de 2.000 toneladas de hidrocarburos debe constituir un seguro u otra garantía económica razonable por el importe de la limitación, y la autoridad competente del Estado de matrícula del buque debe emitir un certificado que atestigüe sobre la constitución de la garantía.

e) En esta Convención se perfilaron las tres características de la responsabilidad objetiva, que es independiente de la culpa y sólo exige para admitirla acreditar la relación de causalidad entre el hecho y los perjuicios.

Esas tres características son: la limitación en un tope fijo, la garantía del pago del mismo y la canalización hacia una persona, en este caso el propietario del buque a la fecha del accidente, facilitándose así las demandas, sin perjuicio del derecho de recurso que pueda tener el propietario contra terceros.

f) A pesar de consagrar el sistema de responsabilidad objetiva, el propietario del buque puede exonerarse acreditando que los daños derivaron: a) de hechos de guerra u hostilidades, insurrección y guerra civil; b) de un fenómeno natural de carácter excepcional, inevitable e irresistible; c) de sabotaje, o una omisión, o un acto ejecutado con intención de causar el daño por un tercero; d) de negligencia u otro acto ilícito de un gobierno o autoridad responsable del mantenimiento de faros y balizas u otros elementos auxiliares de la navegación y e) si el daño es causado por acción intencionada o negligencia del damnificado.

g) El límite de la responsabilidad se puede quebrantar, es decir que el propietario no puede invocarlo si el accidente se debe a su culpa personal.

h) Preguntándonos por el ámbito de aplicación del Convenio debemos responder que se aplica en todo suceso que pueda afectar las costas o aguas jurisdiccionales de un Estado parte de la Convención. Es decir que interesa el lugar de los daños que afectan a las personas y bienes radicados en un Estado parte, con independencia del lugar del accidente y de la bandera y matrícula del buque.

i) Se excluyen los hidrocarburos no persistentes (gasolina, kerosene, etc.) y el derrame o filtración del combustible del buque porque se refiere a la contaminación por hidrocarburos transportados en buques tanques. De aquí que se está proyectando una Convención especial para la contaminación consecuencia del hidrocarburo utilizado como combustible en cualquier tipo de buque y el C.M.I. se está ocupando del tema.

Ante la pregunta de por qué se excluye la contaminación por el petróleo utilizado como combustible la respuesta es porque entonces estarían comprendidos todos los buques y el riesgo es muy distinto al que deriva de los buques tanques.

#### V. *Convención creando un fondo internacional*

a) En la Conferencia diplomática de 1969, se renovó la ponencia que se había hecho en anteriores reuniones de que la obligación de indemnizar debía recaer sobre la carga pero, como ya señalamos, prosperó la tesis de su canalización hacia la persona del propietario del buque y, ante la consagración de un límite que se consideraba reducido, se recomendó que la Organización Marítima proyectara un plan de indemnización fundado en la creación de un Fondo internacional.

Fue así que la O.M.I. convocó a una Conferencia que, en 1971, aprobó una Convención, creando un Fondo Internacional que se constituye con las contribuciones que se establecen para las empresas que reciben por año más de 150.000 toneladas de hidrocarburos, en puertos o terminales de los Estados partes.



El Fondo es un organismo intergubernamental, compuesto por una Asamblea de los Estados-partes en la Convención, con un Comité Ejecutivo y un Secretariado, dirigido por el administrador, que se denomina Director del Fondo Internacional para la Indemnización de Daños Causados por Hidrocarburos, y que tiene su sede en Londres.

b) La función fundamental del Fondo es otorgar o complementar las indemnizaciones a las víctimas de los daños por contaminación, cuando no han obtenido satisfacción a sus reclamos, de acuerdo con lo establecido por el convenio de responsabilidad civil.

Es decir, que se asegura y complementa el pago que no se obtiene por vía de la Convención de 1969.

c) El Fondo mantiene relaciones con organizaciones internacionales, intergubernamentales y privadas, después de producidos los siniestros, y con las que agrupan a los propietarios y armadores de buques y a las empresas petroleras y sus respectivos aseguradores.

El Fondo al constituirse en 1978 contaba con 14 Estados miembros y en 1995 con 71.

A su vez, el Secretario del Fondo asiste a los Estados que no son miembros para proyectar la legislación nacional necesaria para la incorporación a la legislación internacional, constituida por el Fondo y la Convención sobre Responsabilidad Civil a las que nos estamos refiriendo.

d) La característica de esta Convención del Fondo es que la ratifican los Estados, pero quienes deben contribuir son las empresas receptoras de petróleo y el Fondo les factura las contribuciones que deben pagarse de acuerdo con el presupuesto anual.

e) El Fondo -según el convenio de 1971- indemnizaba parcialmente al propietario, siempre que el accidente no fuera el resultado de culpa temeraria suya o que el buque por culpa del propietario no hubiera cumplido con los requerimientos de los convenios internacionales. Esta disposición se suprimió en 1992.

f) Tanto las cifras de la Convención de 1969 como las de la de 1971 expresadas en Francos Poincaré se transformaron en derechos especiales de giro en la Conferencia Diplomática de 1976.

g) Debemos señalar que la Convención del Fondo se aplica a los casos de contaminación en los lugares jurisdiccionales del Estado parte que sufren daños causados por un escape o descarga de petróleo de un buque de navegación marítima (*sea-going vessel*) (art. 2º.) En otras palabras, que es fundamental que el buque sea de navegación marítima. En algunas oportunidades se nos ha consultado sobre algunas construcciones flotantes que pueden realizar navegación como las plataformas "*off-shore*" (fuera de las costas) que queden inmovilizadas durante la explotación.

No entraremos en detalles al respecto porque es un tema polémico y a él nos hemos referido al tratar el concepto de buque en nuestro *Derecho de la Navegación* (1992).<sup>9</sup>

## VI. El "Amoco Cadiz" y la convocatoria de O.M.I.

### 1. El "Amoco Cadiz"

a) El 16 de marzo de 1978, el buque "Amoco Cadiz", de 230.000 tons. de porte bruto, en ruta del Golfo Pérsico a Rotterdam, varó frente a las costas de Bretaña, por una falla en el aparato que gobernaba el buque (timón y hélice).

El remolcador "Pacific" de Alemania Occidental intentó remolcarlo sin éxito y el viento y el mar lo llevaron a encallar y, definitivamente, al partirse el casco, se expandió el petróleo transportado sobre las costas francesas.

b) El buque había salido de las gradas de "Astilleros Españoles S.A.L." en los cuales se habían construido las carabelas en que navegó Colón, viaje que culminó con el descubrimiento de América.<sup>10</sup>

c) El caso del "Amoco Cadiz", que hemos tenido oportunidad de analizar, es uno de los más interesantes en el derecho comparado por la infinidad de problemas que se plantearon.

<sup>9</sup> Ver Ray, J. D., op. cit., T. 1, cap. XII, N° 13, pág. 244.

<sup>10</sup> Ver Ray, J. D., *Derecho de la Navegación*, op. cit., nota 6.

Se cuestionó la responsabilidad de los constructores del buque, de la sociedad que le otorgó la clasificación, de sus propietarios y armadores y de la empresa que lo asistió.

También se suscitó el tema de la responsabilidad de las empresas controlantes por los hechos o actos jurídicos de las controladas y la del Estado francés, a quien se pretendió inculpar por no haber tomado medidas necesarias para prevenir o minimizar daños.<sup>11</sup>

Se discutió la ley aplicable y la competencia del tribunal que debía entender en los numerosos juicios iniciados y se interpusieron demandas cruzadas entre algunas de las partes interesadas.

El juicio tramitó en EE.UU. (Indiana), a pesar de que el hecho había ocurrido ante las costas francesas y los daños se configuraron en Francia.

Las sentencias dictadas, tanto la de primera como la de segunda instancia, contemplaron todos los problemas que hemos mencionado y ellas pusieron de manifiesto algunas características del sistema procesal americano que se presta a polémica.

d) Por razones de espacio y tiempo nos limitamos a señalar que con motivo de este caso se tomó conciencia de que era necesario elevar los límites de la responsabilidad y contemplar algunas reformas al sistema de los Convenios de 1969/1971.

## *2. Convocatoria de la O.M.I.*

La O.M.I. convocó a dos Conferencias diplomáticas en Londres. La primera en 1984, con referencia a dos temas, uno el de la reforma de las Convenciones de 1969 y 1971 y el otro, un proyecto sobre responsabilidad por el transporte de materias nocivas y peligrosas. La otra Conferencia fue la de 1989 para considerar una nueva Convención sobre asistencia y salvamento.

Participamos personalmente en esas dos Conferencias diplomáticas que fueron muy importantes por las modificaciones que se formularon a los textos internacionales vigentes en ese entonces.

<sup>11</sup> Ver Ray, J. D., "Persona Jurídica y Realidad Económica" conferencia en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Existe separata.

### 3. *La Conferencia de 1984*

En la Conferencia de 1984 no se llegó a tratar el convenio proyectado sobre el transporte de materiales nocivos y peligrosos que era uno de los temas de la convocatoria.<sup>12</sup> En cambio, sí se aprobaron los dos protocolos modificatorios de las Convenciones de 1969-1971.

En el curso de la Conferencia se entabló una importante polémica sobre muchos puntos para actualizar esas Convenciones y, a pesar de que los protocolos aprobados en 1984 no entraron en vigor, fueron el antecedente de los que se consagraron en 1992 y que han entrado en vigencia este año.

A los trabajos preparatorios y a la Convención de 1989 sobre Asistencia y Salvamento, que se vincula con el tema de la contaminación, nos hemos referido en otras oportunidades y los trabajos figuran en "Anales" de esta Academia y en las correspondientes separatas que, desde luego, han estado y están a disposición de las autoridades.<sup>13</sup>

## VII. *El "Exxon Valdez" y la Oil Pollution Act (O.P.A.)*

### 1. *El "Exxon Valdez" y la Oil Pollution Act*

Como consecuencia del siniestro del "Exxon Valdez" se derramaron 11 millones de galones de crudo en las aguas de Prince William Sound en Alaska. Para darse cuenta de la magnitud de los daños que pueden imputarse a la persona o entidad que sea considerada responsable de un derrame en los Estados Unidos, es conveniente referirse a los daños y costos derivados del accidente del "Exxon Valdez".<sup>14</sup>

<sup>12</sup> Se consideró que no había consenso acerca del Proyecto y, por ello, propusimos su postergación para una nueva Conferencia que se celebró este año (1996) entre el 15 de abril y el 3 de mayo. En esta Conferencia se aprobó una Convención y en algunos aspectos se vincula con el tema de contaminación por petróleo.

<sup>13</sup> Ver Ray, J. D., "Asistencia y Salvamento", conferencia en las Jornadas sobre Convenios Jurídicos de O.M.I., 12 al 16 de septiembre de 1988 y conferencia sobre la Convención aprobada en 1989, dictada en la Academia el 26 de octubre de 1989 (Ver "Anales" de la Academia y existen separatas).

<sup>14</sup> Ver Ray, J. D., *Derecho de la Navegación*, op. cit., nota 9. El desastre ecológico y la publicidad que se hizo llevó a que se efectuara un film de tipo documental acerca de

En 1994 se estimaba que "Exxon" -en ese entonces- había pagado muchos millones de dólares en concepto de remoción del petróleo crudo, limpieza y restauración de los recursos naturales afectados y en virtud de los arreglos con los organismos gubernamentales. Además de los mencionados costos, debió enfrentar miles de reclamos por terceros, como por ejemplo los pescadores afectados en su negocio por el derrame.

El 13 de junio de 1994 un jurado del tribunal federal de Anchorage, decidió que "Exxon" había sido negligente e imprudente (*reckless*) al confiarle el comando del buque al capitán Hazelwood, el cual, se alegaba, tenía antecedentes de alcoholismo.

Esa decisión del jurado remitió a una segunda etapa, la referente a determinar lo que debía "Exxon" pagar a más de 10.000 reclamantes que pescaban o subsistían del área afectada.

Los reclamantes demandaban 1,5 billones de dólares por daños compensatorios y 15 billones por daños punitivos. El 12 de agosto, el jurado adjudicó 286,8 millones de dólares en concepto de daños compensatorios frente a los 1,5 billones reclamados. Asimismo, un mes más tarde adjudicó a los reclamantes 5 billones por daños punitivos que equivalían a las ganancias percibidas por "Exxon" durante el año 1993.

Sobre el tema de los daños punitivos se han pronunciado comunicaciones en esta Academia y a ello nos referimos en nuestro trabajo "Distintos enfoques sobre la responsabilidad en el derecho" (Exposición en la Academia de Ciencias Sociales y Políticas de Venezuela) considerándolos ajenos a nuestro derecho y no es el caso de volver sobre el tema.

Ahora bien, aunque la indemnización fue menor que lo solicitado por los demandantes, las condenas -se dice- son las mayores impuestas a una compañía en los Estados Unidos y son materia de polémica.

las medidas adoptadas y sobre la base de las investigaciones realizadas. Se ilustra así sobre la reacción posterior al accidente-

## 2. *Oil Pollution Act 1990*

La reacción frente al siniestro del "Exxon Valdez" fue un estímulo para que el Congreso de EE.UU. sancionara una ley federal acerca de la contaminación por petróleo.

La ley denominada Oil Pollution Act ("OPA"), aprobada en 1990, cubre todos los aspectos relacionados con derrames de petróleo, en aguas territoriales de Estados Unidos, ya sean éstos causados por buques o por instalaciones dentro o cercanas a las costas.

La ley federal ha sido calificada de "draconiana" y ha sido objeto de severas críticas, sobre todo al superponerse con leyes estatales.

Son responsables la persona propietaria, la operadora y quien tiene la tenencia del buque o de la instalación costera.

La responsabilidad es absoluta, solidaria y limitada a una cantidad máxima por todos los daños y costos de limpieza de las aguas y costas, salvo que se configure algunas de estas excepciones:

- a. Culpa grave o dolo;
- b. Si el derrame fue directamente causado por infracción de una norma federal, de seguridad o de construcción;
- c. Si no se reportó el incidente;
- d. Si no se cooperó con las autoridades; o
- e. Si no se coopera en las operaciones de limpieza.

El límite para un buque de 3.000 tons. es la suma mayor entre 1.200 dólares por tonelada bruta o 10 millones de dólares.

Se elimina la responsabilidad en caso de:

- a. Caso fortuito o de fuerza mayor;
- b. Acto de guerra;
- c. Acción u omisión de terceros que no tienen relación alguna con la parte responsable, la cual tiene también que demostrar que tomó todas las precauciones necesarias para evitar el incidente de haber sido éste previsible.

Pero esas exoneraciones no se aplican si la parte responsable:

- a. No reporta el accidente del cual tenía conocimiento;
- b. No coopera en la limpieza;
- c. No coopera con las autoridades.



Como hemos señalado, además de la ley federal, hay que tomar en cuenta las leyes ambientales de algunos Estados costeros que han promulgado y continúan promulgando leyes ambientales, aun más estrictas que la federal.

Por lo menos en ocho Estados han incluido como parte responsable, bajo determinadas circunstancias, al propietario de la carga.

Estados Unidos está al margen de los Convenios Internacionales.

### *3. Método de evaluación de los daños*

Nuestro distinguido amigo Juan Anduiza, especialista en el tema de la O.P.A., en sus exposiciones en España, Venezuela, Chile y Argentina, se refirió específicamente a las normas que hemos sintetizado y al método de valuación de daños contingentes que ha dado resultados irracionales.

Ese método especulativo de valuación se funda en una encuesta a los residentes de áreas, playas o titulares de animales afectados, aunque ellos no hayan tenido intervención operativamente. Para poner de manifiesto la falta de fundamento serio, Anduiza dio como ejemplo que ese método permite que pueda llegarse a una indemnización de 360 billones de dólares por 4.000 pares de cierta especie de búhos, en peligro de extinción (90 millones por par) o a 478 millones por salvar a 40.000 aves acuáticas que podrían ser afectadas por la contaminación (12.000 dólares por par).

Precisamente, para evitar que los tribunales pudieran llegar a ese tipo de exceso, el Comité Marítimo Internacional aprobó en Sidney unas *guide-lines* sobre la determinación de los daños y perjuicios a las que nos vamos a referir más adelante.

## *VIII. La Conferencia y los protocolos de 1992*

### *1. Seminario de Génova*

En septiembre de 1992, el Comité Marítimo Internacional realizó un Coloquio y un Seminario en el que se consideró la determinación

de los daños y perjuicios, incluyéndose los siguientes temas: a) las pérdidas financieras; b) los reclamos por pérdidas de carácter no pecuniario y c) las medidas preventivas tomadas para evitar o disminuir la contaminación, la limpieza de las aguas y costas y la restauración de las mismas.

## 2. *La Conferencia de 1992*

El 27 de noviembre de 1992 se realizó la nueva Conferencia Diplomática, en la sede de O.M.I., que elaboró los nuevos protocolos que enmiendan las Convenciones de 1969 y 1971 sobre responsabilidad civil y constitución del Fondo de Indemnización. Se aprobaron además del Protocolo cinco resoluciones para facilitar la interpretación y entrada en vigor de los mismos.

## 3. *Principales modificaciones*

Los protocolos que modifican los Convenios de Responsabilidad Civil y del Fondo siguen los lineamientos de los de 1984 y elevan sensiblemente los límites de responsabilidad, a cuyo efecto basta con señalar que el límite en 1969, en números redondos, era de 20 millones y ahora es de 83 millones de dólares. También se ha incrementado lo que debe pagar el Fondo.

Entre las modificaciones más importantes destacamos las siguientes:

a) Extensión de la zona geográfica del ámbito de aplicación al incluir los daños por contaminación que afecten la zona económica exclusiva y extensión de la indemnización para la prevención de daños, en caso de amenaza grave e inminente de contaminación;

b) Una nueva definición del daño causado por contaminación aclarando que se incluyen los gastos incurridos para adoptar medidas razonables con la finalidad de restaurar el ambiente contaminado, sin perjuicio del lucro cesante y excluyendo pérdidas o daños hipotéticos (*theoretical damages*);



c) Extensión de la convención de 1969 a los buques tanques en lastre, salvo que se demuestre que a bordo no existían residuos de hidrocarburos a granel objeto de transporte.

d) Canalizada la responsabilidad hacia el propietario del buque, se excluye la posibilidad de acciones no sólo contra sus empleados y agentes, como decía la Convención de 1969, sino contra el práctico o quien preste servicios al buque, contra el armador, el gestor naval, el fletador, el asistente o salvador que actúe debidamente autorizado, el que tome medidas preventivas y cualquier empleado o agente de las personas mencionadas precedentemente;

e) La limitación, como estaba consagrada en la Convención de 1969, funciona debiendo establecer el propietario un fondo similar al que puede constituir el propietario o el armador de buques, según los sistemas de cada país y, en especial, el de la Convención de limitación por créditos marítimos de 1976. Constituido legítimamente ese fondo -que, como hemos dicho, es independiente del que hemos mencionado y que rige para otros créditos- se elimina la posibilidad de que el propietario del buque deba hacer frente a otras indemnizaciones;

f) Se mantiene el término de prescripción de 3 años a contar desde la fecha del siniestro y que las reclamaciones por indemnización deben promoverse ante los tribunales del Estado en que hayan ocurrido los daños (Protocolo 1984);

g) El Fondo no indemnizará al armador, como estaba previsto en los convenios de 1969-1971 al admitir una indemnización parcial, y el límite máximo de responsabilidad del Fondo es de 135 millones que excepcionalmente puede llegar a 200 millones (1984-1992).

h) Lo más importante de estos protocolos de 1992 frente a los de 1984 es que se facilita su entrada en vigencia y se establece un sistema flexible para formular enmiendas y actualizar los límites de responsabilidad;

i) Se ha resuelto que los Protocolos de 1992 modificatorios de las Convenciones de 1969/1971 deben consolidarse en un texto único. Al texto en español hemos debido coordinarlo, combinando las disposiciones de esas convenciones que no fueron modificadas por los

Protocolos, con las que sí lo han sido de acuerdo con lo establecido en éstos últimos.

### IX. *Determinación de los daños y perjuicios*

Teniendo en cuenta las referencias que hemos señalado precedentemente después del caso del "Exxon Valdez" sobre indemnización por daños y perjuicios, el C.M.I. abordó el tema en el Seminario de Génova y se presentó un proyecto de pautas de doctrina (*guide-lines*) que se aprobaron en la Conferencia del C.M.I. en Sidney.

Según Mans Jacobsson, esas *guides-lines* son casi idénticas a las del S.O.P.C., como resulta del trabajo de la 7a. reunión del Grupo Interseccional.

Este tema es fundamental para todos los que se interesen en lo referente a la responsabilidad e indemnizaciones de carácter civil.

Las *guide-lines* aprobadas en Sidney se dividen en tres partes.

En la primera parte de carácter general se señala la importancia de obtener uniformidad en la determinación de las indemnizaciones de los daños causados por contaminación, incluyendo la interpretación y aplicación de las convenciones internacionales.

Se puntualiza que la compensación puede denegarse o reducirse si el reclamante falló en tomar las medidas razonables para evitar o reducir las pérdidas, los daños o los gastos.

En la segunda parte se contempla el tema de las pérdidas de carácter económico, incluyendo las propiamente dichas (*pure economical loss*) y las que pueden considerarse como una consecuencia (*consequential economical loss*), que son las pérdidas financieras sufridas por el reclamante no sólo por pérdidas físicas o daños causados por contaminación a las cosas de que es titular o sobre las cuales tiene un derecho posesorio (*proprietary o possessory right*), sino también por daños que pueden considerarse una consecuencia con un razonable grado de proximidad causal entre la contaminación y las pérdidas.

Para determinar esa proximidad deben tenerse en cuenta las circunstancias del caso, incluyendo como criterios generales: a) la proximidad geográfica entre las actividades de los reclamantes y la contaminación; b) el grado por el cual el reclamante sea económicamente dependiente y lo afecte en relación con los recursos naturales; c) la extensión en que sus negocios formen parte integral de las actividades económicas en las áreas directamente afectadas por la contaminación; d) el marco disponible para el reclamante a fin de disminuir sus pérdidas; e) la previsibilidad de las pérdidas; y f) el efecto de cualquier causa concurrente que haya contribuido a las pérdidas del reclamante.

Así como las consecuencias que en la práctica resultan de la aplicación de esos criterios siempre dependerán de las circunstancias del caso individual, normalmente no deberán extenderse a otras personas de aquéllas cuyos ingresos dependan de la explotación comercial afectada por la contaminación, por ejemplo, actividades pesqueras, turísticas (hoteles y restaurantes). Se deben así excluir quienes estuvieran afectados por demoras, interrupciones o pérdidas de tasas e ingresos similares de las actividades públicas.

También se dan pautas para determinar la indemnización, tomando en cuenta la razonabilidad de las medidas adoptadas para prevenir o minimizar los daños y la proporción que ellas guarden con éstos.

Cabe insistir en que estos criterios se han dado con la finalidad de orientar doctrinariamente a los tribunales, frente al exceso de los reclamos, sobre todo, ante los tribunales de EE.UU.

## *X. El tema en la República Argentina*

### *1. Seminario de 1983*

En el año 1983 organizamos, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, un Seminario sobre la "Contaminación de aguas producida por buques", en el curso del cual nos referimos a la evolución legislativa que en el orden nacional e internacio

nal se había producido sobre el tema, recordando la obra de Gregorio Timagenis. Destacamos que en nuestra legislación existían normas sobre prevención y represión de la contaminación por hidrocarburos, pero con excepción de una referencia en el art. 14 de la ley 22.190, no se había contemplado específicamente el tema de la responsabilidad civil, y que a este efecto podría recurrirse al art. 1113 del Código Civil que debería combinarse con las normas de la Ley de la Navegación.<sup>15</sup>

Específicamente se trataron las convenciones internacionales y los convenios "Tovalop" y "Cristal" que mencionamos más adelante y se puso de manifiesto que no se consideraba un tema tan grave, en razón de que el riesgo de accidentes en el Atlántico Sur era muy inferior a lo que podría ocurrir en el Atlántico Norte y en otros lugares del mundo.

### 2. *El caso del "Braer"*

Después del accidente del "Braer", publicamos un artículo en el diario "La Nación", llamando la atención sobre el tema y que debían proyectarse normas al respecto.

Con anterioridad a ese artículo, después de la última visita del Director del Fondo, que hoy se encuentra entre nosotros, mantuvimos entrevistas en Relaciones Exteriores y con los representantes de la Marina de Guerra y el Instituto del Petróleo, pero no se llegó a nada concreto.

### 3. *El caso del "Perito Moreno"*

En el caso del incendio del buque "Perito Moreno", los damnificados por contaminación demandaron a Y.P.F., propietario y arma

<sup>15</sup> Nos hemos informado de que los Senadores Chafee, Liberman, Lautenberg y Breaux han presentado proyectos de legislación complementarios, en especial, sobre medidas para minimizar los daños. También se estimula a que los buques tengan doble casco lo antes posible. Se ha dicho que si bien los propósitos de la ley son laudables, los efectos pueden ser contraproducentes.

Ver *Client Alert*, de Haight Gardner, Poor & Havens.

dor del buque, por los daños causados por el petróleo transportado que también era de su propiedad.

Y.P.F. opuso la limitación de responsabilidad como propietaria del buque. Y, como titular de la carga, argumentó que el accidente no se había producido por su culpa, sino por negligencia de la tripulación del buque. Argumentó que el art. 1113 del Código Civil, al responsabilizar en forma objetiva al dueño de la cosa riesgosa, establece como causal de exoneración la prueba de que el accidente se produjo por culpa de un tercero.

La Cámara Federal de la Capital, con fecha 16 de diciembre de 1995, resolvió que Y.P.F. no era un tercero y textualmente dijo:

"La situación de autos no está prevista en las normas del derecho de la navegación, resultándole aplicable, por ende, las previsiones del derecho común (arg. art. 1º. "in fine" de la Ley 20,094); y entre ellas -eventualmente- las correspondientes a la responsabilidad por el riesgo o vicio de la cosa (art. 1113 Código Civil)."

#### 4. *Tovalop y Cristal*

Con posterioridad al siniestro del "Torrey Canyon", se constituyeron dos acuerdos "Tanker Owners Voluntary Agreement concerning Liability for Oil Pollution" (Tovalop) y "Contract Regarding a Supplement to Tanker Liability for Oil Pollution" (Cristal) con la finalidad de proveer a los propietarios de buques y de la carga de compensaciones equivalentes a las que brindan las Convenciones de 1969 y 1971.

En esta forma se contempla el tema y es importante tener en cuenta que los Clubs de P & I están fundamentalmente interesados por las coberturas que brindan a sus miembros sean por esos acuerdos o por la Convención sobre responsabilidad de 1969.

Tanto "Tovalop" como "Cristal" no seguirán en vigencia a partir de febrero de 1997 porque se considera que es conveniente la generalización de las Convenciones de 1969 y 1971 en su texto de 1992. Es decir, que los protocolos aprobados en 1992 -y que ya están en

vigor- dan una mejor solución que la que resultaría para el futuro del mantenimiento de esos acuerdos y que cumplieron su finalidad desde 1969 hasta la fecha.<sup>16</sup>

Entre nosotros ha tenido su influencia la finalización de "Tovalop" y "Cristal" porque tanto los propietarios de buques tanques nacionales como las empresas petroleras han manifestado a las autoridades la conveniencia de ratificar las Convenciones de 1969-1971, modificadas por los Protocolos de 1992.

### 5. Economía y Derecho

Richard Posner, profesor en la Universidad de Chicago, ha destacado que en los últimos años se ha recurrido a análisis económicos, a métodos tanto teóricos como empíricos, para iluminar la variedad de temas y problemas jurídicos. Y señalaba que los primeros en esta materia fueron Ronald Coase y Guido Calabresi, estudiando las reglas sobre la responsabilidad y la distribución de los riesgos y costos, y este último en los casos de hechos ilícitos. El Premio Nobel en Economía, Gary Becker, ha insistido en la relevancia del aspecto económico, no sólo para esas conductas sino para las totalmente ajenas al tráfico.<sup>17</sup>

Sin compartir algunos criterios y fundamentos de los autores citados, no podemos dejar de insistir en la importancia de trasladar el foco de atención a los costos que deben encararse para cubrir ciertos riesgos y precisamente esto nos ha llevado a insistir en que debemos analizar la repercusión económica de la adopción de ciertas medidas y, en especial, en este tema de la contaminación producida por hidrocarburos.

Sin embargo hoy, como hemos dicho, tanto los transportadores, los propietarios de buques tanques, como los titulares de la carga y las empresas petroleras están de acuerdo en la conveniencia de rati

<sup>16</sup> Ver la publicación de la Asociación Argentina de Derecho Marítimo.

<sup>17</sup> Ver nuestra exposición en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, "Economía y Derecho", texto en el Apéndice I (1992), pág. 821, de *Derecho de la Navegación*, op. cit. precedentemente.



ficar o adherir a las Convenciones de 1969/1971, modificadas por los Protocolos de 1992.

En la mañana del día de hoy (10.9.96) formamos parte de un panel, con el Director del Fondo y el Consejero Legal de la Cancillería, en el Ministerio de Defensa, y hubo consenso acerca de la adhesión al sistema internacional frente a la necesidad de proteger aguas y costas e indemnizar a los damnificados.

#### *6. Seminario de Iguazú*

No puedo dejar de señalar que la Asociación Argentina de Derecho Marítimo, en 1994, incluyó en el temario de la reunión realizada en Iguazú el tema de la contaminación por hidrocarburos y que Diego Chamí y Juan Anduiza presentaron interesantes trabajos al respecto.

Ante la imposibilidad de concurrir, leímos el trabajo de Juan Anduiza en el que se refirió a los aspectos draconianos de la Oil Pollution Act de Estados Unidos. A su vez, Diego Chamí nos ilustró sobre el accidente que se había configurado en las proximidades de la Antártida y comentó el caso del "Perito Moreno".

#### *XI. Aprobación e implementación de los convenios en la legislación nacional*

Independientemente de la operatividad que pueden tener las normas de las Convenciones de 1969 y 1971 (texto consolidado en 1992) en los Estados en que es suficiente con la ratificación por el órgano legislativo, entiendo que el Director del Fondo ha brindado como ejemplos de la conveniencia de que se regule por ley interna un conjunto de puntos con respecto a las dos convenciones. Esos puntos serían los siguientes:

##### *A. Convención de Responsabilidad Civil*

- El establecimiento del fondo de limitación ante el tribunal competente.

- El procedimiento para la distribución del fondo de limitación.
- La competencia de los tribunales para entender en juicios derivados de la aplicación de la Convención.
- El procedimiento a seguir para la emisión de certificados de seguro.

#### B. *Convención sobre el Fondo*

- El procedimiento para informar sobre la recepción de hidrocarburos para determinar las contribuciones al Fondo Internacional de Compensación por contaminación de hidrocarburos.
- La obligación de las empresas receptoras de petróleo de pagar las contribuciones al Fondo IOPC.
- La competencia de los tribunales para entender en juicios derivados de la aplicación del Convenio.
- El reconocimiento de la personería del Fondo y su derecho a intervenir como parte en los procedimientos judiciales.
- La forma de notificar los procedimientos judiciales al Fondo.

Además de las sugerencias que se han hecho sobre la implementación de los convenios en la legislación nacional, debemos señalar que quedan pendientes los siguientes temas:

- a) Los daños que puedan producirse por el combustible, sea de buques tanques o no, y la contaminación por combustibles de los buques de guerra;
- b) Cuando la contaminación sea consecuencia de hidrocarburos no persistentes;
- c) Si el buque no es de navegación marítima y se producen accidentes en aguas internas. Este aspecto debe contemplarse para los buques que naveguen en la Hidrovía y no sean de navegación marítima.
- d) La obligación de contribuir para empresas con terminales en puertos fluviales que reciben hidrocarburos transportados en buques que no sean de navegación marítima;



e) La canalización que prevé el Convenio de 1969 (texto 1992) y el complemento del Fondo que lleva las indemnizaciones a límites muy altos justificaría eliminar la responsabilidad del titular de la carga por las normas de derecho común.

Por otra parte, de acuerdo con las normas de derecho común, el titular de la carga podría intentar acreditar la culpa del tercero. El problema lo tendría sí el buque que realiza el transporte es de su propiedad y esto fue lo que ocurrió en el caso del "Perito Moreno".

## XII. *Conclusión*

Con la finalidad de no abusar de la atención de los lectores nos hemos limitado a sintetizar nuestros estudios sobre el tema, para brindar sólo un esquema de los convenios y poner de manifiesto la exigencia de un estudio serio de los problemas, en función de las particularidades que pueden plantearse.

Cuando comentamos el caso del "Braer", en 1993, llamamos la atención de los poderes públicos y lo reiteramos una vez más, sobre todo si se considera que el tema debe complementarse con una legislación nacional a dictarse por el Congreso.

No podemos menos que congratularnos por la presencia de Mans Jacobsson, quien sin duda podrá profundizar nuestra esquemática exposición, con algunas sensatas reflexiones o recomendaciones.

No tenemos dudas de que es la persona más calificada sobre este tema y mi afirmación se funda en el conocimiento de su trayectoria desde el año 1984, cuando lo conocimos, en la Conferencia Diplomática en la cual presidió la Comisión que tuvo a su cargo la modificación de las Convenciones de 1969 y 1971 que -como ya hemos dicho- fueron la base de los protocolos de 1992.

Mans Jacobsson fue Presidente de la Cámara de Apelaciones de Estocolmo, Sub-Secretario del Ministerio de Justicia de Suecia y es Director del Fondo y desde que asumió el cargo intervino en 60 siniestros en las más diversas regiones del mundo.

Nos place cederle la palabra.

*Palabras del Director del Fondo de Compensación  
señor Mans Jacobson*

*Introducción*

El doctor Ray nos ha dado una presentación muy completa del sistema de indemnización establecido por el Convenio de responsabilidad civil en 1969 y el Convenio del Fondo de 1971 y los Protocolos de 1992 de los Convenios. Por eso puedo limitar mi intervención a algunos aspectos que a mi parecer son los más importantes y pueden interesar a los participantes en este foro.

En la actualidad, 96 Estados son Partes en el Convenio de 1969 de Responsabilidad Civil y 70 Estados en el Convenio de 1971 del Fondo. Diez países latinoamericanos, es decir Brasil, Colombia, Chile, Ecuador, Guatemala, México, Nicaragua, Panamá, Perú y Venezuela han ratificado el Convenio de Responsabilidad Civil. Sin embargo, el número de ratificaciones del Convenio del Fondo es muy reducido en América latina. De hecho, sólo dos países latinoamericanos, México y Venezuela, han ratificado el Convenio del Fondo hasta la fecha. Argentina no ha ratificado ninguno de los dos Convenios. Tengo en-

tendido, no obstante, que son varios los países de la región que están considerando actualmente la posibilidad de ratificar el Convenio del Fondo.

### *El Convenio de responsabilidad civil*

El Dr. Ray ha descrito los elementos fundamentales del régimen del Convenio de responsabilidad civil. Creo que puedo limitarme a mencionar la importancia de la base de la responsabilidad del propietario. El Convenio de la responsabilidad civil abandonó una responsabilidad basada sobre la culpa e introdujo la responsabilidad objetiva. Esto no parece ser tan importante hoy, como lo era en 1969. En el mundo muy tradicional y conservador del derecho marítimo la introducción de la responsabilidad objetiva fue algo crucial.

Los elementos fundamentales del Convenio de responsabilidad civil, es decir la responsabilidad objetiva, los límites de indemnización más elevados y la creación del sistema de seguro obligatorio han reforzado significativamente la situación de las víctimas de la contaminación por hidrocarburos.

### *El Convenio del Fondo*

Cuando fue adoptado el Convenio de responsabilidad civil en 1969 los gobiernos acordaron que la protección ofrecida a las víctimas no era suficiente. Entonces otra Conferencia diplomática fue convocada dos años más tarde y adoptó un Convenio complementario, es decir, el Convenio del Fondo de 1971. Este Convenio establece una organización intergubernamental, el Fondo internacional, conocido en español como el FIDAC, con la función principal de proporcionar indemnización complementaria a las víctimas que no puedan obtener una indemnización plena de parte del propietario del buque tanque y de su asegurador en virtud del Convenio de responsabilidad civil.

Hasta la fecha el FIDAC ha resuelto 85 siniestros y ha pagado una suma total de 280 millones de dólares estadounidenses a las víctimas de la contaminación en los países miembros.

El monto de la indemnización pagadera por el Fondo en cada siniestro queda limitado, en virtud del Convenio de 1971, a un total de 60 millones de Derechos Especiales de Giro (DEG), cifra que incluye la suma pagada por el propietario del buque o su asegurador.

### *Organización del FIDAC*

El FIDAC consta de una Asamblea, un Comité Ejecutivo y una Secretaría.

La Asamblea, que está constituida por representantes de todos los Estados Miembros, es el órgano supremo del FIDAC y se reúne una vez al año. La Asamblea elige al Comité Ejecutivo, que está integrado por 15 Estados Miembros y que tiene por función principal aprobar la transacción y pago de las reclamaciones promovidas contra el FIDAC.

La Secretaría, con sede en Londres, tiene al frente a un Director y está compuesta por un total de catorce funcionarios.

El FIDAC ha creado tres oficinas de reclamaciones en La Coruña (España), en las Islas Shetland y en Milford Haven (Reino Unido) para tramitar la gran cantidad de reclamaciones que resultaron de los siniestros del "Aegean Sea", "Braer" y "Sea Empress".

### *Contribuciones*

Los pagos de indemnizaciones, así como los gastos administrativos del FIDAC, se financian mediante las contribuciones que paga toda persona que durante un año civil haya recibido más de 150.000 toneladas de petróleo crudo y fuel-oil pesado (denominados hidrocarburos sujetos a contribución) en un Estado Parte del Convenio del Fondo tras haber sido transportados por mar. La Asamblea decide el

nivel de contribuciones por cada año. Cada contribuyente paga una suma fija por tonelada de hidrocarburos recibidos sujetos a contribución.

Los gobiernos de los Estados miembros del FIDAC presentan informes sobre los hidrocarburos recibidos por cada contribuyente, pero las contribuciones son abonadas directamente al FIDAC por cada contribuyente. Los gobiernos no tienen ninguna responsabilidad respecto a dichos pagos, a menos que hayan asumido las contribuciones voluntariamente.

Es importante saber si los contribuyentes realmente cumplen con su obligación de pagar al FIDAC. Cuando el Convenio del Fondo fue adoptado en 1971, el concepto de un fondo internacional era algo nuevo. No había experiencia en el funcionamiento de un sistema de esta clase. Se expresaron temores de que la Secretaría del FIDAC pudiera tener dificultades en recaudar el dinero requerido para pagar las indemnizaciones. Estos temores han sido totalmente injustificados. Los contribuyentes, es decir la industria petrolera, ha respondido de una manera excelente. De hecho, hay sólo una cantidad muy pequeña de atrasos.

### *Reclamaciones de indemnización*

Desde que comenzó a funcionar, en octubre de 1978, el FIDAC ha tramitado reclamaciones derivadas de unos 75 siniestros. La cantidad total abonada por el FIDAC hasta la fecha, en concepto de indemnizaciones, es de £ 133 millones (208 millones de dólares estadounidenses).

El FIDAC coopera estrechamente con el asegurador de la responsabilidad del propietario del buque frente a terceros (normalmente, una de las asociaciones de protección e indemnización o Clubes P & I) en el análisis y pago de las reclamaciones. Tanto la investigación como la evaluación de los daños las realizan conjuntamente el Club P & I y el FIDAC. Normalmente el Club P & I y el FIDAC emplean

conjuntamente expertos y abogados que realizan el seguimiento del siniestro y de las operaciones de limpieza, así como asesoran jurídicamente sobre las reclamaciones.

Es importante recalcar que la rapidez (o la falta de rapidez) en la transacción y pago de reclamaciones depende enteramente de la idoneidad de las pruebas presentadas. Si las reclamaciones están bien documentadas, muchas veces es posible realizar la transacción pocos meses después de la fecha de la presentación de la documentación. Sin embargo, sin documentación suficiente las negociaciones pueden prolongarse considerablemente.

### *Admisibilidad de las reclamaciones*

El FIDAC sólo puede aceptar las reclamaciones que queden comprendidas en las definiciones de daños ocasionados por contaminación y medidas preventivas establecidas en el Convenio de Responsabilidad Civil y en el Convenio del Fondo.

Los siguientes criterios generales son aplicables a todas las reclamaciones:

- \* debe efectivamente haberse incurrido en todo gasto/pérdida
- \* todo gasto debe estar relacionado con las medidas consideradas razonables y justificables
- \* el gasto/pérdida o daños sufridos por el reclamante son admisibles solamente si puede considerarse que fueron causados por la contaminación y en qué medida
- \* debe haber una relación de causalidad entre los gastos/pérdidas o los daños comprendidos por la reclamación y la contaminación ocasionada por el derrame
- \* un reclamante tiene derecho a indemnización sólo si ha sufrido una pérdida económica cuantificable
- \* un reclamante tiene que demostrar la cuantía de la pérdida o los daños aportando la documentación apropiada u otras pruebas

El FIDAC ha adquirido una experiencia considerable respecto de la admisibilidad de las reclamaciones. En conexión con la liquidación de reclamaciones el FIDAC ha desarrollado ciertos principios en cuanto a la definición de daños ocasionados por contaminación.

La Asamblea y el Comité Ejecutivo han adoptado varias decisiones importantes a ese respecto. El Director también ha desarrollado esos principios en sus negociaciones con los reclamantes. Las transacciones hechas por el Director y los principios en que se han basado han sido aprobados por el Comité Ejecutivo explícita o implícitamente.

La Asamblea ha manifestado que para el buen funcionamiento del régimen de indemnización establecido por el Convenio de Responsabilidad Civil y por el Convenio del Fondo, es esencial contar con una interpretación uniforme de la definición de daños ocasionados por contaminación.

Puede ser interesante ver los tipos de daños que puede indemnizar el FIDAC:

Los siniestros por contaminación suelen producir daños materiales: los hidrocarburos pueden ensuciar embarcaciones pesqueras, artes de pesca, yates, playas, muelles y malecones. El FIDAC acepta gastos de limpieza de bienes contaminados. Si estos bienes no pueden limpiarse, el FIDAC abona los costes de reposición, descontando el deterioro natural sufrido por el bien en cuestión. El FIDAC indemniza también los gastos derivados de operaciones de limpieza en el mar o en la costa.

El FIDAC acepta en principio las reclamaciones en concepto de pérdidas de ingresos sufridas por los propietarios o usuarios de los bienes contaminados como resultado de un derrame (*pérdidas indirectas*). Un ejemplo de pérdida indirecta es la pérdida de ingresos de un pescador como resultado de la contaminación de sus redes.

Un importante grupo de reclamaciones es el relativo a las *pérdidas puramente económicas*, es decir, pérdidas de ingresos sufridas por personas cuyos bienes no han sido contaminados. Un pescador cuyo bote y cuyas redes no han sido contaminados puede verse impedido de pescar porque la zona del mar en la que faena normalmente está contaminada y no puede pescar en otra parte. De igual forma un



hotelero o el propietario de un restaurante cuyos establecimientos están próximos a una playa pública pueden sufrir pérdidas de ingresos porque el número de clientes baja durante el período de contaminación.

Las reclamaciones de indemnización de pérdidas puramente económicas son admisibles solamente si se refieren a pérdidas o daños causados por la contaminación. El punto de partida es la contaminación y no el propio suceso.

Para tener derecho a indemnización de pérdidas puramente económicas debe haber un grado razonable de proximidad entre la contaminación y la pérdida o los daños sufridos por el reclamante. Una reclamación no es admisible por el solo hecho de que la pérdida o los daños no hubieran ocurrido a no ser por el derrame de hidrocarburos en cuestión. Al considerar si el criterio de proximidad se cumple, deberán tenerse en cuenta los siguientes elementos:

- \* la proximidad geográfica entre la actividad del reclamante y la contaminación

- \* el grado en que el reclamante dependía económicamente de los recursos afectados

- \* la posibilidad de que el reclamante dispusiera de otras fuentes de abastecimiento u oportunidades comerciales

- \* en qué grado la actividad comercial del reclamante formaba parte integrante de la economía de la zona afectada por el derrame.

El FIDAC tiene también en cuenta en qué medida el reclamante podría reducir su pérdida.

Un asunto importante es si las reclamaciones por daños al medio ambiente son admisibles y en qué extensión. La Asamblea del FIDAC aprobó en 1980 una importante resolución en la que se afirma que el cálculo de la indemnización "... no deberá efectuarse sobre la base de la cuantificación abstracta de los daños calculada de conformidad con modelos teóricos". En otras palabras, el FIDAC sólo puede pagar una indemnización si el demandante con título legítimo para reclamar con arreglo a la legislación nacional pertinente ha sufrido una *pérdida económica cuantificable*. Esto significa que no se indemnizan los daños al medio ambiente que no sean de naturaleza económica.



## *Los Protocolos de 1992 del Convenio de Responsabilidad Civil y del Convenio del Fondo*

Una conferencia diplomática celebrada en noviembre 1992 bajo los auspicios de OMI adoptó dos Protocolos que enmiendan el Convenio de Responsabilidad Civil y el Convenio del Fondo con objeto de disponer de límites más altos y de un ámbito de aplicación más amplio y así conseguir la viabilidad futura del sistema de indemnización establecido por estos Convenios.

Los Protocolos de 1992 entraron en vigor el 30 de mayo de 1996 y hasta la fecha han sido ratificados por 19 Estados: Alemania, Australia, Bahraín, Dinamarca, España, Finlandia, Francia, Grecia, Islas Marshall, Japón, Liberia, México, Mónaco, Noruega, Omán, Países Bajos, Reino Unido, Suecia y Suiza.

### *Unificación del derecho*

El régimen establecido por el Convenio de Responsabilidad Civil y el Convenio del Fondo contribuye a la unificación del derecho en este campo. En este contexto se debe hacer referencia al artículo 235 del Convenio de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. Según ese artículo, los Estados deben cooperar en la aplicación del derecho internacional existente y su ulterior desarrollo en relación con el campo de la responsabilidad para la evaluación e indemnización de los daños, así como para el desarrollo de criterios y procedimientos para el pago de la indemnización adecuada. Se hace referencia a los fondos obligatorios de seguro e indemnización.

El FIDAC ha podido contribuir al desarrollo del derecho internacional a través de sus decisiones con respecto a varios siniestros, facilitando también la armonización del derecho entre Estados.

Como las decisiones principales son tomadas por los órganos del FIDAC (la Asamblea y el Comité Ejecutivo), compuestos por representantes de los Estados miembros, los gobiernos pueden influir en el desarrollo del derecho dentro de los Estados miembros del FIDAC.

## *Conclusiones*

Cuando el Convenio del Fondo fue adoptado en 1971, la conferencia diplomática creó una innovación en el derecho internacional. El FIDAC es, básicamente, una compañía de seguros mutua para siniestros por hidrocarburos establecida por los gobiernos pero financiada por los intereses petroleros.

Es justo decir que, a la luz de dieciocho años de experiencia, el sistema de indemnización establecido por el Convenio de Responsabilidad Civil y por el Convenio del Fondo ha funcionado extremadamente bien. Eso se debe en gran parte al espíritu de cooperación demostrado por los gobiernos de los Estados miembros así como por los propietarios de buques, los Clubs de P & I y la industria petrolera.

Mirando particularmente al FIDAC, éste ha tenido éxito en crear procedimientos para una rápida indemnización a las víctimas de siniestros de contaminación por hidrocarburos y a bajo coste. También ha contribuido a la armonización del derecho y de la práctica jurídica en el campo de la indemnización de daños debidos a la contaminación por hidrocarburos.

Las ventajas que tiene para un Estado la ratificación del Convenio del Fondo pueden ser resumidas como sigue. Si hubiese un siniestro que involucre a un buque tanque cargado, una cantidad total de 88 millones de dólares estadounidenses (Convenios 1969/1971) o 200 millones de dólares estadounidenses (Convenios de 1992) estará disponible para indemnizar a las víctimas, es decir, al gobierno u otras autoridades que han incurrido en gastos de limpieza o costes para prevenir o minimizar el daño por contaminación, y a los individuos privados que hayan sufrido daños, por ejemplo pescadores cuyos botes y redes hayan sido contaminados o que sufran la pérdida de ingresos como resultado de la contaminación. Esta indemnización es independiente de la bandera del buque tanque, la propiedad de la carga o el lugar en que ocurra el siniestro, siempre que el daño se haya sufrido dentro del territorio, incluyendo el mar territorial (Convenios 1969/1971) o zona económica exclusiva (Convenios de 1992), de un Estado miembro.



II

COMUNICACIONES EN SESIONES PRIVADAS



**LA PRETENSIÓN DE AMPARO  
EN EL PROYECTO DE LEY  
REGLAMENTARIA SANCIONADO  
POR EL SENADO DE LA NACIÓN**

*Comunicación efectuada por el académico Dr.  
Lino Enrique Palacio, en la Academia Nacional de Derecho y  
Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del  
9 de mayo de 1996*



I. Como era previsible, el proyecto de ley reglamentaria de la pretensión de amparo sancionado por el Senado de la Nación con fecha 13 de marzo de 1996 tergiversa, con evidencia, el alcance asignado a dicha pretensión por el art. 43 de la Constitución Nacional.

Mientras, en efecto, una razonable comprensión de la citada norma constitucional aleja toda duda en el sentido de que se ha elevado al amparo, frente a ciertos actos u omisiones manifiestamente arbitrarios o ilegales, a la categoría de una vía judicial principal o prioritaria respecto de otras desprovistas de mayor celeridad o simplicidad que aquél, el mencionado proyecto, por el contrario, acuerda a la pretensión de que se trata un rol subsidiario en relación con las que denomina genéricamente, en su artículo 3º, las "vías ordinarias".

Aunque, a diferencia del proyecto remitido oportunamente al Senado por el Poder Ejecutivo, el analizado omite toda referencia explícita a la subsidiariedad del remedio, tal atributo surge, por un lado, de su emplazamiento como "un procedimiento de excepción", y, por otro lado, de la carga impuesta al accionante en el sentido de invocar, "fundadamente", que "las vías ordinarias" no aseguran "la protección del derecho afectado con eficacia suficiente para impedir un daño grave e irreparable".

El Proyecto bajo examen, por consiguiente, hace caso omiso de la mayor idoneidad que el art. 43 de la Constitución Nacional exige a los otros "medios judiciales" para desplazar la admisibilidad de la



pretensión de amparo, y no hace hincapié alguno en la simplicidad y rapidez de aquéllos, no obstante ser éstos los únicos atributos que cabe estimar referidos a esa mayor idoneidad.

Curiosamente, por el contrario, en lugar de equipararse los conceptos de "idoneidad" y "rapidez" o "simplicidad", según se deriva de la única lectura coherente del texto constitucional, el primero se halla referido a la aptitud de la vía judicial correspondiente "para garantizar la plena amplitud de debate y prueba" (art. 3). De tal suerte, asimismo, la normativa proyectada exhibe una ostensible contradicción por cuanto, no obstante receptor la referida equiparación conceptual, a renglón seguido (art. 4º) expresa que "la acción de amparo será admisible cuando para acreditar la ilegalidad o arbitrariedad invocada, o para garantizar el derecho de defensa del demandado, no fuere necesaria una amplitud de debate y prueba incompatible con el carácter propio del trámite previsto en esta ley". Si bien esta última norma es sin duda correcta porque, precisamente, el carácter *manifiesto* de la arbitrariedad o ilegalidad atribuidas al acto lesivo torna innecesario el acopio de mayores alegaciones y probanzas, colisiona frontalmente con el requisito que, según el propio Proyecto, debe reunir la "vía ordinaria" erigida en alternativa principal y susceptible, por ende, de reemplazar a la pretensión de amparo.

El Proyecto, en suma, no sólo resulta difícilmente conciliable con el art. 43 de la Constitución Nacional, sino que adolece de una autocontradicción visible.

Además, como lo anticipé en mi comunicación efectuada en esta sede con fecha 13 de julio de 1995, y con referencia al proyecto del Poder Ejecutivo ahora adoptado por el Senado, entraña un retroceso en relación con el régimen de la ley 16.986, cuyo art. 2º, inc. a) excluía la admisibilidad de la pretensión de amparo frente a la existencia de remedios judiciales que permitiesen la protección del derecho lesionado o amenazado, pero ni expresaba un concepto que, como el de "vías ordinarias", se presta a equívocos, ni calificaba a tales vías desde la óptica de la amplitud defensiva acordada a las partes. Precisamente esa formulación normativa permitió a la jurisprudencia

desechar la procedencia de aquellos remedios que, como ocurre con el proceso ordinario, carecen de idoneidad para restablecer, con la necesaria prontitud, -"de inmediato", como dijo la Corte Suprema en el caso "Kot"- el derecho restringido con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta.

En apoyo del actual carácter subsidiario de la pretensión de amparo es habitual hacer hincapié en la denominada "voluntad constituyente" expresada en el despacho producido por la mayoría de los convencionales, en el cual se alude a aquélla como una vía *excepcional* o *residual*. Pero más allá de que, en materia hermenéutica, la recurrencia a la voluntad o intención presunta del legislador configure una alternativa poco menos que anacrónica, agravada, en el caso, por el hecho de que uno de los firmantes de ese despacho, como fue el senador Eduardo Menem, sostuvo luego en un trabajo en colaboración con Roberto Dromi<sup>1</sup>, que el amparo "ha dejado de ser un remedio de excepción para convertirse en un medio procedimental ordinario", lo cierto es que el art. 43 de la Constitución reformada contiene un concepto referido a una experiencia de conducta no contemplada en la ley 16.986, como es la consistente en la mayor idoneidad de las vías judiciales diferentes a la del amparo.

Ello basta, a mi juicio, para demostrar que, conforme al régimen constitucional vigente, la admisibilidad del amparo sólo puede ser desplazada cuando existe un medio judicial más idóneo, o sea más simple y rápido que aquél.

Según lo anticipé también en mi ya citada comunicación, el hecho de que adhiriera a la tesis con arreglo a la cual el art. 43 de la Constitución Nacional atribuye al amparo el carácter de vía judicial hábil frente a la ausencia de procedimientos dotados de mayor simpleza y celeridad, no entrañaba, en modo alguno, conformidad con el texto que en definitiva se imprimió en dicha norma. Fundé mi disenso en la circunstancia de que habiendo ese precepto extendido la legitima-

<sup>1</sup> *La Constitución reformada, Comentada, interpretada y concordada*, Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1994, p. 160.

ción pasiva de la pretensión de amparo a los particulares y otorgado esa vía judicial incluso para proteger derechos reconocidos por "ley" o por "tratados" (algunos de los cuales carecen de jerarquía constitucional), no resultaba aventurado predecir que, a través de una exégesis crudamente literal de aquélla se llegase a admitir, frente a situaciones de manifiesta ilegalidad o arbitrariedad, la sustitución, por el amparo, de ciertos procesos especiales como el de desalojo y los destinados a la protección de la posesión o de la tenencia, con el grave deterioro a la seguridad jurídica que tal circunstancia lleva aparejado<sup>2</sup>. Inclusive no cabe desechar la posibilidad de que las restricciones resultantes de los artículos 3º y 4º del Proyecto comentado hayan obedecido a la necesidad de aventar semejante contingencia, aunque es lícito afirmar que aquéllas desvirtúan, según se ha visto, el sentido del art. 43 de la Constitución Nacional.

Tal vez por ello, y en ánimo de conciliar las posiciones extremas sostenidas acerca del alcance actual de la pretensión de que se trata, la solución hubiese a mi juicio consistido, por una parte, en suprimir el artículo 3º del Proyecto y, por otra, en agregar a él, como inciso d) del art. 5º, una norma conforme a la cual "no procede el amparo cuando se lo intentare"... "Como forma de obviar la admisibilidad de cualquier tipo de proceso especial de conocimiento legalmente reglamentado en la jurisdicción del tribunal competente".

Es cierto que, de acuerdo con la regulación que el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación destina a algunos de esos procesos (interdictos, acciones posesorias, desalojo), ellos presentan una estructura que impide asimilarlos estrictamente, en punto a su rapidez, al juicio de amparo, pero no es menos exacto que la fórmula propuesta reúne dos beneficios apreciables. Uno consiste en la circunstancia

<sup>2</sup> No es casual que uno de los integrantes de la Convención Constituyente haya sostenido que no obstante la amplitud con que el amparo fue constitucionalizado éste no se ha convertido en un remedio ordinario de modo tal que "permita cobrar un pagaré". Es obvio que semejante aclaración hubiese sido innecesaria frente a un texto constitucional de menor amplitud. (Quiroga Lavie, Humberto, *El amparo, el habeas data y el habeas corpus en la reforma constitucional*, en *La reforma de la Constitución*, Santa Fe, 1994, p. 115.)

de que descarta la admisibilidad tanto del proceso ordinario cuanto del proceso sumario genérico como alternativas susceptibles de desplazarse al de amparo, y que se hallan no obstante implícitamente comprendidas en el Proyecto sancionado por el Senado. La otra radica en el hecho de que no altera la vigencia de diversos tipos procedimentales que fueron programados en función de la particular naturaleza del derecho material comprometido.

En suma: si bien la norma propuesta no se ajusta a una estricta comprensión literal del art. 43 de la Constitución Nacional y en cierto modo enmienda la demasía verbal que a mi entender lo afecta, se aproxima al significado de esta norma en mucho mayor medida que el texto de los preceptos sancionados por el Senado de la Nación e importa, además, un progreso en relación con el régimen de la ley 16.986. Puede, en cambio, evitar lo que Morello denominó "el derrumbe del amparo"<sup>3</sup>

II. En cuanto a las restantes normas contenidas en el Proyecto analizado, las hay a mi juicio objetables, superfluas y acertadas.

Es particularmente objetable la del art. 23 que impone al juez el deber, a cumplirse con carácter previo a cualquier otra actuación y dentro del plazo de dos días contados desde la presentación de la demanda, consistente en expedirse, mediante auto fundado, acerca de la admisibilidad o no de la "acción", "bajo pena de nulidad de todo lo actuado en lo sucesivo".

No sólo se trata, como lo puntualizó Morello<sup>4</sup>, de la institución de un trámite adicional e innecesario, sino de una formalidad cuya observancia puede aparejar perjuicios y serios problemas.

Por lo pronto, en razón de que ese previo juicio de admisibilidad sólo puede hallarse referido a la existencia o inexistencia de otras vías judiciales dotadas de mayor idoneidad para restablecer el derecho presuntamente amenazado o lesionado, parece claro que, frente

<sup>3</sup> "El Derecho", diario correspondiente al día 18 de abril de 1996.

<sup>4</sup> Trabajo citado en la nota precedente.

al segundo supuesto, vale decir cuando el juez se pronuncia en sentido favorable a la admisibilidad de la pretensión de amparo, queda vinculado a esa decisión con la correlativa imposibilidad de rechazarla, por ese motivo, en oportunidad de dictar la sentencia definitiva, no obstante que, a raíz de las alegaciones articuladas por la parte demandada y de la prueba producida, puede resultar demostrada la existencia de otra vía idónea.

En segundo lugar, en tanto la norma analizada imputa a la inobservancia de la formalidad de que se trata "la nulidad de todo lo actuado", cancela la posibilidad de convalidar el defecto (que puede inclusive derivar de una fundamentación insuficiente del auto inicial o de su dictado fuera de plazo), y viene a consagrar, en desmedro de elementales directivas de economía procesal, una suerte de nulidad absoluta carente de todo sentido en el ámbito de los procesos no penales. Asimismo, en la medida en que no alcanza a percibirse el efectivo perjuicio que será susceptible de generar la falta de pronunciamiento de la pertinente resolución, o su dictado defectuoso, se trata de una nulidad por la nulidad misma cuya declaración se halla vedada, con acierto, por todos los ordenamientos legales vigentes en la República.

Resulta también cuestionable el hecho de que el art. 27 del Proyecto examinado condicione la admisibilidad de la prueba pericial al requisito de que se practique en forma conjunta con la mal denominada "inspección ocular"<sup>5</sup>, ya que no contraría la celeridad del procedimiento la eventualidad de que, en el caso de pericias escasamente complejas que no requieran esa simultaneidad, el experto expida su dictamen de inmediato, por escrito o verbalmente (v. gr., Cód. Proc., art. 474).

Son en cambio a mi juicio superfluas las normas que el Proyecto destina a las medidas cautelares y al recurso extraordinario.

<sup>5</sup> La expresión técnica apropiada, que aconseja la doctrina y recepta, en general, la legislación vigente, es la de "reconocimiento judicial" (v. gr., Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, art. 479)

En virtud de hallarse superada, desde hace muchos años, la incorrecta asimilación del amparo a las medidas cautelares<sup>6</sup>, es sin duda redundante el art. 24 del Proyecto en cuanto dispone que "con la interposición de la demanda o en cualquier estado del proceso las partes podrán solicitar la traba de las medidas cautelares previstas en el Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial de la Nación, siguiéndose para ello las disposiciones pertinentes de ese cuerpo normativo". Aparte, en efecto, de que esa regla fluye inequívocamente del contexto del Código Procesal y ha sido invariablemente admitida por la jurisprudencia, su inclusión en la normativa proyectada aparenta conformar una especie de paliativo frente a la índole restrictiva que imprime al remedio, según se ha visto, el art. 3º del Proyecto, desvirtuado luego, sin embargo, cuando, en el art. 34 de éste, se formula una ostensible y nada simpática discriminación según que el sujeto pasivo de la pretensión sea una autoridad pública o un particular, pues sólo en este último supuesto las resoluciones que disponen medidas cautelares son apelables "al solo efecto devolutivo" (o sea sin efecto suspensivo).

De la misma deficiencia adolece el art. 36 del Proyecto aprobado por el Senado en tanto prescribe que "contra la sentencia del tribunal superior de la causa procederá el recurso extraordinario sólo en los casos previstos en los artículos 14 y 15 de la ley 48 y en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", por cuanto es obvio que la mera circunstancia de interponerse contra la sentencia recaída en un juicio de amparo, carece de virtualidad para transformar al recurso extraordinario en una apelación común<sup>7</sup>.

No menos superflua resulta la norma citada cuando reduce de diez a cinco días el plazo para interponer el recurso extraordinario y para

<sup>6</sup> Palacio, *La acción de amparo*, en Revista "La Ley", t. 96, p. 867.

<sup>7</sup> No procede el recurso extraordinario, v. gr., si la sentencia dictada en un proceso de amparo se sustenta suficientemente en fundamentos procesales, o de hecho y de derecho común (CSN, "Fallos", t. 303, p. 442 y 1263; 306, p. 126; etc.) o se pronuncia en el sentido de que existen otras vías legales aptas para la tutela de los derechos en juego (CSN, "Fallos", t. 304, p. 199; t. 305, p. 1878; etc.).



contestar el traslado que de él se confiera, pues la experiencia común enseña, con sobrada elocuencia, que ese tipo de reducciones temporales carece de sustancial gravitación en la celeridad de los juicios, mayormente vinculada, por lo demás, a la agilidad del sistema de notificaciones que, frente a esta hipótesis, el Proyecto no altera.

Pero si lo hasta allí dispuesto por la norma proyectada resulta superfluo, el plazo de quince días que impone a la Corte Suprema para dictar sentencia roza la zona del sarcasmo<sup>8</sup>, o bien traduce un desconocimiento de la realidad judicial inexplicable en un cuerpo legislativo medianamente serio.

Análogas consideraciones son desde luego extensivas al plazo de tres días establecido para que dicten sentencia tanto el juez de primera instancia como la cámara de apelaciones (arts. 29 y 35), con el agravante de que omitió computarse la experiencia negativa que, en relación con el cumplimiento de esos mismos plazos, resultó de la aplicación de la ley 16.986.

Por último, si bien opacados por los errores y redundancias que termino de señalar, no son pocos los aciertos que la normativa proyectada exhibe.

En primer lugar es correcta la regla en cuya virtud, y conforme a la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema, el art. 8º supedita la declaración de inconstitucionalidad de la ley o de la norma general en que se funda el acto u omisión lesivos, al "expreso requerimiento de parte en tal sentido", pues el principio opuesto descarta indebidamente la concurrencia de un requisito esencial de toda pretensión u oposición en justicia como es el interés personal y jurídico de quien las articula<sup>9</sup> y afecta, asimismo, la vigencia del principio de bilateralidad de la audiencia<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> Con excesiva indulgencia Morello, en el trabajo citado en la nota 3, se pregunta si "será, sin embargo, y por la sobrecarga, una utopía".

<sup>9</sup> Cfr., Guastavino, Elías P., *Recurso extraordinario de inconstitucionalidad*, Buenos Aires, 1992, t. II, p. 161, con referencia a los recursos, en general, y a la inaplicabilidad del art. 1047 del Cód. Civ.

<sup>10</sup> Cfr., Barra, Rodolfo C., *La acción de amparo en la Constitución reformada: la legitimación para accionar*, en la Rev. "La Ley", 1994-E, p. 1093.

Resulta también encomiable que, en materia de legitimación activa, se aclare que ésta sólo corresponde, en el caso del primer párrafo del art. 43 de la Constitución Nacional, "al afectado de manera personal y directa" y, en el caso del párrafo segundo de esa norma (relativo a los derechos de incidencia colectiva), sin perjuicio de la actuación del Defensor del Pueblo o de las asociaciones autorizadas, a las personas *directamente* afectadas (arts. 12 y 14), ya que el otorgamiento del amparo con fundamento en conexiones indirectas entre el demandante y el acto lesivo puede conducir a la consagración de una acción popular no admitida en el orden jurídico vigente en la justicia nacional, al par que favorece una indeseable multiplicación de litigios y de eventuales sentencias contradictorias<sup>11</sup>.

Por ello cabe también reputar acertadas las prescripciones que regulan la eventual actuación de las asociaciones portadoras de intereses difusos (arts. 15 y 22), pues es un dato de la realidad que, a poco de promulgada la reforma constitucional de 1994 comenzaron a proliferar, al amparo de su art. 43, demandas interpuestas por ligas de usuarios o de consumidores y entidades similares, que entrañan, en muchos casos, verdaderas aventuras judiciales (v. gr., peticiones de fijación judicial de tarifas telefónicas).

Si bien de importancia menor, por último, son acertadas a mi juicio las normas que unifican, con prescindencia de la índole del sujeto pasivo de la pretensión, los requisitos que debe reunir la contestación a la demanda (art. 25)<sup>12</sup>, fijan la mayoría de los plazos procesales en

<sup>11</sup> Concuera con el punto de vista expresado en el texto la tesis sustentada por el doctor Juan Carlos Cassagne en su comunicación, en esta Academia, del 25 de abril de 1996, titulada *La protección del ambiente en la Constitución Nacional*. Ver, asimismo, Bustamante Alsina, Jorge, *Derecho ambiental*, Buenos Aires, 1995, p. 85 y ss., quien alude, al respecto, a la necesaria demostración de un "interés razonable y suficiente" por parte del demandante.

<sup>12</sup> En el trabajo citado en la nota 3, Morello cuestiona la solución normativa proyectada porque, a su juicio, "en el futuro valdrá la mera negativa de los hechos", en tanto que "el informe obliga a dar cuenta sumaria de los hechos que se cuestionaban". Sin embargo, tanto la contestación a la demanda como el informe (que era una especie de aquel acto) configuraban verdaderas cargas y no deberes, y la eventualidad de que el demandado se



días evitando las dificultades que genera su fijación en horas (v. gr., arts. 29 y 34) -aunque se han conservado algunos de esa naturaleza (normas citadas)- y perfeccionan, respecto de la ley 16.986, el trámite aplicable al recurso de apelación (arts. 34 y 35).

III. Ya que el Senado de la Nación, finalmente, perdió la oportunidad de sancionar un ordenamiento que mejorara, conforme a las pautas contenidas en el art. 43 de la Constitución Nacional, el régimen de la ley 16.986, sólo resta aguardar que la Cámara de Diputados cubra esa lamentable falencia a través de un reflexivo análisis de los diversos cuestionamientos levantados contra aquél.

---

limite a negar los hechos aducidos en la demanda sólo a aquél perjudica si se tiene en cuenta que el art. 356 del Cód. Proc. imputa, a esa actitud, el efecto consistente en que el juez puede estimarla como reconocimiento de esos hechos.

**LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS  
BIOMÉDICAS FRENTE A LA ÉTICA  
Y EL DERECHO**

*Comunicación efectuada por el académico  
Dr. Jorge Bustamante Alsina, en la Academia Nacional de  
Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires,  
en la sesión privada del 23 de mayo de 1996*



## 1. *El hombre y la naturaleza*

En nuestro siglo, próximo a terminar, existen dos grandes temas que exhiben el enfrentamiento del hombre con la naturaleza.

Uno de ellos es la actividad humana aplicada al desarrollo económico para incrementar la producción de bienes de uso y de consumo, así como para intensificar y globalizar las comunicaciones, en un Universo cuyo crecimiento demográfico impone necesariamente la preservación del medio ambiente para evitar la contaminación en busca de una mejor calidad de vida, y exige también un desarrollo sustentable que no comprometa las necesidades de las generaciones futuras, haciendo un uso racional de los recursos naturales para evitar su agotamiento y no destruir la diversidad de las especies.

El otro tema del cual nos vamos a ocupar específicamente es la actividad humana aplicada al desarrollo de las tecnologías biomédicas en orden a la manipulación o intervención del hombre para alterar los procesos naturales de la vida humana desde su origen hasta su extinción mediante alternativas artificiales.

La biología molecular permite hoy la manipulación genética en la transmisión o herencia del genoma humano, haciendo posible la alteración artificial de los caracteres somáticos y los rasgos personales de inteligencia y carácter de las nuevas generaciones. Las más recientes experimentaciones permitirían también producir por clonación

grupos de individuos idénticos entre sí derivados asexualmente de un genotipo.

Estos dos aspectos de la problemática hombre-naturaleza tienen un punto en común: "*La morada del hombre*".

La ecología (del griego "*oikos*") es la ciencia que estudia el lugar donde vive el hombre, es decir su *morada*, que es el medio ambiente planetario.

La biología (del griego "*bios*") es la ciencia que enseña que la primera *morada* del hombre es el vientre materno.

Estos enfrentamientos del hombre con la naturaleza muestran un significativo progreso de los conocimientos científicos y una eficaz aplicación de las más avanzadas tecnologías, pero imponen a la vez la necesidad impostergable de una profunda reflexión ética y un análisis meditado de su regulación normativa para no afectar la dignidad del hombre y no inhibir el avance de la ciencia.

## II. *La salud y la vida del hombre*

La salud y la vida del hombre han preocupado a la humanidad desde siempre. Se dice que el padre de la medicina es Hipócrates, que vivió en Grecia en el siglo V a.C. La salud y la belleza corporal fue obsesión para los griegos. Hipócrates tuvo la virtud de separar el arte de curar de las creencias religiosas y de sentar como paradigma ético de aquél, el principio de beneficencia: cualquier sacrificio se justifica para hacer el bien aliviando el dolor.

Los griegos veneraban como Dios de la Medicina a Asclepios, hijo de Apolo, Esculapio era su nombre latino y los sacerdotes de su templo, en Epidauro, en la antigua Argolide a orillas del Egeo, ejercían su culto calmando el dolor de los sufrientes.

Durante mucho tiempo la medicina fue solamente empírica: se diagnosticaba por los síntomas y se aliviaba el dolor aunque no se curase la dolencia o la enfermedad. Hasta el siglo pasado toda la medicina era la clínica médica. Los profesionales del arte de curar

eran los grandes clínicos observadores y prácticos de la medicina general.

En nuestro siglo, próximo a terminar, irrumpen en el campo médico las biotecnologías que aplican las nuevas técnicas al progreso de la ciencia y a las prácticas experimentales, profundizando el estudio de las etiologías, precisando los diagnósticos y aconsejando las terapias apropiadas a las más diversas enfermedades, especialmente los tratamientos medicamentosos y quirúrgicos.

Hoy la biología molecular lleva a explorar las células que forman el tejido orgánico y corporal y constituyen la unidad fundamental morfológica, fisiológica y reproductora de todo ser vivo. La composición de la célula conduce al investigador a explorar y manipular el núcleo y en él los cromosomas que son los genes portadores del A.D.N. (ácido desoxirribonucleico) que contiene toda la información genética transmisible de una generación a otra, y cuya secuenciación, determinante estructural del cuerpo y el cerebro del individuo, habrá de culminar en el Proyecto Genoma Humano.

Paralelamente, los principios éticos que regulan la conducta frente a la conciencia de cada uno se preguntan: ¿Hasta dónde deben llegar los límites de la investigación y la experiencia para no afectar la dignidad humana que distingue al hombre por su superioridad entre los demás seres vivientes? ¿Hasta dónde deben llegar esos límites frente a la sociedad para que la regulación legal no inhiba el progreso de la ciencia?.

### III. *El marco ético y legal de la conducta*

Las actividades humanas se desarrollan dentro de un marco ético y legal que regula la conducta individual y disciplina el comportamiento social de cada uno, en el ámbito de la convivencia con sus semejantes<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Bustamante Alstna, J., *Bioética y responsabilidad*, en "La Responsabilidad", Homenaje al Prof. Isidro H. Goldenberg, pág. 37, edición Abeledo-Perrot, 1995.

Es propio de la conciencia moral que ella guíe al hombre a la realización del bien como un imperativo categórico de la filosofía kantiana. La ética tiene por etimología el término griego "*Ethicos*", que en latín quiere decir lo que es "moral". La ética es, en efecto, la ley moral o sea la ley no escrita. De manera simétrica y recíproca, el derecho escrito procede de la ética y ésta tiene por formulación el derecho. En resumen la ética suple al derecho del cual es el fundamento<sup>2</sup>.

Cuando el marco ético es sobrepasado y la acción individual compromete el interés ajeno, penetra en el ámbito del derecho, cuyas normas regulan relaciones bilaterales e impone al infractor sanciones heterónomas y coercitivas.

La ética trasciende así de la responsabilidad moral que conlleva la sanción autónoma de la conciencia, a la responsabilidad jurídica que conduce a la compulsión propia de la sanción legal, sea ésta criminal o meramente civil.

#### IV. *La ética médica*

La práctica de la medicina que es la ciencia y el arte de curar a los enfermos y preservar su salud, significa para el profesional que se dedica a esa noble tarea, el deber de desplegar una actividad técnicamente perfecta y someterse a la disciplina ética propia de su profesión.

La medicina, como otras profesiones, tiene una deontología propia acorde con los actos que cumple quien se dedica a ella. Particularmente las reglas de conducta de una profesión son definidas por los Códigos de Deontología. La expresión "Deontología" proviene del griego "*deontoslogos*" que significa "ciencia o tratado de los deberes".

<sup>2</sup> Savry, Robert, *L'Etique medicale et sa formulation juridique*, pág. 13, Ed. Montpellier, 1991.

La ética médica es tan antigua como la medicina misma. Los principios deontológicos tradicionales tienen por fundamento el respeto de la dignidad de la persona, su vida, su integridad, su salud individual y colectiva.

En oportunidad de escribir el prólogo a la primera edición del libro *Responsabilidad Civil de los Médicos*, del Dr. Alberto J. Bueres, en abril de 1979, expresamos que una de las ramas de la ciencia que ha tenido mayor desarrollo en el curso de nuestro siglo ha sido la medicina. Es así, dijimos, que las precisas investigaciones de laboratorio han ampliado el campo de la patología con el descubrimiento de nuevas enfermedades, así como la precisa determinación de su etiología, y con ello la posibilidad de diagnósticos ciertos y terapéuticas adecuadas. Los adelantos tecnológicos han permitido intervenir órganos antes inaccesibles y aplicar tratamientos quirúrgicos y clínicos con la casi certeza de su recuperación. Toda esta extraordinaria transformación ha permitido afirmar, en 1966, en el "Rapport" del profesor Jean Bernard, "2ème Congrès International de Morale Médicale", celebrado en París en aquel año, que "si un médico se hubiese dormido en 1930 y se despertase en nuestra época, no reconocería nada de su experiencia pasada".

La explosión tecnológica de las últimas décadas, en el terreno de la biología molecular, ingeniería genética, fertilización asistida y trasplantes de órganos, hace que se pueda crear vida y actuar sobre la muerte. Es motivo actualmente del análisis científico y ético el llamado "Proyecto Genoma Humano", cuyo objetivo es la descripción de un libro biológico del ser humano o sea construir un mapa genético de éste, en un intento a escala mundial de cartografiar y secuenciar el genoma humano completo. La palabra "genoma" implica el total de la suma de genes de un organismo, o mejor dicho, un sistema integrado, estructural, funcional y evolutivo que obedece a reglas concretas que constituyen un código genómico. La importancia del proyecto es indiscutida. Se ha dicho que, en la actualidad, la secuenciación de A.D.N. (ácido desoxirribonucleico) nos permite atacar enfermedades humanas, combatir problemas ecológicos o estudiar su evolu-



ción; en el futuro, la biología molecular nos dará la posibilidad de conocer aquellos genes que todos tenemos en común, así como los que son distintos en cada individuo<sup>3</sup>.

La ética médica en el ámbito de aquella actividad profesional humanista, paternalista y liberal, se halla disciplinada en Códigos de Ética, como el aprobado en nuestro país por la Confederación Médica de la República Argentina el 17 de abril de 1955. Esa medicina desarrollada hasta mediados del siglo XX era básicamente humanista porque atendía a la salud del cuerpo sin olvidar la dignidad del hombre que se define por su espíritu y su inteligencia; era paternalista, pues en la relación médico-paciente prevalecía la autoridad científica de aquél que disponía como un padre lo mejor o más conveniente para la salud del enfermo y era liberal porque la asistencia médica se basaba en la libre elección del médico por parte del paciente.

El ejercicio de la medicina pasó a tener, además, un carácter social, cuando la asistencia hospitalaria gratuita se puso a disposición de quienes carecían de recursos para pagar el honorario profesional y demás gastos inherentes al tratamiento y la internación.

Las obras sociales y la medicina prepaga son las más modernas alternativas para el cuidado de la salud colectiva con un coste moderado, pero limitando aquellos principios humanista, paternalista y liberal que han caracterizado el ejercicio de la medicina desde Hipócrates.

El art. 1º del Código de Ética citado dispone que en toda actuación el médico cuidará de sus enfermos ateniéndose a su condición humana y no utilizará sus conocimientos médicos contra las leyes de la humanidad. Al referirse en el art. 109 a la responsabilidad profesional expresa que "todo método o terapéutica podrá aplicarse sin temor cuando se han cubierto todos los requisitos médicos establecidos para su aplicación".

<sup>3</sup> Kemelmajer de Carlucci, Alda, *Aspectos jurídicos del proyecto genoma humano*, T.D. 157, pág. 928.

Estas normas deontológicas, así como las disposiciones legales en orden a la responsabilidad moral, civil y penal de los médicos, eran razonables y suficientes en el campo de la práctica profesional y de la investigación científica hasta mediados de este siglo.

Pero, como lo hemos expresado más atrás, las cuestiones que abarca hoy la investigación científica en el campo de la biología molecular y la práctica de asistencia de pacientes mediante el uso de una avanzada tecnología, demuestran que la ética médica de hoy excede las normas de la deontología contenidas en los Códigos de Ética Profesional cuyo incumplimiento conduce a los infractores ante Tribunales de Conducta Profesional integrados por sus pares. La investigación biológica está puesta en riguroso examen desde que se analiza en el nivel ético, político, social y jurídico el llamado Proyecto Genoma Humano, que tiene, como hemos dicho, por objetivo, la descripción de un libro biológico del ser humano.

Estos y otros problemas más de la moderna tecnología aplicada a la investigación científica y a la práctica de la medicina, constituyen el objetivo de la bioética como ciencia que estudia y determina los principios que deben regular la conducta humana ante esta nueva problemática frente a la moral, y no resulta ajena a la necesidad de la normativa jurídica que constituye el más firme apoyo por su carácter coactivo para poner un límite razonable a los avances científicos, imponiendo el respeto a la vida y a la dignidad del hombre.

#### *V. La bioética y la filosofía moral*

La bioética es la parte de la filosofía moral que enseña que la vida humana tiene un valor y una dignidad superiores y exclusivas en relación con los demás seres vivientes. El hombre tiene un alma espiritual que se deduce de su racionalidad y de sus sentimientos, todo lo cual, al conferirle la facultad de optar, lo hace libre y responsable.

La palabra bioética está compuesta de dos raíces griegas que aluden a dos magnitudes de profunda significación: "*bio*" (vida) y "*ethos*"

(ética o valores humanos). Ha sido utilizada por primera vez en 1971 por Van R. Potter<sup>4</sup>, y es definida como el "estudio sistemático de la conducta humana en el área de las ciencias de la vida y el cuidado de la salud, en cuanto que dicha conducta es examinada a la luz de los valores y los principios humanos"<sup>5</sup>.

Como observa el Profesor Mainetti<sup>6</sup> "han convergido aquí por un lado la revolución biológica con su impacto tecnológico sobre la vida humana y por otro lado se puede apreciar el concurrimiento de la filosofía práctica y la ética filosófica por los asuntos públicos de la sociedad democrática, moralmente secular y pluralista".

La bioética como disciplina del conocimiento biológico aplicado a la mejora de la calidad de vida, abarca un campo más amplio que el de la ética médica tradicional. Se propone introducir en la nueva realidad científica biomédica, los principios éticos que conducen a la humanización de la ciencia orientándola hacia el respeto de la dignidad del hombre como ser ético físico que es la síntesis del alma y el cuerpo.

En el estado actual de la civilización se proclama el respeto a la dignidad del hombre como un principio universal e inviolable. En el enunciado de los derechos humanos se comprende el derecho a la vida, a la salud, a la integridad corporal, a la libertad y al honor personal, además de todos aquellos atributos inseparables de la condición humana que el ordenamiento jurídico reconoce como derechos subjetivos de la personalidad<sup>7</sup>.

El proyecto tecnológico aplicado al campo biomédico ha forzado una renovación de la reflexión ética y de su problemática, particular-

<sup>4</sup> Cf. Anne Fagot-L'Argeault, en *L'homme bioéthique. Pour une déontologie de la recherche sur le vivant*, París Maloine S.A., 1985, citada por Guy Bourgeault, *L'éthique et le droit*, Bruselas, 1990.

<sup>5</sup> Reich, W.T. *Introduction encyclopedia of bioethics*, N.Y. 1978, citado por Fernando Monge, *Persona Humana y Procreación Artificial*, Madrid, 1988.

<sup>6</sup> Mainetti, José A., citado por Pedro Federico Hooff en *Bioética y Derecho*, "E.D." 132, pág. 872.

<sup>7</sup> Bustamante Alzola, J., *La responsabilidad de los médicos como una cuestión social*, "L.J.", 1991, (1), pág. 82 y *Responsabilidad Civil y otros estudios*, Vol. III, 1995.

mente en orden al sentido de la vida y al precio de la salud, a los derechos de las personas y al respeto de su autonomía, a las responsabilidades individuales y profesionales así como a las decisiones sociales y políticas.

La pregunta que se formulan los bioeticistas es ¿dónde se ubica esta disciplina?. Las respuestas son varias<sup>8</sup>.

Para algunos es una prolongación o una simple puesta al día de la antigua moral médica. Para otros, la bioética es a veces ambiciosamente presentada como una ética de la vida. Finalmente, otra escuela de pensamiento la considera como una aproximación nueva, orientada hacia la toma de decisiones frente a problemas éticos derivados de la utilización creciente de las tecnologías que conciernen directamente a la vida humana y a la salud.

Compartimos el criterio de quienes consideran que la bioética es una prolongación de la antigua moral médica que, manteniendo las bases disciplinarias de la clásica deontología hipocrática, incorpora principios nuevos a las nuevas cuestiones que plantea el desarrollo tecnológico en la ciencia de la vida y la salud.

La preocupación por los principios fundamentales que justifican esta nueva valoración ética de la conducta humana en el área de la vida y la salud, ha comenzado antes de la explosión tecnológica, mediante la revaloración de la relación médico-paciente a la luz de una ética que privilegia los principios de beneficencia, autonomía y justicia.

El principio de beneficencia consiste en hacer el mayor bien con el menor daño posible, es la virtud de actuar en favor del que sufre. En la medicina paternalista el médico detenta el poder en la relación médico-paciente, pues aquél en virtud de sus conocimientos científicos y del principio de beneficencia, se reputa que es quien debe decidir lo que más conviene al paciente.

<sup>8</sup> Bourgeault, Guy, *L'éthique et le droit face aux nouvelles technologies bio-médicales*. Montreal, 1990.

En las últimas décadas, en las sociedades pluralistas de base democrática aparece el paciente como un sujeto o agente moral. Resulta indispensable comprender que, en el nuevo esquema de la relación, el enfermo no es ya un sujeto pasivo, sino activo, sobre quien debe aplicarse el principio de beneficencia. El paciente es otro sujeto moral distinto del médico, y con esta idea comienza a esbozarse el "principio de autonomía del paciente" como expresión de la libertad moral del hombre<sup>9</sup>. Unida a esta concepción de la autonomía del enfermo, se desarrolla la idea consustanciada con ella según la cual para que el paciente decida debe estar informado adecuadamente, verazmente, sin coacción, y tener competencia plena en punto a su capacidad de discernir y comprender responsablemente la decisión que adopta.

Entre el principio de beneficencia y el principio de autonomía puede producirse una tensión fundamental que tiene su origen en la diferencia existente entre respetar la libertad y garantizar a la vez los intereses más legítimos de las personas.

Alguna doctrina<sup>10</sup> considera que cuando las premisas compartidas por todos son insuficientes para servir de marco a una determinada interpretación de la vida moral, y cuando los argumentos racionales no pueden por sí solos establecer definitivamente tales premisas, los hombres no disponen de otro medio que el mutuo acuerdo para elaborar una estructura moral común.

Nosotros no compartimos este criterio porque nadie puede asegurar que en tales emergencia se ha de lograr una solución satisfactoria de mutuo acuerdo. En el marco de la protección del derecho a la vida, se subsumen el derecho a la protección de la salud y la integridad corporal. Si el paciente niega el consentimiento, el médico no puede intervenir, bien entendido que se trate de un enfermo que conserva el

<sup>9</sup> Loyarte, Dolores y Rotonda, Adriana E., *Procreación humana artificial: un desafío bioético*, pág. 16, Bs. As. 1995.

<sup>10</sup> H. Tristram Engelhardt, título original *"The foundations of Bioethics"*, *Los fundamentos de la Bioética*, traducción castellana, Barcelona, 1995.

dominio de su voluntad, y que ha sido cabalmente informado de la índole de la intervención y sus secuelas. El principio de autonomía no debe ceder ante el principio de beneficencia, aunque medie amenaza para la vida, porque el paciente asume conscientemente esa responsabilidad, ante una incierta sobrevivencia llena de padecimientos, insuficiencias y limitaciones<sup>11</sup>.

También la sociedad interviene directa o indirectamente transformándose en nuevo agente moral<sup>12</sup>. Todos, en alguna medida, desean acceder a una atención de la salud que resulte justa. Es así que la sociedad procura orientar su accionar para que la asignación de sus recursos resulte distributivamente justa a toda la comunidad, pretendiendo "dar a cada uno lo suyo"<sup>13</sup>.

Este último fundamento es el que justifica el tercer principio bioético, o sea el principio de "justicia", que predica una adecuada distribución social del cuidado médico, mediante la asignación de recursos en forma equitativa para toda la comunidad.

Con los nuevos descubrimientos de la alta biotecnología, que hacen posible reproducir y modificar la vida en su configuración genética, se está avanzando sobre horizontes desconocidos, no sólo para las ciencias naturales y la medicina, sino también para la ética y el derecho<sup>14</sup>.

Las adquisiciones científicas modernas especialmente en el campo biológico, quirúrgico e informático, que han ampliado considera-

<sup>11</sup> Bustamante Alsina, J., *La voluntad de cada uno es el solo árbitro para decidir una intervención en su propio cuerpo*, nota al fallo de la C.N. Civ., Sala H, 21-02-1991, "L.L." 1991 "B", pág. 363. Del mismo autor, *Responsabilidad Civil y otros estudios*, Vol II, pág. 201, Bs. As., 1992.

<sup>12</sup> Loyarte y Rotonda, en op. cit. en nota 9, pág. 17.

<sup>13</sup> Este es uno de los preceptos de la justicia que desde la época romana inspiran esta maravillosa virtud que hace posible la convivencia entre los hombres. (Ulpiano, *Digesto del Emperador Justiniano*, parte 1ª, Libro I, título II, traducciones de García del Corral, Barcelona, 1889).

<sup>14</sup> Banchio, Enrique C., citando a Albin Eser (*El Proyecto Genoma Humano frente a la ética y el derecho*, en Estudios en Honor de Pedro J. Frias, Vol. III, Córdoba 1994).



blemente el ámbito de las intervenciones posibles en materia humana, se plantean cuestiones totalmente nuevas<sup>15</sup>.

Un criterio rigurosamente sistemático<sup>15bis</sup> señala que la revolución biológica que se ha producido en el transcurso de este siglo y que ha alcanzado a tocar los principios de la vida, abarca dos campos distintos, pero relacionados entre sí: uno es el que corresponde a las técnicas para auxiliar a la reproducción humana, y constituye la temática de la fecundación artificial o procreación asistida. Estas técnicas dan lugar a la manipulación ginecológica, que consiste en ayudar, modificar o sustituir procesos destinados a ocurrir espontáneamente en el aparato genital de la mujer, y no producen modificación alguna en el patrimonio genético del "nasciturus". Otro es el campo de la ingeniería genética aplicada al ser humano, que origina la manipulación genética, la cual consiste en modificar una o más características de los genes de un embrión produciéndose así una sustancial modificación del patrimonio genético transmitido por los progenitores.

En lo que concierne a la nueva rama de las ciencias biológicas que comporta la aplicación de la hoy llamada ingeniería genética o biotecnología a la realidad existencial del hombre en los diferentes estadios de la vida, desde que ella comienza hasta que termina, conlleva como límite natural los postulados de la filosofía práctica.

Una psicoanalista<sup>15ter</sup> señala que, desde la procreación asistida a la cesárea de conveniencia, el nacimiento de un hijo se está revistiendo

<sup>15</sup> El más prestigioso consejo científico británico, el Nuffield Council of Bioethics, decidió declarar ética la producción de animales con genes humanos, ante la desesperante necesidad de órganos para trasplantes. ("La Nación" 09-03-1996). Ello significaría la manipulación de genes humanos para obtener por clonación la reproducción de animales, cuyos órganos podrían servir para la constitución de un banco o granja que mantendría los clones en estado vegetativo a la espera de que sea necesaria la donación de un determinado órgano.

<sup>15bis</sup> Ferrer, Francisco A.M., *Procreación Asistida* (Panorama Jurídico), Edit. Universidad Nacional del Litoral, 1995.

<sup>15ter</sup> Vacquin, Monette, citada por Christine Boutin en su disertación acerca de *La responsabilidad del legislador en la protección de la vida humana*, en el 1º Simposio Internacional de Bioética en homenaje al profesor Jérôme Lejeune, organizado por la Universidad Austral, los días 26 y 27 de octubre de 1995. ("L.L." actualidad, 19-XII-1995, pág. 1).

de todos los caracteres propios de la fabricación industrial de un objeto: control de calidad, fecha de entrega, exigencia de buen funcionamiento, y dentro de esta lógica, el pediatra vendría a prestar el servicio post-venta. Las técnicas de procreación asistida crean la idea de que se tiene un derecho al hijo, y no se quiere cualquier hijo, sino el hijo normal, o, más aún, el hijo perfecto. Así, poco a poco, el hijo se convierte en un objeto de derecho y la eugenesia en una práctica corriente.

## VI. *La bioética y el derecho*

No resulta, sin embargo, suficiente para satisfacer una aspiración de justicia el reproche de conciencia individual o la sanción de un tribunal de conducta profesional, cuando la transgresión bioética compromete la seguridad común y la salud pública o lesiona legítimos intereses individuales. Se impone entonces la necesidad de juridizar (valga el neologismo que ya está adquiriendo carta de ciudadanía en el lenguaje de la bioética) o convertir en normas jurídicas aspectos diversos y delicados de la biotecnología que alcanzan a agraviar la moral colectiva y a dañar respetables intereses particulares, lo cual justifica sancionar legalmente las conductas culposas o dolosas de los responsables. El pasaje de la ética al derecho implica la necesidad de la ley. "Entre el fuerte y el débil, entre el rico y el pobre, es la libertad que oprime y es la ley que libera"<sup>16</sup>.

Si bien el derecho y la ética comparten la búsqueda de las soluciones axiológicamente más valiosas, sólo al derecho le compete traducir principios y valores compartidos en reglas de observación obligatoria para toda la sociedad. Sin embargo, no debe incitarse la actividad legislativa para convertir todos los principios de la bioética en normas jurídicas que bajo la amenaza de responsabilidades legales,

<sup>16</sup> Savry, R., op. cit. en nuestra nota 2, pág. 129



inhiban el progreso de la investigación científica. Louise Brown ha cumplido diecisiete años de vida el 25 de julio de 1995; es feliz y goza de buena salud<sup>16bis</sup>.

Debe tenerse en cuenta que, cuando una ley es dictada, lo que es técnicamente posible se transforma en permitido legalmente y la diferencia para el ciudadano común es de capital importancia ya que, para muchos, la única referencia moral es la ley positiva. De lo posible se pasa así a lo legítimo y lo que la ley permite es ya un derecho subjetivo o sea una pretensión que cualquiera puede exigir y la justicia no puede negar.

El legislador debe responsablemente plantearse antes de dictar una ley sobre una materia tan comprometedora para la humanidad ¿Cómo debe ser el hombre del futuro y cuál es el rol que le ha de corresponder en el universo de los seres vivos?

Si la ley es permisiva en relación con las nuevas técnicas de procreación humana alternativa o artificial no habrá límite razonable para satisfacer el reclamo de una pareja infértil, y si también lo es en la manipulación genética dentro del ámbito de la biología molecular, el desborde llevará a construir un "superhombre" diferenciado del hombre por naturaleza o producirá "un híbrido" en la escala menor de la especie animal.

Refiriéndonos a las nuevas fronteras de la moderna ingeniería genética, se puede afirmar que el hombre tiene hoy en sus manos el poder de controlar su evolución genética y que esta facultad reclama un gran sentido de la responsabilidad, tan pronto se acepte que no todo lo posible resulta al mismo tiempo lícito o humanizador. La regulación normativa, dentro del régimen de libertad, indiscutiblemente considerado como el más favorable al progreso de la investigación científica, deberá inspirarse sobre los principios fundantes de la naturaleza del hombre que conducen a la protección de su dignidad. Al propio tiempo deberá contemplar que los límites que pudieren

<sup>16 bis</sup> La primera experiencia positiva de fecundación en probeta "in vitro" e implante de embrión (FIVET) se obtuvo en Inglaterra el 25 de julio de 1978.

señalarse no cierren el camino del saber científico, considerado como patrimonio de la humanidad<sup>17</sup>.

## VII. *Nociones básicas de biología molecular y embriología*<sup>1</sup>

Para una mejor comprensión de las *Recomendaciones y Propuestas* que se exponen en el apartado siguiente, es indispensable el conocimiento de las nociones básicas de la biología molecular y de la embriología, que constituyen el contenido de aquellos pronunciamientos.

1. El tejido corporal y orgánico del ser humano está constituido por unos tres mil billones de células.

La célula es el elemento o unidad fundamental morfológica, fisiológica y reproductiva de todo ser vivo, y está formada por los siguientes elementos:

a) *Membrana celular* - Forma el contorno y regula el intercambio con el medio.

b) *Citoplasma* - Es una masa gelatinosa y fluida, que rodea el núcleo, y allí se realiza el proceso metabólico del A.D.N.

c) *Núcleo* - Es el elemento central que dirige el funcionamiento de la célula y contiene veintitrés pares de cromosomas, dispuestos en forma de filamentos y portadores de genes que contienen los ácidos nucleicos. El ácido desoxirribonucleico (A.D.N.) produce el ácido ribonucleico (A.R.N.). El primero (A.D.N.) contiene el material hereditario o código genético y el segundo (A.R.N.) realiza el proceso sintetizador proteínico sirviendo de agente o mensajero transmisor de la herencia genética.

<sup>17</sup> Banchio, Ernesto C., en op. cit. en nuestra nota 14. El destacado jurista menciona una importante y moderna bibliografía sobre la problemática ética de las nuevas formas de reproducción humana, la manipulación genómica y la técnica de clonación aplicada al hombre.

<sup>1</sup> Fuente: *Historia de la medicina*, por Jenny Sutcliffe y Nancy Dum, traducción española, Editorial Blume, Barcelona, 1993.

2. Tipológicamente existen dos clases de células:

a) *Somáticas*: de la línea corporal, cuya estructura es temporal porque desaparecen con el ser. Son de número normal (diploides) o sea veintitrés pares de cromosomas homólogos.

b) *Germinales*: de la línea reproductiva o germinal cuya estructura es potencialmente inmortal desde que se transmiten por generaciones. Son de número reducido (haploides), o sea veintidós pares de cromosomas homólogos o autosomas y un par heterólogo determinante del sexo: en la mujer está compuesto por XX (sexo femenino) y en el varón puede ser XY (sexo masculino).

Las células germinales forman las glándulas sexuales (gónadas) que constituyen los testículos (masculino) y los ovarios (femenino). Producen respectivamente espermatozoides y óvulos, o sea, los gametos o células germinales o sexuales maduras.

3. La fecundación se produce cuando el espermatozoide penetra en el óvulo y se funden ambos gametos en una célula distinta biológicamente, que da origen a una nueva vida, desde el momento de la concepción ya sea en el seno materno o un medio extracorpóreo (FIVET).

La nueva célula u óvulo fecundado se denomina "cigoto", que ya es un embrión en cuyo medio interno se produce por mitosis la división celular, pasando de un primer estado de mórula al siguiente de blástula o blastocisto, el cual se implanta o anida aproximadamente a los catorce días en el endometrio (tejido mucoso que forma la pared interna del útero) comenzando el período de gestación. Se lo denomina embrión hasta los noventa días de la concepción aproximadamente que pasa al estado fetal (*nasciturus*) hasta el nacimiento.

### VIII. Recomendaciones y propuestas

La necesidad de la regulación normativa de las diversas conductas que comportan la investigación científica y la experiencia práctica con repercusión en el ámbito biomédico, constituyen hoy día motivo

de preocupación universal en la medida del avance científico y tecnológico por una parte, y, por la otra, el simultáneo crecimiento del temor que se siente por la vulnerabilidad de la persona humana frente a las aplicaciones alternativas de esas nuevas técnicas.

Además, el hombre tiene hoy el poder de controlar la herencia genética y este progreso de la biología molecular unido a aquellos avances de la biotecnología alternativa no deben sobrepasar los límites que imponen la naturaleza humana y su dignidad como ser superior entre las especies vivientes. Por otro lado, las limitaciones que se pongan a la investigación científica deben responder a un obrar cauteloso, para no cerrar el camino al progreso de la ciencia que investiga a la vez saludablemente la etiología de las enfermedades que el hombre padece.

En relación con la manipulación genética en el ser humano son numerosas las declaraciones y recomendaciones adoptadas en niveles internacionales tales como la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre Ingeniería Genética en 1989, la Declaración de Valencia sobre Proyecto Genoma Humano en 1988 y la Declaración de Bilbao en 1993.

Lo fundamental de esas declaraciones es que existe consenso sobre que "el derecho a la vida y a la dignidad humana implica el derecho a heredar las características genéticas sin haber sido cambiadas artificialmente". Ello significa que se debe aceptar solamente la ingeniería genética con fines terapéuticos para el tratamiento de enfermedades transmitidas genéticamente, y significa también el rechazo de la terapia génica germinal y de las manipulaciones genéticas humanas perfectivas o eugénicas<sup>18</sup>, o sea para perfeccionar los caracteres somáticos o mejorar rasgos personales de inteligencia y carácter de la nueva generación.

En relación con las técnicas de procreación humana asistida o alternativa, el Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires dio a conocer en marzo del corriente año una Declaración expresando:

<sup>18</sup> Banchio, Ernesto C., op. cit. en nuestra nota 14, pág. 968/69.

"La regulación legal de la reproducción humana asistida, actualmente a estudio de la H. Cámara de Diputados, debe respetar los principios, garantías y derechos reconocidos implícitamente por la Constitución (C. Nacional arts. 14, 33) y explicitados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos complementarios de dichos derechos y garantías (C. Nacional art. 75, inc. 22; ley 23054) a saber el derecho a la vida (Convención art. 4, ap. 1), a la protección de la honra y dignidad (Convención art. 11, ap. 1) y a la protección de la familia (Convención art. 17, ap. 1) así como los derechos del niño (Convención art. 19).

Para ello la regulación legal referida: 1) Sólo podrá autorizar dicho sistema al único efecto de posibilitar la paternidad y maternidad biológica entre cónyuges infértiles o estériles y como último recurso cuando otras técnicas no hayan dado resultado.

2) Deberá prescribir la transferencia de todos los embriones.

3) Deberá sancionar penalmente la crioconservación y la destrucción de embriones.

4) Deberá garantizar al paciente la libre elección del médico.

5) Tiene que respetar la libertad de conciencia también de los médicos, los que podrán decidir libremente respecto de la utilización de los métodos legalmente permitidos que se les requieran.

6) Debe asegurar a los pacientes una auténtica posibilidad de información de los métodos de procreación asistida, sin influir respecto de su elección".

## LA SINDICACION DE ACCIONES

*Comunicación efectuada por el académico Dr. Jaime Luis Anaya,  
en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de  
Buenos Aires, en la sesión privada del 13 de junio de 1996*





Entre las cuestiones más controvertidas del derecho societario, la sindicación de acciones ocupa un lugar considerable desde hace alrededor de cien años. De sus proyecciones puede dar una idea el hecho de que al publicar en 1971 un estudio sobre el tema, Hartmur Lübbert mencionaba más de quinientas obras sobre esta materia.

El diseño de una sociedad anónima a partir de una concepción atomizada de los accionistas, en la que no estuvo presente el influjo que produciría la participación de sociedades-accionistas, y sometida a una innegable gravitación ideológica, desembocó en lo que en un reciente estudio Berardino Libonati ha denominado como "una visión jacobina de la sociedad por acciones". No se aceptaban vinculaciones intermedias entre la sociedad y sus accionistas, por los mismos fundamentos que excluían a las asociaciones intermedias entre el Estado, que es único, y la libertad de los individuos igualitariamente situados ante el Estado. Esta traslación de la utopía iluminista al ámbito del derecho societario condujo a una hipóstasis de las asambleas, en las que espontáneamente se formaría la voluntad asamblearia tras una deliberación en el lugar y en la oportunidad fijados para su realización<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> "Sindacato di voto e gestione d'impresa", en *Il contratto. Silloge in onore di Giorgio Oppo*, Padua 1992, Vol. 2, pág. 594.

Las realidades de la vida económica, los requerimientos de las actividades empresarias, las participaciones de sociedades en sociedades, los vastos fenómenos de grupos de sociedades, fueron factores que pusieron de relieve la fragilidad de este esquema que, al decir de Raúl Ventura, constituía de hecho un mito y de derecho una falacia<sup>2</sup>.

La sola adopción del principio mayoritario resultaba un estímulo para los entendimientos, las alianzas, los acuerdos, ocasionales o permanentes, a través de los cuales los accionistas podían prevalecer en las asambleas. Fueron así desarrollándose las prácticas de los contratos parasociales que, a través de un largo proceso, han alcanzado, con mayor o menor amplitud, un reconocimiento en el derecho comparado.

La sindicación es una especie, la más extendida e importante, en este género de contratos celebrados entre algunos o aun todos los socios de una sociedad, al margen del contrato social o estatuto. Su manifestación más relevante es la que se suscita en las sociedades anónimas y que por ende se conoce como sindicación de acciones.

La terminología dista de ser inequívoca. La ley brasileña de sociedades por acciones de 1976 alude a los "acuerdos de accionistas", el Código de Sociedades Comerciales de Portugal de 1986 afina más la denominación al legislar los "acuerdos parasociales"; pero también

<sup>2</sup> Raúl Ventura, *Estudos vários sobre sociedades anónimas*, Livraria Almedina, Coimbra 1992, pág. 68.

Es coincidente la enseñanza de Giovanni Grippo, para quien la hipótesis de un principio absoluto de democracia accionaria significa perpetuar una concepción mítica de la asamblea, en la que encuentra asilo la idea de una voluntad colectiva nacida de un libre cambio de opiniones, de una mayoría "hija del caso". Es una visión decimonónica de la sociedad por acciones, dominada por el principio de la "soberanía" asamblearia (*"L'assemblea nella società per azioni"*, en *Trattato di diritto privato*, dirigido por Pietro Rescigno, Vol. 16, Turín 1985, pág. 387).

A su vez, Waldirio Bulgarelli recuerda la exposición que hicieron Berle y Means acerca de la ilusoria democratización de la sociedad anónima, la *shareholder democracy* -esa gran ilusión del accionista, en palabras de Ripert- cuyas asambleas generales se transforman en una farsa (*"A regulamentação jurídica do acordo de acionistas no Brasil"*, en *Questões de direito societário*, San Pablo, 1983, pág. 31).

en el derecho comparado se los conoce como pactos, convenciones, consorcios, acuerdos extra-estatutarios, sindicatos de acciones. La voz "sindicato" no es muy precisa pues, como oportunamente lo destacara Modesto Carvalhosa, sugiere la actuación de un síndico, figura de contornos imprecisos en estos contratos<sup>3</sup>. Sin embargo, la amplia difusión de este término en nuestro medio lo hace preferible. Mayor reserva merece su referencia a las acciones, porque de alguna manera parece sugerir que estos contratos dotan de ciertos atributos o caracteres a los títulos acciones, cuando en realidad éstas permanecen insensibles frente a las relaciones contractuales que solamente conciernen a las personas de los accionistas que han sido parte en la sindicación. Por lo que resulta preferible denominar a estos contratos -su naturaleza de tales no origina controversias<sup>4</sup>- como sindicatos de

<sup>3</sup> Modesto Carvalhosa, *Acuerdo de accionistas*, San Pablo 1984, pág. 12.

<sup>4</sup> Debe tenerse presente, sin embargo, la posibilidad de sindicaciones que no tengan origen en la autonomía privada sino en la ley. Tal es lo que acontece con la sindicación obligatoria que introdujo la ley 23.696 de "Reforma del Estado" para el programa de propiedad participada, que integró el régimen de las privatizaciones y de la participación del capital privado. Con arreglo a las disposiciones de sus arts. 38 y 39, así como del art. 17 del decreto 584/93, la sindicación de las acciones adquiridas a través de un "programa de propiedad participada" -que es inicialmente obligatoria- tiene lo esencial de su disciplina jurídica impuesta por las reglas legales. Estas disposiciones, así como las complementarias que se dejan libradas a la autonomía privada, no son ajenas al estatuto de la sociedad anónima, tipo al que deben ajustarse la estructura y el régimen jurídico de las empresas públicas privatizadas (art. 23 de la ley 23.696); porque no obstante la equívoca terminología legal que reiteradamente alude a los "convenios" de sindicación, mientras las acciones no se hayan pagado, liberado de prenda y asignado a los adquirentes (arts. 37, 38 y 39) serán indisponibles y estarán, por ministerio de la ley, sometidas a un régimen de sindicación que integrará como "anexo" el régimen de un llamado "Acuerdo general de transferencia" (decreto 584/93, art. 17).

El meollo de esta sindicación pasa por un régimen de representación y por la obligatoriedad de una gestión colectiva, imponiéndose el principio mayoritario para la adopción de las posiciones a sostener en las asambleas (ley 23.696, art. 38, incs. b) y c)). No hay pacto, convenio o contrato en orden al sometimiento de los accionistas a este régimen de sindicación; si alguna duda cupiese en cuanto a la aplicabilidad de los principios relativos a los convenios de accionistas, cabe recordar la enseñanza de W. Bulgarelli cuando advierte que los acuerdos celebrados particularmente por los accionistas pierden su naturaleza de parasociales cuando se los incorpora a los estatutos (*Questões cit.*, pág. 36, N<sup>o</sup> 27), argumento tanto más válido cuando su fuerza vinculatoria y sus efectos dimanar de la ley. Frente a estos rasgos, Ellas P. Guastavino sostiene fundadamente que la reglamentación

accionistas; o bajo su modalidad más cuestionada, como sindicatos de voto.

La expansión de estos contratos fue acompañada por una desigual consideración legislativa, jurisprudencial y doctrinaria. No favoreció su esclarecimiento jurídico el hecho de que a esta figura se adscribieran muchos y diversos acuerdos, con una amplitud a veces desmesurada en la enseñanza de algunos autores. Pero ha de admitirse que sus modalidades, contenidos y aplicaciones presentan una infinita variedad, según lo afirma Francesco Galgano, justificando la enseñanza negatoria de la posibilidad de establecer cánones uniformes de valoración<sup>5</sup>. Tal diversidad sustenta el acierto jurisprudencial que supedita su validez a un examen caso por caso, orientación adoptada por la Casación en Italia respecto de los que vinculan la libertad de voto<sup>6</sup>.

La generalizada desconfianza y aun hostilidad que los acuerdos de accionistas merecieron inicialmente, tuvieron algunas excepciones. Así en el derecho inglés el voto fue considerado como una propiedad del accionista, que en razón de tal naturaleza puede ser libremente ejercido o ser comprometido en acuerdos válidos y exigibles, en tanto no se incurra en fraude a la minoría. Asimismo el derecho alemán fue proclive a la validez de los acuerdos de accionistas, tendencia que se fortaleció después de la primera guerra mundial, alcanzando en 1931 reconocimiento legislativo la práctica de los consorcios y de las llamadas "acciones vinculadas". Con la ley de sociedades por acciones de 1965 solamente han quedado excluidos los contratos por los que un accionista se compromete a votar según instrucciones de la

---

ha morigerado o alterado la tipificación de los pactos de sindicación como fideicomisos de gestión; y que el ejercicio de los derechos políticos de los accionistas debe adecuarse "a la sindicación accionaria impuesta por la ley y regulada reglamentariamente" (*El fideicomiso de la propiedad participada en las empresas privatizadas*, en "Anales" de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Año XXXVIII, Segunda Epoca, N° 31, pág. 199).

En suma, es una sindicación que ni nace del convenio de los accionistas ni tiene un ámbito "parasocial" sino que es una estructura de la propia sociedad anónima privatizada.

<sup>5</sup> Francesco Galgano, *Diritto Civile e Commerciale*, Vol. III, T. 2, Padua 1980, pág. 73.

<sup>6</sup> Sentencia del 5-7-58, en "Banca, Borsa e Titoli di Crédito", 1958-II-558.

sociedad, de la dirección o del consejo de vigilancia o según instrucciones de una empresa dependiente; también se excluye la validez de los acuerdos por los que un accionista se compromete a votar en favor de las propuestas del directorio o del consejo de vigilancia. Todos ellos quedan alcanzados por la nulidad establecida en el tercer párrafo del art. 136, con lo que, a su margen, se abre un vasto campo para la aplicación de contratos incólumes a tal sanción.

En el otro extremo se mueven las legislaciones absolutamente prohibitivas, tal como con relación al voto en las sociedades anónimas lo preceptúa el art. 198 de la ley mexicana de sociedades mercantiles de 1934 que tiene por "nulo todo convenio que restrinja la libertad de voto de los accionistas"; y, con un alcance más limitado, lo determinaba el art. 6º de la ley española de sociedades anónimas de 1951 teniendo por "nulos los pactos sociales que se mantengan reservados". La regla española -que no fue reiterada por la ley de 1989 en la que el art. 7 solamente declara la inoponibilidad a la sociedad de los pactos que se mantengan reservados entre los socios- forma parte de un capítulo específico, cual es el de los pactos reservados que será objeto de una consideración particular más adelante. Pero vale la pena destacar que no obstante la nulidad dispuesta en la ley de 1951, la doctrina mayoritaria admitía en España la validez de estos "pactos sociales" entre las partes, si bien nunca podían afectar a terceros aun en el supuesto de que éstos tuviesen conocimiento de su contenido<sup>7</sup>.

Las legislaciones en general han sido omisivas -tal como acontece con la ley argentina 19.550- o han abordado estos contratos con reglas fragmentarias, discontinuas y asistemáticas. Un somero panorama puede resultar ilustrativo de los diversos enfoques subsistentes en el derecho comparado.

La jurisprudencia norteamericana fue adversa desde fines del siglo XIX a cualquier procedimiento por el que se condicionase o li-

<sup>7</sup> J. Garrigues, *Comentario a la ley de sociedades anónimas*, en colaboración con R. Uría. 3a. ed. T. I, pág. 156 y siguientes.

mitase el derecho de voto. La resistencia jurisprudencial no impidió que en el derecho norteamericano la finalidad de los pactos se alcanzase elípticamente por la transferencia del ejercicio del voto mediante el "voting trust". Ello se logró después de vencer resistencias, especialmente las levantadas por aplicación de la ley antimonopólica de 1890, la Sherman Act, que tuvo un jalón estridente cuando en 1911 la Corte Suprema confirmó la sentencia del Tribunal Supremo de Ohio que dispuso la disolución del trust de la Standard Oil. Ya con anterioridad, en el *leading case* "Warren c. Pim" de 1904, el juez Pitney decía que el "voting trust es una obra prima de ingeniosidad profesional, que otorga poder absoluto e incontrolado a un grupo cuyo interés personal en el éxito de la compañía es tan insignificante que puede ser totalmente desconsiderado"; y describía al "trustee" como "un falso propietario revestido de un título disfrazado y ficticio, con el único propósito de votar con acciones que no posee"<sup>8</sup>. Sin embargo, a partir de una ley del Estado de Nueva York de 1901, varios fueron los Estados que admitieron por ley la práctica del "voting trust"<sup>9</sup>, si bien algunas leyes introdujeron restricciones para los "trust" con acciones de bancos, aseguradoras o sociedades de crédito inmobiliario. El art. 34 de la "Model Business Corporation Act", elaborada por la American Bar Association admite que cualquier número de accionistas puede constituir un "voting trust" para conferir a un "trustee" el derecho de votar o representar sus acciones por un período no superior a diez años, mediante acuerdo escrito que especifique sus términos y condiciones. Un ejemplar debe ser registrado en la compañía; el trustee debe mantener un registro de las personas tenedoras de los "trust certificates" y el nombre y domicilio de los titulares de las acciones y el número y clase de aquellas sobre las que se emitieron "trust certificates", copia de todo lo cual debe registrarse en la compañía. La documentación registrada en la compañía puede ser examinada por los accionistas o por los titulares de "trust certificates".

<sup>8</sup> Citado por Henry Winthrop Ballantine, *On corporations*, Chicago 1946, pág. 425.

<sup>9</sup> F. Konder Comparato, *O poder de controle da sociedade anônima*, 3a. ed., pág. 125.



Las restricciones de la doctrina y los requisitos a que se someten los "voting trusts" no alcanzan en cambio a los "voting agreements" sobre cuya licitud hay un amplio reconocimiento en las sociedades cerradas. En tal sentido es admitida la posibilidad y aun la conveniencia de que los intereses de los socios se regulen contractualmente en la "close corporation". La tolerancia para la introducción de vinculaciones personales imbuidas de "intuitu personae" ha ganado espacio aun en detrimento de la ley, posiblemente como contrapartida de la inexistencia de un tipo que cumpla una función más próxima a la que en el derecho continental incumbe a la sociedad de responsabilidad limitada; la laguna tiende a colmarse en alguna legislación muy reciente como v. gr. lo hace la Delaware Limited Liability Partnership Act de 1993, enmendada en 1994. Es muy expresivo de esta tolerancia el caso "Galler c. Galler" en el que en 1984 la Corte Suprema de Illinois sostuvo que las cuestiones relativas a las compañías cerradas deben ser juzgadas con fundamento en su carácter *sui generis*; y concluyó que, no obstante la violación de la ley societaria en que técnicamente están incursos muchos acuerdos de accionistas, se los viene admitiendo como válidos teniendo en cuenta las circunstancias de hecho, en la medida en que no ofenden el interés público, el de los minoritarios o el de los acreedores, si se trata de "close corporations". Y para Alex Elson el meollo de esta tendencia jurisprudencial es el siguiente: "No hay razón para no admitir que hombres maduros sean capaces de adaptar la forma legal a la estructura que desean, desde que no perjudiquen a otros accionistas, acreedores o al público o que violen una regla imperativa de las leyes societarias"<sup>10</sup>.

La legislación francesa de las sociedades, de 1966, no reglamenta estos contratos y hay un creciente movimiento favorable a su validez que, al decir de Yves Guyon, se han multiplicado bajo la influencia de la intensificación de las relaciones comerciales internacionales<sup>11</sup>.

<sup>10</sup> Apud Modesto Carvalhosa, ob. cit. págs. 210 y 211.

<sup>11</sup> Yves Guyon, *Traité des contrats. Les sociétés*, París 1993, N° 286.



La nulidad que estableció la ley del 31 de agosto de 1937, con limitada repercusión práctica, no es reiterada por la legislación vigente. La regla del art. 440-3 de la ley de 1966 castiga con penas correccionales a quienes se hicieren acordar, garantizar o prometer ventajas para votar en un determinado sentido o por no participar en la votación, así como a quienes acordaren, garantizaran o prometieren esas ventajas. Se trata de la tradicional regla sancionatoria del tráfico de voto<sup>12</sup>. Más allá de la censurada imprecisión de la referencia a "ventajas", lo cierto es que así delimitado el marco de los supuestos de nulidad, cabe entender que son lícitas las demás convenciones entre accionistas. A lo que se agrega que varias disposiciones legales aluden a estas convenciones y aunque sea implícitamente las tienen por lícitas. Así el art. 355-1 preceptúa que una sociedad es considerada controlante cuando dispone de la mayoría de los votos en otra a través de un acuerdo concluido con otros accionistas. El art. 356-1-3 se

<sup>12</sup> A la disponibilidad del derecho de voto dedica Antonio Pedrol el Capítulo IX de su obra *La anónima actual y la sindicación de acciones*, Madrid 1969.

Modesto Carvalhosa, en su ya citado *Acuerdo de accionistas* desarrolla una interesante exposición en el Capítulo I, Parte II, abordando en particular la cuestión del tráfico de voto en la página 60.

En la doctrina italiana más reciente puede destacarse una orientación más flexible que la tradicional. Así Grippo, en *L'assemblea* cit., pág. 388, afirma que si bien no está desvirtuada de fundamento la intransferibilidad del voto, existen a su respecto límites, más allá de los cuales no se consiente violar la libre determinación del voto; de donde se sigue que el problema de las convenciones de voto se reduce a una cuestión de límites. Más enfáticamente, Gian Franco Campobasso manifiesta su convicción en el sentido de que nada se opone a que el accionista "venda" el propio voto; admite que la cuestión es controvertida, pero asevera que la prevaleciente doctrina negatoria de tal posibilidad está cediendo paso a la tesis más permisiva, en la que están enrolados Gatti, Weigmann y Farenga (*Diritto commerciale*, Turín 1992, 2a. ed., T. 2, págs. 312 y 313). En *Sindacato di voto...* cit. Libonati proclama la libertad del accionista para dar a su voto el contenido que quiera; la predisposición del contenido de ese voto por vínculos familiares o por convenios de sindicación no concierne ni menoscaba a la estructura societaria querida por la ley, porque concierne sólo al lícito y libre ejercicio de la autonomía negocial. La licitud de su opción podrá ser cuestionada por otras consideraciones, pero no por la contraposición con la estructura de la sociedad. La indisponibilidad del voto es otro mito del derecho societario. Será inválido el comercio de voto que carezca de causa legítima, pero tal no es el caso de los pactos de sindicación en los que se renuncia a un ejercicio autónomo del derecho de voto en el contexto de un legítimo contrato.

refiere a las acciones concertadas de las personas que han acordado el ejercicio de los derechos de voto para realizar una política común en la sociedad, siendo que la acción concertada no se considera ilícita o irregular. La jurisprudencia, por su parte, aun dentro de la imprecisión que supone la resolución de cada caso sobre la base de examinar su compatibilidad con el interés social, tiende a extender el reconocimiento de su licitud, sea admitiendo la conveniencia de organizar una mayoría estable o de disciplinar las relaciones entre asociados de un mismo grupo, sea facilitando una reestructuración.

Bajo el código de comercio de 1882 la interpretación doctrinaria y jurisprudencial se pronunciaba en Italia por la ilicitud de los sindicatos de accionistas. Algunas excepciones, siquiera con alcance limitado, se hicieron presentes, como ocurrió con el comentario que Ascarelli efectuó a un fallo de la Casación de 1930, al que intituló *La liceità dei sindacati azionari*<sup>13</sup>. El Codice Civile no abordó la materia y las aguas han continuado divididas, aunque en doctrina se acentuó la corriente favorable a su licitud, incluso la de los sindicatos de voto que se organizan bajo el principio mayoritario que son los que ofrecen mayor interés y difusión. Y en la práctica societaria son tan frecuentes que según ha dicho recientemente Libonati, en todas o casi todas las sociedades con cotización bursátil en Italia, algunos socios se vinculan mediante convenciones parasociales; y en las sociedades que no cotizan son corrientes los pactos para la organización del control en las sociedades cabeza de grupo<sup>14</sup>. Lo expuesto no excluye ciertamente importantes enseñanzas adversas, si bien Gastone Cattino, uno de sus más prestigiosos exponentes, admite que el legislador ha venido ofreciendo una base normativa a quienes sostenían la legitimidad de los sindicatos. De esta suerte, afirma, ignorando todos los debates precedentes y todo problema que no fuese el asumir desprejuiciadamente el "estado de las cosas", consiente a toda o casi toda la doctrina dar por canceladas, quizá con inconsciente alivio, las

<sup>13</sup> En la "Rivista del Diritto Commerciale", 1931, Vol. 29, 2a. Parte, pág. 256.

<sup>14</sup> *Sindacato di voto* cit., pág. 606.

diatribas del pasado. Dicho lo cual, el autor enuncia diversas disposiciones legales que de alguna manera se refieren a los acuerdos de socios dando por implícitamente aceptada su validez<sup>15</sup>. Todavía recuerda que la propuesta de Quinta Directiva de la C.E.E. declara nulas solamente a las convenciones en virtud de las cuales un accionista se obliga a votar según las instrucciones o las propuestas de la sociedad o de sus órganos o a votar o no votar en cierto sentido en contrapartida de ventajas especiales. Y al añadir aun que por ley de 1992 las sociedades con cotización bursátil deben comunicar al organismo de control de las operaciones de Bolsa (Consob) todo acuerdo de sindicatos de voto, Cottino entiende que toda discusión parece llegada al agotamiento.

La más lograda expresión legislativa es, en mi parecer, la reglamentación dispuesta por el ya citado Código de Sociedades Comerciales de Portugal. En su artículo 17 se dispone que "1- Los acuerdos parasociales celebrados entre todos o entre algunos socios por los cuales éstos, en esa calidad, se obliguen a una conducta no prohibida por ley tienen efecto entre los intervinientes, pero con base en ellos no pueden ser impugnados actos de la sociedad o de los socios con la sociedad. 2- Los acuerdos referidos en el número anterior pueden ser relativos al ejercicio del derecho de voto, pero no a la conducta de los intervinientes o de otras personas en el ejercicio de funciones de administración o de fiscalización. 3- Son nulos los acuerdos por los cuales un socio se obliga a votar: A) Siguiendo siempre las instrucciones de la sociedad o de uno de sus órganos; B) Aprobando siempre las propuestas hechas por éstos; C) Ejerciendo el derecho de voto o absteniéndose de ejercerlo en contrapartida de ventajas especiales".

Esta reglamentación del derecho portugués establece las exclusiones a la licitud de los acuerdos, en el apartado 3, con un alcance coincidente al fijado por las legislaciones alemana y francesa, así como en la propuesta de Quinta Directiva. Y con relación a los efectos de

<sup>15</sup> *Diritto commerciale*, T. I, Vol. 2, Padua, 3a. ed. pág. 481.

los acuerdos parasociales sienta una regla que, como lo destaca Raúl la República Oriental del Uruguay.

Quedó ya dicho que en España la ley de sociedades anónimas de 1989 también declara la inoponibilidad de los pactos parasociales (art. 7), vale decir que se admite su validez en el ámbito interno de los socios que en ellos fueron parte; nada expresa con relación a los terceros, pero se ha interpretado que nada debía decir puesto que la ineficacia a su respecto es evidente ya que no hay más protagonista que la sociedad ante ellos.<sup>17</sup>

Se llega así al término de este panorama con la referencia a la excepcional solución brasileña que, a mi entender, desvirtúa el sentido y la función inherente a los contratos parasociales al equiparar su eficacia a la del ordenamiento corporativo. De esta suerte, el estatuto deja de regir universalmente y, en lo concerniente a materias que han sido objeto de pactos parasociales, se circunscribe a los accionistas que no son parte en la sindicación, con algunas consecuencias que me parecen preocupantes; así, v.gr. se abriría la posibilidad de impugnar la resolución de una asamblea por la emisión de algún voto de accionista sindicado en sentido divergente al acordado en el sindicato. Dice el art. 118 de la ley de sociedades anónimas N° 6.404 de 1976: "Los acuerdos de accionistas, sobre la compraventa de sus acciones, preferencia para adquirirlas o ejercicio del derecho de voto, deberán ser observados por la compañía cuando (sean) archivados en su sede.

"1° Las obligaciones o cargas provenientes de esos acuerdos solamente serán oponibles a terceros, después de asentados en los libros de registro y en los certificados de acciones, si emitidos.

"2° Esos acuerdos no podrán ser invocados para eximir al accionista de responsabilidad en el ejercicio del derecho de voto o del poder de control.

<sup>16</sup> R. Ventura, *Estudios cit.*, pág. 35.

<sup>17</sup> José-Domingo Rodríguez Martínez, "Presupuestos y efectos de la inscripción y de la publicación: Los pactos reservados", en *Derecho de Sociedades anónimas*, I, La Fundación, coordinado por Alberto Alonso Ureba y otros, Madrid 1991, pág. 411.

"2º Esos acuerdos no podrán ser invocados para eximir al accionista de responsabilidad en el ejercicio del derecho de voto o del poder de control.

"3º En las condiciones previstas en el acuerdo, los accionistas pueden promover la ejecución específica de las obligaciones asumidas.

"4º Las acciones asentadas en los términos de este artículo no podrán ser negociadas en bolsa o en el mercado extrabursátil.

"5º En el informe anual, los órganos de la administración de la compañía abierta informarán a la asamblea general las disposiciones sobre política de reinversión de lucros y distribución de dividendos que consten en acuerdos de accionistas archivados en la compañía."

Como queda en claro de este texto, en la legislación brasileña los contratos parasociales han perdido tal carácter para ser verdaderos contratos sociales, con el agravante de estar en condiciones de provocar una fragmentación de reglas estatutarias tan numerosa como lo sea el número de acuerdos que celebren los distintos grupos de accionistas, lo que resulta particularmente grave en el supuesto de sindicaciones de voto.

Para surtir el efecto "*erga omnes*", es decir para que estos pactos parasociales sean oponibles a la sociedad, a los accionistas que no fueron parte en ellos y a los terceros en general, no se torna siquiera necesaria su inscripción en el Registro de Comercio y la publicación dispuesta para los estatutos por los arts. 94 a 98. Ciertamente es que media una adecuada concordancia entre esta solución y la que el art. 135 establece para las modificaciones del estatuto, cuya falta de inscripción registral y publicación no impide la posibilidad de que los terceros de buena fe puedan invocarlas, en solución totalmente divergente a la del art. 12 de nuestra ley de sociedades.

La ley uruguayana de sociedades comerciales siguió en esta materia la orientación legislativa del Brasil, circunscribiendo la disciplina de los convenios de sindicación entre socios al ámbito de las sociedades anónimas. Les atribuyó, sin embargo, una mayor extensión que la de su modelo en relación con lo que puede ser objeto de estos conve-

nios, porque además de los acuerdos sobre compra y venta de sus acciones, ejercicio del derecho de preferencia o del derecho de voto contemplados en la regla brasileña con carácter taxativo, añade con generosa amplitud "cualquier otro objeto lícito" (art. 331). Si bien el texto uruguayo no es explícito con respecto a la observancia que la sociedad deba a estos pactos parasociales, expresamente dispuesta por la legislación del Brasil, ha interpretado Sagunto Pérez Fontana que debe tenerse por incluido al sujeto societario entre los terceros para los cuales surten efecto. Preceptúa el art. 331:

"Serán legítimos los convenios de accionistas sobre compra y venta de sus acciones, ejercicio de los derechos de preferencia y de voto o cualquier otro objeto lícito.

"Los accionistas contratantes podrán ejercer todos sus derechos y acciones legales para el cumplimiento debido a las obligaciones asumidas y frente a quienes resulten comprometidos para la debida ejecución del convenio.

"Estos convenios no tendrán efecto frente a terceros excepto cuando:

"A. Se entregue a la sociedad un ejemplar con las firmas certificadas notarialmente.

"B. Se incorpore un ejemplar al legajo de la sociedad.

"C. Se anote en los títulos accionarios o se haga constar en el Libro de Registro de Acciones Escriturales.

"Cumplidos estos requisitos, las acciones respectivas no podrán ser negociadas en Bolsa.

"Tratándose de sociedades abiertas, el órgano de administración informará a cada asamblea ordinaria sobre la política de capitalización de ganancias y distribución de dividendos que resulte de los convenios depositados en la sociedad. En ningún caso los convenios de sindicación de acciones podrán ser invocados para eximir a los accionistas de sus responsabilidades en el ejercicio del voto.

"Los convenios de sindicación de acciones tendrán una vigencia máxima de cinco años, sin perjuicio de que las partes acuerden la prórroga tácita o automática de su plazo".



Los requisitos establecidos en el artículo transcrito para que los convenios surtan efecto respecto de terceros, coinciden con los fijados en el derecho brasileño, agregándose aquí la inscripción en el legajo que se instituyó en el art. 11 de esta ley de sociedades. La otra diferencia destacable es la fijación de un plazo máximo, requisito de validez que tiende a desaparecer en las modernas orientaciones al respecto. Por otra parte, la legislación oriental sobre estos convenios no ha sido consecuente con el régimen establecido en el art. 10 para las modificaciones de los contratos sociales o estatutos a las que, tal como acontece por obra de nuestro art. 12 de la ley 19.550, declara ineficaces frente a la sociedad, a los socios y a los terceros e inoponibles por éstos, aun cuando se alegue su conocimiento, antes de haber sido publicadas e inscriptas (arts. 253, 255 y 273).

Con esta disciplina, tal como bajo la adoptada por la legislación brasileña, el funcionamiento de la sociedad queda sujeto a la conjunción de las cláusulas estatutarias con las estipulaciones de todos y cada uno de los pactos parasociales que se incorporen al legajo. Régimen que por cierto no contribuye a la transparencia y regularidad en las prácticas societarias, por la perturbación que implica la interferencia de pactos parasociales -con los cuales todos o algunos de los accionistas quisieron disponer de sus derechos en el marco de autonomía privada- al perder tal carácter y convertirse en otros tantos pactos o contratos sociales, fragmentando la unidad del ordenamiento societario.

Tras esta reseña, cabe ingresar en la consideración de los caracteres y los efectos de estos contratos. De la obra señera que publicó Giorgio Oppo en 1942 con el título de *Contratti parasociali* (Vallardi, Milán) y de la vasta doctrina posterior, se sigue que son éstos contratos mediante los cuales los socios disponen, al margen y separadamente del ordenamiento societario que los rige, de los derechos que de él derivan, obligándose recíprocamente a ejercitarlos de un modo predeterminado.

Queda en claro que de esta suerte las estipulaciones de los socios son ajenas aunque colaterales al contrato social o estatuto, con un



alcance integrativo o aun derogatorio de lo establecido en éste y aun de las reglas que son connaturales al tipo, como v. gr. ocurre con la incorporación de caracteres personalistas adoptados por los integrantes de sociedades de capital.

Es de la esencia del contrato parasocial la voluntad de los socios de vincularse al margen del contrato o estatuto. No se trata, por ende, del supuesto descrito en nuestro derecho por el art. 12 de la ley de sociedades, que está referido a una modificación del contrato social resuelta bajo las reglas pertinentes según el tipo, pero que no se inscribe en el Registro de Comercio. Esta regla que padece una redacción anfibológica, tiene su precedente en el art. 295 del Cód. de Comercio -oriundo del código fernandino- que privaba de toda eficacia a los llamados pactos reservados. Con toda energía establecía en su segundo párrafo que si las reformas al contrato social no se inscribían "no podrán los socios prevalerse de ella, ni entre sí, ni respecto de terceros".

Quiso el legislador de 1972 dulcificar este rigor para las sociedades por partes de interés, con tan escasa fortuna que ha dejado abierta a la polémica la interpretación del nuevo texto redactado en estos términos: "Las modificaciones no inscriptas regularmente obligan a los socios otorgantes. Son inoponibles a los terceros, no obstante, éstos pueden alegarlas contra la sociedad y los socios, salvo en las sociedades por acciones y en las sociedades de responsabilidad limitada". De la exposición de motivos y de la autorizada interpretación de Isaac Halperín resulta que el efecto obligatorio para los socios de las modificaciones no inscriptas, así como el de su invocabilidad por los terceros, no es de aplicación a las sociedades por acciones y de responsabilidad limitada (*Sociedades anónimas. Examen crítico del decreto-ley 19.550*, Depalma 1974, págs. 121). Pero una importante corriente doctrinaria, con seguimiento estricto de la letra de esta norma, sostiene que la regla es válida para todas las sociedades y, por ende, las modificaciones no inscriptas obligan a los socios, y son inoponibles a terceros aunque éstos pueden alegarlas contra la sociedad; lo único que se exceptúa respecto de las sociedades por acciones y de respon

sabilidad limitada es la invocabilidad por los terceros. Más allá de mi personal adhesión al alcance que Halperín atribuyó al art. 12, queda en claro que si las modificaciones al contrato social no inscriptas no son oponibles ni pueden ser alegadas por los terceros, con mayor razón no lo serán los pactos o contratos que no tienen por objeto la reforma del contrato, por lo menos en los casos de accionistas o cuotistas, es decir de socios en los tipos donde precisamente resultan relevantes las sindicaciones.

Tras lo dicho queda en claro la aplicabilidad en el derecho argentino de la doctrina que destaca la separación en dos campos de las relaciones jurídicas entre los socios, aun en el supuesto de que todos los socios participen en el contrato parasocial; será éste la fuente de las relaciones en uno de los campos, mientras en el otro, derivarán del contrato social y, en principio, permanecerán insensibles a las primeras.

Para describir esta disociación, la doctrina suele aludir a la naturaleza individual y a los efectos meramente obligacionales de los contratos parasociales, que salvo en las legislaciones brasileña y uruguayana son inoponibles al sujeto societario, en contrapartida a la naturaleza corporativa de las relaciones societarias y sus efectos "reales" -en el sentido de oponibles "*erga omnes*"- propios de las cláusulas del contrato social.

Lo expuesto no empece a la correlación que media entre ambos ámbitos. Se ha dicho en tal sentido que versando sobre derechos de los socios, los contratos parasociales resultan accesorios de los sociales pues carecerían de causa sin la existencia de éstos. La expresión puede resultar equívoca si se atribuyese un sentido estrictamente jurídico a la accesoriedad, porque ella es más bien inherente a la función económica instrumental que desempeña, denotando una dependencia objetiva y económica. Se ha señalado que ello es así aun respecto de los pactos celebrados concomitantemente con la constitución de la sociedad, inclusive precediendo al contrato social, hipótesis que es especialmente aplicable al fenómeno de los grupos societarios. En estos casos el contrato parasocial estará condicionado

al surgimiento del sujeto societario y de su ordenamiento. A su vez, éstos permanecerán incólumes a las vicisitudes de aquéllos.

La dependencia a que se hizo referencia no va en detrimento de la autonomía de los acuerdos parasociales, característica que no pierden cuando todos los socios participen en ellos, ni se menoscaba por la incidencia que tiene el contrato social en los alcances de sus estipulaciones. Por obra de la autonomía, la existencia y el cumplimiento del contrato parasocial solamente vinculan a los socios que son parte en él, pero no a la sociedad, a los demás socios ni a los terceros. De donde se sigue que una resolución asamblearia no podría ser impugnada por los socios -sindicados o no- con fundamento en haberse votado en sentido diferente al que se obligaron parasocialmente; ni la sociedad podría dejar de registrar la transmisión de acciones nominativas, como lo dispone el art. 215 de la ley 19.550, por el hecho de no haberse respetado una preferencia que tuviese su fuente en un contrato parasocial<sup>18</sup>.

El ámbito atribuido a los efectos de estos contratos se explica porque los derechos y obligaciones que de ellos provienen son distintos de los que provienen de la disciplina legal y estatutaria, a la que

<sup>18</sup> Ventura, ob. cit. pág. 36.

En coincidencia con lo expuesto, María Chiara Malagutti, *I limiti soggettivi di efficacia dei patti parasociali*, en Rev. "Contrato e impresa" 1990, Vol. 2, pág. 535, expresa que a los pactos parasociales de prelación únicamente se les reconoce eficacia obligatoria, según doctrina unánime.

G. Grippo, *L'assemblea* cit. pág. 389, recuerda que la limitada eficacia del pacto, con valor sólo en las relaciones internas, impide toda influencia recíproca, que no sea puramente de hecho, entre asamblea y sindicato; el voto ejercitado por el socio en contraste con la directiva deliberada por la mayoría en el seno del sindicato está inmune de vicios y, por ende, es inatacable en el plano de la impugnación. Es también la enseñanza de Galgano: los pactos parasociales no tienen ninguna eficacia frente a terceros o respecto de la sociedad; sólo vinculan a los socios que los han suscripto, con exclusión de los sucesivos adquirentes de las acciones, de los suscriptores de nuevas emisiones y de los herederos (*Diritto Civile*, cit., pág. 74).

Lo expuesto en esta nota no resulta aplicable en el derecho brasileño ni en el uruguayo, frente a la expresa solución adoptada por sus legislaciones otorgando efectos vinculatorios para la sociedad y los terceros a estos pactos, según se explica en el texto de este estudio.

no se equiparan ni desplazan<sup>19</sup>. Es decir que estos contratos carecen de idoneidad -ni es su propósito tampoco- para modificar la disciplina de la ley (en cuanto meramente dispositiva) ni del estatuto. Conciernen a la actividad preparatoria que precede al cumplimiento de los actos sociales<sup>20</sup>, lo que se traduce en la irrelevancia en que se mantienen con relación a la sociedad<sup>21</sup>.

A la luz de las consideraciones desenvueltas, la autonomía de estos acuerdos celebrados entre los socios permite justificar su validez, no obstante la incidencia que las relaciones así dispuestas tienen sobre la organización y funcionamiento de la sociedad. Porque no puede desconocerse que al disponer los socios por tal medio de los derechos que tienen su fuente en el contrato social, sus estipulaciones afectan, siquiera de hecho, el esquema de la disciplina societaria. Tanto es así que en la doctrina italiana se ha señalado la posibilidad de que las modificaciones parasociales lleguen a mudar las disposiciones societarias y Siri pone de manifiesto su utilización para ampliar el contenido típico de las sociedades legalmente reguladas<sup>22</sup>. Esta argumentación es llevada hasta el extremo por Cottino al sugerir que por la vinculación e interacción de estos contratos con la sociedad a la que están destinados, se socavan los principios básicos sobre los que se funda la posibilidad de reconocer el tipo; a partir de tal dato y no obstante aceptar la naturaleza sólo obligatoria y externa a la sociedad de los sindicatos, entiende ineludible un discurso acerca de la legitimidad de estos contratos. De admitírsela, agrega, cabría preguntar sobre el valor atribuible al *numerus clausus* de los tipos y acerca de los límites que se pueden oponer a estas prácticas de los operadores económicos y financieros<sup>23</sup>.

<sup>19</sup> Bruno Visentini, *I sindacati di voto: realtà e prospettive*, en "Riv. delle società" 1988, pág. 11.

<sup>20</sup> Giuseppe Sbisà, *Sindacati di voto e rappresentanza in assemblea*, en "Riv. delle società" 1991, p. 1383.

<sup>21</sup> Laudo del Trib. de Arbitraje Gral. de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires, 22-11-94, en "R., J. O. y otra c/H., G. A. y otra s/cumplimiento de convenio".

<sup>22</sup> "Clause statutarie e control 'devices' in una 'fifty-fifty' incorporated joint venture," apud María Chiara Malagutti: *I limiti soggettivi di efficacia dei patti parasociali*, cit. pág. 524 y nota 2.

<sup>23</sup> Op. cit., págs. 484 y 485.

Sin perjuicio de la excesiva rigidez que en nuestro derecho se atribuye a la tipicidad, criterio tanto más cuestionable cuando está acompañado de la draconiana sanción del art. 17, no pueden ser compartidas las impugnaciones levantadas sobre su quebrantamiento a través de contratos parasociales. La disposición de sus derechos que los socios efectúan con estas estipulaciones conciernen, según la enseñanza de Libonati, menos a la estructura de la sociedad que a los problemas de la gestión de la empresa. Y nada se opone, a su entender, para que al lado de las formas jurídicas inherentes a la sociedad, que es una figura negocial privada aun en los supuestos en que involucren intereses difusos, se elabore una estructura negocial que atendiendo a la tutela de los socios "*uti socii*" responda a los requerimientos de la empresa, que dan contenido económico al fenómeno societario<sup>24</sup>. Parece incuestionable que en particular frente a la polivalencia del esquema jurídico de la sociedad anónima, los contratos de los accionistas tienen una función a cumplir en consonancia con las exigencias que cada empresa plantea en su ejercicio y en la gestión de la actividad económica. Claro está que debe realizarse sin mengua para el tejido de regulaciones dispuestas para tutela de los inversores.

Mas allá del acierto atribuible al emplazamiento efectuado por Libonati al trazar la distinción entre el plano propio de la organización societaria y el concerniente al ejercicio de la empresa, las objeciones fundadas en el quebrantamiento de la tipicidad no atienden debidamente a la frontera puesta por la autonomía. Como bien se ha señalado en la doctrina italiana, cuando los socios no cumplen los procedimientos necesarios para instrumentar una reforma del contrato social, no cabe duda de que no han querido darle una relevancia externa. Y no la tendrá aun cuando todos los socios hayan acordado la sustitución de algunas de las cláusulas estatutarias, porque frente a la fuerza meramente obligacional de lo así estipulado reglamentando relaciones no vinculantes frente a la sociedad, se alza la relevancia

<sup>24</sup> Libonati, *Sindacato*, cit., pág. 596.

de la disciplina legal y estatutaria como garantía de los terceros, que representa un mínimo de organización jurídica para su tutela<sup>25</sup>, a partir de la que emana de la propia tipicidad.

Tema diverso de la incidencia de los contratos parasociales en la tipicidad es el de su validez cuando al recaer sobre derechos inherentes a la calidad de socio quebrantan reglas o principios inderogables del derecho societario, tal como acontece v.gr. con los acuerdos vedados o declarados nulos con carácter genérico -y no con relación a determinados tipos en particular- por el Código de Sociedades de Portugal.

Predicado de todo lo dicho es que los terceros deben dar fe y sujetarse exclusivamente a lo que resulta del contrato social. A su respecto es irrelevante la publicidad que haya tenido el pacto parasocial, la comunicación que para su conocimiento se haya cursado a la sociedad o la noticia personal que haya tenido el tercero. Lo decisivo a tal efecto es que el contrato, la sindicación o el bloqueo no cumplieron con la única publicidad que el régimen legal de las sociedades establece en garantía de los intereses de los terceros. A este propósito Diego Corapi esclareció que ni siquiera en la hipótesis de que todos los socios se hubiesen sujetado al mismo tiempo a un contrato accesorio podría éste tener repercusiones de carácter real. Cuando la organización societaria es una persona jurídica (y todas lo son en el derecho argentino, excepto la accidental o en participación) la repercusión del pacto parasocial sobre las vicisitudes del ordenamiento estatutario y en particular sobre la posición de las partes en la sociedad sólo puede ser indirecta, en cuanto debe necesariamente pasar a través de los idóneos mecanismos societarios. En este sentido parecen orientarse las declaraciones de Oppo, según quien "es obvio que aun en tal caso (esto es en caso de que todos los socios sean parte del pacto parasocial) la eventual modificación del contrato social estará sujeta a su propio reglamento de forma y de sustancia"<sup>26</sup>.

<sup>25</sup> Malaguti, *I limiti*, cit., págs. 524/526.

<sup>26</sup> D. Corapi, *Gli statuti delle società per azioni*, Milán 1971, pág. 186 y nota 102.



En consonancia con esta argumentación, la Casación italiana decidió el 23 de febrero de 1981, como principio de validez general, que los contratos parasociales relativos a la transferencia, la cesión, la garantía y otras obligaciones consecuentes a la calidad de socio, no tienen ningún efecto frente a la sociedad cuando ella no participa con la regular y expresa representación de sus órganos competentes, con sujeción a la forma legal<sup>27</sup>.

Con reserva de lo relativo a la posibilidad de que la sociedad sea parte en un contrato parasocial como parece insinuarlo el decisorio, cabe señalar que según opinión de Franco Di Sabato, la sociedad podría excepcionalmente invocarlo cuando contiene estipulaciones que establecen efectos a su favor<sup>28</sup>; sería a su entender un supuesto calificable como contrato a favor de tercero. Sin embargo, una sentencia de la Casación del 27 de marzo de 1985 negó legitimación a la sociedad para exigir el cumplimiento de un pacto de garantía entre un socio cedente y el adquirente, por no haberse incluido a la sociedad como derechohabiente<sup>29</sup>. La doctrina de este fallo delimitaría el marco en el que resulta válida la enseñanza de Di Sabato, pero ratifica la autonomía del pacto parasocial.

Resulta también muy esclarecedora de la cuestión examinada, la interpretación denegatoria de la aplicabilidad del principio de la apariencia para dotar de eficacia a un contrato parasocial publicado. En este sentido se pronunció la Casación italiana, porque cuando existe un sistema de publicidad "*ex lege*" para notificar "*erga omnes*" una situación jurídica, tal como ocurre con la publicidad de los estatutos societarios, no cabe sustituirlo por otros medios; y sea que esos convenios vinculen a una parte o a todos los accionistas, sus estipulaciones no responden a la voluntad de la sociedad y en consecuencia no es concebible que los terceros puedan otorgarles una confianza de buena fe a su apariencia. Hay una interesante coincidencia entre este fundamento y el expuesto en la doctrina española en el sentido de que

<sup>27</sup> Citado por Malagutti, *I limiti cit.*, pág. 527.

<sup>28</sup> *Manuale delle società*, 2a. ed. pág. 236.

<sup>29</sup> Apud Malagutti, *op. cit.*, pág. 531.



es en la publicidad legal -la dada por el Registro Mercantil- donde los terceros gozan de la protección de la apariencia generada por el contenido del contrato social inscripto. Pueden en consecuencia ignorar todo lo que los socios mantengan en privado (debe entenderse al margen de ese exclusivo medio de publicidad); en ningún caso, aun cuando el tercero haya tenido conocimiento de su contenido, entra en juego la aplicación de los efectos de la publicidad negativa y en consecuencia los socios nunca podrán oponer lo dispuesto por sus pactos en cuanto sea divergente de las cláusulas del contrato inscripto<sup>30</sup>.

En nuestro medio llegó a una solución acorde con la autonomía de estos contratos el fallo de la Sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, recaída el 22 de septiembre de 1982 en "Sánchez, Carlos J. c/ Banco de Avellaneda S.A. y otro". Se decidió en ese caso que los pactos parasociales solamente conciernen a los que han sido parte en ellos; y que en principio únicamente los accionistas sindicados pueden cuestionar sus estipulaciones dentro del marco de su autonomía privada en ejercicio de derechos disponibles. La legitimación de la sociedad y de los terceros quedaría circunscripta a la impugnabilidad de contratos explícitamente encaminados a finalidades en pugna con la causa o el objeto de la sociedad o inspirados en móviles contradictorios con el interés social o destinados a favorecer a los sindicados o a terceros en perjuicio de los demás socios.

La hipótesis de contratos que se expresen en términos antijurídicos que abran la posibilidad de una impugnación por quienes no son parte, resulta poco verosímil. Pero aun en tal caso se controvierte si la impugnación puede ser dirigida contra esos contratos o solamente contra los actos cumplidos en su ejecución. Pier G. Jaeger y Francesco Denozza sostienen que la solución no puede establecerse en abstracto sino que debe resolverse caso por caso<sup>31</sup>. Galgano esclarece, por otra parte, que la declarada nulidad del sindicato restituye la plena

<sup>30</sup> José Domingo Rodríguez Martínez, *Presupuestos y efectos de la inscripción y de la publicación*, cit., pág. 411.

<sup>31</sup> *Appunti di diritto commerciale*, T. I, "Impresa e società", 2a. ed. Milán 1992, pág. 445.

libertad de las partes, pero no comporta la nulidad de los votos emitidos en ejecución de ese convenio de accionistas ni de las deliberaciones asamblearias aprobadas con el concurso de esos votos; y sustenta su enseñanza con citas de Bigiavi y Santoni<sup>32</sup>. Cabe entender, consecuentemente, que las resoluciones asamblearias aprobadas con los votos decididos por el sindicato nulo, deben ser objeto de una específica impugnación.

Otra característica inherente a estos contratos radica en la profunda personalización de las relaciones entre las partes, que se traduce en las restricciones a la libre transmisibilidad de las participaciones sociales, aun en las sociedades por acciones, por lo que Jürgen Dohn sostiene que "la convention de blocage constitue une annexe habituelle de la convention de vote"<sup>33</sup>. Es que en el objeto de esos pactos hay un amplio espacio inherente a la concordancia de líneas de acción entre personas que se dispensan recíproca confianza y consideran útil un duradero entendimiento; a tal fin establecen reglas de procedimiento que les permitirán acordar la implementación de políticas empresarias y la programación de acciones a través de reuniones frecuentes, en discusiones simplificadas y personalizadas<sup>34</sup>. A esta personalización no son ajenas las sociedades cuando son parte en la sindicación. En un estudio que Ascarelli publicó en 1931 puso de relieve que no debe olvidarse que aun la sociedad anónima tiene su propia individualidad y que puede también ella tener una tradición de corrección y de integridad -naturalmente basada sobre la de los hombres que la componen- de modo que aun al contratar con una sociedad anónima pueden asumir un peso decisivo consideraciones provenientes de la individualidad del socio, por sobre las relativas a la entidad de su aporte de capital<sup>35</sup>.

<sup>32</sup> *Diritto Civile e Commerciale*, Vol. III, T. 2, Padua 1990, pág. 76, texto y nota 47.

<sup>33</sup> Citado por Carvalhosa, *Acorda*, cit. pág. 141.

<sup>34</sup> Libonati, *Sindacato*, cit., pág. 597.

<sup>35</sup> Incluido en *Studi in tema di società*, Giuffrè, Milán 1952, pág. 57.

De la autonomía y el carácter personal del vínculo se sigue que el contrato parasocial se extingue para la parte que pierde su situación o estado de socio; y quien de él adquiere la participación social no lo sustituye como parte en el contrato parasocial. Dicho de otra manera, la participación en tales pactos no se transmite con las acciones porque ellos generan relaciones que conciernen a los individuos -socios o accionistas- pero no vinculan a las participaciones, cuotas o acciones ni, consecuentemente, a la posición de socio que de ellas deriva.

La personalización de las relaciones entre las partes de estos contratos dan razón de su intransmisibilidad mediante una cesión que acompañe a la transmisión de la participación social. Ello se ha entendido aplicable incluso en caso de sucesión a título universal<sup>36</sup>, quedando comprendida en esta sucesión el caso de las fusiones societarias<sup>37</sup>. No se advierte óbice, sin embargo, para que el contrato parasocial contemple un pacto de continuación post mortem con los herederos del socio, como lo admiten la ley de sociedades y el Código Civil (art. 1670), respecto de los contratos de sociedad, a través de soluciones discordantes. Pero esa incorporación no podría imponerse a los herederos pues no hay analogía de situaciones, ni posibilidad de introducir condiciones como la prevista para la cláusula de continuación "*post mortem*", que permitan extender a estos casos la criticada regla del art. 90 de la ley 19.550. A falta de pacto, se aplicará el art. 1195 del Cód. Civil en cuanto excluye la extensión de los efectos de las obligaciones contractuales en razón de su propia naturaleza.

En determinadas circunstancias los contratos parasociales entran en crisis, pudiendo dar origen a la suspensión, a la exclusión y a la resolución.

Una pluralidad de circunstancias pueden justificar la suspensión de los efectos del pacto parasocial. A mero título de ejemplo mencionaré dos casos tomados de la realidad. En una sindicación de acciones entre tres sociedades anónimas se había pactado que la presiden-

<sup>36</sup> Malagutti, *op. cit.*, pág. 536.

<sup>37</sup> Galgano, *op. cit.*, pág. 74.

cia de la sociedad controlada rotaría entre las sindicadas. Antes de haberse convocado la asamblea general ordinaria que debía designar al directorio, la sociedad llamada a presidir según el contrato parasocial se presentó en concurso preventivo. Las otras sociedades demandaron ante el Tribunal de Arbitraje General de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires la suspensión del pacto y, por ende, de la obligación de votar por la concursada para presidir el directorio, pronunciamiento que requerían con cierta premura por la proximidad de la fecha de la asamblea y teniendo en cuenta que en la sindicación se había estipulado una fuerte multa para el caso de incumplimiento. De conformidad con la legislación aplicable y con las cláusulas del estatuto de la sociedad controlada, no mediaba estrictamente un impedimento para la elección de la concursada. Pero el Tribunal entendió que no era ello lo que se encontraba controvertido sino la exigibilidad de cumplimiento del contrato parasocial, por lo que decidió que mediaban circunstancias que justificaban la suspensión de lo estipulado en el convenio de accionistas para la elección del presidente del directorio.

Ante la justicia italiana se planteó un conflicto que involucró al grupo Berlusconi y al grupo De Benedetti en la pugna por el control de la sociedad Mondadori. Mediando una sindicación de accionistas en la financiera AMEF que controlaba, entre otras, a Mondadori, las acciones de uno de los grupos fueron secuestradas judicialmente. Con esta medida no solamente se operaban consecuencias sobre la disponibilidad de los derechos conexos a la posesión material de las acciones y, en particular, al de voto en las asambleas, sino que también se producían efectos en las deliberaciones del sindicato. Estrictamente los derechos vinculados con el pacto parasocial no deberían entenderse afectados por el secuestro, dada su autonomía. Por ende la participación en la asamblea del sindicato no podía ser atribuida al administrador judicial de las acciones en custodia. La conclusión del decisorio en este punto es incuestionable. Es en cambio más dudosa la exclusión que dispuso el Tribunal con respecto al accionista cuyas acciones se habían secuestrado, so color de que esa participación le permitiría gravitar en los derechos inherentes a tales títulos y diluiría

los efectos del secuestro a través de la resolución sindical. Esta solución, que hace prevalecer la accesoriedad de la sindicación sobre su autonomía, otorgó así mayor relevancia a la influencia de la participación del accionista secuestrado en la resolución de la asamblea sindical que al hecho de que lo así resuelto carecería totalmente de incidencia sobre el voto a emitir por el administrador con las acciones secuestradas en la asamblea de la sociedad. Para atenuar los efectos de lo decidido, puesto que al excluir la participación tanto del accionista como del administrador en el ámbito de las deliberaciones del sindicato impedía la celebración de su asamblea por falta de quórum, el tribunal dispuso que las acciones secuestradas no debían computarse a tal efecto. Se evitaba de esta suerte que una minoría de accionistas no sindicados llegase a prevalecer en la asamblea frente a la desunión de los accionistas sindicados que se encontrarían imposibilitados de concertar su voto. Aunque también podría conjeturarse que el voto así concertado, en definitiva, concluyese resultando sólo expresivo de una minoría de accionistas sindicados, ocasionalmente mayoritarios por la exclusión consecuente al secuestro de las acciones. En suma, una situación difícil, en la que el tribunal entendió adecuado a las circunstancias del caso resolverla suspendiendo el ejercicio de los derechos del accionista secuestrado en el sindicato.

La posibilidad de excluir a participantes de un contrato parasocial no parece dudosa en los casos en que la legislación permitiría su exclusión como socios, es decir mediando justa causa, por aplicación analógica de la regla del art. 91 de la ley 19.550. Sin embargo debe recordarse que de esta posibilidad la ley sienta como excepción el caso de los socios de las sociedades por acciones, a salvo el comanditado y el supuesto de separación contemplado por el art. 193 respecto del accionista moroso en la integración de las acciones. El tradicional *distingo* tiene como punto de partida la consideración de la anónima como una estructura dispuesta para la colecta de capitales, institucionalmente indiferente a la personalidad de los socios: es la simple asociación de capitales para una empresa o trabajo cualquiera, como la caracterizaba el art. 313 del Código de Comercio. La

realidad pone de manifiesto que las calidades personales no son siempre indiferentes y ello se refleja en la ley de sociedades cuando permite que el estatuto limite la transmisibilidad de las acciones (art. 214). Y esta realidad es la razón de ser de las sindicaciones de acciones a las que recurren los operadores tanto en las sociedades cerradas como en las abiertas, tejiendo relaciones que, al decir de Cottino, son los instrumentos naturales de las relaciones entre grupos, utilizados para componer conflictos y coordinar líneas comunes, siendo una suerte de cemento útil para adaptar a la medida personal el esquema formal legislativo. Y en coincidencia con la ya expuesta afirmación de Libonati, expresa que estos sindicatos de accionistas actúan en las sociedades de todas las dimensiones<sup>38</sup>. En consecuencia de lo dicho debe admitirse que si bien un accionista no puede ser excluido de la sociedad anónima, por lo menos en la previsión legal del derecho vigente, puede en cambio ser separado de un contrato parasocial, cuando transgrede lo acordado bajo sus reglas, sin perjuicio de la reparación de los daños que haya causado<sup>39</sup>. Es una conclusión compatible con el estado actual de nuestro derecho en el que estos contratos parasociales pueden sujetarse a los modelos asociativos en los que está ínsito el poder disciplinario; y que, además, consienten la aplicación analógica de lo dispuesto por la legislación vigente para otros supuestos de relaciones asociativas como lo son los contratos de colaboración empresaria (arts. 369, inc. 9 y 376, ley 19.550).

En los contratos parasociales por tiempo indeterminado la posibilidad de separarse por resolución del vínculo es de derecho común. Pero en los casos en que se ha pactado un plazo, el principio es el del respeto y sujeción al mismo. La limitación de este plazo constituye materia de inagotada controversia. Por una parte se aduce que no tiene ninguna ventaja establecer una duración máxima, ya que no hay motivo para justificar tal límite en estos contratos mientras sirvan a los intereses de las partes; y en consecuencia carece de fundamento suponer

<sup>38</sup> *Op. cit.* pág. 478.

<sup>39</sup> Implícitamente: Cottino, *op. cit.*, pág. 477.



que un sindicato de mayoría no deba extenderse por más de tres años o conjeturar que solamente por ese plazo pueden defender sus intereses los accionistas que son parte en un sindicato de minoría<sup>40</sup>. Por otra parte, se tienen por evidentes los peligros de los sindicatos como factor de inmovilización de los grupos de control, especialmente cuando a la vinculación de los votos se la fortalece combinándola con el bloqueo de las acciones<sup>41</sup>. También desde una tesitura limitativa se ha dicho que no debe tenerse por admisible un plazo mayor de diez años -criterio bastante difundido en el derecho comparado- por resultar contrario a los principios generales la vinculación "ad aeternum", especialmente cuando se trata de negocios que deben operar en la esfera jurídica ajena como ocurre con la sindicación de voto, en la que un mayor plazo importaría una transferencia definitiva del derecho de voto<sup>42</sup>. Ello no obstante en el derecho comparado también se han aceptado plazos más largos y en un estudio realizado sobre las prácticas portuguesas se constataron acuerdos de hasta 20 años, renovables<sup>43</sup>.

Más allá de los buenos argumentos que pueden abonar las distintas opiniones, la solución más razonable parece transitar por el criterio que atiende a las circunstancias del caso y en tal sentido cabe mencionar una orientación jurisprudencial norteamericana que, admitiendo la validez inicial de los plazos largos, libera de las obligaciones contractuales cuando ellas se han tornado excesivamente opresivas<sup>44</sup>, solución a la que puede aproximarse el derecho nacional por una interpretación extensiva del art. 1198 del Cód. Civil. En sentido aun más amplio puede recordarse la enseñanza de Di Sabato que supedita la validez de los contratos al mantenimiento de la situación que le dio origen<sup>45</sup>.

<sup>40</sup> Ventura, *Estudios*, cit., pág. 42.

<sup>41</sup> Gian Franco Campobasso, *Diritto Commerciale*, cit. Vol. 2, pág. 310.

<sup>42</sup> Carvalhosa, *Acordo*, cit., pág. 202.

<sup>43</sup> Ventura, págs. 22 y 52.

<sup>44</sup> E. Hodge O' Neal y Glen A. Payne, *Close Corporations*, Vol. 1, pág. 36, citado por Carvalhosa, pág. 202.

<sup>45</sup> *Manuale*, cit., pág. 257, nota 53.



En aplicación de la buena fe que debe presidir la interpretación y la ejecución de los contratos, no resulta admisible que algunos de los socios vinculados por una sindicación celebren otro pacto sindicándose para prevalecer en las resoluciones que deben adoptarse en cumplimiento del primer acuerdo. En tal sentido se menciona lo decidido por la justicia norteamericana en la causa "Thomas c. Sanborn", que declaró inválido el segundo convenio por ser "*a voting pool within a voting pool*". En este "leading case" de 1964<sup>46</sup> se impidió que un segundo acuerdo desvirtuase el sentido de la primera sindicación. Carvalhosa entiende que la doctrina de este fallo puede ser trasladada a los acuerdos que algunos accionistas celebren en una sociedad "*holding*" constituida por los socios de una controlada. Esta equiparación no parece justificada, puesto que hay en el comportamiento de los socios una voluntaria y consciente elección de medios diversos para la consecución de una misma finalidad. Y así, cuando han dejado de lado la posibilidad de valerse de un más ágil y flexible recurso, como lo es el contrato parasocial, que les hubiese permitido mantenerse en la titularidad de las acciones, para optar por la constitución de una sociedad a la que han aportado sus acciones en la controlada, la elección de este marco normativo diverso, propio del derecho societario, importa la aceptación de todas sus implicancias. Y de esta suerte no hay fundamento para desconocer la validez de los pactos parasociales en el seno de la controlante como no lo hay en cualquier otra sociedad.

Queda en claro con lo dicho que las finalidades perseguidas por los socios a través de los contratos parasociales en general y de las sindicaciones de voto en particular, pueden ser alcanzadas por otros medios jurídicos como puede ser la constitución de un "*holding*" o de un fideicomiso de las acciones, especialmente cuando se quiere dotar de eficacia real a los vínculos que serían meramente obligacionales en el ámbito parasocial. Con razón Libonati critica a quienes cuestionan la posibilidad de apelar a un fiduciario, porque incurren en la

<sup>46</sup> Citado por O'Neal y Payne, apud Carvalhosa, *Acordo*, cit. pág. 220.

incoherencia de admitir la licitud del sindicato en proporción a su ineffectividad, al cuestionar la recurrencia a un medio que asegura su efectivo cumplimiento<sup>47</sup>. Pero también debe tenerse en cuenta que cuando se elige un determinado medio para la consecución de una finalidad, las partes deberán atenerse a la aplicación de las reglas que le son inherentes. Es la doctrina que sentó la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala C, el 29 de mayo de 1981, en la causa "de Atucha, Jorge M.C.C. c. Terrabusi de Reyes de Roa, Elena M. y otros", cuando decidió que si para la compraventa de un inmueble las partes se habían valido de la transmisión del paquete accionario de la sociedad anónima que era la titular de su dominio, la cuestión debía ser juzgada por las reglas relativas a la negociación de las acciones y no por las concernientes a la compraventa de inmuebles.

Como cierre de estas reflexiones parece adecuado examinar los cursos de acción que pueden adoptarse frente a la notoria expansión que estas prácticas parasocietarias han alcanzado. No hay duda de que el legislador podría prohibirlas, aunque la efectividad de esta prohibición se torna pasible de ser puesta en duda frente a los resultados precarios que han arrojado estas políticas hostiles, tal como lo ilustra la experiencia dejada por la ley francesa de 1937 y la española bajo la ley de sociedades anónimas de 1951. Pero las consecuencias serían aún más negativas si se consiguiese el acatamiento a la prohibición, al decir de Libonati, porque se desconocerían las exigencias de la empresa y se abrirían las contradicciones a las que conduce la espontaneidad asamblearia<sup>48</sup>. A lo que cabe agregar que el notable crecimiento de los negocios internacionales no permitirá sustraerse de la ascendente presencia de estos contratos.

Otra posibilidad podría consistir en el mantenimiento de la omisión legislativa en la que aún permanecen muchos países. Es una alternativa que no parece ajena a la preferencia francesa, y resulta ajustada a su tradición en lo que concierne a los contratos mercanti-

<sup>47</sup> *Sindicato*, cit., pág. 602 y 603.

<sup>48</sup> *Sindicato*, cit., pág. 609.

les. Se agrega a ello que en esta materia no se evidencia la superioridad de la ley sobre la jurisprudencia y la misma complejidad de los intereses en juego hace desaconsejable la adopción de soluciones terminantes, según la convicción que expone Yves Guyon<sup>49</sup>. Hay, sin embargo, un costo para tal omisión, representado por la incertidumbre que acecha a estos contratos y que no puede dejar de incidir en indeseables restricciones a sus aplicaciones.

Tampoco está exenta de riesgos la adopción de un régimen legal en la medida que determine los espacios de libertad consentidos a los socios, excluyendo la amplitud en el ejercicio de su autonomía privada. Esta tendencia restrictiva es postulada por Cottino como consecuencia de su recelo hacia los efectos que estos convenios pueden tener en detrimento de la tipología societaria. Frente a este peligro postula que las excepciones a la formación "libre y espontánea" del voto solamente se admita en las situaciones previstas por la ley o en las que resulten de la adopción de instrumentos sujetos a una determinada disciplina, como lo son el usufructo, el pase, el condominio o la sociedad "*holding*". Y como la sindicación se encuentra fuera de estas hipótesis, la tiene como un punto de ruptura con la legislación vigente<sup>50</sup>.

La argumentación de Cottino desemboca en una tesis negatoria de la autonomía privada en materia societaria, en una concepción que equivale a negar que esté permitido aquello que no está previsto por la ley. No deja de ser sorprendente este discurso en pugna con las más calificadas orientaciones del derecho comparado, en momentos en que tienden a ampliarse las fronteras del contrato no solamente en materia societaria sino también en relación con otras figuras asociativas, dándose por permitido todo lo que no se encuentra prohibido. Es lo propio de la creatividad alentada por la libertad que distingue el desenvolvimiento de las relaciones empresariales.

<sup>49</sup> Op. cit., pág. 364.

<sup>50</sup> Op. cit., pág. 479.



## LA LIBERTAD Y EL DERECHO

*Comunicación efectuada por el académico  
Dr. Guillermo A. Borda, en la Academia Nacional de  
Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires,  
en la sesión privada del 27 de junio de 1996*



La libertad es ciertamente un inmenso bien del hombre, un bien que debemos defender aun con nuestra sangre. Pero no es un derecho ilimitado. La razón es tan simple como evidente. El hombre vive porque convive. Por ello, sus derechos no pueden concebirse sino en conjugación con los de los demás, lo que significa que la libertad de una persona no puede herir ni limitar la libertad de los demás.

Así planteada la cuestión, nadie disiente. Pero es en el terreno práctico en el que estos principios se ven afectados gravemente.

Empecemos por la cuestión en el plano económico.

Después del derrumbe estrepitoso del comunismo soviético, reina indiscutido en nuestros días el capitalismo liberal, la economía de mercado. La realidad de nuestros días ha demostrado su indiscutible superioridad sobre los regímenes estatistas como sistema de producción de bienes. Nadie sensato piensa hoy en regresar a la utopía comunista. Pero ¿podemos declararnos satisfechos con esa comprobación? Está a la vista que ese liberalismo se está traduciendo en una lucha despiadada, de la que sólo emergen los más fuertes, los más inteligentes, los más audaces, los más inescrupulosos; en tanto que los débiles, los menos dotados, que también son seres humanos, quedan sumergidos.

Se vincula estrechamente con este tema, el problema de la desocupación. En la Comunidad Europea, se estima el desempleo en un 13% de la población activa; en España llega al 23%. Este fenómeno tiene



dos causas esenciales: la primera, las nuevas tecnologías, los robots, las computadoras, han permitido prescindir de mano de obra; en segundo lugar, la economía de mercado requiere una exigente y a veces implacable competitividad. Ello requiere bajar los precios a toda costa y, por consiguiente, prescindir en cuanto sea posible de personal. Esto lleva inexorablemente a la concentración de las grandes industrias y comercios y a la desaparición de las pequeñas empresas. Lo que, a su vez, conduce al desempleo y a la subocupación. Es un reportaje concedido al diario "La Nación" en marzo del corriente año, uno de los directores de Techint dijo que para hacer competitiva en el exterior la producción de sus caños sin costura, debió reducir su planta de 6000 empleados a 4000. Es un buen ejemplo de como la competencia obliga a prescindir de personal.

Es oportuno recordar que cuando las máquinas hicieron su irrupción en el proceso de fabricación de mercaderías, no faltaron quienes intuyeron que en cuanto las maquinarias se perfeccionaran, ello se traduciría en una creciente desocupación, a lo que se replicó con un pronóstico optimista: la producción en masa crearía nuevas necesidades y por lo tanto, un mayor consumo, al poner los bienes al alcance de mayor número de personas; ello permitiría eliminar la desocupación, pues para atender a esa demanda se requeriría más personal. Esta predicción resultó en un sentido errada y en el otro acertada. Erró en cuanto a que el maquinismo no originaría desocupación; acertó en cuanto a que la producción en masa aumentaría el consumo de bienes. Pero este mayor consumo ha derivado en consumismo. Antiguamente se pretendía poseer pocas cosas pero de la mejor calidad. Ahora se quiere muchas cosas que *parezcan* de buena calidad y que se cambien rápidamente según el capricho o la versátil moda. El plástico viene a ser algo así como el símbolo de esta actitud, que está más interesada en la apariencia que en la verdad, en lo efímero que en lo constante de los valores trascendentales.

La mentalidad que inspira a la economía de mercado tiene graves consecuencias no sólo para toda la sociedad, sino aun para los que están en la cresta de la ola, para quienes pueden considerarse los

beneficiarios del sistema. La creciente obsesión por los bienes económicos atrofia y mutila otras dimensiones de la existencia humana. La convivencia en la familia, la amistad, la solidaridad, se ven seriamente afectadas por la primacía del dinero, de la ganancia y del consumo. El error fundamental del capitalismo liberal es no advertir que la búsqueda egoísta y permanente del interés propio es esencialmente contraria a la convivencia humana civilizada.

Moyano Llerena puntualiza así los cuatro principales problemas derivados del capitalismo liberal:

1) La desocupación permanente, que se estima alcanzará este año a más de 32 millones de trabajadores en los países industrializados, con los consiguientes efectos de pérdida económica y de indignidad humana.

2) Las desigualdades extremas que se observan en los ingresos de la población de esas naciones, con la subsistencia de amplios sectores que sufren grandes privaciones a pesar de la riqueza general. Así, en los Estados Unidos se calcula que hay 40 millones de personas que viven "por debajo del nivel de pobreza", según definición oficial.

3) La destrucción ecológica, que avanza a una velocidad inesperada y de la cual recién ahora se está tomando conciencia, con la alarma consiguiente, sobre todo por sus efectos para las próximas generaciones.

4) El subdesarrollo del tercer mundo, cuyo grado de atraso y miseria es particularmente agudo en unas 40 naciones que tienen cerca de 3.300 millones de habitantes o sea, más de la mitad de la población mundial, con el consiguiente cuadro de hambre, enfermedad, ignorancia y atraso.

Se me preguntará, tal vez, cuál es la solución. Desde luego, yo no soy economista y no puedo darla. Quizás consista en promover la solidaridad como elemento básico de la cohesión social. En este sentido, es destacable el ejemplo brindado por el formidable progreso económico de los pueblos orientales de Japón, Corea del Sur y Taiwan. La filosofía religiosa que los inspira se ha traducido en una sociedad caracterizada por la solidaridad, la austeridad y el espíritu

de consenso, que tienen una importancia decisiva como pilares básicos del desarrollo económico. Esas características se han traducido en bajísimos índices de desigualdades y de conflictos sociales, de difusión de drogas y de delincuencia. Sus índices de desocupación son mínimos.

La gran lección de estos países consiste en demostrar que no hay incompatibilidad entre los principios éticos y el progreso económico.

¿Qué papel corresponde al Derecho y al Estado frente a este problema? Por lo pronto, afirmar enérgicamente el principio del abuso del derecho consagrado hoy por numerosas legislaciones, entre ellas la nuestra. Es intolerable permitir el ejercicio de los derechos más allá de lo que marcan la buena fe y la convivencia social.

Claro está que no basta con consagrar legalmente el repudio del abuso del derecho ni con adoptar otras medidas legislativas que protejan a los débiles, particularmente en materia contractual. Todas estas medidas parciales y otras muchas no bastan para lograr una verdadera justicia social. Lo que hace falta es un cambio de mentalidad que conduzca a ver en el sistema económico no sólo un problema de producción de bienes -desde luego muy importante- sino también un problema ético, un hondo problema de justicia. Juan XXIII en su Encíclica *Pacem in terris* hace hincapié en que la paz de la tierra debe basarse en una toma de conciencia clara de los derechos y deberes de los hombres: el derecho a la existencia, a la integridad física, a un nivel de vida digno (alimentación, vestido, habitación, descanso, atención médica y servicios sociales), al respeto a la persona, a la libertad, a participar en los bienes de la cultura, a gestar una familia y educar sus hijos, al trabajo, a una justa y suficiente retribución, a la propiedad privada con su inherente función social.

Creo conveniente agregar que no estoy postulando que, aquí y ahora, nuestro país emprenda una política económica apartada del capitalismo liberal. Ya se ha puesto en marcha el Mercosur; seguramente en el año 2005, el NAFTA se extenderá a toda América. En ese contexto, seguir una vía distinta de la que domina el mundo occidental es utópico. De lo que se trata es de que en todos los países

de la llamada cultura occidental y cristiana se tome conciencia clara de que este sistema económico no satisface un ideal moral. Una declaración del episcopado argentino ha invitado a los cristianos a "buscar formas, estructuras, propuestas, ideas y respuestas concretas que concilien el espíritu de solidaridad con el mercado".

Pasemos ahora al problema de la libertad desde el ángulo cultural y educativo. Los bienes de la libertad en materia cultural son inmensos. Pero también son gravísimos sus peligros si se la usa para el mal. Los medios de comunicación de masas carecen de control o de sanción por violar la intimidad de las personas y por interferir en la educación de los hijos. Particularmente dañosa en este sentido es la televisión. Incrustada en el interior del hogar, transmite una imagen deformada de la vida, exalta valores falsos, induce a la frivolidad y al consumismo. El problema es ganar audiencia como sea, para lo cual se acude a la pornografía, a la violencia, a los programas de escándalo. Un dato elocuente permite medir la influencia de la televisión en la formación de los niños: un estudio de la Unesco demuestra que los niños pasan entre 4 y 9 horas diarias frente al televisor. Popper, uno de los máximos exponentes de la ideología liberal, autor de la obra *La sociedad abierta y sus enemigos*, con la cual, según sus admiradores, demolió toda suerte de intromisión estatal en la libérrima actuación individual, no ha podido sustraerse a la evidencia: el peligro de la televisión. Con verdadero estupor de muchos liberales, en una última obra ha dicho que la democracia no sobrevivirá si no se somete a la televisión a un control efectivo que reduzca el poderío ilimitado que hoy ejerce en la forja del medio ambiente cultural y moral; su influencia, afirma, fundado en sólidos estudios de investigadores médicos, provoca múltiples trastornos físicos, morales e intelectuales; baja del metabolismo, obesidad, pasividad, anomia ética, conducta agresiva, visión estereotipada de los valores, indiscriminación entre fantasía y realidad, consumismo, violencia.

En Inglaterra, el Primer Ministro Major y el jefe de la oposición se han puesto de acuerdo en manifestar su preocupación por el

gravísimo problema que para la niñez y la adolescencia significa la violencia en los programas de televisión. La delincuencia infanto juvenil ha aumentado en aquel país en forma aterradora.

La misma preocupación se ha despertado en los círculos de gobierno de los Estados Unidos. El Senador Bob Dole ha dicho que la cultura transmitida por el cine y la televisión está socavando la personalidad de su país como nación. Coincidiendo con él, Hillary Clinton ha dicho que la *televisión basura* está cambiando la mentalidad de nuestros hijos de un modo peligroso para ellos y para el país. La temática sexual es considerada una invitación a la liviandad de costumbres, un riesgo severo en los tiempos del SIDA, asociado a la evidencia de que los Estados Unidos alumbran una generación de niños sin padres; este año un tercio de los nacimientos provienen de madres solteras.

Según una encuesta realizada por el semanario "Time", un 88% de los norteamericanos considera que los productores de cine y televisión deben reducir la dosis de sangre y sexo en sus pantallas.

A la televisión se ha agregado recientemente un nuevo peligro: la pornografía transmitida por las pantallas de las computadoras. Como es sabido, Internet es capaz de unir por computadoras universidades, empresas y hogares de todo el mundo. La transmisión de imágenes pornográficas ha desatado una viva polémica en Estados Unidos, que se ha reflejado en los principales diarios y revistas de ese país, tales como "New York Times", "Time" y "Newsweek".

El problema tiene tal magnitud que el Senado ha aprobado un proyecto de ley que propone penas de hasta dos años de prisión y multas de hasta US\$ 100.000 a las personas que por medio de la red pongan material indecente al alcance de menores de 18 años o envíen mensajes de acoso sexual.

Un delicadísimo problema de nuestros días es la colisión entre la libertad de prensa y la protección del derecho a la intimidad y al honor de las personas.

No cabe duda de que la libertad de prensa es una de las más preciadas garantías del régimen democrático y un eficazísimo control de la conducta de los funcionarios públicos. Pero también es verdad que los periodistas y los dueños de los medios de comunicación de masas (prensa, radio, televisión) suelen abusar de dicha libertad afectando indebidamente la intimidad y el honor de las personas.

Es incuestionable que en tales casos hay responsabilidad civil del periodista y del medio de comunicación de masas que indebidamente se ha introducido en la vida privada de las personas. Ahora bien: nuestra Suprema Corte, siguiendo de cerca, aunque no adoptando, un famoso precedente de la norteamericana ("New York Times v. Sullivan") ha resuelto de una manera general que la intromisión en la vida privada de un simple particular debe ser juzgada más rigurosamente que la que se refiere a una persona pública.

Esta diferencia parece justificarse, porque si bien es verdad que la sola notoriedad no autoriza a invadir el ámbito de la intimidad de una persona, la noticia de la conducta de un funcionario público puede tener incidencia en la comunidad por tratarse de cuestiones de interés general; así, por ejemplo, si se diera noticia de ciertos desarreglos de conducta o de moral de algún funcionario público, político o sindicalista.

Cabe agregar que ocurre, a veces, que los periodistas o comunicadores sociales tienen perfecta conciencia de la responsabilidad que afrontan y que pueden ser demandados por daños y perjuicios, no obstante lo cual incurren en propalar noticias escandalosas, pues saben que ello les significará un negocio largamente redituable y no les importa, por consiguiente, afrontar un eventual juicio por daños y perjuicios. En nuestro país han proliferado últimamente las llamadas biografías "no autorizadas" de personas públicas, que se han convertido en negocios muy lucrativos. En vista de este problema, la jurisprudencia norteamericana ha concebido y aplicado los llamados *daños punitivos*, que no tienen ya carácter simplemente resarcitorio sino de verdadero castigo y que alcanzan montos elevadísimos, capaces de desalentar este tipo de especulaciones.



Si la obligación de reparar el daño ocasionado por la publicación de noticias o informes lesivos al derecho de la intimidad o al honor está fuera de discusión, en cambio es objeto de controversias si cabe, por vía de amparo, impedir la publicación de ellas. Por una parte, el derecho a la libertad de prensa sin censura previa es, ya lo dije, una regla esencial para el funcionamiento de un régimen democrático; por la otra, el derecho a la intimidad y al honor hacen a lo más profundo de la vida humana y ha sido consagrado expresamente por numerosas legislaciones y, muy en particular, por el Pacto de San José de Costa Rica.

La solución consiste en compatibilizar ambos derechos, de modo que el ejercicio de uno no vaya en desmedro del otro. Por mi parte, pienso que, como principio, debe darse prioridad a la libertad de prensa, dada su importancia institucional; pero esa libertad no puede ser absoluta. Cuando es evidente que se está por cometer un hecho ilícito, los jueces no pueden dejar de tomar medidas preventivas, porque lo contrario sería permitir y aun proteger la comisión de tales hechos. Tanto más si se tiene en cuenta la realidad de nuestros días. El cardenal Quarracino ha dicho que algunos *mass media* constituyen la más tremenda invasión de la edad contemporánea y agobian a las personas, los hogares y las instituciones; agrega que a los medios se les teme, halaga y paga copiosamente. En igual sentido, ha dicho Boggiano que actualmente la información es propiedad que se compra y se vende; y ante los traficantes de la intimidad, el derecho debe proteger la vida privada. En consonancia con estas ideas, nuestros tribunales impidieron la publicación de una biografía "no autorizada" de una importante empresaria y embajadora itinerante del país, que no era otra cosa que una mezcla de hechos verdaderos con supuestos hechos y actitudes falsas y escandalosas.

Nadie que haya reflexionado sobre estos problemas, deja de admitir su gravedad. El Estado no puede permanecer indiferente ante ellos. Claro está que intervenir significa enfrentarse con el problema de la censura, que algunos agitan de buena fe, pero los más para defender su fructífero negocio. Lo que significa que el Estado debe obrar en



este caso con suma prudencia. No adoptar medidas exageradas ni demasiado severas, pero tampoco permitir que los medios de comunicación de masas y, muy en especial la televisión, se conviertan en un elemento de corrupción social. Considero tan serio este peligro, que no dudo de que a corto plazo empezarán a tomarse medidas para conjurarlo en todo el mundo.

También se invoca la libertad para legitimar el aborto. Se sostiene que la mujer debe ser libre para disponer de su propio cuerpo. Pero lo que está en juego no es el cuerpo de la madre, sino el del hijo que lleva en sus entrañas. Se sostiene también que, en definitiva, este es un problema que debe dejarse librado a la conciencia de la madre. Si ella no quiere ser madre, ¿cómo obligarla a serlo? Es necesario reconocer que hay casos extremadamente dolorosos, como es el de la mujer violada que siente en su seno un ser que le recuerda permanentemente su dolor y su vergüenza y que, además, es el hijo de un delincuente.

Y sin llegar a ese extremo, puede muy bien ocurrir que una criatura apenas adolescente haya quedado embarazada como consecuencia de la promiscuidad en que vive o simplemente debido a un incontrolado acto de amor y que se sienta incapaz de mantener económicamente y educar a su futuro hijo.

Con ser todo ello muy doloroso, creo gravísimo desincriminar el aborto. Hacerlo significa que el aborto se convierte en una conducta neutra. No es ni bueno ni malo; la ley lo permite. Lo que significa ignorar el valor docente de la ley. Para usar palabras de Teresa de Calcuta, si aceptamos que una madre pueda matar a su propio hijo ¿cómo podremos decir a otros que no maten? Y agrega: "un país que acepta el aborto no está enseñando a su pueblo a amar, sino a aplicar la violencia para conseguir lo que se quiere".

Pero lo que es realmente singular es que en la conferencia de El Cairo sobre población humana, se postulaba por casi todos los países desarrollados legitimar el aborto como recurso para disminuir lo que se considera el peligro de la superpoblación mundial. En otras pala-

bras, se postulaba matar para que nosotros, los sobrevivientes, pudiéramos vivir mejor. Con ese razonamiento, también debería postularse matar a los dementes, a los disminuidos psíquica o mentalmente, a los niños Down, dado que todos ellos son un peso que tiene que soportar la humanidad. No estoy imaginando algo que no haya pasado ya por la mente humana. A partir de 1939 en la Alemania nazi se ordenó declarar a los recién nacidos con defectos físicos para proceder a su exterminio, y poco después se puso en marcha la llamada Acción T-4, que era un conjunto de medidas legislativas y un programa eutanásico destinado a suprimir las denominadas "vidas humanas sin valor". A esos excesos se llega cuando el problema deja de considerarse desde una óptica cristiana.

Felizmente, la tenaz oposición de la Iglesia Católica apoyada por unos pocos países, entre ellos el nuestro, frustró el propósito de que esa conferencia mundial aconsejara declarar lícito el aborto.

Reagan, siendo Presidente de los Estados Unidos, dijo, en 1983, que desde que se legalizó el aborto por fallo dictado por la Suprema Corte en 1973, han muerto en ese país más seres humanos por ese crimen que en todas las guerras sufridas por la Nación en su historia, unos 15 millones.

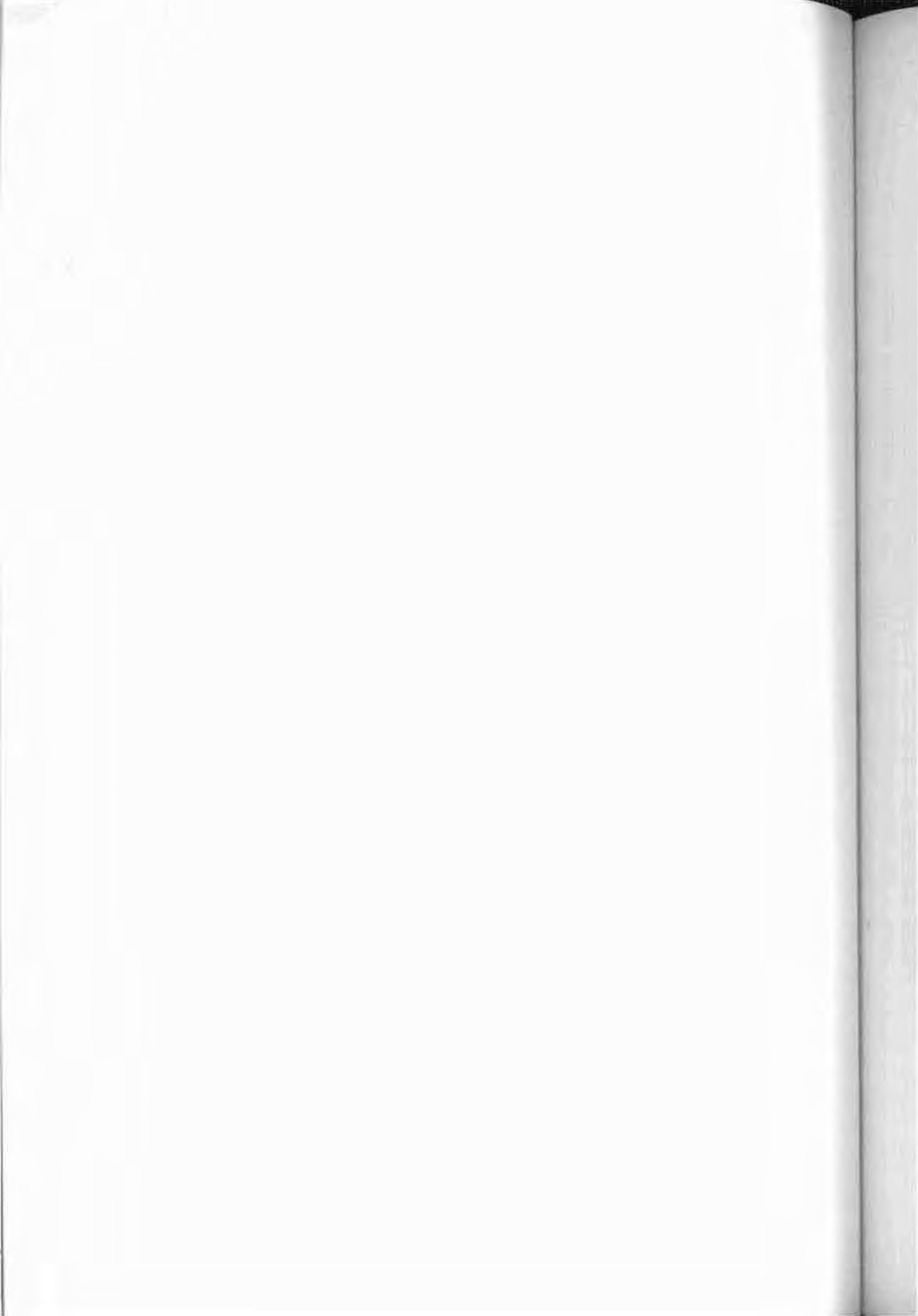
Estamos terminando un siglo. No tengo dudas de que el siglo XXI ha de alumbrar sobre estos claroscuros de la libertad y el derecho de nuestros días; que el nuevo derecho va a tener un sentido más solidarista, más profundamente humano, más auténticamente cristiano. No puedo imaginar que el siglo venidero sea conformista. Debemos confiar, no obstante notorios altibajos, en el progreso constante de la humanidad, bajo la inspiración de Dios.

**LA CIUDAD DE LA PLATA Y SU  
CONTRIBUCIÓN A LAS INSTITUCIONES  
JURÍDICAS**

*Comunicación efectuada por el académico  
Dr. Augusto Mario Morello, en la Academia Nacional  
de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires,  
en la sesión privada del 8 de agosto de 1996*



*En recuerdo de Noel Sbarra,  
extraordinario médico filántropo,  
y en homenaje a José María  
Mainetti, notable cirujano, señe-  
ros líderes sociales, quienes -con  
ejemplaridad- ayudaron a forjar  
el alma de la ciudad de Rocha.*



## SECCIÓN PRIMERA

### 1. *La Plata como capital de la Provincia de Buenos Aires\**

#### 1) *Federalización de la ciudad de Buenos Aires*

A poco de finalizar su mandato Nicolás Avellaneda en 1880, el entonces presidente de la Corte Suprema, José Benjamín Gorostiaga, y el juez del Alto Tribunal, Onésimo Leguizamón, fueron protagonistas de diligencias político-institucionales asumidas con el propósito de evitar las hostilidades de hecho que la Constitución Nacional considera actos de sedición o asonada, en procura de la solución del conflicto originado por la elección de Julio A. Roca para la presidencia de la República. A esos fines Gorostiaga junto con Alberdi, Sar-

\* En la primera parte, seguimos especialmente al completo estudio de Emilio Azzarini, *En torno a la Ciudad Universitaria. La Universidad Provincial (1897-1904)*, en la Revista de la Universidad Nacional de La Plata, n° 20-21 (1968), pp. 434-448, dirigida por el inolvidable médico filántropo, Director de la Casa Cuna de La Plata y pulcro escritor, Dr. Noel H. Sbarra; la conferencia del Dr. Amílcar A. Mercader sobre "Las refundaciones de la ciudad de La Plata", dada en el Club Estudiantes de esa Ciudad en la década del '50 y numerosos recuerdos y anécdotas de este último durante los años 1955-1967 (ver *Problemática del Derecho Procesal*, Platense, 1971); Barba, Fernando, *Una Universidad nueva en la nueva Capital*, "Todo es Historia", n° 330 (1995), pp. 8-16; Biagini, Hugo E., *La huelga grande de La Plata en "Todo es historia"*, n° cit. pp. 17-35, y bibliografía en ellos mencionada).



nimiento, Mitre, Félix Frías, Rawson y Vicente Fidel López entre otros se entrevistaron el 10 de mayo con el presidente Nicolás Avellaneda y el gobernador de Buenos Aires, Carlos Tejedor, tratando de superar la crisis. En la tarde del 4 de junio, "en un esfuerzo desesperado, Gorostiaga invita a una reunión en su casa particular, calle Piedras 48, a la que asisten figuras del nivel de Mitre, Alberdi, Sarmiento, Manuel Quintana y Félix Frías. El último intento se produce cuando Gorostiaga destaca a uno de sus pares de la Corte, Onésimo Leguizamón, para que entreviste al general Julio A. Roca, en busca de un renunciamiento salvador. El resultado infructuoso de esta gestión consta en la carta del 10 de junio que, desde Rosario, envía Roca a Gorostiaga, agradeciéndole los móviles patrióticos que indujeron a la Corte a tomar esa iniciativa en busca de una solución a la crisis política del país, con motivo de las elecciones presidenciales; pero mantiene su candidatura y califica duramente el alzamiento de la provincia de Buenos Aires"<sup>1</sup>.

Como es sabido todo fue inútil. La rebelión estaba en marcha y fue imparable la lucha entre la fuerzas leales a la Nación y las milicias de Buenos Aires.

Avellaneda trasladó la sede de su gobierno al pueblo de Belgrano, y lo declaró por decreto residencia provisoria de las autoridades federales. Se instalaron el presidente, cuatro de sus ministros, el Senado nacional, parte de la Cámara de Diputados, pero no la Corte Suprema, ni el vicepresidente de la República<sup>2</sup>.

Los días 20 y 21 de junio tuvieron lugar los más sangrientos encuentros -murieron tres mil milicianos y federales- en Puente Alsina, los Corrales, San José de Flores y Barracas y a ese costo, al definirse en favor de la autoridad nacional, la paz quedó restablecida. Roca asumió la presidencia y se federalizó la ciudad de Buenos Aires. Las

<sup>1</sup> Así lo relata Jorge Vanossi en su sugestivo libro, *La influencia de José Benjamín Gorostiaga en la Constitución Argentina*, Pannedille, Buenos Aires, 1970, p. 182.

<sup>2</sup> Cfr. Carranza, Arturo B., *La cuestión de la Capital de la república*, Talleres Gráficos Argentinos, Buenos Aires, 1932, t. V, 1880, p. 678; Fayt, Carlos S., *Nuevas fronteras del derecho constitucional*, "La Ley", 1995, p. 108.

leyes 1029 y 1030 hicieron factible esa mudanza, en tanto la Legislatura de Buenos Aires, por ley 1355, cede el territorio de la nombrada ciudad ya declarada Capital de la República<sup>3</sup>.

La Provincia de Buenos Aires, entre tanto, se vio sin su capital, Universidad, Biblioteca Pública, juzgados, hospitales, escuelas, policía más importante. Quedó resuelto el gran problema pero pendiente uno de no menor relevancia: crear la nueva capital provincial y desde ella, recomenzar una nueva fase de su historia. La empresa, desafiante, no era simple; tampoco obvia.

## 2. La fundación de La Plata

La ciudad de Dardo Rocha es un milagro argentino: pensada de la noche a la mañana, en los alrededores -la espalda- de la vieja estancia de la familia Pereyra Iraola, en el marco de su Bosque (60.000 eucaliptos), alejada de todo camino real, también del puerto (el de Barragán, en la Ensenada, estaba distante), fue dibujada como un ostentoso y envidiable damero. En poco menos de tres años (1882-1885) emerge de la nada. Ciudad sin infancia "florece de golpe, plena de frescura" (Azzarini).

Rocha y su ministro D'Amico -será el segundo gobernador-, consustanciado en esa empresa fundacional y motor de la dinámica inicial, son los forjadores del plan trazado al que convierten en realidad en el tiempo cortísimo previsto.

La Plata es la primera ciudad que en Sud América contó con alumbrado eléctrico; su halo al anochecer se veía a más de quince kilómetros. Sarmiento quedó deslumbrado, pensaba estar en EE.UU. de América y no se cansaba de clamar: ¡calles anchas! ¡calles anchas! en la nostalgia de sus *Recuerdos de Provincia*.

<sup>3</sup> Rodríguez Galán, Alberto, *El régimen político de la ciudad de Buenos Aires*, antipipo de "Anales" nº 33 (1996) Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, separata, pp. 3-5.

Una plaza cada seis cuadras cruzada por diagonales; aunque nunca pudo ocultar que en sus inicios fue un centro urbano improvisado hecho a los apurones.

Treinta y nueve kilómetros de puerto a pura fatiga humana; a pico y pala de buey. Se pensaba que sería el centro comercial más admirable de la república.

Surgen enormes palacios antes que las modestas (a veces misérrimas) moradas de sus habitantes. Una veintena de ellos y sus cúspides le dan original fisonomía. Es la ciudad más prolija. Se traen dos mil casas prefabricadas de los EE.UU. y los hornos de ladrillos no dan abasto (Azzarini).

### 3. *El esplendor inicial*

Hasta 1890 el ritmo es contagiosamente jadeante "la locura, suelta, sin freno en la orbe naciente". Al parecer el pesimismo no tiene porvenir ni cabe en La Plata. Se convierte en la ciudad de la esperanza, en "la gran ciudad presunta" al decir de Sarmiento. Se vinculan estrechamente a la nueva capital personalidades de elevada jerarquía en la vida intelectual y política del país, como José Hernández, el autor del *Martín Fierro*, quien la bautiza con el nombre hoy universalizado (Azzarini)<sup>4</sup>.

<sup>4</sup> Azzarini, p. cit., p. 435. En el Virreinato del Perú existía la "hermosa ciudad de La Plata -ahora llamada Sucre- que hizo honor a su nombre. Era como un castillo erizado de banderas. Sus grandes residencias tenían la magnificencia de palacios. La casa del presidente de la Real Audiencia era un edificio rematado por tejas y un almenar argentado. El exhibicionismo de esta ciudad hacía un fuerte contraste con la mentirosa modestia de Potosí. En La Plata los edificios eran grandes y suntuosos como correspondía a gente con poder; en Potosí eran provisorios como correspondía a gente de paso. En La Plata se acumulaban las fortunas y se las mostraba; en Potosí se acumulaban y escondían. La Plata era ostentosa y franca; Potosí, cruel e hipócrita. En La Plata, además, había muchos hombres eruditos" (Marcos Aguinis, *La Gesta del Marrano*, 10ª ed., Planeta, Buenos Aires, 1995, p. 189, n° 59).

Siguiendo las huellas trazadas por el perito Moreno, "fluyen en impactantes filas renombrados hombres de ciencia; Ameghino, Spegazzini, músicos de los kilates de Angel Machaca, Carlos García Tolsi y Dalmiro Costa; filósofos, humanistas y poetas de singular relieve como Alejandro Korn, Juan M. Larse y Matías Behety, atraídos todos por el embrujo de la pujante vitalidad creadora. Es la primera promoción y La Plata pasa a ser ciudad monitora" (Azzarini).

Las incógnitas y las paradojas dibujan también su rostro infantil: un incomparable Museo de Ciencias Naturales que hará decir al príncipe Luis de Orleans-Braganza que "haría empalidecer de envidia a los de París".

El Observatorio no le va en zaga.

Los hombres exceden con creces la proporción de mujeres; en el primer bienio la población supera los 10.000 habitantes, de los cuales 4.500 son italianos (censo de 1884) contra 2.200 argentinos. Los gringos invaden la ciudad al son de una copla popular bien elocuente: "Iremos a La Plata/ la nueva Capital/ a ganar mucho dinero,/ con poco trabajar".

La octava maravilla del mundo que ha ansiado Pedro Benoit: los edificios espléndidos son otra paradoja, que concluyen en 1890, con la inauguración del Teatro Argentino, monumento que se asimila al de la Scala de Milán, en momentos en que Julián Martel da a luz *La Bolsa*, mostrando la descomposición reinante en la sociedad y en el Estado argentino<sup>5</sup>. La contrapartida en La Plata es la Catedral de más de cien metros de altura con vitrales franceses y alemanes únicos.

#### 4. *El apagamiento*

Pero en 1891-93 viene el colapso; la crisis del noventa y los costos faraónicos vuelcan todas las censuras en ese gasto improductivo carente de razón.

<sup>5</sup> La novela *La Bolsa* es de 1891, Julián Martel (seudónimo de José María Miró) ha pintado el materialismo y la fiebre del oro como las maniobras dolosas y especulativas que desembocaron en la crisis.

El Banco Hipotecario Provincial saturado de papeles incobrables se desploma, la ciudad burocrática se paraliza y entra en letargo. Un sueño y tristeza generalizada recortan la huida de la gran ilusión. Ni la ley de residencia ni las duras medidas de racionalización inyectan nuevos entusiasmos a una ciudad que queda desierta.

En cada manzana -de las grandes- sólo están habilitadas un cuarto de sus viviendas; las restantes "se venden o alquilan, debiendo el Gobierno prohibir que se rifen".

Los reproches apuntan a la corta distancia con la Capital Federal, lo que hace necesario reconsiderar la cuestión. San Nicolás o Bahía Blanca eran puntos más lógicos y convenientes como asiento del Gobierno provincial. Un frío silente y profundo recorría su horizonte<sup>6</sup>.

En 1899 la suerte adversa parecía echada: Payró, en la "Revista Arlequín", diseña un largo convoy ferroviario que parte desde La Plata hacia la estación Constitución. Los vagones llevaban desarmadas las casas de la ciudad y al pie de la caricatura ésta leyenda: "La única solución".

De la caída sólo se salvan el Hospital de Niños y la semilla de su *ethos* eterno, la Universidad provincial que el senador Rafael Hernández y otros legisladores habían promovido por ley del 2 de enero de 1890 y que recién puede iniciar sus azarosas actividades en 1897, lo que hace regularmente hasta 1904. *Es el punto matinal de la Universidad Nacional de La Plata, que Joaquín V. González creara en 1905 y que significó la segunda y plena fundación de nuestra capital*<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> Benjamín, Walter, *Infancia en Berlín hacia 1900*, trad. de Klaus Wagner, Ediciones Alfaguara, Buenos Aires, 1990, pp. 17 y 141, en los primeros años de esta centuria describe la soledad y el silencio que invaden espectralmente sus calles turbadas muy especialmente por el caminar de alguien que va errando por ellas como el crujir de las ramas secas y en donde el rostro más cercano, en las horas claras del día, parecía sólo en el horizonte: pues en esa dormitativa quietud nada perturbaba la soledad.

La Plata en la fugacidad de dos lustros quedaba cerrada al mañana por un sino incomprendible que la cubría como una sombra bloqueadora de un destino imposible de realizar.

Costó mucho superar la fama de ciudad "tranquila y provinciana"; que vivía como de prestado del "apoyo" de la metrópoli.

<sup>7</sup> Ver Barba, Fernando, *Una Universidad nueva en la nueva Capital*, en "Todo es Historia", n.º 330 (1995), pp. 8-17.

Ese dibujo estupendo en el cual brotaron torres, campanarios, vitraux rojos, blancos y azules, visto desde un cristal se iba esfumando como un torreón construido como con ladrillos de juguete (Benjamín), todo en la penumbra de una frustración histórica, pronto a ser borrado.

Sólo los estudiantes -el interior habitado- cruzaban ese jardín sembrando en él la semilla perenne.

La leyenda del sello de la Universidad provincial será luego adoptada en latín por la UNLP: *Por la ciencia y por la patria*; funcionó en el hermoso edificio que fuera el Banco Hipotecario de la Provincia, calle 6, entre 47 y 48, donde actualmente se halla el rectorado de la Alta Casa de Estudios de nuestra Universidad.

### 5. Joaquín V. González y la refundación

La Universidad, aún en pañales la ciudad, fue el alma mater y la que acuñó su identidad y perfil para siempre. Aunque no pudiera ocultar que fue imaginada de la noche a la mañana sin pasado, sin tradición, *sin nada*, lo cierto es que desde su alumbramiento quedó embebida del espíritu universitario.

Aquel sopor retornó muchas veces y La Plata seguramente ahora, a fines del milenio y a poco más de una trayectoria centenaria, está incubando el envión de la cuarta refundación (la *tercera* fue la época dorada de la Universidad: 1955-1966): zona franca, intensificación del puerto, rejerarquización político-institucional como Capital, nuevo impulso universitario, el esfuerzo por plasmar el Instituto Universitario del MERCOSUR (similar al Instituto Universitario de la Comunidad Económica Europea, con sede en Florencia), etcétera.

Es que como ha acontecido con Brujas, Berisso, Beiruth, Sarajevo, las ciudades nacen, viven y también mueren aunque no del todo, porque nunca se extingue lo que ontológicamente las gravara con rasgos identificatorios inconfundibles.



La nueva Universidad de Joaquín V. González -de vanguardia y *pensada desde el futuro y para el porvenir*-, le trasvasó a la ciudad su savia nutriente que desde entonces alimenta el fervor de su parábola.

El "buen ojo" de Roca había reparado en la lucidez de González que con sus tres grandes iniciativas: la Ley Nacional de Trabajo (6/5/1904), la ley electoral de circunscripciones y la creación de la Universidad Nacional de La Plata (1905), incorpora los ingredientes progresistas a un liberalismo que a comienzo de siglo estaba en repliegue y sin impulso, casi como agotado. González era un hombre renovador.

En la Plata, como sucede en Wüzburg, Gante, Salamanca o Florencia, se siente al caminar que se está en la ciudad universitaria; acaso sea un detalle menor la importancia o el nivel de sus instituciones en cada época; siempre se palpa en ellas esa inefable característica que cobra el tono de los sueños y realidades, del destino y las opciones y compromisos, de sostenida esperanza e ilusiones de igualdad y justicia que aletean en el alma de la vida estudiantil.

## SECCION SEGUNDA

### II. *Las contribuciones jurídicas*

#### 1. *Advertencia previa*

A nuestro modo de ver la realidad histórica de la vida colectiva bonaerense, su marcha normal, el equilibrio que permite un desarrollo sustentable y previsible (en un resumen muy compendiado, pero que creo es correcto), reposa en la armonía funcional de cinco soportes -verdaderos arbotantes- sobre los que se desenvuelve el ponderado juego institucional de las diversas ramas del poder (central y desconcentrado). En la medida en que, dentro de sus competencias y sin aflorar los conflictos de poderes o exceso de posicionamiento, no



se quebrante la lógica interior del sistema, esa red constitucional acompaña el ritmo global.

Sin que el orden en que colocamos a esos factores sea prioritario, los mismos son: 1º) el rol independiente y *arbitral* de la Suprema Corte de Justicia, con la significación que reviste su función de casación general y tribunal único en lo contencioso-administrativo que orienta la línea de sentido y evolución del derecho privado y público, a mucho más de un tercio de la población total de nuestro país; 2º) la pareja celosa independencia del órgano de control de mayor jerarquía: la Fiscalía de Estado; 3º) el ascendiente docente e impulsor de la educación a cargo de la Dirección General de Escuelas (luego de la reforma de la Constitución, en 1994, Dirección General de Cultura y Educación); 4º) la independencia y morigeración del "coloso", el Banco de la Provincia; 5º) y, por fin, un ordenado y fluido régimen municipal con definidas y acertadas notas inherentes a su autonomía (art. 192, Const. de Buenos Aires).

Frente a las emergencias económicas y crisis de orden general (casi siempre) o local, la senda del progreso se obtuvo con el restablecimiento de esos patrones de conducta que posibilitaron una meseta de recuperación sana y pujante.

En la inteligente armonización de ese quintuple andamiaje la provincia ¡es gobernable!

No sé si tal diagnóstico es justo o si he logrado hacerlo comprensible, pero desde hace muchísimos años lo tengo interiorizado y los resultados que arroja esa experiencia, que nos une al pasado y se dispara al mañana encarnando todos sus valores, evidencia que no otra parece ser la voluntad del pueblo de la Provincia de Buenos Aires, escrita con encomiable inteligencia y acierto en esa obra de ingeniería social que es el armado de una Constitución (Sartori).

## 2. Examen particularizado

Detengámonos prudentemente en una panorámica abarcativa de las instituciones acuñadas en la órbita de nuestra provincia, en primer

término en la Constitución de 1873, antes de la federalización de la ciudad de Buenos Aires, luego en la acogida brindada por la Constitución de 1889, pero principalmente -desde La Plata sede de las mismas- en el tono definido y técnicamente moderno y de vanguardia recortado por la Constitución de 1934 y la profunda reforma de la reciente de 1994.

A modo de anticipo del conjunto de sus disposiciones cabe señalar que la recepción de instituciones innovativas procedentes del derecho comparado o aun oriundas de la inventiva y afinamiento de nuestros legisladores protagonistas, a poco andar se convirtieron en verdaderos modelos paradigmáticos prontamente seguidos por otras provincias argentinas.

A) Así, entre otras, el *Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados* (hoy regido por la ley 8085), al cual quedaron sometidos los jueces de las instancias comunes y los miembros del ministerio público, por denuncia o acusación de "cualquiera del pueblo" (art. 182, Const. Prov.) por delitos o faltas cometidos en el desempeño de sus funciones, y que se integra por legisladores y con jueces abogados, bajo la titularidad del Presidente de la Suprema Corte<sup>8</sup>. Sucesivas leyes reglamentaron el funcionamiento del cuerpo que procede al juzgamiento en juicio oral y público (arts. 172-177, Const. Prov., 1934; 182-188, Const. de 1994).

B) El Ministerio Público fue concebido ya en la Ley Constitucional de 1889 como órgano no extrapoder sino *independiente* dentro de la estructura del Poder Judicial, encabezado por el Procurador y Subprocurador General de la Suprema Corte (art. 189, Const. Prov., 1994) con estabilidad, y funcionarios inferiores que también conser-

<sup>8</sup> Al presente existen abiertas veintidós (22) causas por denuncia. Debo esta información que agradezco al Sr. Procurador General de la Suprema Corte, Dr. Eduardo de Lázari. La experiencia personal del suscripto (que ha integrado y actualmente integra uno de sus tribunales) dice que es excelente, porque representa un control seguro y efectivo de la conducta de los magistrados. Constituye una referencia, "un buen ejemplo" para tener en cuenta en la ley de despliegue del art. 115 de la Const. nacional reformada en agosto de 1994.

van sus empleos "mientras dure su buena conducta". Son atribuciones del Procurador General, cuyo ejercicio se ha afianzado a lo largo del siglo, entre otras: la superintendencia del ministerio público, el control de los órganos judiciales, la acusación ante el Jurado de Enjuiciamiento y la intervención obligada en ciertas causas de competencia de la Suprema Corte<sup>9</sup>.

C) Quiero poner énfasis al detenerme en la Fiscalía de Estado, institución que goza de creciente prestigio (art. 155, Const. prov., 1994). Es un funcionario inamovible (el actual, Dr. Ricardo Szelagowski fue designado durante el gobierno radical del Dr. Alejandro Armendariz), encargado de defender el patrimonio del Fisco y es parte legítima en todos los procesos en que se controvierten intereses del Estado.

Sucesivas leyes orgánicas han perfilado sus misiones, erigiéndolo en un organismo de control indispensable donde su intervención resulta necesaria siempre que existan intereses patrimoniales estatales comprometidos; tiene capacidad inclusive para demandar judicialmente al Poder Ejecutivo en la vía contenciosa administrativa por nulidad de sus actos, en cuyo supuesto asume su defensa el Asesor General de Gobierno (art. 686, CPPBA). Es removible por el procedimiento del juicio político (art. 73, inc. 2º, Const. prov. 1994).

El Fiscal de Estado es un freno real y potencial ante cualquier lesión al principio de legalidad y a un obrar arbitrario de los poderes políticos<sup>10</sup>.

D) Un *Tribunal de Cuentas* integrado por funcionarios inamovibles (un presidente abogado y cuatro contadores), también por mandato constitucional tiene a su cargo el examen y evaluación de las cuentas de percepción e inversión de las rentas públicas provinciales

<sup>9</sup> Igual puntualización que la formulada en la nota anterior.

<sup>10</sup> Notables juristas y honorables hombres públicos honraron ese cargo: Julio Sánchez Viamonte, Gabino Salas, Raúl Dumm, Ergasto Martínez, Acdee Ernesto Salas, Carlos C. Alconada Aramburú, entre otros que también escribieron sobre esa institución.

y municipales, tanto como la inspección de las oficinas que administran fondos públicos (arts. 147, Const. de 1934; art. 159, de la Const. de 1994).

La Suprema Corte acaba de cambiar de jurisprudencia acerca del control sobre el Tribunal de Cuentas, extendiendo la competencia revisora por parte del Alto Tribunal (SCBA, causa B.54.239, "González, Raúl y otra vs. Provincia de Buenos Aires", 28/3/95)<sup>11</sup>.

A lo anterior cabe agregar, coincidentemente, que el Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos ha expresado que si bien la Constitución local -que se ha servido del ejemplo de la de Buenos Aires- no crea una instancia en la que el Superior Tribunal pueda considerar circunstancias de hecho distintas de las meritadas por el Tribunal de Cuentas, limitándose por regla al control de legalidad (es decir si el obrar preestablecido fue mal encuadrado en la norma o si a ésta se la reduce o amplía en su alcance, o se la deja de lado o se aplica una que no corresponde, dado que el recurso previsto funciona como control de constitucionalidad y de legalidad) también admite, en forma excepcional, que pueda tratar cuestiones de hecho cuando se comprueban vicios que permitan atacar el fallo por arbitrariedad.

No será suficiente, por cierto, una mera discrepancia con las conclusiones arribadas por el Tribunal de Cuentas como consecuencia de la selección y ponderación de los elementos de convicción, o acerca de un criterio subjetivo sobre el modo de actuarse las reglas de la sana crítica; se requiere la demostración cabal de un supuesto de absurdo o arbitrariedad pues de lo contrario no se legitima el recurso de inconstitucionalidad así deducido (ST Entre Ríos, "Zerdá de Peñalver, Margarita del Valle", 6 de junio de 1994, "Doctrina Judicial", 1995-1, p. 985).

E) Pero en donde existe un *ethos* muy cualificado que proyecta las luces de la cruzada civilizadora del gran maestro sanjuanino, es en el

<sup>11</sup> Ver además causa B.52.111, de 14/11/95, en "Revista de Jurisprudencia Provincial Buenos Aires", Rubinzal-Culzoni, 1996 (nº 2), p. 43.

ente rector en materia de *educación e instrucción pública* (desde 1994, Dirección General de Cultura y Educación, art. 201, Const. Prov. asistido en el asesoramiento por un Consejo General de Cultura y Educación, art. 207, ídem) que ha constituido una experiencia de la más relevante significación y punto obligado de consulta: la instalación de un Director General de Escuelas (ahora con rango ministerial) y de un Consejo General de Educación con atribuciones para la organización y administración general de las escuelas comunes. A su vez Consejos electivos de seis vecinos tienen a su cargo la administración local y el gobierno de las escuelas. Un modelo económico-financiero autónomo (art. 204, ídem) completa un paradigma que ha sido bandera siempre flameante del habitante de Buenos Aires<sup>12</sup>.

F) El *régimen municipal* reviste, asimismo, capital importancia<sup>13</sup>. Delineado por los preceptos constitucionales -la reforma de 1994 no innovó- se estatuye y consolida a través de rasgos autonómicos *parciales* pero equilibrados, marginándose de la disputa que al respecto mantienen los defensores de la autarquía respecto de los autonomistas. La Suprema Corte provincial ha construido una doctrina suficientemente flexible que rescata el ejercicio de las atribuciones propias de la órbita municipal<sup>14</sup>.

<sup>12</sup> Argentina fue grande cuando tuvo grandes maestros, como Francia fue grande "cuando hizo cosas grandes" (Charles De Gaulle). Entre 1937-1940 un calificado grupo de educadores de la provincia llevó a cabo la célebre "reforma educativa" que importó un revolucionario y moderno ensayo pedagógico, coronado con el mejor de los éxitos en la renovación de los métodos educativos, la formación docente continua y de excelencia, el concurso público para el ascenso en la carrera docente, etc. Un esfuerzo muy digno y sostenido por colocar el fundamental tema de la "escuela pública" en el interés prioritario de los gobernantes y de la opinión pública. Recuerdo, entre otros, los nombre señeros de Evaristo Iglesias, Vidal, Segado, Soto, Aller, Pérez Duprat, entre otros directores de escuelas primarias de destacadísimo nivel técnico y humano. Mi padre (Antonio Morello) fue el primer inspector de escuelas que accedió a esa jerarquía por concurso en la provincia de Buenos Aires, en 1939.

<sup>13</sup> Permítaseme remitir a un ensayo reciente: *El régimen municipal de la provincia de Buenos Aires*, "J.A.", n° 3/7/96, con la bibliografía en él mencionada.

<sup>14</sup> Nota precedente.

La ley orgánica de los municipios -decr. ley 5758- lleva casi medio siglo de vigencia, con sólo retoques circunstanciales que no han alterado su fisonomía. En ese ordenamiento se prevén las competencias de los Departamentos Deliberativo y Ejecutivo con las limitaciones propias de la naturaleza de las constituciones comunales.

Para dirimir los *conflictos internos* (entre sus ramas con otras autoridades) se inviste a la Suprema Corte de Justicia en función de árbitro jurisdiccional final, por conducto de los denominados "conflictos de poderes municipales" (art. 196, Const. Prov.).

Importa señalar que la ley orgánica de las municipalidades contribuyó al afianzamiento de las prácticas republicanas y al asentamiento de la legalidad en el marco de las órbitas parroquiales.

### 3. Principio de legalidad

Lo que llevamos expuesto nos permite hacer un intermedio para explicitar la seguridad jurídica, el juego interactuante de los controles y contrapesos y la profundización del criterio de legalidad.

1º) Hemos verificado el ensanchamiento de las legitimaciones de obrar del ciudadano de las ciudades. En esa dilatación que conduce a la "soberanía compartida"<sup>15</sup>, el peso de la opinión pública se hace notable por varios senderos. En primer lugar, como ya vimos, "el pueblo" (el ciudadano) está legitimado para hacer denuncias e igualmente el *simple vecino*, titular de un interés legítimo, tiene competencia activa para promover una demanda contencioso administrativa, aunque carezca de la titularidad de un derecho subjetivo<sup>16</sup>. No es menos la idoneidad postulatoria en lo que concierne a la defensa de los intereses difusos. Fue la jurisprudencia de la Provincia de Buenos

<sup>15</sup> La expresión es de Alain Minc.

<sup>16</sup> SCBA, causa B.55.392, "Rusconi, Oscar vs. Municipalidad de La Plata", 4/6/95, en Revista Jurisprudencia Provincial, 1966, n° 235 con nota laudatoria de Tomás Hutchinson. *Al final se hizo justicia*.



Aires, en un esclarecedor y avanzado voto del camarista platense Dr. Gualberto Lucas Sosa, en 1978, la que por primera vez incurrió en esta apasionante problemática, ahora institucionalizada. Nuestro tiempo está signado por la arrolladora expansión en el reconocimiento de nuevas legitimaciones extraordinarias y ordinarias, plenas o semiplenas, que acuerdan el "derecho a ser oído y defender" por medio de *acciones civiles públicas* -en camino a la recepción de la acción popular- pretensiones preventivas de prohibiciones sancionatorias y declarativas en defensa del medio ambiente, de los derechos colectivos y aun de la moral pública.

2º) La Provincia de Buenos Aires, en paralelo a la afirmación de la legalidad, instituyó la Asesoría General de Gobierno, organismo de asesoramiento jurídico centralizado (equivalente a la Procuración del Tesoro de la Nación) que interviene en todas las actuaciones administrativas y también en los procesos judiciales de inconstitucionalidad de las leyes (y normas generales) provinciales en representación del Estado; igualmente, las contrataciones estatales, el régimen del agente público y en general los aspectos atinentes "a la juridicidad", quedan sujetos a su intervención previa ganándose en legalidad administrativa y en la uniformidad de las soluciones.

Esa legalidad se sustenta principalmente en la *ley procesal administrativa* perfeccionada a partir del *decr. ley 7646* y modificatorias y en el control judicial revisor, originariamente confiado de modo excluyente a la Corte local que ha llevado a cabo una prolifera experiencia práctica desde la vigencia, en 1905, de la ley en lo contencioso-administrativo.

Hubo épocas de exceso ritual y sombras apegadas al sistema español-francés del siglo anterior, cargadas muchas de sus interpretaciones de innecesario rigor o estrechez.

Cabe puntualizar, sin embargo, que el Código de Luis V. Varela, ley 2961, sirvió para encausar la labor judicial de la Suprema Corte, que pese a recriminaciones destacadas<sup>17</sup> supo asegurar la legalidad

<sup>17</sup> Las críticas de los Dres. Bartolomé Fiorini y Juan Francisco Linares, no al Código sino a la interpretación que de sus normas venía haciendo el Alto Tribunal de la provin-



administrativa aun en época de gobiernos de facto o abusivos, lo que le permitió hacer docencia para el mejor manejo de la administración y de los propios administrados. El funcionario actuante es *personalmente* responsable de su obrar ilegítimo y responde de los daños con su patrimonio.

Para cerrar este apartado, corresponde señalar que el Alto Tribunal de Buenos Aires contribuyó decididamente no sólo a reforzar el principio de legalidad y de la seguridad jurídica, sino además el prestigio de la judicatura y la tutela de los derechos fundamentales, particularmente en la aplicación de mecanismos *típicos* de la jurisdicción de Buenos Aires -que no estaban consagrados en la Nación ni en muchas provincias- como la acción declarativa -preventiva- de inconstitucionalidad y la criteriosa solución de los conflictos de poderes.

Hemos formulado, sin embargo, reiteradas críticas a la avara actuación del art. 44 de la Const. de 1934 (57 de la actual) que edicta un claro y categórico mandato a los jueces, como *deber* específico: el de inaplicar las leyes inconstitucionales<sup>18</sup>.

#### 4. Otros aspectos

No deja de revestir particular interés poner de resalto otros hallazgos y vivencias interiorizadas con beneplácito en el cuerpo social de Buenos Aires, brindándoles su apoyo y adhesión, que se exteriorizan

---

cia", nunca conmovieron en verdad la línea de sentido de sus pareceres pese a que en tiempos posteriores no dejaron de hacerse oír reproches fundados al respecto (ver ahora, nota precedente, al final).

<sup>18</sup> El precepto es de este tenor: "*Inalterabilidad de los derechos constitucionales.* Toda ley, decreto u orden contrarios a los artículos precedentes [Declaraciones, derechos y garantías] que impongan al ejercicio de las libertades y derechos reconocidos en ellos, otras restricciones que las que los mismos artículos permiten, o priven a los ciudadanos de las garantías que aseguran, serán inconstitucionales y no podrán ser aplicados por los jueces".

en periódicos ajustes o cabales relanzamientos en pro de su eficiencia y nuevo dinamismo.

Así, dentro del contexto de la Administración -y con justicia hay que ceñirnos a la década del treinta-, los descollantes logros organizativos y funcionales de algunas reparticiones que llevaron a cabo (gestión ministerial del Dr. César Ameghino) la modernización de la Dirección de Geodesia, del Catastro Territorial (ley 7221) y del Registro de la propiedad inmueble, creado en 1890, por ley 2378 y actualizado por el decr. ley 11.643/64 y modificatorias.

Otra perspectiva, no menos revolucionaria, fue la que derivó de la creación y ulterior reconocimiento legislativo de diversos *cuerpos intermedios* que vinieron a auxiliar (por delegación y anticipando el principio de subsidiariedad) y aun a sustituir al Estado en el ejercicio del poder de policía en las distintas áreas de incumbencia de las otras denominadas profesiones liberales. Nos referimos, claro es, a los regímenes colegiados del notariado (leyes 5016, 6191 y modif.); de la abogacía (ley 7020 y modif.); de la ingeniería y conexas (ley 4048 y modif.); de las ciencias económicas (ley 7195 y modif.), etc. que juntamente con diversas instituciones asistenciales y de seguridad social anexas, fueron ganando lugares de importancia -bajo la sombra protectora del Estado de bienestar pero consustanciadas con una potente energía del valor de la solidaridad, el que cada vez se le acordó con más creciente registro en el ámbito comunitario-.

##### *5. La Suprema Corte de Justicia y la aplicación del derecho*

La tarea de la Corte bonaerense ha sido ciclópea y en la actualidad se ve inhumanamente sobrecargada; realmente el número de causas desborda las márgenes de su capacidad de respuesta en un tiempo social muy duro, en el que los avances del derecho y la complejidad y movilidad de los temas obligan a un arduo esfuerzo de análisis y reformulaciones.

En el lenguaje grueso pero descriptivo se afirma que su vastísima competencia (originaria y apelada, esta última vía de recursos extraordinarios de inaplicabilidad de ley, nulidad e inconstitucionalidad) convierte de antemano al prestigioso órgano en "un almacén de ramos generales". Todos los variadísimos fenómenos del universo jurídico aguardan su palabra certera, que conforme a su interpretación oriente el rumbo en los más intrincados corredores de la experiencia jurídica.

Así, por mostrar con pocas pinceladas los coloridos de sus matices:

Los alcances de la fecha cierta, art. 1035, Cód. Civ. (SCBA, Ac. 53.634, de 16/6/95).

La oponibilidad del boleto de compraventa al concurso, art. 1185 bis del Cód. Civ. (ídem).

La apreciación del beneficio de litigar sin gastos (causa B.53.840, de 19/10/93); los alcances de la prueba de informes (B.52.250, de 13/4/93); la amplitud de los medios probatorios (B.51.595, de 23/2/93); el carácter no vinculante de la prueba pericial (B.51.925, de 14/9/93). En tema de desagio (causa B.51.708, de 16/8/94); o bien la presunción de legitimidad de los actos de la administración (B.51.595, de 23/2/93).

La especificidad del proceso contencioso-administrativo que impone como carga en la demanda acompañar toda la prueba que haga a su derecho, lo que obstó aplicar supletoriamente el Código Procesal Civil y Comercial (B.54.009, de 6/4/93).

En materia laboral: incumbe al actor acreditar el nexo causal o concausal entre la enfermedad y el trabajo (L.56.636, de 6/5/95); que el juzgador tiene facultades privativas para establecer la oportunidad en que el trabajador adquirió conocimiento de su incapacidad evaluando al efecto las pruebas aportadas por las partes (L.53.070, de 15/6/94); la teoría del absurdo en la interpretación de la prueba (L.55.723, de 29/12/94).

En materia penal: el procedimiento de juicio oral y el sistema del convencimiento -la convicción sincera-, para lo cual los magistrados

en lo criminal deben expresar lógica y razonablemente la manera mediante la que alcanzaron su convicción sincera (P.43.343, de 8/6/93).

Sería interminable la mención de precedentes del derecho material y procesal cuyo contenido y límites (desde la cláusula como seña y a cuenta de precio "hasta secuela de juicio"), predetermina con certeza jurídica la jurisprudencia de Buenos Aires.

Su influencia se comunicó, según las épocas, a las Cortes de Tucumán, San Luis, Catamarca, La Pampa, Río Negro, Neuquén y en el presente a la vanguardista de Mendoza, que por cierto hicieron y hacen inteligentes y osadas tercerías conceptuales postulando otro tipo de soluciones que, en ausencia de una Casación nacional, dibujan a veces un mapa no homogéneo, lo cual, sin embargo, es beneficioso para la evolución del derecho, sin perjuicio de que la Corte Federal, por el camino del art. 14 de la ley 48, y con apoyo de las doctrinas de la arbitrariedad y del exceso ritual en actitud típicamente de casación común, enmienda la plana en temas típicos de derecho común (persona, familia, contratos, moneda, etc.)

Las atribuciones de la Suprema Corte (art. 161, Const. de 1994) son amplias y suficientes. Acaso en la hora de la soberanía de la opinión pública, deba comunicarse con el pueblo de otra manera, a través de un "vocero judicial" (sobre lo que insiste tanto el Dr. Pedro Frías), intensifique sus facultades de iniciativa legislativa, proponiendo los proyectos que crea conveniente para el mejoramiento de la organización de la justicia y el procedimiento y enfatice en una mejor difusión de la memoria que anualmente debe pasar a la Legislatura informando además sobre el estado en que "se halla dicha administración de Justicia" (art. 165, Const. prov.).

Un solemne acto de apertura del año judicial -como es tradicional en España- y similar al del mensaje del Gobernador a la Asamblea Legislativa (art. 113, Const. prov.), en la apertura de las sesiones de las Cámaras, en que informan sobre el estado general de la Administración (art. 144, inc. 6°, Const. prov.), nos parece que sería por demás beneficioso.

Todavía, algunas otras observaciones.

La primera, que la Suprema Corte ha proyectado hasta el presente el espíritu federalista y rebelde de Carlos Tejedor. Ha dado -lo da continuamente- muestras de absoluta independencia de criterio respecto de la Corte Federal.

No asumió ni acató la doctrina "Strada-Di Mascio"; no cede en su doctrina legal en todos los temas que no sean rigurosamente federales; no se siente vinculada, ni aun administrando el argumento de la "autoridad moral" del Alto Tribunal de la Nación y la vigencia del principio de economía procesal, con el parecer de ese órgano. Son innumerables los temas en los que La Plata se volcó por el sentido 'A' y la Corte Federal rectifica en 'B' (y a costa de un complicado y retardatorio recurso extraordinario por sentencia arbitraria). En esa guerra entre Cortes como alguna vez se la denominara a tan frontal puja, a falta de la Casación Nacional (innovación que no plasmó la Reforma Constitucional de 1994) no parece fácil reducir las asimetrías y escaramuzas pese al alto número de descalificaciones que han merecido las sentencias de la Corte provincial. De más esta decir que son los justiciables los que pagan los platos rotos de esa discordia.

La segunda finca en el prestigio y su proyección ejemplar de algunas integraciones como la de 1955-58, en la que siete memorables jueces de la talla de Quijano, Mercader, Bustos, Rozas, Fernández, Acuña Anzorena y Merbhilaá produjeron un arrollador *aggiornamento* en la mayoría de las doctrinas en uso, merced a un contagioso espíritu de contracción y transparencia, que impregnaron de prestigio y laboriosidad sin desmayo a esa labor siempre ímproba y agobiante.

Apuntamos, igualmente: a) el Código de Procedimientos en lo Civil de 1905 tuvo espléndidos aciertos como la regulación de los interdictos, cuya "instrucción sumaria" a cargo del Secretario permitía que en un día, constituido en el Juzgado de Paz pertinente, gestionara, concentradamente, toda la prueba; también el juicio de desalojo (art. 605) que con acierto y efectividad comprobadas, frente a la incontestación de la demanda, permitía decidir sin más conforme a lo afirmado por el actor. En la práctica, reportó incalculables beneficios

para la pronta recuperación del inmueble. b) Desde otro ángulo la ley 7166, reglamentaria del amparo, tiene notables ventajas comparativas sobre el régimen que en el orden nacional instauró la ley 16.986; de igual modo la reciente sanción por el Senado de Buenos Aires del Proyecto de ley sobre el Consejo de la Magistratura evidencia una deseada razonabilidad en el equilibrio interior de sus componentes, extremo ausente en la igual iniciativa actualmente en debate en el Congreso Nacional. c) Por último, la sabia construcción de la teoría del "absurdo" permite a la Suprema Corte, con mayor porosidad y campo de mira que la doctrina de arbitrariedad de sentencias, la adecuada revisión casatoria cuando la desacertada evaluación de la prueba, de la quiebra en la lógica del razonamiento motivador de los fallos de instancia, obstan al Tribunal poder aplicar correctamente el derecho que rige a los hechos conducentes.

La doctrina de la arbitrariedad viene haciendo estragos en numerosos pronunciamientos del Alto Tribunal de Buenos Aires, que, insistimos, está sobrecargado de causas; razón principal de que ello ocurra. Si no, no se explicaría, por caso, que la descalificación sobrevenga porque el fallo de la casación se sustenta en un artículo inexistente de un decreto provincial y en el incumplimiento de un requisito que no surge de ese texto normativo, el cual, además, no guarda relación directa con el caso. Frente a ello se admitió el recurso extraordinario aunque los agravios se vinculaban con la interpretación y aplicación de normas de derecho público local, en razón de basarse en afirmaciones dogmáticas que constituyen un fundamento sólo aparente y no constituye una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa (Fallos, 196:356; 304:1844; 307:592; 310:165) (CS, "Salemme, Marcos T. vs. Prov. de Buenos Aires -Instituto de Previsión Social-", 2/11/95, A, n° 5997, de 7/8/95, p. 38).

En síntesis: Buenos Aires se adelantó *notablemente* (respecto del Estado Nacional), en la estructuración de un adecuado y completo sistema de *control de constitucionalidad*; la acción originaria, preventiva, de efectos declaratorios para el caso y las restantes institu-



ciones examinadas se aúnan a un *Poder Judicial* independiente, serio y sano.

### 6. *El acceso a la Justicia*

Pero la consolidación del Estado de Derecho en tránsito acelerado al *Estado de Justicia* lo lleva a cabo la reforma constitucional de 1994, al consagrarse en los nuevos artículos 15 y 36 de la Constitución provincial la recepción expresa, plena y fecunda del movimiento del acceso a la justicia. Conforme a la norma primeramente citada, "la Provincia de Buenos Aires asegura la tutela judicial continua y efectiva, el acceso irrestricto a la justicia; las causas deberán decidirse en tiempo razonable".

A tenor de la cláusula mencionada en segundo término, que prácticamente reproduce el art. 3º de Const. italiana y consecuente con las exigencias de una democracia sensible: "La Provincia promoverá la eliminación de los obstáculos económicos, sociales o de cualquier otra naturaleza, que afecten o impidan el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales" (art. 36, cit. Const. prov.)

Nos hemos ocupado *in extenso* de esos aspectos<sup>19</sup>.

## SECCIÓN TERCERA

### III. *Tríptico del porvenir*

#### 1. *De cara al mañana*

1º) El simbolismo de nuestra morada es inalterable y nos llena de orgullo: poema de cal y piedra, capital del milagro, es también la ciudad de la conciliación nacional y de la cultura.

<sup>19</sup> Morello, Augusto M., *El modelo del acceso a la Justicia en la Constitución de la Provincia de Buenos Aires*, "J.A.", n° 5924, de 15/3/95; ídem, *El proceso justo en el marco del modelo del acceso a la Justicia*, "E.D.", n° 8121, de 31/3/95.



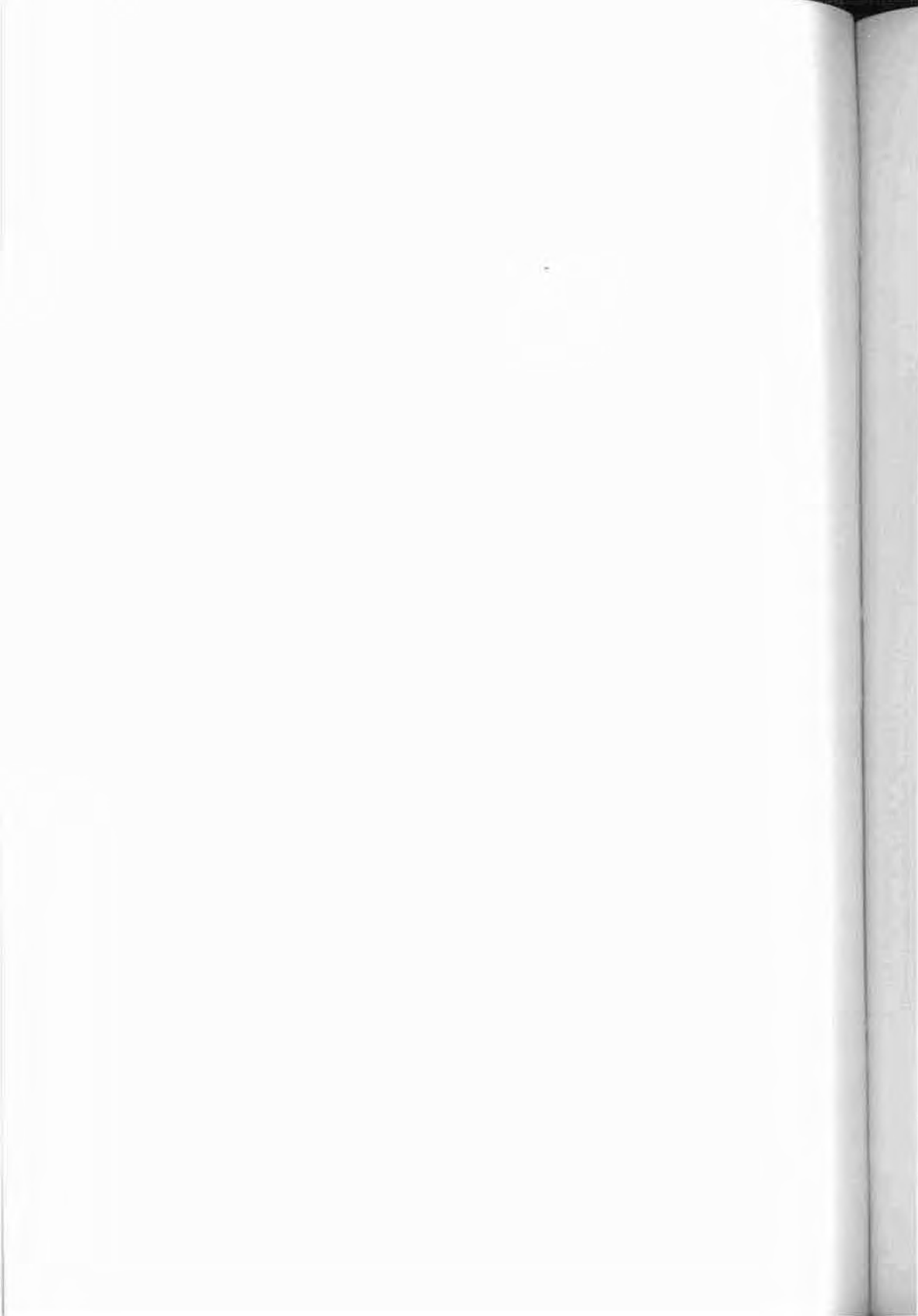
Ha forjado su proyecto principal en la actividad universitaria y en una movilización continua de la juventud del intelecto, fiel a la profecía de Joaquín V. González: "La Plata quedará como absorbida por la vida escolar".

2º) No será la sucursal, ni siquiera "el dormitorio", de la gran urbe. Con caídas, tropiezos y noches de insomnios y tribulaciones no fácilmente olvidables, y sin que nunca fuera definitivamente tarde, con renovadas estrategias y adaptaciones, se sabe ejecutora de su propio destino renovador<sup>20</sup>.

3º) Sin la nostalgia de ser, es un canto a la utopía y a la libertad. Sorprenderá siempre a quienes no conozcan su historia y a los fantasmas agoreros que, recurrentemente, la visitan. Es el gran bastión de la esperanza y la defensora de los valores que enaltecen la condición humana, por bravas que sean las tempestades que la amenacen.

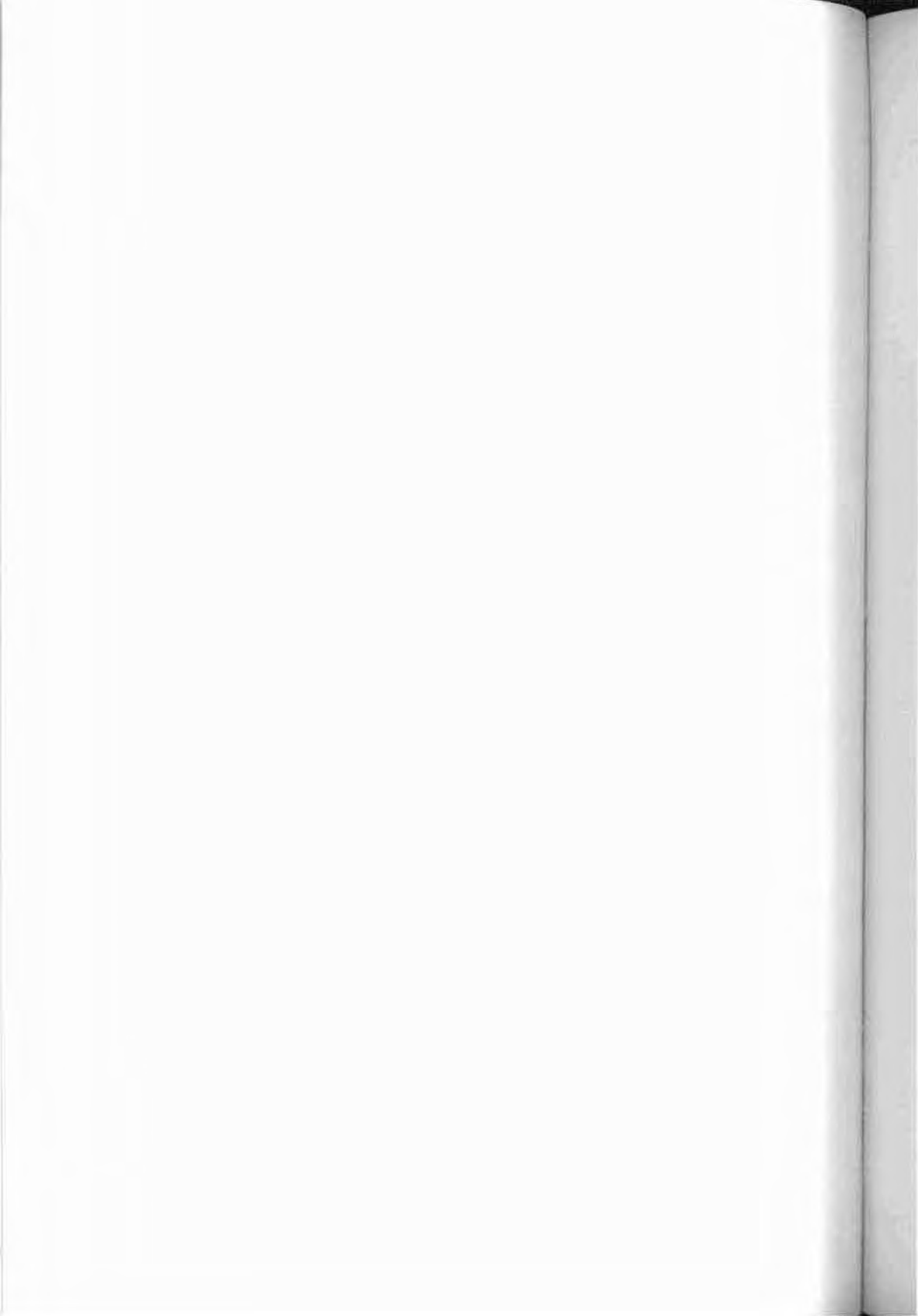
El resto y lo mejor de sí todavía está por hacerse. La Plata, al igual que al nacer en 1882, quiere protagonizar una gran Nación.

<sup>20</sup> Desde un lejano ayer juegan también sus duendes como los que, en la tradición, señalan que ninguno de sus gobernadores "presidenciables": Dardo Rocha, Marcelino Ugarte, Luis Monteverde, Rodolfo Moreno, Domingo Mercante, Oscar Alende, Anselmo Marini, Antonio Cafiero, pudo sentarse en el sillón de Rivadavia, incógnita que a la hora de aplacar las anticipadas impacencias sobre lo que depare 1999 no parece estar ausente.



**LOS RECIENTES CAMBIOS NORMATIVOS  
Y CULTURALES EN MATERIA DE  
DERECHO DEL TRABAJO EN LA  
ARGENTINA**

*Comunicación efectuada por el académico  
Dr. Antonio Vázquez Vialard, en la Academia Nacional  
de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión  
privada del 10 de octubre de 1996*



I. *Enfoque de la cuestión.* A fin de captar el auténtico sentido de las reformas que se operan en la normativa de una comunidad, consideramos que mucho más importante que determinar cuáles son los cambios que se han introducido en ella a través del tiempo, es indagar las razones que han incidido para producir esa modificación. El tema incluye el análisis del criterio que ha prevalecido ya sea que el mismo sea compartido por la mayoría o bien por una minoría que, por diversos motivos, ha podido imponer su visión. En realidad, se trata no sólo de leer lo que está escrito, sino las razones que han llevado a determinar ese régimen que muchas veces debe indagarse dentro de un conjunto de diversas situaciones. Consideramos que sólo así tiene sentido analizar el texto de las normas que regulan las relaciones en una comunidad; más importante que la descripción de las conductas prescritas -lo que de suyo es fundamental para entender el sentido de la norma- es descubrir cuál es la filosofía a la que responden los cambios proyectados, cuál es la dirección que éstos intentan introducir, lo que no siempre resulta de la exégesis de la norma.

Si la cuestión a la que nos referimos es importante respecto de cualquier disciplina jurídica, estimamos que la consideración de los cambios que se operan en la actualidad en el campo del derecho del trabajo, no sólo en la Argentina, sino en la mayor parte de los países del mundo, no puede prescindir de esa consideración. Descubrir el sentido de la norma, su razón de ser, su finalidad, no siempre surge

de un simple análisis jurídico. El derecho tiene como finalidad establecer reglas de convivencia dentro de una comunidad, por lo que parece obvio que aquéllas no pueden prescindir de los criterios básicos en los que se apoya esa realidad social, la necesidad de establecer criterios de acción (a través de la determinación de obligaciones y derechos) que tienden a establecer condiciones que debieran favorecer el pleno desarrollo de todos y cada uno de los miembros de la comunidad. Ese operativo no puede realizarse sólo respecto de algunos, mucho menos cuando es en desmedro de otros a quienes se les impide, a través de su marginamiento, el acceso a los bienes no sólo materiales, sino en especial culturales, que han sido elaborados por la comunidad con la colaboración de todos sus miembros.

De acuerdo con ello, parecería que tanto o más relevante que desentrañar el sentido inmediato que tiene la norma y el ordenamiento que establece, es descubrir las razones profundas, no siempre escritas o descritas en ella, que le dan sustento. En otras palabras, el legislador, cuando redacta la norma estatal, así como cuando los particulares celebran sus convenciones, tienen en cuenta un horizonte, en función del cual diseñan las distintas cláusulas. A través de éstas, se han propuesto alcanzar el objetivo fijado: establecer un régimen de convivencia que atribuye derechos a algunos (que son obligaciones de otros), para alcanzar una finalidad concreta, aunque no siempre confesada. Ésta puede ser difícil de descubrir en la simple lectura de la normativa, de la que no siempre surge el objetivo perseguido, es decir, adónde apunta la modificación que se ha intentado plasmar a través de la norma.

Ese modo de analizar el sentido de la ley tiene especial importancia para comprender las reformas -más allá del juicio de valor que las mismas merezcan- que se están operando en el ámbito de las relaciones laborales.

II. *El sentido del derecho del trabajo clásico.* Este sector del mundo jurídico, apareció como reacción ante una situación de injusticia provocada por un desconocimiento de fundamentales reglas de la

convivencia. Como consecuencia del desarrollo industrial, se produjo la afluencia de trabajadores del campo a la ciudad que, en razón de este fenómeno social, absorbía trabajo humano a través de la actividad de numerosas fábricas<sup>1</sup>. La relación entre quienes tenían a su cargo la gestión de las incipientes empresas y el personal que contrataban para atender las diversas tareas que aquellas requerían (por lo común, sencillas), se daba en razón de una regla prevalente en ese momento: la de la libertad contractual. De acuerdo con esta modalidad, las partes conciertan las condiciones del trato sin intervención de terceros, no como había ocurrido en épocas anteriores respecto de situaciones que ofrecían una menor complejidad.

Como es fácil imaginar, en una relación en la que las partes tienen diversa capacidad de diálogo, es factible que la que tiene un mayor poder intente imponer las condiciones que favorecen sus intereses. Ello responde a una tendencia natural en los seres humanos, fruto de lo que se ha dado en llamar la lesión antropológica<sup>2</sup>, según la cual, quien tienen mayor capacidad para imponer las condiciones del acuerdo, así lo hace. La disparidad de fuerzas le impide al más débil oponerse, con ciertas posibilidades de éxito, a las pretensiones del otro. Dada la situación en la que se llevaba a cabo esa relación, los trabajadores -por lo común, eran personas que emigraban del campo hacia las ciudades en busca de un trabajo que solía ser distinto al de su antiguo habitat y para el cual no siempre poseían las habilidades requeridas- carecían de fuerza dialogal. Si bien, normalmente, se trataba de tareas sencillas, la relación se daba dentro de un contexto social y cultural distinto al que ellos estaban acostumbrados. Habían desarrollado su quehacer de acuerdo con pautas diferentes a las que regían la nueva situación. Entre otras, estaban sujetos a un horario que no era el natural del sol que regía en su anterior actividad y al control de un capataz; su tarea se desarrollaba junto con la de otros compa-

<sup>1</sup> Aunque no de gran dimensión.

<sup>2</sup> La misma es una consecuencia del pecado original, es decir, de la rebeldía del hombre contra Dios que, entre otros efectos, produjo una herida dentro de su naturaleza, provocando un desorden entre las diversas fuerzas que lo integraban (concupiscencia).



ñeros en un ámbito distinto al que habían conocido. En cuanto se refería a su aporte, la técnica de que disponían era muy rudimentaria. Si bien la nueva tarea, por lo común vinculada por el proceso fabril, no requería gran destreza, los mismos contaban como herramienta fundamental con su capacidad física, lo que, ante la necesidad de obtener un ingreso para hacer frente a sus necesidades personales y las de su grupo familiar, no les daba mucho margen de maniobra para discutir las condiciones del trato, tanto en lo atinente al ámbito físico como a la remuneración.

Ello se tradujo en condiciones de trabajo sumamente duras para los trabajadores que se expresaron en largas jornadas<sup>3</sup>, bajos salarios, condiciones que muchas veces no alcanzaban niveles humanos. Ello hizo que, aun desde sectores favorables a la libertad contractual, se destacara que los presupuestos que le daban sustento a esa modalidad no se cumplían en muchos casos. Se ponía como ejemplo que gran parte de la población trabajadora estaba constituida por mujeres y menores de edad que, de acuerdo con las disposiciones del derecho civil eran incapaces y, por lo tanto, no tenían posibilidad de contratar por sí, y debían hacerlo a través de un representante que cubriera su situación de inferioridad jurídica. No sólo no se cumplía con que el acto fuera el resultado de un convenio libremente negociado, sino que tampoco -quizá por ello- se daba una paridad en los cambios recíprocos entre las partes.

Como ocurre en nuestros días en el ámbito del derecho de los consumidores (en condiciones muy similares a las que facilitaron la génesis del derecho del trabajo), se apreció que las reglas del derecho civil no alcanzaban para mantener un discreto nivel de justicia en una relación fruto de una nueva realidad social.

Ante esas condiciones, surgieron algunas normas de protección de los trabajadores que, sucesivamente, se incorporaron a lo que comenzó a llamarse legislación obrera, industrial, derecho nuevo, en cuanto

<sup>3</sup> En algún Congreso en la Europa industrial, a principios del siglo XIX, se propuso como una medida revolucionaria en el sentido de humanitaria, la reducción a 12 horas del trabajo de los menores en las minas, lo que hace suponer que el mismo fuera muy superior.

innovaba en el esquema imperante. Según éste, las partes tenían plena libertad para fijar las condiciones del trato, mientras que según aquellas normas se imponía una cierta limitación a esa autonomía. En algunos casos, se restringió la facultad de regular la jornada de trabajo, sometiénola a techos máximos que limitaban su duración de acuerdo con ciertos criterios de humanización de la tarea prevalentes en ese momento (distintos de los actuales); en otros, se estableció la prohibición de realizar labores en ciertas condiciones o por parte de las mujeres y menores. En esa época, aparecen algunas disposiciones, tímidas sin duda, fijando salarios mínimos. Lo que en un comienzo tuvo como destinatario al trabajo de los incapaces civiles (menores y mujeres), lentamente se fue extendiendo a los varones mayores.

De esa manera, se fueron configurando las bases de lo que luego se designó como derecho del trabajo. Dadas las condiciones en que se desarrollaba ese nuevo sector de la vida jurídica, no es de extrañar que el legislador adoptara una serie de técnicas especiales a fin de brindar una real protección a la parte más débil de la relación laboral. Al efecto, no basta la mera declaración de la norma, es necesario facilitar que la misma se cumpla. Así se explica el porqué de muchos de los institutos del derecho del trabajo. En primer lugar, el mismo tiene como objetivo proteger al trabajador en una relación en la que es la parte más indefensa, por lo que el legislador desarrolla una serie de técnicas a fin de brindarle amparo. La norma que regula la relación tiene en cuenta que sus miembros gozan de distinta capacidad de diálogo, por lo que las diferencias que establece (entre ellas la limitación de la autonomía contractual) tienden a nivelar las diferencias que normalmente se dan entre aquéllos<sup>4</sup>. Al calor del principio protectorio que es la clave de bóveda del derecho del trabajo, no sólo

<sup>4</sup> Como un ejemplo de ese propósito, el art. 19 del texto originario de la LCT (derogado por ley 21.297), con el título de "desigualdades creadas por la ley" en su "determinación sumaria" establecía que las que habían sido creadas por la norma, "sólo se entenderán como forma de compensar otras que de por sí se dan en la relación".

se desarrollan sus reglas derivadas: a) *in dubio pro operario*<sup>5</sup>, b) la norma más favorable<sup>6</sup>, y c) la condición más beneficiosa<sup>7</sup>, sino también otros principios: irrenunciabilidad<sup>8</sup>, continuidad<sup>9</sup>, además de la

<sup>5</sup> Se trata de una regla de interpretación de la norma dirigida al juez, para que cuando se halla frente a una duda insalvable respecto del sentido de la misma, al momento de aplicarla, se decida por la versión más favorable para el trabajador. Aquella tiene pleno sentido, en tanto que si el legislador debe proteger a éste último (art. 14 bis C. Nacional), debe entenderse que la situación se ha debido a un error o falta de claridad, en que incurrió aquél al expresar su decisión.

<sup>6</sup> Según ésta, de existir dos disposiciones con aptitud para aplicarse al caso (condición necesaria), que proponen soluciones diversas, debe elegirse la más favorable para el trabajador.

<sup>7</sup> De acuerdo con esta regla, cuando una situación anterior era más beneficiosa, se la debe respetar. Por lo tanto, sólo debe interpretarse que aquella ha cambiado, cuando una disposición expresa así lo dispone. Ese criterio se ajusta al admitido por el derecho del trabajo clásico: en esta rama jurídica, "nunca se va para atrás, siempre se avanza", el que es seriamente cuestionado por la corriente flexibilizadora, según la cual es posible que haya modificaciones de la trama jurídica *in peius* para el trabajador. Una excepción de aquella regla lo constituyen los arts. 90 y ss. de la ley 24.467 que establece el régimen laboral para la pequeña empresa (PE), cuando admite la llamada "disponibilidad colectiva" o sea que, en determinadas materias fijadas por la norma legal, el convenio colectivo puede establecer cláusulas menos favorables para el trabajador que las que son de orden público. Una disposición similar, pero referida al contenido de un convenio colectivo que puede ser modificado en esas condiciones por la negociación de las partes, cuando aquel lo permite, está contenida en el proyecto de modificación de la negociación colectiva remitido en octubre de 1996 por el PEN al Congreso de la Nación.

<sup>8</sup> La misma es una consecuencia del principio protectorio. Si la norma de orden público puede ser renunciada por el trabajador, en la práctica, aquella perdería todo su sentido. De acuerdo con ese criterio se establecen pisos o techos inderogables.

<sup>9</sup> El contrato de trabajo que -salvo en el caso de haberse convenido para un evento determinado- es de tracto sucesivo (aunque puede haber tramos de "silencio", como ocurre en el de temporada), tiene una vocación de continuidad, sólo interrumpida por el despido, la renuncia del trabajador, muerte o incapacidad de éste o muerte del empleador. La misma se expresa a través de ciertas reglas, entre ellas: a) de conservación del empleo; b) preferencia por los contratos de duración indefinida, alterada por los contratos por tiempo determinado que admiten las leyes 24.013 y 24.465 como excepción, c) admisión de transformaciones; d) mantenimiento del contrato; e) penalización de la resolución sin causa de la relación por parte del empleador; f) interrupción de la prestación en determinados casos (enfermedad), como suspensiones contractuales; g) mantenimiento del contrato en el caso de cambio de la persona del empleador. Varias de esas reglas sufren una modificación por parte de la corriente flexibilizadora, tal como en el caso de la última cuando se adquiere un fondo de comercio en una quiebra, en que se considera que la relación respecto de los trabajadores transferidos es nueva (no pasan las obligaciones del anterior empleador al nuevo).

vigencia de otros ya receptados en otras ramas del derecho, como el de buena fe, que en esta disciplina jurídica adquiere características especiales.

Una de las preocupaciones fundamentales del legislador laboral fue evitar el fraude, así como la simulación<sup>10</sup>, a cuyo efecto adoptó una serie de técnicas para evitar esa posibilidad de evasión, lo que lo llevó a configurar un derecho sumamente rígido, como única perspectiva para que el mismo no pudiera ser transgredido, con lo que la concreción de sus principios a través de normas no pasaría de ser una declaración lírica. Para que el mismo fuera operante, necesitaba -sobre todo en los períodos de su primer desarrollo- extremar las medidas de rigidez que desanimaran toda posibilidad de violación. Además, el legislador desarrolló una serie de técnicas apropiadas para concretar el principio protectorio que, paulatinamente, fue expresándose a través de otras medidas que complementan la limitación de la autonomía de la voluntad. Como objetivo propuesto, se redujeron las facultades jerárquicas del empleador, se otorgó tratamiento privilegiado al poder de negociación colectiva de los trabajadores, se reconocieron las autonomías colectivas, a lo que se agregó el control administrativo del cumplimiento de la norma laboral por parte de los empleadores<sup>11</sup>. A ello se sumó, ya en este siglo, un movimiento de cooperación y unificación de la normativa en el plano internacional<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> Ésta se caracteriza por las maniobras que se realizan a través del empleo de figuras o modalidades válidas en otras disciplinas jurídicas, en especial en el derecho civil, a fin de ocultar el auténtico carácter de la relación laboral, ver López, Justo en López, Fernández Madrid y Centeno, *Ley de Contrato comentada*, 1ª ed., pág. 138 y ss.

<sup>11</sup> En su momento, significó una modificación fundamental en la aplicación de las normas de derecho privado. En la actualidad, esa situación es frecuente en el ámbito del derecho civil y del comercial, respecto de ciertas normas de interés general, tal como ocurre en el caso del derecho de los consumidores, bancos, mercados, etc.

<sup>12</sup> La incidencia de la OIT en ese plano se mantiene, aunque a veces parecería que esa acción no sólo persigue asegurar el cumplimiento de ciertas normas en beneficio de los trabajadores, sino también de las comunidades ante el "dumping social" que le plantean otras que no se atienen al cumplimiento de normas básicas de protección al trabajo humano.

A fin de lograr ese objetivo, la protección del trabajador que muchas veces se hallaba inerte frente al empleador, se estableció la limitación de las figuras contractuales que las partes podían adoptar. Al efecto, se estableció una modalidad tipo que no podía ser alterada. Cuando se adopta una distinta, ésta no tiene aplicación y sus disposiciones son suplantadas por aquélla. La violación de la ley a través de la adopción de otras figuras contractuales, se traduce en la no vigencia de éstas y su reemplazo por aquélla. El diseño de esa figura única contractual<sup>13</sup> se hizo sobre la base de una relación para toda la vida<sup>14</sup>, con un solo empleador, para todo el día. Ese propósito de protección, que se concretó en un crudo garantismo, llegó en algunos países<sup>15</sup> a que el empleador, respecto de ciertos puestos de trabajo, debía solicitar a la agencia administrativa laboral (bolsa de trabajo) que le indicara qué persona debía contratar<sup>16</sup>.

Como consecuencia del desarrollo del derecho del trabajo, se estableció una nutrida malla de protección para los empleados, que se manifestó en especial en los aspectos materiales (salarios, condiciones de trabajo), pero no tanto en otros que quizá hacen más a la condición del ser humano, tal como la participación en el nivel funcional. No se trata sólo de la que se da en materia de ganancias, importante sin duda, pero que no alcanza a satisfacer

<sup>13</sup> Eran escasas las figuras de excepción. En lo que se refiere a la continuidad, puede mencionarse el trabajo eventual (por sus características, su vigencia se reduce a un tiempo) y el de plazo fijo. En el de temporada, se admite la existencia de períodos de silencio en cuanto se refiere al cumplimiento de las obligaciones, lo que se compadece con la naturaleza de la relación. En todos los casos, así como en el contrato a plazo fijo, se requiere que haya una causa objetiva que justifique la excepción, por lo que la misma no puede ser establecida por acuerdo de las partes. En la actualidad y como excepción, ese esquema es dejado de lado como regla absoluta.

<sup>14</sup> A ello responde la regla de continuidad a la que hemos hecho referencia en la nota 9.

<sup>15</sup> No ocurrió en nuestro país, pero sí en otros, entre ellos, Italia.

<sup>16</sup> Nos manifestaba un colega italiano la reflexión que, ante un caso concreto, le había formulado un cliente: el contrasentido de que mientras que en el matrimonio se podía elegir el otro miembro de la pareja, y se podía separar, en el caso del empleador, no podía elegir ni "despedir" al empleado.

las necesidades vitales del trabajador de sentirse parte integrante de la comunidad<sup>17</sup>. No obstante el evidente adelanto de las condiciones de trabajo que se logró como consecuencia de la implantación de las técnicas introducidas por el derecho del trabajo<sup>18</sup>, la acción sindical, así como ciertas concepciones que tuvieron vigencia en la realidad, apuntaron más a las condiciones materiales<sup>19</sup> que a las humanas.

Respecto de esa situación, es reveladora la expresión de Pío XI en *Quadragesimo Anno* (1931), respecto de la paradoja que significa que "de las fábricas sale ennoblecida la materia inerte, pero los hombres se corrompen y se hacen más viles"<sup>20</sup>, lo que refleja la poca preocupación por el hombre que trabaja en ese período de desarrollo de la actividad industrial. Ya en la década de los sesenta, Juan XXIII, refiriéndose a la justicia en la relación de trabajo y a la necesaria consideración de la persona del trabajador, sostiene que "el orden económico es injusto, aun en el caso de que, por hipótesis, la riqueza producida en él alcance un alto nivel y se distribuya según criterios de justicia y equidad", si pone "en peligro la dignidad humana del trabajador, o debilita(n) su sentido de responsabilidad, o le impide(n) la libre expresión de su iniciativa propia"<sup>21</sup>. Por lo tanto, en la medida en que no se considere al trabajador como un ser personal, inteligente, con iniciativa propia, la relación es injusta aunque se lo retribuya adecuadamente. El tema supera la cuestión del salario (importante, sin duda), ya

<sup>17</sup> Con frecuencia, se considera que la empresa -que es la comunidad a través de la cual se materializa la prestación de trabajo- sólo es una asociación de capitales, no de personas que, más allá del rol funcional que desempeñan, aportan y comprometen en ella su propia vida.

<sup>18</sup> No sólo de carácter jurídico, sino también de acciones concretas: privilegiar el poder de negociación de los trabajadores, reconocimiento de las autonomías colectivas, control administrativo.

<sup>19</sup> Ello quizá, además de la urgencia impuesta por la situación concreta, se debió a la concepción prevalente en la época que solía privilegiar lo "que se veía".

<sup>20</sup> Ver N° 135.

<sup>21</sup> Ver N° 83.



que requiere la consideración de la persona y de sus atributos como ser responsable, que sin duda no es un robot<sup>22</sup>.

Ese esquema legal, hijo de una cultura<sup>23</sup> determinada, tuvo aplicación en los países que aprovecharon del gran desarrollo que se operó a partir de la finalización de la segunda guerra mundial, lo que se dio en llamar "los treinta años gloriosos", durante los cuales, el gran incremento económico permitió satisfacer las necesidades de los trabajadores en ese orden<sup>24</sup>.

La crisis del petróleo en la década de los setenta marcó en el desarrollo del derecho del trabajo un importante hito. Con motivo de la crisis provocada por el impacto del aumento de uno de los importantes insumos de la sociedad industrial, se produjo una recesión que, como siempre ocurre, se tradujo en un aumento del número de parados<sup>25</sup>, como consecuencia de la reducción de la actividad de muchas empresas que disminuyeron sus plantillas de personal. El impacto dio motivo a la adopción de una serie de medidas por parte de los

<sup>22</sup> La consideración de los aspectos psicológicos del ser humano constituyó un tema fundamental en materia de relaciones laborales.

<sup>23</sup> Esta se expresa a través de la consideración que, a cada miembro de la comunidad, le merece el otro con el que convive y comparte la existencia (amigo, enemigo, o un ser indiferente), el valor de las cosas de que se vale, lo que constituye el fundamento de los criterios de acción en virtud de los cuales se tejen las relaciones sociales.

<sup>24</sup> Sin embargo, como consecuencia del Mayo francés de 1968, el otoño caliente de Italia de esa misma época, se expresó una corriente encarnada por ciertos sindicatos que plantearon la necesidad de que al hombre se lo considerara como tal. En algunos casos, como en el de la Fiat de Italia, se manifestó que era una atrocidad condenar a un ser humano a pasar parte importante de su vida en la "cinta de producción" realizando una tarea rutinaria, sucia, opaca, no sólo carente de "luz de eternidad", sino aun de humanidad. Es factible que esa presión tuviera como fundamento la concepción a que hemos hecho referencia en el texto y nota 21. Ante la misma, ejercida a fin de lograr condiciones más humanas, la citada empresa se vio obligada a tener que analizar el reemplazo de ciertas tareas por robots; el éxito obtenido en la sustitución planteó un grave problema humano en el nivel de la comunidad, no ya de la empresa: el desplazamiento de parte del personal de sus trabajos habituales.

<sup>25</sup> Este hecho se produce como consecuencia de la incapacidad de la comunidad de absorber la oferta de trabajo, ver Podetti, Humberto A., *Desempleo, reestructuración económica y política social*, en "TYSS" 1995-506 y nuestro *Desempleo en Verba Iustitiae*, ed. "Rev. Fac. de Derecho y Ciencias Sociales", Universidad de Morón, N° 3, 1996.



países más desarrollados económicamente, a fin de superar la situación<sup>26</sup>. Al cabo de un par de años, el problema económico se alivió, no obstante que el fenómeno del paro, que alcanzaba índices antes no conocidos, no pudo ser superado<sup>27</sup>. La utilización de nuevos medios de producción -fruto del desarrollo tecnológico-, a fin de superar la crisis a través de la obtención de nuevos mercados, así como la adopción de nuevas formas de organización como consecuencia de los cambios introducidos, como el empleo de la robótica, las comunicaciones, trajo aparejada una nueva realidad: desarrollo económico con desempleo que, en muchos países, alcanza cifras preocupantes<sup>28</sup>.

Ante la aparición de este fenómeno con características distintas a las antes conocidas y con el fin de buscar algún tipo de solución, se desarrolló una técnica que consideró que la disminución de las rigideces laborales podía ser un paliativo para combatir este nuevo flagelo. Ante la existencia de un contrato tipo, se abrieron camino formas que se llamaron "atípicas" en cuanto no se ajustaban al único

<sup>26</sup> Una de ellas fue la iniciativa para ganar mercados extranjeros, lo que exigía mejorar la productividad a través de la introducción de nuevas técnicas, criterios de organización, lo que suele fomentar el desplazamiento de puestos de trabajo.

<sup>27</sup> El Estado, en los países económicamente desarrollados, luego de haber pasado por una época en la que consideraba que el tema de las relaciones laborales era incumbencia prioritaria de los interlocutores sociales, se lanzó a una vigorosa acción en la materia; fomentó los acuerdos marco nacionales a fin de prever el futuro y adoptó medidas para impulsar el mercado, no siempre del agrado de aquéllos.

<sup>28</sup> El tema ha constituido una preocupación de la OIT, en especial frente a las varias soluciones que se suelen recomendar ante un problema de grave trascendencia, más aún que económico, de carácter humano. Ver informe del director de la OIT a la Conferencia Internacional del Trabajo (83a reunión, 1996), *Políticas de empleo en una economía mundializada*, OIT, Ginebra, 1996. En "Trabajo", junio de 1996, revista que publica la O.I.T. (págs. 4 y 5), se indican las tasas oficiales de desempleo en el período 1994-1995 de varios países, de las que surge que, salvo varios que no superan el 6 % (Hong Kong: 1,6 %, 2,9 %; Corea del Sur: 2,1 %, 1,8 %; Japón: 2,7 %, 3,2 %; Luxemburgo: 3 %, 3,2 %; Rep. Checa: 3,2 %, 3 %; Suiza: 4,6 %, 4,5%; EE UU: 5,1 %, 5,3 %), en gran cantidad de los económicamente desarrollados, aquellas oscilan o superan el 10 % (Alemania: 11,1 % y 12 %; Bélgica: 14,1 % y 14,5 %; Canadá: 9,3 %, 9,2 %; Dinamarca: 10,8 %, 8,9 %; Francia: 12,3 %, 11,7 %; Hungría: 11,4 %, 10,3 %; Irlanda: 14,6 %, 13,1 %, Italia: 12 %, 11,5 %; Israel: 8,1 %, 6,5 %). En cambio, España alcanza a 23,9 %, 22,7 %; Finlandia: 17,4 %, 17 % y Polonia: 16 %, 14,9 %.

modelo que había aceptado el derecho clásico. De esa manera, se admitió la existencia de figuras contractuales por tiempo determinado, por tiempo parcial, a fin de fomentar el empleo. Este último se convierte en un nuevo eje del derecho del trabajo que, si bien mantiene su objetivo: proteger al trabajador, se enfrenta ante este problema que adquiere contornos desconocidos.

El paro, normalmente, antes, había respondido a problemas provocados por la recesión o falta de desarrollo económico, pero ahora se presenta con índices elevados en situaciones distintas a las indicadas, de manera tal que se considera al empleo como "un bien escaso"<sup>29</sup>. Con anterioridad, las medidas adoptadas para combatirlo lograban disminuirlo, pero ahora la adopción de esas técnicas no logra el mismo efecto. Frente al nuevo, difícil y complicado panorama planteado, los distintos países ensayan diversas medidas que no siempre logran resultados eficaces. Se da un hecho que llama la atención: los análisis, por parte de los especialistas, respecto de las diversas medidas adoptadas para luchar contra el paro, se publican<sup>30</sup> cuando la norma que daba fundamento al trabajo ya ha sido modificada, lo que habla de la aceleración del proceso. Sin duda, el fenómeno, dada su velocidad, no puede ser estudiado en los tratados<sup>31</sup>, debe serlo en las revistas mensuales<sup>32</sup>. Como consecuencia del fenómeno operado, en el ámbito del derecho del trabajo se producen algunas distorsiones, des-

<sup>29</sup> Ver Alonso Olea, Manuel, *El trabajo como bien escaso*, Madrid 1982.

<sup>30</sup> Lo que exige, desde una perspectiva seria, una serie de análisis y estudios que requieran un tiempo razonable.

<sup>31</sup> En ellos puede analizarse la evolución que se da en períodos dilatados, no en el corto plazo.

<sup>32</sup> Ese fenómeno también se ha dado en nuestro país en los últimos años, en los que ciertas normas dispuestas por vía de decreto han sido modificadas de inmediato (no debe descartarse, en algunos casos, por falta de suficiente madurez en el análisis de la cuestión). El PEN en el "Proyecto de Ley sobre Extinción de Relaciones de Trabajo y Nuevas Formas de Contratación", remitido al Congreso en octubre de 1996, propicia la derogación de las formas de contratación por tiempo determinado dispuestas en las leyes 24.013 y 24.465 (sancionadas en diciembre de 1991 y marzo de 1995 respectivamente). A cambio de esas medidas de flexibilización que quedarían sin efecto, se propone un contrato de trabajo que puede rescindirse sin causa, con una débil indemnización, comparada con la anterior vigente.

plazamiento de centros de gravedad respecto del anterior esquema, a los que luego nos referiremos.

### III. *Las modificaciones operadas en la legislación argentina.*

A) *Primera etapa.* La primera norma que introdujo algunas de las figuras contractuales adoptadas por otros países a fin de combatir el paro a través de medidas que facilitan la incorporación de nuevos empleados, fue la ley 24.013 (diciembre de 1991) que incorporó cuatro nuevos tipos de modalidades por tiempo determinado que califica como promovidas<sup>33</sup>: a) como medida de fomento de empleo; b) por lanzamiento de una nueva actividad; c) de práctica laboral para jóvenes y d) de formación para jóvenes. No obstante que la ley ratifica que la indeterminación del plazo es la regla fundamental del contrato de trabajo, admite esas nuevas figuras a través de las cuales se puede, cumplidos los recaudos objetivos establecidos en cada caso, concertar contratos por tiempo determinado<sup>34</sup>. La misma contiene una serie de medidas para lograr la "promoción y defensa del empleo" (es la denominación del título III), por lo que no se limita a adoptar nuevas figuras jurídicas, sino que tiende a facilitar la realización de acciones a fin de lograr ese objetivo, entre ellas, la calificación o recalificación de la llamada "mano de obra"<sup>35</sup>, lo que incluye la gestión empresarial.

Como criterio general establece que se mantiene el principio de igualdad de todos los trabajadores respecto de las condiciones de trabajo (excepto la limitación de la extensión temporal de la relación)

<sup>33</sup> Las "no promovidas" fueron los contratos de temporada y eventual (art. 28) que ya estaban incorporados al plexo normativo, a las cuales se les introdujeron modificaciones.

<sup>34</sup> El art. 90 LCT, en forma taxativa, fija los casos en que puede formalizarse un "contrato por plazo".

<sup>35</sup> Entendemos que la referida expresión corresponde a una denominación propia de una época en la que prevalecía el trabajo físico, pero que no se compadece con el que aportan empleados calificados o semicalificados, que tienen cierto poder de decisión en el ejercicio de su tarea. El uso de la tecnología moderna y, en especial, de las nuevas formas de organización, requiere que el trabajador tenga la suficiente capacidad de decisión para enfrentar los problemas que se plantean en el cumplimiento de su tarea. Como consecuencia de ello, se produce un cierto declive de la importancia de los mandos intermedios.

y la garantía para el ejercicio de los derechos sindicales (art. 29); que dichas modalidades deben ser habilitadas por convenio colectivo o decisión de la autoridad administrativa que ha declarado la situación de emergencia ocupacional en la zona (art. 30); que el contrato debe concertarse por escrito, inscribirse en el Registro que se crea y notificarlo al respectivo sindicato que ejerce la representación del trabajador (art. 31); que el empleador sólo puede hacer uso de esas figuras si no tiene deudas con los organismos de la Seguridad Social, Fondo Nacional de Empleo y sindicato de trabajadores (art. 32); que el total de trabajadores contratados bajo esa modalidad, a los que se agregan los que lo han sido en forma eventual, no puede superar el treinta por ciento de la totalidad (art. 34)<sup>36</sup>; que dichas contrataciones deben serlo en exceso del plantel total promedio de los últimos seis meses y que no puede hacerlo el empleador cuando hubiera producido despidos colectivos o por cualquier causa, en los 12 meses anteriores a la contratación y posteriores a la sanción de la ley, o se hubiera hallado en conflicto colectivo, salvo disposición en contrario contenida en el convenio colectivo de trabajo (art. 36). El empleador tampoco puede suspender o despedir colectivamente a trabajadores por el plazo de seis meses posteriores a la contratación bajo esta modalidad, bajo apercibimiento de que dichos contratos se conviertan en definitivos (art. 36). El incumplimiento por parte de los empleadores de los recaudos formales o sustanciales establecidos por la ley, la falta de inscripción del contrato en el plazo de 30 días, el exceso del número de los contratados o de los plazos concertados, así como si la relación de trabajo se mantiene una vez finalizado el plazo fijado, convierte a los contratos en por tiempo indeterminado (art. 35).

Respecto de esas relaciones, rige un preaviso de 30 días antes de su vencimiento. De no otorgarse, debe abonarse una indemnización substitutiva de medio o un mes de sueldo, según que la antigüedad fuera menor o mayor de un año. Igualmente, al vencimiento del plazo pactado, debe abonarse una indemnización equivalente a medio mes

<sup>36</sup> Para los microemprendimientos (de 6 a 25 trabajadores), se establecen topes distintos (art. 34, 2º párrafo).

de sueldo por año, que se acumula a la anterior (arts. 37 y 38). La ruptura del contrato *ante tempus*, genera el pago de la indemnización prevista en el art. 95 LCT (art. 39)<sup>37</sup>. Los plazos fijados se duplican en el caso de que se trate de trabajadores discapacitados (art. 42)<sup>38</sup>.

A través de la primera de esas modalidades (fomento de empleo), se trata de favorecer la contratación de personas que se hallan desocupadas e inscriptas en la Red de Servicios de Empleo (que creó la propia ley) o que hubieran dejado de prestar servicios en el sector público por medidas de racionalización administrativa (art. 41). Como en las demás figuras de contratación promovidas, tiene un mínimo y un máximo de duración que, en esa situación, varía entre 6 y 18 meses respectivamente. Dentro de este último, se computan las renovaciones que se produzcan. A través de esa modalidad contractual no pueden cubrirse los puestos de trabajo permanente que hubieren quedado vacantes en los últimos seis meses, salvo que ello hubiere sido admitido por la convención colectiva de trabajo o declaración de emergencia ocupacional por parte de la autoridad administrativa (arts. 43/45 y 109). Durante la vigencia de la relación, el empleador tiene una desgravación de su contribución a los subsistemas de previsión social, asignaciones familiares y Fondo Nacional del Empleo (este último creado por la ley) del 50 % (art. 46)<sup>39</sup>.

<sup>37</sup> En ese caso, sin perjuicio de las demás indemnizaciones que correspondan por aplicación de la norma (por despido y falta de preaviso), se adiciona la del derecho común, o sea, la reparación de los daños efectivamente sufridos, los que deberán ser acreditados. En caso de que esto no ocurra, aquella deberá ser fijada prudencialmente por el tribunal "por la sola ruptura anticipada del contrato" (art. 95 LCT). Cuando ese tipo de incumplimiento fuera respecto de contratos concertados con jóvenes, ya sea por práctica laboral o trabajo formación, sólo procede la indemnización del art. 245 LCT (que a través de una tarifa sanciona el despido incausado) (arts. 56 y 64, ley 24.013).

<sup>38</sup> De acuerdo con el art. 2º de la ley 22.431, "se considera discapacitada a toda persona que padezca una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implique desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral". Dicha situación se acredita con el certificado expedido por la Secretaría de Salud del Ministerio de Salud y Acción Social.

<sup>39</sup> No corresponde dicha rebaja respecto de las contribuciones patronales a la respectiva Obra Social y Administradora de Riesgos de Trabajo.



El empleador puede utilizar la modalidad de contrato de trabajo por tiempo determinado por lanzamiento de nueva actividad, cuando la prestación se realiza en "un nuevo establecimiento o una nueva línea de producción de un establecimiento preexistente". La relación no puede tener un plazo inferior a 6 meses, ni superior a 24 (incluidas las renovaciones), dentro del plazo de cuatro años a partir de la iniciación de la actividad (arts. 47 y 48). Durante el lapso en que se hallen vigentes contratos de esta índole, el empleador no podrá suspender o despedir colectivamente a trabajadores de "los antiguos establecimientos o líneas de producción, salvo que la medida se hallare fundada en justa causa". La infracción de esta disposición convierte a los contratos concertados por tiempo determinado en por tiempo indeterminado (art. 49). Como en el caso anterior, rige la misma desgravación respecto de ciertos subsistemas de seguridad social (art. 50).

El contrato de práctica laboral para jóvenes es el que se realiza con un trabajador menor de 24 años, con formación previa, que se halla "en busca de su primer empleo para aplicar y perfeccionar sus conocimientos" (art. 51). Para la celebración del mismo se requiere acreditar "formación técnica, profesional o laboral" que habilite para esa práctica mediante certificado reconocido por la autoridad administrativa laboral federal, y que la práctica "sea adecuada a su nivel profesional" (art. 53). A su extinción, el empleador debe expedir un certificado que acredite "la experiencia adquirida en el puesto de trabajo, el que deberá ser validado por la autoridad administrativa de aplicación" (art. 54). El plazo de la relación es de un año, y su vencimiento no genera el pago de indemnización por tal motivo, sin perjuicio de la que corresponde en substitución del preaviso no concedido (al que hemos hecho referencia), y la de carácter común en los casos de rescisión incausada *ante tempus* (arts. 52 y 56). El empleador está exento del pago de las contribuciones a su cargo al régimen previsional, asignaciones familiares y al del régimen de Obra Social para Jubilados y Pensionados. Debe abonar los correspondientes a la respectiva Obra Social, al Fondo de Desempleo y contratar el seguro contra riesgos del trabajo (ley 24.557) (art. 57).

Dentro de la misma línea de contratos para jóvenes, el de trabajo formación se refiere a los que se concierten con un menor de 24 años "en busca de su primer empleo, con el fin de adquirir una formación teórico-práctica para desempeñarse en un puesto de trabajo", con un plazo mínimo de cuatro y uno máximo de 24 meses (arts. 58 y 59). Como en el caso del contrato de práctica laboral, a su vencimiento, el empleador debe extender un certificado que "acredite la experiencia adquirida en el puesto de trabajo y la formación recibida por el trabajador" que será validado por la autoridad administrativa federal del trabajo (art. 62). A su vencimiento, el empleador no debe abonar indemnización por despido, sí en cambio las que correspondan por no haber concedido el respectivo preaviso y por rescisión *ante tempus*; goza de las exenciones de los llamados "impuestos al trabajo" como ocurre con el contrato de práctica laboral (arts. 64 y 65). La norma aclara que la contratación de menores de 14 a 16 años queda sujeta a las disposiciones de la LCT en tanto no hayan sido modificadas por esta ley (art. 63).

Respecto de esta figura, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social debe formular un plan general de "alternancia de formación y trabajo", al que deben sujetarse los contratos que se celebren. La realización de tareas que deben desarrollarse en la empresa no puede superar la mitad o las tres cuartas partes del tiempo; el resto se dedica a la formación profesional que puede impartirse en la empresa (si cuenta con un centro especializado) o en un ente especializado autorizado al efecto (arts. 60 y 128). La remuneración que le corresponda al joven está a cargo de la empresa respecto del tiempo que insumen los servicios prestados, y del Fondo Nacional de Empleo por el que corresponde a la enseñanza (art. 61).

Complementan las referidas medidas de promoción, otras referidas a programas de empleo por tiempo determinado que la autoridad administrativa federal laboral debe desarrollar periódicamente a fin de fomentar el empleo de trabajadores que presentan mayores dificultades de inserción laboral. Los mismos tienen como fin: a) actualizar y reconvertir profesionalmente "hacia ocupaciones de expan-



sión más dinámica", b) orientación y formación profesional; c) asistencia en caso de movilidad geográfica y d) asistencia técnica y financiera para iniciar pequeñas empresas, principalmente en forma asociada (arts. 81 y 82). De acuerdo con ese esquema de acción, la autoridad, además de los indicados por la norma: protección de jóvenes desocupados, trabajadores cesantes de difícil reinserción ocupacional<sup>40</sup>, programas para grupos protegidos (mayores de catorce años calificados por los respectivos estatutos legales para liberados, aborígenes, excombatientes y rehabilitados de la drogadicción)<sup>41</sup>, para discapacitados<sup>42</sup> a través de la promoción de talleres protegidos<sup>43</sup>, puede emprender otros proyectos que tienen la misma finalidad. A tal fin se ha implementado una serie de programas que actualmente se hallan en ejecución.

Por vía de decretos ( 340/92 y 1547/94), el primero de ellos originado en el Ministerio de Educación, se estableció un régimen de pasantías que intenta darles forma jurídica a las llamadas prácticas rentadas, "becas", "residencias" que los estudiantes y profesionales recién egresados suelen realizar en empresas a fin de complementar su formación práctica.<sup>44</sup> Las citadas normas están estructuradas de manera tal que la referida relación no adquiere carácter laboral. Según el segundo decreto, pueden acceder al régimen (programa PRONATAS) "los trabajadores desocupados inscriptos en la Red de Servicios de Empleo prevista en la ley 24.013". La finalidad de la relación -que tiene una duración mínima de uno y máxima de tres

<sup>40</sup> Se considera que integran esta categoría los trabajadores que se hallen en alguna de las siguientes condiciones: a) desempeñan "ocupaciones obsoletas o en vías de extinción"; b) mayores de 50 años; c) superan los ocho meses de desempleo (art. 84, ley 24.013).

<sup>41</sup> Como lo hemos indicado en nota 39, el empleador goza de una quita del 50 % respecto de ciertas contribuciones a la Seguridad Social.

<sup>42</sup> Respecto de a quiénes les corresponde esa calificación, ver nota 38.

<sup>43</sup> Estos, que deben participar en las operaciones de mercado, tienen la finalidad de asegurar un empleo remunerado y la prestación de servicios de adaptación laboral y social que requieran los trabajadores (art. 1, ley 24.147, que establece el régimen de los mismos).

<sup>44</sup> Ver Podetti, Humberto A., *Regulación de las pasantías*, en "Relaciones Laborales y Seguridad Social", N° 1, pág. 17.

meses, prorrogable por otros tres meses-, es "actualizar, adecuar y/o complementar las condiciones laborales del pasante con una práctica que lo habilite para la ejecución de una profesión u oficio". El Fondo Nacional de Empleo le asigna a éste una suma no superior a \$ 200 (u\$s dólares) mensuales y toma a su cargo "la cobertura de las primas de los seguros que corresponda contratar para garantizar la responsabilidad civil hacia terceros..."

Algunos de los programas que según la ley 24.013 pueden implementarse, tienen que proponerse el apoyo a "la reconversión productiva de actividades informales<sup>45</sup> para mejorar su productividad y gestión económica y a nuevas iniciativas generadoras de empleo" (art. 90). De acuerdo con esa directiva, se deben promover pequeñas empresas, "microemprendimientos, modalidades asociativas como cooperativas de trabajo, programas de propiedad participada<sup>46</sup>, empresas juveniles y sociedades de propiedad de los trabajadores" (art. 91)<sup>47</sup>. A los fines de facilitar la constitución y funcionamiento de esas figuras empresarias, se debe simplificar la registración y administración, brindar asistencia técnica para la formación y reconversión profesional, capacitación en gestión y asesoramiento gerencial, constitución de fondos solidarios de garantía para facilitar el acceso al crédito<sup>48</sup>. Para asegurar la efectividad y el desarrollo de estos programas, los proyectos que se presenten para su aprobación deben ser declarados viables económicamente por la autoridad administrativa laboral federal, previos los estudios específicos que deberán realizar-

<sup>45</sup> Se consideran como tales a "aquellas cuyo nivel de productividad esté por debajo de los valores establecidos periódicamente por el Consejo Nacional del Empleo, la Productividad y el Salario Mínimo, Vital y Móvil, o bien presenten otras características asimilables según lo establezca dicho Consejo" (art. 10, ley 24.013).

<sup>46</sup> Corresponde a las empresas en las que parte de su capital accionario (dentro del régimen de sindicación de acciones) les corresponde a los trabajadores, quienes en ese carácter, participan en la administración y gestión de aquellas. Ver ley 23.696 de Reforma del Estado (arts. 45 y cc.).

<sup>47</sup> A fin de facilitar este objetivo y como medida de fomento, los trabajadores tienen prioridad "en el acceso a las modalidades de pago único de las prestaciones por desempleo" (art. 92, inc. f, ley 24.013).

<sup>48</sup> En el régimen de las PyMES (ley 24.467, arts. 32 y ss.), a fin de facilitar el acceso al crédito de las mismas, se pueden constituir Sociedades de Garantía (S.G.R.).

se en cada caso. A tal fin, la misma deberá "constituir y mantener un banco de proyectos, definir los lineamientos básicos para su diseño y brindar asistencia técnica para su ejecución y evaluación" (arts. 91/94).

Dentro de las medidas que tienden a promover el empleo, la autoridad administrativa federal laboral puede declarar "en situación de reestructuración productiva, de oficio o a petición de las partes interesadas, a las empresas públicas o mixtas, o sectores productivos privados, públicos o mixtos, cuando se encuentren o pudieren encontrarse afectados por reducciones significativas del empleo" (art. 95). La respectiva declaración debe convocar a la comisión negociadora del convenio colectivo de trabajo para negociar -dentro de los treinta días, plazo que podrá ser prorrogado-, entre otras, sobre: a) la determinación de un programa de gestión preventiva del desempleo en el sector, b) las consecuencias de la reestructuración productiva en las condiciones de trabajo y empleo; c) reconversión profesional y reinserción laboral de los trabajadores afectados. Mientras la misma no se expida o haya vencido el plazo fijado para hacerlo, el empleador no puede "adoptar medidas que afecten el empleo" (suspensiones o despidos) (art. 96).

El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social "puede declarar la emergencia ocupacional<sup>49</sup> de sectores productivos o regiones geográficas en atención a catástrofes naturales, razones económicas o tecnológicas" (art. 106). Las acciones que deben realizarse en tales situaciones tenderán a "generar empleo masivo por un período determinado a través de la contratación directa del Estado nacional, provincial y municipal para la ejecución de obras o prestación de servicios de utilidad pública y social, e intensivos en mano de obra", a través de contratos de fomento de empleo, cuyo plazo mínimo se reducirá a tres meses (art. 108). Los programas de emergencia ocupacional se ejecutarán en las zonas más altamente pobladas y sus

<sup>49</sup> La misma corresponde a zonas afectadas por "índices de desocupación y subocupación" que superan "los promedios históricos locales una vez efectuado el ajuste correctivo de las variaciones cíclicas estacionales de la región" (art. 107, inc. b, ley 24.013).

beneficiarios serán los residentes en las áreas más próximas a la ejecución de las obras, debiendo otorgarse prioridad a los trabajadores desocupados sin prestaciones por desempleo (art. 110). Declarada la emergencia, la autoridad administrativa puede habilitar las modalidades promovidas<sup>50</sup>. Vencido el plazo de la emergencia, los contratos concertados durante ella mantienen su vigencia hasta la fecha de la finalización que había sido fijada (art. 109).

Completa el dispositivo de medidas adoptadas, el procedimiento de crisis de empresas (arts. 98/105), al que deben recurrir los empleadores que se dispongan a producir despidos o suspensiones por causas de fuerza mayor, económicas o tecnológicas que afecten a una proporción de los trabajadores<sup>51</sup>. Al efecto, con intervención del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, las partes deberán negociar en una audiencia convocada a tal fin por éste, sobre la base de la solicitud presentada por el empleador que debe ofrecer los elementos probatorios que avalen su pedido. De no llegarse a un arreglo en la misma, se abrirá un período de tratativas de no más de 10 días, durante el cual la autoridad administrativa puede recabar que se amplíe la información presentada por el empleador, se realicen investigaciones y otros asesoramientos. El acuerdo al que lleguen las partes, que es un convenio de empresa (que en la práctica deroga el anterior vigente, aunque sea de actividad), debe ser sometido al Ministerio que puede homologarlo o rechazarlo en forma expresa<sup>52</sup>. Durante el período de vigencia del procedimiento de crisis<sup>53</sup>, el empleador no puede ejecutar las medidas para las que solicitó la apertura de aquel, ni los trabajadores adoptar medidas de acción directa<sup>54</sup>. En caso de produ-

<sup>50</sup> De esa manera se evita que éstas sean habilitadas por el respectivo CCT. En la práctica, la autoridad administrativa laboral ha declarado esa situación en todo el país, excepto en la provincia de Córdoba.

<sup>51</sup> De acuerdo con lo que prescribe el art. 98 de la ley 24.013, se trata del 15 % de trabajadores de empresas de menos de 400 trabajadores, más del 10 % cuando el total de aquellos oscila entre 400 y 1.000, y más del 5 %, cuando es de más de 1000 trabajadores.

<sup>52</sup> El silencio se traduce en una aprobación tácita.

<sup>53</sup> El mismo se proyecta durante el período de negociación y hasta el vencimiento de ese plazo.

<sup>54</sup> Por lo tanto no pueden declarar la huelga.

cirse la primera situación las medidas carecen de validez<sup>55</sup> y el empleador debe abonar los salarios caídos. Si fueron los trabajadores los que violaron la norma, se aplican las medidas que dispone la ley 14.786<sup>56</sup>.

B) *Segunda etapa*. A ese primer período de lo que puede llamarse el proceso de desrigidización del derecho del trabajo en la Argentina, sigue un segundo que introdujo algunas otras modificaciones en la normativa legal, a través de la leyes 24.465 y 24.467 (arts. 83 / 105) (publicadas ambas el 28 de marzo de 1995). Esta última norma, que fijó el régimen aplicable a las PyMES, determina el que corresponde a las relaciones laborales que se desarrollan en las pequeñas empresas (PE).

Según la primera de las normas citadas (art. 3º, ley 24.465), con la finalidad de fomentar el empleo, sin otra condición que la expresamente indicada en la norma, se introducen varias figuras de modalidades especiales de esa índole para trabajadores: a) mayores de cuarenta años; b) con discapacidad; c) mujeres y d) excombatientes de Malvinas<sup>57</sup>. Las mismas complementan las que habían sido introducidas por los arts. 43/46 de la ley 24.013 que hemos analizado. Los respectivos contratos, que deben celebrarse por escrito, deben registrarse en la documentación laboral del empleador (art. 52 LCT)<sup>58</sup> y su duración mínima será de seis meses y la máxima de dos años. El personal que puede incorporarse bajo esta modalidad contractual es limitado<sup>59</sup>. La relación se extingue sin necesidad de conceder preaviso

<sup>55</sup> En razón de carecer de efectos jurídicos, la relación contractual se mantiene vigente.

<sup>56</sup> La misma establece la obligación de las partes, antes de efectivizar medidas de acción directa, de agotar el plazo obligatorio de conciliación.

<sup>57</sup> Se acredita ese carácter mediante un certificado que expide la autoridad militar.

<sup>58</sup> El art. 3º, inciso I, ley 24.465, incurre en una contradicción. Por una parte, establece que el referido contrato debe ser inscripto en el Sistema Único de Registro Laboral y, por otra, manifiesta que no se "requerirá el registro a que se refiere el art. 18, inc. b, de la ley 24.013" (que es el que crea aquél).

<sup>59</sup> No puede superar el 10 % del total ocupado en el establecimiento. En las empresas -la norma se refiere a éstas y no a establecimientos-, cuyo plantel va de 6 a 25 trabajadores, el porcentaje no puede superar el 50 %, y en aquellas que no superan 5 empleados, es el 100 %. Dichos topes pueden modificarse por CCT (art. 3º, inc. 6º, ley 24.465).

y no genera pago de indemnización (a diferencia de lo que prescribe la ley 24.013). En caso de ruptura *ante tempus*<sup>60</sup>, salvo que el convenio colectivo de trabajo establezca lo contrario, sólo procede la indemnización normal que fija el art. 245 LCT<sup>61</sup>. El empleador, respecto de estos contratos, está eximido del pago del 50 % de todas las contribuciones a los diversos subsistemas de seguridad social, excepto el de Obras Sociales.

La referida ley incorpora, como art. 92 bis LCT, una disposición según la cual se introduce en el ordenamiento el instituto del período de prueba. En todo contrato de trabajo por tiempo indeterminado, se entiende que se ha concertado<sup>62</sup> un plazo de tres meses durante el que cada una de las partes puede extinguir la relación, sin tener necesidad de expresar la causa ni abonar suma alguna en concepto de indemnización con motivo de esa declaración<sup>63</sup>. Ello ocurre una sola vez, por lo que se entiende que esa figura no es de aplicación en caso de un segundo contrato inmediato o no a uno anterior<sup>64</sup>. Los derechos y obligaciones de las partes entre sí, así como los de carácter colectivo referidos a los derechos sindicales, son los que establece la LCT y las demás leyes de trabajo<sup>65</sup>, excepto en cuanto se refiere a la posibilidad de rescindir la relación durante el referido período de tres meses que puede ser ampliado a seis por el respectivo convenio colectivo. Salvo los aportes y contribuciones debidos a la respectiva Obra Social y a la ANSES respecto de las asignaciones familiares, trabajador y

<sup>60</sup> Estimamos, criterio que no es compartido por toda la doctrina, que la misma también procede contra el empleado que incurre en ese incumplimiento contractual.

<sup>61</sup> En el régimen de la ley 24.013, en ese caso, también procede la indemnización del art. 95 LCT (ver nota 37).

<sup>62</sup> Las partes, de común acuerdo, pueden disponer que el mismo no opere.

<sup>63</sup> Ello no exonera del pago de otras obligaciones que habían nacido durante el plazo de la relación (tal como el derecho a gozar de la licencia por enfermedad inculpable, las prestaciones debidas con motivo de haber sufrido un accidente o enfermedad profesional -ahora a cargo de la ART que hubiere suscripto el respectivo contrato-).

<sup>64</sup> Estimamos que en el caso de un cargo que requiriera una capacitación superior o muy distinta a la de otro antes desempeñado, podría utilizarse el período de prueba, aunque el plazo máximo se hubiera agotado en este último.

<sup>65</sup> Consideramos que está incluida la Ley de Riesgos de Trabajo (LRT).



empleador están eximidos de efectuar los que corresponden a los demás entes de seguridad social.

Si la relación contractual no se extingue durante ese lapso por decisión de una de las partes, el período corrido se considera como tiempo de servicio. El convenio colectivo puede limitar (en un determinado porcentaje) la cantidad de personal comprendido en el régimen de período de prueba, así como la prioridad para el ingreso del personal que se halla en esa situación. La disposición innova respecto del régimen tradicional en el país; éste no reconocía este instituto, por lo que la relación era de carácter permanente desde el momento de la concertación del contrato (aun antes de que el mismo comience a ejecutarse), y se debía preavisar la rescisión, aunque la indemnización por despido sólo procedía después de alcanzar la relación una antigüedad de tres meses<sup>66</sup>.

La citada norma 24.465 también incorporó en el texto de la LCT el art. 92 ter, según el cual las partes pueden concertar un contrato de trabajo "a tiempo parcial", en el que la prestación es inferior "a las dos terceras partes de la jornada habitual de la actividad". La remuneración no podrá ser inferior a la parte proporcional respecto de la que corresponde de acuerdo con la norma aplicable para la jornada íntegra. El personal contratado bajo esta modalidad no puede realizar tareas en "horas extraordinarias", salvo que las mismas se deban efectuar con motivo de la situación prevista en el art. 89 LCT: "peligro grave o inminente para las personas o para las cosas incorporadas a la empresa". A través del convenio colectivo de trabajo se podrá establecer la prioridad de los trabajadores a tiempo parcial "para ocupar las vacantes a tiempo completo que se produjeran en la empresa".

La referida figura tiene importancia a los fines de los aportes y contribuciones de la seguridad social, así como de los derechos que ésta confiere a los trabajadores. Antes de su sanción, no había incon-

<sup>66</sup> El tema, que en su momento fue materia de discusión, entendemos que ha quedado admitido.



veniente para que las partes de la relación convinieran un horario menor que el normal en la actividad<sup>67</sup>, pero en ese caso se debían abonar los mínimos fijados legalmente. Ahora debe admitirse que los pagos deben ser proporcionales al ingreso<sup>68</sup>, y se computa el total de los percibidos en los casos de pluriempleo (y no en cada uno de ellos).

Dentro de los criterios de desrigidización se admite el contrato de aprendizaje (art. 4º, ley 24.467). Las primeras normas que admitieron este instituto se referían a los menores de 14 a 18 años<sup>69</sup>, edad que ahora se amplía a los 25, a fin de que aprendieran un oficio. Estimamos que esta figura es similar a la del contrato-formación establecido en la ley 24.013 (al que hemos hecho referencia). Se celebra entre un joven sin empleo y un empleador que se ha inscripto a tal efecto en el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y cumple los requisitos establecidos a tal fin. La norma determina que se trata de un contrato especial que genera los derechos y obligaciones que fija la ley, por lo que sólo le son aplicables las normas del régimen común laboral (contenidas en la LCT) en forma supletoria y en tanto no hayan sido modificadas por aquélla. No obstante ello, el dec.738/95 (art. 15), reglamentario de la norma, determina que el mismo no es de carácter laboral, lo que, a nuestro juicio, es un error y excede el ámbito de la reglamentación<sup>70</sup>.

La relación debe celebrarse por un tiempo entre un mínimo de seis meses prorrogable y un máximo de veinticuatro meses. El empleador en el contrato que celebre debe asumir la obligación de satisfacer la finalidad formativa que la relación tiene como objetivo, y someterse

<sup>67</sup> En la práctica se daban muchos casos, en especial el de profesionales médicos, cuyo estatuto fija un horario de 5 horas en un solo turno (art. 27, dec-ley 22.212/45).

<sup>68</sup> En la actualidad rige el mínimo de 3 AMPO (\$ 228) (dec. 282/95).

<sup>69</sup> Ver Martínez Vivot, Julio. *Los menores y las mujeres en el derecho del trabajo*, págs. 135 y ss, ed. Astrea, 1981.

<sup>70</sup> Estimamos, como lo determina la ley, que se trata de un contrato laboral especial, es decir, con algunas características que no permiten asimilarlo en su integridad al común. El aprendiz debe poner su capacidad de trabajo a disposición de otra persona que lo recibe y dirige, como todo empleador (que, además, debe brindarle la oportunidad de capacitarse), y debe retribuirlo (la ley lo designa como compensación), y cuando el plazo de la relación supera un año, goza de vacaciones (art. 9 dec. 738/95).

al régimen establecido por la autoridad administrativa laboral, que debe determinar los mecanismos que garanticen al aprendiz una cobertura de salud<sup>71</sup> y "por los riesgos que pudiera sufrir en el lugar y en ocasión del aprendizaje". El aprendiz tiene que concurrir al establecimiento del "empresario", y cumplir las tareas que éste le encomiende "relacionadas con el aprendizaje" durante el horario que fije el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (que debe regularse según las diversas situaciones) y que no puede superar 6 horas diarias y 36 semanales

Como "compensación"<sup>72</sup> por las tareas desarrolladas o el tiempo en que el aprendiz esté a disposición del empresario (concepto que equivale al de salario, arts. 103 y ss. LCT), percibirá un importe que "no podrá ser inferior al mínimo del convenio colectivo de trabajo aplicable a la tarea desempeñada", y en ningún caso puede ser menor al salario mínimo vital horario por cada hora de "aprendizaje". El respectivo convenio colectivo reglamentará "los porcentajes máximos del plantel total permanente que podrá ser cubierto por estos contratos, según la cantidad de personal, el sector de actividad, las demandas de capacitación u otros criterios afines". Por esa vía, se podrán acordar "programas y procedimientos conjuntos de formación profesional que adapten esta modalidad de contratación a las características propias de la actividad, rama o empresa de que se trate".

Por su parte, la citada ley 24.467, que regula el régimen laboral en las pequeñas empresas, admite algunas reformas importantes respecto del régimen de trabajo común. La norma define bajo el referido concepto a las que tienen un plantel no superior a 40 trabajadores y cuya facturación no supere los topes que fije la reglamentación<sup>73</sup>. Cuan-

<sup>71</sup> Arts. 13 y 14 dec.738/95, salvo que tuviera dicha prestación por otra causa (por integrar un núcleo familiar con derecho a esa prestación, etc.).

<sup>72</sup> Como lo hemos indicado (ver nota 70), la ley no utiliza la expresión "retribución" para designar el importe que el aprendiz tiene derecho a percibir, cuyos mínimos se fijan en función del CCT aplicable a la actividad.

<sup>73</sup> De acuerdo con la resolución 1/95 de la Comisión de Seguimiento, se han fijado los siguientes topes de facturación anual, excluido el IVA, a) de \$ 2.500.000 para la actividad rural; b) \$ 5.000.000, para la industrial; c) \$ 3.000.000 para la comercial y d) \$ 4.000.000 para la de servicios.

dó una PE supere los toques (de personal o de facturación) "puede permanecer en el régimen especial por un plazo de tres años", con la condición de que no duplique los mismos (art. 83). La registración contable que debe llevar el empleador se simplifica a través de un "registro único de personal" en el que deben hacerse las anotaciones que fija la norma (arts. 84/88).

La PE puede contratar bajo las distintas modalidades que establece la citada ley 24.013, sin que las mismas hayan sido habilitadas por convenio colectivo de trabajo<sup>74</sup>, no se requiere el registro en el Sistema Único de Registro Laboral y al extinguirse la relación por vencimiento del plazo fijado, no se generan las indemnizaciones previstas en aquella ley (a las que hemos hecho referencia).

Respecto del régimen de preaviso, se considera que el plazo corre a partir del día siguiente de la notificación efectuada por escrito<sup>75</sup> y en todos los casos es de un mes con prescindencia de la antigüedad. Cuando la extinción del contrato se ha negociado a través de un procedimiento de crisis, las respectivas indemnizaciones podrán ser asumidas total o parcialmente por el Fondo Nacional de Empleo, el que podrá financiar las acciones que deban efectuarse a fin de capacitar o reconvertir a los trabajadores despedidos (art. 98). La norma contiene disposiciones especiales respecto de la formación profesional de los trabajadores de las PE; tienen acceso preferente a los programas de formación que se financien con fondos públicos, para cuya asistencia, así como para la de otros que se refieren a ese tipo de actividad, pueden solicitar se adecue su jornada laboral. Los convenios colectivos del sector deberán contener "un capítulo especial dedicado al desarrollo del deber y del derecho a la capacitación profesional" (art. 96). Respecto del régimen de seguridad e higiene en el trabajo, la norma contiene una cláusula declarativa en cuanto se refiere a que las disposiciones en la materia deberán "considerar, en la determinación de exigencias, el número de trabajadores y riesgos

<sup>74</sup> Art. 89, ley 24.467.

<sup>75</sup> De acuerdo con el régimen común (art. 233, LCT), el respectivo plazo se cuenta a partir del primer día del mes siguiente al de la notificación.

existente en cada actividad", así como fijar plazos "que posibiliten la adaptación gradual de las PE a la legislación" (art. 104).

Las principales modificaciones se refieren al régimen de la negociación colectiva. En este ámbito se introduce la figura de la "disponibilidad colectiva", según la cual las partes, a través de ese instrumento, pueden modificar -aunque sea *in peius* para el sector trabajador- las normas legales. En derecho del trabajo, hasta ese momento, era una regla fundamental que eso no era posible, por lo que la disposición convencional que lo disponía era nula y suplida *ope legis* por la norma legal (art. 7, ley 14.230, arg. arts. 7, 13 y cc. LCT). La citada disponibilidad es relativa respecto de determinadas materias. Una de ellas es la relacionada con las "formalidades, requisitos, aviso y oportunidad del goce de la licencia anual ordinaria", quedando expresamente exceptuado el tema referido en el art. 154 LCT, o sea que cuando la licencia no se concede a todo el personal en forma simultánea, la que le corresponde a cada trabajador, cada tres años, debe coincidir con el período de verano (art. 90)<sup>76</sup>. De la misma manera, por esa vía puede disponerse que el pago del sueldo anual complementario (aguinaldo) se fraccione hasta en tres períodos (art. 91), así como el régimen de extinción de la relación<sup>77</sup>. Si este estableciera cuentas de capitalización individual, el PEN deberá habilitar la utilización de las AFJP (art. 92). Con referencia al régimen del trabajo rural (ley 22.248), la Comisión Nacional de Trabajo Rural, órgano administrativo de carácter paritario, tiene esa misma facultad respecto de los institutos contenidos en ese ámbito laboral (art. 93).

Por acuerdo entre el sindicato que ejerce la representación colectiva de los trabajadores y el empleador, puede convenirse la "redefinición de los puestos de trabajo correspondientes a las categorías determinadas en los convenios colectivos de trabajo" (art. 94). El tema se vincula con la llamada "movilidad interna" en el establecimiento, a través de la cual el empleador puede ejercer su derecho de

<sup>76</sup> El plazo para gozar las vacaciones correspondientes al año trabajado, va desde el 1° de noviembre hasta el 30 de abril del año siguiente.

<sup>77</sup> En la publicación en el Boletín Oficial, por error aparece la expresión "extensión"

variar las condiciones de la prestación a cargo del trabajador dentro del ámbito definido por la norma aplicable. Si éste es muy estricto, aquél queda limitado a la enunciación establecida. La tendencia actual es a favorecer la llamada polifuncionalidad, o sea agrupar dentro de las distintas categorías (más reducidas que en los CCT anteriores) que engloban, una serie de tareas (no una sola).

Las PE pueden solicitar la renegociación del convenio colectivo de trabajo a fin de poder "reestructurar sus plantas de personal por razones tecnológicas, organizativas o del mercado". A tal fin, la asociación sindical tiene derecho a recibir la correspondiente información que avale el pedido. De pactarse un cambio, el empleador "no podrá efectuar despidos por la misma causa durante el tiempo que dure la modificación" (art. 97). De acuerdo con esta última cláusula, se establece un régimen de estabilidad absoluta temporaria, por lo que el trabajador no puede ser despedido por esa causa, y la decisión que en ese sentido adopte el empleador es nula. Cuando con motivo de esa negociación, se produzca el despido de parte del personal, el Fondo Nacional de Empleo<sup>78</sup> puede asumir total o parcialmente el pago de las indemnizaciones o financiar las acciones para facilitar la capacitación o reconversión del personal cesante (art. 98).

Los convenios colectivos que rijan en el sector de la PE deben ser negociados entre el sindicato que inviste la representación colectiva de los trabajadores (art. 99)<sup>79</sup> y quien ejerza la de los empleadores. De no existir un acuerdo específico de esa índole, la autoridad administrativa debe prever que la comisión negociadora del convenio de actividad aplicable a sectores de PE esté integrada por una representa-

<sup>78</sup> Lo administra el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (art. 149, ley 24.013).

<sup>79</sup> Puede delegar esa función en "entidades de grado inferior" (art. 99, ley 24.467). La interpretación de esa norma, posiblemente copiada de una vigente en un país extranjero, plantea una serie de dudas, ya que, de acuerdo con nuestra organización sindical, no existen órganos de grado inferior que tengan personería distinta a la del sindicato que integran. Si se quiso hacer referencia a una asociación de primer grado, con respecto a una federación, cabe tener en cuenta que ésta existe en la medida en que tiene afiliados que le confieren su razón de ser. Así como que la función de negociar el convenio, le corresponde al sindicato de primer grado (art. I, ley 14.250 to. 1988).



ción de este sector. El convenio celebrado para regir ese tipo de relaciones de trabajo no es modificable por uno de actividad o de otro ámbito. Estos últimos, a falta de uno de PE en ese sector, deben contener un capítulo específico que regule ese tipo de relaciones (arts. 99, 101/103).

El convenio concertado debe indicar su período de vigencia (art. 3, ley 14.250 t.o. 1988). A menos que en él se establezca lo contrario, caduca a los tres meses de su vencimiento (art. 99, 2º párrafo). Se trata de una disposición que innova la normativa existente desde la sanción de la ley 14.250 (año 1953) que regula el régimen de convenciones colectivas. Según ésta, las cláusulas normativas<sup>80</sup> mantienen su vigencia luego de la finalización del plazo fijado a tal efecto para la norma convencional, hasta tanto sean sustituidas por otras (art. 6, ley 14.250 t.o. 1988). De esa manera, se limita la ultraactividad del convenio colectivo en el sector de PE, tema de fundamental importancia ya que, de acuerdo con lo que prescribe la ley, una u otra parte pueden aprovechar su situación de privilegio fáctico para negociar o impedir que ello ocurra. Vencida la vigencia del convenio, cualquiera de las partes puede solicitar la negociación de otro, debiendo las mismas actuar de buena fe, concurrir a las audiencias que se convoquen, intercambiar información y realizar "esfuerzos conducentes para arribar a un acuerdo" (art. 100). La obligación de la buena fe para negociar -cuya violación por parte de los empleadores, no de los sindicatos, puede ser motivo de una sanción administrativa por práctica desleal y contraria a la ética de las relaciones profesionales del trabajo (art. 53, inc. f, ley 23.551)-, no obliga a concertar un acuerdo, por lo que las partes, en ese caso, pueden recurrir a las medidas legítimas de acción directa a su alcance.

Dentro de las técnicas flexibilizadoras adoptadas, cabe mencionar las contenidas en la ley de concursos y quiebras 24.552 (agosto de

<sup>80</sup> Son aquéllas que fijan las condiciones de trabajo, por lo tanto, operan a modo de norma objetiva. Se oponen a las obligacionales que tienen el mismo rol que las cláusulas de cualquier contrato, sólo obligan a las partes que lo han suscripto. En cuanto se refiere a la ultraactividad de aquéllas, el art. 3º de la ley 23.545 (que ha establecido la actual redacción del art. 6º, ley 14.250, t.o. 1988), lo ha extendido a las normas que establecen contribuciones pecuniarias u obligaciones a cargo de los empleadores.

1995), que, entre otras, dispone que la apertura del concurso del empleador produce *ope legis* la suspensión de los efectos del convenio colectivo de trabajo<sup>81</sup>, respecto de las relaciones de trabajo que se anudan entre el empleador concursado y su personal, las que en el futuro se registrarán por las disposiciones de la LCT y las pactadas directamente por las partes<sup>82</sup>. Esa misma norma determina que en caso de compra de la empresa que hubiera continuado su explotación más allá del auto de quiebra, no pasan al adquirente las obligaciones laborales del fallido respecto de los trabajadores existentes a ese momento. Por lo tanto, se considera que se trata de una nueva relación jurídica, no asumiendo el nuevo empleador las obligaciones del anterior respecto de la antigüedad y de los accidentes y enfermedades profesionales "con causa u origen anterior a la enajenación" (art. 199, ley 24.552).

C) *Tercera etapa*. En octubre de 1996, el PEN envió dos proyectos de leyes al Congreso, cuya finalidad es profundizar la flexibilidad respecto de determinados aspectos de la relación laboral. Los mismos, que aún no han sido considerados<sup>83</sup>, entre otras, se proponen lograr una descentralización de los convenios colectivos<sup>84</sup>, a través

<sup>81</sup> El art. 20, párrafo 4, ley 24.522, establece que "el concurso preventivo deja sin efecto los convenios colectivos vigentes por el plazo de tres años o el del cumplimiento del acuerdo, el que fuere menor". En el párrafo 7, determina que la "finalización del concurso por cualquier causa, así como su desistimiento firme, impondrán la finalización del convenio colectivo de crisis que pudiera haberse acordado, recuperando su vigencia los convenios colectivos que correspondieran".

<sup>82</sup> Art. 20, párrafo 5° LCQ.

<sup>83</sup> Diciembre de 1996.

<sup>84</sup> De acuerdo con nuestras prácticas, la negociación, salvo algunas excepciones, se realiza a nivel de actividad, respecto de la que el sindicato del sector con personería gremial ejerce el monopolio de la representación (art. 1°, ley 14.250 to. 1988, art. 31, inc. d), ley 23.551). No obstante que el art. 5°, inc. d), ley 23.551 de asociaciones sindicales, establece como facultad de cualquier sindicato (aunque no goce del reconocimiento de personería gremial) "ejercer el derecho a negociar colectivamente ...". las disposiciones operativas que se refieren al tema (las señaladas) sólo indican a las que gozan de esa personería. En la práctica, ese es el criterio que tiene vigencia.



de facilitar la negociación por empresas si así lo disponen las partes. Además, se establece que la respectiva negociación puede ser realizada -por parte de los trabajadores- por "una asociación sindical de trabajadores con personería gremial o la representación sindical en la empresa o establecimiento"<sup>85</sup>.

Se proyectó la caducidad de los convenios a la fecha de su vencimiento (por lo tanto, no habría ultraactividad), quedando las relaciones de trabajo sujetas al régimen de la ley laboral común (LCT o Régimen Nacional de Trabajo Agrario). Se admite la disponibilidad de la norma convencional por las partes, cuando ello ha sido previsto en el CCT<sup>86</sup>, pero no que éste pueda modificar *in peius* para el trabajador las condiciones de trabajo pactadas en un acuerdo privado.

En cuanto al difícil tema planteado por la concurrencia de normas, se precisan varias reglas: a) el convenio colectivo de ámbito menor prevalece sobre el de ámbito mayor; b) uno ulterior deja sin efecto el anterior; c) el de ámbito mayor, no afecta la vigencia de las convenciones de esa índole de ámbito menor; d) el acuerdo puede disponer su disponibilidad respecto de otro de ámbito diferente.

En el caso de que la empresa solicitara el procedimiento preventivo de crisis, la misma puede pedir su exclusión, lo que significa su desvinculación del respectivo convenio colectivo de trabajo. Si el acuerdo que a tal fin se pacta contuviera cláusulas reguladoras de las condiciones de trabajo, estas prevalecerán sobre las anteriores. De no alcanzar las partes (peticionario y sindicato) un acuerdo, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social laudará sobre la cuestión "teniendo en cuenta las repercusiones sobre el nivel de empleo en la empresa".

<sup>85</sup> Esta es ejercida por los delegados de personal, comisiones internas u organismos similares (art. 40, ley 23.551), que no tienen facultades para negociar convenios colectivos de trabajo (las que gozan son muy limitadas, art. 40, ídem). Los respectivos miembros son elegidos por el voto de todos los trabajadores, en comicios convocados por el sindicato con personería gremial que inviste la representación de aquellos (art. 41, ídem).

<sup>86</sup> Se proyecta innovar en la materia, ya que ahora el convenio colectivo debe ajustarse a lo prescripto por la ley (art. 7, ley 14.250 to. 1988).

Uno de los proyectos modifica el sentido de la función de los delegados de personal que actúan en el ámbito de la empresa<sup>87</sup>, atribuyéndoles la facultad de presentar reclamaciones ante el empleador y celebrar con él convenciones colectivas de trabajo, así como "celebrar acuerdo en los procedimientos preventivos de crisis"<sup>88</sup>. Se establece que a los seis meses de vigencia de la norma -plazo que podrá ser prorrogado por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social por un lapso similar-, los convenios colectivos de trabajo que hubieran adquirido la ultraactividad que establecía el reformado art. 6 de la ley 14.250, caducan. De acuerdo con ello, gran parte de los que fueron suscriptos en el año 1975 y no fueron renegociados, perderán vigencia. En cuanto a los estatutos de trabajo<sup>89</sup>, los mismos quedan derogados al año de la promulgación de la nueva norma. Esta, en forma expresa, establece que los mismos a partir de ese momento "no tendrán efecto jurídico sobre las relaciones de trabajo ni podrán alegarse como derechos adquiridos".

Según el segundo proyecto, se establece que la extinción de las relaciones laborales -sujetas al ámbito del derecho privado- iniciadas a partir de la vigencia de la nueva ley, excepto las normas expresamente indicadas y por los plazos fijados, se regirá exclusivamente por sus disposiciones. Al disolverse la relación, cualquiera sea su motivo, el trabajador percibirá los importes que el proyecto indica de su cuenta individual de capitalización de antigüedad (CCA) -constituida en una AFJP a elección del trabajador, inembargable-, formada

<sup>87</sup> Como lo hemos indicado en nota 85, los mismos son designados por todos los trabajadores.

<sup>88</sup> En nota 85, manifestamos que las actuales funciones de esos miembros son limitadas: a) verificar el cumplimiento de las normas legales y convencionales y participar en las inspecciones que practique la Policía del Trabajo; b) reunirse periódicamente con el empleador o su representante; c) previa autorización de la respectiva asociación, presentar ante éstos las reclamaciones de los trabajadores (art. 43, ley 23.551).

<sup>89</sup> Los mismos corresponden a normas legales, la mayoría de ellos sancionados en las décadas de los cuarenta y cincuenta que, en la práctica, tienen la función de convenios colectivos que en el referido período no fueron numerosos. De esa manera, se tonificó el rol de los sindicatos más allá de su capacidad para celebrar convenios.

por un aporte mensual no remunerativo a cargo del empleador del orden del 4 % del salario hasta un tope de 20 AMPOS<sup>90</sup> que integra la Contribución Unificada de la Seguridad Social (CUSS). Se establece un régimen de sanciones especiales para asegurar el debido cumplimiento de sus obligaciones por parte del empleador. El aporte del empleador sustituye el que ahora debe hacer al Fondo Nacional de Desempleo<sup>91</sup>.

La extinción incausada de la relación de trabajo por parte del empleador, que no requiere preaviso, da derecho al trabajador a percibir una indemnización equivalente a uno o dos meses de sueldo<sup>92</sup>, según que su antigüedad sea inferior o superior a cinco años. Además, recibirá un importe de pago mensual equivalente al 50 % del promedio de sus remuneraciones sujetas a aportes a la Seguridad Social (hasta 20 AMPO por mes) durante los últimos 6 meses, o durante el tiempo de la relación si fuere menor, hasta tanto no obtenga un nuevo empleo o se agote su CCA. Se establece un régimen de prestaciones mínimas para los trabajadores: a) cuya relación se hubiere extinguido por una causa no imputable a ellos -salvo la que lo fuera por incapacidad o inhabilidad-; b) su CCA tenga un monto mínimo que determinará la reglamentación, que no alcance a cubrir la prestación mínima, que determina el proyecto; c) hayan percibido durante los 6 meses anteriores a la extinción de la relación, una remuneración promedio sujeta a cotización inferior a 10 AMPO<sup>93</sup> y c) sea jefe de hogar con cargas de familia. En ese caso, una vez agotado el saldo, la diferencia será cubierta por el Fondo Solidario. La prestación mínima mensual que no podrá ser inferior a dos AMPO se liquidará por el tiempo y monto que determine la reglamentación. Esa prestación

<sup>90</sup> De acuerdo con el valor actual de aquél, alcanza a \$ 1560. Del importe recaudado, un 0,5 % se destina a un Fondo Solidario.

<sup>91</sup> 0,50 % sobre las remuneraciones sujetas a la contribución previsional (art. 144, inc. 3°, ley 24.013). Las empresas de servicios aportan el 3%. El referido proyecto deja sin efecto las prestaciones por desempleo a cargo del citado Fondo.

<sup>92</sup> Puede afirmarse que actualmente el promedio de la remuneración mensual de los trabajadores es del orden de \$ 700. (Ver nota 116).

<sup>93</sup> De conformidad con el valor actual del AMPO, ese importe alcanza a \$ 760.

sustituye la de desempleo que ha establecido la ley 24.013. El trabajador puede retirar de su CCA, en la forma que lo indique la reglamentación, los importes que superen 6 meses de remuneraciones netas, o la totalidad cuando se encuentre en condiciones de acceder a una jubilación "por cualquier causa". El proyecto establece que las referencias -contenidas en las diversas normativas- al art. 245 LCT, se entenderán que lo son a la redacción que el mismo le asigna.

Como un ejemplo de los cambios rápidos que se producen en esta legislación de crisis de empleo, el proyecto modifica el art. 3° de la ley 24.465 (que creó varias modalidades de contratos por tiempo determinado que hemos analizado), sustituyéndolo por una autorización al PEN para que, en situaciones de excepción, autorice la contratación de desempleados mayores de cincuenta y cinco años y jefes de hogar, a través de la modalidad especial de fomento del empleo por el plazo mínimo de seis meses, renovable por uno igual y hasta un máximo de dos años, cuyo contrato deberá registrarse en la documentación laboral del empleador y en el Sistema Único de Registro Laboral. La extinción del referido contrato se regirá por la indicada ley y el empleador queda eximido de efectuar el 50 % de las contribuciones a los entes de Seguridad Social, excepto a las Obras Sociales, Riesgos de Trabajo y las que fija la propia ley (4% sobre el salario para constituir la CCA). El proyecto modifica disposiciones contenidas en la 24.013 y deroga, entre otras, aquellas que se refieren a las formas de contratos por tiempo determinado, la regla según la cual se mantiene el principio de la indeterminación del tiempo del contrato de trabajo, así como la vigencia del "principio de igualdad de trato entre los trabajadores permanentes y los contratados" por tiempo indeterminado (art. 28, ley 24.013).

D) *Objetivo de los cambios.* Como lo hemos indicado, consideramos que en el proceso de flexibilización en la Argentina pueden distinguirse tres etapas. La primera que se concretó con la sanción de la ley 24.013 (noviembre de 1991), se caracterizó por una débil morigeración de la rigidez de la norma laboral. La misma fue el efec-

to de una lucha entre partidarios del statu quo y los que deseaban reformas importantes, en la que éstos vencieron a lo Pirro. Se establecieron una serie de formas contractuales por tiempo determinado, pero con una serie de cortapisas que prácticamente le quitaron todo efecto real a la reforma introducida. Un ejemplo de ello ha sido el hecho de que para admitir las nuevas formas se toma en cuenta lo que ha pasado en el período anterior, desechando las perspectivas futuras para las cuales parecería estar destinada la nueva norma. Frente a la resistencia de muchas organizaciones sindicales a renovar sus convenios colectivos<sup>94</sup>, por lo que no había oportunidad de habilitar las nuevas formas contractuales, el PEN debió utilizar una figura de excepción, la llamada situación de emergencia, para sortear por vía administrativa esa dificultad<sup>95</sup>.

En la segunda etapa, caracterizada por la ley 24.465, se extiende el marco de la flexibilización, en forma más amplia respecto de las PE (ley 24.467), que anuncia una nueva ofensiva en la materia. De cualquier manera, no fue elevado el número de contratos registrados. Durante esa fase del proceso, la ley de concursos y quiebras produjo algunas modificaciones fundamentales para combatir ciertas rigideces de la norma laboral, tal como aquella que se refiere a que el empleador que adquiere un fondo de comercio en una quiebra, no asume las responsabilidades del anterior respecto de las relaciones con el personal. Ello trae como consecuencia algunas situaciones, tal como que el empleado continúa su relación "sin antigüedad"<sup>96</sup>, pero que puso coto a algunas prácticas según las cuales los trabajadores transferidos demandaban por una serie de enfermedades profesiona-

<sup>94</sup> Se han renegociado muy pocos convenios celebrados ese año, ver Aldao Zapiola, Carlos Hulsberg, Hugo A. y Jaureguiberry, Amadeo E., *Productividad y negociación colectiva*, Bs.As. 1995.

<sup>95</sup> Como lo hemos indicado, ver nota 50, salvo la provincia de Córdoba, las demás fueron declaradas zonas de emergencia ocupacional.

<sup>96</sup> Estimamos que esa situación, que provoca serias críticas, en cuanto se trata de la pérdida de la antigüedad por parte del empleado que continúa en la explotación y pone su experiencia, podría haberse evitado con haber dispuesto que esa era la única obligación (reconocer esa circunstancia) que asumía el comprador.

les o accidentes que los habrían afectado con anterioridad, lo que engrosa el pasivo del comprador que no siempre pudo conocer antes, lo que conspira con la posibilidad de adquirir un fondo en esas condiciones. Lo que la ley ha procurado, es dar seguridad al comprador y facilitar así la adquisición de un fondo de comercio que se halla en esas condiciones -de lo contrario, posiblemente, no se hubiera adquirido- y mantener la garantía del trabajador sobre el patrimonio del ex empleador, del que es un acreedor privilegiado.

También puede incorporarse, dentro de este período, la Ley de Riesgos de Trabajo (LRT) que ha intentado provocar un cambio copernicano en lo que se refiere a la reparación de los infortunios laborales. Ha establecido un régimen de seguro obligatorio, con lo que se le asegura al empleador una cierta certeza de hasta dónde llega su responsabilidad con motivo de la incidencia de dichos riesgos. En cuanto al trabajador, le ofrece un régimen que pone el acento en la prevención, no en la reparación, y que, cuando ha sufrido un daño, le asegura una prestación médica de calidad<sup>97</sup>, así como la posibilidad de lograr una rehabilitación o recalificación profesional y una prestación mensual (cuando su incapacidad supera el 20 % de la total) que compensa su menor ingreso con motivo de la aminoración de su capacidad laboral. A nuestro juicio, la norma no ha cerrado la totalidad de las posibilidades en que puede reclamársele al empleador por dicha causa, tal como ocurre con las llamadas enfermedades-accidentes<sup>98</sup>, por cuyo motivo ha quedado abierta una ventana<sup>99</sup> que disminuye las posibilidades de que el empleador pueda tener la certeza respecto del costo de esos infortunios.

A través de la tercera etapa que el PEN intenta abrir, se pretende cambiar de manera radical el ordenamiento laboral. Se trata de una propuesta de máxima que, sin duda, será motivo de una amplia ne-

<sup>97</sup> La fija la respectiva Comisión Médica (art. 21, inc. c), ley 24.557)

<sup>98</sup> Son las que responden a dos causas (concausalidad), una de las cuales es ajena al empleo (por lo común: enfermedades congénitas, adquiridas con anterioridad a la relación, labilidad del trabajador, etc.).

<sup>99</sup> También existen otras.



gociación de concesiones recíprocas. La figura del contrato por tiempo indeterminado que era el centro<sup>100</sup>, es desplazada del mismo y lo ocupa otro que puede disolverse sin un elevado costo<sup>101</sup>. Ante un criterio que intentaba privilegiar un cierto garantismo, a veces utópico<sup>102</sup>, se pasa a uno que parece ser más realista, que pone el acento en lo posible y no tanto en una garantía jurídica que no siempre se concreta en hechos. Mas allá del juicio de valor que el cambio merezca, lo que depende de la situación fáctica y de las posibilidades de la comunidad para asegurar una garantía que no siempre tiene la aptitud para traducirse en hechos reales, no sólo en declaraciones, lo cierto es que la transformación que se intenta operar respecto del actual sistema legal es fundamental.

IV. *Algunas sugerencias para disminuir los efectos del desempleo.* Ante el grave problema del paro, las medidas que se conocen como de flexibilización se proponen bajar ese índice que en la mayor parte de los países alcanza una tasa antes no imaginada.<sup>103</sup> Estimamos que las medidas que normalmente se adoptan de suyo no son eficaces para reducir ese flagelo. El empleo no se crea ni se disminuye por decisión de la norma jurídica, ya que ésta tiene como finalidad establecer un orden de repartos en la comunidad, a través de la asignación de derechos y obligaciones. Por lo tanto, se reparte lo que hay, no lo que no existe. Con frecuencia, en razón de la situación que se

<sup>100</sup> El mismo encarnaba el concepto de seguridad, en cuanto, en un régimen de estabilidad relativa generaba una indemnización con motivo del despido incausado, mientras que en el de estabilidad absoluta, impedía la rescisión que no tenía una causa imputable al trabajador.

<sup>101</sup> La indemnización a cargo del empleador se reduce a uno o dos meses de sueldo promedio de los últimos 6 meses o el período trabajado si fuere menor, según que la antigüedad hubiera sido menor o mayor de cinco años. Actualmente es de un mes de sueldo (con tope), por año de servicio, con un mínimo de dos meses.

<sup>102</sup> La garantía respecto de la estabilidad, depende de la viabilidad de la empresa o de la situación económica general. En caso de quiebra de la primera, si bien la indemnización por despido goza de un privilegio especial y, subsidiariamente general, ello por sí no asegura la percepción íntegra de aquella.

<sup>103</sup> Ver nota 28.



plantea en la actualidad, no sólo en la Argentina, se vislumbra que el empleo, que se ha convertido en un "bien escaso", debe distribuirse en la población de una manera tal que le permita a cada persona -con capacidad y disposición suficiente para ejercerlo- tener acceso a uno. Ello quizá lleve a limitar el tiempo máximo de trabajo, a fin de que un mayor número de personas puedan ejercer uno que les permita encontrar la satisfacción que produce sentirse miembro activo de la comunidad -no un marginado, un excluido-, en cuanto la actividad que impone el trabajo humano construye o destruye a la persona que lo realiza (aspecto subjetivo).

En algunos países se ha ensayado reducir la jornada diaria que fija la ley, los convenios colectivos de trabajo o las prácticas en la materia, a fin de que mayor número de personas, sin variar la oferta, puedan alcanzar un empleo. Ello, desde ya, plantea una serie de problemas de no fácil solución. En primer lugar, la disminución de la exigencia ¿se hace sin que ello signifique reducción del ingreso, o bien con ésta?. En ambos casos se plantea el problema respecto de quién carga con el mayor peso que el hecho produce. Es evidente que si disminuye la prestación horaria por persona, al tener que retribuir a un número mayor -en términos más exactos, repartir lo producido, que se mantiene fijo, entre éstos-, es menos lo que a cada uno le corresponderá. Ello lleva a que cada uno de los miembros activos de la comunidad, tenga que hacer un esfuerzo para facilitar que otro que normalmente no tenía empleo, tenga uno, con lo que ello significa desde el punto de vista psicológico, social, económico, es decir humano.

La solución que parecería adecuada no siempre lo es. No obstante nuestras declamaciones, con frecuencia no estamos dispuestos a renunciar a algo (en el caso, trabajar menos horas y percibir un menor ingreso) en beneficio de otros. Un tema que se ha discutido en algunos países que se plantearon reducir la jornada normal de 8 a 6 horas, es la de determinar si el trabajador debe percibir por el horario que realmente realiza o por más (¿7?), cuya diferencia estaría a cargo del empleador. Más allá de un problema que se agrava por el egoísmo

que caracteriza a muchas de nuestras acciones, debe resolverse si en una sociedad de consumo que pone el acento en el tener cosas que deben adquirirse a un precio, es fácil lograr una disminución de los ingresos con los que se adquieren los objetos que a veces parecerían ser la finalidad de la existencia. El tema, de suyo, plantea un arduo problema de orden no sólo económico, sino moral ¿ hasta qué punto estamos dispuestos a compartir la escasez de puestos de trabajo ?.

Quizá el tema no esté sólo en esa solución, sino en aumentar el número de empleos disponibles en una comunidad, lo que por supuesto no es un problema que se soluciona o simplemente se mejora con una buena dosis de voluntarismo. Es evidente que la flexibilización por sí no crea empleo<sup>104</sup>; ese fenómeno sólo lo producen las empresas<sup>105</sup>. Nadie contrata a otra persona para trabajar -por lo menos en una proporción que tenga relevancia social-, si no necesita esa labor que debe retribuirse.

Dentro de esa línea de pensamiento, el tema consiste en alentar maneras de actuar que pueden aumentar la demanda de trabajo productivo<sup>106</sup>, en especial en un mundo que, en la medida en que se tecnifica y modifica sus pautas organizativas a fin de hacer frente a la

<sup>104</sup> Como lo hemos indicado, tampoco el derecho produce ese efecto.

<sup>105</sup> La demanda de trabajo puede ser directa o indirecta. La primera, es la que se requiere para satisfacer necesidades propias, tal como ocurre con las de carácter personal (o familiar). En cambio, la indirecta es aquella que se absorbe, no para uso personal, sino para satisfacer necesidades de terceros, ya sea en el estado en que se ha adquirido o bien junto con otros elementos, dentro de los cuales es un insumo. Normalmente, es la empresa la que absorbe la mayor cantidad de trabajo humano disponible en una comunidad.

<sup>106</sup> Es esta una de las características fundamentales, ya que esa tarea debe convertirse en la producción de bienes y servicios idóneos de acuerdo con métodos aceptables. No se trata de desperdiciar el trabajo humano, sino de que el mismo le provea a la comunidad los elementos indispensables para satisfacer necesidades humanas. Si no logra determinados niveles de productividad, no cumple su finalidad. Más aún, requiere esfuerzos que no siempre tienen sentido social, por lo que constituyen un dispendio del principal recurso, el humano, que tiene la capacidad para convertir todos los demás. Contrariamente a lo que ocurre con la expresión usual de "mano de obra", el mismo debería ser calificado como "capacidad de inteligencia". Las tareas que sólo requieren esfuerzo físico, deberían ser realizadas por máquinas, reservando la labor humana para aquellas otras que sólo pueden ser realizadas a través de actos inteligentes. Si en otras épocas pudo admitirse como normal la utilización de la labor humana para ciertas tareas, con el desarrollo técnico hoy no siempre se justifica. Ello plantea el desafío de saber convertir esa capacidad del ser

competitividad, drásticamente reduce el número de puestos de trabajo disponibles. Ello exige una política agresiva<sup>107</sup> que fomente el empleo, a cuyo efecto se puede recurrir a varias técnicas: a) estimular el incremento del número de empresas existentes, en especial las que absorben mayor cantidad de trabajo humano; b) facilitar una nueva redistribución del trabajo existente entre la población que está disponible para ocupar uno de ellos, a cuyo efecto una medida posible sería la limitación de la jornada de trabajo<sup>108</sup>; c) propender al aumento del trabajo "mano de obra intensivo" que se realiza dentro de ciertos niveles de productividad<sup>109</sup> y, en especial, orientar el trabajo hacia determinados sectores de actividad que tienden a satisfacer necesidades humanas hasta ahora no bien atendidas<sup>110</sup>, muchas de las cuales no sólo absorberían gran cantidad de trabajo humano, sino que difícilmente puedan ser sustituidas a través del empleo de máquinas, toda vez que, en una importante medida, requieren la actividad directa humana<sup>111</sup>, d) la realización de obras de carácter social vinculadas con el desarrollo humano que quizá no concitan el interés del mercado, por lo que deben ser fomentadas por el poder público, aunque se realicen a través de la gestión privada.

---

humano en la satisfacción de necesidades de los demás miembros de la comunidad, muchas de las cuales, aun en sociedades económicamente desarrolladas, no siempre lo son. Esto debe ser una nota de esperanza frente al hecho de que la demanda de trabajo se convierte en un "bien escaso".

<sup>107</sup> Entendida la misma como activa, es decir no librada en forma exclusiva al juego del mercado.

<sup>108</sup> Este hecho adquiere un distinto sentido al que conocieron generaciones anteriores. En éstas era necesario limitar la jornada como una medida de humanización; en cambio, hoy constituye un modo de repartir algo que, en las circunstancias actuales, es un "bien escaso".

<sup>109</sup> Respecto de la necesidad de que el trabajo humano sea productivo, ver nota 106.

<sup>110</sup> Dentro de las numerosas actividades en las que se observan baches, pueden mencionarse: tercera edad, educación, saneamiento ambiental, etc..

<sup>111</sup> Ante una concepción economicista, puede que algunas de estas actividades se consideren como no productivas. Al respecto, creemos que ese carácter lo da la satisfacción de las necesidades humanas cubiertas (muchas de las cuales requieren atención personal) y no tanto el procedimiento que se emplea (industrial).

V. *El impacto de las transformaciones en el ámbito del derecho del trabajo.* Los cambios operados en los procedimientos de producción, así como el fenómeno de la competitividad que adquiere una mayor dimensión, han provocado una reorientación de las actividades y mercados que han influido e influyen en el ámbito de las relaciones laborales. El desarrollo de empresas más reducidas que lo que antes se consideraba óptimo, su necesaria flexibilidad para adecuarse con mayor facilidad a los cambios que se producen, ha hecho que tengan que adoptar modificaciones en su organización interna que se desarrolla en forma horizontal, participativa, con alta incorporación de tecnología, entre ella, informatización. Como consecuencia de ello, la empresa debe establecer alianzas y nuevas redes de cooperación con proveedores, subcontratistas y organismos de investigación, lo que hace que el recurso humano adquiera una nueva dimensión que, entre otras, le requiere una mayor calificación. Todo ello, como es lógico suponer, ha influido en forma decisiva para inducir cambios importantes en las relaciones laborales<sup>112</sup>.

Es indudable que las medidas de flexibilización, muy resistidas en los ámbitos de trabajo<sup>113</sup>, no solucionan el problema del paro. Este se combate con nuevos empleos, lo que significa que debe haber un aumento del número de empresas<sup>114</sup> y de su dimensión, ya que ese es un recaudo necesario para que exista una mayor absorción de trabajo

<sup>112</sup> Ver Reich, Roberto, *El trabajo de las Naciones. Hacia el capitalismo del siglo XXI*, Bs. As.: Carlos Fuente Puelma, *La flexibilidad normativa laboral y su relación con la pequeña y mediana empresa latinoamericana*, en "Rev. Relaciones Laborales y Seguridad Social", Bs.As. N° 11, pág. 1229; Hector Palomino y Cecilia Senen González, *Emergencias de subsistemas de relaciones laborales en las empresas: sus impactos socio-culturales*, en ídem, pág. 1205; Treu Tiziano, *Las políticas de empleo del gobierno italiano*, en "Rev. Relaciones Laborales y Seguridad Social", N° 19, septiembre 1996, págs. 741 y ss.

<sup>113</sup> Como toda novedad, provoca una reacción, máxime cuando algunas de sus aplicaciones, que no tienen en cuenta que la actividad económica debe estar al servicio del ser humano (de todos, no sólo de una minoría), se convierten en métodos salvajes. Este peligro debe ser combatido con una necesaria dosis de solidaridad, que no sólo debe inspirar el discurso, sino también convertirse en hechos reales (hacerse carne).

<sup>114</sup> Sean éstas públicas o privadas, con la condición de que sean eficientes. De lo contrario, el empleo puede convertirse en paro disfrazado, lo que no ayuda al bienestar de la comunidad.

humano, que no se crea por vía legal. El ordenamiento jurídico tiene como finalidad repartir los distintos órdenes de potencias (derechos) e impotencias (débitos) y crear condiciones que favorezcan el incremento del bien común. Por sí mismo, más allá de la buena voluntad que se tenga, no crea empleo productivo<sup>115</sup>.

Con frecuencia, como justificación de la aceptación de medidas flexibilizadoras, se hace mención al costo del trabajo, que tiene una importancia decisiva para que la producción de una comunidad, sea en bienes o servicios, sea competitiva. Por lo común, cuando se trata el tema, se pone el acento en el aspecto remunerativo del trabajo, como si la reducción de este, por sí sola, pudiera mejorar la situación. Es indudable que ese elemento pesa en la determinación del citado costo, pero en una proporción muy inferior a la que normalmente se le atribuye. Con respecto a nuestro país, el salario promedio de los trabajadores, comparado con el de otros países que han alcanzado un determinado nivel de desarrollo económico (que podrían ser nuestros principales competidores en la colocación de productos y servicios), no es elevado<sup>116</sup>, no obstante lo cual nuestra producción no siempre puede competir con la de aquéllos. El hecho, fundamentalmente, se debe a que en el costo del trabajo inciden una serie de factores, algunos de ellos mucho más importantes que la remuneración que reciben los trabajadores como retribución económica de su aporte. Entre los mismos, cabe mencionar el instrumental y la técnica de elaboración utilizada -factores decisivos de la productividad-, la calidad del producto<sup>117</sup>, el llamado servicio "post venta", las condicio-

<sup>115</sup> Insistimos en que la creación de nuevo empleo debe responder a esta característica.

<sup>116</sup> Como lo hemos indicado en nota 92, teniendo en cuenta la fijación del valor del AMPO, aporte promedio de los trabajadores en relación de dependencia y autónomos al régimen previsional (art. 21, ley 24.241, reformado por art. 1, ley 24.347) y el promedio de los salarios de convenio (art. 245 L.C.T., modificado por art. 153, ley 24.013) publicado (último) por el MTySS (vigente hasta el 30/9/95; hay que tener en cuenta que el mismo fija un valor teórico, sin considerar el número de trabajadores incluidos en cada categoría), puede estimarse en \$ 700 mensuales o 700 u\$s.



nes financieras, el prestigio de la marca, etc., temas, la mayoría de ellos, que no tienen mucho que ver con la flexibilización laboral.

A esos factores se agrega el llamado impuesto al trabajo, constituido, fundamentalmente, por las contribuciones a cargo de los empleadores al sistema jubilatorio, de obras sociales, de desempleo, etc., que parte de la doctrina calificó como salario indirecto o social, en cuanto no lo percibe el trabajador. El mismo tiene como finalidad integrar fondos que han de ser utilizados para cubrir contingencias sociales cuando se producen: vejez, enfermedad, paro, etc.. Ante el problema planteado por la competitividad en el orden internacional, se ha tratado de reducir el impacto de ese "impuesto", transfiriendo la carga que debe cubrirse (no es factible dejar desprotegido al trabajador y a su núcleo familiar, cuando se enfrenta a esas situaciones), a través de una "imposición" en otros sectores o a otros hechos "imponibles". La vía utilizada con más frecuencia ha sido la de transferirlo a la vía impositiva. Esa solución no siempre ha sido vista como adecuada, así como que los fondos sean recaudados por la agencia impositiva, ya que se consideraba que la anterior era la única, o por lo menos, la más adecuada. Estimamos que la financiación -que, como ocurre con respecto a otras cuestiones vinculadas con la relación laboral, depende de las particulares circunstancias de cada caso- debe estar a cargo de la comunidad. Si durante un período fue la empresa la que debió soportar ese peso, lo era en virtud de que podía hacerlo. En la actualidad, la situación ha variado en razón de que está sujeta a la competencia de otras que tienen su sede en países con un régimen distinto para recolectar los importes necesarios para hacer frente al pago de las prestaciones referidas a esas contingencias. Como consecuencia de ello, el precio de sus productos y servicios, que com-

<sup>112</sup> Al respecto, a fin de mejorar éste, se han desarrollado varias técnicas: el llamado concepto de "calidad total", así como los "círculos de calidad". Ver Cedrola Spremola, Gerardo, *La calidad total como forma de management y sus efectos sobre las relaciones laborales*, en Rev. "Relasur" Montevideo, N° 3, pág. 95 y bibliografía allí citada; Fuentes Puelma, Carlos, *La flexibilidad normativa laboral y su relación con la pequeña y mediana empresa latinoamericana*, Rev. "Relaciones Laborales y Seguridad Social", N° I, pág. 1229.

piten con los argentinos, es menor, por lo que los desplazan del mercado. Ello obliga a introducir un reajuste respecto del esquema anterior, a fin de asegurar la supervivencia de la empresa, principal demandador de trabajo humano.

Otro de los factores que también opera -de manera importante- en el costo del trabajo, es la incidencia de ciertas cláusulas de orden legal, convencional o recogidas por la práctica, que conspiran contra una mayor productividad que se mantiene dentro de un nivel humano (no cualquiera). Las mismas que favorecen a los trabajadores de un sector por encima de un nivel razonable, lo hacen en demérito de los demás miembros de la comunidad que deben, a través de los precios, contribuir a mantener una situación de la que sólo se benefician algunos. En realidad, éstos retacean su contribución a la comunidad, lo que no resulta lógico. Cuando ésta se halla abierta a otros países que han logrado disminuir esos privilegios -por lo que sus consecuencias no se transfieren a los precios de sus productos o servicios que entran dentro de la competencia-, es evidente que elementales razones de supervivencia demuestran la conveniencia de hacer que aquellos desaparezcan o se reduzcan sus efectos, lo que no constituye borrar una conquista social (¿respecto de quién y para quién?), sino lograr una adecuación a un principio básico de la justicia social.

Es indudable que esos distintos factores que inciden en el costo del trabajo -que puede encarecer el precio de la producción-, no deben ser ignorados, pero conviene, en especial respecto de alguno de ellos, no exagerar su incidencia. Es evidente que algunas medidas que reducen el costo del despido, pueden facilitar la rotación del personal de acuerdo con las necesidades de la empresa, sin que por ello se deba abonar un alto costo, pero no debe olvidarse que la empresa necesita la colaboración de personas cuya formación profesional -indispensable para mantener y mejorar la calidad de la producción o de los servicios brindados a la comunidad-, no es fácil y requiere un alto desembolso. Por lo tanto, una alta rotación que impide que el trabajador adquiera la necesaria experiencia, no favorece la



competitividad de la empresa, factor indispensable en el mundo moderno.

La productividad no significa bajar salarios, aumentar el aporte de los trabajadores, reducir las condiciones de trabajo a fin de limitar los costos, sino producir bienes y servicios más eficientes, de mejor calidad, lo que está en relación no sólo con el instrumental utilizado, la organización del trabajo, sino, también, con un elevado nivel de preparación de los trabajadores. Esto último requiere competencias que se adquieren en institutos de educación técnica y por la práctica que se obtiene en el ejercicio de un puesto de trabajo. Como lo hemos indicado, el alto índice de rotación del personal conspira contra esta auto-preparación.

En el análisis de la eficacia de las diversas medidas de flexibilización como un aporte a una mayor competitividad, se enfrentan dos posiciones. A una de ellas, podríamos caracterizarla como laboralista, y la otra, como economicista. Se trata de dos visiones de una misma realidad que la estudian desde ópticas distintas. Los laboristas apuntan a lo social, ponen en el centro de la cuestión al trabajador, su bienestar, seguridad y, aun, sus posibilidades de progreso. Puede caracterizarse esta visión como distribucionista, ya que propende a que el fruto de lo producido con el esfuerzo de los miembros de la comunidad empresaria se reparta en forma equitativa. En cambio, la economicista centra la cuestión en lo global, el sistema; si éste no es eficiente, la distribución no podrá ser suficiente para asegurar una situación de bienestar por parte de los miembros de la comunidad, sea empresarial o global.

Es evidente que dichas posiciones marcan puntos extremos y deben ser motivo de una síntesis<sup>118</sup>. De lo contrario, es posible que se logren importantes niveles de eficiencia que aseguran una alta competitividad, pero quizá basada en la exigencia de un aporte que supera las posibilidades del ser humano, al que se remunera en fun-

<sup>118</sup> Ver nuestro *El rol de la competitividad y su impacto sobre las relaciones laborales, un intento de aporte al necesario diálogo entre economistas y laboristas*, en "TySS" 1996-320.

ción de las reglas del mercado, no siempre propicias a admitir que la economía tiene como función servir al hombre, y brindarle los bienes y servicios que requiere para lograr su desarrollo humano<sup>119</sup>. Es factible que llevados por esa visión, se construya una sociedad en la que las cosas, la técnica, lo material, alcancen una prioridad sobre el hombre, la ética, lo espiritual<sup>120</sup>. Es factible que con ese criterio se propenda a la construcción del hombre *faber*, económico, no del hombre humano, con sus virtudes y defectos.

Por su parte, el laboralismo centra la atención en el hombre, pero no siempre desde una perspectiva realista<sup>121</sup>; muchas veces al tiempo que no se aprecian los hechos en su auténtica dimensión, se tiene la imagen de un trabajador utópico, sólo con virtudes, sin defectos. Esta visión suele olvidar con frecuencia que sólo se puede distribuir lo que antes se ha producido, que este operativo requiere el uso de técnicas<sup>122</sup>, así como de la fructífera colaboración de muchos. Si este presupuesto fracasa, no hay bienes o servicios para repartir; por lo tanto, no obstante la apelación al principio fundamental en la vida social, la "destinación común de bienes"<sup>123</sup>, no se aprecia suficientemente el de la previa obligación de producirlos, así como que el trabajo, ante todo, es un servicio a los demás miembros de la comuni-

<sup>119</sup> Destacamos que debe ser humano, ya que el meramente económico, más allá de que es condición necesaria, no es suficiente. En la vida social, existen otros índices que miden el bienestar, además del de la producción. La UNESCO utiliza el de desarrollo humano que hace referencia a otros indicadores.

<sup>120</sup> No se trata de que aquéllos no sean buenos (son indispensables para un bien vivir), pero son medios (necesarios) y, muchas veces, se los quiere convertir en fines.

<sup>121</sup> Única que puede dar una visión de lo que es, no de lo que quisiéramos que fuese.

<sup>122</sup> Necesarias para dominar la naturaleza y ponerla al servicio del hombre. Ello requiere un esfuerzo que, precisamente, es el que se realiza a través del trabajo humano.

<sup>123</sup> Los bienes, así como la capacidad de cada uno, son recursos que provee la naturaleza que, en algunos casos, requieren su descubrimiento, su adaptación, perfeccionamiento, lo que se logra a través del trabajo. Ese recurso con el que se producen los bienes y servicios, les ha sido dado a todos (no sólo a algunos) para la satisfacción de sus necesidades. Es indudable que la propiedad privada es una manera, quizá la más eficiente, para facilitar la productividad, pero en la medida en que el fruto supera las necesidades personales y del grupo familiar, el propietario es administrador de lo superfluo, y de esa administración debe dar cuentas.

dad. De la misma manera que cabe distinguir entre el aspecto objetivo del trabajo (o hacia afuera) y el subjetivo (o hacia adentro), desde el punto de vista de su objetivo económico, puede señalarse que no puede prescindirse de ninguno de ellos: si no existe un aporte a la comunidad, tampoco tiene sentido reclamarle a ésta la respectiva compensación.

Se impone formular una síntesis entre esas dos posiciones que destacan aspectos verdaderos pero parciales de una unidad que es un todo, no una suma de partes. Frente a la expresión<sup>124</sup> "no sólo de pan vive el hombre", cabe recordar que también vive de él, y que si no lo tiene, le es imposible vivir en un plano humano. Lo económico no lo es todo -por eso, el grave error de las corrientes economicistas-, pero ejerce un rol que no puede despreciarse, pues de lo contrario no se entiende la realidad. En el debate referido a la flexibilización y, más propiamente, en el referido al desempleo, se suele hacer referencia a Japón y otros países asiáticos, en los que en la relación laboral, no sólo aparece el factor económico, sino también otros, en especial el cultural<sup>125</sup>, que aporta un ingrediente especial, cuya influencia sobre aquél no puede ignorarse. Lo cierto es que se impone un diálogo entre ambas posiciones, a fin de tener una opinión informada sobre una realidad compleja -no siempre fácil de captar-, por lo que las terapias que se aconsejan para lograr la solución de los problemas que se plantean, deben ser no sólo cautas, sino elaboradas sobre la base de una visión amplia que tenga en cuenta todos los elementos.

Frente a la afirmación que tiene en cuenta lo económico, de que la reducción de salario puede producir un aumento del empleo, aunque sea a corto plazo (precario), cabe preguntarse si ese costo se compatibiliza con las aspiraciones del ser humano. Además ¿es esa una manera de aumentar la productividad?, teniendo en cuenta que ésta

<sup>124</sup> Qué usa el Evangelio.

<sup>125</sup> Ver Moyano Llerena, Carlos, *El capitalismo en el siglo XXI*, ed. Sudamericana, 1996; Fourastié, Jean, *La realidad económica*, ed. Emece, 1980. En las nuevas técnicas de organización del trabajo (ver nota 117), se hace referencia a "calidad total", "círculos de calidad", a través de los cuales los trabajadores asumen el rol de integrantes de la empresa (no actúan como meros ejecutores externos).

no es el centro de la cuestión, ya que es un presupuesto (necesario) para lograr una mejor calidad de vida, la que, por otra parte, requiere "mano de obra calificada", cuya formación se obtiene a través de la experiencia recogida en el desarrollo de la tarea.

Otro de los temas que dividen a laboristas y economicistas es el que se refiere al rol que le compete al Estado. Para muchos de los primeros, el Estado es indispensable para equilibrar una relación en la que las partes (en la relación individual) se hallan en un apreciable desnivel de fuerzas, por lo que se requiere que la ley cree diferencias de trato, precisamente, para compensar las que se dan naturalmente. En este aspecto, es fundamental la regla de acción<sup>126</sup> según la cual la proporción óptima es "tanto Estado como sea necesario y tanta sociedad como sea posible". El primero tiene un rol fundamental que debe ejercer, pero debe dejar un amplio margen a la iniciativa de las partes -en este caso, los trabajadores representados por sus sindicatos y los empleadores- en lo que se refiere a la determinación de las condiciones y de la elaboración de la norma objetiva que regula las relaciones de trabajo, a través del convenio colectivo. En el caso que analizamos, la flexibilización no ha de lograrse por imposición del sector empleador, ni por la acción exclusiva de la ley estatal, sino a través de la negociación tripartita<sup>127</sup>, en la que el Estado defiende los intereses de la comunidad que no tiene otro representante en la mesa en que se barajan las diversas propuestas que, sin duda, tienen un fuerte impacto sobre ella. Las políticas a alto nivel deben ser fijadas a través de acuerdos de esa índole, sin perjuicio de que su implementación se

<sup>126</sup> Ver Messner, Johannes, *Ética social, política y económica a la luz del derecho natural*, pgs. 239, 583, 857, 943, 976, 980, 982 y ss., Ed. Rialp, 1967; *La cuestión social*, pgs. 377, 603 y ss., Ed. Rialp, 1960.

<sup>127</sup> Este es uno de los tópicos en que la OIT, a partir de su fundación en 1919, ha insistido. Por supuesto no basta la participación de los actores sociales (condición *sine qua non*); se requiere, además, que exista un diálogo (que tiene sus propias exigencias) fundado sobre la buena fe y el firme deseo de compartir la convivencia en un clima de justicia, ver Fuentes Puelma, Carlos, *La flexibilidad normativa laboral*,... ya citada en nota 117.

negocie a través de acuerdos de tipo marco o de actividad, rama, en la que la especificidad de la materia permite la eficaz intervención de los actores sociales.

Vinculado con el tema del rol del Estado, se halla el de la homologación de los CCT, función que en nuestro país se ha reservado éste<sup>128</sup>. Esto parecería compadecerse con nuestra práctica en la materia, en la que los convenios se conciertan a nivel de actividad, con lo que el Estado, a través de un juicio de oportunidad<sup>129</sup>, pondera si el acuerdo ha de traer aparejadas consecuencias desvaliosas para la comunidad. En la medida en que la negociación se realice a nivel de empresa, dicho control deja de tener vigencia, toda vez que en una economía abierta el empleador, que ejerce la gestión de la producción, tiene como parámetro de sus posibilidades las que le ofrece el mercado. Por lo tanto, si éste, de hecho, ejerce esa función, no tiene sentido que lo haga el Estado a través de la homologación.

En tanto que el proceso de producción se complica como consecuencia de la utilización de nuevas tecnologías, insumos y sistemas de organización empresarial, aparece una serie de funciones que debe desarrollar el Estado, entre ellas, la formación profesional, ya sea a través de la propia empresa<sup>130</sup> o de la tarea docente, formal o informal. La preparación de los recursos humanos, que de ello se trata, es tarea primordial del gerente del bien común, lo que no significa que él monopolice la tarea, pero sí que la aliente, oriente, supla la acción privada y la complemente en ejercicio de la irrenunciable función

<sup>128</sup> De acuerdo con el art. 3 bis, dec. 199/88, reformado por dec. 470/93, los convenios por empresa no requieren ese trámite de carácter constitutivo.

<sup>129</sup> Aunque, normalmente, se hace referencia al de legalidad, de manera tal que la autoridad administrativa puede negar la homologación a un acuerdo que, en perjuicio del trabajador, viola el orden público laboral, esa tarea le está reservada al juez que conoce cada caso. El examen que aquel realiza no purga el posible vicio, de ese orden, que pudiera tener la norma convencional.

<sup>130</sup> Que aunque realiza una tarea que lo beneficia (preparación técnica de su personal), es de carácter público. Esto no significa que las tareas de este tipo *sólo* deban ser llevadas a cabo por el Estado, pueden serlo a través de la gestión privada.

subsidiaria que está a su cargo. Lo mismo cabe decir en materia de medicina y seguridad en el trabajo, en las que la Administración Pública Laboral debe realizar una labor de prevención a través de reglas precisas y practicables, que tiendan a disminuir los riesgos del trabajo, así como el control del cumplimiento de las mismas, lo que es fundamental. En esta materia, ante la imposibilidad práctica de que la Policía del Trabajo pueda realizar un eficiente servicio respecto de todos los establecimientos, es importante que dicha función también pueda ser ejercida por otros organismos, ya públicos o privados, que tengan incumbencias que les permitan ejercer ese control, con cargo de informar a la autoridad administrativa las infracciones que detecten<sup>131</sup>.

En materia de despidos -tema de principal importancia-, en la que se modifica uno de los criterios básicos del derecho del trabajo clásico, la seguridad en el empleo a través de la flexibilización de salida<sup>132</sup>, estimamos que corresponde distinguir entre la rescisión incausada con aquella otra que responde a razones de carácter tecnológico y de reorganización productiva, procesos frente a los que no siempre es factible que la norma pueda resultar eficaz para evitarlos a través de la penalización del empleador que los decide<sup>133</sup>. Mientras que en el primer caso, parecería lógico que cuando se produce un despido de esa naturaleza, la ley sea rigurosa con el empleador, no procede igual temperamento con los otros. El progreso técnico, que al igual que muchos otros fenómenos sociales, es ambivalente<sup>134</sup>,

<sup>131</sup> Esa función de colaboración activa con la Policía de Trabajo, puede realizarse a través de las asociaciones sindicales o de otros organismos como las Administradoras de Riesgos de Trabajo creadas por ley 24.557, que deben denunciar a la Superintendencia de Riesgos de Trabajo los incumplimientos a las normas de higiene y seguridad que detecten respecto de sus asegurados (cuyo control está a su cargo).

<sup>132</sup> Se trata de medidas que facilitan que el empleador pueda disponer la cesación de la relación contractual.

<sup>133</sup> Por lo común, para estas situaciones se habilitan procedimientos de crisis, tal como lo establecen la ley 24.013 (arts. 98 a 105) y la ley 24.522 (de Concursos y Quiebras; art. 20, párrafo 6°).

<sup>134</sup> Produce beneficios y desventajas, a veces respecto de las mismas personas y, en otras oportunidades, en relación con distintos sectores. En cada caso, para juzgar respecto de la utilidad o desventaja de un proceso, debe formularse un balance de los pro y contras que provoca no sólo en cuanto a su magnitud cuantitativa, sino cualitativa.



constituye un riesgo que debe asumir la comunidad. En definitiva, el mismo juega en su beneficio; los efectos perniciosos que produce recaen sobre determinados sectores o personas, en el caso, los trabajadores que pierden sus empleos sustituidos por nuevos procedimientos e instrumental que mejoran la competitividad. El problema social que plantea ese fenómeno no puede ser combatido con la prohibición del despido, sino con medidas que tiendan a recalificar en otras habilidades que la comunidad requiere o requerirá en un futuro próximo, así como en el incremento de puestos de trabajo productivos<sup>135</sup> que absorban la oferta de trabajo<sup>136</sup>. La estabilidad en el empleo (seguridad), favorece la formación y el aprendizaje en la empresa, al tiempo que disminuye los riesgos de trabajo, que se incrementan en función de la alta rotación del personal que no permite su formación técnica y, en especial, advertir los peligros que significa el uso del instrumental, así como los procesos que se realizan<sup>137</sup>.

La ausencia de un mercado activo de trabajo, normalmente, lleva a una cierta petrificación en los puestos de trabajo, lo que requiere, ante la falta de movilidad, establecer una mayor protección para evitar la desgracia que significa perder un empleo muy difícil de reemplazar en las condiciones que se presentan. Ello tiene una secuela no sólo en el orden individual, sino también en el global. Frente a situaciones de esa índole, la solución no parecería estar en la rigidización del empleo, ni en reducir los salarios para evitar los despidos, sino en facilitar una coherente movilidad de los recursos, en especial los de "mano de obra", a través de su oportuna y eficaz recalificación. Se

<sup>135</sup> Es factible que, a fin de evitar ciertos graves problemas sociales que plantea el desempleo, deba optarse, transitoriamente, por admitir la prosecución de tareas de menor grado de productividad.

<sup>136</sup> No obstante el descenso de los índices de natalidad en gran cantidad de países, la fuerza de trabajo aumenta en razón no sólo de la inmigración, sino del acceso al mercado de trabajo de personas cuyos antepasados no lo hacían, por lo menos, en una proporción relevante, tal como ocurre con las mujeres.

<sup>137</sup> Parte de los infortunios laborales se producen como consecuencia del desconocimiento de la peligrosidad de las tareas que se realizan, por lo que el recién ingresado es un candidato a sufrirlos.



trata de implementar una política que incite a actuar, no a mantener una posición estática, "dormirse en los laureles", ante una realidad que cambia en forma acelerada, lo que exige adoptar medidas rápidas y oportunas, a fin de adecuar la norma (ya estatal, convencional colectiva o aun privada) a las nuevas circunstancias<sup>138</sup>. Ante el desafío actual provocado por las decisivas mutaciones que se producen, se requiere promover el cambio, pero preservando valores que posiblemente deben concretarse en contenidos distintos a aquellos otros a través de los cuales se expresaron en épocas anteriores. La protección del trabajador, que constituye el centro del derecho del trabajo, debe mantenerse, pues constituye el eje que asegura un cierto equilibrio entre dos partes que, en la relación individual, tienen desigual capacidad de diálogo. Sin duda, es comprensible que ante el cambio de circunstancias -esa protección que se mantiene en un nivel normal- deba concretarse de una manera distinta. Se trata en definitiva de concretar una flexibilización socialmente aceptable<sup>139</sup>.

Las transformaciones que se han producido y que continuarán en el futuro, han traído aparejadas consecuencias importantes en cuanto se refiere al factor humano que interviene en el proceso productivo. En razón del gran dinamismo, se requiere una dosis de creatividad, así como de conocimientos que superan las exigencias de épocas anteriores, tanto en lo que se refiere a las tareas de conducción y programación, como a las de ejecución. Las innovaciones que se deben introducir en los procesos, así como en la organización a fin de mantener un nivel de competitividad que permita la colocación de los bienes y servicios en un mercado cada día más exigente y cuya satisfacción reclama soluciones rápidas y eficaces, sólo puede lograrse en la medida en que el factor humano ha sido valorizado con el saber.

<sup>138</sup> Ver von Potobsky, Geraldo, *La normativa laboral frente a la reestructuración, el desarrollo y la globalización de la economía*, Rev. "Relasur", Montevideo, N° 6, pág. 9 y ss. (hay separata) págs. 19,22 y ss.

<sup>139</sup> Esta denominación ha sido introducida por la OIT., ver Potobsky, op. cit. en nota anterior.

La riqueza, a través del tiempo, se ha expresado de diversas maneras. En una época caracterizada por un lento crecimiento económico, fue la propiedad inmobiliaria, toda vez que la tierra era el elemento con capacidad para producir bienes en forma más eficiente, por lo que la posesión de la misma constituía el principal elemento de fortuna. Con el transcurso del tiempo y los avances tecnológicos, el principal motor de la producción de bienes y servicios fue la propiedad mobiliaria. Sin perjuicio de que, en la actualidad, la posesión de dichos elementos sigue siendo un signo de opulencia, han sido desplazados del primer plano por el saber, es decir, la capacidad de la inteligencia humana para conocer la realidad y poder transformarla para ponerla al servicio del ser humano, aunque, a veces, no con el fin de construir una sociedad más justa, sino al contrario, para destruirla en sus valores fundamentales.

Ese elemento, a diferencia de los anteriores, no es exterior al hombre, sino que se incorpora a él, a su inteligencia -el recurso más importante, en cuanto tiene capacidad para adaptar todos los demás que la naturaleza nos brinda, pero que en su estado natural no alcanzan a satisfacer nuestras necesidades-. En primer lugar, es necesario extraerlos de su ámbito propio, analizar sus propiedades para satisfacer aquéllas, su combinación a fin de lograr maneras más eficientes para que cumplan ese objetivo. Todo ello se puede realizar en la medida en que el ingenio humano los descubra y adecue para que puedan ser útiles. De la misma manera, se requiere que a través de esa misma vía se descubran y apliquen los procedimientos necesarios no, sólo para lograr esa adaptación, sino también para su preservación y desarrollo.

Esa tarea de incorporar el saber a cada persona, se realiza a través de la educación, ya formal o informal, que constituye en la actualidad uno de los principales objetivos de la vida social (podría decirse, en cierta forma, una gran fábrica). A través de ella, se ayuda al ser humano, centro y protagonista de la vida social, a crecer en la propia línea de su ser a fin de convertir todos los demás recursos. La capacidad de cada hombre y mujer para realizar esa tarea, depende del

grado de conocimiento que ha adquirido y está en condiciones de aprovechar para lograr el dominio de la naturaleza, lo que se realiza, precisamente, a través del trabajo<sup>140</sup>. El tema tiene una importancia fundamental en el ámbito del derecho del trabajo, ya que el nivel de eficacia para realizar esa tarea -auténtica contribución a la comunidad-, se logra a través del acervo cultural que cada uno ha logrado elaborar.

Dentro de una comunidad que medianamente se adecue a criterios de justicia, la retribución por esa colaboración debe guardar proporción con ese aporte<sup>141</sup>. Es este uno de los campos importantes que se le abren a la acción del Estado (que se retira como productor de normas laborales, tarea que queda en manos de la negociación colectiva), la que difícilmente puede realizarse desde otro sector. No se trata de que aquel se convierta en el único hacedor de saber, pero sí, en su apoyo a fin de lograr su difusión, con lo que contribuirá a promocionar las acciones que puedan realizarse a través de otros ámbitos. En cuanto se refiere al tema que analizamos, es fundamental que la comunidad se preocupe por la formación de todos y cada uno de sus miembros, como un modo de posibilitar el desarrollo de las acciones que se realizan: "sembrar" saber en las inteligencias humanas, tanto en el nivel de la formación postuniversitaria y universitaria, media, técnica y aun primaria, de modo de facilitarle (no imponerle) a cada miembro de la comunidad, el desarrollo de su capacidad de inteligencia, que es uno de sus principales atributos que lo distinguen de los demás seres creados.

En la actualidad, se destaca la importancia de la formación humana que se logra a través de la educación, que provee los instrumentos para dominar la naturaleza, no sólo respecto de la forma que podríamos llamar clásica, sino en especial de aquella que prepara analistas

<sup>140</sup> Ver nuestro *El trabajo humano*, de Eudeba, Bs. As., 1970, págs. 1, 13, 27, 40 y ss., y Cap. 1, págs. 5, 25, 46, 56, 68 y ss. del *Tratado de Derecho del Trabajo* bajo nuestra dirección, T. I, ed. Astrea, Bs.As., 1982.

<sup>141</sup> Que no sólo se concreta en la producción de bienes materiales y servicios, sino también, en la posibilidad de un mejor vivir para los miembros de la comunidad.

simbólicos, a quienes parecería que les está reservado hacer el mayor aporte en esta etapa de la historia humana<sup>142</sup>.

V. *Cambios de ejes en el derecho del trabajo*. Como una consecuencia de las modificaciones que se producen, los objetivos del derecho del trabajo, que se mantienen, apuntan a otros blancos. Esto se traduce en un desplazamiento de los centros que rigieron durante muchos años y fueron eficientes ante una realidad distinta. La normativa laboral que se diseñó sobre un modelo determinado, puso el acento en la garantía en el empleo, al que trató de darle cierta protección. A tal fin, se valió de diversas técnicas, entre ellas la estabilidad absoluta<sup>143</sup>, así como, en menor grado, la relativa<sup>144</sup>. Como lo hemos indicado, algunos autores hicieron referencia al derecho de propiedad del empleo.

Ese concepto de seguridad tuvo viabilidad en tanto la empresa podía darla. Parecería que en la actualidad ello no es tan factible, por lo que no se trata de obligarla a hacer algo que no siempre le es posible, lo que, en la práctica, no tiene sentido. No se trata de conservar un puesto de trabajo que tiende a desaparecer o condenar al empleador a abonar una "indemnización" por un daño que no le es imputable y que él, individualmente, no ha tenido oportunidad de evitar<sup>145</sup>. Resulta difícil vaticinar que las grandes o pequeñas empresas puedan tener la posibilidad de mantenerse en

<sup>142</sup> Ver Reich, Roberto, *El trabajo de las naciones*, citado en nota 112.

<sup>143</sup> Es aquella que sólo admite la rescisión del contrato por parte del empleador, cuando se funda en una causa imputable al trabajador o en razones de fuerza mayor.

<sup>144</sup> Según ésta, se admite la validez del despido incausado, pero la actitud del empleador está sujeta al pago de una indemnización, por lo común tarifada (aun en el caso de que el trabajador no sufra daño alguno), que opera como una responsabilidad objetiva, en cuanto se genera con el hecho (no requiere que haya culpa del empleador).

<sup>145</sup> Aunque, como lo indicamos en la nota anterior, la indemnización por despido opera como un caso de responsabilidad objetiva, el fundamento de ésta es un hecho que se considera imputable al deudor. En el derecho común, si éste desea liberarse de esa presunción, debe acreditar que el hecho ha ocurrido en razón de un acontecimiento extraño al aquel en virtud del cual se le atribuye responsabilidad.

funcionamiento a través de largos períodos<sup>146</sup> y, lo que es más importante, que puedan hacerlo respecto de su actual sistema de producción, ya no sólo material, de servicios, sino aun simbólico (que es el que absorbe trabajo humano), durante muchos años. Frente a los cambios que se producen muy vertiginosamente en razón de las novedades en el orden tecnológico, de organización, de la demanda, es casi imposible que se pueda mantener la misma estructura. Es factible que los cambios que deban introducirse para satisfacer una demanda distinta, exijan métodos operativos que requieren otras habilidades que no siempre el personal que había sido contratado para desempeñarse en determinadas tareas puede realizar, por lo que deberá recalificarse. A esa situación se agrega que la incorporación de tecnología provoca el desplazamiento de trabajadores cuya competencia técnica se convierte en obsoleta.

Dentro de las concepciones prevalentes en el derecho clásico, se estimó que era factible, y posible, que la empresa se hiciera cargo de tareas que le competen a la comunidad, tal, entre otras, el ejercicio de la medicina preventiva que se realiza a través de los exámenes periódicos que deben practicárseles a los trabajadores. Se trata de una tarea indispensable para mantener y mejorar la salud de la población, lo que hace pensar que la misma debe estar a cargo de la comunidad. De acuerdo con ese criterio, la LCT (art. 208 y cc.) puso a cargo del empleador el pago del salario mientras que el trabajador está impedido de prestar su débito en razón de una enfermedad o accidente "incurable"<sup>147</sup>. No se puede discutir la necesidad que tiene quien sufre un acontecimiento de ese tipo, de que alguien le brinde apoyo económico para poder enfrentar la situación<sup>148</sup>, lo que no significa que el

<sup>146</sup> De acuerdo con la experiencia recogida en los últimos años, empresas de primer nivel y gran tamaño, han sufrido la amenaza de ser desplazadas por otras más chicas que, en virtud de ello, tienen la posibilidad de moverse con mayor agilidad y adecuarse a las variantes condiciones del mercado.

<sup>147</sup> Se trata de aquellos en cuya producción no ha incidido un agente vinculado con la relación de trabajo.

<sup>148</sup> Falta de ingresos como consecuencia de no poder trabajar, y el aumento de los gastos a fin de reponer su salud (a este fin tiende la prestación de la Obra Social).

costo financiero lo deba soportar exclusivamente la empresa. Ésta, lógicamente, lo traslada a los precios y, en un mercado abierto, no siempre es fácil competir, tanto en el orden interno como en el extranjero, con otras empresas en cuyos países se han adoptado otros métodos de financiación, por lo que el peso no recae exclusivamente sobre las unidades económicas.

Uno de los cambios importantes que este hecho provoca es el desplazamiento de la financiación, que durante una etapa del desarrollo se puso a cargo de la empresa (es decir, del empleador), quizá por cuanto ello era posible en razón de la estructura social y de la producción, pero que parecería no adecuada a las actuales circunstancias. No se trata de dejar librado a sus propias fuerzas al trabajador que sufre ese tipo de contingencias sociales, pero sí de desplazar la carga financiera hacia la comunidad. Este es uno de los tantos temas que el derecho del trabajo actual enfrenta, ante los cuales no puede proponer las soluciones que dio en su etapa clásica (sin duda, adecuadas para esas épocas).

Estas circunstancias, entre otras, han hecho que en el derecho del trabajo aparezcan otros ejes. Uno de ellos, y fundamental, es el del empleo, tema que no fue considerado quizá con la debida atención en el derecho clásico. Con frecuencia, se sostiene que el tema no integra esta rama jurídica que se refiere a la relación ya establecida. Sin duda, ello es cierto, el desempleado no tiene derechos jurídicos que reclamarle a ningún empleador, lo que no significa que el tema sea ajeno a la política social en la que se integra el derecho del trabajo. Para que se dé la relación contractual, se requiere que haya alguien que absorba trabajo humano<sup>149</sup>. Si ese proceso no opera, no hay oportunidad para que se establezca el vínculo laboral, por lo que no puede manifestarse que el hecho es ajeno a la temática de esa rama jurídica. La importancia que asume el tema ha hecho que en algunos países, a la

<sup>149</sup> Como lo hemos indicado en nota 105, la principal absorción del trabajo humano se opera a través de la demanda indirecta de las empresas.



denominación de los organismos que tienen a su cargo llevar adelante la política de trabajo, se les adiciona el término empleo.

Además, la empresa, tanto pública como privada, que normalmente es la principal demandante de trabajo humano, pasa a ocupar un lugar preeminente en la consideración del derecho del trabajo, de manera tal que su desarrollo es motivo de especial preocupación. Si esta no goza de buena salud, entra en crisis y no produce empleos, al contrario, los destruye. Se va abriendo camino la idea de que el bienestar de los trabajadores depende del mayor o menor grado de eficiencia (en un mundo globalizado y muy competitivo) que ha alcanzado la empresa. Por lo tanto, su consideración, de una manera expresa o implícita, es materia de especial atención en los acuerdos colectivos que se celebran, así como en la legislación de emergencia que se ha sancionado en la mayor parte de los países<sup>150</sup>. No es que se trate de introducir un factor ajeno, sino de reconocer que la relación laboral se da dentro de un contexto, por lo que éste no puede ser ignorado. Podríamos decir que sin empresa casi no hay derecho del trabajo. En ese caso, las prestaciones laborales que constituyen el substrato de esa disciplina se reducirían a las que son fruto de la demanda directa, es decir, la formulada por los particulares para satisfacer sus necesidades y las de su grupo familiar que actualmente representa una mínima parte dentro del total de las relaciones que se ejecutan diariamente.

Otro de los temas que, si bien no es nuevo, ahora ha adquirido relevancia, es el de la viabilidad económica de la empresa, para lo que la misma debe haber alcanzado un cierto nivel de productividad que la haga competitiva en un mercado globalizado. Esas expresiones de orden económico no siempre son aceptadas por los especialistas en la materia que, como lo anotamos, ponen el acento en lo social y, ciertamente, con frecuencia desprecian esas consideraciones como si las mismas dañaran el concepto de relación laboral que no puede

<sup>150</sup> Ver Borrajo Dacruz, Efrén, *¿Reforma laboral o nuevo Derecho del Trabajo?*, en "Actualidad laboral", N° 34, 19 de septiembre de 1994.



ser contaminado con criterios que degradan la dignidad del trabajo y del trabajador, realidad esta que parecería que se la quiere subordinar a preocupaciones de aquel orden.

En el caso, como en muchos otros, es importante saber separar el grano de la paja; los excesos, por desgracia frecuentes, que en forma consciente o no, se proponen ese objetivo, no por ello pueden ser motivo para negar el rol que le compete a la economía no sólo en la vida de cada hombre, sino también, como es lógico, en la de las diversas comunidades. Aquella no es el único, ni quizá el más importante factor de la vida social, pero la integra y no puede menospreciársela, a menos que se intente esbozar una comunidad de seres extraterrestres. La realidad que, de suyo, es compleja y difícil de captar en su auténtica dimensión, requiere un intenso y fructífero diálogo entre laboristas y economistas, así como con los demás especialistas de las diversas ciencias sociales y humanas<sup>151</sup>. El bien vivir social -que no debe ser sólo una palabra, sino una realidad tangible- necesita el aporte de quienes se plantean el conocimiento de la vida social y tratan de descubrir su sentido. El fenómeno jurídico es dependiente de esa contribución, ya que su misión es la de establecer órdenes de repartos en una realidad que sólo se alcanza a comprender cuando se tiene una visión total de ella, no parcial. El derecho no crea la vida, sólo intenta organizarla de manera que en ella se encarne el valor justicia, o sea, asignarle a cada uno lo suyo, lo que necesita para lograr un equilibrado desarrollo de su persona dentro de un ámbito de convivencia<sup>152</sup>, en el que el bienestar no se alcanza con la imposición de unos sobre otros, sino en la difícil tarea de compartir lo que se ha elaborado en conjunto.

Como consecuencia de esas modificaciones, el propio derecho del trabajo se ve precisado a admitir nuevas estructuraciones a fin de ofrecer otras maneras de concertar las relaciones, admitiendo, en

<sup>151</sup> Ver nuestro *El rol de la competitividad y su impacto sobre las relaciones laborales. Un intento de aporte al necesario diálogo entre economistas y laboristas*, en "TySS" 1996-320.

<sup>152</sup> Esta le es connatural, ya que el ser humano es constitutivamente social.

algunos casos, figuras contractuales antes prohibidas<sup>153</sup>. Uno de los campos que han sufrido ese impacto ha sido el de la elaboración de la norma objetiva. A partir del surgimiento de esta disciplina jurídica, normalmente fue el fruto de la actividad del Estado que, no obstante el desarrollo del sindicalismo, por lo menos en la Argentina, fue la principal fuente normativa (heterónoma). La modificación que se ha producido requiere un cambio en la materia. La norma negocial colectiva que tiene la ventaja sobre la estatal de poder ajustarse mejor a las diversas circunstancias fácticas, al mismo tiempo, facilita la participación de las partes, en especial de los trabajadores a través de su representación sindical, lo que permite que los propios interesados por medio de un trato directo, pacten las condiciones de trabajo.

De acuerdo con las nuevas modalidades, se aprecia la ventaja de adoptar nuevos modos de concertación a fin de dar soluciones más adecuadas a la realidad. Una de ellas es la reducción del ámbito de aplicación de la norma convencional a través de la descentralización de la negociación. Hasta la década de los noventa en la Argentina, salvo algunas excepciones<sup>154</sup>, esta última tenía como centro a la actividad, de manera tal que los acuerdos solían ser pactados para todo el país, no obstante las diferencias que ofrecen las distintas regiones<sup>155</sup>. Se nota una tendencia a bajar ese centro a la unidad económica, lo que no obstante la conveniencia práctica en cuanto se refiere a la determinación del contenido -ya que permite una mayor adecuación a la realidad-, ofrece algunos inconvenientes en cuanto a su instrumentación.

<sup>153</sup> Tales como las de carácter temporario.

<sup>154</sup> En la actividad automotriz, en las ex-empresas del Estado que luego de las privatizaciones han continuado con esa práctica y en algún sector de la industria textil.

<sup>155</sup> Para balancear esa situación, se adoptaron quitas y plus zonales, estos últimos, en especial, para la zona sur del país. En algunas provincias, se consideró que las primeras constituían un atentado contra ellas, por lo que se prohibieron por leyes especiales (en un evidente exceso, ya que la materia no es competencia provincial, actual art. 75, inc. 12, Constitución Nacional).

En primer lugar, la organización sindical argentina se ha desarrollado sobre la base de sindicatos de actividad, de manera tal que la ley sólo le confiere la representación de los intereses colectivos a la asociación (una por sector de acuerdo con el mapa sindical) más representativa. Por lo tanto, es la única que dentro de cada parcela tiene la posibilidad de concertar acuerdos de esa índole. No puede hacerlo la comisión interna del establecimiento, ya que carece de personería para ejercer esa función, que le corresponde -en monopolio- al sindicato con personería gremial<sup>156</sup>. Como lo hemos indicado, salvo el sector automotor, no es frecuente que los sindicatos de actividad concierten acuerdos de empresa, para lo que no hay inconveniente de orden legal<sup>157</sup>. Dada la estructura de la empresa argentina, la mayor parte de ellas no tienen un gran número de trabajadores, lo que no les permite a estos (representados por su comisión interna) tener la suficiente capacidad de diálogo frente al empleador. Éste, además de su mayor capacidad en la materia, normalmente, integra una cámara empresaria que puede brindarle asesoramiento. Estimamos que esa dificultad podría superarse a través de un operativo similar, requiriendo la asistencia técnica del sindicato de actividad que puede proveer los elementos necesarios para concertar un negocio de esa naturaleza, para lo que se necesita contar con elementos no fácilmente disponibles<sup>158</sup>. Es más fácil que un sindicato de actividad pueda analizar la información que brinda la empresa<sup>159</sup> y cotejarla con la realidad, así como las perspectivas futuras en función de las cuales deben establecerse las condiciones de trabajo.

El PEN, a través de algunas disposiciones recogidas en sucesivos decretos reglamentarios, ha tratado de bajar el nivel de la contrata-

<sup>156</sup> Quedan excluidos de esa negociación los que no gozan de esa personería (ver nota 84).

<sup>157</sup> No obstante ello, existe una fuerte tendencia en los dirigentes sindicales a que los acuerdos se negocien por actividad, no por empresa.

<sup>158</sup> La situación del mercado no sólo interno, sino de otros países en los que deben colocarse los productos nacionales, las perspectivas futuras en virtud de las cuales se debe negociar, etc.

<sup>159</sup> Práctica que no es común en el país, pero que habrá de imponerse como una señal de los tiempos.

ción<sup>160</sup>, lo que no se compadece con el criterio prevalente en la mayor parte de los dirigentes sindicales, en especial los de cúpula.

La descentralización de la negociación, en la medida en que se concreta, lleva a una red de acuerdos de diverso ámbito que requieren reglas especiales para compatibilizarlos. En la práctica de otros países, es frecuente que se celebren convenios a nivel marco, en los que se trazan las grandes líneas a las que debe ajustarse la negociación en los estratos inferiores, estableciendo normas que deben ser acatadas. Esa articulación provoca la existencia de varias de éstas, ya dictadas por el Estado o por los mismos interlocutores sociales, que pueden ser aplicadas a un mismo caso (conurrencia)<sup>161</sup>, por lo que, al efecto, conviene que existan reglas ad hoc para resolver los problemas que se presentan. En su proyecto, el PEN establece las siguientes: a) el acuerdo de ámbito menor prevalece sobre el de ámbito mayor; b) el ulterior deja sin efecto al anterior al que sucede; c) uno posterior de ámbito mayor no afecta la vigencia de uno anterior de ámbito menor; d) el acuerdo puede establecer su disponibilidad por otro de distinto ámbito.<sup>162</sup>

<sup>160</sup> Ello también surge del proyecto remitido al Congreso en octubre de 1996 y de los decretos 1554/96 y 1555 del 18/12/96. Según el primero, se facilita el trámite para que las partes negocien directamente. Cuando los cita el MTSS, podrán acordar hacerlo en esa forma o "bajo la coordinación del funcionario que se designe". Los mismos deberán indicar "con precisión el ámbito funcional personal y geográfico que pretende". En caso de desacuerdo, la autoridad administrativa lo definirá, de modo que "comprenda y no supere los ámbitos en que se superpongan las propuestas de las partes". De acuerdo con el segundo, referido a las PE, se establecen mecanismos para que "la comisión interna, los delegados de personal y organismos similares" puedan negociar el convenio con un empleador. Las "entidades sindicales de grado inferior" están habilitadas para solicitar que la de grado superior inicie una negociación; si ésta no lo hace, aquella queda legitimada (por delegación tácita) para hacerlo directamente.

<sup>161</sup> Ver Goldín, Adrian, *Conurrencia, articulación y sucesión de normas laborales*, en "DT" 1986-B-931; Martín Valverde, Antonio, *Conurrencia y articulación de normas laborales*, "Rev. de Política Social", Madrid, julio-septiembre de 1978. Respecto del rol que el Estado debe asumir en esta materia, ver Montoya Melgar, Alfredo, *El Estado frente a la autonomía colectiva*, "TySS" 1989-769.

<sup>162</sup> Esas reglas hasta ahora no han sido necesarias, pues no se da el fenómeno de la conurrencia de normas. En cada sector rige una sola, la que emerge del convenio de actividad.

Como lo hemos indicado, se tiende a que la "desregulación" se efectúe a través de la negociación, como una forma de facilitar la retirada por parte de la ley estatal en la determinación de las condiciones de trabajo, a fin de que la trama normativa sea elaborada a través de la negociación entre los interlocutores sociales. Para ello, se requiere asegurarles las condiciones necesarias para que se hallen en una cierta paridad dialogal. Ese retiro por parte del Estado -en el caso, de la sanción de normas laborales- no significa que éste desista de su rol como gestor del bien común. A ese efecto debe asumir las funciones necesarias para crear las condiciones indispensables para que el "mercado de trabajo" sea un espacio social en el que las partes puedan intercambiar sus aportes, dentro de un clima de respeto de sus derechos y cumplimiento de sus obligaciones -de justicia- que permita el desarrollo integral (no sólo parcial) de todos y cada uno de los miembros de la comunidad (lo que constituye el objetivo de la vida social). De esa manera, tanto el mercado como los diversos institutos laborales, deben constituir el marco que facilite ese crecimiento humano (no sólo económico).

El futuro de las relaciones laborales ha de implicar profundos cambios, no únicamente de orden legal, los que -como hemos intentado acreditar- sólo tienen sentido en la medida en que gocen de un fuerte soporte en la cultura de la comunidad, es decir, en lo que cada miembro de ésta considera que es el otro que con él comparte y recorre la vida, cuáles son sus obligaciones y derechos<sup>163</sup>. La solución del problema social supera en mucho el cambio de la normativa -que es una condición necesaria, pero no suficiente-; en lo fundamental, se trata de un problema ético, que hace al fundamento de las relaciones humanas. Ello depende de la concepción prevalente en una comunidad, respecto de si quien actúa ejerciendo un rol determinado: empleado, empleador, autoridad civil, es un igual que recorre con noso-

<sup>163</sup> Entendemos que la prioridad la tiene la obligación. Los derechos tienen como fundamento posibilitar el cumplimiento de aquellas. Este concepto no es admitido en una sociedad que ha exaltado los derechos y, a veces, obscurecido el concepto de débito social.

tros la vida, ejerciendo una función distinta y necesaria para construir el bienestar común, o un enemigo o un explotador, al que, por razones de supervivencia, hay que eliminar o dominar. En otras palabras, consideramos que la base de la relación no debe ser la de una actitud de confrontación, sino de colaboración.

Con la primera, nadie gana; quienes pretenden mantener el dominio de la situación para su provecho, o a través de ese escudo intentan defenderse de los más poderosos, siembran discordia que es el principal elemento que produce situaciones de injusticia (no sólo económica, sino moral, que es más grave). Esta, precisamente, no favorece el clima social propicio para que cada uno pueda alcanzar el pleno desarrollo de su vida en la línea de su ser personal, de su existencia. Esa situación sólo engendra odio, violencia, guerra, con las que nada positivo, desde el punto de vista humano, se obtiene. Esa situación reclama una participación activa por parte del Estado, a fin de crear las condiciones indispensables para que la fuerza que lleva a los seres humanos a la sociabilidad, que con frecuencia se traduce en oposición -que parecería nacer como fruto espontáneo de la vida social<sup>164</sup>- se encauce hacia carriles cada día más transitados de colaboración, único camino para que pueda ser posible que todos podamos vivir juntos y en amistad.

Ese programa, para que no quede en el plano de la utopía inalcanzable (sin sentido), sólo puede lograrse en la medida en que cada uno de los miembros de la comunidad -tanto local, nacional, regional, como internacional- actúe como interlocutor válido en la vida social. Ese débito que en especial les alcanza a los que tienen mayor responsabilidad<sup>165</sup>, debe plantearles a todos, como norte de su vida, el cum-

<sup>164</sup> Ello es una consecuencia de la llamada "lesión antropológica" a la que hicimos referencia en texto y cita 2. Como consecuencia de ese hecho, nuestra naturaleza quedó "herida" y, precisamente, una de las tareas importantes que deben convocar a la sociedad, es luchar para disminuir las consecuencias de esa lesión (entre otros, el egoísmo, las injusticias, las divisiones, el orgullo, etc.).

<sup>165</sup> En función del lugar que ocupan en la vida social, cultura, talento, etc.. Las obligaciones sociales están en función directa de lo que cada uno tiene (no sólo de orden material, sino también inmaterial).



plimiento estricto de sus obligaciones y la grandeza de no exigir del otro más de lo que constituye su derecho, aquel que le es necesario para lograr el pleno desarrollo de su persona y la de los grupos de que forma parte. En aquello que supera lo que es necesario (bienes materiales, talento intelectual, etc.) para alcanzar ese fin, deben tener conciencia de que son meros administradores, no dueños exclusivos, de lo que tendrán que dar cuentas.

Estimamos que al ius-laboralista, como a todo hombre de derecho -cada uno en la particular esfera de su competencia-, le cabe una grave responsabilidad en la construcción de lo que podríamos llamar una civilización del amor, de la paz, del desarrollo, de la verdad, no del odio, de la muerte. De acuerdo con ello y en las particulares circunstancias de nuestra historia de cambios científicos-técnicos-culturales, cabe tener muy presente la finalidad del derecho: establecer reglas de conducta para las relaciones entre seres humanos que tienen igual naturaleza y vocación, a fin de preparar un ámbito propicio para facilitar el pleno desarrollo de cada uno de los miembros de esta generación y de las futuras.

Los ejes de acción del ius-laboralista deben tener presente no sólo las características del ser humano -su naturaleza, su vocación-, de la vida social -su finalidad-, sino también el de las relaciones laborales (que se inscriben en ese contexto), así como el de la empresa como comunidad de personas (no sólo asociación de capitales), y de la asociación sindical como herramienta para lograr una mayor justicia social (en beneficio de toda la comunidad), no sólo para reivindicar derechos sectoriales que no siempre son reconocidos. No es fácil trabajar a fin de lograr el objetivo de ese programa de acción que, sin duda, no se obtiene sin lucha (no contra otros hombres, sino contra la injusticia, el egoísmo, la pobreza, la ignorancia, lo que obstaculiza el crecimiento humano de todos y cada uno de los hombres), ni de inmediato<sup>166</sup>. Lo importante, es tener conciencia de que se deben dar pasos diarios (aunque pequeños) hacia una mayor justicia social.

<sup>166</sup> La vida social, desgraciadamente, no es el paraíso terrenal. La lucha contra la injusticia no es fácil, ni le está asegurado un triunfo rápido.



## **EL DERECHO DE RESISTENCIA**

*Comunicación efectuada por los académicos Dres. Alberto Rodríguez Varela y Jorge R. Vanossi, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 24 de octubre de 1996*



## EL DERECHO DE RESISTENCIA

*Exposición del académico doctor Alberto Rodríguez Varela*

Antes de sintetizar las raíces históricas del derecho de resistencia, es conveniente que formule algunas precisiones terminológicas.

No voy a referirme en esta breve reseña a la *revolución*, entendida por Linares Quintana como *cambio radical y violento de las instituciones de un Estado, con quiebra de la continuidad del orden jurídico*. Tampoco a la insurrección, en el sentido de alzamiento armado, que puede ser expresión del ejercicio del derecho de resistencia o de un simple *golpe, motín o cuartelazo*. Dejaré, asimismo, de lado, los conceptos de *rebelión* y *sedición*, en la acepción que a estos vocablos otorga el Código Penal vigente.

Sólo haré en este breve trabajo una recapitulación de los antecedentes doctrinales que contribuyeron al paulatino reconocimiento del *derecho de resistencia a la opresión*.

### *Grecia y Roma*

En Oriente, salvo casos muy excepcionales como el de Israel, la regla fue el despotismo más absoluto y la divinización de las autoridades. Hubo, sí, reflexiones morales, como la de Confucio, que anunciaban en el horizonte una apertura hacia el reconocimiento de la libertad interior, pero fueron sólo limitaciones éticas que no admitían recurso alguno ante su violación por los gobernantes.

Grecia significó, en la marcha del hombre hacia el pleno reconocimiento de la libertad, un gran avance. La mayor innovación que los helenos introdujeron en materia política fue la participación en la gestión estatal. Frente a los regímenes despóticos de Oriente, en los que los súbditos carecían de significación, los helenos exhibían con orgullo sistemas de *libertad política* que les permitían participar en la sanción y aplicación de la ley, en las decisiones ejecutivas y en la actividad judicial.

La afirmación de la libertad política, aunque la disfrutaran sólo los *ciudadanos*, constituyó, sin lugar a dudas, un notorio progreso. Pero la libertad concebida por los griegos adolecía de grandes falencias. No era, por lo pronto, la *libertad civil* cuyo reconocimiento -como veremos más adelante- viene al mundo a través de la tradición judeo-cristiana y, en particular, de la afirmación de que todo hombre es imagen y semejanza de Dios, y de que hay un ámbito que pertenece a la intimidad de las personas y las familias que no puede ser vulnerado por el Estado.

"Mientras Grecia -comenta Bidart Campos- estimula y practica la libertad política de los ciudadanos, ignora -como todo el mundo antiguo- la llamada *libertad civil*, o sea, la libertad personal que se desglosa en una serie de derechos subjetivos del hombre frente al Estado. Los ciudadanos votaban la ley, pero la ley podía mandarles o prohibirles cualquier cosa".

El gobierno de la ley (*gnomos*) existente en Grecia, es un antecedente importante del moderno *constitucionalismo*. Sin embargo, la democracia helena y su libertad circunscripta a la participación de los ciudadanos en las magistraturas, constituían la base de un sistema despótico. Los griegos no conocieron la noción de persona humana que trasciende al Estado y tiene vocación de eternidad. Incluso su religión politeísta estaba al servicio de la grandeza y la gloria de la polis. El hombre, el ciudadano, era sólo una parte del Estado. El *gnomos* (la ley) era el vínculo que unía de modo profundo y total al ciudadano con su polis. "Frente al *gnomos* -afirma George Sabine- el griego no se pertenece; todo él, cuerpo, alma y bienes, sea cual fuere

la función que ejerza, es cosa del Estado, pues constituye una parte de él. Aristóteles compara a la polis con un todo vivo. Y en un todo orgánico la parte es nada por sí misma, recibiendo del conjunto su existencia y sus funciones. Separada del todo pierde su vida y su naturaleza. Pero si el individuo no constituye más que una parte dentro de un todo, está, como la parte, subordinado al todo. Por eso, de hecho, en Grecia, aun cuando se limitan los poderes de los magistrados y se reconocen derechos políticos a los ciudadanos, nunca se duda, empero, de que la Asamblea popular y soberana tenga derecho a disponer discrecionalmente, al menos por leyes generales, de la vida, de los bienes, de la libertad, y hasta de las creencias de los ciudadanos".

En este clima intelectual, en esta concepción del hombre y el mundo, resultaba virtualmente imposible que alguien invocara la existencia de un ordenamiento trascendente, superior y anterior a las leyes de los hombres, que sirva de sustento al derecho y aun a la obligación, en determinados casos, de desobedecer a los gobernantes.

Sócrates enfrenta la muerte que le impone un tribunal arbitrario, declinando la posibilidad de evadir esa condena injusta. Platón, gran regulador de las corrientes relativistas, escépticas y nihilistas, y eximio defensor de la Justicia, como causa final de su Estado perfecto, no vislumbra siquiera la posibilidad de legitimar la resistencia frente a la tiranía, a pesar de que descalifica este régimen con palabras severas. Su discípulo Aristóteles que -como él dijo- se consideró siempre más comprometido con la verdad que con las enseñanzas de su maestro, enmendó los desvaríos dualistas de Platón y avanzó hacia la sistematización del jusnaturalismo heleno a través de la distinción que formula en su *Ética* entre "lo justo en virtud de la naturaleza y lo justo en virtud de la ley". No alcanzó, sin embargo, a vislumbrar, ni siquiera de lejos, el derecho de resistencia.

El gran profeta y precursor del jusnaturalismo y del derecho de resistir las leyes injustas fue Sófocles. En su tragedia *Antígona*, a través de las palabras que pone en boca de su heroína, reivindica la

existencia de leyes divinas, de mayor jerarquía que las sancionadas por los hombres.

El tirano Creón le había prohibido, bajo pena de muerte, enterrar el cadáver de su hermano Polinices, por considerarlo un traidor a la Patria. "¿No sabes -le dice Creón a Antígona- que a quien la ciudad coloca en el gobierno, a ése hay que obedecer en las cosas grandes y en las justas, y *aun en las cosas que no sean grandes ni justas?*". En estas breves palabras se encuentran en embrión el *inmanentismo* y el *relativismo* -negadores de valores objetivos y trascendentes-, y sus inevitables consecuencias: *el absolutismo de Estado y la negación de todo derecho de resistencia*. El de Creón es un enfoque de la política y el derecho que ha recorrido veinticinco siglos, impidiendo el crecimiento del trigo de la parábola, y promoviendo la cizaña que en el siglo XX adquiere dimensiones apocalípticas a través de los totalitarismos arquetípicos: el fascismo, el nacional socialismo y el comunismo, todos descendientes directos de Creón y negadores de la reivindicación de Antígona.

La respuesta de Antígona en la tragedia de Sófocles es también antológica y vale por un tratado de filosofía jurídica y política:

"No creí -contesta Antígona- que tus decretos tuvieran fuerza para borrar e invalidar las leyes divinas e inmutables. *Pues existen leyes que no son de hoy ni de ayer, sino que siempre han estado en vigor y nadie sabe cuándo aparecieron. Y esas leyes no deben ser violadas por temor al castigo de ningún gobernante*".

En Roma, el *jusnaturalismo* se afianza a través del magisterio de los discípulos de Panecio de Rodas y Posidonio de Siria. De la noción de orden universal, desarrollada por los estoicos griegos, sus continuadores de Roma extraerán el *jusnaturalismo* que desarrollan Polibio y Cicerón. Sin embargo, el *jus resistendi* no tiene todavía cabida en el esquema de estos ilustres pensadores.

Heinrich Rommen señala acertadamente que la resistencia, en Roma, no fue un derecho sino un hecho cuyo estallido ocurría esporádicamente. Así la vemos en las sublevaciones de esclavos producidas en Roma, Míturiae, Delos y Asia Menor, en los movimien-

tos de los reyes Antíoco y Trifón de Sicilia, y en la rebelión de Espartaco al frente de los gladiadores. Pero la resistencia no existió como doctrina jurídica o filosófica.

### *Israel y el Cristianismo*

Sin menoscabo del avance que significó el aporte de griegos y romanos al desarrollo del *jus resistendi* y a la afirmación de un orden trascendente que le sirva de base, correspondió al pueblo israelita la misión de anunciar un nuevo humanismo. El hombre, en la perspectiva judía, pasa a tener un valor inmensurable. Es lo que surge de las misteriosas palabras pronunciadas por el Señor en el Génesis: 1, 26, cuando culmina su obra creadora expresando: *Hagamos al hombre a imagen y semejanza nuestra.*

El Cristianismo prolonga y amplía el humanismo que recibe de Israel, sin desdeñar los aportes culturales desarrollados por Grecia y Roma. Marcel Prelot destaca que el Cristianismo no significó una ruptura con el mundo antiguo. Pero la visión humanista alcanza ahora dimensiones infinitas, porque el evangelio propone a todos los hombres, como misterio de Fe, que Dios se hace historia al asumir en Cristo la naturaleza humana. Jesús, Dios y Hombre verdadero, enaltece a través del misterio de la Encarnación del Verbo al linaje humano sin exclusión alguna. Todo hombre, por la sola circunstancia de serlo, aparece ornado de una suprema dignidad: "Despojáos del hombre viejo con todas sus obras -dice San Pablo a los Colosenses- y vestíos del nuevo, que sin cesar se renueva para lograr el perfecto conocimiento según la imagen del Creador, en quien no hay griego ni judío, circunciso, bárbaro o escita, siervo o libre, porque Cristo lo es todo en todos".

Benjamín Constant y, entre nosotros, José Manuel Estrada en sus *Lecciones de Derecho Constitucional*, han señalado que los helenos, e incluso los romanos, conocieron algunas expresiones de *libertad política* que se traducía -como ya hemos dicho- en la posibilidad de



que los ciudadanos desempeñaran las diversas magistraturas y participaran en las asambleas. Pero la *libertad civil* por virtud de la cual los hombres, sin discriminación alguna, tienen derechos en el Estado y frente al Estado, derivados de ordenamientos suprapositivos que gobernantes y gobernados deben observar, fue desconocida por el pensamiento antiguo.

En cambio, en la visión cristiana, el Estado no debe servirse de los hombres sino que pasa a estar al servicio de ellos. Los gobernantes deben ser, en consecuencia, promotores del bien común, sujetos a normas objetivas y heterónomas irrenunciables de inexcusable cumplimiento. Cuando la ley es inicua, el cristiano *puede* y en ciertos casos *debe* aplicar el criterio fijado por Pedro -primer Pontífice de la Iglesia fundada por Cristo- cuando en Jerusalén se lo intimó a que cesara en la prédica del evangelio: "Es preciso obedecer a Dios antes que a los hombres". Con estas palabras el humilde pescador constituido en Vicario del Señor definió un principio moral que constituye *el basamento del derecho de resistencia a la opresión*.

No fue una enseñanza teórica. Los mártires que ofrendaron sus vidas en las diez terribles persecuciones que preceden al *Edicto de Tolerancia*, promulgado por Constantino el Grande en el año 313, ejercieron en forma pasiva el *jus resistendi*. Preferían afrontar el circo y las fieras antes que rendir culto de latría al Cesar y a los dioses de Roma. Los romanos no comprendían la actitud de los cristianos. Para ellos, como lo señala Federico Ozanam en sus estudios sobre los orígenes de la civilización cristiana, "el emperador era un verdadero dios en vida y en muerte, un dios que ordena, que quiere mañana lo contrario de cuanto había querido la víspera; cuya tiranía es tanto más abominable cuanto que se ejerce sobre las cosas morales sin admitir que pueda existir voluntad distinta a la suya".

El emperador, para la Roma pagana, era *legibus solutus*, estaba desligado de las leyes. *Quod principi placuit legis habet vigorem*: lo que el príncipe resuelve tiene fuerza de ley. Esto sin perjuicio de que los jurisconsultos sostuvieran la ficción de que el poder del *imperator* era ejercido por delegación del pueblo. Por ello expresa Ozanam que

el derecho romano del período clásico, modificado por la jurisprudencia de los Antoninos, es bello a la manera del Coliseo: constituye un monumento admirable, pero en él se arrojan los hombres a las fieras... Era menester que muriera el Imperio para que reviviera lo que constituía el alma del derecho romano, es decir, el principio de la equidad natural que inició su lucha con la sangre de Virginia sobre el Monte Sacro, que combatió por la palabra de los tribunos y por los edictos de los pretores, y que encontró energías renovadas en la filosofía estoica; pero *sólo el cristianismo fue capaz de otorgar al derecho el triunfo definitivo.*

Era necesario -observa Ambrosio Romero Carranza- el advenimiento del Cristianismo, "religión de libertad" como la calificó San Gregorio de Niza, para que, al final, triunfara definitivamente no sólo el verdadero espíritu del derecho romano sino también el principio del derecho natural, y para que brillara, con todo su esplendor, la doctrina del derecho de resistencia a la opresión. No significó ésta la proclamación del caos y la anarquía. Todo lo contrario. Importó, simplemente, la afirmación de que el ejercicio del poder debe estar sujeto al gobierno impersonal de la ley, concebida como ordenamiento de razón para el bien común, sin privilegios ni discriminaciones arbitrarias.

Contribuyó, además, a la paulatina comprensión de la libertad civil, y al afianzamiento del *jus resistendi*, la distinción que claramente expone el Señor en el Evangelio de San Lucas: "Dad al César lo que es del César y a Dios lo que es de Dios".

Tal vez numerosos contemporáneos de Jesús no advirtieron la hondura de la enseñanza y la conmoción que inexorablemente produciría en los criterios políticos que prevalecían en casi todo el mundo. "La distinción jurisdiccional entre lo temporal y lo espiritual -enseña Bidart Campos- no significa tan sólo un desdoblamiento. Significa algo mucho más profundo, o sea, que el poder del Estado no se ejerce sobre todo el hombre, porque en lo espiritual el hombre es súbdito de otra autoridad distinta: la religiosa. Sustraer al Estado un aspecto tan importante de la vida humana, cual es el de las relaciones

con Dios, es contener el absolutismo. La conciencia religiosa del hombre queda fuera de la jurisdicción política y es inviolable y sagrada".

### *La Edad Media*

El cristianismo promovió así un cambio de mentalidad que se exterioriza a lo largo de toda la Edad Media. La nueva visión del poder está claramente reflejada en el Fuero Juzgo (*Liber Judiciorum*), sancionado en el año 654, cuando ya estaba muerto su gran inspirador: Isidoro de Sevilla. En pocas palabras este cuerpo normativo sintetiza la posición del célebre Obispo de Sevilla frente a quienes ejercen el poder temporal: *rey serás si fecieres derecho, et si non fecieres derecho non será rey*.

El *dura lex sed lex* de los romanos, al amparo de una nueva jerarquía de los ordenamientos normativos y del creciente reconocimiento del *jus resistendi*, es reemplazado por un nuevo aforismo: *Injusta lex non est lex*.

Expresión de esta nueva mentalidad es el Cid Campeador exigiéndole en el año 1072 al Rey Alfonso de Castilla y León, en la Iglesia de Santa Gadea, que jure tres veces no haber instigado el asesinato de su hermano, Sancho el Bravo.

Manifestación, también, de la misma tendencia es la institucionalización del *jus resistendi* en documentos fundamentales del Medioevo. Segundo V. Linares Quintana señala que en España la resistencia era una garantía del respeto debido por el Rey a los fueros y privilegios de las villas. Mencionemos, a título de ejemplo, el derecho de resistencia contra los abusos de autoridad, incluso del mismo Rey, reconocido por Alfonso II de Aragón, en 1191, a Miguel Valmanzano, titular del castillo y villa de Leitaceo. En 1287 el rey Alfonso III otorga una carta a los aragoneses en cuyo texto se establecía "el derecho al alzarse contra el rey cuando cometiese desafuero contra alguno de los confederados o de deponerle, desterrarle o

substituirle por otro, si castigase a cualquiera de ellos sin sentencia de Justicia".

En el mismo espíritu se inspira la Carta Magna inglesa de 1215, en cuyo artículo 25 se constituye un comité de resistencia, compuesto de veinticinco barones, con el derecho de reprimir al rey en caso de que cometiera alguna transgresión.

Otra expresión medieval del *jus resistendi* la encontramos en la Bula de Oro, conocida como la Carta Magna de Hungría, sancionada durante el reinado de Andrés II (1235). En su texto se reconocía el derecho de resistir cualquier atentado contra las garantías consagradas en ese estatuto.

Numerosos ejemplos similares podríamos reseñar a través del examen de las libertades comunales proclamadas en los viejos fueros de León, Castilla, Navarra, Vasconia, Cataluña y Aragón. Como lo advierte Castro Albarrán, "el rey era rey en su derecho, pero el pueblo tenía algo de Pueblo-Rey en sus Behetrías y en sus Consejos Abiertos, descritos con gallarda altivez en las comedias de Lope de Vega". Sin lugar a dudas, los *compurgadores* que con el Cid le tomaban juramento al rey Alfonso y los *Procuradores de Aragón* que se dirigían al Rey diciéndole: "*Nos, que valemos tanto como Vos*", expresan la arraigada convicción medieval de que el poder debe ser limitado y que las extralimitaciones pueden generar el derecho o aun el deber de resistir.

En el plano de la doctrina, Manegold de Latenbach, según la exégesis de Herman Heller en su *Teoría del Estado*, sostuvo en el siglo XI "*que es lícito al pueblo expulsar a los tiranos*".

Otra figura de enorme interés es Juan de Salisbury (1110-1180), de la Escuela de Chartres. Nacido en Inglaterra, había sido secretario y amigo del célebre obispo-mártir Santo Tomás Becket, asesinado en tiempos del despótico Enrique II. En su obra *Policraticus*, publicada hacia 1160, sostiene que *siendo el tirano la imagen de Lucifer, es lícito, justo y conveniente darle muerte como Judith lo hizo con Holofernes*.

La posición expuesta por Juan de Salisbury en esta obra dedicada a los príncipes y señores de su época, pone de relieve la visión que en el Medioevo se tiene del ejercicio del poder. A diferencia de la antigüedad pagana, en la que el Estado era todopoderoso, en la Edad Media se afirma una concepción limitada del ejercicio del poder. Esta llega, en el caso de Juan de Salisbury, al extremo muy controvertible de legitimar el tiranicidio: "quien usurpa la espada merece morir por la espada". Por lo demás, siguiendo a Cicerón, la diferencia entre principado y tiranía es para el autor de *Polycraticus* terminante:

*Entre un tirano y un príncipe existe esta diferencia única o principal: que el último obedece a la ley y gobierna al pueblo de acuerdo con sus dictados, considerándose como mero servidor suyo.*

En la visión de Juan de Salisbury, representativa de la cosmovisión medieval, el príncipe es tal sólo si actúa con justicia, observando rigurosamente la ley. En caso contrario se transforma en un tirano y la resistencia por parte de sus súbditos constituye un derecho inalienable.

### *Santo Tomás de Aquino*

Tomás, hijo de los Condes de Aquino, nace en el castillo de Rocaseca, cerca de Nápoles, en el año 1225, y fallece a los 49 años de edad, el 7 de marzo de 1274.

Su obra intelectual es verdaderamente impresionante. No fue un simple compilador. Con un fondo marcadamente aristotélico, encontramos en su pensamiento modalidades y criterios nuevos y propios.

Santo Tomás, sobrino nieto del Emperador Federico Barbarroja, llevaba en sus venas sangre de los hombres del Norte y de los lombardos. Hay en él -señala Maritain- una "complejión maravillosamente equilibrada" que le lleva a sumar, en su formación doctoral, a "la Italia de los Papas, a la Alemania de Alberto el Grande, a la Francia de San Luis y de la Universidad de París, lo mismo que reúne la herencia de los Padres y la sabiduría cristiana, el tesoro de los griegos

y los latinos, de los árabes y de los judíos, es decir, el aporte completo de todo el mundo conocido en su tiempo".

Santo Tomás ha desarrollado en tres de sus libros su doctrina sobre el *jus resistendi*: *El Régimen de los Príncipes*, *Comentarios a cuatro libros sentenciarios de Pedro Lombardo* y *Suma Teológica*.

La tiranía -comenta Eustaquio Galán y Gutiérrez- es el único tema de filosofía política que Santo Tomás trató con alguna pasión. Las repúblicas italianas de aquella época, sumidas casi constantemente en disturbios y cambios políticos violentos, y la frecuencia con que éstos traían y llevaban tiranos, suministraron a Santo Tomás abundante material para despertar interés por la consideración del problema y ejemplos vivos para que en su pluma vibrase la emoción. Romero de Otazo ha comentado esta posición del Doctor Angélico diciendo que *padece la obsesión del régimen injusto*. A su vez, el Cardenal Ceferino González ha expresado: "nada más enérgico que el horrible cuadro que el Santo Doctor traza de los males que el poder tiránico acarrea a la sociedad. Su alma generosa tenía un sentimiento tan vivo de estos males, que su pluma, tan reposada, tan grave, tan modesta y sencilla de ordinario, se hace enérgica, animada e impetuosa en presencia de la tiranía".

La tiranía consiste para Santo Tomás en que el poder sea ejercido en provecho particular de quien gobierna, prescindiendo del bien común. El vocablo tiranía (*tyrannis*) en sus escritos a veces está referido a la corrupción de la monarquía y otras equivale a cualquier forma corrupta de gobierno ejercida por *uno, varios o muchos*.

Eustaquio Galán y Gutiérrez ha sistematizado con claridad la posición del aquinatense frente a las distintas hipótesis de tiranía:

En *El Régimen de los Príncipes* propone frente a la tiranía los siguientes remedios para evitar que surja, para desplazarla o para soportarla, según las circunstancias: 1º) acierto en la elección o designación del príncipe para que no dégenere en tirano; 2º) moderación del poder mediante una organización adecuada para evitar excesos y desviaciones en su ejercicio; 3º) si la tiranía no es insoportable, existe el deber moral de soportarla para evitar daños más graves que



la tiranía misma; 4º) si la tiranía es insoportable, existe el derecho de resistencia contra el tirano en forma activa. Es menester, para ello, que el movimiento tenga posibilidades de éxito y que no genere males mayores; 5º) si la tiranía es insoportable pero la resistencia activa no resulta posible, el único remedio que queda es el sufrimiento y la oración; 6º) En ningún caso es admisible la muerte del tirano ejecutada por iniciativa privada (tiranicidio propiamente dicho). Distinta es la situación si el tirano muere al oponerse a la resistencia legítima o si la pena de muerte es impuesta por quien tiene autoridad válida.

De los *Comentarios a cuatro libros sentenciarios de Pedro Lombardo* extraemos, con Galán y Gutiérrez, las siguientes conclusiones:

Hay que distinguir entre *tyrannus secundum regimen et titulum* (tirano invasor) y *tyrannus secundum regimen tantum* (tirano de régimen). El primero se apodera del poder violentamente contra la voluntad de los súbditos. El segundo es el que teniendo título válido para gobernar actúa en forma despótica vulnerando el bien común. Frente al tirano usurpador aparece expresamente legitimada la resistencia activa. Ante la tiranía de régimen justifica la resistencia pasiva. Aunque el tema no está expresamente tratado, no parece razonable sostener que Santo Tomás excluya la resistencia activa en tanto se encuentren reunidos los requisitos prudenciales señalados en *El Régimen de los Príncipes*.

Finalmente, siempre de acuerdo con la exégesis de Galán y Gutiérrez, de la *Suma Teológica* podemos extraer las siguientes conclusiones:

1º) Se establece la licitud de la resistencia pasiva contra la tiranía en general. Puede constituir incluso un deber moral frente a decisiones que vulneren la ley divina como era el caso de los mártires frente a la exigencia idolátrica del Imperio Romano.

2º) Se reconoce el derecho a la resistencia activa contra la tiranía, si es insoportable.

3º) Si la tiranía es tolerable, existe el deber moral de sufrirla para evitar males mayores.



4º) El tirano puede ser juzgado y condenado a muerte.

5º) En caso de tiranía insoportable, no es ilícita la muerte del tirano, causada con intención liberadora por alguno de los justamente rebelados contra él, o acaecida como una incidencia o episodio de la rebelión misma.

6º) No puede legitimarse la muerte dada al tirano por iniciativa privada (tiranicidio propiamente dicho).

En Santo Tomás culmina la marcha de la Edad Media hacia una síntesis entre la Fe y la Razón. Jorge L. García Venturini, al valorar el magisterio del Doctor Angélico, señala que su noción del bien común, su idea expresa de que el rey debe estar al servicio del reino y no a la inversa, su formidable condena de la tiranía, su inclinación por un régimen moderado, sumado todo ello a su concepción trascendente del hombre, cuya significación está más allá de la sociedad y de todos los poderes de la tierra, lo colocan en la mejor tradición del Espíritu de Occidente. Su contribución a la sistematización del *jus resistendi* recorre los siglos y todavía hoy puede y debe servir de inspiración a la teoría y práctica del poder político.

### *Francisco de Vitoria*

Los autores de la Escuela Española de los siglos XVI y XVII dieron nuevo esplendor al jusnaturalismo medieval y, consecuentemente, al *jus resistendi*.

Francisco de Vitoria (1480-1546), a quien se recuerda como el *Sócrates español*, es la gran luminaria de la neoescolástica. Estudia en París y enseña en Salamanca, formando una legión de discípulos ilustres entre los que se destacan Melchor Cano, Martín de Ledesma, Andrés de Tudela, Domingo de Soto y Pedro de Sotomayor.

Vitoria, precursor del moderno Derecho Internacional, es autor de una obra titulada *Relecciones teológicas*, compilada y publicada después de su muerte. Se trata, en rigor, de un conjunto de conferencias públicas o clases extraordinarias -hoy las llamaríamos de *exten-*

*sión universitaria*- que se pronunciaban para inaugurar o clausurar los diversos semestres de la enseñanza.

Como buen continuador de la línea tomista, Vitoria advierte que para obligar en conciencia la decisión tomada por quien ejerce el poder es menester que no esté reñida con el derecho natural. Si el gobernante se aparta del orden natural, busca sólo su propio beneficio y prescinde del bien común, corresponde plantear, en la perspectiva del autor de las *Relecciones*, las variadas hipótesis del *jus resistendi*. El maestro salmantino, de acuerdo con el Doctor Angélico, distingue dos tipos de tiranía. La primera es la del *usurpador*, "que se tiene a sí mismo por rey y no lo es, de manera que no tiene derecho a las tierras que ocupa". La otra es la tiranía de *régimen*: "será la de aquél que es legítimo señor de la república, pero la gobierna tiránicamente y la dirige a su propia utilidad y la de los suyos, y no para el bien de la misma república sino para su ruina".

Vitoria, fiel a la tradición tomista, reconoce legitimidad al derecho de resistencia a la opresión, el que deberá ser ejercido con sujeción a lo que indique en cada caso la virtud de la prudencia. Por ello, para que el *jus resistendi* activo se justifique, exige que del mismo no deriven males mayores que los inherentes a la tiranía que se procura derribar.

### *Francisco Suárez*

Entre los jesuitas de la neoescolástica sobresale con contornos nítidos la figura de Francisco Suárez, nacido en Granada el 5 de enero de 1548. En 1564 ingresa en la Compañía de Jesús y a partir de 1571 comienza su fecunda docencia en Segovia, Valladolid, Ávila, Roma, Alcalá de Henares, Salamanca y Coimbra, donde fallece en 1617.

Dos obras de su voluminosa producción escrita revisten especial interés para el desarrollo histórico del *jus resistendi*: *De Legibus y Defensio Fidei*. En la primera, publicada en 1612, a juicio de Luciano Pereña "toca todos los problemas de la filosofía jurídica. La esencia

de la ley y del derecho, todas las formas de la norma, sus causas y manifestaciones en el tiempo, encuentran en Dios su último fundamento como legislador y gobernador supremo del cosmos desde la eternidad, y como cabeza invisible en la Iglesia, obra de perfección suma en el tiempo". La segunda fue escrita a instancias de la Santa Sede para sostener las ideas sustentadas por San Roberto Belarmino contra el absolutismo de derecho divino defendido por el rey de Inglaterra y Escocia, Jacobo 1º. Esta obra fue quemada en Londres, el 1º de diciembre de 1613, y su lectura prohibida bajo las penas más severas. En la Francia borbónica también fue incinerada, en 1614, por orden del Parlamento de París.

En *Defensio Fidei* se encuentran sistematizadas viejas ideas medievales relativas a la naturaleza del poder estatal. Con el Cardenal Belarmino, señala que "a los reyes no ha concedido Dios la autoridad directamente y de igual manera que a los pontífices", porque el precepto enseñado por San Pablo en la Epístola a los Romanos debe entenderse en el sentido de que Dios es la Causa Eficiente primera del orden creado, incluso de la naturaleza social y política del hombre que le impele a vivir en una comunidad en la que se constituya un poder ordenador. Al defender la ortodoxia de la Doctrina de Belarmino, enseña Suárez que aquél no negó el origen divino "sino que entre el rey y Dios quiso que el pueblo fuera el medio a través del cual recibe el rey esta clase de poder". Por lo demás, no cree el Doctor Eximio que esta teoría sea una novedad, sino "la vieja, la tradicional, la verdadera y necesaria".

Acorde con lo expuesto, y con independencia de espíritu que quizá sorprenda a quienes desconocen la libertad académica predominante entonces en España, Suárez destaca que el poder no reside por naturaleza en una persona particular, "por ejemplo, en Adán, Jacobo o Felipe", sino "en toda la comunidad". Como corolario de esta tesis surge para Suárez la legitimidad de los variados regímenes políticos posibles: monarquía, aristocracia, democracia o fórmulas mixtas: "los distintos pueblos o naciones eligieron también distintas formas de

gobierno, y ninguna de ellas va en contra de la razón natural o de la inmediata institución de Dios".

A la luz de lo expuesto, resulta nítida la oposición de Suárez al absolutismo de derecho divino: "ningún rey o monarca recibe o ha recibido (de ley ordinaria) el poder político directamente de Dios o por institución divina, sino mediante la voluntad y la constitución humana". No pretende, por cierto, ser en este punto novedoso. Reconoce que se trata de una tesis de Belarmino que con anterioridad fue defendida por el Cardenal Cayetano, Alfonso de Castro, Driedo de Turnhoust, Francisco de Vitoria, Domingo de Soto y Luis de Molina, encontrándose insinuada en la *Suma Teológica* de Santo Tomás.

Las viejas ideas pactistas, de tanta vigencia en el Medioevo, encuentran cabal desarrollo y actualización en la obra de Suárez. En *Defensio Fidei* enseña que "el poder del rey se basa en un contrato o cuasicontrato". Y, más explícitamente, en *De Legibus*, anota que "si la potestad radica por naturaleza inmediatamente en la comunidad; luego, para que empiece a estar justamente en alguna persona como en supremo príncipe, es necesario que le sea concedida por consentimiento de la comunidad".

De lo expuesto surge que, para Suárez, el régimen monárquico, como los restantes, "es por institución humana", siendo la potestad del príncipe mayor o menor "según el pacto o el contrato realizado entre el reino y el rey".

Sobre esta base pactual, emerge como corolario lógico el *jus resistendi* cuando el príncipe se extralimita en el ejercicio del poder que le ha sido conferido. "Si el rey cae en tiranía -afirma Suárez- puede el reino hacer guerra justa contra él". Porque el Doctor Eximio reconoce la legitimidad de la resistencia no sólo contra los tiranos de usurpación -*tyrannus ab origine*-, sino también contra los tiranos de usurpación -*tyrannus a regimine*-. Con respecto a estos últimos, enseña Suárez que "si el rey cambia en tiranía su potestad justa, abusando de ella para daño manifiesto de la ciudad, podría el pueblo usar de su potestad natural para defenderse, porque de esta nunca se ha privado".

Juan de Mariana nace en 1536, en la ciudad de Talavera. Estudia en Alcalá de Henares e ingresa después en la Compañía de Jesús.

En 1598 publica un libro de singular relevancia para la historia del *jus resistendi*: *Del Rey y de la Institución Real (De Rege et regis institutione)*. Es esta una obra fundamental que permite valorar hasta qué extremos fue preservada en España la libertad académica en momentos en que en Europa se advertía la arrolladora expansión de las tendencias absolutistas. El libro está dedicado a Felipe III quien, precisamente en ese año 1598, hereda la corona de España. Desde el prefacio Mariana marca claramente al príncipe las obligaciones morales que inexorablemente deberá observar durante su reinado.

Sin perjuicio de considerar a la monarquía como la mejor forma de gobierno, Mariana afirma enfáticamente que la tiranía es la peor y la más insoportable. Dedicó incluso un capítulo a marcar las diferencias entre la monarquía y la tiranía. En el mismo señala que la tiranía es la última y más execrable forma de gobernar. "El príncipe -agrega Mariana- jamás debe creer que es señor de la república y de cada uno de los súbditos, por más que sus aduladores se lo digan, sino que debe juzgarse como un gobernador de la república, que recibe cierta merced de los ciudadanos, la cual no le es permitido aumentar contra la voluntad de ellos".

Mariana fustiga con énfasis tanto a los tiranos de título o usurpadores como a los que, habiendo recibido la suprema dignidad por la voluntad del pueblo, la ejercen con violencia y no usan de ella para la utilidad pública, sino para sus comodidades, sus placeres y toda licencia de vicios.

La opinión de Mariana sobre el *jus resistendi* y el tiranicidio no es, sin embargo, la que frecuentemente se le asigna. Claramente expresa que ante una tiranía no corresponde a cualquier particular sino a la república, en quien tiene su origen la potestad, emplazar al rey. Si este desprecia la salud y los consejos del pueblo, puede llegar hasta despojarle de la corona porque al transferir (el pueblo) sus derechos

al príncipe, no se despojó del dominio supremo que siempre ha conservado para imponer los tributos y constituir leyes generales.

Los requisitos morales para que se legitime la resistencia activa contra el tirano de título (usurpador) son menores que los impuestos frente al tirano de régimen. Pero si el rey atropella la república, entrega al robo las fortunas públicas y privadas, y desprecia y huella las leyes públicas y la religión; si su soberbia, su arrogancia y su impiedad llegasen hasta insultar a la divinidad misma, se torna legítimo resistir. La república, entonces, le promoverá un verdadero enjuiciamiento, procediendo por grados y con mesura. En la primera etapa lo amonestará para que corrija sus demasías. Si desoyere las advertencias que se le formulen, el tirano podrá ser depuesto e incluso, si no hubiese otro remedio más oportuno para defenderse, la república podrá condenarlo a muerte, declararlo enemigo público y por el mismo derecho de defensa propia autorizar a que cualquier particular haga efectiva la condena. Mariana, empero, puntualiza que tal decisión no debe quedar al arbitrio de cualquier particular, ni aun al de muchos.

Mariana considera que es un pensamiento saludable el que entiendan los príncipes que, si oprimen la república y se hacen insufribles por sus crímenes y vicios, viven con tal condición que, no sólo de derecho, sino con gloria y alabanza, pueden ser despojados de su vida. Tal vez este miedo contenga a alguno para no dejarse arrastrar de sus aduladores y corromperse con los vicios, al mismo tiempo que refrene su furor. *Sobre todo -recalca Mariana- debe estar persuadido el príncipe de que la autoridad de la república es mayor que la de él mismo.*

Para el padre Mariana, sin mengua de la causalidad divina afirmada por San Pablo en la Epístola a los Romanos, la potestad real tiene su origen en el pueblo, y los primeros reyes en cualquier república han sido elevados al poder supremo por una concesión de aquél. Por ello, sin perjuicio de inclinarse por el principio de la sucesión dinástica, afirma que en España nadie dudará de que la autoridad de la República es mayor que la de los reyes. Prueba de ello es que aquella



se ha reservado el derecho de resistencia frente a los príncipes que se convierten en tiranos.

Mariana se opone con énfasis a la pretensión de los príncipes luteranos y de otros reformadores, como Enrique VIII de Inglaterra, de avanzar sobre cuestiones que conciernen a Dios y que están más allá de la jurisdicción de los gobernantes temporales. En franca colisión con tales tendencias cesaropapistas, titula su último capítulo *El Príncipe nada debe determinar acerca de la religión*, auspiciando en el mismo la independencia y, al mismo tiempo, el establecimiento de lazos de benevolencia y armonía entre ambas potestades.

Tal es la síntesis del pensamiento de Juan de Mariana sobre el mando, la obediencia y la resistencia. Más allá de algunos aspectos controvertibles, su doctrina resplandece como expresión antiabsolutista. No resulta, por ello, sorprendente que su libro haya sido repudiado por todas las corrientes que en su tiempo estaban empeñadas en afirmar la autoridad ilimitada de los reyes. En 1610, viviendo todavía Mariana, *De rege et regis institutione* fue quemado en Francia por orden del parlamento de París. Pero a pesar de la avalancha absolutista las ideas de Mariana, como las de los demás autores de la Escuela española, quedaron como herencia inestimable para quienes en el siglo XVII pusieron las bases del constitucionalismo democrático.

### *El absolutismo*

Los inicios de la Edad Moderna coinciden con la creciente consolidación de los estados nacionales. La poliarquía medieval resulta paulatinamente reemplazada por comunidades centralizadas en las que los intereses nacionales prevalecen sobre las particularidades locales. Este proceso de centralización se cumple, en mayor o menor grado -según las modalidades de cada país- bajo el signo del *absolutismo*.



Numerosos son los factores que contribuyen a consolidar el poder absoluto de los reyes. Pero los de mayor gravitación son doctrinales: la obediencia pasiva predicada por algunos promotores de la reforma protestante, el amoralismo de los discípulos de Maquiavelo, y las doctrinas francesas que tienden a afirmar el poder real para superar las divisiones derivadas de las guerras de religión. Por lo demás, desde los siglos XIV y XV, se incubaba una ruptura de las síntesis elaborada por Alberto Magno, Tomás de Aquino y sus continuadores. "Las últimas fases de la filosofía del Medioevo -apunta Bidart Campos- habían dissociado dos ámbitos que hasta entonces estaban íntimamente vinculados: el de la filosofía y el de la teología, la razón y la Fe, la naturaleza y la Gracia". En lo específicamente político, esa ruptura impulsará a prescindir de los límites éticos que deben observar los gobernantes, al desconocimiento del derecho de resistencia a la opresión, y a la conformación de una línea de doctrina que culminará en el siglo XX con los totalitarismos contemporáneos.

No hay espacio, en la doctrina de los autores absolutistas, para el *jus resistendi*. Jean Bodin, que en el siglo XVI se yergue como la figura más relevante de esa tendencia, concibe a la soberanía como un poder absoluto no sujeto a leyes, por lo que los límites morales que declara vigentes son sólo expresiones de deseos que no pueden ser invocados para resistir cualquier extralimitación tiránica.

A juicio de Jacques Maritain, expuesto en su libro *El hombre y el Estado*, está perfectamente clara la posición de Bodin. Puesto que el pueblo se ha despojado y privado absolutamente de su poder para transferirlo al soberano, e investirlo con él, entonces el soberano ya no forma parte del pueblo y del cuerpo político: "queda separado del pueblo". Por eso dicho poder es absoluto (absoluto, es decir, desligado, separado) y consiguientemente ilimitado, tanto en extensión como duración, y sin tener que rendir cuentas a nadie en la tierra. Obviamente, para esta perspectiva absolutista, el *jus resistendi* no existe.

Tomas Hobbes es, en el siglo XVII, el máximo exponente de la línea absolutista, llevando a esta corriente de pensamiento hasta sus últimas consecuencias. Su doctrina, expuesta en el libro titulado

*Leviathan*, constituye una ruptura total con la tradición política medieval. Con arreglo al esquema que traza en sus páginas, los hombres celebran un contrato multilateral en el que se enajenan íntegramente, sin reserva alguna, confiriendo todas las atribuciones que cada individuo tenía en el estado de naturaleza al titular del poder soberano: el Leviathan. Este ser engendrado por la voluntad multilateral exteriorizada en el convenio tiene un poder absoluto. No hay lugar en este esquema para límites éticos como los concebidos por Bodin. El Estado, luego de constituido, pasa a ser la única fuente del orden jurídico. Estamos ante el más radical positivismo jurídico. "Cualquier cosa que el soberano haga -dice Hobbes en el capítulo XVIII- no puede constituir injuria para ninguno de sus súbditos, ni debe ser acusado de injusticia por ninguno de ellos".

Para Hobbes, "la Iglesia con potestad de leyes es el Estado". No hay, en consecuencia, resquicio alguno, en esta visión absolutista, precursora del totalitarismo, para el *jus resistendi*. La resistencia contra el gobernante, aunque sea un déspota, constituye para Hobbes una gravísima transgresión. Un verdadero alzamiento contra el dios mortal: el Leviathan.

Juan Jacobo Rousseau (1712-1778) continúa en el siglo XVIII la línea absolutista. Es notable que así sea porque el ginebrino, buscando en sus escritos la restauración de una mitológica y desenfrenada libertad, no sujeta a limitaciones heterónomas, plenamente autónoma, desemboca en la recreación de un Estado absoluto, continuador del Leviathan de Hobbes. A través de su multilateral contrato social y de su mítica voluntad general, que no puede ser injusta ni equivocarse, y que es indestructible, no sujeta a ningún ordenamiento trascendente, siempre constante, inalterable, pone las bases de un poder estatal ilimitado.

En el esquema de Rousseau la ley deja de ser un ordenamiento de razón para transformarse en una mera decisión de quienes invoquen la voluntad general. No cabe, pues, en esta perspectiva, ningún freno objetivo y heterónimo a la función legislativa. *No hay lugar tampoco para el derecho de resistencia a la opresión*. Estamos frente a la

canonización de cualquier tiranía legislativa que se escude en la voluntad general.

El sistema de Rousseau constituye una verdadera paradoja. Construido con el propósito aparente de salvaguardar una visión mítica de la libertad, culmina con el democratismo absolutista en el que el hombre queda sujeto con su yo íntegro a las decisiones de la voluntad general. Observa acertadamente Jorge Xifra Heras que un sistema social basado en la omnipotencia de la voluntad general contiene las semillas de un nuevo despotismo que Tocqueville llamó *tiranía de las mayorías* y que, con frecuencia, suele convertirse en *tiranía de un individuo*.

Todo el sistema utopista de Rousseau constituye, en definitiva, una peligrosa metáfora. Lo lamentable es que ejerció una influencia impresionante en el pensamiento europeo y americano. Sus ideas contaminaron con frecuencia el ideario político de los seguidores de Locke y Montesquieu, inyectando en las nacientes democracias constitucionales elementos que apuntaban hacia el estado totalitario. En el curso de la Revolución Francesa, Robespierre y los jacobinos fueron en rigor los más fieles ejecutores de las doctrinas de Rousseau, empeñados en imponer, mediante el terror, la supremacía de la mitológica voluntad general.

### *John Locke*

En la Inglaterra del siglo XVII la versión religiosa del absolutismo tuvo como expositores al rey Jacobo Iº y a Robert Filmer, sostenedores ambos del llamado "derecho divino de los reyes". Esta corriente absolutista fue refutada por Algernon Sidney en su obra *Discourses Concerning Government*. Lo notable es que Sidney fue ejecutado en 1683, acusado precisamente de haber pretendido ejercer el derecho de resistencia a la opresión a través del complot de Rye House. Su libro fue invocado en el proceso como elemento de cargo.

En la década del ochenta del siglo XVII, con avances y retrocesos, se abrió paso nuevamente en Inglaterra el *jus resistendi*. En 1688 gran parte de los tories y los whigs se aliaron para destituir a Jacobo II. El movimiento político que obligó al rey a exiliarse en Francia es conocido en la historia inglesa como la "Revolución Gloriosa" o "Revolución sin sangre". Se le considera como la revolución liberal por excelencia, aun cuando mantuvo restricciones severas contra los católicos que eran incompatibles con los principios de tolerancia proclamados por los revolucionarios.

John Locke es el gran intérprete y expositor de los ideales de la Revolución de 1688. En 1690 publica su *Ensayo sobre el gobierno civil*, muy influido -según George Sabine- por la tradición escolástica cuyo representante más notorio en Inglaterra era Richard Hooker, un tomista anglicano. Señalemos que el esquema de Hooker en cuanto al origen y al fin del Estado y a la jerarquía de las distintas normas (leyes eterna, natural y positiva) es muy similar al expuesto por los autores de la Escuela Española. Todo ello sin mengua de la ruptura que el otro libro de Locke, *Ensayo sobre el entendimiento humano* (1690), evidencia en materia de teoría del conocimiento con las líneas dominantes de la neoescolástica.

El tema del derecho de resistencia, tratado en varios pasajes del *Ensayo sobre el gobierno civil*, se encuentra íntimamente vinculado con la posición favorable a la Revolución de 1688 asumida por Locke.

Como los escolásticos, Locke distingue entre tiranía de título y de régimen. El usurpador, que generalmente es un conquistador, no tiene derecho a ser obedecido: semejante usurpador no tendrá título y tampoco sus sucesores para ocupar el poder mientras el pueblo no pueda otorgar libremente su consentimiento, y lo haya efectivamente otorgado, reconociéndole y confirmándolo en el poder que hasta entonces haya usurpado.

Pero también quien tiene un título originariamente válido para gobernar puede transformarse en tirano. En efecto, tiranía, para Locke, es el ejercicio del poder fuera del derecho. Por ello, en el capítulo XIII puntualiza que quien ejerce de esa manera el poder que tiene en

sus manos, no lo hace en beneficio de quienes están sometidos al mismo, sino para sacar ventajas particulares. Entonces el que gobierna, cualquiera que sea su título para ello, no se guía por la ley sino por su voluntad, y sus mandatos y actos no van encaminados a la salvaguardia de las propiedades de su pueblo, sino a la satisfacción de sus propias ambiciones, venganzas, apetencias o cualquier otra pasión desordenada.

El gobernante que se transforma en tirano destruye los fundamentos de su poder: todo rey justo -leemos en el capítulo XVIII del *Ensayo*-, en un reino constituido, está obligado a cumplir el pacto que hizo con su pueblo de acomodar su gobierno a las leyes, de conformidad con aquel otro pacto que hizo Dios con Noé después del Diluvio. Los límites éticos para el ejercicio del poder quedan en este pasaje claramente mercados. Ni siquiera el rey puede vulnerar las leyes divinas y humanas. Cuando ocurre tal transgresión el gobernante se transforma en un agresor frente al cual resulta legítima la defensa y la resistencia: "Quien ejerciendo autoridad -sostiene Locke- se excede del poder que le fue otorgado por la ley, y se sirve de la fuerza que tiene al mando suyo para cargar sobre sus súbditos obligaciones que la ley no establece, deja, por ello mismo, de ser magistrado, y se le puede ofrecer resistencia, lo mismo que a cualquiera que atropella por la fuerza el derecho de otro". Surge así el derecho de resistencia a la opresión que Locke denomina *apelación al cielo*. Señala al respecto que el mismo puede ser ejercido cuando los hombres no tienen a quien recurrir en la tierra, fundados en una ley que es anterior y está por encima de todas las leyes positivas.

Con palabras que parecen extraídas de Santo Tomás, Locke considera que, en casos de tiranía extrema, quienes la resisten no son sediciosos. Sedicioso -afirma Locke- es el gobernante que con su despotismo agrede a su pueblo. Obviamente en el *Ensayo* no se pretende justificar la resistencia activa frente a actos tiránicos aislados. La apelación al cielo sólo podría ser invocada cuando se trate de una tiranía insoportable.

Es importante destacar que Locke reconoce expresamente el derecho de resistencia contra la tiranía del Legislativo:

"Siempre que los legisladores intenten arrebatar o suprimir la propiedad del pueblo, o reducir a los miembros de éste a la esclavitud de un poder arbitrario, se colocan en estado de guerra con el pueblo, y éste queda libre de seguir obedeciéndolo, no quedándole entonces a ese pueblo sino el recurso común que Dios otorgó a todos los hombres contra la fuerza y la violencia.

"Por consiguiente, siempre que el Poder Legislativo transgreda esa norma fundamental de la sociedad y, llevado por la ambición, el miedo, la insensatez o la corrupción, intente apoderarse para sí, o colocar en manos de otra persona, un poder absoluto sobre la vida, libertades o propiedades del pueblo, ese Poder Legislativo pierde, con el quebrantamiento de la misión que tiene confiada, el poder que le otorgó el pueblo. Ese pueblo tiene derecho a requerir su libertad primitiva y, mediante el establecimiento de un nuevo Poder Legislador, proveer a su propia salvaguardia y seguridad, es decir, a la finalidad para cuya consecución está en sociedad."

No menos severo es Locke frente a la tiranía del Ejecutivo: "Lo que he dicho aquí referente al Poder Legislativo en general, tiene idéntica fuerza con relación al Supremo Ejecutor. Este ha recibido una doble misión: la de presidir en la legislación y la de ejecutor supremo de la ley, y actúa en contra de ambas misiones cuando se lanza a la tarea de imponer su propia voluntad arbitraria como ley de la sociedad. También actúa en contra de su misión cuando emplea la fuerza, el tesoro y los funcionarios de la sociedad, para cohechar a los representantes y conquistadores para sus finalidades; cuando compromete abiertamente a los electores, imponiéndoles la obligación de elegir a aquellas personas a las cuales, con halagos, amenazas, promesas o de otra manera cualquiera, conquista para sus maquinaciones".

Ante las objeciones que se pueden formular a la doctrina del *jus resistendi*, Locke responde:



"Y si se afirma que es preciso rechazar semejante teoría por demasiado peligrosa, con la misma razón y sin salirse de la lógica podría sostenerse que las gentes honradas no tienen derecho a ofrecer resistencia a los ladrones y a los piratas, ya que esto puede dar lugar a desórdenes y derramamientos de sangre. Cuando en caso semejante ocurren desgracias, no hay que culpar de ellas a quienes defienden su derecho, sino a quienes atropellan el de sus vecinos. Si el hombre inocente y honrado tiene que entregar por amor a la paz todo cuanto posee sin ofrecer resistencia a quien le pone villanamente las manos encima, yo aconsejo, a los sostenedores de esa idea, que piensen en la clase de paz que reinaría en el mundo si la paz consiste en la violencia y la rapiña, y ha de ser mantenida, únicamente, en favor de los ladrones y los opresores".

### *La Declaración de la Independencia americana*

Las corrientes pluriseculares que afirmaban el *jus resistendi*, como expresión de un derecho cuyo fundamento es suprapositivo, tuvieron solemne confirmación en el texto de la Declaración de la Independencia, redactado por Thomas Jefferson y corregido por una comisión que integraron John Adams, Benjamin Franklin, R. Sherman y R. Livingston.

Este escrito memorable, en el que sus autores reseñaron previamente los agravios inferidos por el rey a sus súbditos de América, expresa:

"Suponemos como evidentes estas verdades: que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables; que entre estos están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad; que para garantizar estos derechos se instituyen entre los hombres los gobiernos, que derivan sus poderes legítimos del consentimiento de los gobernados; que cuando quiera que una forma de gobierno se haga destructora de estos principios, el pueblo tiene derecho a reformarla o abolirla e instituir un nuevo go-



bierno que se funde en dichos principios, y a organizar sus poderes en la forma que a su juicio ofrecerá las mayores posibilidades de alcanzar su seguridad y felicidad. La prudencia, es verdad, dictará que los gobiernos largamente establecidos no deben ser cambiados por causas pasajeras y transitorias; y por razón de experiencia la humanidad se halla dispuesta a sufrir, mientras los males son sufribles, antes que hacerse justicia aboliendo las formas de gobierno a que se halla acostumbrada. *Pero, cuando una larga cadena de abusos y usurpaciones, conducente al mismo propósito, revela el designio de reducir el pueblo a un despotismo absoluto, es su derecho, es su deber, expeler a ese gobierno y proveer nuevas guardas para su futura tranquilidad*".

Es importante subrayar que quienes redactaron y aprobaron este documento tenían clara conciencia de la validez universal de sus argumentos. Como observa George G. Catlin en su *Historia de los Filósofos Políticos*, Jefferson dio forma a un argumento (el *jus resistendi*) que podía servir a hombres de todas las nacionalidades. Así se explica la influencia que ejerció en Francia a través de la prédica de Franklin, Adams y el propio Jefferson, y de la actuación de europeos que combatieron en América, invocando el *jus resistendi*, como La Fayette, Kosciusko, Steuben y Mazzei.

También en Iberoamérica el *jus resistendi* invocado por las trece colonias del norte fue decisivo. Francisco de Miranda, el precursor de la independencia americana, discutió en 1783 con Henry Knok y Alexander Hamilton sus proyectos emancipadores fundados en el inalienable derecho de resistencia. Bajo la misma inspiración, el abate Juan Pablo Vizcardo y Guzmán, precursor como Miranda de la emancipación iberoamericana, en su célebre *Carta a los Españoles Americanos*, expresa:

"El valor con que las colonias inglesas de la América han combatido por la libertad, de que ahora gozan gloriosamente, cubre de vergüenza nuestra indolencia. Nosotros les hemos cedido la palma con que han coronado, las primeras, al Nuevo Mundo, de una sobe-

ranía independiente... ¡Que sea ahora el estímulo de nuestro honor, *provocado con ultrajes que han durado trescientos años!*"

La filiación doctrinaria del "jus resistendi" invocado en la Declaración de la Independencia fue precisada por su redactor, Thomas Jefferson, en 1822, cuando reaccionó frente a comentarios de John Adams y Richard Henry Lee. Adams sostuvo, en el *Federalist Pickering*, que el texto se inspiró en lo que ya había sido "trillado en el Congreso durante dos años antes". Para Lee, la *Declaración había sido copiada de John Locke*. Jefferson replicó expresando que "nunca había considerado como parte de mi labor la obligación de inventar ideas nuevas o de ofrecer sentimientos que nunca se hubieran expresado hasta entonces". Agregó, empero, que las ideas de la Declaración se inspiraron en "libros elementales de derecho público como Aristóteles, Cicerón, Locke, Sidney, etc."

Estas palabras revelan el genuino origen del derecho de resistencia proclamado en la Declaración del 4 de julio de 1776. Destaquemos, en primer término, que, como ya lo hemos dicho, Sidney y Locke son las dos grandes figuras del *jus resistendi* en la Inglaterra del siglo XVII. Ambos, como también lo hemos señalado, en forma mediata o inmediata, al menos a través de Richard Hooker, reciben el influjo de los neoescolásticos españoles, a quienes los protestantes ingleses y americanos denominaban *papistas*.

Para los leales a la Corona inglesa, las ideas de los americanos insurrectos habían sido tramadas por discípulos de Ginebra y Roma: puritanos y católicos, y se habían infiltrado en la Iglesia de Inglaterra (anglicana). Así lo expresa Johnatan Boucher en su *Visión de las Causas y Consecuencias de la Revolución Americana*, publicada en 1775. En esta obra señala que "los discípulos de Roma y Ginebra", "sin convenir en ninguna otra cosa", adherían a esa "visionaria idea del gobierno por la multitud", en otras palabras, a la democracia constitucional que era la meta de la resistencia contra la Corona.

El influjo de Locke y de la Declaración de la Independencia Americana se extendió también al continente europeo. El artículo 2º de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, aprobada el 27 de agosto de 1789, expresó:

"El fin de toda acción política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión"

La Declaración francesa responde al enfoque abstracto de los revolucionarios de 1789, diferente del pragmatismo que caracterizó a los *bills of rights* de la historia institucional inglesa. Empero, ello no excluye que en el texto francés se pueda rastrear la influencia de Locke en el artículo transcrito que consagra a la resistencia a la opresión, junto a otros derechos individuales, como naturales e imprescriptibles. Lo mismo puede decirse de la norma que declara que toda sociedad en que la garantía de los derechos -y, entre ellos, obviamente el de resistencia- no esté asegurada, ni determinada la separación de poderes, carece de constitución.

A pesar del terror jacobino y de las extralimitaciones de la Revolución, todavía en la Declaración de 1793 se expresan los siguientes principios:

"La resistencia a la opresión es la consecuencia de los otros derechos del hombre. Cuando el gobierno viola los derechos del pueblo, la insurrección es para el pueblo, y para cada porción del pueblo, el más sagrado y el más indispensable de los deberes" (arts. 33 y 35).

"Amarga ironía -comenta León Duguit en su *Traité de droit constitutionnel*- ¡la Asamblea que hizo pesar sobre Francia la más sangrienta de las tiranías había reconocido, expresamente, el derecho de resistencia a la opresión".

Ante la tiranía de los jacobinos -observa Ambrosio Romero Carranza- "la guerra civil estalló, entonces, en todas las provincias de Francia, y los franceses, que lucharon denodadamente contra los jacobinos, declararon hacer uso de su legítimo derecho de resistir a

los tiranos. La espada y el prestigio de Napoleón Bonaparte puso término al despotismo jacobino, pero la solución que impuso el Corso fue la de establecer su propia tiranía tanto en Francia como en los países limítrofes".

Esa tiranía napoleónica generó nuevas resistencias, como la gesta cumplida por el pueblo español. Pero la derrota del primer imperio facilitó el retorno al trono de España de otro déspota, Fernando VII, frente al cual las provincias de América Hispana ejercieron también el legítimo *jus resistendi*.

### *El derecho de resistencia en Iberoamérica*

Desde los comienzos de la expansión de Castilla en América bajo el influjo de las ideas de la neoescolástica, el derecho de resistencia fue invocado en movimientos suscitados contra tiranías genuinas o como pretexto para impulsar movimientos sediciosos, golpes de estado y cuartelazos.

La serie es larga y podríamos incluir en ella, a título meramente enunciativo, a la insurrección de Gonzalo Pizarro (1544), la sublevación de los Contreras (1549), el complot de los Cortés (1564), la insurrección de Tucumán (1566), la rebelión de Quito (1551), el motín de Santa Fe (1577), los comuneros de Corrientes (1764), la conspiración de los machetes (1779), la sublevación del pueblo de Velez (1740), los comuneros del Socorro (1780), y los comuneros del Paraguay (1717-1735). En este último movimiento su máxima figura, José de Antequera y Castro, es autor de una proclama ante el Cabildo de Asunción del Paraguay que pone en evidencia la subsistencia en América de las doctrinas neoescolásticas, sesenta años antes de la Declaración de la Independencia Americana. En su texto se expresa:

"El pueblo reservó para sí una facultad, especialmente en lo que se refiere a las leyes de su gobierno político y a las que tienen fundamento en el derecho natural. El pueblo puede oponerse al príncipe que no procede *ex aequo bono*".

La misma idea expresó el otro adalid de los comuneros, Fernando de Mompox, cuando afirmaba:

"El poder del común de cualquier república, ciudad, villa o aldea es más poderoso que el mismo rey. En manos del común está admitir la ley o gobernador que gustase, porque aunque se lo diese el príncipe, si el común no quiere, puede justamente resistir y dejar de obedecer".

El mismo Mompox, al explicar el sustento jusfilosófico del movimiento comunero, expresaba:

"El derecho natural es el código universal y el tipo perpetuo de las acciones en la vida humana. Si los pueblos lo abandonan por el extravío de sus delegados sus preceptos absolutos le ordenan *reasumir* el poder de legislar".

La doctrina del *jus resistendi* fue invocada en el curso de la guerra guaraníca (1752-1756), cuando los aborígenes educados por los jesuitas se alzaron contra el Tratado de Permuta, y también como fundamento de la insurrección de José Gabriel Condorcanqui (a) "Tupac Amaru" (1780).

El derecho de resistencia es el sustento de la proclama que expide la Junta de Gobierno de La Paz, el 16 de julio de 1809:

"Hasta aquí hemos tolerado una especie de destierro en el seno mismo de nuestra patria: hemos visto con indiferencia, por más de tres siglos, sometida nuestra primitiva libertad al despotismo y la tiranía de un usurpador injusto que, degradándonos de la especie humana, nos ha reputado por salvajes y mirado como esclavos. Ya es tiempo de sacudir tan funestros yugo. Ya es tiempo de organizar un sistema nuevo de gobierno fundado en los intereses de nuestra patria. Ya es tiempo, en fin, de levantar el estandarte de la libertad en estas desgraciadas colonias, adquiridas sin el menor título, y conservadas con la mayor injusticia y tiranía".

Lo sorprendente es que la opresión sobre América Hispana fue admitida por los propios españoles en la proclama del 14 de febrero de 1810, expedida por el Consejo de Regencia y dirigida a los americanos:

"Desde este momento, españoles americanos, os veis elevados a la dignidad de hombres libres; no sois ya los mismos que antes, cuando encorvados bajo un yugo mucho más duro mientras más distantes estabais del centro del poder, (erais) mirados con indiferencia, vexados por la codicia y destruidos por la ignorancia".

Más adelante la proclama invitaba a los pueblos de América que al nombrar cada diputado lo hicieran para poner remedio a "todos los abusos, todas las extorsiones, todos los males que han causado en estos países la arbitrariedad y la nulidad de los mandatarios del Gobierno antiguo".

Los congresistas de Tucumán invocaron el *jus resistendi* en sus manifiestos, sobre todo en el del 25 de octubre de 1817.

Posteriormente, durante la tiranía de Rosas, los proscritos llenaron páginas de libros y diarios para proclamar ante el mundo la legitimidad del derecho de resistencia. Especial significación para la sistematización de la doctrina del *jus resistendi* tienen los artículos publicados por Juan Baustista Alberdi en "El Nacional" de Montevideo, a fines de 1838.

### *Doctrinas pontificias*

Como lo expresamos al principio, el Cristianismo, a lo largo de dos milenios, ha sido respetuoso del principio de autoridad al que se refiere San Pablo en la Epístola a los Romanos. Sin embargo, ha fijado a los gobernantes límites que deben en conciencia respetar. Cuando éstos son gravemente extralimitados, ya hemos dicho que el mandato es *obedecer a Dios antes que a los hombres*.

Juan XXIII, en la Encíclica "Pacem in Terris", transcribe la doctrina de Santo Tomás para destacar la necesidad de que las leyes humanas no vulneren el orden natural: "Cuando una ley está en contradicción con la razón, se la llama injusta, y así no tiene razón de ley, sino mas bien se convierte en una especie de acto de violencia". Por ello, León XIII, en la Encíclica "Libertas", enseña que cuando "se manda



algo contrario a la razón, a la eterna, a la autoridad de Dios, es justo entonces desobedecer a los hombres para obedecer a Dios". Y en "Diuturnum Illud", el mismo pontífice advierte que "si la voluntad de los gobernantes contradice a la voluntad y a las leyes de Dios, los gobernantes rebasan el campo de su poder y pervierten la justicia. Ni en este caso puede valer su autoridad, porque esta autoridad, sin la justicia, es nula".

Es doctrina de la Iglesia que los ciudadanos deben tolerar abusos y extralimitaciones de los gobernantes sin que tales desviaciones, en tanto no adquieran el carácter propio de una tiranía insoportable, justifiquen recurrir a la insurrección. Advierte Pío XI en la carta "Firmissimam Constantiam", dirigida al episcopado mexicano, que "es muy natural que, cuando se atacan aun las más elementales libertades religiosas y cívicas, los ciudadanos católicos no se resignen pasivamente a renunciar a tales libertades. Aunque la reivindicación de estos derechos y libertades puede ser, según las circunstancias, más o menos oportuna, más o menos enérgica". Agrega Pío XI en su carta una distinción prudencial que resulta esencial para la clara comprensión del *jus resistendi*: "Vosotros (los Obispos) habéis recordado a vuestros hijos más de una vez que la Iglesia fomenta la paz y el orden, aun a costa de graves sacrificios, y que condena toda insurrección violenta, que sea injusta, contra los poderes constituidos. Por otra parte -añade Pío XI-, también vosotros habéis afirmado que, cuando llegara el caso de que estos poderes constituidos se levantasen contra la justicia y la verdad hasta destruir incluso los fundamentos mismos de la autoridad, no se ve cómo se podría entonces condenar el que los ciudadanos se unieran para defender la nación y defenderse a sí mismos con medios lícitos y apropiados contra los que se valen del poder público para arrastrarla a la ruina".

Obviamente la determinación de la justificación del *jus resistendi* depende de "circunstancias concretas" que en la perspectiva de la carta "Firmissimam Constantiam" estaban estrechamente vinculadas a la situación en México. Sin perjuicio de ello, resulta ilustrativo señalar que Pío XI fija algunos principios generales, de raigambre



tomista, aplicables a otras circunstancias en las que resulte viable el ejercicio del derecho de resistencia. Entre ellos figuran: a) que las acciones a emprender sean lícitas y no intrínsecamente malas; b) que se recurra a medios proporcionados al fin para que no generen males mayores que aquellos que se quieren reparar.

La posición de la doctrina social católica se encuentra sintetizada en el art. 58 del célebre Código Social de Malinas:

"Todos los individuos deben aceptar los gobiernos establecidos, y no intentar nada fuera de las vías legales para derribarlos o cambiar su forma. Reconocer a los individuos la libertad de hacer una oposición violenta, sea a la forma de gobierno, sea a la persona de sus jefes, equivaldría a instalar en la sociedad política, a título permanente, el desorden y la revolución. *Únicamente una tiranía insostenible, o la violación flagrante de los derechos esenciales más evidentes de los ciudadanos, dan derecho a la rebelión o a la resistencia pasiva, luego del fracaso de todos los demás medios de normalización*".

La antigua doctrina del *jus resistendi* fue ratificada por Pablo VI en la Encíclica "Populorum Progressio" al sostener la posible legitimidad de la insurrección "en el caso de tiranía evidente y prolongada que atentase gravemente a los derechos fundamentales de la persona y dañase peligrosamente el bien común del país".

Asimismo, el Concilio Vaticano II, en "Gaudium et Spes", ha enseñado que "cuando la autoridad pública, rebasando su competencia, oprime a los ciudadanos, estos no deben rehuir las exigencias objetivas del bien común; les es lícito, sin embargo, defender sus derechos y los de sus conciudadanos contra el abuso de tal autoridad, guardando los límites que señala la ley natural y evangélica".

El tema del derecho o aun del deber de resistir se ha actualizado en el magisterio pontificio con motivo de los graves atentados que se están cometiendo en el final del siglo veinte contra la persona humana inocente, en embrión o en su etapa terminal. La destrucción de embriones, el aborto y la eutanasia plantean graves interrogantes a la conciencia moral contemporánea que Juan Pablo II ha contestado con

firmeza y claridad en la Encíclica "Evangelium Vitae", dirigida no sólo a los católicos sino a todos los hombres de buena voluntad.

Desde la perspectiva jusfilosófica, la condena a todo atentado voluntario y directo contra la vida inocente se funda en la "ley no escrita que cada hombre, a la luz de la razón, encuentra en su propio corazón (Rom., 14-15)". Ella expresa valores "que ningún individuo, ninguna mayoría y ningún Estado pueden crear, modificar o destruir, sino que deben sólo reconocer, respetar y promover". Sobre la base de esa ley natural y de estos valores, "la sociedad -afirma Juan Pablo II- tiene el derecho y el deber de protegerse de los abusos que se pueden dar en nombre de la conciencia y bajo el pretexto de la libertad". Por aplicación, pues, de doctrinas de raíces milenarias, la "Evangelium Vitae" enseña que las leyes que autorizan la destrucción directa de la vida inocente "están privadas totalmente de auténtica validez jurídica". En estos casos debe hablarse más que de un derecho de una *obligación de desobedecer*. "Es precisamente -advierte el Papa- de la obediencia a Dios -a quien sólo se debe aquel temor que es reconocimiento de su absoluta soberanía- de donde nacen la fuerza y el valor para resistir a las leyes injustas de los hombres. Es la fuerza y el valor -destaca Juan Pablo II- de quien está dispuesto incluso a ir a prisión o a morir a espada, en la certeza de que 'aquí se requiere la paciencia y la fe de los santos'".

Recobra, así, actualidad y vigencia, el testimonio de los mártires de los tres primeros siglos del Cristianismo. Porque la *objeción de conciencia* expresa hoy -como en esos lejanos tiempos- el derecho y el deber de resistir la imposición de verdaderas iniquidades con forma de normas positivas.

### *Conclusión*

El jusnaturalismo, que desde Antígona ha sido el único sustento válido del *jus resistendi*, superó en los últimos siglos los embates del racionalismo, el positivismo y el historicismo sin esencias. Sin rom-

per con sus raíces medievales y neoescolásticas, se manifestó en John Locke -a pesar de sus desviaciones gnoseológicas-, en los escritos de Montesquieu, en la Declaración de la Independencia de los Estados Unidos, y en el constitucionalismo que se expande por el mundo a partir de la carta de Filadelfia de 1787.

Después de los horrores de la segunda guerra mundial, cometidos en cumplimiento de normas sancionadas por los Estados totalitarios, muchos juristas se retractaron de sus desviaciones positivistas. Advirtieron, un poco tarde, que el epílogo de su visión unidimensional del derecho era, inexorablemente, el absolutismo de Estado. Comprendieron, asimismo, que la afirmación de Jellinek en el sentido de que "todo acto emanado del poder soberano es por naturaleza conforme a derecho" o la de Carré de Malberg, cuando expresaba que el derecho natural "es un error del cual sería de desear que la ciencia del derecho llegue de una vez a desembarazarse", resultan demasiado peligrosas. Como lo expresó Pío XII el 13 de noviembre de 1949, el positivismo jurídico y el absolutismo de Estado son dos manifestaciones que a su turno derivan y dependen una de otra.

El Derecho Natural continúa siendo, en este final del segundo milenio, el fundamento más sólido del derecho o de la obligación, según los casos, de resistencia activa o pasiva frente a las extralimitaciones tiránicas del poder estatal.

El *jus resistendi* no ha sido, en general, incorporado de modo expreso al texto de las Constituciones. Hay algunas excepciones a esta regla, como el proyecto constitucional de Artigas -que no llegó a tener vigencia- y las constituciones de El Salvador y Guatemala.

Mucho más frecuente ha sido la preocupación de los redactores de textos constitucionales por prevenir y desalentar las rupturas constitucionales mediante golpes, motines o cuartelazos. Linares Quintana, en la primera edición de su *Tratado*, menciona como expresión de esa tendencia a las constituciones de México, Venezuela, Colombia, Guatemala, República Dominicana, Panamá, Nicaragua, Honduras, Haití, Costa Rica, El Salvador, Perú, Ecuador y Brasil. A esta serie habría que sumar el nuevo art. 36 de la Constitución Argentina -se

gún la reforma de 1994-, cuya exégesis hará en esta Academia el Doctor Jorge Reinaldo Vanossi.

Sin perjuicio de esta reforma, el *jus resistendi* permanece inalterable porque su sustento está en un orden natural que se encuentra por encima de toda legislación positiva. La resistencia, pasiva o activa según los casos, como deber o como derecho, no puede ser derogada por los hombres.

En el plano jurídico positivo, Julio M. Ojea Quintana, en un estudio publicado hace cuarenta años, titulado *Gobierno revolucionario y constitucional*, sostuvo que el derecho de resistencia se encuentra reconocido implícitamente por el art. 29 de la Constitución Nacional:

"Si nuestra Constitución -argumentaba Ojea Quintana- ha previsto en el artículo 29 la posibilidad de desconocimiento del régimen institucional en ella establecido, y ha calificado de traidores tanto a los gobernantes que admiten que se les otorgue la suma del poder público como a los legisladores que conceden facultades extraordinarias por las cuales la vida, el honor o las fortunas de los argentinos quedan a merced del gobierno, resulta imperativo admitir, bajo pena de absurdo, que tan enérgica reprobación no pueda otorgarse con un propósito meramente declarativo, sino que actúa como fundamento o razón jurídica para el ejercicio de un derecho enderezado a reprimir la máxima violación de la superlegalidad. Este derecho no puede ser otro que el de la resistencia activa a la opresión, habida cuenta de la desaparición, a causa de la suma del poder público, de toda instancia legítima donde apelar".

La resistencia encuentra sustento, además, en el art. 33 de la Constitución cuyo texto reconoce implícitamente la existencia de derechos naturales anteriores a la Constitución y subsistentes después de su sanción. La fuente de esta norma es la enmienda novena de la Constitución de los Estados Unidos de América que declara lo siguiente:

"La enumeración en la Constitución de ciertos derechos no será interpretada como denegatoria o abrogatoria de otros (derechos) retenidos por el pueblo".

Bajo la inspiración de este texto, la Comisión examinadora de la Constitución de 1853, designada por la Convención del Estado de Buenos Aires e integrada por Bartolomé Mitre, Dalmacio Vélez Sarsfield, Domingo Faustino Sarmiento, José Mármol y Antonio Cruz Obligado, fundaron la inclusión del actual art. 33 de nuestra Constitución Nacional, en los siguientes conceptos:

*"En esta Sección de la Constitución están comprendidos todos aquellos derechos, o más bien principios, que son anteriores y superiores a la Constitución misma, que la ley tiene por objeto amparar y afirmar, y que ni los hombres constituidos en sociedad pueden renunciar, ni las leyes abrogar. Los derechos de los hombres que nacen de su propia naturaleza, como los derechos de los pueblos que conservando su independencia se federan con otros, no pueden ser enumerados de una manera precisa. No obstante esa deficiencia, ellos forman el derecho natural de los individuos y las sociedades... El objeto primordial de los gobiernos es asegurar y garantizar esos derechos naturales, tanto de los hombres como de los pueblos constituidos por la Divina Providencia."*

Sarmiento, al postular en la Convención de 1860 la aprobación del despacho de la Comisión, precisó que los principios que sirven de base a los derechos fundamentales del hombre son superiores a la Constitución y que "el catálogo de los derechos naturales es inmenso".

En igual sentido se expresó en dicha Asamblea Vélez Sarsfield, sosteniendo que tales derechos *son superiores a toda Constitución, superiores a toda ley y a todo cuerpo legislativo, y tan extensos que no pueden estar escritos en la Constitución.* El mismo enfoque jusnaturalista reiteró, diez años después, Bartolomé Mitre, al manifestar en la convención porteña de 1870 que hay derechos superiores y anteriores a toda constitución escrita, que no se inscriben ni se borran nunca.

La resistencia es, pues, uno de esos derechos naturales que reconocen Sarmiento, Vélez Sarsfield y Mitre, y que sirven de principio y fundamento a la organización constitucional argentina. Es

inderogable e imprescriptible. Puede potencialmente legitimarse tanto frente a gobiernos *de facto* como *de jure*. Reconoce grados y está sujeta a los recaudos fijados por la virtud de la prudencia.

Por estar vinculada con situaciones críticas, lesivas de la paz y de la concordia, la resistencia es un remedio extremadamente peligroso. Confiamos en que pueblos y gobiernos, mediante la consolidación de genuinas democracias constitucionales, podrán en el curso del siglo XXI avanzar hacia opciones de convivencia civilizada que preserven de modo efectivo las libertades civiles y políticas, y que les permita prescindir de la resistencia en su vida institucional.





## EL PRETENDIDO "DERECHO DE RESISTENCIA"

*Exposición del académico doctor Jorge Reinaldo Vanossi*

I. Es cierto que se registran antecedentes muy lejanos en la historia, tanto de resistencia "activa", "pasiva" o "defensiva". Pero son nada más que eso: antecedentes. Así, hay antecedentes a los que Gettel sitúa históricamente en la India.

Por su parte Sampay se remonta a Confucio y Nencio. En otras perspectivas, el pensamiento cristiano se apoya en Santo Tomás, fundándola en la noción de bien común (López, *Introducción a los Estudios Políticos*, Depalma, 1983, t. II, p. 100). Y, por su lado, los contractualistas en Locke (*Segundo Tratado*), producen la laicización del concepto.

Entre nosotros, Ekmekdjian trae a colación a Sófocles en su tragedia *Antígona* (confr., *Tratado de Derecho Constitucional*, Ed. Depalma, tomo III, págs. 407 y sigts., 1995).

Pero Aristóteles ya criticaba el derecho de sedición incluido en la Constitución de Creta, frente al incumplimiento de los deberes de los magistrados (*Política*, libro II, Cap. 7).

Podemos dividir su institucionalización en tres etapas, a saber:

1ª. etapa: La institucionalización aparece en los instrumentos medioevales, que eran de típica protección estamental (es decir, previos al moderno garantismo igualitario).

- Carta Magna

- Fuero de Aragón, en que el "Justicia" anunciaba cuándo llegaba el momento de ejercer ese derecho extremo.

- Bula Aurea, de Hungría (1222).
- Carta de Baviera (1311).
- Francia - Estados Generales (1581): "Acta de Abjuración" (López, p. 101 de *Introducción a los Estudios Políticos*, Depalma, 1983).
- 2a. etapa: - Constituciones de Virginia (1776) y Maryland (1778).  
El derecho a "expeler" el gobierno despótico aparece en la Declaración de la Independencia (1776).
- Declaración Francesa (1789) que proclama los derechos a la libertad, propiedad, seguridad y resistencia.
- Constitución de 1793 (es una "consecuencia" de los demás derechos).
- Doctrina liberal y de la primera mitad del siglo XX.
- Rosco Pound lo relaciona con el derecho a portar armas.
- 3a. etapa: - no aparece en la mayoría de las Constituciones del siglo actual.

Acaso la razón consista en lo acontecido al tratarse la Declaración francesa de 1793; tal como lo recuerda Linares Quintana, Condorcet propuso, sin éxito, la sanción de un medio legal de resistencia, reglado por la Constitución (t. 6, p. 340 del *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, 1º ed.). ¿Cuál puede ser ese resorte o procedimiento legal? La acuciante pregunta continúa sin respuesta hasta nuestros días.

II. Las opiniones aparecen muy divididas. Nos recuerda Sampay que a favor de su institucionalización se pronuncia Alberto Peyrano: sería el equivalente o correlato de la "legítima defensa" que existe para los particulares en el Derecho Penal.

Grigore Ceamanu (citado por Sampay, París, 1933), sostiene una tesis que podríamos considerar como la teoría motivacional de la cuestión, toda vez que la resistencia constituiría para los gobernantes un enérgico estimulante para inducirlos a la no opresión y a asegurar a los gobernados jueces imparciales.

Desde la perspectiva "decisionista", Carl Schmit lo acepta indirectamente, cuando admite que el verdadero poder "constituyente"

actúa de *legibus solutus*, ubicándolo antes y por encima de la Constitución; y situándolo como no subordinado a formas y órganos que exhiben una formulación definitiva (ver Vanossi, tomo I de *Teoría Constitucional*, ed. Depalma, 1974).

Sostiene Bidart Campos que el hecho de que sea difícil normar ese derecho en la Constitución no significa que se haya tornado innecesario, y al respecto expresa: "Parecería que en el llamado 'Estado de Derecho' se ha tornado innecesario el derecho de resistencia, y que con ello habría perdido actualidad el problema del encuadre legal del mismo. Sin embargo, no es así. Nuestro siglo ha visto encumbrarse regímenes tiránicos de la más baja catadura, en los que todo resorte legal ha quedado obturado, todo recurso normal impedido, toda garantía positiva enervada. Al afán de justicia que insufla los mejores anhelos de la humanidad no puede detenerse en el plano positivo de la ley escrita. La primacía de los valores objetivos recupera toda su trascendencia. Y es allí donde el derecho de resistencia a la opresión aparece como un impulso natural de la conciencia libre de los hombres, volviendo otra vez los ojos al modelo perfecto que los doctrinarios de la Edad Media elaboraron en esta materia" (confr. *Derecho Constitucional*, tomo I, págs. 568-569).

III. Por su parte, exponen opiniones en contra de su reconocimiento autores tales como:

Leon Duguit: sería "un fermento de anarquía".

Joseph Barthelemy: es un hecho político y no un derecho jurídico.

Gaston Jeze: es un caso de "guerra civil" entre la fuerza nacional y la fuerza privada de los individuos, con todas las alternativas y peligros de la guerra.

Heinrich Herrfahrd: pone en peligro un bien superior: el valor formal del Derecho, el orden y la seguridad jurídica.

Señala Sampay que para buena parte de la doctrina alemana clásica, la "resistencia" supone la imposibilidad moral de soportar el derecho formal. Hay pues un conflicto devenido insufrible entre la moral y el Derecho.

En mi opinión, el tema no puede ser resuelto ni asimilado por el derecho positivo, pues consiste precisamente en un punto o clímax máximo de tensión entre el orden legal formalmente establecido y el sistema de creencias y valores al que la sociedad decide dar prioridad cuando la confrontación entre ambos hace eclosión y la crisis tan sólo puede superarse al través del desplazamiento del uno por el otro. Si Weber ha definido a la legitimidad como la creencia en una cierta legalidad, acá se trata -entonces- de la volatilización de una creencia que cae o caduca periclitada por el sentimiento de opresión asfixiante, que desata, a la postre, la reacción rupturista y el consiguiente establecimiento de un nuevo orden: el de la libertad y el garantismo.

IV. *Doctrina argentina*: Veamos los criterios de algunos autores nacionales que se pronunciaron expresamente al respecto.

- J. V. González: Si la Constitución lo reconociera como derecho, se habría preparado su muerte en la cuna (*Obras Completas*, t. I, p. 199).

- Cossio (1936): Para la ciencia del Derecho no hay tal derecho a la revolución. En el sentido del derecho objetivo, significaría la fractura de la lógica de los antecedentes. Si cada norma inferior es la aplicación de otra superior, admitir un derecho así equivale a aceptar una contradicción manifiesta: que la ruptura del orden jurídico es al propio tiempo la continuidad del orden jurídico.

Conclusiones de Cossio en su estudio sobre "el concepto puro de revolución": 1) si no hay un derecho objetivo a la revolución, tampoco hay un derecho subjetivo a ella;

2) el problema pertenece al campo de la filosofía estimativa, habida cuenta que está en juego el sentimiento de lo justo y lo injusto. El contenido es una determinada valuación de justicia.

- Sampay (1938): el derecho positivo cumple egregia misión creando la seguridad jurídica, sin la cual se torna absolutamente imposible la vida social.

"No se puede aceptar un precepto que consagre la revolución como una institución jurídica, pues sería dejar liberada la ordenación de la

vida común a la diversidad de opiniones de los individuos y llegar a la paradójica situación de facilitar, en el derecho positivo, la destrucción de la positividad del derecho ... En el articulado de la Constitución se han de encontrar todos los medios para actuar dentro de la órbita legal ..." (pág. 22 de la obra *El Derecho de Resistencia: su inadmisibilidad en la Constitución del Estado de Derecho*, Ed. La Facultad, Bs. As., 1938).

Conclusiones de Sampay:

1) En el Estado democrático el llamado derecho de resistencia colectiva pertenece al pueblo como sujeto del poder constituyente. Dicho poder es de carácter político y no jurídico.

2) La Constitución de un Estado de Derecho no puede consagrar la resistencia colectiva como una garantía legal, pues sería facilitar la destrucción de la seguridad jurídica, que es el principal propósito del derecho positivo (pág. 24).

-Soler (1943), en *Ley, Historia y Libertad*, trata profundamente la cuestión y disecciona el problema a través de cinco perfiles, a saber:

1) El derecho de resistencia como oposición al órgano del Estado.

- esta creación iluminista importaría permitir que las disposiciones de los órganos estatales sean examinadas en su legalidad por el destinatario; cuando en realidad lo que corresponde en una estructura escalonada y en una serie de gradaciones del organismo del Estado es que la facultad de revisar la legalidad de la disposición tomada por un órgano lo sea por alguna instancia que se halle por encima de ese órgano.

2) El derecho de resistencia como oposición a la norma.

- para mantener este derecho ya no podemos pensar en la opresión que proviene del órgano del Estado, sino de la norma que nos priva de facultades para inspeccionar la orden. Se trata, entonces, del poder de examinar el contenido del derecho positivo; y aquí entra en juego la idea del pacto social cuyo objeto es garantizar los derechos naturales del individuo preexistentes al pacto mismo. Opresión será toda violación de los derechos naturales.

### 3) La disolución del pacto social.

- si admitirlo sería erigir al individuo en juez del contenido de las leyes, estaríamos llamando derecho a las resoluciones de un individuo que no tienen más destinatario posible que él mismo. Esto equivale a concebir al individuo como pudiendo entrar y salir libremente de la sociedad, por lo que la opción es fatal: o la atribución de una facultad de reclamar el cumplimiento o el acudimiento a una instancia superior, o bien la disolución del pacto, liberándose el ofendido de sus obligaciones.

### 4) El derecho de resistencia como tutor de los demás derechos.

- si el derecho de resistencia sirviese frente a la vulneración de alguno de los *otros* derechos que no fuese el mismo derecho de resistencia, entonces estaríamos ante una situación singular: no sería un derecho como los demás, sino algo así como el denominador común de todos los derechos. Sería el *derecho del derecho*; el derecho a ser tratados jurídicamente. Esto es un absurdo jurídico, desde el momento que sería reductible a un *regressus ad infinitum*, toda vez que no hay concepto jurídico cuya característica esencial no sea la finitud lógica. Por ende, de lo que estamos hablando no es de un "derecho".

### 5) Su identificación con la libertad natural.

- Se pregunta Soler de qué realmente hablamos cuando nos referimos a declarar roto el pacto social, si sabemos que el sujeto no puede "salirse" de la sociedad. Para enhebrar la respuesta, Soler comienza afirmando que lo que hace que el hombre pueda resistirse a la opresión es su libertad *real* frente a la norma. En consecuencia:

a) lo que encontramos en el fondo del pretendido derecho de resistencia es *la libertad natural* que el hombre tiene de *juzgar de la norma*, la libertad de acatarla o no.

b) no es un derecho sino un poder, una facultad, no jurídica, una facultad real propia e intransferible del individuo; que se traduce en una *potestad* consistente en el examen comparativo (que todos podemos realmente hacer), parangonando la norma con los ideales. Es la facultad de apreciar la norma desde el punto de vista de su justicia.



Soler culmina su razonamiento señalando la pretensión del Iluminismo de erigir en derecho a un *poder de rebelión*; y sostiene que no basta que unas cuantas palabras estén impresas con la apariencia de una norma, para que efectivamente el concepto que contienen sea una norma. Medió pues una ilusión: la utopía de dar libertad al hombre por medio de normas jurídicas. Pretendieron llenar una norma con algo que no hacía referencia a un concepto normativo, sino a un concepto de ser, a un concepto real y no de mera relación. En una palabra, dice Soler, que quisieron meter dentro de la norma a la libertad misma (confr. ob. cit., Ed. Losada, Bs. As., 1943, págs. 83 a 94).

Mario Justo Lopez, en magistral síntesis de la cuestión, nos establece el *intrínquilis* con palabras memorables.

"Para los que admiten la existencia del derecho de resistencia a la opresión, y la justifican, no hay duda acerca de su naturaleza. Se trata, como lo proclamó el artículo 2 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, de un *derecho natural*

"Pero, la circunstancia de que el derecho de resistencia a la opresión sea un derecho natural no impide, como antes se ha visto, su institucionalización, vale decir su reconocimiento o consagración por el derecho positivo. *Lo que ocurre es que como el Estado de Derecho implica un orden constitucional integral y continuo, excluye por lo mismo la posibilidad teórica de la opresión y, consiguientemente, la necesidad de remedios extrajurídicos. Si el Estado de Derecho lo es de verdad y en plenitud, no puede haber opresión ni se requieren, por tanto, medidas para resistirla. Dicho de otro modo, en el derecho positivo, dentro de los marcos del Estado de Derecho, el derecho de resistencia a la opresión no tiene razón de existir porque el constitucionalismo implica la imposibilidad jurídica de la opresión y la posibilidad jurídica de impedir o, en su caso, reparar los 'abusos' y de corregir y modificar los 'usos'. Sólo con motivo de los 'casos críticos', es decir, cuando el Estado de Derecho está 'en crisis', nace y se justifica aquel derecho. Pero tal nacimiento y justificación son extraños al derecho positivo. Con respecto a éste, una insurrección*



*es siempre, formalmente, un acto ilícito*" (Introducción a los Estudios Políticos, tomo II, pág. 102, Ed. Depalma, Bs. As., 1983).

V. Pasemos ahora al análisis del derecho positivo. El tema aparece con las innovaciones introducidas por la cuestionada reforma constitucional de 1994, que en el art. 36 de su Capítulo Segundo, titulado "Nuevos Derechos y Garantías" expresa:

"... Todos los ciudadanos tienen el derecho de resistencia contra quienes ejecutaren los actos de fuerza enunciados en este artículo ...".<sup>1</sup>

Como la citada norma contiene enunciados diversos y variados, debemos recordar que también lo relaciona con la figura del art. 29, de la concesión de facultades extraordinarias y la suma del poder público.

(A) El art. 36 contiene diversas prescripciones.

Uno de sus antecedentes es el art. 27 de Alberdi, que se refiere a otro aspecto de la cuestión, vinculado con la invalidez de los actos

<sup>1</sup> La norma completa expresa:

Capítulo segundo

Nuevos derechos y garantías.

Artículo 36. Esta Constitución mantendrá su imperio aún cuando se interrumpiere su observancia por *actos de fuerza* contra el orden institucional y el sistema democrático. Estos actos serán insanablemente nulos.

Sus autores serán pasibles de la sanción prevista en el artículo 29, inhabilitados a perpetuidad para ocupar cargos públicos y excluidos de los beneficios del indulto y la conmutación de penas.

Tendrán las mismas sanciones quienes, como consecuencia de estos actos, usurparen funciones previstas para las autoridades de esta Constitución o las de las provincias, los que responderán civil y penalmente de sus actos. Las acciones respectivas serán imprescriptibles.

Todos los ciudadanos tienen el *derecho de resistencia* contra quienes ejecutaren los actos de fuerza enunciados en este artículo.

Atentará asimismo contra el sistema democrático quien incurriere en grave delito doloso contra el Estado que conlleve *enriquecimiento*, quedando inhabilitado por el tiempo que las leyes determinen para ocupar cargos o empleos públicos.

El Congreso sancionará una ley sobre ética pública para el ejercicio de la función.

del usurpador: "Toda autoridad usurpada es ineficaz; sus actos son nulos". Así aparecía en la Constitución de Egaña (1833), fuente chilena del Proyecto alberdiano.

(B) Aunque también parece tomado de la Constitución de El Salvador (art. 87), y de otros antecedentes latinoamericanos que minuciosamente trae a colación Segundo V. Linares Quintana (t. 6, pág. 338 a 349); y también figuraba en la de Cuba (1940).

Para los demás, ya había sido sancionada la ley 23.077 de "Protección del orden democrático y constitucional", que incriminaba penalmente todas las conductas posibles y frecuentes al respecto.

Pero ahora nos encontramos con otra novedad: la incorporación "local" en el Estatuto Organizativo de la Ciudad de Buenos Aires (1996):

Art. (4) "... Todos los ciudadanos tienen *derecho de resistencia* contra quienes ejecutaren los actos de fuerza enunciados en este artículo".

Vale señalar que así se crea una pena, que corresponde al legislador nacional (Código Penal) y que por lo tanto sería de dudosa constitucionalidad en el ordenamiento local.

Mayor es mi asombro cuando compruebo que también la incluye en su texto la Carta Orgánica Municipal de la Ciudad de Córdoba (1995), a través de la norma del art. 9, inc. 10, que es de igual tenor y merece la misma observación. ¿No existen mecanismos de "intervención" para esos casos?. Admitir la "resistencia" en el nivel local es como prescindir del orden general o nacional. Sería el caos.

VI. Sabemos que la legitimidad tiene dos momentos.

Puede haber ilegitimidad de origen, que se configura con la usurpación; y también, puede acontecer que se produzcan ilegitimidades de ejercicio, a través del desborde institucional.

La pregunta salta a la vista: ¿El art. 36 cubre un solo supuesto: la usurpación?.

Para Ekmekdjian el género es la "desobediencia civil" y la "resistencia" es una forma específica de aquélla.

Según este autor "... su especificidad consiste en que la lucha se efectúa contra un gobierno tiránico, generalmente *de facto*, que impide todo tipo de manifestación contraria a él. La desobediencia civil, en cambio, puede darse contra un orden jurídico legítimo y razonablemente justo, que ha tomado una acción injusta" (pág. 408 del *Tratado*, t. III). Pero el encuadre encierra una discusión no pacífica.

¿Es un derecho individual o colectivo?

Para Linares Quintana y Sánchez Viamonte es un principio ético-político; es un derecho político de la sociedad, no del individuo, que se fundamenta en el art. 33 que consagra derechos no enumerados, pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno.

En cambio, según Ekmekdjian, el art. 36 confiere este derecho a *cada ciudadano*, aunque limitado contra los gobiernos *de facto*. Este autor, si bien reconoce su evidente fundamento jusnaturalista, considera que es muy difícil de comprobar en la realidad, "ya que no existe un aparato para medir y separar lo justo y lo injusto" (pág. 411). En definitiva, el *sustractum* reside en la *conciencia moral media* (sic) de la sociedad.

VII. ¿Incorpora nuestro ordenamiento constitucional este supuesto derecho de resistencia?

La Constitución de 1853 no lo menciona expresamente. ¿Qué es entonces? ¿Qué filiación tiene? ¿Derecho no enumerado? El art. 33 reconoce los derechos y garantías no enumerados pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno.

Por su parte, el art. 21 contiene "deberes" (deberes públicos individuales), tales como los análogos de los arts. 17, 21, 22, 29 y ex 103:

- 1) fidelidad a la Nación
- 2) defensa de la patria y de la constitución
- 3) respeto a las instituciones

4) impedimento de las exorbitancias del poder

5) prestaciones y cargas públicas

La Constitución histórica optó por un remedio drástico: su originalísimo art. 29 creó el tipo penal para incriminar la suma del poder público, que a su vez recepcionó el Cod. Penal (art. 227) con las penas de reclusión o prisión perpetua.

Y la Corte Suprema declaró que ese delito no era amnistiable por el legislador ordinario; tanto en el caso "Juan Carlos García" in re "J. D. Perón y otros" ("Fallos" 234:16), cuanto en el caso "Alejandro Leloir" in re "J.D.P. y otros" ("Fallos" 234:250, siguiendo dictámenes luminosos del Procurador General, Sebastián Soler).

Tengo para mí que en ese delito también pueden incurrir los legisladores constituyentes que entronicen un sistema conducente al absolutismo de poder o a la eternización del grupo gobernante en el mismo poder. Es mi categórica convicción, extensible al legislador ordinario cuando ejercita el llamado poder preconstituyente (art. 30).

El único efecto práctico del nuevo art. 36 podría eventualmente consistir en que si triunfa la "resistencia" frente al desplazamiento del régimen establecido, "los que hayan sido juzgados como delinquentes o responsables por su resistencia deberán ser absueltos por imperio de esta norma constitucional" (Quiroga Lavie, pág. 188) Autor éste que, por otra parte, se ve obligado o resignado a reconocer "que la usurpación pueda crear un nuevo orden de gobierno es un hecho inevitable" (idem); como asimismo admite que los actos "nulos" a los que se refiere o fulmina el nuevo art. 36 son sólo los actos de fuerza que produjeron la destitución de los gobernantes ungidos de acuerdo con la legalidad anterior al golpe de estado (conf., *Constitución de la Nación Argentina*, Ed. Zavalía, Bs. As., 1996, págs. 186 y sigts.).

Mi pregunta es: ¿los condenados por la "resistencia", son absueltos *ope legis*, o la legalidad preexistente que logra ser restaurada deberá producir actos formales de exculpación, tales como una ley de amnistía o decretos de indultos?

Si la "resistencia" reviste categoría de *derecho*, de acuerdo con las pretensiones del nuevo art. 36, entonces la conclusión debería ser la misma que se deriva para los supuestos de derecho privado por aplicación del art. 1071 del Código Civil:

"El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto" (1a. parte).

VIII. Si llegara a aplicarse el art. 36 ¿cuál sería la conducta debida, en caso de que la acción de los sujetos contara con el asentimiento de la sociedad y con el no menos importante dato de la consumación efectiva de los hechos?

No podría derivar en el ejercicio del poder constituyente revolucionario, para generar una nueva legalidad distinta de la preexistente al momento del golpe interruptor de la que contenía -precisamente- a ese art. 36.

Ergo, su sentido sería puramente restaurador ya que el acto debido a tenor del art. 36 consistiría en la reimplantación de la Constitución o, mejor dicho, del orden constitucional vigente con antelación al tiempo de ruptura. En consecuencia, podemos afirmar que:

- 1) Son situaciones de fuerza y no de derecho.
- 2) Se resuelven por la suerte de las armas (Conf., Ekmekdjian, ob. cit.).

Si el art. 22 condenó por igual a las "puebladas" y a las "asonadas", quiere decir que contempló a ambas situaciones de fuerza como igualmente en condiciones de hacer peligrar el orden de las autoridades constituidas. Por lo tanto, al no formular precisión alguna, el nuevo art. 36 encierra potencialmente el riesgo de abrir un doble camino, ya sea a transitar por la anarquía de la fuerza irregular o bien sea por la tiranía de un poder de hecho militar y centralizado.

Frente a ello, recordemos una vez más la sabia advertencia de la Corte Suprema ("*o tempora, o mores*"), de que fuera de la Constitución sólo podía esperarse la tiranía o la anarquía ("Fallos", 191-197). Era la doctrina de la Corte Suprema "en tiempos de la república".

IX. Mis puntos de vista al respecto.

\* La resistencia es un resorte subyacente en la concepción axiológica de toda sociedad libre. No cabe formularlo a través de la técnica jurídica. Por ausencia normativa no se volatiliza. En definitiva, emerge como acto irresistible de un estado de conciencia de la sociedad.

\* ¿A quién corresponde su ejercicio?. No es dable una respuesta unívoca ni anticipatoria. Sería tan absurdo como pretender la previsión del poder constituyente revolucionario (que es una modalidad del "originario"). Por ello es que Friedrich ha dicho que es la antesala del ejercicio del poder constituyente. Pero *no* es el poder constituyente mismo.

\* El derecho de resistencia eclosiona. Si alcanza su objetivo, el éxito le asegura el tránsito a la sustanciación jurídica. Si fracasa, el hecho producido se enmarca en las figuras sancionatorias de la tipicidad penal preexistente.

\* La historia "como hazaña de la libertad" (Croce) registra las grandes gestas de la resistencia. También tiene sus mártires. Por ejemplo, Van Stauffenberg (1944) al intentar salvar el honor del pueblo alemán.

\* Por eso mismo, al traer este recuerdo, pienso que mientras se crea en la libertad y en tanto su opresión subsista, se prolongará el debate apasionante en torno a la exacta filiación de este recurso extremo y final.

\* Es imposible, jurídicamente hablando, articular *órganos, procedimientos y contenidos* para regular su aplicación en el seno de un Estado determinado. Rescato el esfuerzo conceptual de los Girondinos (1793) pero que no sirvió para mucho. Su propuesta en la Declaración de Derechos consistía en afirmar: "Hay opresión cuando una ley viola los derechos naturales, civiles y políticos que debe garantizar. Hay opresión cuando la ley es violada por los funcionarios públicos en su aplicación a los hechos individuales. Hay opresión cuando los actos arbitrarios violan los derechos de los ciudadanos contra la expresión de la ley" (cit. por López, ob. cit., pág. 99).



\* Ante el fracaso del sueño iluminista, se crean las instancias supranacionales de intervención tendientes a preservar o restablecer los derechos humanos. Pero con ello el problema no desaparece, sino que se transfiere a un nivel superior.

\* Eventualmente, la opresión podría provenir de los órganos de la comunidad internacional, ya sean los de un sistema regional o los pertenecientes a la máxima globalidad institucional.

\* Una vez más, se plantea acá el sempiterno interrogante de "¿quién controla al controlante?". Y la respuesta recae, otra vez, en la *societad*: son "sus" valores y "su" cultura, los elementos determinantes de la preservación de un sistema basado en la libertad como *prius* de toda su organización.

X. Se mantiene en pie el interrogante de fondo.

\* ¿Es un "Caballo de Troya"? Si lo institucionalizamos, ¿no se convierte en un "elefante en un bazar" (Churchill)? Señala Burdeau que por algo ha sido inscripto preferentemente en las "Declaraciones" antes que en las leyes.

\* ¿Sirve -eventualmente-, para "legitimar" cualquier deslegitimación?

El Comité Jurídico Interamericano, órgano de la OEA, llegó a la conclusión de que no era posible coincidir en una formulación satisfactoria de carácter jurídico (1950-1953).<sup>2</sup>

\* Está claro: es un cambio de la legitimidad, entendida ésta como la creencia en una cierta legalidad (Weber).

<sup>2</sup> Véase el "Anuario Jurídico Interamericano" correspondiente al año 1953, editado por la Unión Panamericana, con las actas y Resoluciones del Comité Jurídico Interamericano, que es uno de los "órganos principales" de la Organización de Estados Americanos (según la Carta de la OEA). Allí señala el Comité que "la doctrina de resistencia no es de tal naturaleza, en el presente estado del pensamiento jurídico, que pueda propiamente incorporarse a una Declaración Americana de Derechos Humanos" (págs. 380/381; 386/387; y 391/397). Si bien el CJI entendía que es una cosa el reconocer la capacidad de un individuo para resistir la acción ilícita de una autoridad gubernamental y otra es sancionar el derrocamiento del gobierno; también afirmaba que "el sancionar la destrucción de un sistema legal mediante una norma de ese mismo sistema implica necesariamente una contradicción teleológica que es fatal a la formulación de tal norma".



\* Pero: ¿quién es el "juez" que decide, cuándo y cómo se da el caso de aplicación?. Si no hay órgano, ¿puede haber "derecho"? No existe ese órgano jurisdiccional, pues formaría parte del propio orden resistido.

\* Se confunde con el llamado poder constituyente originario (revolucionario o fundacional) *porque lo pone en funcionamiento*. No es competencia sino "potencia". Su fundamento justificante es metajurídico; pertenece al orden de las creencias, cuya legitimación se alcanza por vía espiritual y no normativamente.

\* Régimen de libertad y resistencia a la opresión se suponen recíprocamente. La resistencia es la garantía extrajurídica de la libertad. La resistencia pertenece al ámbito del garantismo natural.

## XI. *El análisis semántico lo corrobora*

Veamos qué nos dice el *Diccionario de la Real Academia Española*:

"Resistencia", en la 3a. acepción, es:

"Conjunto de las personas que, clandestinamente de ordinario, se oponen con violencia a los invasores de un territorio o a una *dictadura*".

Remite pues a "Dictadura", que en su 4a. acepción es:

"Gobierno que en un país impone su autoridad violando la legislación anteriormente vigente".

Por otro lado, el mismo *Diccionario* nos aclara:

"Opresión", expresión que remite a la acción de "oprimir"; y que en su 2a. acepción, dice:

"Someter a una persona, a un pueblo, a una nación, etc., vejándolo, afligiéndolo o tiranizándolo".

Esta nueva remisión nos aclara:

"Tiranía": "abuso o imposición en grado extraordinario de cualquier poder, fuerza o superioridad".

"Tirano": "...simplemente del que impone ese poder y superioridad en grado extraordinario".

Burdeau une la noción de opresión, con la de "arbitrariedad" en el sentido empleado por John Locke: poder político (ver: López, ob. cit., pág. 100 y sigts.).

Ergo, el sentido común indica que estamos fuera del terreno del Derecho.

Estamos ante la manifestación de algo extraordinario, es decir, de un ejercicio arbitrariamente abusivo del poder político del gobernante, en detrimento de las libertades y garantías de las personas.

## XII. Conclusiones

No parece correcto encarar a la resistencia como un derecho público subjetivo, ya sea individual o colectivo.

Se trata de un hecho, de índole política, que puede encontrar sustento y motivaciones en los preceptos morales.

Consumada la resistencia, sus actos constitutivos producen consecuencias jurídicas. En caso fallido, probables sanciones penales y responsabilidades consecuentes.

En caso de alcanzar sus objetivos, despejando la opresión reinante, pone en ejercicio la modalidad del poder constituyente revolucionario, ya sea para fines restauradores o bien sea con nuevos propósitos fundacionales.

Encapsular el pretendido derecho de resistencia en el texto de la Ley Suprema no sólo no genera derechos humanos que sean jurisdiccionalmente exigibles, sino que implica la introducción de un "Caballo de Troya" en la continuidad del orden legal vigente.

Como herramienta interruptora de la continuidad, suma un ingrediente que acrecienta la inseguridad jurídica en el Estado de Derecho.

No parece acertada su institucionalización. Menos aun en las Constituciones locales o municipales.

## **PROTECCIÓN DE USUARIOS Y CONSUMIDORES**

*Comunicación efectuada por el académico Dr. Félix A. Trigo  
Represas, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias  
Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada  
del 28 de noviembre de 1996*



I. *Advertencia previa.* Debo comenzar por señalar que ya nos habíamos ocupado de este tema en el N° 3 de las publicaciones del "Instituto de Derecho Civil" de esta "Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales", de reciente aparición, bajo el título *La Protección al consumidor en nuestro país, a la luz de los nuevos textos constitucionales*<sup>1</sup>; razón por la cual, pese a que ahora se ha encarado la temática con una visión más amplia y renovada, ha resultado inevitable incurrir en muchas reiteraciones.

II. *Introducción.* Se ha dicho que "el derecho del consumidor es... la disciplina jurídica de la vida cotidiana del habitante de la sociedad de consumo", ya que regula la producción y la comercialización de productos y servicios a través del prisma del consumo, y "éste... tiene un lugar cierto: es la vida cotidiana"<sup>2</sup>.

Pero no obstante tratarse de actividades que los hombres siempre han realizado, los conceptos de consumidor y de consumo recién han

<sup>1</sup> *La reforma constitucional de 1994 y su incidencia en el Derecho Civil*, N° 3 de la Serie IV "Instituto de Derecho Civil", de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Buenos Aires, 1996, ps. 107 y ss.

<sup>2</sup> Benjamín, Antonio H. V., *Derecho del consumidor*, trad. del Instituto Nacional del Consumo (España), en la obra comunitaria *Defensa de los consumidores de productos y servicios*, dirigida por Gabriel Stiglitz, Bs. As., Ed. La Rocca, 1994, p. 87, n° 1.

comenzado a asomarse en la legislación en los últimos años. Ello sin embargo encuentra su explicación en los principios jurídicos surgidos después de la Revolución Francesa, que fueron seguidos por muchos países del mundo y también, en general, en Latinoamérica. En efecto, si los hombres son libres e iguales, es lógico que la contratación esté regida por el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, que sean ellas libremente quiénes decidan contratar, y que de tal acuerdo nazca la *ley* que habrá de regir a las mismas; lo cual presupone, entre otras cosas: "que el contrato es un acto excepcional en la vida de las personas, que éste es un acto negociado, discutido y -finalmente- acordado, que el legislador sólo debe intervenir para velar que la voluntad manifestada sea realmente libre (de allí todo el capítulo relativo a los vicios del consentimiento), que el conflicto entre las partes será la excepción y se le deberá rodear de las mayores garantías procesales". Pero hoy la sociedad nos muestra una realidad muy distinta: "La circulación masiva de bienes y de servicios hacen de la contratación una actividad cotidiana, que exige rapidez, que es ofrecida simultáneamente a un número indefinido de co-contratantes. En estas condiciones, la negociación es casi imposible, sustituyéndose el acuerdo de partes por la formulación de cláusulas predispuestas por una de ellas, *por quien ofrece el bien o el servicio*. Adquieren, entonces, particular relevancia las etapas precontractuales, signadas por la oferta publicitada en múltiples formas. A su vez, se tornan inoperantes los medios tradicionales de solución de las controversias: ni la cuantía de los asuntos ni las urgencias de los adquirentes justifican los largos procedimientos. En estas condiciones, la igualdad de las partes ya no corresponde a la mayor parte de los contratos cotidianos, en los que quien ofrece es quien conoce y quien propone, cuando no es un mero intermediario en una larga cadena de contratos que hacen del fabricante, muchas veces, un tercero en relación con el contrato que celebra el consumidor final". Y, obviamente, el

derecho debe reconocer las relaciones sociales que se producen, si pretende regularlas<sup>3</sup>.

En suma, podemos denominar "derecho del consumidor", a la disciplina jurídica que "se propone tutelar al consumidor en sus relaciones con los proveedores"<sup>4</sup>. Debiendo señalarse que la idea base que late en todo este nuevo derecho es la protección de la parte débil, ya que: "en la médula del concepto de consumidor están las ideas de debilidad de una de las partes y de desigualdad entre los contratantes. Debilidad por falta de conocimientos técnicos, por falta de información veraz, por falta de opciones. Desigualdad por la imposibilidad de negociar los términos contractuales, sobre todo cuando sólo puede adherir a un contrato predispuesto, comúnmente denominado contrato de adhesión"<sup>5</sup>; máxime, teniendo en cuenta que: "aun en el marco de un mercado libre y competitivo, el consumidor queda igualmente sometido, en los hechos y habitualmente, a cláusulas contractuales abusivas; a publicidades engañosas; a técnicas de comercialización que presionan sobre su poder de decisión, restringiendo la espontaneidad de las elecciones; a hipótesis de productos o servicios defectuosos; a obstáculos para el acceso a la justicia, etcétera"<sup>6</sup>.

III. *El derecho comparado.* El derecho anglosajón del "common law" ya se había ocupado de esta temática desde mediados del siglo pasado, cuando se registraron los primeros casos de responsabilidad

<sup>3</sup> Arrighi, Jean M., *Comercio internacional y protección del consumidor (Mercosur)* en *Defensa de los consumidores de productos y servicios*, cit., ps. 369 y sigte., n° 1.

<sup>4</sup> Benjamín, ob. cit. en *Defensa de los consumidores de productos y servicios*, cit., p. 89, n° 2.

<sup>5</sup> Arrighi, ob. cit. en *Defensa de los consumidores de productos y servicios*, cit., p. 371, n° 2; Mosset Iturraspe, Jorge - Lorenzetti, Ricardo Luis, *Defensa del consumidor. Ley 24.240*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1993, p. 64, n° 1; Reich, Norbert, *El mercado interno de la Comunidad Europea y la protección al consumidor en las relaciones contractuales*, trad. de Rosana Stiglitz, en *Defensa de los consumidores de productos y servicios*, cit., p. 395, n° 4; Stiglitz, Gabriel, *La función del Estado para la protección del consumidor*, en *Defensa de los consumidores de productos y servicios*, cit., ps. 115 y sigte., n° 1.

<sup>6</sup> Stiglitz, ob. cit. en nota anterior, p. 116, n° 1.



por daños causados al consumidor de productos defectuosos: en Inglaterra a partir de 1851, con el caso "Longmeid v. Hollyday"<sup>7</sup>, y un año más tarde en los Estados Unidos con el caso "Thomas v. Winchester"<sup>8</sup>. Pero la jurisprudencia del common law evolucionó con mucha mayor rapidez hacia la responsabilidad objetiva del fabricante en los Estados Unidos, fundándose en la circunstancia de ser él quien se encuentra en mejores condiciones de prevenir el daño y de distribuirlo a menor costo; puesto que en punto a lo primero puede hacer lo necesario para diseñar productos menos riesgosos, fabricarlos seguros y realizar un efectivo control de su calidad, asegurándose al lanzarlos al mercado de que sean usables o consumibles sin peligro, y con relación a lo segundo puede contratar un seguro y repartir adecuadamente ese gasto entre los proveedores y consumidores<sup>9</sup>.

En los países del derecho escrito en general no existían, hasta no hace mucho tiempo, normas específicas sobre la responsabilidad civil del fabricante. Sin embargo en la "Carta Europea del Consumidor" (resolución número 543 del 17 de mayo de 1973 de la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa), se estableció concretamente el derecho al resarcimiento del daño, y se adoptaron medidas complementarias en la legislación interna de los países

<sup>7</sup> Cueto Rúa, Julio, *El common law. Su estructura normativa. Su enseñanza*, ed. La Ley, Bs. As., 1957, ps. 202 y ss.; Levi, Edward H., *Introducción al razonamiento jurídico*, trad. Genaro R. Carrió, Bs. As., Eudeba, 1971, ps. 23 y ss.; Rojo y Fernández-Río, Angel, *La responsabilidad civil del fabricante*, publicación del Real Colegio de España, Bolonia, 1974, p. 54, núm. 7; Compagnucci de Caso, Rubén H., *Daños causados por productos elaborados*, en *Temas de responsabilidad civil en honor al Dr. Augusto M. Marella*, La Plata, ed. Platense, 1981, ps. 257 y sig., núm. V.

<sup>8</sup> Fallo transcripto en Cueto Rúa, ob. cit., ps. 233 y ss., apéndice A.

<sup>9</sup> Disidencia del juez Traynor en 1941 en autos "Escola v. Coca Botling of Fresno"; Tribunal de New York en 1960, in re "Henningsen v. Bloomfield Motors Inc."; y Suprema Corte de California en 1966, en "Greenman v. Yuba Power Products". Ver: Rojo y Fernández-Río, ob. cit., ps. 77 y ss., núm. 12 y nota 79; Horvath, Pablo A., *La responsabilidad objetiva en el derecho privado*, en "J.A.", Doctrina 1970, p. 557, núm. IV; Millner, Maurice Alfred, *La responsabilidad por productos elaborados*, trad. de Jorge E. Bustamante, en "L.J.", 143, ps. 862 y ss.; Mossé (Iurraspe-Lorenzetti, ob. cit., p. 339, n° 8-c).

de ese continente, como ser: la ley italiana 426 del año 1971, sobre venta directa al público por correspondencia y seguro obligatorio para el fabricante de protección al consumidor; la francesa de protección al consumidor número 92-60 del 18 de enero de 1992, destinada a "reforzar la protección del consumidor" y en parte a reformar la anterior ley 88-14, que prevé en su art. 12 el dictado de un "*Code de la consommation*"; y la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (L.C.U.) de España de 1984<sup>10</sup>.

En América Latina: México desde 1975, Venezuela desde 1976 y Colombia desde 1979, poseen preceptivas sobre la materia; mereciendo destacarse la Ley Federal de Protección al Consumidor de México del 18 de diciembre de 1975, cuyo art. 33 sexto párrafo impone el deber de indemnizar los daños causados por deficiencias del producto en su fabricación, elaboración, estructura, calidad o condiciones sanitarias, que determinen que el mismo no sea apto para el consumo al cual estuviese destinado; estableciendo la responsabilidad civil indistinta del productor y del vendedor frente al damnificado<sup>11</sup>.

Y además en el Brasil la nueva Constitución del 5 de octubre de 1988 contiene textos expresamente referidos a la defensa del consumidor, tales como: su art. 3º apartado XXXII, que prevé que "El estado promoverá, en forma de ley, la defensa del consumidor", y el 170 inc. V, que incluye también la "defensa del consumidor" entre los principios que deben observarse por el orden económico, en miras de "la valorización del trabajo humano" y "la libre iniciativa", para "asegu-

<sup>10</sup> Mosset Iturraspe-Lorenzetti, ob. cit., ps. 49 y sigte., nº XIII.

<sup>11</sup> Barrera Graf, Jorge. *La responsabilidad del producto en el derecho mexicano*, en el Vol. 11 de la "Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones", Bs. As., ed. Depalma, 1978, p. 704, nº 6; Kemelmajer de Carlucci, Aída - Tavano de Arede, María J., *La protección al consumidor en el derecho comparado*, en el Nº 1 de la Rev. "Derecho del consumidor", Rosario, ed. Juris, 1991, p. 19; Andomo, Luis O., *Protección al consumidor: responsabilidad civil por productos elaborados*, en el Vol. 31 de la Revista "Zeus", Secc. Doctr., ps. 61 y ss., nº IX.

rar a todos la existencia digna"<sup>12</sup>; amén de que hoy ya cuenta igualmente con un completo "Código de defensa do consumidor" de 119 artículos.

IV. *El estado de la legislación en la Argentina.* En nuestro país ni el Código Civil ni el de Comercio se habían ocupado en concreto del "consumidor", aunque tácitamente lo involucran al aludir: al comprador de la cosa en el contrato de compraventa -arts. 1323 del C. Civil y 450 del Cód. de Comercio-; al locatario en la locación de servicios o de obra -arts. 1493, 1623 y concordantes del Cód. Civil-; o al damnificado por la cosa -art. 2176 del Cód. Civil-; etc.<sup>13</sup>. Habiéndose sostenido que en el Código Civil "existe -y en algunos aspectos desde hace mucho tiempo- el marco jurídico indispensable para tutelar a los adquirentes de productos y usuarios de servicios"<sup>14</sup>; debiendo integrarse tal régimen con las leyes que tienden a: cumplir "la misión ineludible del Estado de asegurar el correcto funcionamiento del mercado" -nota de elevación de la ley 22.262 de defensa de la competencia-; "proteger al consumidor" -nota de elevación de la ley 22.802 de lealtad comercial-; y regular los procesos económicos relativos a bienes destinados "directa o indirectamente a necesidades comunes o corrientes de la población" -art. 1 de la ley 20.680 de abastecimiento-, en especial en cuanto a las condiciones higiénico-sanitarias, bromatológicas y de identificación comercial de los alimentos de consumo humano -nota de elevación de la ley 18.284, "Código Alimentario Argentino"-, y con relación a todo "producto de

<sup>12</sup> Arrighi, Jean M., *Los principios básicos de la defensa del consumidor y el panorama actual en América Latina*, en el N° 1 de la Rev. "Derecho del Consumidor" cit., p. 30, núm. IV.

<sup>13</sup> Alterini, Atilio Anfbal, *El estatuto del consumidor*, en "Contratos. Homenaje al profesor Dr. Jorge Mosset Iturraspe", Bs. As., ed. La Rocca, 1989, p. 425, núm. 2-a).

<sup>14</sup> Padilla, Miguel M., *La protección al consumidor en la legislación argentina* en "J.A.", 1976-III, p. 765, núm. VII; Zannoni, Eduardo A., *Responsabilidad por productos elaborados*, Bs. As., Astrea, 1984, p. 248; Alterini, Atilio A. - López Cabana, Roberto M. - Stiglitz, Gabriel A., *La protección al consumidor en el marco de un proyecto de ley*, en "L.L.", 1989-B, p. 1002, núm. 1 y nota 1.

uso y aplicación en la medicina humana" -art. 1 de la ley 16.463 de medicamentos-; etc.<sup>15</sup>.

Por último, a fines del año 1993 se promulgó la ley 24.240 sobre protección y defensa de los consumidores o usuarios -art. 1º-, aunque con un importante veto parcial.

*V. La reforma constitucional de 1994 y los derechos del consumidor.* Entre nosotros, al producirse la reforma constitucional del año 1994, la protección de los consumidores y usuarios fue incorporada a la propia Constitución Nacional, que en su nuevo art. 42 dispone: "Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno". Y ello parecidamente se repite en el art. 38 de la nueva Constitución de la Provincia de Buenos Aires: "Los consumidores y usuarios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección frente a los riesgos para la salud y su seguridad, a la promoción y defensa de sus intereses económicos y a una información adecuada y veraz".

Aunque anteriormente ya se habían introducido disposiciones específicas relativas a los consumidores, en otras constituciones provinciales: la de San Juan de 1986, en su art. 69: "Los consumidores tienen derecho a organizarse con la finalidad de defender la seguridad, la salud y sus legítimos intereses económicos. La ley regulará las organizaciones de consumidores que contribuyan a la defensa de los intereses económicos que les sean propios. Su estructura interna y su funcionamiento deben ser libres, democráticos y con participación de minorías"; la de Córdoba de 1987 en su art. 29: "Los consumidores y usuarios tienen derecho a agruparse en defensa de sus intereses. El Estado promueve su organización y funcionamiento"; y la de Río de Negro de 1988, en su art. 30: "El Estado reconoce

<sup>15</sup> Alterini-López Cabana-Stiglitz, ob. cit. en "L.L.", 1989-B, ps. 1002 y sig., núm. 1; Mosset Iturraspe-Lorenzetti, ob. cit., ps. 22 y ss., nº VI.

a los consumidores el derecho a organizarse en defensa de sus legítimos intereses. Promueve la correcta información y educación de aquéllos, protegiéndolos contra todo acto de deslealtad comercial; vela por la salubridad y calidad de los productos que se expenden".

De tal forma, a la luz de lo que queda dicho, la protección al consumidor en nuestro medio, pese a constituir en rigor una materia propia del derecho privado, tiene ahora, sin embargo, verdadera jerarquía constitucional.

VI. *Consumidores y usuarios*. En la ley 24.240 de "Defensa del consumidor" se alude a "consumidores o usuarios", lo cual podría hacer pensar, a priori, en la utilización de tales vocablos con sentido de "equivalencia"<sup>16</sup>, como si se tratase de sinónimos. Lo que quizá podría tener algún sentido, si con ello se hubiese pretendido diferenciar al "consumidor" propiamente tal, de cosas "consumibles" -"aquellas cuya existencia termina con el primer uso y las que terminan para quien deja de poseerlas por no distinguirse en su individualidad" (art. 2325, primera parte, del Cód. Civil)-; del "consumidor" mero "usuario", que sólo utiliza y goza cosas "no consumibles", es decir "las que no dejan de existir por el primer uso que de ellas se hace" (art. 2325, segunda parte, del Cód. Civil).

Por el contrario, tanto la Constitución Nacional como las de las Provincias de Buenos Aires y Córdoba, se refieren pluralmente a "consumidores y usuarios", utilizando la conjunción copulativa "y", cuya finalidad es la de unir o enlazar varias palabras o conceptos distintos y diferentes. Siendo ésta la postura correcta en nuestro parecer; la cual trae aparejada eso sí, como consecuencia, la necesidad de diferenciar qué se entiende por "consumidor" y qué por "usuario", de bienes y servicios.

En la actualidad al consumidor se lo ha caracterizado con un criterio amplio, aludiéndose a toda persona física o jurídica que adque-

<sup>16</sup> *Diccionario de la lengua española*, 20a. ed., Madrid, Real Academia Española, 1984, t. II, p. 965. "0-3", 3a. acepción.

re o utiliza como destinatario final bienes o servicios, cualquiera sea la naturaleza de quién los produce, vende, facilita, suministra o expide<sup>17</sup>. Siendo tal, precisamente, el concepto que se extrae de la ley de defensa de los consumidores 24.240, cuyo art. 1º reza: "Se consideran consumidores o usuarios, las personas físicas o jurídicas que contratan a título oneroso para su consumo final o beneficio propio o de su grupo familiar o social".

Pero según Mosset Iturraspe y Lorenzetti, cuya opinión compartimos, consumidor "jurídico" *es quien contrata*, mientras que "usuarios" o "consumidores materiales" son *quiénes utilizan o disfrutan y aún consumen productos que no adquirieron ellos mismos*, atento que "la ley define al consumidor como al que adquiere para su beneficio propio, o de su grupo familiar o social" (art. 1º)<sup>18</sup>.

VII. *El objeto del contrato de consumo*. Dada la latitud del contenido del contrato de consumo, bien puede decirse que "todo hoy en día es derecho del consumidor"<sup>19</sup>; ya que precisamente es el "ciudadano consumidor", el que diera pie a la famosa frase de Kennedy sobre *Protección de los intereses del consumidor*, pronunciada el 15 de marzo de 1962 como Mensaje al Congreso: "...todos somos consumidores", y es interés de todo ciudadano "tener una adecuada calidad de vida y, por ende, de conseguir dentro del mercado los bienes y servicios que necesita en las mejores condiciones posibles"<sup>20</sup>.

Ahora bien, según el art. 1º de la ley 24.240, los consumidores o usuarios pueden contratar, "a título oneroso para su consumo final o beneficio propio o de su grupo familiar o social: a) la adquisición o locación de cosas muebles; b) la prestación de servicios; c) la adqui-

<sup>17</sup> Kemelmajer de Carlucci-Tavano de Aredes, ob. cit. en el Nº 1 de la Rev. "Derecho del consumidor" cit., p. 12, núm. II; Muguillo, Roberto A., *La defensa del consumidor. Una nueva disciplina*, en el Nº 2 de "Estudios de derecho comercial", Revista del Colegio de Abogados de San Isidro, 1986, p. 128.

<sup>18</sup> Mosset Iturraspe-Lorenzetti, ob. cit., ps. 61, nº 5, 317 y sigte., nº 3, y 384, nº 1-1.

<sup>19</sup> Polo, E., *La protección al consumidor en el derecho privado*, Madrid, Cuaderno Cívitas, 1980, p. 22.

<sup>20</sup> Mosset Iturraspe-Lorenzetti, ob. cit., p. 58, nº 2.



sición de inmuebles nuevos destinados a vivienda", e "incluso los lotes de terreno adquiridos con el mismo fin, cuando la oferta sea pública y dirigida a persona indeterminada". De forma tal que encuadran en dicha ley distintos tipos de contratos para la enajenación o arriendo de bienes o provisión de servicios.

Ante todo la norma habla de "adquisición", vocablo que puede entenderse como referido tanto al "derecho de propiedad o dominio" sobre las cosas (muebles o inmuebles) adquiridas, como al hecho en sí de la posesión de las mismas; todo lo cual puede tener manifestación jurídica a través de negocios de diversa naturaleza: compraventa, permuta, dación en pago; etc. También se alude a la "locación de cosas muebles", contrato que en cambio sólo habrá de posibilitar la adquisición de la mera "tenencia", ya que como el locatario está obligado "a limitarse al uso o goce estipulado de la cosa arrendada" -art. 1554 Cód. Civil- y a restituirla al concluirse la locación tal "como la recibió" -arts. 1609, 1615, 1618 y concordantes del Cód. Civil-, es obvio que el mismo aunque tenga efectivamente la cosa, está sin embargo "reconociendo en otro la propiedad... y (es) representante de la posesión del propietario" -art. 2352 Cód. Civil-. Aunque de todas maneras en ambos casos lo que están en juego son "obligaciones de dar", que tienen "por objeto la entrega de una cosa, mueble o inmueble", sea para constituir sobre ellas "derechos reales, o ... transferir solamente el uso o la tenencia" -art. 574 Cód. Civil-.

En tanto que si se trata de "prestación de servicios", lo cual abarca un amplísimo campo de actividades que pueden ser aprovechadas por los consumidores o usuarios, lo que habrá de constituir el objeto de la prestación son "obligaciones de hacer", puesto que el interés jurídico se vincula con la actividad a cumplirse por el proveedor<sup>21</sup>. Al respecto cabe sin embargo puntualizar que la propia ley excluye de su régimen a: "los servicios de profesionales liberales que requieren para su ejercicio título universitario y matrícula otorgada por colegios profesionales reconocidos oficialmente o autoridad facultada para

<sup>21</sup> Mosset Iturraspe-Lorenzetti, ob. cit., p. 61, n° 5; ps. 332 y sigte., n° 6-a).



ello" (art. 2º in-fine); lo cual ha sido criticado por una parte de nuestra doctrina<sup>22</sup> y justificado por otra<sup>23</sup>.

Por otra parte, dicha ley consagra asimismo la fuerza obligatoria de "la oferta dirigida a consumidores potenciales indeterminados" - art. 7º-, lo que modifica en consecuencia el principio opuesto del art. 1148 de nuestro Cód. Civil; como también la obligatoriedad para el oferente de "las precisiones formuladas en la publicidad o en los anuncios, prospectos, circulares u otros medios de difusión", en contraste con lo que actualmente prevé el art. 454 del Código de Comercio<sup>24</sup>. Fijándose en su art. 50 un término especial de prescripción de tres años, "para las acciones y sanciones emergentes de la presente ley",

VIII. *El bien jurídico protegido.* El bien jurídico que se pretende amparar mediante las normas sobre protección al consumidor es en realidad la lealtad en las relaciones económicas de todo tipo; lo cual comprende, según se desprende del ya transcrito texto del art. 42 de la Constitución Nacional, a la totalidad de las etapas del proceso de comercialización, asegurando al consumidor la plenitud de sus facultades de información, elección y exigencia.

Efectivamente, el consumidor tiene derecho: ante todo a una información veraz y adecuada acerca de los bienes y servicios que más eficazmente puedan satisfacer sus necesidades; luego, el de poder elegir lo que más le convenga entre los distintos productos o actividades similares, si los hubiere; y finalmente el poder exigir que los bienes y servicios adquiridos o contratados respondan a las características ofrecidas o convenidas<sup>25</sup>. Y correlativamente puede afirmarse que los intereses de los consumidores se pueden resumir en cinco

<sup>22</sup> Mosset Iturraspe-Lorenzetti, ob. cit., ps. 69 y sigte., n° 8.

<sup>23</sup> Vázquez Ferreyra, Roberto A. - Romera, Oscar Eduardo, *Protección y defensa del consumidor. Ley 24.240 anotada y comentada*, Bs. As., Depalma, 1994, ps. 7 y sigte., n° 3-c).

<sup>24</sup> Vázquez Ferreyra-Romera, ob. cit., p. 38, n° 1-b).

<sup>25</sup> Padilla, ob. cit. en "J.A." 1976-III, p. 761, núm. IV.

derechos básicos: a la adecuada información y educación; a la protección de su salud y su seguridad; a la protección de sus intereses económicos; a ser resarcido; y a ser oído<sup>26</sup>. En tal sentido en la ley 24.240 se pone a cargo de los proveedores: a) una obligación de seguridad en su art. 5º: "Las cosas y servicios deben ser suministrados o prestados en forma tal que, utilizados en condiciones previsibles o normales de uso, no presenten peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios"; y b) un deber de adecuada información: "veraz, detallada, eficaz y suficiente sobre las características esenciales" de los productos que comercialicen o servicios que presten -art. 4º-, tanto más riguroso cuando la utilización de los mismos "pueda suponer un riesgo para la salud o la integridad física de los consumidores o usuarios" -art. 6º-<sup>27</sup>.

En cambio, lamentablemente, fue vetado por el Poder Ejecutivo el art. 11 de la ley 24.240, que establecía por un período de seis meses a partir de la entrega de la cosa, un deber legal de "garantía... por los defectos o vicios de cualquier índole, aunque hayan sido ostensibles o manifiestos al tiempo del contrato, cuando afecten la identidad entre lo ofrecido y lo entregado o su correcto funcionamiento". Por lo que, en ausencia de tal específica normativa, mantienen su vigencia y aplicabilidad sobre el respecto los principios sobre vicios redhibitorios de nuestra legislación civil -arts.2164 y ss.del Código de la materia-

IX. *Legitimación activa*. Asimismo se confiere en dicha ley legitimación para accionar judicialmente "al consumidor o usuario, a las asociaciones de consumidores constituidas como personas jurídicas, a la autoridad de aplicación nacional o local y al ministerio público" (art. 52).

<sup>26</sup> Reich, ob. cit. en *Defensa de los consumidores de productos y servicios*, cit., p. 380, letra a).

<sup>27</sup> Un caso de responsabilidad por inadecuada información publicitaria de un producto veterinario (piojicida) de alto poder tóxico, que produjo la muerte de 83 vacunos a los que se aplicara, fue resuelto por la Cam. Nac. Civil, Sala A, el 12/4/79, en los autos "Estancias del Oeste c/ Bayer Argentina S.A.", ("E.D.", 84-483; "Rev. del Dcho. Com. y de las Oblig.", vol. 13, p. 12; "L.L." 1979-C-616, Jurispr. Agrup. 3688).

De tal manera, si el interés es individual la legitimación habrá de ser asimismo individual. Pero además se acepta que puede haber un interés que no sea de un individuo, sino de un grupo como tal<sup>28</sup>. Y esto importa la consagración de la legitimación activa grupal o de conjunto de cuerpos intermedios adecuadamente representativos de la comunidad interesada, para la defensa de los llamados intereses supraindividuales, colectivos o difusos, de los que -se ha dicho-, por extraña paradoja, nadie resulta titular exclusivo, a la par que son varios: un grupo o una categoría, sus beneficiarios<sup>29</sup>. Todo ello sin perjuicio de la intervención que también le pueda caber en su caso al "Ministerio Público", como así al "Defensor del Pueblo", u "ombudsman" del régimen sueco<sup>30</sup>, figura ésta que ha tenido ahora recepción en el art. 86 de nuestra Constitución Nacional: "El Defensor del Pueblo es un órgano independiente instituido en el ámbito del Congreso de la Nación, que actuará con plena autonomía funcional, sin recibir instrucciones de ninguna autoridad. Su misión es la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en esta Constitución y las leyes, ante hechos, actos u omisiones de la Administración; y el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas. El Defensor del Pueblo tiene legitimación procesal. Es designado y removido por el Congreso con el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes de cada una de las Cámaras. Goza de las inmunidades y privilegios de los legisladores. Durará en su cargo cinco años, pudiendo ser nuevamente designado por una sola vez", como asimismo en el art. 55 de la nueva Constitución de la Provincia de Buenos Aires de 1994: "El Defensor del Pueblo tiene a su cargo la defensa de los derechos individuales y colectivos de los habitantes. Ejerce su misión frente a los hechos u omisiones de la administración pública, fuerzas de seguridad, entes descentralizados o empresas del Estado que impliquen el ejercicio

<sup>28</sup> Mossé Iturraspe-Lorenzetti, ob. cit., p. 395, n° II-2.

<sup>29</sup> Morello, Augusto Mario - Hitters, Juan Carlos - Berizonce, Roberto O., *La defensa de los intereses difusos*, en "J.A." 1982-IV, ps. 700 y ss., n° I y II.

<sup>30</sup> Gozaini, Osvaldo Alfredo, *El "ombudsman"*, en "L.L.", 1983-D, ps. 840 y ss.

ilegítimo, defectuoso, irregular, abusivo, arbitrario o negligente de sus funciones. Supervisa la eficacia de los servicios públicos que tenga a su cargo la Provincia o sus empresas concesionarias. Tendrá plena autonomía funcional y política. Durará cinco años en el cargo pudiendo ser designado por un segundo período. Será nombrado y removido por la Legislatura con el voto de las dos terceras partes de los miembros de cada Cámara..."

X. *Legitimación pasiva*. En el art. 2º de la ley 24.240, bajo el título de "proveedores de cosas o servicios", se establece quiénes son los sujetos obligados al cumplimiento de la misma, mencionándose a "todas las personas físicas o jurídicas, de naturaleza pública o privada que, en forma profesional, aun ocasionalmente, produzcan, importen, distribuyan o comercialicen cosas o presten servicios a consumidores o usuarios" -art. 2º-. Tratándose en suma de una definición lo suficientemente amplia, como para evitar que una eventual conducta perjudicial para los intereses del consumidor pueda escapar a la aplicación de la ley.

No obstante, se exige como requisito tipificante de la condición de "proveedor" su profesionalidad en el quehacer de la incorporación de bienes y servicios al mercado o al tráfico. Profesionalidad que se configura por la concurrencia de algunas notas caracterizantes: la habitualidad o actividad constante de ese quehacer; la manera lucrativa de realizarlo, es decir por el afán de obtener lucros, ganancias o beneficios económicos<sup>31</sup>; y, agregamos, la calidad de experto en un área del saber -científico, técnico o práctico- y la consecuente situación de superioridad que ello brinda, con respecto a la otra parte de la relación jurídica<sup>32</sup>. Puede llamar la atención sin embargo, que a continuación del requisito de la "profesionalidad" se aluda también a quiénes "aun ocasionalmente" produzcan, importen, distribuyan o comercialicen cosas o presten servicios, lo cual aparece *prima facie*

<sup>31</sup> Mosset Iturraspe-Lorenzetti, *ob. cit.*, p. 65, n° 3.

<sup>32</sup> Vázquez Ferreyra-Romera, *ob. cit.*, p. 13, n° 2.

como una contradicción; aunque en todos los casos frente a una situación de duda, habrá de estarse "siempre a la interpretación más favorable para el consumidor", tal como lo prevé *in fine* el art. 3 de la misma ley<sup>33</sup>.

Empero, como contrapartida, también fueron vetados por el Poder Ejecutivo, entre otros, los arts. 13 y 40 de dicha ley, que instituían un sistema de responsabilidad objetiva derivada del vicio o defecto de la cosa o del servicio y una amplia legitimación pasiva solidaria entre los co-responsables<sup>34</sup>. Así, el art. 13 disponía que: "Son solidariamente responsables del otorgamiento y cumplimiento de la garantía legal, los prestadores, importadores, distribuidores y vendedores de las cosas comprendidas en el art. 11"; y el 40 que: "Si el daño al consumidor resulta del vicio o defecto de la cosa o de la prestación del servicio responderá el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio ...La responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que corresponda. Sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena".

Por lo que, en razón de lo antedicho, se debe recurrir a los principios comunes del derecho privado -Código Civil o en su caso el mercantil-, para encontrar solución a los problemas de responsabilidad civil resultante de los vicios y defectos de las cosas entregadas y de los daños ocasionados al consumidor.

## XI. *La responsabilidad por productos elaborados en nuestro derecho privado positivo.*

a) *Responsabilidad del fabricante-vendedor frente a su adquirente.* Siempre que medie una relación contractual directa entre proveedor y consumidor, la responsabilidad de aquél, de existir, ha de ser con-

<sup>33</sup> Vázquez Ferreyra-Romera, *ob. y loc. cit.* en nota anterior.

<sup>34</sup> Mosset Iturraspe-Lorenzetti, *ob. cit.*, p. 307, n° I.L.

tractual; lo cual obviamente sucede en el caso del fabricante-vendedor frente a su adquirente directo.

Ella podría fundamentarse ante todo en los vicios redhibitorios del producto defectuoso -art. 2164 del C. Civil-, atento que cabe la indemnización de todos los perjuicios que pueda haber sufrido el adquirente -art. 2176 C. Civil-, en razón de que es dable suponer que el fabricante conocía o debía conocer tales vicios<sup>35</sup>. Pero para accionar de esta manera se debe intentar la acción redhibitoria o de rescisión del contrato y no la "quanti minoris", en el muy breve plazo de tres meses previsto en el artículo 4041 del Código Civil, lo cual torna bastante problemático el ejercicio de dicha acción<sup>36</sup>.

Se sostuvo también que el fabricante asume un deber de seguridad, que encuentra sustento en el principio de la buena fe del art. 1198, primer párrafo del Cód. Civil; por lo que habrá de responder

<sup>35</sup> Andorno, *Protección al consumidor...*, cit., en "Zeus", vol. 31, Secc. Doctr., p. 53, n° II; Goldenberg, Isidoro H., *La responsabilidad civil por los productos elaborados*, en "J.A.", 1982-I, p. 747, n° III; Kemelmajer de Carlucci, Aída en el *Código civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, de Augustó C. Belluscio y Eduardo A. Zannoni, Bs. As., Astrea, 1984, t. 5, p. 536, § 60-a); Kemelmajer de Carlucci, Aída - Parellada, Carlos A. su ponencia en *Ponencias de las VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, La Plata, Fundación Editora Notarial, 1981, p. 88; Stiglitz, Gabriel A., *Protección jurídica del consumidor*, Bs. As., Depalma, 1986, p. 93, n° 91; Ramella, Anteo E. su ponencia en *Ponencias de las VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil* cit., p. 93; Llambías, Jorge Joaquín, *Daños causados por productos elaborados* en "L.L.", 1979-B, p. 1096 y nota 18; idem *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, Bs. As., Perrot, 1980, t. IV-B, p. 266, nota 359 in-fine; Salerno, Marcelo Urbano, *Responsabilidad del fabricante por productos elaborados (bases para una futura legislación)* en "E.D.", 95, p. 779, n° II. Comparar: López Cabana, Roberto M. - Lloveras, Néstor L., *La responsabilidad civil del industrial. Régimen de reparación de daños causados por productos elaborados*, en "E.D." v. 64, ps. 588 y sig., n° 21, para quiénes los daños indemnizables serían sólo los derivados de la rescisión de la compraventa, esto es los daños al interés negativo. En contra: Bustamante Alsina, Jorge, *Responsabilidad civil por productos elaborados en el derecho argentino*, en "L.L.", 143, p. 871, n° II; Compagnucci de Caso, ob. cit. en *Temas de responsabilidad civil...* cit., p. 275.

<sup>36</sup> Alterini, *El estatuto del consumidor*, cit. en *Contratos. Homenaje al profesor Dr. Jorge Mosset Iturraspe*, cit., ps. 428 y sig., n° 2-b)-6; López Cabana - Lloveras, ob. cit. en "E. D.", 64, p. 559, n° 21 in-fine; Trigo Represas, Félix A., *La responsabilidad civil del fabricante en las VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, en "L.L.", 1982-B, ps. 675 y sig., n° VI-3; Zannoni, ob. cit., ps. 299 y sig., n° IX, y ps. 311/313, letra "E".



por los vicios de los productos que lance al mercado y que había garantizado tácitamente que no tenían defectos; incumplimiento que al no tener ningún plazo especial de prescripción, se rige en cambio por el término decenal, ordinario, del art. 4023 del Cód. Civil. Siendo precisamente este fundamento el aceptado en un fallo de la Sala 3a. de la Cámara Primera en lo Civil y Comercial de La Plata, del 27 de octubre de 1983<sup>37</sup>. Además, hoy en día dicho deber de seguridad está expresamente contemplado en el ya mencionado art. 5° de la ley 24.240, lo cual brinda un fundamento más específico a esta postura<sup>38</sup>; aunque como contrapartida la prescripción de la acción se reduce a los 3 años contemplados en el art. 50 de dicha ley.

b) *Responsabilidad del fabricante frente al consumidor no adquirente directo y otros terceros.* En cambio, si se trata de responsabilidad del fabricante frente al consumidor no adquirente directo, tratándose de un supuesto en el que no existe entre los mismos ninguna vinculación contractual, nos encontramos frente a una típica responsabilidad extracontractual. Pero una vez así caracterizada esta responsabilidad, se suscita de inmediato otra cuestión: ¿se trata de responsabilidad subjetiva por el hecho propio, del art. 1109 del C. Civil, que exigiría la demostración de la culpa del fabricante; o se

<sup>37</sup> Cám. 1a. Civ. Com., Sala IIIa., La Plata, 2/10/83, "Caprarella de Hernández c/ Boccabella", "L. L.", 1985-D-29, con nota aprobatoria de Gabriel Siglitz; *El deber de seguridad en la responsabilidad por productos elaborados*, ps. 13 y ss. Ver además: Andorno, *Protección al consumidor...* cit. en "Zeus", vol. 31, Secc. Doctr., ps. 52 y sig., n° II-1.; Bustamante Alsina, Jorge, *Teoría general de la responsabilidad civil*, 8a. ed., Bs. As., Abeledo-Perrot, 1994 p. 35, n° 976, y ps. 409 y sig., n° 1101 y ss.; Kemelmajer de Carlucci, ob. cit. en el *Cód. Civil...* de Belluscio-Zannoni cit., t. 5, ps. 537 y ss., § 60; idem y Parellada en *Ponencias VIII Jornadas Nacionales...* cit., p. 88; López Cabana y Lloveras, ob. cit., en "E. D.", 64, p. 559, n° 22 y ss. y nota 45; Ramella en *Ponencias VIII Jornadas Nacionales...* cit., p. 93; Compagnucci de Caso, ob. cit. en *Temas de responsabilidad civil...* cit., ps. 275 y sig.; Goldenberg, ob. cit. en "J. A.", 1982-I, p. 747; Stiglitz, *Protección jurídica del consumidor*, cit., p. 92; Llambías, ob. cit. en "L. L.", 1979-B, p. 1096, n° 5-a) y nota 19, y p. 1098, n° 8; idem *Trat. de derecho civil. Obligaciones*, cit., t. IV-B, ps. 266 y ss., n° 2947-a) y nota 360, y p. 272, n° 2950; Rojo y Fernández-Río, ob. cit., ps. 196 y ss., n° 28. En contra: Zannoni, ob. cit., ps. 304 y 308.

<sup>38</sup> Mosset Iturraspe-Lorenzetti, ob. cit., p. 309, n° 3-a).



puede entender que constituye un supuesto de responsabilidad objetiva, encuadrable como daño causado por el "riesgo o vicio" de la cosa del art. 1113, en cuyo supuesto al damnificado le bastaría con probar el daño y que fue ocasionado con intervención del producto elaborado?

Entre nosotros una corriente doctrinal sostuvo la primera solución, aunque con una variable que atenuaba considerablemente sus consecuencias: una vez acreditado el vicio o defecto de la cosa, ello presumía la culpa del fabricante, pues tal situación "habla por sí sola" (*res ipsa loquitur*)<sup>39</sup>; siendo ésta la postura que prevaleció en las "VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil" de La Plata, año 1981<sup>40</sup>, luego receptada en el voto del Dr. Pérez Crocco en un fallo de la Sala 3a. de la Cám. Primera en lo Civil y Comercial de La Plata, del 21 de abril de 1992, recaído en los autos "Simionato c/ Sevel Argentina S.A."<sup>41</sup>. En apoyo de esta tesis subjetivista se sostuvo la inaplicabilidad de lo establecido en el art. 1113 del Cód. Civil, en razón de que al tiempo de producirse el daño al consumidor, el fabricante ya no reviste la calidad ni de dueño ni de guardián de la cosa, siendo que aquella norma responsabiliza únicamente a los mismos de los daños producidos con intervención de cosas<sup>42</sup>.

<sup>39</sup> Bustamante Alsina, *Teoría general de la responsabilidad civil* cit., ps. 426 y ss., n° 1113 y ss.; Llambías, ob. cit. en "L. L.", 1979-B, p. 1097, n° 7 y *Trat. de dcho. civil. Obligaciones*, cit., t. IV-B, ps. 269 y ss., n° 2.949; Salerno, ob. cit. en "E. D.", '95, ps. 779 y sig., n° II; Ghersi, Carlos - Highton, Elena I. - Ramella, Anteo E. y Videla Escalada, Federico N., sus ponencias en *Ponencias de las VIII Jornadas Nacionales...* cit., ps. 79 y ss., 87, 93 y 115 y ss., respectivamente. Y asimismo las ponencias inéditas de: Enrique Tomás Bianchi y Luis María Piaggio, de Juan José Casiello, y de Nelly Dora Bouzan de Solimano.

<sup>40</sup> *El derecho privado en la argentina. Conclusiones de Congresos y Jornadas de los últimos treinta años*, Bs. As., Universidad Notarial Argentina, 1991, p. 37, Comisión 2, punto II.

<sup>41</sup> N° 3 de la Revista "Derecho del consumidor" cit., ps. 57 y ss.

<sup>42</sup> Bustamante Alsina, *Teoría general de la resp. civil* cit., ps. 400 y sig., n° 1113 y 1115; Llambías, ob. cit. en "L. L." 1979-B, p. 1097 y ss., nota 22; idem *Trat. de derecho civil. Obligaciones* cit., t. IV-B, p. 271, nota 363; Videla Escalada su ponencia en *Ponencias de las VIII Jornadas Nacionales...* cit., ps. 113 a 116; ponencias inéditas de Juan José Casiello y de Bianchi-Codeglia-Esteguy-Piaggio.

Para otra tendencia se trata en cambio de un típico supuesto de daño causado por el "riesgo de la cosa", riesgo que es generado por el "vicio" o defecto de la misma; sosteniéndose además que el art. 1113 del Código Civil no responsabiliza solamente al dueño o al guardián de la cosa, sino a todo el que se sirva de la misma -primer párrafo del citado artículo-, siendo obvio que el fabricante que lanza al mercado y lucra con la comercialización de las cosas que produce, se sirve de ellas, ya que obtiene de esa manera un provecho económico<sup>43</sup>. Esta tesis, minoritaria en las mencionadas "VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil" de La Plata de 1981, fue luego la que se impuso en las "Cuartas Jornadas Rioplatenses de Derecho Civil" de Punta del Este, en el año 1986<sup>44</sup>, y en subsiguientes encuentros

<sup>43</sup> Andorno, *Protección al consumidor...* cit., en "Zeus", vol. 31, Secc. Doctr., ps. 55 y sig., n° III; Alterini, Atilio A., *La responsabilidad civil por productos. Estado de la cuestión en el derecho argentino* en "L. L.", 1989-E, p. 1185; Garrido, Roque - Andorno, Luis O., *El artículo 1.113 del Código Civil. Comentado. Anotado*, Bs. As., Hammurabi, 1983, ps. 438 y sig.; Goldenberg, ob. cit. en "J. A.", 1982-I, ps. 748 y sig., n° IV; Kemelmajer de Carlucci en el *Cód. Civil...* de Belluscio-Zannoni cit., t. 5, ps. 549 y sig., § 64-1); López Cabana - Lloveras, ob. cit. en "E. D.", v. 64, p. 572, n° 44; Messina de Estrella Gutiérrez, Graciela Nora, *La responsabilidad civil en la era tecnológica*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1989, ps. 74 y sig., n° 4; Pardo, Alberto Juan, su ponencia inédita en las "VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil" de La Plata, año 1981; Pizarro, Ramón Daniel, *Responsabilidad civil por el riesgo o vicio de las cosas*; Bs. As., ed. Universidad, 1983, ps. 558 a 562, n° 3-c)-2); Stiglitz, *Protección jurídica del consumidor* cit., ps. 95 y sig., n° 92; Trigo Represas, ob. cit. en "L. L.", 1982-B, ps. 678 y sig., n° VI-4); Zannoni, ob. cit., ps. 322 a 324; Cam. Nac. Comercial, Sala E, 22/8/86, "Severino c/ Boris Garfunkel e hijos", "L. L.", 1986-E-642. La S.C.B.A. y la Sala D de la Cámara Nacional en lo Civil, han resuelto con carácter general, que en la responsabilidad por riesgo creado, existe además del dueño o del guardián otro legitimado pasivo: *quien, sin revestir ninguno de aquellos caracteres, se sirva de la cosa* (S.C.B.A., 11/5/93, "Re c/ Jockey Club de Mar del Plata", "L. L.", 1994-D-11, "J. A.", 1994-I-591 y "D.J.B.A.", 144-3.247; Cam. Nac. Civ., Sala D, 18/3/92, "Aguirre vda. de Borche c/ Silva", "J. A.", 1992-III-241; conformes: Galdós, Jorge Mario, *El riesgo creado y los legitimados pasivos en la Suprema Corte de Buenos Aires*, en el N° 11 de *Estudios de Derecho Comercial*, "Rev. del Coleg. de Abogados de San Isidro", 1995, ps. 125 y ss. y ps. 135 y sigte., n° III; Vázquez Ferreyra, Roberto A., "Responsabilidad por la muerte de un jockey en una competencia hípica", nota al citado fallo de la S.C.B.A. en "J. A.", 1994-I, p. 595, n° II-b); Weingarten, Celia - Ghersi, Carlos A., *La responsabilidad por organización de espectáculos deportivos*, nota al mismo fallo de la S.C.B.A. en "L. L.", 1994-D, p. 16, n° IV).

<sup>44</sup> *El derecho privado en la Argentina* cit., p. 37, Comisión N° 2, punto II; y p. 157, Comisión N° 1, punto II.2.

jurídicos. Y también fue receptada en el prealudido pronunciamiento de la Sala 3a. de la Cámara Primera en lo Civil y Comercial de La Plata, del 27 de octubre de 1983<sup>45</sup>. Esta postura encuentra hoy, además, una adecuada apoyatura en lo dispuesto en los arts. 5 y 6 de la ley 24.240, ya que las cosas y servicios que se suministren no deben presentar peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores, y si se tratare de aquellos "cuya utilización pueda suponer un riesgo para la salud o la integridad física de los consumidores o usuarios, deben comercializarse observando los mecanismos, instrucciones y normas establecidas o razonables *para garantizar la seguridad de los mismos*"<sup>46</sup>; de forma tal que el daño siempre provendría: o bien del "riesgo" generado por una cosa o servicio de los que razonablemente no cabía esperar ningún peligro y que sin embargo lo implicaron, o bien de cosas o servicios "per se" riesgosos, en cuya comercialización no se observaron las razonables medidas de seguridad; hipótesis ambas perfectamente encuadradas en la responsabilidad por riesgo o vicio de la cosa, del segundo párrafo del art. 1113 del Código Civil.

Y todo lo dicho vale igualmente para los supuestos de responsabilidad del fabricante frente a otros terceros, ya que al no existir vínculos contractuales entre ellos, se trataría sin duda de responsabilidad extracontractual.

c) *Responsabilidad del proveedor no fabricante*. El proveedor no fabricante, cuya responsabilidad es contractual frente a su adquirente directo, se encuentra hoy mencionado entre las personas obligadas al cumplimiento de la ley 24.240, en su art. 2º; pesando por lo tanto sobre él: el deber de seguridad o de "protección al consumidor" del art. 5º de la ley, de que las cosas y servicios sean "suministrados o prestados en forma tal que, utilizados en condiciones previsibles o normales de uso, *no presenten peligro alguno para la salud o integri-*

<sup>45</sup> Cám. 1a. Civ. Com., Sala IIIa., La Plata, 2/10/83, "Caprarella de Hernández c/ Boccabella", "L. L." 1985-D-29.

<sup>46</sup> Mosset Iturraspe-Lorenzetti, ob. cit., p. 309, n° 3-b).

*dad física de los consumidores*"; y el deber genérico de brindar información cierta y objetiva, veraz, detallada, eficaz y suficiente sobre las características esenciales de las cosas o servicios suministrados, del art. 4º de la misma ley, tanto más riguroso cuando se trata de cosas y servicios riesgosos, los que "deben comercializarse observando los mecanismos, instrucciones y normas establecidas o razonables para garantizar la seguridad de los mismos" -art. 6º-. Cabe pues tener por reproducido aquí lo que ya se dijera en punto a la responsabilidad del fabricante-vendedor. Y ello es tanto más así, cuando el vicio no fuese de fabricación sino de conservación por parte del propio proveedor, en cuyo supuesto además mediará culpa o dolo de este último.

Sin embargo no puede desconocerse que el comerciante revendedor, que antes solía ser un especialista, se ha transformado ahora, en general, en un profano de las mercaderías que vende, dado que: los procesos de fabricación de los productos le son habitualmente desconocidos; los envoltorios herméticamente cerrados mediante precintos u otros procedimientos, le impiden un examen personal y directo de la mercancía; y, por lo demás, la mayoría de las veces carecerá inclusive de la necesaria preparación y conocimientos para ello<sup>47</sup>. Por todo lo cual coincidimos con Mosset Iturraspe y Lorenzetti, en que debe admitirse que el proveedor no fabricante se pueda eximir de responsabilidad demostrando no únicamente la ruptura del nexo causal, por tratarse por ejemplo de un vicio de fabricación o diseño sólo imputable al fabricante; sino asimismo, como un supuesto de ausencia de culpa de su parte, que el vicio en cuestión no era conocido o cognoscible empleando la diligencia debida<sup>48</sup>.

d) *Responsabilidad colectiva*. Finalmente, en la hipótesis de daños causados por un grupo de fabricantes o bien de una cadena que involucre al fabricante, al importador, al intermediario (distribuidor o proveedor), al vendedor, etc., el vetado art. 40 de la ley 24.240

<sup>47</sup> Rojo y Fernández-Río, ob. cit., ps. 25 y sig., n° 2; Santos Briz, Jaime, *La responsabilidad civil*, 2a. ed., Madrid, Montecorvo, 1977, p. 552, n° III.

<sup>48</sup> Mosset Iturraspe-Lorenzetti ob. cit., p. 351, n° 1-d).

establecía su responsabilidad solidaria frente al damnificado, sin perjuicio de las acciones de repetición que luego pudiesen corresponder entre ellos. Pero la supresión de dicho texto obliga nuevamente a ocurrir a los principios generales de nuestro derecho privado, aunque sin olvidar que el vigente art. 2º de la ley 24.240 dispone en su primer párrafo que: "Quedan obligados al cumplimiento de esta ley todas las personas físicas o jurídicas, de naturaleza pública o privada que, en forma profesional, aun ocasionalmente, *produzcan, importen, distribuyan o comercialicen cosas o presten servicios a consumidores o usuarios*". En este caso nos encontramos frente a un supuesto de causación individual, en el que sin embargo no se conoce al autor sino al grupo o conjunto del cual provino el daño; entendiéndose que estando acreditado el nexo causal entre el daño y la acción colectiva del conjunto o grupo de presuntos responsables, deben todos ellos ser tenidos como tales, en cuanto posibles autores del perjuicio. Fundándose el juicio de reproche a todos los componentes del grupo, en la circunstancia de que la acción del conjunto, aprehendida como fenómeno unitario, fue la que posibilitó la consecuencia dañosa; como así también, a la inversa, que sin esa participación grupal, tal resultado no habría acontecido<sup>49</sup>.

<sup>49</sup> Bustamante Alsina, Jorge H., *La responsabilidad colectiva en el resarcimiento de daños*, en "L. L.", v. 142, ps. 976 y ss.; idem *Teoría gral. de la resp. civil cit.*, ps. 583 y ss., n° 1685 y ss.; Gesualdi, Dora Mariana, *La responsabilidad colectiva*, en *Responsabilidad por daños. Homenaje a Jorge Bustamante Alsina*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1990, t. II, ps. 152 y ss.; Goldenberg, Isidoro H., *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*, Bs. As., Astrea, 1984, ps. 152 y ss. § 37-b); López Cabana, Roberto M., *Responsabilidad colectiva. Régimen Legal en Argentina y Latinoamérica*, en "L. L.", 1986-B, ps. 936 y ss. y en *Cuestiones modernas de responsabilidad civil* por Atilio Aníbal Alterini y Roberto M. López Cabana, Bs. As., La Ley, 1988, ps. 225 y ss.; López Cabana, Roberto M. y Lloveras, Néstor L., *La responsabilidad colectiva. Pautas para su aplicación en el derecho civil argentino*, en "E. D.", v. 48, ps. 799 y ss.; Llambías, Jorge Joaquín, *Responsabilidad colectiva o anónima* en "E. D.", v. 83, ps. 783 y ss.; Mosset Iturraspe, Jorge, *Daños causados por un miembro no identificado de un grupo determinado*, en "J. A." Doctrina 1973, ps. 1 y ss. y en *Estudios sobre responsabilidad por daños*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1980, t. II, ps. 305 y ss.; idem *Responsabilidad por daños. Responsabilidad colectiva*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1992, ps. 19 y ss., n° 2 y 3; Zavala de González, Matilde, *El daño colectivo en Derecho de daños. Homenaje al profesor doctor Jorge Masset Iturraspe*. Bs. As., ed. La Rocca, 1989, ps. 437 y ss.



En nuestro derecho positivo tal responsabilidad "colectiva" sólo está contemplada en la parte final del art. 1119 del Cód. Civil, con relación a los supuestos de daños causados por cosas caídas o arrojadas a la calle desde un edificio, "cuando dos o más son los que habitan la casa y se ignora la habitación de donde procede"; aunque nuestra doctrina ha inducido de tal preceptiva un principio de carácter general<sup>50</sup>, que en consecuencia sería igualmente aplicable en el caso que nos ocupa. Empero subsiste una discrepancia doctrinaria de importancia, atento que mientras algunos autores consideran que esa obligación grupal sería *in solidum*<sup>51</sup>; otros, cuya opinión compartimos, sostienen que se trata de una responsabilidad simplemente mancomunada, en razón de que es ésta la que resulta del texto del art. 1121 del Cód. Civil, para los supuestos de pluralidad de responsables del art. 1119 del mismo Código, como una excepción vigente al principio general de la solidaridad de los arts. 1081 y 1109 del Código Civil<sup>52</sup>.

XII. *Conclusiones.* Para terminar esta exposición, a manera de conclusiones, podemos formular las siguientes precisiones: 1º) la protección al consumidor tiene actualmente en nuestro medio verdadera jerarquía constitucional; 2º) se rige en principio por lo dispuesto

<sup>50</sup> Gesualdi, ob. cit. en *Resp. por daños. Homenaje a Jorge Bustamante Alsina* cit., t. II, p. 152, n° IV-C; López Cabana, *Resp. colectiva...* cit. en "L. L.", 1986-B, ps. 936 y ss., n° III y en *Cuestiones modernas de resp. civil* cit. ps. 230 y ss., n° III; Kemelmajer de Carlucci en el *Cod. Civil...* de Belluscio-Zannoni cit., t. 5, p. 657, art. 1119, § 11; Llambías, *Trat. Obligaciones* cit., t. IV-B, ps. 284 y ss., n° 2960; Mosset Iturraspe, *Resp. por daños. Resp. colectiva* cit., ps. 44 y ss., n° 3-f).

<sup>51</sup> Carranza, Jorge A., *Reflexiones sobre la atribución de la obligación de indemnizar los daños causados por hechos de terrorismo*, en "L. L.", 1979-D, p. 794; Mosset Iturraspe, *Daños causados por un miembro no identificado de un grupo determinado* cit. en *Estudios sobre responsabilidad por daños* cit., t. II, p. 305.

<sup>52</sup> López Cabana, Roberto, *Responsabilidad colectiva* cit., en "L. L.", 1986-B-941; López Cabana y Lloveras, *La responsabilidad colectiva* cit. en "E. D.", 48-799; Llambías, Jorge Joaquín, *Responsabilidad colectiva o anónima*, en "E. D.", 83-783; Trigo Represas, Félix A. en Cazeaux, Pedro N. - Trigo Represas, Félix A., *Derecho de las obligaciones*, 3a. ed., La Plata, Platense, 1994, t. IV, p. 742, n° 2510.

en nuestra Carta Magna y en la ley 24.240, sobre protección y defensa de los consumidores o usuarios; 3º) Cuando se trata de responsabilidad civil por daños ocasionados al consumidor, en ausencia de normas específicas en la ley 24.240, resultan de aplicación los principios comunes del derecho privado; 4º) la responsabilidad contractual por daños ocasionados por productos elaborados se sustenta en el deber de seguridad a cargo del fabricante, hoy expresamente contemplado en el art. 42 de la Constitución Nacional y en el 5º de la ley 24.240; 5º) en los mismos casos, la responsabilidad extracontractual configura en cambio un típico supuesto de daño causado por el "riesgo de la cosa", encuadrable en el art. 1113 del Cód. Civil; 6º) tratándose de daños causados por un grupo de fabricantes o una cadena que involucra al fabricante, al importador, al distribuidor o proveedor, al vendedor, etc., todos serán responsables en cuanto posibles autores del perjuicio, si estuviese acreditado el nexo causal entre el daño y el accionar colectivo del conjunto o grupo; pero individualmente cada uno sólo estará obligado en forma simplemente mancomunada por su respectiva cuota-parte, en función de lo dispuesto en los arts. 1119, 1121 y concordantes del Cód. Civil y su doctrina.



**EL PODER DE POLICÍA Y EL CONTROL  
DE SEGURIDAD EN LAS VÍAS PÚBLICAS.  
RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR  
OMISIÓN. UN CASO DE  
JURISPRUDENCIA**

*Comunicación efectuada por el académico Dr. Miguel S.  
Marienhoff, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias  
Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada  
del 12 de diciembre de 1996*



Esta comunicación la efectúo en mi carácter de Director del Instituto de Derecho Administrativo que funciona en esta Academia Nacional de Derecho, del cual el doctor Juan Carlos Cassagne es Sub-Director. Nuestro Instituto marcha en perfectas condiciones, y en él se tratan con seriedad relevantes problemas jurídicos.

Aclaro que voy a referirme a la responsabilidad del *Estado* propiamente dicho, y en modo alguno a la responsabilidad que pueda corresponderle al *concesionario* de una obra vial, como preferentemente lo han considerado, al tratar este tema, algunos escritores e incluso los asistentes a una reciente jornada de Derecho Civil, Comercial y Proceçal realizada en Junín (Provincia de Buenos Aires), en septiembre ppdo.. En estos casos la responsabilidad del concesionario dependerá, fundamentalmente, del texto de la concesión, pero siempre se trataría del concesionario, no del Estado. Insisto en que el problema que consideraré en esta comunicación prescinde en absoluto de la idea de concesión, de la idea de concesionario, lo cual supone básicamente una carretera cuya atención no depende de concesionario alguno, ni está a cargo de éste, sino a cargo del Estado, en forma directa, quien al respecto ejercería atribuciones inherentes al poder de policía.

Aclarado eso, advierto que lo relacionado con la responsabilidad extracontractual del Estado por las consecuencias dañosas derivadas de comportamientos omisivos suyos, tiene, en efecto, particular re-

percusión en todo lo vinculado con el ejercicio del *poder de policía* que, en general, comprende y se refiere a la regulación de los derechos de los habitantes del país. Se trata de derechos individuales cuya posibilidad concreta de ejercerlos, por parte de sus titulares, está a cargo del Estado, quien al efecto los garantiza y asegura.

Si así no fuere y el Estado en el ejercicio de ese deber incurriere en un comportamiento "*omisivo*", la técnica jurídica admite su responsabilidad por las consecuencias dañosas de semejante situación. Desde luego, el cumplimiento de esos deberes por parte del Estado hállese supeditado a razonables o racionales limitaciones. Las crónicas del país ofrecen y registran supuestos concretos de situaciones en las que el ejercicio del poder de policía aparece con particulares modalidades. El poder de policía no es una potestad sin contornos: está sujeta a sensatas limitaciones jurídicas, que varían según la índole de los hechos ocurrentes, limitaciones que son reveladas por los teóricos del derecho.

En ese orden de ideas, en sucesivas sentencias la Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró que ningún deber es más primario y substancial para el Estado que el de cuidar de la vida y de la seguridad de los gobernados, y que las disposiciones constitucionales establecidas en garantía de la vida, la libertad y la propiedad de los habitantes del país, constituyen restricciones establecidas principalmente contra las extralimitaciones de los poderes públicos ("Fallos", tomo 137, página 254 y tomo 190, página 457).

En el sentido expuesto, los tribunales de justicia han debido resolver demandas de responsabilidad contra el Estado, motivadas en que en carreteras públicas penetraron animales -caballos en la especie- que al embestirse con automotores produjeron daños. La parte demandante veía en ello una *omisión* del Estado en el debido ejercicio del poder de policía: le imputaba al Estado una infracción o falta jurídica al no haber impedido que el caballo accediera a esa vía pública.

En uno de esos casos, que tuvo difusión, la Corte Suprema de Justicia de la Nación rechazó la demanda que se promovió contra el

Estado por daños y perjuicios, sosteniendo para tal rechazo que el ejercicio del poder de policía de seguridad que corresponde al Estado no resulta suficiente para atribuirle responsabilidad en un evento en que no tuvo parte y en que la Provincia demandada no era dueña del animal ("Fallos", tomo 312, página 2138, in re "Mirtha E. Ruiz y otro c/ Provincia de Buenos Aires", sentencia del 7 de noviembre de 1989). La sentencia fue objeto de críticas, tanto en lo que respecta a sus *fundamentos* como a la circunstancia de que el Tribunal *rechazara* la demanda.

La impugnación a ese fallo se basa en que la acción de daños y perjuicios debió *prosperar* porque el Estado demandado, al no haber impedido que el caballo accediera a la carretera, *omitió* cumplir con su deber de garantizar la seguridad en las rutas o carreteras públicas, lo cual implicaría un indebido ejercicio del poder de policía. Pero esta posición negativa fue, a su vez, objeto de críticas que comparto, porque estimo que en ese caso la referida acción judicial fue bien *desestimada*, aunque sean objetables los fundamentos que para ello utilizó el Tribunal. Considero que la expresada crítica al fallo de la Corte Suprema, en cuanto ésta *rechazó* la demanda, no es convincente, ya que, aparte de que no ha valorado las particulares condiciones fácticas que integraban y rodeaban el caso, no supeditó esos hechos al preciso derecho aplicable, a la teoría jurídica pertinente.

El ejercicio del poder de policía, ya se trate del relacionado con vías públicas, o con otras expresiones de su ejercicio, no siempre corresponde llevarlo a cabo con la misma intensidad o amplitud. Estos aspectos dependen ya sea del "*lugar*", del "*objeto o índole*" de la actividad, o de las *personas*; en fin, dependen de las *circunstancias específicas* del caso. En lo atinente a su ejercicio, el poder de policía es contingente, circunstancial; no es uniforme, fijo o igual en todos los casos o situaciones; varía o puede variar según el supuesto de que se trate. Todo esto -que es de fundamental trascendencia-, obedece a reglas lógicas integrantes del orden jurídico general del Estado, aceptadas por éste a través de la exégesis jurídica.

Cuando el poder de policía sobre las vías públicas se refiera a la *vigilancia* de las mismas para afianzar la seguridad de los viajeros, o de quienes usen tales vías (calles, caminos, carreteras), no siempre se lo ejercita con la misma intensidad o amplitud, pues, como ya lo expresé, todo eso es, o puede ser, contingente o circunstancial, ya que depende de los *lugares* o *circunstancias*. Así, tratándose de una carretera que une y atraviesa poblaciones separadas entre sí por extensas zonas rurales, el poder de policía -la vigilancia sobre tales carreteras- es más intenso en la parte que las mismas atraviesan las respectivas zonas urbanas, y menos intenso en las partes en que tales carreteras atraviesan zonas rurales, "descampados", donde el silencio y la ausencia de mayor movimiento justifican que la vigilancia del Estado en estas secciones de las carreteras sea más atenuada, menos intensa, mientras que debe ser rigurosa en las secciones en que la carretera atraviesa la zona urbana de las respectivas poblaciones. De ahí que si bien es razonable pretender que el Estado impida que animales sueltos -equinos, vacunos, etc.- penetren en la carretera y causen daños al colisionar con automotores que circulen en esa parte de la vía pública, no sería razonable pretender que el Estado, a lo largo de la carretera, en plena zona rural, también deba impedir que animales sueltos accedan a la carretera y provoquen esos daños, máxime cuando, en esos lugares, la mayoría de esas vías públicas carece de cercos en sus costados. En ese ámbito físico, semejante pretensión o exigencia sería inadmisibles por impropia e irrazonable. El inmenso escenario rural de nuestro país justifica lo expuesto. Lo contrario puede admitirse en caminos rurales de países de una estructura material distinta a la del nuestro, donde los caminos, incluso por su menor extensión y la mayor proximidad de las poblaciones, son y deben ser intensamente vigilados por la autoridad. En Argentina las cosas no ocurren así: la extensión de sus carreteras es muy diferente a la de otros países de menor extensión y, además, superpoblados. Por eso resulta impropio pretender que en nuestro país se responsabilice al Estado por los daños producidos a un automovilista por un caballo que, en una descampada zona rural, accedió a una

carretera y embistió a un automotor, causando un grave accidente. En un lugar como el indicado, no era obligación del Estado impedir que el caballo accediera a la carretera. Tales situaciones de hecho excluyen semejante responsabilidad.

Insisto en que el ejercicio del poder de policía sobre las vías públicas, sin que ello implique responsabilidad alguna para el Estado, puede y debe sufrir modificaciones en su intensidad o amplitud según el lugar, el objeto, las personas o la circunstancia de que se trate. El derecho debe estar razonablemente de acuerdo con el hecho que sanciona, tanto más cuando el ejercicio del poder de policía es contingente, circunstancial.

La distinción o diferencia en la intensidad y amplitud del ejercicio del poder de policía sobre las vías públicas puede responder a modalidades distintas, ya que ello puede hallarse regulado por disposiciones *permanentes o transitorias*, pudiendo entonces tratarse de un mero *debilitamiento o suspensión* transitorio del respectivo tránsito. En algunos manuales o tratados de derecho administrativo se mencionan diversos supuestos de esta índole (ver, por ejemplo, mi *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo 5º, números 1801, 1877 y 1879, Buenos Aires, 1992). Todo ello determina cuestiones de hecho cuya dilucidación y apreciación dependen de la sensatez y discrecionalidad de la Administración Pública.

Por aplicación del criterio en cuyo mérito el ejercicio del poder de policía no es igual en todos los supuestos, por ser tal ejercicio contingente o circunstancial, resultaría contrario a derecho imputarle responsabilidad al Estado por las consecuencias de que, en una zona rural de nuestro país, en un descampado, un caballo accediera a la carretera embistiendo a un automotor que circulara en la misma.

Reitero que sería impropio responsabilizar al Estado por las consecuencias de que, en plena zona rural y descampada de un extenso país como el nuestro, un caballo acceda a una carretera y embista a un automotor, provocando un accidente. Quizá en un ambiente rural del occidente europeo la solución podría ser distinta. En nuestro país tal solución sería antijurídica: aparte de una equivocada valoración



del ejercicio del poder de policía, trataríase de la adopción y aplicación de un derecho ajeno a los hechos, de un derecho no requerido por éstos, incompatible con los mismos. Trataríase de una solución carente de juridicidad. Recuérdese que la mayoría de las carreteras rurales argentinas, aparte de su extensión, carece de cercos en sus costados, lo cual es trascendente; al menos eso es lo que ocurre en la generalidad de las carreteras existentes en la amplísima zona patagónica, cuya longitud aproximada es de tres mil kilómetros desde la Capital Federal hasta Río Gallegos (estrecho de Magallanes).

Realicé muchísimos viajes en automóvil desde esta ciudad de Buenos Aires hasta Río Gallegos (Provincia de Santa Cruz), y viceversa. En varias ocasiones mi trayecto fue interceptado por animales que súbitamente y de improviso accedían a la carretera. Recuerdo muy bien que en cierta oportunidad un avestruz se atravesó en mi camino y siguió corriendo adelante de mi automóvil; al aferrarse con sus patas a la carretera que era de tierra y ripio, arrancó con violencia una piedra que dio en el parabrisas de mi automóvil, destruyéndolo totalmente. Cuando eso ocurrió estábamos solos en ese descampado: el avestruz, yo y un muy fuerte viento que me dificultaba viajar sin el parabrisas. Pero jamás pensé en responsabilizar al Estado por los perjuicios que me causó el avestruz.

III

OTRAS DISERTACIONES Y TRABAJOS



## MISIÓN DE LAS ACADEMIAS

*Trabajo sobre la base del cual expuso el académico Presidente doctor José Domingo Ray, en el Congreso de Academias Jurídicas Iberoamericanas, realizado en Madrid, en octubre de 1996*



## I. *El tema*

No puede haber sido más acertada la convocatoria de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid a considerar la misión y naturaleza de las academias de Derecho en un mundo que está dominado por la decadencia de las virtudes morales y culturales, caracterizado por un extremo hedonismo material y técnico y con una corrupción bastante generalizada.

Se invita a reflexionar sobre la función que deben cumplir las academias como organismos autónomos frente a la de las universidades y centros de docencia.

En esta comunicación nos referiremos al aspecto histórico, a su misión en el mundo contemporáneo y en nuestro país, para concluir con algunas reflexiones que aunque transitan por lugares comunes deben ponerse de manifiesto.

## II. *Antecedentes*

1. *El término.* Si nos remontamos a la historia, el origen del término se sitúa en la tradicional Academia griega, fundada por Platón alrededor del año 387 antes de Cristo.

2. *Platón*. Después de una azarosa vida, de viajes a distintas ciudades griegas e italianas, Platón regresó a Atenas y compró un gimnasio en un parque, un jardín cercano a la estatua del héroe griego Academus. Se instaló así la primera escuela de filosofía organizada como una universidad, con su estatuto, reglamento, alojamiento para estudiantes, salas de conferencia, museo y biblioteca.

3. *La Academia griega*. Desde luego que la Academia griega era muy distinta de las nuestras, pero se reconoce en ella el antecedente de las que se instituyeron posteriormente, y de aquí que sea importante recalcar la diferencia.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Platón probablemente nació en el año 427 antes de Cristo en el seno de una familia noble y a la edad de 20 años se encontró con Sócrates, quien fue su maestro. La terrible injusticia de la muerte de este último conmovió a Platón y sus detalles los relata en su obra *Fedon*. La muerte de Sócrates influyó en tal forma que Platón se convierte en el censor de las costumbres disolutas de Grecia y decide continuar la obra de su maestro.

Se vinculó a la escuela de Megara, viajó a Egipto, Cirenaica e Italia y se radicó, luego, en Siracusa, donde reinaba un griego de modesto origen, Dionisio I.

Ese tirano lo obligó a embarcarse en una nave espartana que hizo escala en la isla de Egina, en guerra con Atenas, y fue vendido como esclavo, pero reconocido por Annicares, que lo había tratado en Cirene y pagó el rescate, quedó en libertad y regresó a Atenas en el 387 a.c. (Ver *Platón y la Academia* de Jean Bruno. Edición de Eudeba en 1961, traducción de la obra publicada en francés, *Platón et l'Académie*, en 1960.)

#### *La Academia*

Aristóteles, alumno de Platón, quien perteneció a la Academia desde los 17 hasta los 30 años, después fundó el Liceo a cuyo frente quedó luego su discípulo Teofasto.

La Academia de Platón era considerada no sólo como escuela sino como asociación dedicada a la investigación y a la enseñanza de la filosofía, realizada colectivamente, dentro de una estrecha comunidad de vida.

En ese sentido, cabe rescatar el diálogo utilizado por Platón como el método que puede dar importantes frutos en el seno de una Academia porque -como señalamos en el texto más adelante- el intercambio de puntos de vista enriquece el conocimiento y estimula el progreso científico.

Se ha dicho que la fundación de la Academia, en cierto sentido, es el más memorable acontecimiento en la historia de las ciencias en Occidente. Platón fue el primer Presidente de una institución permanente para la prosecución de la investigación filosófica original.

La educación que se proveía no se fundaba en la ciencia abstracta. Se enseñaba a "opinar" y brindaba a los aspirantes a la vida pública, puntos de vista con un máximo de persuasión.

Por otra parte, se ha dicho que la Academia es progenitora directa de la universidad medioeval y moderna. Platón, durante veinte años, estuvo dedicado al costoso trabajo de organizar y mantener su Academia.



4. *Egipto*. El trabajo de tipo científico y literario puede ubicarse en Egipto en la célebre biblioteca de Alejandría y en el Museo fundado por Ptolomeo.

---

Dictaba, entonces, sus clases sin manuscritos previos. Tenía la firme convicción de que para aprender científicamente no era suficiente con escuchar sino trabajar en compañía de las mentes más avanzadas para descubrir la verdad científica. (Ver Taylor A.E., profesor de Edimburgo, *Plato, the man and work* (1926-1955).

Estos datos, tomados del libro de Bruno, son corroborados por las obras que nos facilitó nuestro amigo y político Rodolfo Martínez. (Ver así: *Vida de Platón*, en el estudio de Pablo Natlop, de la escuela de Marburgo, quien intenta aproximar la filosofía platónica a las categorías kantianas, *Los grandes pensadores*, Espasa Calpe Argentina S.A., Bs. As., 1938).

#### *Pensamiento político de Platón*

Comparando a Sócrates con Platón, en sus actitudes frente a la política, -dice Popper- Sócrates quería que sólo el sabio fuera hombre de Estado, en el sentido de que comprendiera que el hombre tiene límites en su saber y que la sabiduría consiste en la comprensión de sus propios límites. En cambio, dice, para Platón también el hombre de Estado debía ser sabio, un filósofo instruido y versado en la dialéctica, pero con sus discípulos formaba un grupo y agrega que así se formaría una especie de élite dictatorial. Para Popper no debe plantearse como pregunta fundamental de la política "quién debe dominar" sino deshacerse de los dominadores malos e incapaces sin derramamiento de sangre y, sobre ello, edificar la democracia, con todos los aportes del pensamiento. (Ver Popper, Karl, *Sociedad abierta. Universo abierto*, traducción, Buenos Aires, 1990. Conversación con Franz Kreuzer, quien cita *La sociedad abierta y sus enemigos* y le pregunta a Popper sobre las críticas que abarcan a todos los filósofos desde Platón).

José E. Miguens, en su obra *Política sin pueblo* (Platón y la conspiración anti-democrática, Bs. As., 1994) hace la crítica del pensamiento político de Platón y afirma que en la Academia se vivía un clima antidemocrático y que ella tenía por finalidad formar hombres de acción. Cita a Harold Chernisse, G. C. Field y otros para fundar la tesis de su obra.

Sin abrir un juicio sobre la idea original de Popper y las conclusiones de Miguens, recordamos de la lectura de algunas de las obras de Platón y de fragmentos de *La República* que su pensamiento era elitista, teórico y muy poco humano, al prescindir de la familia y pensar en formar gente para el ejercicio del gobierno, con prescindencia de lazos familiares.

Platón se caracteriza y trasciende por su pensamiento filosófico, por su racionalismo, por ser inspirador del pensamiento de Occidente y no por su pensamiento político.

Miguens también formula una crítica similar a Aristóteles, preceptor de Alejandro Magno, que habría estado al margen de posiciones como las de Pericles y Demóstenes que debemos apuntar fueron políticos, con una proyección muy distinta a la de Platón, caracterizada -como hemos dicho- por su pensamiento filosófico.

En nuestra opinión, estos puntos de vista políticos están fuera de contexto y deben tenerse en cuenta esos pensamientos en función de los valores de aquellos tiempos, en un mundo muy diferente al de hoy y en el cual el concepto de pueblo y democracia era muy restringido. Se admitía la esclavitud y no puede enjuiciarse el concepto de democracia de entonces a través de los valores prevalecientes en el mundo contemporáneo.

5. *Era cristiana.* En la era cristiana podemos mencionar la Academia de Carlomagno, la fundada para la promoción de la ciencia en Constantinopla y las establecidas por los moros en Granada y Córdoba.

En Italia, durante el Renacimiento, Cosme de Medici fundó la Academia Platónica (1442) que contó como miembros a Pico de la Mirandola y a Maquiavelo.<sup>2</sup>

6. *Vulgarización del término.* Más adelante, el término se vulgariza, empleado como sinónimo de sociedad o lugar de reunión y, como ejemplo de su desvalorización, podemos citar, en el siglo XVII, la Académie de Jeux Floraux de Luis XIV (1694), que nada tiene en común con las científicas o con la célebre Académie Française fundada por Richelieu en 1636 y una de las más conocidas en el mundo latino.<sup>3</sup>

### <sup>2</sup> *Academias en Europa*

La vieja Academia de Ciencias de Francia encuentra sus antecedentes en las reuniones que congregaban a personalidades como Descartes y Pascal. Hobbes fue recibido durante su visita a París en 1640.

Colbert fue quien concibió la idea de darle un carácter oficial y reunir a hombres de ciencia y así Isaac Newton fue reconocido como miembro extranjero.

En Londres, la Royal Society recoge los antecedentes de la Academia de los Reyes James I y Charles I, los seguidores de Bacon que se reunían en Londres y Oxford y que se constituye por Ordenanza del año 1662.

En Rusia, Pedro el Grande fundó la Academia en 1724 en San Petersburgo, a la cual Catalina le dio el carácter de Academia de Ciencias y de las Artes.

En Austria, originalmente proyectada por Leibnitz, se fundó en 1876 la Academia con el objeto de estudiar matemáticas, ciencias naturales, historia y mitología.

En los Países Bajos, la Academia de Ciencias de Amsterdam tuvo por objeto el estudio de historia natural y antigüedades y en 1856 se le agregó la sección literaria.

Sobre el término "Academia" y los antecedentes en los Estados europeos puede verse la Enciclopedia Británica que en su edición de 1927 brinda información sobre algunos antecedentes históricos que mencionamos en este trabajo.

### <sup>3</sup> *Francia. Las Academias y el Instituto*

En Francia sólo existen cinco Academias Nacionales bajo la cúpula del Instituto y esas son la célebre Académie Française, la de Inscripciones y Letras, la de Ciencias, la de Bellas Artes (heredera de las Academias de Pintura, Escultura y Arquitectura) y la de Ciencias Morales y Políticas.

La primera se constituyó en 1636, bajo el patrocinio de Armand du Plessis, Cardenal Richelieu. La de Ciencias Morales y Políticas, suprimida por Napoleón en 1803, fue re-

### III. Misión de las academias

1. *Valores, cultura y especialidad.* Las academias, sobre todo las más famosas, llevan siglos o muchos años de vigencia y sus finalidades las identifican.

En estas corporaciones deben exaltarse los valores morales, la investigación, el estudio y la búsqueda del "bien común", dentro de lo que las circunstancias permiten.

---

conocida con esa denominación por Luis Felipe, mediante la Ordenanza real del 26 de octubre de 1832 y gestada por Guizot, su Ministro de Instrucción Pública.

#### *Academia de Ciencias Morales y Políticas*

La Academia de Ciencias Morales y Políticas estaba dividida en cinco secciones: a) Filosofía; b) Moral y Sociología; c) Legislación, Derecho Público, Jurisprudencia; d) Economía Política, Estadística y Finanzas; e) Historia y Geografía.

En 1955 se creó una sexta, la Sección General, en la que ingresan los especialistas que no encuadran en las cinco secciones tradicionales.

La sección jurídica comprende el derecho público, penal, el campo de las ciencias políticas y el derecho nacional e internacional.

La diversidad de estructuras de la Academia de Ciencias Morales y Políticas no excluye la unidad de acción.

Se reúnen teóricos y prácticos, altos funcionarios, profesores, magistrados y abogados. La sección jurídica de legislación, derecho público y jurisprudencia tiene el deber de expresar su opinión sobre las modificaciones legislativas y los proyectos de reforma, para que prevalezcan la justicia y el buen sentido, como expresamente se destaca en las publicaciones, de las que hemos tomado la información que volcamos en estas líneas.

#### *El Instituto*

El Instituto es pluridisciplinario y fue creado por la Convención Nacional, inspirándose en los proyectos de Mirabeau, de Talleyrand (1790) y de Condorcet (1792).

El Instituto es la República de las ciencias y de las artes, de todas las ramas de la instrucción. Responde a una ambición enciclopédica fundada en la concepción unitaria del conocimiento.

Entre sus funciones está la de asesorar en todo lo referente a la evolución social.

La ceremonia inaugural tuvo lugar en el Louvre el 4 de abril de 1796 y Daunou, en nombre de sus miembros, dijo que aquéllos que tienen derecho a requerirle trabajos no tienen el poder de prevalecer en sus opiniones.

En algún momento, fue influido por la política, pero recuperó su independencia al restablecer las Academias, primero sin asignarles su nombre tradicional y, luego, al restaurarlas en 1816.

En Francia se mantiene el prestigio del Instituto, conciliando la tradición con los imperativos del mundo moderno y respetando la autonomía de sus cinco Academias.

Se ha dicho que no se admiten otras porque con las existentes se considera que son

Hablamos de las circunstancias porque las academias -como los hombres y todas las instituciones- funcionan en circunstancias de tiempo y lugar y deben gravitar y eliminar las desfavorables y, cuando ello no es posible, dejar un legado para el futuro.

En los tiempos actuales deben superarse las tensiones en una sociedad en que gravitan en exceso los valores materiales y con frecuencia se trata de alcanzar el éxito, al margen de los medios éticos y, a veces, de los lícitos.

La prevalencia de la técnica, la computación y la informática -que son fundamentales para la investigación y la labor científica- no implica olvidar y dejar de resaltar el intelecto y los valores tradicionales que más se aprecian cuando se pierden o se dejan de lado.

Este es el desafío de las academias en las que se debe buscar lo excelso del ser, trascender a lo que debe ser y superar la labor del especialista.

---

suficientes para brindar a Francia el aporte de la ciencia, de la sabiduría y del buen sentido.

El Instituto simboliza la unidad de sus cinco Academias en las que privan la reflexión, la creación, la investigación para que con sus trabajos, sus publicaciones, sus obras y sus consejos se proyecten en la sociedad y actuando como mecenas aporten una contribución efectiva.

Coincidentemente con nuestras reflexiones, leíamos en la publicación del Instituto de Francia, que su carácter perenne no significa inmovilización porque hay una adaptación continua a la realidad de la sociedad en evolución.

En el Instituto se ha recibido a personalidades extranjeras y se celebran conferencias y coloquios sobre la responsabilidad científica, la arqueología en la Edad Media, la historia de las relaciones internacionales contemporáneas, etc.

#### *Patrimonios culturales*

Por último, debemos destacar que el Instituto es guardián de muchos de los bellos patrimonios culturales franceses, como el Castillo de Chantilly, el Museo Condé, Le Chateau de Langlais, la Fundación Dosne-Thiers, la Villa Kérylos (Beaulieu-Sur-Mer), el Museo Claude Monet, el Museo Marmottan, el Museo de Chailis, con las ruinas de la abadía y de su Iglesia, la Ville "Ile-de-France" (Saint-Jean Cap-Ferrat), bibliotecas, palacios, obras de arte y la Casa del Instituto en Londres.

El Instituto, en homenaje a la Academie Française y celebrando los 350 años de su fundación, en 1986, publicó "L' Institut de France dans le monde actuel", obra que nos envió el Presidente de la Academia de Ciencias Morales y Políticas, en recuerdo de la visita de años atrás.

En 1988 se publicó "L' Institut de France" un volumen que es un reflejo de los palacios, del que corona la Coupole en una de las márgenes del Sena y de la biblioteca y de los salones que utilizan las Academias. El emblema del Instituto es la cabeza de la diosa Minerva.

Dejamos constancia de que debemos estimular a quienes nos brindan conocimientos especiales de un saber, pero es grave cuando, amparado en ellos, el especialista pretende trascender y gravitar en lo que no es materia de su conocimiento.

De aquí que, extremando ese punto de vista, Ortega y Gasset nos decía que el especialista "sabe" muy bien su máximo rincón de universo; pero ignora de raíz todo el resto y puede citarse como ejemplo del hombre inculto.

En las academias debe existir la posibilidad de reafirmar la vocación por la cultura, entendiéndose por ésta la obra del hombre que conforma el espíritu de cada uno, en sus más amplias manifestaciones.

2. *Libertad académica y su proyección.* El pleno goce de la libertad de pensamiento y su aire vivificante debe respirarse en las academias. En ellas debe prevalecer la independencia y objetividad, como en toda tarea de tipo intelectual, sin perjuicio del análisis de la realidad y de concretar una labor positiva para la comunidad.

Las academias deben gravitar en la opinión pública y más que nada las de derecho que en su constante quehacer han de proyectarse para vitalizar las normas jurídicas que regulan la coexistencia.

En la universidad debe predominar la enseñanza, sin omitir la investigación.

En las academias debe prevalecer el pronunciamiento sobre los temas fundamentales para gravitar comunitaria y culturalmente, sin perder de vista el estímulo de las vocaciones y la promoción de la investigación.

3. *El compromiso académico.* Alcanzar la categoría académica no significa el final de una vida. Por el contrario, implica el compromiso de responder a las exigencias del reconocimiento y de la distinción que representa.

La minoría selecta es la que se exige, aunque no logre cumplir con las exigencias superiores.

En las academias debe fortalecerse el principio de que sus miembros de número tienen más obligaciones que derechos, deben brindarse a la comunidad y superar así las críticas que, por despecho o con algún fundamento, algunas veces se han hecho.

4. *La selección.* Las instituciones se prestigian y fortalecen a través de la capacidad y las obras de sus miembros, respaldadas por la tradición que caracteriza a cada una de ellas.

Al efectuar designaciones para ocupar los sillones vacantes debe tenerse en cuenta la vocación y la posibilidad de aporte del candidato.

La generosidad es una virtud, cuando uno se desprende de algo o cuando exalta las condiciones del prójimo, pero ese sentimiento no debe llevar a dar prevalencia a la amistad, si con esta actitud se afecta la justicia o el futuro de la corporación, al restar el poder de la savia vivificante que debe dar cada nuevo miembro.

5. *Amistad académica.* Y al mencionar la amistad debe tenerse muy en cuenta la que se debe generar en la corporación, desde el punto de vista intelectual, del proceder recto en función del estudio y de la labor compartida.

Puede hablarse así de la amistad académica y en la corporación debe existir un sentimiento de colaboración, de brindarse a sus pares para el estudio y para esa labor compartida. Así se enfrentarán las circunstancias disvaliosas que puedan imperar en la sociedad.

Si no se pueden superar esas circunstancias para consagrar lo que debe ser, esto debe dejarse plasmado en obras, declaraciones y publicaciones, así como también debe asentarse la crítica de aquello que no es positivo para las instituciones. Quizás sea la semilla que fructifique en el futuro.

6. *Frente al mundo actual.* Nuestras academias deben colocarse a la altura de los tiempos y ello hoy día exige un esfuerzo muy grande.



La velocidad con que se multiplica el conocimiento humano es escalofriante y como se puede apreciar nos encontramos en un mundo que exige una continua actualización, y si ello no es fácil dentro de la especialización, la dificultad es mayor cuando enfocamos lo opuesto, es decir, la generalización.

#### IV. Condición jurídica

Con motivo de cumplirse el cincuentenario de la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires, Miguel Marienhoff, entonces su Presidente, publicó un excelente trabajo sobre las Academias Nacionales, en el cual estudia su posición frente a la universidad, las características de sus miembros, la misión que deben cumplir y su condición jurídica como organismos de la cultura de la nación.

El decreto N° 4362, del 30 de noviembre de 1955, calificó a las Academias Nacionales como asociaciones civiles, que deben tener la correspondiente personalidad jurídica (art. 2°).

Para Marienhoff son personas jurídicas públicas no estatales. Recuerda la opinión de Leon Michoud, quien en su obra, *La théorie de la personnalité morale*, habla de *établissement public*, un intermedio entre las personas jurídicas públicas y las privadas. Y destaca que Enrique Sayagués Laso, en Uruguay, sostuvo que una persona jurídica pública puede no formar parte de la Administración Pública y ser, sin embargo, persona jurídica pública. Pero -según Marienhoff- fueron administrativistas rioplatenses posteriores, principalmente los argentinos, quienes se ocuparon de profundizar el tema y referirse a la persona pública que no es estatal. En esta categoría reconocida jurisprudencialmente deben ubicarse nuestras Academias Nacionales.<sup>4</sup>

La Corte Suprema de la Nación, en fallo del 3 del julio de 1979, en una acción interpuesta contra el Instituto de Servicios Sociales

<sup>4</sup> Ver "Fallos", T. 301, pág. 562 y sgts. y T. 302 (I), pág. 167 y sgts.



para Personal Ferroviario, calificó a esta entidad como persona jurídica pública no estatal.

En el fallo se especifica que la calificación se debe a las personas estatales que cumplen fines de utilidad pública y de singular trascendencia para la comunidad.

Afianzando esa doctrina Marienhoff dice que la expresada calificación jurídico-legal de las Academias Nacionales tiene sus obvias consecuencias prácticas.

No perteneciendo las personas jurídicas públicas "no estatales" a la estructura y organización del Estado; sus actos o decisiones no son "actos administrativos" sino actos de derecho común. Sus funcionarios o empleados no son agentes públicos, ni se hallan sometidos al régimen legal de los mismos; en consecuencia ellos no se rigen por el derecho administrativo, sino por el derecho laboral.

#### *V. Las academias de derecho*

El hombre necesita un derecho en evolución, en un movimiento dinámico, capaz de acompañar la historia en su metamorfosis.

En las academias de derecho debe tenerse en cuenta que este regula mediante normas la vida humana intersubjetiva, la coexistencia del hombre, en tanto y en cuanto su obrar interfiere con el de otros. Y esas normas deben consagrar el valor justicia, como síntesis del plexo axiológico, integrado por los valores solidaridad y cooperación, paz y poder, seguridad y orden.

La justicia implica la realización, en mayor o menor grado, de todos los otros valores y será "conmutativa" cuando mantenga la igualdad y equivalencia de las prestaciones y "distributiva" cuando tenga en cuenta la necesidad de contemplar el responder solidario frente a los intereses en juego. Por ejemplo, la distribución de bienes racionalmente, en función de los intereses de la comunidad, de los méritos, de las necesidades, etc.

A su vez, el derecho no es sólo vida humana codificada o estratificada en normas, como decía Luis Recaséns Siches, sino también vida humana viviente que debe ser interpretada y conocida a través de normas y que se regula por intermedio de ellas, con la finalidad de hacer reinar los valores que las inspiran.

De aquí la necesidad de analizar debidamente los problemas que se plantean en el nivel constitucional, legislativo, judicial y administrativo y de resolverlos racionalmente, pero con conciencia de su incidencia en la realidad y de sus consecuencias en el derecho nacional e internacional.<sup>5</sup>

Hoy día ese tema se amplía con motivo de las comunidades que agrupan Estados y la obra de sus distintos organismos.

La materia nos lleva al análisis de los tratados y de las asociaciones internacionales y su correlación con las normas de los distintos Estados y la proyección de las normas de los organismos comunitarios.

El tema se ha suscitado entre nosotros sobre todo con motivo de la reforma de nuestra Constitución, que da garantía supralegal a algunos tratados.

El estudio de las normas y su combinación entre sí, que llevó a la elaboración de las construcciones jurídicas y a la sistemática, debe complementarse con el del funcionamiento de esas normas en la realidad para analizar las consecuencias que derivan de su aplicación.

No debe agotarse el estudio del derecho con esa primera etapa racional, sino que debe complementarse con la valoración de las consecuencias, es decir, de su funcionamiento en la sociedad.<sup>6</sup>

<sup>5</sup> Ver "Derecho y Realidad (en la tarea del legislador, del juez y de la doctrina)" en *Derecho de la Navegación*, Apéndice I, pág. 820. Exposición en la Reunión Conjunta de las Academias de Derecho de Buenos Aires y de Córdoba.

<sup>6</sup> El conocimiento de las instituciones jurídicas debe hacerse en forma objetiva, aunque tanto el jurista como sus investigadores estén afectados e influidos muchas veces por su concepción cultural, social y la prevalencia que les den a unos valores sobre otros.

Debe tenerse en cuenta que el estudio científico de las normas y de la realidad social está influido por la formación del científico que las estudia y de quien las formula, ya que el objeto de ese estudio y de la regulación implica comprensión y valoración y se concreta en la atribución de un sentido valioso.

El estudio del derecho, como el de todos los objetos culturales, debe ser hecho me-

No se debe abusar del silogismo y pretender deducir conclusiones de las construcciones y del sistema como si se utilizara una llave mágica que resuelve todos los problemas concretos que plantea la coexistencia. Muchas veces la realidad exige la revisión de los conceptos para la consagración efectiva de los valores del sistema.

Se ha objetado la existencia de una ciencia del derecho sobre la base de que éste es una técnica, una forma de regular la coexistencia, es decir, la vida de relación, y que en la mayoría de los casos es mutable en el tiempo y en el espacio.<sup>7</sup>

---

djante un método distinto al de los objetos ideales, físicos o naturales,

Dilthey decía "explicamos la naturaleza, comprendemos la cultura".

El método de la "comprensión" es el característico de los objetos de cultura y supone captar el sentido que hay en el substrato de ese objeto. El intérprete de una partitura musical, el espectador de un cuadro o de una estatua no sólo debe ver los signos del diagrama musical, la tela o la piedra, sino, fundamentalmente, comprender el sentido que deriva de ese objeto que es precisamente el objeto cultural.

Se habla así de la "comprensión" del objeto por el estudioso o el intérprete, produciéndose una relación dialéctica que va del objeto a quien lo conoce y estudia y viceversa. Lo que ocurre es que siendo ese objeto algo valioso, que traduce valores, el sujeto que lo estudia, al comprenderlo, generalmente, lo tiñe con sus apreciaciones personales.

En el derecho y en la ciencia jurídica gravitan los valores y esto es algo que tiene importancia fundamental en la labor del intérprete.

<sup>7</sup> Es común recordar la respuesta negativa del procurador del Rey en el Estado de Prusia, cuando en 1847 Julio Von Kirchmann pronunció su conferencia sobre la falta de valor de la jurisprudencia como ciencia, continuando las diatribas y punzantes ironías de distinguidos literatos y pensadores. En su *Introducción a la ciencia del derecho*, que el Rector de la Universidad de Santiago de Compostela, el catedrático Luis Legaz y Lacambra, dedicó a sus amigos argentinos, se refiere al tema y nos recuerda la crítica de Von Kirchmann seguida luego por Lundsted y Jaehner, puntualizando que se había impuesto desde Aristóteles un tipo de ciencia de nociones absolutas y generales que pueden reducirse a universales y estables. (Ver Luis Legaz y Lacambra, *Introducción a la ciencia del derecho*, 1943, Bosch Barcelona, pág. 132).

El derecho es una técnica social que ha pasado por formas diversas y de aquí el sentido de la frase famosa de que "bastan las palabras rectificadoras del legislador para enviar bibliotecas enteras al canasto de basura".

Pasando por alto la ironía de esa afirmación, no es concluyente en términos serios, y no se puede negar el estudio científico, objetivo, con rigor, con el método de la comprensión, por variable que pueda ser en el tiempo el objeto de ese estudio.

No voy a incurrir en la irreverencia de adentrarme y continuar con el análisis de este tema de la filosofía del derecho y el del derecho natural, pero creo que es importante

Ya Celso, citado por Ulpiano, decía *jus est ars aequi et boni*.

Considerando al derecho como una técnica o un arte no debe confundirse el objeto con la ciencia que lo estudia.

En el derecho, ya se apunte a las normas o a las relaciones intersubjetivas en su realidad, privan los valores. El estudio de esta técnica y de su funcionamiento en la comunidad puede realizarse en forma científica, es decir, descartando las ideologías y analizando la dogmática y sus soluciones.

El conocimiento se caracteriza por el método mediante el que se debe estudiar el objeto sobre el cual versa que, en el caso del derecho, son las relaciones intersubjetivas a través de las normas que las conceptualizan.

Consideramos injustificada la descalificación de la ciencia del derecho sobre la base de que este es una técnica, un instrumento para regular la vida en relación, que tiene variantes en el tiempo y en el espacio y, a veces, según quien sea el intérprete ya se trate de juristas, jueces o funcionarios de la administración.

La dificultad es hacer "ciencia" y hablar de "conocimiento científico" cuando se debe centrar en la descripción de un objeto valioso que debe ser comprendido dentro de un ordenamiento normativo en el que gravitan consideraciones de variada índole.

---

señalar que todo depende de qué se entienda por conocimiento científico, por el método característico del mismo y por la diversidad de los objetos que tenga en mira ese conocimiento.

La tarea del legislador y del juez y la conducta intersubjetiva del hombre están orientadas por valores y las decisiones dependen de la valoración de la conducta en juego. Pero la delimitación del marco normativo es fundamental y en este aspecto es importante el conocimiento científico.

A su vez, en la labor del legislador o del juez, al estudiar las normas constitucionales o legales, respectivamente, su formación científica puede ser un elemento muy importante, pero su tarea no es ciencia del derecho en sentido estricto.

Marcelo E. Aftalión en *El revés del derecho*, revista "El Derecho", 24 de mayo de 1996, niega la existencia de la ciencia del derecho.

Coincidimos con el Presidente de la Academia madrileña, Juan Vallet de Goytisolo, quien en su discurso en la sesión inaugural del Curso Académico de 1995/1996 afirmó que la interpretación es uno de los temas fundamentales de la vida jurídica.

En una oportunidad dirigimos un curso de doctorado sobre el tema, con ejemplos típicos acerca de la labor del intérprete y la valoración en la interpretación.<sup>8</sup>

El drama del jurista se da cuando transita exclusivamente en el ámbito de las normas y olvida que éstas no tienen otra función que regular la conducta de hombres de carne y hueso en forma justa.

De aquí la labor creativa en la interpretación en el campo del derecho, cuando las soluciones no son deducibles lisa y llanamente del orden jurídico.

El verdadero jurista debe tener una adecuada información sobre ciertos aspectos básicos de la comunidad a la que pertenece, un conocimiento serio de las consecuencias probables que pueden derivar de sus tesis y de las alternativas que se presenten.<sup>9</sup>

Una buena regla es comprobar los principios por sus consecuencias y, en sentido inverso, juzgar éstas a la luz de los principios y su incidencia en la comunidad.

Es menester tener en cuenta que el derecho viviente requiere la recreación continua de la conducta estratificada en las normas, sobre todo en función de los cambios sociales y respetando siempre la justicia como síntesis del plexo jurídico axiológico.

Reiteramos que deben descartarse las ideologías que nos desvían de la realidad, e imponen una expresión ideal para constituir un sistema conceptual falso frente al objeto que se debe conocer.

<sup>8</sup> Ver *La interpretación en el derecho*, en *Derecho de la Navegación*, Apéndice I, 1992, pág. 811; *Reflexiones sobre la interpretación de normas de derecho común en relación con sectores específicos del ordenamiento jurídico*, en Rvta. "La Ley", 1987 E, pág. 596 y sgts. y *Derecho de la Navegación*, T. I, 1992, pág. 9.

<sup>9</sup> Ver nuestros trabajos citados en las notas anteriores.

## VI. *La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*

Las finalidades de nuestra Academia están enumeradas en su estatuto.

En efecto, el art. 2º dice que sus fines son:

"1) Estudiar las cuestiones relacionadas con el derecho y las ciencias sociales, que se promuevan en su seno o se le consulten.

2) Fomentar y difundir el estudio de las ciencias jurídicas y sociales.

3) Propender al progreso del país mediante el perfeccionamiento de su régimen legal."

La Academia puede realizar todos los actos jurídicos y culturales conducentes al cumplimiento de sus propósitos y debe expedirse sobre las consultas que sobre las materias de su especialización le formulen los poderes públicos.

Está facultada para formar parte de tribunales encargados de dictaminar sobre el mérito de la producción intelectual y otorgar las distinciones consiguientes.

Tradicionalmente, la Academia no se expide sobre consultas formuladas por instituciones privadas.

Normalmente su obra trasciende a través de la publicación parcial o total de los trabajos realizados o comunicaciones presentadas, conferencias pronunciadas y, en general, de todo lo que haga en relación con el estudio de las ciencias jurídicas y lo que tienda a interpretar y mejorar el orden jurídico imperante.

Entre sus atribuciones figura la de mantener relaciones con otras instituciones y personas que se dedican a los estudios jurídicos y sociales en la República o en el extranjero (art. 3).

Por otra parte, la Corporación no sólo debe estimular las vocaciones sino reconocer y recordar las personalidades del pasado y de los que han contribuido al saber científico, con trabajos en los distintos ámbitos del estudio y del actuar, la universidad, el magisterio, la in-



vestigación y en la formación de discípulos y profesores o con aportes a la labor científica.

En alguna oportunidad se ha considerado que el antecedente de nuestra Academia debe remontarse a la que fundó Manuel Antonio De Castro en 1815, en los primeros años de la Argentina.<sup>10</sup>

En esa época, el título académico no era habilitante para el ejercicio profesional y el examen a ese efecto se rendía ante el Superior Tribunal, después de realizar estudios en la Academia teórico práctica de jurisprudencia. Esta Academia tenía por fin exclusivo iniciar a los practicantes en el conocimiento de las tareas procesales y para ellos De Castro escribió su *Prontuario de la Práctica Forense*. En 1872 esa Academia cesó en sus funciones porque la cátedra de derecho procesal asumió su tarea y se incorporó al departamento de Jurisprudencia de la Facultad.

Sin embargo, la Academia de Manuel Antonio De Castro tenía una finalidad muy distinta de la que tiene la nuestra, cuyos antecedentes se remontan al año 1874.

En el año 1950, los académicos Clodomiro Zavalfa, Héctor Lafaille y Gastón Federico Tobal emitieron un dictamen, aprobado por la Corporación, reconociendo como origen del cuerpo académico, el instituido por decreto de la Universidad el 26 de marzo de 1874 y que alcanzó su autonomía con los decretos del 29 de agosto de 1906, y del 9 de noviembre de 1923 dictados por el Poder Ejecutivo Nacional.<sup>11</sup>

<sup>10</sup> Ver Ray J. D., *Homenaje al Dr. Manuel Obarrio en el sesquicentenario de su nacimiento*, conferencia del 10 de diciembre de 1986, en el Salón Rojo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

<sup>11</sup> Ver "Anales" de la Academia - Año I, 2da. Época - N° 1 - 1956 - pág. 131 y sgts.

Cabe tener presente que pocos días antes del decreto de noviembre de 1923 dictado por el Presidente Alvear, el estatuto universitario del mes de octubre de ese año eliminó a las Academias como organismos integrantes de la Universidad y las reemplazó en cada Facultad por Consejos Directivos que debían elegir sus profesores.

Ese mismo decreto, en su artículo 1º, dispuso que las Academias se constituirían como instituciones autónomas, luego de reconocer que contribuyeron eficazmente al fomento



El estatuto fija en 30 los académicos titulares o de número<sup>12</sup> y sus cargos son vitalicios y "ad honorem". Integran también la Academia los académicos eméritos, los honorarios y los correspondientes.

Los académicos eméritos tienen todos los derechos, pero no las obligaciones propias del cargo de titular.

Los miembros honorarios son quienes se hacen acreedores a esta designación de carácter excepcional, por su relevante actuación en el país o en el extranjero.

Los miembros correspondientes, dentro o fuera del país, son quienes reúnen la mayor parte de los requisitos establecidos para ser miembro titular y representan a la Academia en el lugar en que residen.

La Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires es de carácter nacional, y por ello ha designado miembros de número a personalidades del interior de la República y correspondientes en distintas ciudades del país y en el exterior.

En el año 1956 se designaron patronos de cada uno de los 30 sillones que ocupan los académicos de número.

No puede dejarse de señalar que en la Academia de Derecho se han creado institutos para incorporar como miembros a personas de capacidad reconocida para las tareas inherentes a la investigación, difusión de los conocimientos y publicaciones de interés.

Existen varios institutos, el de Derecho Civil, el de Derecho Empresarial, el de Derecho Administrativo y el de Derecho Internacional y de la Navegación.

---

científico, al gobierno de las altas casas de estudio y al control austero de la producción intelectual.

Pero fue el decreto del 15 de junio de 1925, referido exclusivamente a las Academias, el que les dio independencia, y les concedió amplias facultades.

El régimen actual deriva del decreto-ley del 30 de noviembre de 1955.

<sup>12</sup> Son títulos indispensables para ser designados como miembros de número la calidad de Doctor en Derecho, Jurisprudencia o Ciencias Sociales y haber tenido actuación destacada en la magistratura, en el foro, en la cátedra universitaria o como publicista en el campo del derecho y de las ciencias sociales.

Mucho queda por hacer, sobre todo para gravitar en la comunidad. Pero esto es algo que requiere esfuerzo, una labor mancomunada y una consagración con la que muchas veces no se cuenta.

## VII. *Reflexiones finales*

Sintetizando, podría decir que las academias tienen por misión tradicional ser instituciones de alto nivel cultural y científico, en las cuales se concentren personas con vocación ya definida por el estudio de lo que es el objeto de cada una de ellas.

En las academias sus miembros deben dialogar, intercambiar puntos de vista y enriquecerse cada uno con los conocimientos y opiniones de los otros, para trascender en una obra hacia el bien común.

Esa labor -como hemos dicho- debe guiarse por los valores más excelsos, al margen de todo interés material y de política partidaria.

No deben estar ausentes los problemas de interés nacional e internacional y los medios que deben adoptarse para la solución de los mismos.

Deben emitir opiniones que graviten por sus fundamentos y por la autoridad moral o científica de la academia o de quienes las suscriben.

En manera alguna debe entenderse esto como una pretensión de imposición o de injustificado elitismo intelectual, sin conciencia de los límites del saber del especialista y de la dificultad que debe enfrentarse al abordar determinados problemas.

De aquí la calificación de las academias como personas jurídicas públicas no estatales que cumplen fines de trascendencia para la comunidad.

Reiteramos que las academias de derecho deben trabajar y, en su momento, pronunciarse para que normas jurídicas inspiradas en soluciones justas sean una realidad en la comunidad.

Nuestra Academia ha realizado una labor proficua, abordando temas de interés nacional y ello se puede comprobar compulsando

los "Anales" y las publicaciones sobre las que se informa en la memoria de cada ejercicio. Es la prueba de una tarea compartida que hace al cumplimiento de los fines enunciados en su estatuto.

La publicación de libros y las separatas de las comunicaciones están a disposición de los estudiosos, al igual que los "Anales" en los que se refleja la historia de la Corporación.

Llega el momento de poner fin a esta exposición y no distraer la atención sobre estos puntos de vista que aunque no son originales y tienen un respaldo generalizado, a menudo no son tenidos en cuenta o no son compartidos por quienes ejercen el poder.



**LA SUERTE DEL AMPARO Y LA ACCIÓN  
CIVIL PÚBLICA**

*Por el académico Dr. Augusto M. Morello*



Del amparo -un paraíso procesal- se puede predicar lo que expresa Mario Vargas Llosa sobre el pintor holandés Johannes Vermeer: "*es extremadamente sencillo y previsible, amasado en lo cotidiano y enemigo de lo excepcional*". (*Un paraíso burgués*, "La Nación", 8/6/96, p. 7).

### 1. EL RETROCESO QUE SIGNIFICA EL RÉGIMEN DEL AMPARO SANCIONADO POR EL HONORABLE SENADO

La sanción por el Honorable Senado de la Nación, el 13/3/96, del proyecto reglamentario del amparo, suscitó, de inmediato, una fuerte repulsa, porque al desinterpretar la razón de ser de esa maravillosa y utilísima garantía ahora *constitucionalizada*, registró, acrecentándolas, las deformantes exigencias contenidas en la ley 16.986. El paso muy atrás, en la maraña de una red instrumental que sólo ve a la figura como una acción procesal más.

Prontamente hicimos los aportes críticos; primero con el académico Dr. Jorge Vanossi ante la Comisión de Asuntos Constitucionales de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación; poco después en



un estudio "El derrumbe del amparo" ("ED", t. 167, en abril del corriente año). Calificadas voces se sumaron al mismo tiempo: el profesor Adolfo Rivas, el senador Dr. José Romero Feris (*Revitalización del amparo*, "La Nación", 30/4/95, p. 9), etc.

Acercas de las observaciones concretas a las normas sancionadas no tenemos más que agregar a lo ya expuesto, acorde a un pensamiento adscripto con renovados entusiasmos al ser y prospectiva de nuestro amparo, alternativa *directa* y *principal* para alcanzar la mejor tutela posible a las libertades fundamentales amenazadas o en trance de efectiva lesión.

Los desencuentros en la interpretación tienen un crucial punto de partida. Están enfrente quienes, insisten apodícticamente, consideran que el amparo es "una acción subsidiaria y excepcional", lo que nos parece que despoja a la norma del art. 43 de la Constitución Nacional de su verdadero sentido y dimensión, y olvida que es operativo por sí mismo (sin la ortopedia de la reglamentación *procesal*). Es la más autosuficiente de las *garantías*.

Sólo quisiéramos subrayar algunas puntualizaciones:

1º) No puede haber un desborde del amparo por conducto de un uso deformante o abusivo. La institución sirve para algunos casos pero no para todos, bien ejemplificó Palacio con respecto al desalojo. No es un comodín aplicable sin discriminaciones. Tengamos confianza en los abogados y jueces argentinos.

2º) Cualquier exorbitancia sobre el particular es corregible en su propio medio. Así lo acaba de enmendar la Corte Suprema ante la torcida hermenéutica del amparo sindical previsto en el art. 47 de la ley 23.551, como quiera que tal tipo de acción, genéricamente considerada, no implica alterar las instituciones vigentes ni justifica la extensión de la jurisdicción legal y constitucional de los jueces de la Nación (doctr. "Fallos", 259:11; 263:15 y muchos otros) (CS, V.10.XXXII; "Unión Obrera Metalúrgica vs. Estado Nacional. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social s/juicio sumarísimo", 3/4/96).

3º) Si la complejidad del objeto, la amplitud del debate, la significación de la prueba, etc., aconsejan que el amparo no es el continen-

te apto para el debido conocimiento de esa pretensión, *la vía estará clausurada*.

4º) Cabría apuntar, en coincidencia con lo expresado en el trabajo antes citado y las consideraciones que resultan de la exposición del Dr. Lino E. Palacio, cuáles son los reparos más significativos:

a) La razonable inteligencia que se desprende de la jerarquía constitucional del amparo es la de que, ante ciertos actos u omisiones manifiestamente arbitrarios o ilegales, esa garantía se ejerce por vía judicial principal o prioritaria respecto de otras desprovistas de mayor sencillez y celeridad que aquélla.

b) El Proyecto bajo examen resulta difícilmente conciliable con el art. 43 de la Ley Fundamental, al hacer caso omiso de la mayor idoneidad que esa norma exige a los 'otros medios judiciales' para desplazar la admisibilidad de la pretensión de amparo, sin destacar los atributos de simplicidad y rapidez, únicos que cabe estimar referidos a esa mayor idoneidad.

c) Debe reputarse innecesaria la formalidad que recoge el art. 23 al imponer al juez el deber previo a cualquier otra situación y a satisfacer dentro del plazo de dos días contados desde la presentación de la demanda, de expedirse, mediante auto fundado, sobre la admisibilidad o no de "la acción" bajo pena de nulidad de todo lo actuado en lo sucesivo, disposición que complica al trámite y puede coartar la libertad de decisión al dictar el juez el pronunciamiento definitivo.

d) Ante el detallado reglamento procesal de la vía del amparo es conveniente establecer que, "cuando en consideración a las particularidades del objeto, contenido o naturaleza del derecho material pasible de la tutela que se demanda, se suscitaren dudas razonables en lo que concierne a su procedibilidad, prevalecerá el criterio favorable a su admisión, sin perjuicio de lo que sobre ese aspecto se decida en la sentencia final".

e) Si eventualmente se interpusiera el recurso extraordinario basta consignar el carácter preferente (urgente) que el Alto tribunal de la Nación *debe* acordar a las impugnaciones amparistas.

f) Desde luego que muchos otros son levantables a la media sanción senatorial (la concesión de la apelación con efecto suspensivo, etc.), pero el compendio anterior nos parece decisivo.

Igualmente, insistimos al infinito, dejemos que con espontaneidad navegue sus propias aguas sin ponerle diques de contención. Lo sancionado por el Honorable Senado, entre el cielo y la tierra del amparo, ha fortificado con innecesarias barricadas el fluido acceso al mismo.

## II. ENSAMBLE DE LOS ARTÍCULOS 41 Y 43 DE LA CONSTITUCIÓN REFORMADA

Importa ahora acoger la sugerencia vertida por el académico Dr. Horacio A. García Belsunce al concluir el Dr. Cassagne su criteriosa comunicación anterior, encaminada a procurar un enlace sistemático, integrador, entre las innovaciones plasmadas en el art. 43 de la Constitución reformada y la norma del art. 41, que versa, en particular, sobre el *medio ambiente*.

Es sabido que desde hace años, al analizar el denominado proceso colectivo y en numerosísimos ensayos en torno de la tutela de los intereses (*rectius, derechos*) *difusos*, hemos razonado sobre la necesidad de receptar entre nosotros una *legitimación amplia* a las entidades organizadas en mira a proteger no sólo el hábitat físico, sino también el ético ( en la lucha contra la corrupción) dentro de los cuales cobran virtualidad los valores que hacen cierta la exigencia de observar una calidad de vida suficiente. Además, tal como lo edicta el art. 43, se halla ahora profundizado el criterio de *solidaridad*, asegurando esos derechos -al medio material y moral- no sólo a la tercera generación, sino a la cuarta, como igualmente parece claro la hipoteca que pesa en las actuales de preservar las condiciones mínimas pero *bastantes* para que el denominado desarrollo sustentable no se quiebre por imposibilidad de hecho (a raíz de la destrucción del medio físico y moral), frustrando a quienes nos sucedan en acceder a sus

propios proyectos vitales. Respecto de ello anticipé mi pensamiento una década atrás, en *Los derechos de la cuarta generación* (Zeus, Rosario), en el núcleo motivador del principio de solidaridad.

Frente a la crisis de los conceptos básicos de derechos subjetivos, intereses legítimos, intereses simples o de hecho, en tanto las particularidades y enérgica protección de tales "derechos" vitales de carácter fundamental y prioritario: al aire, al agua, al medio puro -sin lo cual no se materializa ni el derecho a la vida (a la salud) ni menos a la calidad de ella-, el foco conceptual del "interés" se engloba en una connotación de perfil y proyecciones por cierto sugerentes y desafiantes.

La Constitución emplea la expresión *afectado*, sin más. Será la doctrina y los jueces -lo ponía de resalto Carnelutti en los años '40- quienes en su benedictina labor de hermenéutica irán puliendo sus arrugas: el afectado directo, el indirecto, *el que lo es por reflejo, por implicancia*. Quien radicado en el contexto de una situación común envolvente, experimenta las amenazas y las lesiones que otros -también afectados más directos y principales- sufren en una escala de mayor intensidad.

Ahora bien, esos intereses difusos (*derechos*) de tan relevante significación humana (vital y espiritual) requieren, obviamente, nuevas garantías, *reforzadas*, de un ejercicio más simplificado y efectivo. Para actuar, preferentemente, de manera *preventiva* más que reparadora. La polución de un espejo de agua -el río Reconquista o el lago Nahuel Huapi- o la expansión de la corrupción en una sociedad moralmente débil, no tienen ya, *prácticamente*, retorno *adecuadamente* saneador. Mandatos, prohibiciones, injuncions, medidas preventivas innovativas, tutela anticipada y urgente, son las soluciones políticas (constitucionales, administrativas, penales y procesales) que el Derecho *debe* suministrar a esa tremenda realidad.

Lo que se expresa para el "medio" material (físico, el hábitat) se comunica, obviamente, al que hace al saneamiento moral. Vale aquí lo que expresaran para el primero de ellos los doctores Levene (h.) Fayt y López: "La cuestión comprometida en la causa supera los

intereses de las partes y conmueve a la comunidad entera al encontrarse en tela de juicio la posibilidad cierta de preservar el medio ambiente y, en consecuencia, el presupuesto mismo del ejercicio de cualquier derecho. Ello debe interpretarse en tal sentido, pues el medio ambiente del hombre no es otra cosa que la 'circunstancia vital' en la que está inmerso y que debe proveerle los elementos que habiliten su desarrollo, o al menos su subsistencia en condiciones dignas. Si, por el contrario, se priva al ser humano (vía corrupción generalizada) de esa 'circunstancia' se desconoce su propia esencia ya que sin un ambiente fértil (éticamente sano) que posibilite esa supervivencia, el hombre es sólo una abstracción" (disidencia en CS, "Louzán, Carlos A. vs. Estado Nacional [Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos]", 17/11/94, consid. 3º, "Doctrina Judicial", 1995-2, p. 1168).

### III. LA ACCIÓN CIVIL PÚBLICA

En este registro -el actual entre nosotros- no tenemos dudas del próximo ingreso de la *acción popular*, acerca de lo cual en otra oportunidad intentaré ocuparme en extenso. Sólo quiero destacar ahora:

1º) La actitud participativa de la gente, cuyos conocimientos sobre cuanto afecte lo que le concierne, impulsa -como ha ocurrido en Brasil- al reconocimiento institucional de las *acciones civiles públicas*. El *ciudadano* como elemento activo y protagónico de una sociedad atenta, debe contar con nuevas técnicas de protección jurídica de uso personal y directo (aun al lado del Defensor del Pueblo, del Ministerio Público, de organizaciones intermedias).

2º) El "interés general", se corporiza y reconduce en el interés propio coimplicado con aquél.

3º) En la democracia de la opinión pública, el sentido colectivo -el poder de la gente- se canaliza funcionalmente en una participación directa que proyecta el acto nuclear del sufragio a escala cotidiana. Y así como a la democracia representativa la Constitución refor-

mada -por cierto con estrictez e infranqueables *límites*- ha sumado los mecanismos de democracia semidirecta, también en la defensa de esos derechos fundamentales la opinión pública demanda encontrar su sitio y el modo de usar de otra manera las garantías. Ello le hará bien al madurar el grado de su participación y hacerla consciente de sus *deberes y responsabilidades*.

4º) Sería paradójal que en la evolución de la participación social, la gente no contara con una vía de actuación directa responsable -el poder ejercer acciones civiles *públicas*- equivalente a lo que sería el referéndum o la consulta (vinculante o no) en el *ámbito político*.

5º) Y así como el principio de subsidiariedad ha permitido descargar o delegar en la fuerzas del mercado lo que la burocracia estatal hacía costosamente mal, se opera, sociológicamente, una trascendente corrida del "agente social" (ciudadano, contribuyente, justiciable) que lejos de las orillas del Mercado y del propio Estado (y de sus órganos representativos), el pueblo en sí, ontológicamente como tal, de modo personal *se instala en un corredor propio*, inmediato y directo que emerge con singular predicamento y vocación de permanencia.

Ni sólo el Mercado ni el Estado (a los dos hay que *controlarlos*) pueden definir -o tutelar monopólicamente- el *interés general*.

6º) La gente -el pueblo- quiere tener capacidad de respuesta por sí misma; se siente legitimada no ya a la "denuncia" sino a ocupar el lugar destacado a través del uso de su garantía frente a las amenazas y los riesgos de la convivencia. Debe tener su compromiso social que *no es* - en el modo de ejercerlo- *el tradicional*. En ese orden el ciudadano es también un hombre de Estado y escapa a los estereotipos que nos son tan familiares (para todo lo anterior Minc, Alain, *La borrachera democrática. El nuevo poder de la opinión pública*, trad. de Manuel López Vidal, Ed. Temas de Hoy, Madrid, pp. 274-308) (ver anexo).

7º) Recordemos, igualmente, cuando, pocos años atrás, el Dr. Lino Palacio advirtió el reverdecimiento de la institución del *jurado*, que estampada en la Constitución de 1853-60, ha quedado adormecida



por el desuetudo, aunque en un renovado contexto cultural y entre las nuevas demandas y exigencias de tutela efectiva, vuelve a aletear aguardando su lugar preferente en el derecho vivido.

#### IV. CONCLUSIONES

1º) El Proyecto sancionado por el Honorable Senado viene a herir en la sien la significación del amparo y su clara transparencia constitucional. Cuando el Estado de Derecho -en el marco de la norma del art. 43 de la Ley Fundamental- en su letra, espíritu y tradición porfía por un régimen legal *facilitador* de la fuerza garantística que le corresponde a la institución, la iniciativa en crítica la desconoce y en gran medida la anula y vuelve -innecesariamente- a complicar su horizonte funcional.

2º) Una interpretación sistemática de los arts. 41 y 43 de la Constitución vigente, permite sostener la beneficiosa dilatación -ensanchamiento- de la *legitimación de obrar activa* tanto para ejercer la garantía del amparo individual como el colectivo (art. 43); de igual manera el estímulo o reconocimiento de los cuerpos (entidades) intermedios organizados, para proteger -especialmente de modo *preventivo* más que reparador- los derechos colectivos.

4º) El Derecho nacional debe consagrar la *acción civil pública* (variante de la acción popular) que traduzca, en la praxis, la forma directa -y continuada- de participación ciudadana, mediante cuyo ejercicio responsable, contribuya a preservar el interés general -físico y moral- de la sociedad (ver *infra* anexo).

5º) Y para concluir no dejará de estar presente el pensamiento de Giovanni Sartori, quien luego de recordar la enseñanza de John Planematz, "el estudio más digno de la política no es el hombre sino los instituciones", y resaltar que las dos grandes "maquinarias de la realidad" son la sanción y la recompensa (el premio y el castigo), señala "que está a cargo de la ingeniería constitucional que las ins-



tituciones *funcionen bien* y ello no se obtiene si los objetivos que plasman las constituciones, no pasan de 'aspiraciones' lo que acontece, al final de cuentas, cuando los procedimientos terminan por ser una desviación de sus finalidades y una sobrecarga de requisitos y presupuestos, que montan una estructura que impide el ejercicio de su accionar; entonces ese sistema, complicado y carente de incentivos facilitadores de su uso, desvirtúa y deja inútil lo organizado en la Ley Fundamental" (*Ingeniería constitucional comparada*, trad. de Roberto Reyes Mazzone, Fondo de Cultura Económica, México, 1994, pp. 9 y 217 y ss.).

## ANEXO

*Proyecto de Ley (1994)*  
Contribución de la Fundación Jus  
(*coautoría del autor de esta comunicación*)

(H. Cámara de Diputados de la Nación: Diario de Sesiones, 1994, p. 2723)

### TUTELA DE LA ÉTICA COLECTIVA Y CONTRA LA CORRUPCIÓN

Artículo 1º.- **Protección. Alcance.** La presente ley se aplicará en miras de la defensa jurisdiccional de la ética colectiva, la que deberá entenderse integrante, en el mismo registro y con igual efectividad, de la que se brinda al amparo del medio ambiente, la preservación del equilibrio ecológico, los valores estéticos, históricos, arqueológicos, urbanísticos, artísticos, arquitectónicos, paisajísticos y espirituales.

Art. 2º.- **Legitimación activa.** Cuando se configuren actos u omisiones de corrupción que generen lesión o amenaza a la ética colectiva, los ciudadanos singularmente, o las entidades a que se refiere la ley sobre "Régimen jurisdiccional para la preservación de los intereses colectivos", podrán ejercer ante los tri-

bunales correspondientes, la acción de amparo colectivo con fundamento en esta causal.

Art. 3º.- **Facultades.** A los fines perseguidos por la ley mencionada en el art. 2º, el ministro público, los ciudadanos singularmente y las agrupaciones de los intereses colectivos, están legitimados, indistintamente, para proponer e impulsar las acciones previstas en esta ley o asumir la legitimación que reglamenta esa normativa. Con las atribuciones, cargas, deberes y responsabilidades establecidas en ese ordenamiento, el que será aplicable íntegramente para los aspectos no contemplados en la presente ley.

Art. 4º.- **Acentuada oficiosidad del órgano judicial.** Promovida la acción de amparo colectivo concerniente a la defensa de la ética colectiva, el juez interviniente observará una actuación marcadamente impulsora, disponiendo de oficio las medidas que correspondan; en su caso, deberá poner en inmediato conocimiento de lo actuado al juez penal de turno, sin perjuicio de retener su competencia para los demás aspectos involucrados.

Art. 5º.- **Reglamentación de la Ley.** El Poder Ejecutivo reglamentará esta ley en el plazo de noventa días.

Art. 6º.- **Vigencia.** La presente ley entrará en vigor a los cien (100) días de su publicación. A ese tiempo quedarán derogadas las disposiciones en contrario.

Art. 7º.- Comuníquese al Poder Ejecutivo.

Jorge O. Folloni. - Julio C. Loutaif. - Ernesto S. Alabi.

## FUNDAMENTOS

Señor Presidente:

I. La preocupación del derecho moderno por la tutela de los intereses difusos se inscribe en el marco de un movimiento de la ciencia jurídica por la búsqueda de nuevos tipos de protección contra vulneraciones a prerrogativas que afectan derechos de grupos o de la comunidad toda, relativos a la "calidad de vida social" (Morello-Hitters-Berizonce, "La defensa de los intereses difusos", "J.A.", 15 de diciembre de 1982, página 2. Morello-Stiglitz, "Hacia un ordenamiento de tutela jurisprudencial de los intereses difusos", "J.A.", 16 de octubre de 1985, página 7).

El amparo de los intereses difusos tiene dos de sus principales objetivos en la preservación del "hábitat" (defensa del medio ambiente y el equilibrio ecológico, urbanístico, etc.) y de la transparencia del mercado (protección al consumidor), pero se extiende también hacia una adecuada tutela de los bienes y valores artísticos, históricos, e incluso espirituales o culturales. En particular, lo que hace al goce de libertades comunes, "derechos sociales subjetivos" (por ejemplo la pro-

tección contra la discriminación, el derecho a la publicidad fidedigna de los actos de gobierno y de todas las garantías cívicas que aseguren la vigencia de una democracia social (Morello-Hitters-Berizonce, obras citadas, páginas 2 a 4).

La esencia de esta nueva problemática jurídica no descansa tanto en la creación de nuevos conceptos dogmáticos (los intereses colectivos o difusos), ni es la instalación de un debate académico sobre categorías de prerrogativas tutelables (la utilidad o no de las nociones de derecho subjetivo e interés legítimo), sino concretamente en la búsqueda de mecanismos efectivos de implementación de soluciones contra situaciones que afecten intereses vitales de la comunidad y sin embargo se encuentran desabastecidas de amparo a través del sistema tradicional.

El núcleo de las nuevas respuestas radica en instalar un verdadero programa de reformas en torno a la cuestión del acceso a la justicia, para la tutela de esos intereses difusos. *Superar obstáculos procesales para el acceso y las formas ortodoxas en materia de la legitimación al abrir y reconocer una legitimación colectiva en favor de los particulares, de los representantes de los grupos y de la comunidad.*

De ese modo y a partir de la iniciativa de particulares y grupos (y del ministerio público), jueces y tribunales han de ocupar el sitio central que les cabe para el ejercicio de controles en la democracia social.

II. Es en este propio ámbito judicial (bajo el programa de reformas para el acceso a la justicia, en defensa de los intereses difusos) que "corresponde también accionar contra los resultantes de formas del accionar del Estado a menudo peligrosas y potencialmente opresivas; como búsqueda de formas y métodos nuevos y alternativos a los tradicionales para el control del aparato gubernamental y por consiguiente, para la protección contra los abusos a que el burocratismo puede dar lugar" (Cappelletti, "Acceso a la justicia", trad. G. Seminara, páginas 160 y 167).

El resguardo de la moral pública, social o colectiva, encuadrada entre aquellos bienes o valores que *pertenecen a toda la comunidad e, indivisiblemente, a cada uno de sus miembros*. Los actos de corrupción suponen el desprecio de intereses primordiales de los semejantes, en privilegio de intereses propios de quien actúa ilícitamente, e incompatibles con aquéllos. Cuando así se actúa en el ámbito estatal, el menoscabo recae sobre la "cosa pública" y por ende, sobre las prerrogativas de la comunidad íntegra, sobre intereses nítidamente supraindividuales o difusos.

III. La necesidad de implementar acciones colectivas -es decir las reconocidas a los particulares y sobremanera a aquellas organizaciones que tienen por fin asegurar los bienes o valores de que se trata, forma parte de las mudanzas, trans-

formaciones y adaptaciones de un nuevo orden jurídico. Que frente a los nuevos requerimientos de las sociedades finiseculares obligan a las técnicas del derecho y las garantías constitucionales a que sean efectivas en concreto. A admitir el rol de mecanismos más funcionales y eficaces para esos fines.

Los datos de la realidad evidencian que cuando la corrupción se interioriza o penetra en el cuerpo social extendiéndose como una mancha que inunda los más variados registros en que se desenvuelve la actividad del Estado, el control judicial adecuado, que desde luego es el que corresponde por vía de principio, *puede mostrarse como insuficiente cuando no impotente para hacerse cargo de tan delicadas manifestaciones, que al multiplicarse y extrovertirse sin solución de continuidad, infectan la salud de la República.*

Dentro de los denominados intereses difusos, emergen aquellos que conciernen a un número indeterminado o tal vez indeterminable para los resultados políticos, que se distinguen porque su objeto es indivisible y atañe a la generalidad. No sólo acontece en materia de protección del medio ambiente (de protección de la fauna, de la flora o del "habitat" físico o ecológico) sino que se extiende a la preservación del patrimonio histórico, artístico, cultural y espiritual de la sociedad. Su espectro es tan amplio, que la protección debida no se focaliza en la perspectiva de un problema aislado de cada persona sino que necesariamente asume una *dimensión colectiva* al afectar al conjunto de los miembros de una colectividad determinada (Barbosa Moreira, José Carlos, "Acciones colectivas en la Constitución Federal de 1988", "Revista de Processo", San Pablo, 1991, N° 61, página 188).

Entendemos que de esa protección y en un momento histórico singular, no ha de excluirse el basamento moral, el soporte ético, que es la circunstancia (Ortega) acaso más valiosa del "habitat" y que es imprescindible resguardar, porque de faltar ella todas las otras se ven comprometidas y también de uno u otro modo y medida, menoscabados.

IV. *De modo que a través de las soluciones del "amparo colectivo" puede también en dicho ámbito obtenerse la deseable combinación de iniciativas públicas y privadas para el acceso de la justicia, persiguiendo el funcionamiento de controles en defensa de intereses sociales y vitales* (Cappelletti, "Formazioni sociali e interessi di grupo davanti alla Giustizia civile", r.d.p. 1975-3, página 383). Y como sostiene Barbosa Moreira, de ese modo conferir a personas y grupos, los carriles judiciales efectivos y accesibles para canalizar sus insatisfacciones de una manera civilizada, y no permanecer indiferentes a tal peligrosa válvula que de no abrirse de ese modo, podría descargarse como alternativa de una forma nada buena para la estabilidad de las instituciones ("A proteção jurídica dos interesses coletivos", RBDP, 1980-24, página 20).

La sala K de la Cámara Nacional Civil ha sentado, en nuestro país, el primer precedente de aplicación de las soluciones de "tutela de los intereses difusos" contra desviaciones éticas en la administración, destacando que en el campo de los intereses difusos es evidente que no sólo la cosa pública es la que aparece dañada, sino el conjunto de los habitantes", y otorgó por ello legitimación difusa al controlador general municipal de la Ciudad de Buenos Aires, para proteger los derechos difusos de los habitantes, contra arbitrariedades, desviaciones de poder e irregularidades administrativas, afectación a los habitantes por deficiencias, abusos y todo otro acto que traduzca dolo o irregularidad administrativa, o transgresiones a las normas éticas ("J.A.", 26/6/91, páginas 40/41.)

Aunque somos autores de un proyecto específico reglamentario de la tutela efectiva de los intereses difusos, actualmente a consideración de la comisión primera de Legislación General, *nos ha parecido de estricta conveniencia acordar plena autonomía al que, por su mayor específica complejidad, constituye la técnica adecuada para llevar a cabo una lucha frontal contra la corrupción.* Ello así, por entender que es una exigencia primaria e insoslayable para la preservación del cuerpo social y para la transparencia y diafanidad de los comportamientos de los funcionarios públicos, pero no sólo de ellos.

V. Por último, cabe destacar que el presente proyecto ha sido concebido como una ley marco o de bases, en la que se fijan las directivas políticas legislativas esenciales. De este modo se atribuye con amplitud la potestad reglamentaria al Poder Ejecutivo, posibilitando así que con mayor dinamismo se puedan adaptar los contenidos de la reglamentación a los requerimientos de las cambiantes circunstancias.

Jorge O. Folloni. - Julio C. Loutaif.-  
Ernesto Salim Alabi

A las Comisiones de Legislación General, de Legislación Penal y de Justicia.



**LAS NUEVAS ORIENTACIONES EN EL  
DERECHO CONSTITUCIONAL**

*Por el académico Dr. Segundo V. Linares Quintana*





Desde hace muchos años, en el libro, la cátedra, la tribuna de conferencias y los artículos en publicaciones especializadas, hemos venido sosteniendo que nuevos conceptos y orientaciones prevalecen hoy en la ciencia del poder, imponiendo criterios, enfoques y técnicas investigativas distintos de los tradicionales, que comportan profundo cambio y renovación con respecto a la concepción clásica, que durante tantos años pareció poco menos que inmovible y que todavía orienta a no pocos constitucionalistas.

Ello explica que en los últimos tiempos se hable con insistencia de una nueva ciencia política y constitucional, que habría reemplazado a la antigua disciplina. Creemos, sin embargo, que más exacto que hablar de una nueva ciencia política y constitucional, es hacerlo de las nuevas orientaciones y tendencias que en el momento actual imperan en de dicho ámbito del saber. No obstante y a riesgo de incurrir en desajuste semántico, se suele admitir la ya difundida expresión, con el exclusivo propósito de resaltar la envergadura y la profundidad del cambio.

Con esta reserva, podemos afirmar que el rótulo de ciencia política y constitucional vincula en forma íntima áreas de investigación que antes eran estudiadas de manera separada y hasta como compartimentos estancos; porque precisamente, una de las notas más significativas y provechosas en que coincide el movimiento renovador en la materia, es la supresión de las fronteras con que, artificial

e ingenuamente, pretendíase separar lo que en realidad es inseparable. Del mismo modo que, en el hecho, van desapareciendo los límites que otrora convertían en sectores completamente aislados a la ciencia política, la antropología, la sociología, la psicología, la economía y otras disciplinas afines, hoy, y cada día más, la ciencia política y la ciencia constitucional se integran en una sola y única disciplina. Con lo que se confirma la afirmación de Tierno Galván, de que ya es un lugar común que la ciencia política va perdiendo claridad en sus límites y precisión en el contenido, por cuanto se encuentra en un período de reajuste y novedad, en el que su objetivo primordial ha perdido firmeza por sufrir sus estructuras un cambio todavía en proceso.<sup>1</sup>

Esta integración de la ciencia política y la ciencia constitucional en una sola y única disciplina no comporta, en definitiva, sino el retorno a la clásica idea aristotélica de la ciencia soberana entre las ciencias que a juicio del inmortal estagirita era la ciencia política, la cual también abarcaba el análisis científico de las Constituciones. Porque si con justicia se considera a Aristóteles el fundador de la ciencia política, primordialmente por la construcción sistemática y científica que elabora en su *Política*, también lo es de la ciencia constitucional, con el estudio de las constituciones griegas que realizó con sendas obras -de las que, por desgracia, sólo ha llegado hasta nosotros la de la Constitución de Atenas- así como por el análisis comparativo que hace de aquéllas en su *Política*.

El constitucionalista francés Paul Marie Gaudenet ha dicho sabiamente que "en definitiva, el aporte esencial de la joven ciencia política al viejo derecho constitucional, parece ser el ensanchamiento de su objeto y el perfeccionamiento de su método. Así, derecho constitucional y ciencia política no se oponen. Pero concebido como ciencia política y, por tanto, revigorizado, el derecho constitucional parece ser llamado a ser la ciencia política fundamental, a cuyo alrededor

<sup>1</sup> Tierno Galván, Enrique, Prólogo a Pablo Lucas Verdú, *Introducción al derecho público: las transformaciones sociales del derecho público actual*, p. 9, Barcelona, 1958.

vendrían a ordenarse las demás. Así, el derecho constitucional se muestra como el máspreciado instrumento para el estudio del gobierno de los hombres"<sup>2</sup>. Hacer ciencia política en el ámbito del derecho constitucional -cual es una de las voces de orden del cambio- no significa, en el fondo, sino admitir que ha sido derribado el muro que en otros tiempos incomunicara la joven ciencia política y el viejo derecho constitucional -según la expresión de Gaudenet-, los cuales, hoy juntos, integran la ciencia política fundamental -según la concepción aristotélica- en estado de constante transformación y perfeccionamiento.

El derecho constitucional, aunque algunos no lo crean, se encuentra experimentando un cambio tan profundo como nunca antes había ocurrido. Como advierte Pablo Lucas Verdú, "atraviesa una etapa de intensa transformación. Estamos asistiendo al lento y laborioso proceso de acomodación de las normas constitucionales a la nueva estructura social. Apareció, como se sabe, con la Revolución Francesa, fruto maduro de la burguesía; sufrió el impacto sucesivo de las conmociones sociales para llegar a nuestros días afectado por una situación crítica, pues intenta reducir la separación existente entre la norma y la realidad". El nuevo derecho constitucional parece así convertirse en derecho de la realidad, para lo cual utiliza la colaboración que le prestan la ciencia política, la antropología, la sociología, la psicología y hasta disciplinas en apariencia tan poco afines como las ciencias matemáticas.

Verdú, para demostrar que el derecho constitucional intenta ser derecho de la realidad, considera tres aspectos fundamentales: las bases ideológicas, la constitucionalización de los poderes de hecho y las realidades sociales y el ajuste de la estructura a la situación. En el derecho constitucional tradicional existían factores importantes en la vida política que, sin embargo, no eran contemplados por los textos constitucionales: los partidos políticos, los grupos de presión, los

<sup>2</sup> Gaudenet, Paul Marie, *Derecho constitucional y ciencia política*, "Revista de Estudios Políticos", nº 68, p. 71, Madrid, marzo-abril 1953.

sindicatos, la huelga. Hoy, la disciplina ha constitucionalizado tan importantes elementos, enriqueciendo su contenido, a la vez que amenazando a la estricta consideración normativa de sus cuadros. Bien se pregunta Verdú si podrá el constitucionalismo comprender el rico contenido de su ciencia pertrechado tan sólo con los instrumentos de la dogmática jurídica.<sup>3</sup>

Manuel Jiménez de Parga destaca que la atención por las estructuras socioeconómicas y por las fuerzas políticas reales no supone una infravaloración de las normas jurídico-políticas, sino todo lo contrario. Lo que la moderna politicología pretende es redondear la visión parcial de los constitucionalistas, en cuyo enfoque faltaba advertir la creciente complejidad de la realidad política: faltaba subrayar que la norma jurídica nunca es el único principio estructurador de un régimen. O sea, que en el constitucionalismo tradicional faltaba, en definitiva, situar lo político en su propio contexto, de acuerdo con lo que caracteriza al espíritu de la ciencia política. Esta nueva actitud espiritual en el estudio de los fenómenos políticos se caracteriza por su realismo, por la renovación de los métodos de investigación y por una nueva explicación de dichos fenómenos.<sup>4</sup>

Sin embargo, la reacción contra la posición tradicional y los abusos del empleo exclusivo y excluyente del enfoque jurídico en el campo del derecho constitucional, llevó a que, cayendo en el extremo opuesto, se incurriera en el hiperfactualismo y a que no pocos especialistas, ante el fantasma del teoricismo, pretendieran convertir a la ciencia política y constitucional en una simple acumulación y descripción de hechos y datos, cuya maraña los ciega para perderlos. "Es claro - como dijera Bertrand de Jouvenel- que los meros hechos no pueden formar un conocimiento, a menos que sean ordenados según un criterio; su ordenación requiere siempre una teoría que extrae ciertos aspectos similares, atribuye a los mismos nombres comunes y supo-

<sup>3</sup> Verdú, Pablo Lucas, *Introducción al derecho político: las transformaciones del derecho político actual*, cit. p. 102.

<sup>4</sup> Jiménez de Parga, Manuel, *Los regimenes políticos contemporáneos*, p. 32, Madrid, 1965.

ne procesos que dan lugar a esos hechos. Los procesos que asumimos constituyen en la mente una especie de modelo de lo que sucede en la realidad objeto de nuestra atención, un intento necesario de reducción de la diversidad fenomenológica a la simplicidad intelectual. Semejante teoría tiene una finalidad representativa, nos guía en la tarea de reunir hechos; éstos, a su vez, exigen la introducción de ciertos cambios en nuestra teoría, siempre y cuando no pueda ésta dar una explicación de los mismos. En la estructuración de nuestra teoría, nos movemos desde un grado de simplicidad inicial hacia una progresiva complejidad, hasta arribar, posiblemente, a una teoría diferente que alcanza la función representativa con mayor elegancia y exactitud. Una teoría así elaborada progresa con el curso del tiempo, explicando un cúmulo siempre creciente de observaciones".<sup>5</sup>

Como señala Giovanni Sartori, la teoría no goza de gran favor en estos momentos; y no sólo se le ha asignado un papel secundario sino, lo que es peor, la palabra teoría, al menos en política, no es ni siquiera honorífica. Decir teoría económica suena bien, pero teoría política tiene un tono sospechoso: pareciera que fuera aún de racionalización ideológica. Y el distinguido profesor de la Universidad de Florencia concluye afirmando: "No estoy de acuerdo con quienes menosprecian la influencia práctica de la teoría y mucho menos con quienes la ven con suspicacia". Piensa que "en nuestros días, los libros de política versan sobre dos cosas totalmente diferentes: la política según la estudia la ciencia que de ella trata y la política según la vive, concibe y percibe el pueblo a que afecta"; y agrega: "no veo ninguna razón para inclinarse en el primer sentido con detrimento del segundo. Quiero decir que ambos métodos son igualmente necesarios y que no se excluyen mutuamente, pese a que algunos hombres de ciencia tiendan a sustituir con el primer método el segundo, confundiendo así la posición del observador con la situación del actor".<sup>6</sup>

<sup>5</sup> Jiménez de Parga, Manuel, *Los regímenes políticos contemporáneos*, cit., p. 32.

<sup>6</sup> Sartori, Giovanni, *Aspectos de la democracia*, p. 8, México, 1965.

Bien ha dicho Heller que "ni la teoría ni la práctica pueden deducir sus ideas maestras del espíritu puro; una y otra han de extraerlas de las motivaciones psicológico-pragmáticas de los hombres reales... El conocimiento de la realidad política y su valoración se hallan pues entrañablemente unidos".<sup>7</sup> Y Friedrich explica con acierto que "la teoría, si la diferenciamos de la filosofía y de la opinión, es el conjunto más o menos sistematizado de generalizaciones demostrables, o al menos coherentemente argüibles, basadas en el análisis riguroso de hechos comprobables. En calidad de tal, constituye el núcleo de la mayoría de las ciencias y disciplinas, aunque algunas de éstas -la historia, por ejemplo- parecen evitar esta generalización o aceptarla tan sólo para fines puramente académicos. Por el contrario -dice Friedrich-, la política, al menos desde los griegos, progenitores de la ciencia occidental, ha sido sometida a dicho análisis y los datos de la experiencia política han servido para fundamentar la teoría política".<sup>8</sup>

Claro está que del mismo modo que no puede existir teoría sin realidad, tampoco resulta posible el análisis científico de ésta sin el auxilio de aquélla. Easton dice que en el presente estado de desarrollo, considerablemente empírico, en que se encuentran las ciencias sociales, no se necesita insistir demasiado en que el conocimiento científico debe estar fundado en hechos. "Lo que sí es necesario decir con énfasis -agrega- es que en sí mismos y por sí mismos, los hechos no nos permiten explicar o comprender un acontecimiento... La búsqueda de conocimientos sólidos sobre los fenómenos políticos empíricos exige, al final de cuentas, la elaboración de la teoría sistemática".<sup>9</sup>

En muchos sectores de la doctrina política prevalece el erróneo y nocivo criterio que tiende a enfrentar la labor teórica con la labor empírica, como si se tratara de puntos de vista opuestos y antagóni-

<sup>7</sup> Heller, Hermann, *Teoría del Estado*, pp. 76/77.

<sup>8</sup> Friedrich, Carl J., *El hombre y el gobierno: una teoría empírica de la política*, p. 13. Madrid, 1968.

<sup>9</sup> Easton, David, *The political system: an inquiry into the state of political science*, Nueva York, 1953.



cos. El profesor Key afirma que es sumamente raro el trabajo realizado por un teórico de la ciencia política que ofrezca líneas de potencial convergencia entre la investigación teórica y la investigación empírica; y que es solamente entre los más antiguos y quizás más sabios teóricos que puede encontrarse una consideración reflexiva de los problemas de la concordancia entre uno y otro punto de vista investigativo. "Lo más común -dice- es que prevalezca la separación. La doctrina extrema parece sostener que los teóricos deben trabajar en aislamiento de la investigación empírica y del empírico mundo de la política". Por todo ello, preconiza que "la labor empírica del científico político debe llegar a ser menos teóricamente irrelevante y su labor teórica con mayor base empírica".<sup>10</sup> Por eso, no deja de contener una irónica verdad, la proposición con la cual el relator Harry Ekstein, profesor de la Universidad de Harvard, sintetizaba los verdaderos términos del problema que surgía de las discusiones de los participantes de la "Conferencia sobre la teoría política y el estudio de la política", realizada en 1955 en la Northwestern University de Estados Unidos: ¿cómo y por qué era que los filósofos políticos y los científicos políticos realizaban su labor para que la mayoría de ellos reconociera que tenían tanto que aprender los unos de los otros?<sup>11</sup>

Catlin sostiene que podemos tener un sistema de ideas consistente y que por medio de la observación, de experimentos controlados, de medidas y verificaciones, puede comprobarse que tal sistema tiene una relación efectiva para la interpretación y el control de los acontecimientos reales. A medida que la ciencia política se desarrolla, la relación entre los modelos abstractos y las condiciones objetivas y su poder de predicción práctica llegará a ser más estrecha y el nexo entre nuestros valores estéticos o éticos y su realización práctica será más plenamente reconocido por medio de la utilización de instrumentos sociales adecuados. Toda teoría política sólida -dice- tiene, a largo

<sup>10</sup> Key, V. O., *The state of the discipline*, "The American Political Science Review", t. LII, n° 4, p. 968, diciembre 1958.

<sup>11</sup> *Political theory and the study of politics: a report of a Conference*, "The American Political Science Review", t. L, n° 2, p. 475, junio 1956.

plazo, un influjo sobre la práctica hipotética, ya que el verdadero tema de estudio es de tal clase que impulsa al hombre a ejercer la elección.<sup>12</sup>

El profesor de la Universidad de Nancy, Paul Marie Gaudenet, en un magnífico estudio acerca de la relación entre el derecho constitucional y la ciencia política, nos clarifica, en una ilustrativa visión retrospectiva, cuáles han sido y cuáles son las posiciones respectivas de una y otra ciencia. Disciplina jurídica, el derecho constitucional clásico considera los problemas planteados por el gobierno de manera abstracta. Para él, toda norma desde el momento en que ha sido sancionada, promulgada y publicada, adquiere todo su valor y se cuida poco de los problemas que, sin tener fuerza jurídica, pueden desviar el sistema político. A partir de entonces, ofrece una visión estática del mecanismo gubernamental, muestra todos los engranajes, sin procurar distinguir entre los que verdaderamente son motores y los que apenas sirven más que a la estética del sistema y que están por completo privados de eficacia. El derecho constitucional clásico desmonta las piezas del mecanismo gubernamental sin averiguar cómo engranan y cómo marchan. Para él sólo cuentan las realidades estatales que tienen una expresión jurídica. No ve al Estado y al Gobierno sino a través de las reglas jurídicas que los organizan y los haría retornar con gusto a un conjunto de reglas jurídicas abstractas. Es lo que hacía Kelsen cuando definía al Estado como un simple sistema de normas. Situación semejante no podía sino suscitar una reacción. El derecho constitucional, disciplina de tendencia liberal y abstracta, por sí solo no podía abarcar la totalidad del problema del gobierno del Estado. A su lado había sitio para una disciplina más pragmática y más concreta: la ciencia política.<sup>13</sup>

En tanto que el derecho constitucional se desarrollaba prevalentemente en la Europa continental, fueron los países

<sup>12</sup> Gordon Catlin, George E., *Las relaciones de la teoría y la práctica en política*. "Revista de Estudios Políticos", n° 110, pp. 107 y 109, marzo-abril 1960.

<sup>13</sup> Gaudenet, Paul Marie, *Derecho constitucional y ciencia política*, "Revista de Estudios Políticos", n° 68, p. 65, marzo-abril 1953.

anglosajones los primeros en promover profundas investigaciones en el dominio de la ciencia política. Careciendo los ingleses de Constitución escrita y orgánica e ignorando la supremacía de las normas constitucionales, no se sintieron impulsados a constituir una disciplina autónoma para el estudio de dichas reglas jurídicas, con mayor razón si se tiene en cuenta que su régimen político es a menudo dirigido por las convenciones que, sin base jurídica, no por ello son menos obligatorias para los gobernantes. Ello dio lugar a que el estudio de los problemas del Gobierno fuera emprendido al margen de las preocupaciones jurídicas y que el derecho constitucional dejara el paso a la ciencia política, más concreta y menos teórica, en un ambiente favorecido por el característico pragmatismo anglosajón. Tal origen imprimió a la ciencia política dos notas importantes: a) su pragmatismo y el cuidado de la eficacia; el derecho constitucional parecía encaminado, sobre todo, a limitar el poder y salvaguardar la libertad; la preocupación de la ciencia política es encontrar las reglas de un gobierno eficiente, con una organización que asegure un buen rendimiento; b) su concreción; ya que lejos de perderse en abstracciones, la ciencia política estudia los sistemas políticos en su realidad concreta, sustituyendo el enfoque prevalentemente estático del derecho constitucional clásico por el punto de vista esencialmente dinámico y funcional. Claro está que de esta tendencia a la concreción resulta un peligro tan grave como el de la abstracción inherente al derecho constitucional clásico, al amenazar en convertirla en una mera técnica para el uso de los gobernantes.<sup>14</sup>

Aparentemente, lo expuesto parecería llevar a mantener y aun a profundizar la separación tradicional entre el derecho constitucional y la ciencia política, asignando a aquél el simple análisis de los textos constitucionales, desprovistos de sentido funcional, y dejando a esta última la elaboración concreta de la técnica o el arte de gobernar con eficacia. Estamos seguros, sin embargo, de que procediendo de ma-

<sup>14</sup> Gaudenet, Paul Marie, *Derecho constitucional y ciencia política*, "Revista de Estudios Políticos", n.º 68, p. 65, marzo-abril 1953.

nera semejante se incurriría en gravísimo error y que el criterio exacto es la síntesis o integración en una sola ciencia de los que no son sino aspectos o enfoques distintos, pero complementarios de la misma disciplina: la ciencia político-constitucional, o sea, la ciencia soberana entre las ciencias, al decir de Aristóteles y que no es otra cosa que politizar el derecho constitucional y juridizar la ciencia política.<sup>15</sup>

Sea que coincidamos con Mirkine Guetzévitch en que la ciencia política es el método adecuado para estudiar el derecho constitucional, o que pensemos, conforme con la última opinión expuesta por Burdeau, rectificando su anterior criterio, que el derecho constitucional es el que proporciona la herramienta metodológica a la ciencia política, lo real es que hoy una y otra disciplina constituyen áreas inseparables de investigación, que se integran e influyen recíprocamente. La ciencia política incide sobre el derecho constitucional, encaminándolo hacia un enfoque más realista e integral de las instituciones políticas, mediante la utilización de técnicas investigativas adecuadas, que comportan una profunda renovación de los métodos tradicionales. A su vez, el derecho constitucional orienta a la ciencia política, como la estrella polar al navegante, proporcionándole pautas de valoración que liberarán al investigador del peligro, que muchos no han podido sortear, de convertir lo que verdaderamente es una ciencia, es una mera recopilación de datos empíricos. De esto se deduce que la finalidad específica del derecho constitucional deberá ser la luz que ilumine el camino de la ciencia política; finalidad que es la consagración práctica de la libertad y la dignidad del hombre, a la vez que la realización efectiva de la justicia, mediante el imperio del derecho.

El derecho constitucional es, por consiguiente, el derecho de la realidad, o, dicho en otros términos, el derecho de las instituciones políticas. Como explica Jiménez de Parga, el verdadero régimen

<sup>15</sup> Gaudenet, Paul Marie, *Derecho constitucional y ciencia política*, "Revista de Estudios Políticos", nº 68, p. 65, marzo-abril 1953.

político de un pueblo tiene una estructura compleja determinada, en parte por la estructura normativa de la Constitución y por la ideología que a ésta informe y, en parte, por el juego de los poderes fácticos que operan al margen de los esquemas constitucionales. O sea, que el régimen político de un pueblo no coincide con la organización establecida en la letra del documento constitucional. Es por ello que la disciplina científica que pretenda dar a conocer la verdad política de un régimen tiene que emplear métodos de análisis realistas; será una disciplina jurídica, ya que el derecho es un principio configurador de la política, y la exégesis de la Constitución y de las normas complementarias ilumina una de las vertientes de cualquier régimen; pero además, será una disciplina preocupada por el funcionamiento efectivo de las instituciones y por las bases de toda índole que apoyan las distintas soluciones políticas.<sup>16</sup> Por lo demás, el derecho constitucional como toda otra disciplina científica, no es algo estático, sino dinámico. Bien escribió Unamuno, que "a todos nos enseñan lo que es ciencia y lo olvidamos al mismo tiempo que lo estamos aprendiendo, en un solo acto. Olvidamos que la ciencia es algo vivo, en vías de formación siempre, con su fondo formado y eterno y su continuo proceso de cambio".<sup>17</sup>

Como señala Burdeau, en cuanto ciencia el derecho constitucional está circunscripto por las reglas jurídicas relativas a las instituciones políticas. Su estudio exige vastas incursiones en el ámbito de los hechos, pero, por lo menos, se realiza a partir y en función de un sistema normativo. En cambio, la ciencia política no está ligada por las normas jurídicas y sus investigaciones abarcan todos los fenómenos políticos, estén o no regulados por el Derecho. No es pues exacto que el derecho constitucional, como ciencia, deba limitarse y reducirse al análisis de las reglas jurídicas. Su objeto directo es, sin duda, exponer un sistema normativo, pero las normas que lo integran son función de un medio que hay que conocer, aunque más no sea para interpretarlas desde el punto de vista jurídico estricto. Siendo el

<sup>16</sup> Jiménez de Parga, Manuel, *Regímenes políticos contemporáneos*, p. 11.

<sup>17</sup> De Unamuno, Miguel, *La tradición eterna*, "Obras selectas", p. 50, Madrid, 1956.



Derecho una ciencia social, mal podría hacer abstracción de la realidad viviente.<sup>18</sup>

En el campo del derecho constitucional ha de tenerse en cuenta el carácter institucional que además del normativo posee nuestra disciplina. "Si el privatista -expresa Biscaretti di Ruffia- es impulsado muchas veces a contentarse con la concepción normativa, en la medida en que el derecho privado se explica generalmente en un ámbito rígidamente delimitado por las normas positivas, el juspublicista, en cambio, se ve obligado casi siempre a superar la esfera dominada por las reglas en cuestión para ascender a las fuentes de producción de las mismas normas, tomando directamente en consideración las instituciones que realizan concretamente aquéllas o, por lo menos, las actúan y tutelan. Con otras palabras, el especialista del derecho público es impulsado necesariamente a considerar, ante todo, aquellos elementos del derecho que son distintos de las simples normas: o sea, más explícitamente, a la misma estructura del ordenamiento jurídico, a sus procedimientos de formación y de evolución, a las normas y procedimientos con los que se actúa y originan las mismas normas".<sup>19</sup>

Uno de los más brillantes exponentes de la nueva concepción del derecho constitucional, Maurice Duverger, en la advertencia preliminar de su señero libro *Instituciones políticas y derecho constitucional* afirma que "la orientación fundamental de este libro es sociológica y no metafísica. Su punto de partida no es una concepción a priori del Estado y del Gobierno, sino el análisis de los hechos. Y por este análisis se intenta precisar los fundamentos de las concepciones del Estado y del Gobierno. Este método desemboca en una verdadera desmitificación. Permite comprobar que las instituciones políticas y constitucionales son objeto de una competencia permanente entre grupos sociales, de una lucha constante, de las cuales son a la vez los medios y la meta propuesta. Si las nociones de Estado, defensor del interés general, y Gobierno, que encarna la voluntad nacional, co-

<sup>18</sup> Burdeau, Georges. *Método de la ciencia política*, p. 130.

<sup>19</sup> Biscaretti di Ruffia, Paolo, *Derecho constitucional*, p. 67.

responden a veces a la realidad, mucho más a menudo, o al menos en parte, constituyen un medio para disimular la dominación de ciertos grupos sobre otros y de hacerla aceptar por los miembros de estos últimos. En este contexto aparece la verdadera significación de las doctrinas políticas, de las teorías jurídicas y de las concepciones metafísicas que pretenden a veces fundamentarlas; armas utilizadas en los combates políticos y sociales, que a menudo cambian de manos siguiendo las vicisitudes de la batalla". Y precisando aun más su enfoque, agrega Duverger que si bien el conocimiento de los hechos es sin duda antiguo, hasta ahora la tradición de los juristas consistía en pasar por alto más o menos estas realidades y, llevados por su tendencia a la abstracción y la sutileza de su razonamiento, dar la mano a esta mitificación fundamental que deifica al Estado y a los gobernantes que lo encarnan. "El derecho constitucional -dice Duverger- es cada vez menos el derecho de la Constitución, para convertirse cada vez más en el derecho de las instituciones políticas, conténganse o no en el texto constitucional." Y agrega que "en adelante, no nos debemos limitar tan sólo a un análisis jurídico de las instituciones políticas, sino que se deben incluir éstas en un análisis más completo y más amplio, de naturaleza sociológica: un análisis de ciencia política." Y subraya que este cambio de orientación lleva consigo dos consecuencias esenciales: a) comporta una ampliación del campo de estudios tradicional; no se estudian solamente las instituciones políticas regladas por el derecho, sino también las que el derecho ignora más o menos completamente, y b) las instituciones políticas regladas por el derecho no deben ser estudiadas exclusivamente desde el ángulo jurídico, sino que deben ser analizadas en la forma en que operan de acuerdo con el derecho y también al margen del derecho, determinándose su real importancia en los hechos y no solamente a la luz de los textos jurídicos.<sup>20</sup>

André Hauriou ha hecho notar que con posterioridad a la sanción del decreto de 1934 que reformó en Francia los planes de estudio de

<sup>20</sup> Duverger, Maurice, *Instituciones políticas y derecho constitucional*, p. 7.



las escuelas de Derecho, la denominación de la disciplina *derecho constitucional* ha sido completada con el agregado de los términos e *instituciones políticas*. "De acuerdo con el diccionario -dice- las instituciones son cosas establecidas por los hombres. Las instituciones políticas son, por consiguiente, cosas establecidas por los hombres en el ámbito de la vida política. Por ello, las instituciones políticas comprenden las reglas del derecho constitucional, por cuanto, después de todo, los preceptos del derecho constitucional sobreviven a sus autores, teniendo una vez que han sido establecidos por los hombres, una suerte de existencia autónoma, viniendo a ser cosas, en el encuadramiento de la vida política. Mas, por otra parte, la denominación *instituciones políticas* desborda al derecho constitucional y en el hecho se orienta a lo que se llama ciencia política."

Hauriou advierte que la ciencia política tiene por objeto el conocimiento de los fenómenos políticos, sin preocupación alguna por su encuadramiento o el juicio que pueda recaer sobre ellos. Indiscutiblemente, la enseñanza del derecho constitucional y las instituciones políticas desemboca en la ciencia política, ayudando a dar su verdadero alcance a las reglas constitucionales, así como a precisar la fisonomía de las instituciones políticas. Pero instituciones políticas y ciencia política no son términos idénticos y no consideran exactamente los mismos objetos. "La ciencia política -dice Hauriou- se preocupa de todos los fenómenos políticos, de los pequeños tanto como de los importantes, de los pasajeros como de los durables. La consideración de las instituciones políticas comporta no acordar atención, de acuerdo con la misma definición de institución, sino a los fenómenos establecidos, o sea, que ofrecen una cierta importancia y, sobre todo, una cierta duración y que son susceptibles, por consiguiente, de aportar un complemento, una modificación o una interpretación de las reglas constitucionales. Esta constante comparación entre lo que debería ser y lo que es y que está limitada al dominio de lo durable o al menos de lo que presenta una cierta duración, resulta sumamente fecunda. Permite adquirir el sentido de la evolución en el campo social, cosa que resulta indispensable ya que la vida misma.

en buena medida, no es sino transformación tanto de la sociedad como de los individuos."<sup>21</sup>

Por su parte, Burdeau, aludiendo a la reforma de los planes de estudio en las escuelas de Derecho en Francia, coincide en que la adopción de la terminología "derecho constitucional e instituciones políticas" "me parecía oportuna, ya que es evidente que el solo conocimiento de los textos constitucionales es insuficiente para apreciar el funcionamiento de las instituciones. Si en tanto que marco escolar, se limita la observación de la vida política al estudio de la Constitución y a las prácticas políticas que resultan directamente de su aplicación, se acepta, por lo mismo, excluir del análisis toda la infraestructura filosófica, todo el contexto social, todos los factores psicológicos que sostienen, justifican y explican la Constitución. Las instituciones políticas no pueden ser desarraigadas sin que pierdan su originalidad y su misma significación. Es decir, que sin salir del derecho constitucional, sin ampliar arbitrariamente su campo, es indispensable utilizar para su estudio las enseñanzas de la historia y de la sociología, los datos de la filosofía y hasta las lecciones de una experiencia personal. Esta actitud, que siempre fue recomendable, hoy es más que nunca necesaria, por cuanto la política, dejando de ser una actividad especializada, engloba la totalidad de la vida humana. Los mecanismos constitucionales dirigen, de cerca o de lejos, todo nuestro destino, pero en revancha, en su funcionamiento y utilización, soportan el influjo de todos nuestros actos y nuestros pensamientos".<sup>22</sup>

A su vez, Fraga Iribarne considera al derecho constitucional como "estudio de los sistemas de organización política, es decir, de los regímenes políticos". Estos juicios "han de ser estudiados no con el criterio general de la teoría del Estado, sino en una selección de los más importantes, en su individualidad y personalidad, haciendo que la exposición de cada uno sea el análisis completo de un sistema vivo,

<sup>21</sup> Hauriou, André, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, p. 19, París, 1968.

<sup>22</sup> Burdeau, Georges, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, p. 5, París, 1962.

en todas las fuerzas que lo integran, que constituya toda una lección de política. Hay en ello, pues, un triple momento: descriptivo (*Staatenkunde*), sociológico (teoría del régimen en cuestión) y práctico (política inglesa, rusa, etc.). Sólo entonces se entiende la Constitución como sistema jurídico (derecho constitucional *stricto sensu*)".<sup>23</sup>

Como enseña Xifra Heras, "el derecho no se basta a sí mismo para satisfacer las necesidades sociales, pues si bien es cierto que sin normas no se vive, no lo es menos que las normas deben ser vividas y la actitud que infunde vida al orden jurídico es precisamente la política. Las instituciones legales, como la vida, se hallan sujetas a un proceso de realización y de mutación impulsadas por la política, esa gran forja de normas jurídicas, como la llama Ruiz del Castillo. Junto al derecho normado hay que contar con un derecho vivido, difuso en el ambiente social en forma de usos y de costumbres, sobre el que actúa la política con el propósito de consolidarlo y convertirlo en derecho establecido. La política se propone la conversión de las tendencias sociales en normas jurídicas y el derecho se moviliza gracias a la política. Son pues elementos distintos del mismo proceso. Sin derecho, la política no podría actuar; sin política, el derecho no podría evolucionar". Y agrega que se ha de concebir el derecho como una norma práctica que se matiza y atornasola a merced de la política. Y ésta como la actividad que crea, impulsa y modifica la ordenación de la realidad social".<sup>24</sup>

Loewenstein advierte que "toda teoría de la Constitución muestra necesariamente los rasgos de su época". Cuando Georg Jellinek hace más de medio siglo escribió su *Teoría general del Estado*, aquella obra maestra del profundo humanismo positivista que desde entonces ni en Alemania ni en ningún otro lugar ha tenido una digna sucesora, recogió la suma de las experiencias políticas que había trans-

<sup>23</sup> Fraga Iribarne, Manuel, *La crisis del Estado: estudios de teoría del Estado contemporáneo*, p. 459, Madrid, 1958.

<sup>24</sup> Xifra Heras, Jorge, *Introducción a la política*, p. 44, Barcelona, 1965.

mitido el recién acabado siglo XIX a las sociedades estatales europeas. En aquella época existía todavía una sociedad estatal europea unitaria y una teoría de la Constitución, aún con una preponderante orientación europea, podía valer como universal, ya que el centro del poder no se había trasladado todavía a América y a Asia. Actualmente, el retroceso europeo se corresponde con la extensión de la experiencia constitucional sobre todo el mundo. Factores que hoy están en el centro de la gestión estatal, tuvieron que escaparse entonces al enfoque de Georg Jellinek, en el que todo acentuado sentido realista estaba limitado jurídico-positivamente; sin la inclusión de estos factores, una teoría de la Constitución sería hoy un vacío esqueleto normativo. Aquí se trata sobre todo de los grupos pluralistas imposibles de captar normativamente, como son los partidos políticos y los grupos de interés, y el papel del individuo en y frente al Estado y al dominio estatal que igualmente no puede ser captado por normas jurídico-positivas. Y finalmente, tampoco podía imaginarse el gran maestro, asentado en el bien fundamentado terreno del siglo XIX, que la forma gubernamental universal del inmediato futuro sería la democracia constitucional, ni que ésta, en virtud de la nueva tecnología de la dinámica de poder en la sociedad de masas, sería desafiada por el renacimiento de una autocracia sin precedentes. Y además, en su imagen del mundo basada en la razón del Estado de Derecho del siglo XIX, no había en absoluto lugar para el carácter demoníaco del poder. En su orden ontológico jurídico-positivo no pudo acomodar la esencia de la libertad ni protegerla de los peligros que la amenazan. Y Loewenstein llega a la conclusión, que expone brillantemente en el prefacio de la edición inglesa de su obra maestra, que "no se trata de una descripción y análisis de las instituciones políticas o una comparación funcional de dichas instituciones y técnicas de las diversas civilizaciones políticas país a país. Por contraste, este estudio es un intento pionero de establecer lo que últimamente se ha venido llamando *conceptual framework*, esquema conceptual. Las instituciones políticas y las técnicas que operan en los distintos sistemas políticos serán analizados subordinándolos a un esquema o patrón

conceptual, que sirve como una pauta para la evaluación de la abrumadora variedad de tipos históricos y contemporáneos de gobierno. Este contexto conceptual a que está orientada la discusión, es el ejercicio del poder político fundamental en todas las organizaciones políticas. ¿Está el poder concentrado en las manos de un solo detentador u órgano estatal, o está mutuamente distribuido y recíprocamente controlado por los distintos detentadores del poder u órganos estatales? Deliberadamente la investigación no se basa en, ni se podrá deducir de ella, una delimitada y unitaria teoría política de naturaleza filosófica, especulativa o metafísica. Deberá ser considerada como una contribución para comprender la realidad del proceso político".<sup>25</sup>

"La regla de derecho positivo -dice Van der Meersch- aun adaptada por la costumbre constitucional, no basta para explicar y justificar las transformaciones que se producen en el funcionamiento de nuestras instituciones políticas. Todo el funcionamiento de las instituciones no está en el derecho, aun en el derecho positivo interpretado por la jurisprudencia, modelado y completado por la costumbre. El derecho es una cosa. La personalidad, la voluntad, el dinamismo de los hombres que las hacen vivir, es otra. A la conformación de las instituciones constitucionales por los depósitos aluvionales de la costumbre se agrega insensiblemente la modificación de esas instituciones por los hechos y las prácticas a las cuales no se podría encontrar ningún fundamento constitucional o legal. Ubicados fuera del derecho, ellos son evaluados por la ciencia política, que hace posible su estudio sistemático. Es decir, que hoy el publicista no podría dejar de conciliar el espíritu normativo con la realidad política y debe penetrar en la vida de las instituciones para descubrir las fuerzas que actúan sobre la evolución del derecho."<sup>26</sup>

<sup>25</sup> Loewenstein, Karl, *Political power and the governmental process*, p. VII, Chicago, 1957.

<sup>26</sup> Ganshof Van der Meersch, W. J., *Pouvoir de fait et règle de droit dans le fonctionnement des institutions politiques*, pp. 27/28.

## **HOMENAJE A ALBERDI EN EL DÍA DEL ABOGADO**

*Discurso pronunciado por el académico Dr. Horacio A. García  
Belsunce, en el Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos  
Aires, el 29 de agosto de 1996*





## I

Agradezco al Honorable Directorio del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires la distinción que me ha hecho al designarme para rendir el homenaje que todos los años la Institución tributa a la memoria de Juan Bautista Alberdi.

En 1959 la Federación Argentina de Colegios de Abogados instituyó el día 29 de agosto, fecha del nacimiento de Juan Bautista Alberdi, como Día del Abogado en reconocimiento de la excelencia del gran jurista tucumano, cuya obra es no sólo la más sobresaliente en ciencia política y derecho constitucional en su época, sino la de mayor trascendencia en la formación institucional de la Nación, porque en sus *Bases y Puntos de Partida para la Organización Política de la República Argentina* sentó el esquema de la estructura del poder político y precisó la tabla de los derechos y garantías civiles y políticas de los argentinos.

Hoy, al celebrar un año más del fausto día en que Dios lo trajo al mundo en nuestro suelo para privilegio de la Argentina y de los argentinos, es oportuno que en momentos en que el país vive confundido en tribulaciones políticas, económicas y sociales, que no han hallado aún solución en un proceso democrático, que felizmente hemos alcanzado, recordemos el pensamiento del autor del proyecto de la Constitución histórica de 1853. Exponer la integridad de ese pensamiento excede el marco y los límites de este homenaje porque se extiende a todas las instituciones nacionales y, además, es bien cono-

cido por los destinatarios de estas palabras. Creo más oportuno y concreto particularizar sobre ciertos y pocos de sus pensamientos para reflejarlos en la realidad actual y frente a la discordancia entre ellos y ésta, iluminar con la luz de su espíritu el camino que debemos recorrer los argentinos para alcanzar las grandes metas nacionales.

Me referiré como si fuera bajo el título de "Actualidad de Alberdi", a sus conceptos y enseñanzas sobre reforma constitucional, sobre el rol, la independencia y la jerarquía del poder judicial y la honestidad y la ética en el ejercicio de la función pública.

## II

El bien llamado padre de la Constitución dijo respecto de su reforma que "el principal medio de afianzar el respeto de la Constitución es evitar en todo lo posible sus reformas. Ellas pueden ser necesarias a veces, pero constituyen siempre una crisis pública, más o menos grave. Ellas son lo que las amputaciones al cuerpo humano; necesarias a veces, pero terribles siempre. Remedemos sus defectos no por la abrogación sino por la interpretación... Conservar la Constitución es el secreto de tener Constitución".

El Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, fiel al pensamiento de su patrono, dijo en septiembre de 1986 en respuesta a la consulta del Consejo para la Consolidación de la Democracia, que "la reforma de la Constitución Nacional no es necesaria, conveniente ni oportuna".

En mayo de 1992, refiriéndose a diversos proyectos que propiciaban la reforma constitucional, declaró que "las reformas que ahora se proponen, tienen como objetivo inocultable modificar uno de los principios básicos de la Constitución: la limitación en el tiempo del ejercicio del Poder Ejecutivo por la misma persona".

Frente al proyecto de reforma constitucional entonces a consideración del Senado, nuestro Colegio de Abogados expresó en 1993 que "en un proceso de transición democrática, donde se procura consolidar a las instituciones republicanas, resulta improcedente modi-

ficar las reglas de juego fundamentales por la inseguridad jurídica que traerá aparejada dicha decisión".

Sancionada la ley 24.309 que declaró la necesidad de la reforma, el Colegio de Abogados, en cumplimiento de su ineludible deber de desnudar la verdad política objetiva, manifestó públicamente que "el consenso alcanzado entre los presidentes de los dos partidos políticos mayoritarios cuya gestión fue ocultada a la ciudadanía, configura un catálogo de concesiones mutuas entre ambos dirigentes, desprovisto de todo debate público y abierto sobre su contenido, tal como se impone en una democracia republicana".

Hago estas recordaciones y transcripciones para realzar la trayectoria sin fisuras del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires en defensa de los principios incommovibles en que se asienta el estado de derecho, defensa que ha sido, es y será la mejor manera de honrar el pensamiento y la acción de Juan Baustista Alberdi.

El 24 de agosto de 1994 la asamblea constituyente dio sanción a la reforma de la Constitución histórica. No es mi objetivo analizar su contenido y alcance. Lo vienen haciendo y lo seguirán realizando en el futuro desde esta tribuna prestigiosos juristas. Me limito a decir - lo que ya he manifestado varias veces - que el producto de la reforma es una Constitución menos republicana, menos representativa y menos federal. El poder constituyente ha delegado en el poder constituido - el legislativo en el caso - el alcance de nuevos derechos y garantías y la estructuración de nuevos órganos que integran los poderes de gobierno. A ese mandato no se ha dado aún cumplimiento, pues de las más de veinte leyes que deberían dictarse sólo se han sancionado tres, quedando en consecuencia sin vigencia efectiva por ahora una serie de institutos constitucionales.

### III

Los biógrafos de Alberdi señalan que al realzar la importancia del Poder Judicial, el autor de las *Bases* se apartó de la doctrina y el derecho de los cincuenta primeros años del siglo pasado en nuestro

país, que limitaban a los jueces a juzgar por el texto expreso de la ley, siguiendo por el contrario el criterio de Hamilton que decía que los tribunales han sido concebidos como un cuerpo intermedio entre el pueblo y la legislatura, con la finalidad de mantener a ésta dentro de los límites asignados a su autoridad. Reafirma así el control de la constitucionalidad del Poder Judicial al que Tocqueville calificó como una de las más potentes barreras que se hayan podido elevar contra la tiranía de las asambleas políticas. Alberdi exalta la función judicial diciendo que "la ley es siempre un oráculo de palo, que habla por la boca del juez; su sabiduría es la que este intérprete le da", pues "la ley, la Constitución, el gobierno, son palabras vacías, si no se reducen a hechos por la mano del juez, que, en último resultado, es quien las hace ser realidad o mentira".

La existencia de un poder judicial idóneamente integrado, independiente de influencias políticas o sectoriales, respetado por gobernantes y gobernados e inflexible guardián de los derechos y garantías constitucionales, es condición inexcusable de la seguridad jurídica que es presupuesto y base del estado de derecho. No es necesario en este ámbito abundar en razones para fundamentar estos conceptos. Pero sí es necesario recordarlos y exigir su vigencia cuando ellos no rigen plenamente.

El Colegio de Abogados ha dicho en su "Balance sobre la situación de la Justicia", en septiembre de 1995, que "durante los últimos doce meses continuó acentuándose notoriamente el deterioro del servicio de administración de justicia, siguiendo la tendencia que se evidenció en los últimos años, lo cual impide satisfacer plenamente la necesidad que tienen los habitantes de la Argentina de contar con un sistema judicial confiable y eficiente, garantía contra el arbitrio, la corrupción y las ilegalidades", agregando que "la falta de independencia judicial, la manipulación política de los magistrados y de la organización judicial, la escasez presupuestaria... ahonda en los justiciables el sentimiento de falta de seguridad jurídica". Va de suyo que estas apreciaciones no involucran a muchos jueces y fiscales que en las distintas instancias hacen honor a las funciones que ejercen.

Prueba elocuente de estas manifestaciones que hago mías -como expresión viva y concreta de una realidad que lesiona los objetivos que he perseguido durante cincuenta años al servicio del derecho- son ciertas decisiones judiciales definitivas que han desconocido derechos constitucionales, que están por encima de toda reglamentación por imperio del art. 28 del texto supremo, entre otras las que legitimaron decisiones del poder ejecutivo que confiscaron depósitos bancarios por mal entendidas razones de necesidad y urgencia o que negaron, contradiciendo decisiones anteriores, el derecho a la restitución integral, debidamente actualizada en compensación de la depreciación monetaria, de los fondos prestados en concepto de "ahorro obligatorio".

#### IV

El gran tucumano nos advierte que "aprovechar de los empleos públicos para hacer fortuna y ausentarse con ella para gozarla al abrigo de las instituciones que han sabido formar otros pueblos más fuertes que nosotros es la tendencia de los hombres públicos en épocas de ruina y de disolución política". En pocas palabras fulmina la corrupción, flagelo que actualmente destruye las instituciones públicas y privadas en nuestro país y en casi todos los lugares del mundo. La corrupción no se limita a las ilicitudes que se califican como cohecho, dádiva, malversación de caudales públicos, exacciones ilegales o enriquecimiento ilícito, sino que abarca todas las conductas públicas o privadas, que por acción o por omisión, transgreden o se apartan de lo que es debido o consienten o propician lo que es indebido. La corrupción ha enfermado el cuerpo social, superando el ámbito de sus autores, cómplices y encubridores para extender sus efectos a todos los estratos de la población, que ven en ella causa de inestabilidad política, de descreimiento en las clases dirigentes, de empobrecimiento económico, de desocupación y la razón, directa o indirecta, de otros flagelos de raíz universal como el narcotráfico y el terrorismo.

En otra parte de sus obras Alberdi nos dice que "ni honores ni fortuna, nada le debo a la revolución, para que el amor que le tengo

se parezca a gracia interesada". ¡Magníficas palabras que no muchos pueden repetir en la última mitad del siglo que corre! y por demás oportunas en momentos en que algunos pretenden hacer prevalecer la eficiencia sobre la honestidad.

Alberdi impartió lecciones de ética ciudadana no sólo en sus libros y ensayos sino principalmente con su conducta pública y privada. Rechazó por implicancia las dictaduras y otras formas de autoritarismo. Repudió la sumisión y la obsecuencia. Por seguir sus dictados es que el Colegio de Abogados, según lo dijo su gran ex presidente, el Dr. Adolfo Bioy, el 16 de septiembre de 1955 no tuvo que descolgar ningún retrato.

## V

Muchas veces se ha dicho que el derecho constitucional es el derecho de la libertad. Alberdi sostuvo que libertad, igualdad y asociación son los grandes fundamentos de nuestra filosofía moral. Que "la libertad no es una mera idea, una linda abstracción, más o menos adorable. Es el hecho más práctico y elemental de la vida humana". Dogmático por excelencia no fue por ello un teórico obnubilado por la ortodoxia de sus convicciones. Las orientó fundamentalmente a la realidad de su país y a la apreciación profunda y equilibrada de llevarlas a la práctica. Por ello expresó que "declarar la libertad no es constituirla. No se trata de declarar derechos que nadie niega, sino de constituir hechos que nadie practica. No es cuestión de libertad escrita; es cuestión de libertad real. La libertad que no es un acto, no es libertad".

Quiera Dios que la libertad real que hoy ejercemos se consolide en el correr del tiempo y que siempre se imponga sobre las desviaciones, desaciertos o desajustes que vivimos, para que podamos hacer nuestra aquella memorable frase del Obispo de Temnos, Monseñor Miguel de Andrea, de que la vida sin libertad no merece ser vivida.

IV

HOMENAJES





**HOMENAJE A  
MARIANO JOSÉ DRAGO**

*Palabras pronunciadas por el académico Dr. Alberto Rodríguez Varela, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión pública del 22 de agosto de 1996*



Esta Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales fue restablecida por decreto del 30 de noviembre de 1955 suscripto por el Teniente General Pedro Eugenio Aramburu y refrendado por el Ministro Atilio Dell'Oro Maini y los demás integrantes del Gabinete Nacional.

La Academia había quedado disuelta por imperio de lo dispuesto en la ley 14.007 y en el decreto n° 7.500 del 30 de septiembre de 1952. Con arreglo a estas disposiciones quedaban excluidos automáticamente de su seno los miembros que hubieran cumplido sesenta años. Por singular y paradójica coincidencia el único integrante que no alcanzaba ese absurdo límite de edad fue el Ministro que tuvo el honor y el mérito de desagraviar a la cultura argentina restaurando las academias nacionales.

En la sesión extraordinaria celebrada el 21 de diciembre de 1955, la Academia de Derecho expidió una declaración en la que expresó que había sido restituida a su autonomía y goce de la libertad indispensables para cumplir sus finalidades. En esa fecha volvieron a ocupar sus suntuosas figuras legendarias de la vida jurídica, política e institucional argentina. El grupo estaba formado por Carlos Saavedra Lamas, Enrique Ruiz Guñazú, Clodomiro Zavalía, Benito Nazar Anchorena, Juan P. Ramos, Juan José Díaz Arana, Mariano de Vedia y Mitre, Juan Antonio González Calderón, Matías Sánchez Sorondo, Jorge Eduardo Coll, Rafael Bielsa, Agustín Matienzo, Atilio Dell'Oro

Maini, Gastón Federico Tobal, Ricardo Levene, Pablo Calatayud, Tomás A. Le Breton, Carlos Alberto Acevedo, Horacio Rivarola y Juan Silva Riestra. Algunos están en esta casa en cuadros que conservan perfiles inolvidables. Otros perviven en las páginas de los *Anales*. Todos se encuentran presentes en la memoria de quienes procuramos seguir en el cauce trazado por las generaciones fundadoras.

La primera sesión ordinaria se celebró, bajo la presidencia de Carlos Saavedra Lamas, el 16 de abril de 1956. En ella se aprobó el Estatuto y se procedió a la nominación de los sillones académicos. Entre los treinta nombres ilustres seleccionados por el cuerpo figuró el de Luis María Drago.

En la sesión siguiente, que tuvo lugar el 28 de mayo de 1956, resultó electo miembro el doctor Mariano José Drago, junto a Eduardo Busso, Alberto Hueyo, Eduardo Labougle, Segundo V. Linares Quintana, Alberto Padilla, José María Paz Anchorena, Luis A. Podestá Costa y Francisco Ramos Mejía.

El 15 de octubre de 1958 se realizó el acto de incorporación de Mariano J. Drago. Abrió el acto, en ejercicio de la presidencia, el Académico Enrique Ruiz Guñazú, y al pronunciar algunas palabras liminares señaló que el diploma que entregaba al nuevo miembro certificaba que el recipiendario prolongaba la estirpe paterna en el culto por el Derecho.

El discurso de presentación estuvo a cargo de Benito Nazar Anchorena. Su nombre, unido al de Mariano Drago, traía necesariamente a la memoria de los concurrentes al acto uno de los episodios más oscuros y de más deplorables consecuencias para la vida institucional de la república. Me refiero al juicio político promovido en 1946 a la Corte Suprema de Justicia por la Cámara de Diputados de la Nación. En esa oportunidad Mariano Drago fue defensor de Benito Nazar Anchorena, arbitrariamente enjuiciado ante el Tribunal del Senado junto al ex Presidente Roberto Repetto, a los Ministros Antonio Sagarna y Francisco Ramos Mejía y al Procurador General Juan Alvarez.

Esa defensa constituyó para Mariano Drago su momento más glorioso. No porque alcanzara un éxito imposible. Como lo repetía siempre el inolvidable Emilio J. Hardoy, el triunfo y la derrota son en la vida dos grandes impostores. Lo que importa, lo que vale, es el testimonio, el acto de coraje, el martirio si es preciso, porque más allá del tiempo el Señor se encarga de otorgar la única victoria por la que vale la pena afrontar cualquier vía crucis.

Con clara conciencia de que la suerte estaba echada, Mariano Drago escribió una defensa formidable. Para que no la leyera en el recinto del Senado se derogó el reglamento que regía desde 1867. En ella pulverizó los pretextos invocados para desplazar a tan eminentes y virtuosos magistrados. Calificó al proceso de inicuo y puntualizó que a los encausados no se les había imputado "ni la sombra de un cargo". Por eso, más que su defensa, anunció que haría "la defensa de la separación de los poderes y de la independencia del Poder Judicial, esencial para el ejercicio de nuestras instituciones libres".

Como el propósito manifiesto del enjuiciamiento era reemplazar a los miembros de la Corte por otros adictos al partido gobernante, Drago exclamó en su defensa: "¡Qué abismo con los tiempos que evocaba Osvaldo Magnasco, al contestar una interpelación en la Cámara de Diputados en la sesión del 10 de mayo de 1899!: 'Bendita aquella presidencia de Mitre -decía el gran ministro de Roca-, que, en su afán de edificar alto la justicia nacional, no vacilaba en ir a buscar en las filas adversarias a los miembros de la primera Corte Suprema de Justicia de la Nación reorganizada'. Era menester legar un ejemplo a la imitación de los tiempos venideros, y eran los Carril, los Barros Pazos, los Pico, los Carreras, los sabios del derecho federal que se elegía".

La defensa, que con austera modestia Nazar Anchorena mencionó en su discurso sólo elípticamente, finalizaba con palabras proféticas que en 1947 recorrieron la República y que todavía resonaban en los oídos de los asistentes al acto de incorporación académica:

"He refutado -decía Drago- todos y cada uno de los cargos imputados a mí defendido y sus honorables colegas acusados. He puesto

en evidencia los móviles políticos y partidistas que determinaron la votación del enjuiciamiento en la Cámara de Diputados. He señalado la amenaza que envuelve la acusación para nuestro régimen republicano basado en la separación de los poderes y en la independencia del Poder Judicial.

"No terminaré -agregaba Drago- sin encarecer a V. E. cuan grande es su responsabilidad en este proceso sin precedentes ni ejemplo, en el que más que las personas se juega la suerte de las instituciones y el porvenir de la República. El fallo condenatorio que V. E. llegara a dictar entrañaría la destrucción de la legalidad. Sobre la demolición de la justicia se levantaría el despotismo irresponsable, que tarde o temprano conduce a la rebelión y a las guerras fratricidas".

No hago esta evocación de Drago en el instante decisivo de su vida movido de ningún espíritu de rencor ni de discordia. Creo en la *homonoia* de los griegos y en la concordia de los romanos. Más aún, creo en el perdón y en la reconciliación. Pero esta actitud cristiana no debe llevarnos a extraviar la conciencia histórica. Cicerón en *Diálogos del Orador*, enseña que "la Historia es testigo de los tiempos, luz de la verdad, vida de la memoria, maestra de vida, mensajera de la antigüedad". Con ese espíritu ciceroniano, Atilio Dell'Oro Maini señalaba que el olvido de un funesto episodio como el que aquí recordamos "empaña el juicio y debilita las energías de la voluntad colectiva".

Como lo expresó el propio Drago en esta Academia algunos años después, el proceso a la Corte Suprema fue "el más grave atropello institucional que se conozca desde la organización definitiva de la República". Porque la demolición se consumó; el Alto Tribunal no pudo cumplir su rol de garante de la supremacía constitucional; se quebró una continuidad en el Poder Judicial y en el Ministerio Público que remontaba a 1863, cuando Bartolomé Mitre instaló la primera Corte Suprema; y los desencuentros, a veces armados, profetizados por Drago, se sucedieron, empujando al país hacia una decadencia institucional que varias veces se procuró revertir pero que todavía hoy es una gran empresa a realizar. La sentencia condenatoria fue



dictada el 30 de abril de 1947. "Retengamos la fecha -decía Drago-: cierra un ciclo de la magistratura argentina".

Volvamos ahora al acto de incorporación académica del 15 de octubre de 1958. El nuevo miembro de número tenía 62 años. Como diría Carlos Pellegrini, "la jornada había sido larga y el camino muchas veces accidentado y áspero".

Mariano Drago venía de viejas estirpes criollas en las que figuraron varones cuya memoria enalteció Nazar Anchorena en su discurso de recepción.

Su bisabuelo, el teniente coronel Modesto Antonio Sánchez, había actuado en las invasiones inglesas, en la batalla de Las Piedras, en el sitio de Montevideo, y en los Ejércitos del Norte y de los Andes, participando en las batallas de Salta, Sipe-Sipe, Cancha Rayada y Maipo.

Su abuelo Luis María Drago, médico abnegado, Presidente del Consejo de Higiene y Miembro de la Convención que revisó y aceptó la Constitución Nacional, actuó en forma heroica en las dos epidemias de cólera y en la fiebre amarilla de 1871.

Su padre, también Luis María Drago, hombre de gobierno, legislador nacional y provincial, magistrado judicial, primer Fiscal de Estado de la Provincia de Buenos Aires, Ministro de Relaciones Exteriores, periodista y profesor universitario. Su vida fue un ejemplo al servicio de su Patria. La doctrina que lleva su nombre lo ha inmortalizado, venerando su memoria todos los pueblos civilizados del mundo.

En 1938 Mariano Drago había publicado una extensa introducción a los tres volúmenes de *Discursos y Escritos* de su padre. En la misma leemos el juicio mesurado aunque no exento de admiración que formula sobre el autor de sus días: "Era -dice en dicha introducción- idealista pero realizaba en su pensamiento el equilibrio del pragmatismo y del idealismo que según un crítico contemporáneo casi nunca obtienen los hombres de acción. Prestó al país servicios eminentes. Enalteció las posiciones a que fue llamado, y supo aban-

donarlas con dignidad, por quedar fiel a sí mismo, sacrificando en ocasiones las más halagadoras posibilidades".

Mariano Drago había cursado sus estudios primarios y secundarios en los colegios Lacordaire y San José, en la Institution Sainte Marie de París y en el Dullwich College de Londres. En 1920 se graduó de abogado e inició desde entonces una fecunda labor de publicista. Además de sus artículos periodísticos se destacan entre sus libros *El derecho al nombre*, que apareció en 1922, y *El derecho de los ribereños al cauce abandonado de los ríos*, publicado en 1935.

Tal vez la principal obra escrita por Drago sea la dedicada a *Los presidentes de la IIIa. República* que abarca setenta años de la historia de Francia. Concebida originalmente como una sucesión de artículos para la revista "En América", concluyó escribiendo dos densos volúmenes. En la Advertencia Preliminar señaló el autor que el trabajo lo inició "a fines de 1942, con Francia sometida desde hacía dos años y medio a las vejaciones y al martirio de la ocupación prusiana". Exteriorizó a continuación su pesar porque "en los años caóticos de la ocupación enemiga" Francia haya "tenido que agregar a todas sus tristezas y miserias la de verse abandonada por algunos de sus hijos esclarecidos que aceptaron la derrota y engrosaron las filas del colaboracionismo". Expresó, finalmente, que "a los franceses que a justo título pudiera sorprenderles que desde este lejano país de la América austral un argentino haya tenido el atrevimiento de emprender un largo estudio sobre la Tercera República, podría decirles, no por halagarlos, sino como expresión sincera de una verdad sentida, que la historia de Francia -como la historia de Grecia y la historia de Roma- pertenece a la humanidad".

Entre otras obras significativas de Drago, que estaban publicadas al tiempo de incorporarse a esta Academia, debemos mencionar a *Inaplicabilidad del impuesto a los réditos a los intereses de créditos en descubierto utilizados en el exterior* (1937), *El bloqueo francés de 1838 en el Río de la Plata* (1948), *El desenvolvimiento del liberalismo* (1952) y *Una controversia de Mitre y Sarmiento sobre política intercontinental* (1957). A estos títulos debemos sumar *El con-*

*cepto jurídico de beligerancia y el estado de guerra interno* (1955), que contiene el valiente memorial presentado en la Corte Suprema y que suscribió junto a Jorge M. Mayer y Abel Houssay en defensa del Capitán de Fragata Guillermo J. Rawson, para quien reclamaron el reconocimiento de la condición de prisionero de guerra.

Además, en unión con Sebastián Soler, Héctor Lafaille, Eduardo Augusto García y Julio Dassen, Mariano Drago había integrado la Comisión de Consulta para los asuntos relacionados con la reorganización del Poder Judicial de la Nación, creada por el Presidente Eduardo Lonardi por decreto del 13 de octubre de 1955.

Posteriormente, en 1957 y 1958, tuvo un brillante desempeño como Embajador y Representante Permanente de la República Argentina ante la Organización de las Naciones Unidas, interviniendo en debates que le granjearon la admiración del mundo civilizado. Su primera intervención estuvo dedicada a exponer en la Asamblea General la posición argentina con relación a la invasión soviética a Hungría en 1956. Drago, en su discurso, se hizo eco del sentimiento universal de indignación que suscitaron las masacres de Budapest y la ocupación militar de Hungría, exhortando a la Unión Soviética al inmediato retiro de sus fuerzas.

Otros debates importantes en los que intervino el Embajador Drago fueron los dedicados al aumento del número de miembros del Consejo de Seguridad, al tema del desarme y a la cuestión de Argelia.

En un informe elevado al Presidente Pedro Eugenio Aramburu, el 15 de abril de 1958, exteriorizó una visión de la guerra fría que pone en evidencia su aversión incondicional hacia el totalitarismo comunista. A juicio de Drago la humanidad estaba dividida en dos campos: la Unión Soviética y sus Estados satélites, por un lado, y el mundo libre, por el otro. Sostenía que debía renunciarse a toda política neutralista y consolidar una fuerte alianza con los Estados Unidos que lideraba a los países occidentales en el curso de la guerra fría. Agregaba que la defensa del mundo libre reclamaba la cooperación grande o pequeña de los países de Occidente con los Estados Unidos y sus aliados. El informe terminaba con una conclusión lapidaria. El

neutralismo -a juicio del Embajador Drago- era colaboración encubierta con el comunismo soviético que conspiraba contra la seguridad de los pueblos libres.

Drago comenzó su discurso de incorporación expresando que la ceremonia pudo tener lugar diez años atrás, postergándose la formalización de su elección con motivo de las disposiciones legales y reglamentarias que determinaron la disolución de la Academia.

El tema de su exposición fue la doctrina de Monroe. Precisó que, al escogerlo, consideraba que rendía un homenaje a su padre, quien había sido un monroísta sincero y militante.

Para Drago, "la doctrina que en sus orígenes tuvo por objeto detener los avances de la Santa Alianza en la América meridional había extendido su campo de aplicación a los cinco continentes. El espíritu de Monroe armó las legiones americanas que cruzaron el Atlántico en 1917 y tuvieron intervención decisiva en la contienda en que Europa estuvo a punto de ser sometida a la dominación alemana. Movidas por el mismo ideal de libertad volvieron a cruzar los mares y pelearon en todas las latitudes para librar a Europa y al mundo de la dictadura nazi. Y después de la gigantesca lucha, la más grande y encarnizada que hayan presenciado los siglos, la humanidad vio lo que nunca antes viera: al vencedor que tendía la mano y ayudaba a levantarse a los vencidos con su apoyo económico y su asistencia técnica. Y es que en el tablero político se había operado un rápido cambio: el aliado ocasional de la víspera, enemigo hoy, tenía en la miseria y el hambre los mejores prosélitos del comunismo. Monroe -agregaba Drago- volvía a triunfar en la paz después de haber vencido en la guerra."

A juicio del disertante, la doctrina, al cabo de una larga centuria, no había envejecido. En 1958 continuaba operando en el trasfondo de la guerra fría. Defensiva en su origen, se había transformado en preventiva. Los ejércitos americanos que tres veces habían cruzado los mares para combatir por la libertad de otros continentes, respondían en las postrimerías de la década del cincuenta al mensaje de Monroe, que se inspiró ante todo en la seguridad de los Estados

Unidos, conteniendo, empero, un saludable principio de justicia internacional. De ahí -concluía Drago- su vitalidad y su actualidad permanente.

En la Academia la actuación de Drago fue pródiga en actividades e iniciativas. Fue Director de los *Anales*, presidente de la comisión de Derecho Internacional, y vicepresidente que en sucesivas ocasiones tomó a su cargo el gobierno de la institución. Simultáneamente, continuó su "cursus honorum" en la cátedra universitaria y como Ministro de Relaciones Exteriores, en abril de 1962. Recibió, asimismo, importantes distinciones como la Gran Cruz de la Orden de Orange, que le fue otorgada por su meritoria actuación en las Naciones Unidas; la Gran Cruz de la Orden de Vasco Nuñez de Balboa, de Panamá; y el grado de Comendador de la Legión de Honor.

Al recibir esta última condecoración expresó los motivos de su amistad y simpatía por Francia, exteriorizada a lo largo de su vida. "Admiramos en nuestra gran hermana latina -decía Drago- a la nación que proclamó los derechos del hombre y, desde tiempos remotos, vertió su sangre por las más nobles causas, desde las cruzadas por la conquista del Santo Sepulcro hasta las dos guerras mundiales".

Los *Anales* de la Academia registran importantes trabajos de Drago publicados en los siete volúmenes que salieron bajo su dirección. Pienso, no obstante, que su contribución más significativa, tal vez por su actualidad, es la conferencia que pronunció el 20 de diciembre de 1963 sobre "La Corte Suprema de Justicia y su función institucional".

En 1963 se cumplía el centenario del Alto Tribunal. Al iniciar su disertación, Drago evocó a algunos consulares de la Corte, mencionando a tres constituyentes del 53: Salvador María del Carril, José Benjamín Gorostiaga y Salustiano Zavalía; un constituyente del 60: Francisco de las Carreras; y dos ex presidentes de la República: Luis Sáenz Peña y José Figueroa Alcorta. Todos ellos jueces de actuación memorable.

Drago señaló que la Academia contaba entonces con tres miembros titulares que habían honrado a la magistratura desde sus altos



sitiales de la Corte: Benito A. Nazar Anchorena, Francisco Ramos Mejía y Alfredo Orgaz.

Sostuvo que la Corte a lo largo de su existencia había hecho un ejercicio prudente de su atribución de controlar la supremacía de la ley fundamental. La primera vez que se pronunció sobre la constitucionalidad de una ley nacional fue casi treinta años después de su instalación, en una causa célebre en su tiempo.

En efecto, el Cura Párroco del Departamento de Punilla, Provincia de Córdoba, Don Jacinto A. Correa, había celebrado matrimonios religiosos sin observar lo dispuesto por el art. 110 de la ley de matrimonio civil n° 2393. El Juez y la Cámara en lo Criminal de Córdoba lo habían condenado al máximo de la pena prevista en dicha norma (tres meses de arresto) para el ministro que celebrara un matrimonio religioso sin tener a la vista el acta del previo matrimonio civil.

La Corte Suprema, al resolver el caso, se dividió. La mayoría, integrada por Benjamín Paz, Octavio Bunge y Juan T. Torrent, con argumentos regalistas, confirmó la sentencia condenatoria. Luis V. Varela y Abel Bazán votaron en disidencia, declarando la inconstitucionalidad del art. 110 de la ley 2393.

Mariano Drago, en su conferencia, adhirió al criterio de la mayoría. Respetuosamente debo expresar mi disenso. Pienso que el voto de la minoría fue el que se ajustó a la libertad de cultos consagrada en el art. 14 de la Constitución Nacional. Por otra parte, a partir del Acuerdo entre la Santa Sede y la República Argentina firmado el 10 de octubre de 1966, cuyo texto se preparó cuando era Canciller el Doctor Miguel Angel Zavala Ortiz, la polémica que todavía estaba viva hace cien años se encuentra superada por nuevos criterios inspirados en el estricto respeto a la libertad religiosa. Además, el art. 110 de la ley 2393 ha sido derogado y se han suprimido del texto constitucional sus anacrónicas previsiones regalistas.

Drago, en su conferencia, comenta también la célebre sentencia de la Corte Suprema en la que el Tribunal invalidó la ley de la Provincia de Tucumán del 2 de junio de 1902 que redujo la cantidad de azúcar que cada ingenio podía producir. Previendo el creciente esta

tismo del siglo veinte, la Corte señaló que por la vía adoptada por la legislatura tucumana podría llegarse a intervenciones extremadas del sector público en la vida económica y a que las libertades que la fomentan quedaran virtualmente confiscadas por congresos que, mediante ingeniosos reglamentos, terminarían usurpando o aniquilando los derechos individuales. ("Fallos": 98: 20).

A juicio de Drago, esa concepción liberal que predominó en el Tribunal durante décadas tuvo un vuelco al pronunciarse veinte años después sobre la constitucionalidad de la ley de alquileres. La mayoría, formada por Dámaso E. Palacio, José Figueroa Alcorta y Ramón Méndez, confirmó el fallo que declaraba la constitucionalidad del ordenamiento cuestionado. Drago se muestra comprensivo frente al criterio que predominó en el Tribunal ante una situación supuestamente de emergencia. Elogia, empero, el voto disidente de Antonio Bermejo que resultó profético. Porque aun cuando el Tribunal rechazó posteriormente ("Fallos" 144:219) la pretensión de convertir en habitual una medida transitoria, el intervencionismo estatal se acentuó a partir del gobierno de facto de 1943. El congelamiento por décadas de los contratos de locación condujo a la virtual extinción del mercado inmobiliario, resultando las primeras víctimas quienes por sus magros recursos no podían adquirir una propiedad y ahora tampoco alquilarla. Como lo advirtió sagazmente Ortega y Gasset, nada supera a la demagogia en su potencia destructora.

En su conferencia sobre la Corte Suprema, Drago se refirió elogiosamente a los fallos que el Tribunal dictó para defender a la República del arrollador avance del totalitarismo comunista. Mencionó, también, la acordada del 6 de septiembre de 1930 que reconoció la instalación de un gobierno de facto. Recuerda que el Ministro Guido Lavalle se negaba, al principio, a suscribirla. El Procurador General, Rodríguez Larreta, habló con él y anunció luego que también la firmaría. El Presidente Repetto inquirió cómo lo había convencido. "Es muy sencillo -le respondió el Procurador General- Vds. discutieron con Lavalle y yo he conversado con Guido".



Finalmente, Drago evocó las alternativas del juicio político a la Corte Suprema, al que ya me he referido, y reiteró lo expresado en su defensa en el sentido de que una manera indirecta de conceder facultades extraordinarias es allanar al poder judicial anulando la inamovilidad de los jueces por medio del juicio político dolosamente ejercitado. Señaló, asimismo, que bastaba proyectar sobre los jueces la amenaza de la destitución para que pierdan su independencia. "El precepto del art. 96 (ahora 110) de la Constitución quedaría por ese medio invertido en sus términos: los jueces de la Corte Suprema y de los tribunales inferiores de la Nación no conservarían sus empleos, mientras dure su buena conducta, sino por el contrario -afirmaba Drago- mientras dure su obsecuencia".

"Con una magistratura intimidada -concluía el disertante-, la justicia sería muy pronto una ficción: el poder político, libre así del freno y contrapeso del poder judicial, podría cometer los mayores excesos y pisotear los derechos más sagrados sin que las personas o entidades afectadas hallaran el amparo de la justicia, que desde los días de nuestra organización constitucional nunca había faltado".

Son palabras duras, graves, de un defensor del sistema republicano, pronunciadas en un momento decisivo de la historia institucional argentina. Son reflexiones para ayer, para hoy, y para siempre.

En la postrer etapa de su vida, Mariano Drago desplegó una intensa actividad académica. En ejercicio de la presidencia del cuerpo, el 17 de agosto de 1963 rindió homenaje al General San Martín, expresando que "su vida es enseñanza y ejemplo de virtudes públicas y privadas de un valor moral incomparable. Mandó ejércitos, fundó repúblicas, gobernó y murió pobre. ¡Qué contraste -exclamó- con lo que hemos visto en los últimos años!".

En la memoria de 1964 que redactó como titular de la Academia expresó que el anuncio del envío de un proyecto de ley que elevaba a trece el número de los jueces de la Corte Suprema lo movió a redactar una declaración que se encuentra incorporada al tomo 7 de los *Anales*. En su texto el cuerpo se opuso con vehemencia a dicha reforma, sosteniendo que "ninguna razón la justifica" y señalando en su

parte final que "la facultad legislativa de fijar el número de miembros de la Corte no puede llegar hasta desvirtuar el precepto constitucional que ha creado una Corte indivisible como lo requiere su alta función de control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes. El punto es de capital importancia y debe llamar a reflexión a legisladores y gobernantes. Por encima de los intereses circunstanciales están los intereses superiores de la Nación y la majestad de la Justicia. Los gobiernos pasan -afirmaba la declaración-, la Patria es permanente."

Drago pronunció su último discurso el 31 de mayo de 1966, sobre "Andrés Bello, internacionalista", cuando continuaba en ejercicio de la presidencia del cuerpo.

Falleció repentinamente el 28 de septiembre de 1966, precisamente el día en que tenía previsto convocar a una de las comisiones de la Academia. Atilio Dell'Oro Maini, al despedir sus restos, retrató al extinto con breves y elocuentes palabras:

"Tenía el carácter recio y pronto; y la captación instantánea del distinguo o del matiz que define un concepto o ubica un hecho. Por eso, su palabra adquiría, a veces, sin pérdida de la objetividad del juicio, una agudeza expresiva y tajante. Sonaba como un latigazo repentino y contundente porque nunca se excedía en abundancia o exaltación verbal, por el contrario, parecía concentrarse en la alusión certera o el juicio lapidario".

Agregó Dell'Oro Maini que "cuando una voz como la suya se apaga para siempre en el escenario de una nación que afronta un período difícil o incierto, nos sobrecoge un sentimiento de dolorida soledad".

Dos años después, Isidoro Ruiz Moreno, cuya trayectoria también hoy conmemoramos, evocó al académico que había pronunciado el discurso de recepción cuando se incorporó al cuerpo, el 3 de agosto de 1961, y con quien había compartido responsabilidades docentes en la cátedra de Derecho Internacional Público de la Universidad de Buenos Aires.

En su inspirada disertación, Ruiz Moreno exaltó la inteligencia, la sabiduría y la conducta de Mariano Drago. "Su nombre" -dijo el orador- ya "está asentado en la serie de varones ilustres que formaron la

Academia y las futuras generaciones de juristas no olvidarán al celoso defensor de la Suprema Corte".

Así quedaron entrelazados en el recuerdo de esta Academia los dos consulares a quienes con este acto rendimos homenaje. Quiera el Señor que continúen unidos para siempre en la bienaventuranza eterna.

**HOMENAJE A  
ISIDORO RUIZ MORENO**

*Palabras pronunciadas por el académico Dr. Juan Carlos  
Cassagne, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias  
Sociales de Buenos Aires, en la sesión pública  
del 22 de agosto de 1996*



La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires ha decidido que haga uso de la palabra para evocar en este acto, al cumplirse diez años de su fallecimiento, la figura señera de Isidoro Ruiz Moreno, quien fuera su Presidente y miembro de otras dos Academias Nacionales.

Esta evocación resulta particularmente grata a mi espíritu por múltiples razones. La primera obedece al hecho de haber sido su alumno en uno de los cursos de Derecho Internacional Público que con tanta dedicación, sabiduría y honestidad intelectual dictó en la Facultad de Derecho de Buenos Aires. Compartí más tarde con él momentos inolvidables en la Sala de Profesores de la Facultad en compañía siempre de mi maestro, el Dr. Marienhoff, de quien fue dilecto amigo.

A ello se une la circunstancia de que, a raíz de haber sido elegido para ocupar el mismo sillón en la Academia, siento por él una identificación entrañable en la que se combinan la admiración y la gratitud que tenemos por quienes nos precedieron en el camino.

Ese camino que recorrió Ruiz Moreno a lo largo de una vida jalonada de desinterés, patriotismo y grandeza moral.

En estos momentos, cuando diversos sectores de la sociedad actúan con pleno desprecio de los valores morales, resulta conveniente evocar la trayectoria de aquellas figuras virtuosas que constituyen modelos a seguir por la juventud y las futuras generaciones de argentinos.

Ruiz Moreno fue una de ellas y sin la pretensión de hacer su biografía completa trataré de reseñar los principales acontecimientos de su vida y, al propio tiempo, los múltiples perfiles que destacaban su personalidad. Comencemos por recordar que Ruiz Moreno egresó como bachiller del Colegio Nacional de Buenos Aires, y que, recibido de abogado en la Universidad de Buenos Aires en el año 1929, obtuvo la medalla de oro de su curso y el premio "Alberto Tedín Uriburu", que otorgaba la Facultad de Derecho a su mejor alumno.

Al año siguiente, pasó a desempeñarse como Asesor Letrado del Ministerio de Relaciones Exteriores y, en ese carácter, fue designado representante de la Argentina en la Conferencia de la Unión Postal Universal celebrada en Buenos Aires.

A partir de allí desarrolló una actuación intensa en diversas Conferencias y Organismos Internacionales, trabajó en la redacción del proyecto de Ley de Aeronáutica Civil y ejerció en forma activa la docencia, habiendo sido designado, en el año 1937, Profesor Adjunto de Derecho Internacional Público.

Colaborador de su padre en la segunda edición de la obra sobre la materia (1940), fue también Profesor de Derecho Internacional Público de la Escuela de Diplomacia de la Universidad Nacional del Litoral (1942-1943). Para esa época, ya había escrito tres importantes libros: *Derecho Público Aeronáutico*, *El Derecho Internacional Público ante la Corte Suprema* y *El pensamiento internacional de Alberdi*, amén de varias separatas y artículos de doctrina.

Le cupo actuar en uno de los períodos más difíciles de la historia argentina de este siglo y más de una vez sufrió los sinsabores que producen los vaivenes de la política y de los intereses mezquinos que mueve siempre la envidia contra los que triunfan en la vida o pueden opacar su actuación.

De todo salió indemne con su fortaleza espiritual intacta y su prestigio consolidado por el reconocimiento de sus pares de entonces y de los que después tuvimos el honor de conocerlo y disfrutar de su trato, de sus conocimientos jurídicos y de su aquilatada experiencia. Hizo



también un culto de la amistad y estaba siempre dispuesto a brindar su consejo en forma desinteresada.

Su dignidad era proverbial. Supo mantenerla durante el Ministerio de Saavedra Lamas cuando se le imputó una incompatibilidad inexistente con las funciones que ejercía su padre en el Ministerio; cuando lo tentaron, para alejarlo del cargo, con el nombramiento de Segundo Secretario de la Embajada de París y, por último, hasta en el momento en que renunció al puesto en el Ministerio para no cortar el derrotero de su vida que, como lo señaló él mismo, "era la enseñanza del Derecho Internacional", a pesar del cúmulo de incertidumbres que acechaban el futuro de un joven abogado próximo a contraer matrimonio con doña Amelia Baires, la compañera de su vida, con quien formó un hogar ejemplar.

¿Puede acaso imaginarse tanto infortunio y al propio tiempo tanta fuerza para superarlo?

Ese episodio sirvió para marcar su carácter y la férrea voluntad que lo acompañó toda su existencia, que lo llevó a no sacrificar jamás los ideales ni los valores en pos de efímeras posiciones en el gobierno. Al recordarlo, el propio Ruiz Moreno nos dice:

"No se me han borrado nunca las angustias de los momentos que trastocaban todos mis planes y propósitos. Mi situación era muy difícil; me faltaba poco para casarme; y entonces apelé a un gran amigo de mi padre, el Doctor Ricardo Olmedo, cuyo recuerdo no se borra de mi memoria como prototipo del magistrado sereno, de gran criterio, y uno de los grandes caballeros que he conocido en mi vida. Me designó Secretario en su Juzgado y creo haber respondido con toda lealtad al gesto que tuvo conmigo".

Corría el año 1939 y se le ofreció el cargo de Director General del Ministerio de Relaciones Exteriores por parte del Ministro Cantilo pero, al existir la posibilidad de que su nombramiento generase una situación incómoda, semejante a la incompatibilidad alegada cuando se desempeñó como asesor en el Ministerio de Saavedra Lamas, no aceptó el nombramiento, con el pretexto de la seguridad del cargo judicial para no lastimar a quien le formulaba el ofrecimiento.

El mismo nos cuenta que creyó que entonces se habían cerrado para siempre las puertas de la Cancillería, pero que el destino, como luego veremos, dispuso otra cosa.

Sin embargo, este proceso que explica el ingreso de Ruiz Moreno en la justicia, donde se desempeñó con notable ejemplaridad, nos deja perplejos porque no obstante que, en ese tiempo, no abandonaba el derrotero de su vida que era la enseñanza del Derecho Internacional Público, el país perdía un hombre de sus quilates en el plano del asesoramiento jurídico de las relaciones exteriores argentinas.

Sin embargo, esa situación que se produjo bastantes años antes del advenimiento del primer gobierno justicialista, no condujo a Ruiz Moreno como a otras personas que habían sufrido, como él, las injusticias que siempre genera el ejercicio abusivo o impropio del poder, a abdicar de sus ideales democráticos ni de los principios tutelares de la Constitución de 1853/60.

Como Juez de Paz Letrado siguió aplicándolos y no titubeó en declarar la inconstitucionalidad de un decreto presidencial por considerarlo opuesto a la jurisprudencia de la Corte Suprema. Quizás esto, hoy día, no llame la atención, pero en el clima que se vivía en aquella época esa decisión hizo que el Senado no le prestara el acuerdo como Juez, con lo que Ruiz Moreno abandonó definitivamente la magistratura judicial.

Al enterarse por los diarios se apresuró a hacer entrega del Juzgado, dirigiendo una nota al Presidente de la Cámara en la que expresó:

"Llegué al cargo de Juez sin pedir el ascenso, después de haber sido durante once años Secretario en el Juzgado Civil N° 10. El General Anaya, Ministro de la Revolución, declaró que ese nombramiento se había hecho por méritos personales. Sin embargo, después de veinte años de servicios en la función pública, catorce de los cuales los pasé en el Poder Judicial, debo retirarme sin conocer los cargos que se me hacen."

"Creo haber servido al país en los límites de mi capacidad, no solo desde el puesto público, sino también en conferencias internaciona-

les, y, por largos años, en comisiones reservadas relacionadas con la actividad exterior de la Nación."

"Hasta la fecha en que legalmente pude actuar quedó mi despacho al día, sin un solo juicio para sentencia ni escrito para proveer. Pude lograrlo con la colaboración del personal, que recomiendo a V.E. por su empeño y una lealtad realmente extraordinarios."

"No he sabido otro lenguaje que el de la ley, pero no he sido insensible a la equidad cuando tuve que amparar a los humildes. Por eso me voy con la satisfacción del deber cumplido, la única que cabe en las amargas y decepciones de la vida."

"Al alejarme del honor de la magistratura me queda una esperanza: la de que mis ex-colegas tengan siempre presentes las palabras de un afamado jurista: 'la Constitución sigue siendo tal, en tanto asegure su vigencia en el fallo de jueces libres, austeros y responsables, sin distinción de causas grandes o pequeñas, oscuras o brillantes. Si la sentencia no ha sido empañada por el miedo, por el interés o por el odio, ella constituye la proclamación de la vigencia de la Constitución a lo largo del tiempo, en su prueba de cada día. Porque la constitución vive en tanto se aplica por los jueces; cuando ellos desfallecen ya no existe más'".

Pese a todo, Ruiz Moreno siguió cumpliendo su actividad docente en la Facultad de Derecho de Buenos Aires hasta el año 1952, fecha en que fue separado injustamente del cargo de Profesor Adjunto que venía ejerciendo con esa singular capacidad que poseía para el desempeño de la cátedra universitaria.

La defensa que hizo en esa oportunidad, apasionada por cierto, fue en relación directa al agravio que había sufrido al acusárselo de traición a la patria. Señaló entonces que declararlo traidor constituía "una blasfemia que rechazo con mi más enérgica protesta, tanto más cuanto se elige la vía universitaria para hacerlo" y que el cargo era gravísimo "para la dignidad de un Profesor de esta casa y para mi calidad de ciudadano".

El de profesor y el de ciudadano, eran los dos status que Ruiz Moreno consideraba violados defendiéndose con vehemencia de los injustos

cargos que se le hacían. Estaban en juego dos de los valores que más apreció en su vida: la dignidad universitaria y su honor de ciudadano.

Producida la Revolución Libertadora vino para Ruiz Moreno la época de la reparación histórica y moral. Al poco tiempo, se lo nombró Consejero Político Legal del Ministerio de Relaciones Exteriores, con rango de Embajador, actuando también como Subsecretario de dicho Ministerio en forma interina, en el año 1957. Fue también designado Profesor Titular de Derecho Internacional Público en la Facultad de Derecho de Buenos Aires donde se desempeñó hasta el año 1970, próximo a llegar al límite legal establecido para el ejercicio de la cátedra.

Prosiguió enseñando Derecho Internacional Público con esa autoridad que emana de los grandes maestros y juristas. En la clase, su sola presencia imponía un clima de respeto que se iba transformando en verdadero placer intelectual a medida que se escuchaba su voz serena y medida. Poseía una extraordinaria aptitud para dialogar con sus alumnos y como recordé en ocasión de incorporarme a esta Academia: "la bondad le brotaba del alma".

Ello no le impidió mantener la firmeza de sus convicciones ni lo hizo declinar de su coraje cívico que puso en evidencia, entre otras oportunidades, cuando ocupó la Presidencia del Colegio de Abogados de nuestra Ciudad.

Alvarado Uriburu, que lo acompañó como Vicepresidente en el Colegio, al despedir sus restos, lo definió con frases elocuentes que todos podemos hacer nuestras:

"Fue un abogado cabal, que puso al servicio de su actividad profesional los sólidos conocimientos adquiridos en su diaria investigación y estudio."

"Desdeñó toda especulación política, siguiendo siempre con fidelidad el dictado de su conciencia y la guía de los fundadores de la Patria."

"Encarnó a nuestro Colegio de Abogados: siempre imaginó al Abogado libre de toda presión y dispuesto a luchar con todas sus fuerzas en la defensa de las causas justas".

Esta semblanza de Ruiz Moreno queda muy corta frente a la monumental obra jurídica que brotó de su pluma, pero quedaría aún más si no destacase la prolija labor de investigación que efectuó acerca de las relaciones exteriores argentinas y su historia diplomática.

En esos trabajos, especialmente en el titulado *Estudios sobre historia diplomática argentina*, que publicó nuestra Academia en el año 1971, puede advertirse su profundo conocimiento de la historia patria, de sus circunstancias y de sus hombres, de sus grandezas y declinaciones. Su lectura revela no sólo al avezado historiador que explora y reflexiona sobre los hechos políticos sino a un auténtico estadista que ahonda en las causas de las cosas y en la justicia de nuestros derechos.

No resisto la tentación de transcribir los párrafos con que culmina su estudio sobre Rufino de Elizalde, Carlos Tejedor y Bernardo de Irigoyen, que me parecen revelan algo así como su pensamiento esencial y la nobleza de sus juicios.

Allí dijo: "No he intentado hacer el cuadro de la vida internacional argentina bajo la dirección de Elizalde, Tejedor o Irigoyen. Apenas he dibujado el perfil de estos ministros, verdaderos señores, que dirigieron el país con los Jefes de Estado, sin ceder en la entereza de sus convicciones. De esos Ministros de épocas pretéritas, azarosas y difíciles, a cuyos talentos estuvo confiada la honra de la Patria y que supieron mantenerla como custodios celosos de un legado sacrosanto arrancado al destino por el genio de los próceres y la espada fulgurante de los guerreros".

"La historia demuestra que los países que han marcado rumbos a la Civilización, honraron siempre a sus grandes servidores".

Sepamos también nosotros honrar al Dr. Isidoro Ruiz Moreno por el legado que nos ha dejado a través de su labor infatigable como maestro y jurista, como hombre público, como defensor de las libertades, y, en suma, por todo lo que hizo en su vida al servicio de nuestra patria y sus instituciones fundamentales.



**HOMENAJE A  
MARGARITA ARGÚAS**

*Palabras pronunciadas por el académico Dr. Félix A. Trigo  
Represas, en la Academia Nacional de Derecho y  
Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión pública  
del 14 de noviembre de 1996*





Una circunstancia puramente fortuita, la de haber sucedido a la doctora Margarita Argúas en el sillón "Nicolás Avellaneda" de esta Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, me ha brindado el alto honor de ser quien deba evocar hoy, en este breve pero sentido homenaje, a esa mujer sobresaliente y jurista descollante de nuestro país y de nuestro tiempo. Personalidad a quien, me place señalarlo, tuve la suerte de conocer y tratar durante su paso como profesora de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, entre los años 1956 y 1958; en una relación que, aunque esporádica, resultó sin embargo más que suficiente para que el que habla alcanzase a valorarla cabalmente en su condición de estudiosa del derecho y en su magnífica dimensión humana.

La doctora Argúas fue sin duda una personalidad relevante del siglo en que vivimos, cuyo nombre y fama trascendieron ampliamente más allá de nuestros límites territoriales. En un tiempo en que por cierto eran muy pocas las mujeres que accedían a los estudios universitarios, ella en el año 1926 se recibía de abogada, con Diploma de Honor, en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, contando tan solo con 20 años de edad. Y dos años más tarde se doctoraba en "Leyes y Jurisprudencia" en la misma Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, con una tesis calificada de "Sobresaliente", recomendada al "Premio Facultad" y que obtuvo el "Accesit", intitulada "La regla

'Locus regit actum' en la legislación civil y la jurisprudencia argentina".

Desde entonces su actividad profesional, docente y académica, se fue jalando con destacados logros y merecimientos, los que a la postre conformaron una carrera brillante y verdaderamente notable.

Así, en 1927 fue nombrada presidenta de la Comisión del Centro de Estudios de Derecho Internacional Privado. En 1933 se la designó profesora adjunta por concurso de "Derecho Internacional Privado" en la Facultad de su egreso y en 1939 profesora titular de esa misma asignatura; cargo éste que dejara en el año 1946 y al que se reincorporó en noviembre de 1955 y hasta fines del año 1969, en que le fuera aceptada su renuncia motivada en razones de salud. Desde el año 1967 fue igualmente Directora del "Instituto de Derecho Comparado" en la mencionada Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. Simultáneamente fue asimismo, durante los años 1956 a 1958, profesora titular de la cátedra de "Derecho Internacional Privado" en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata; habiéndose desempeñado también entre los años 1965 a 1967, como Profesora contratada en la Facultad de Derecho de la Universidad del Nordeste, a los fines de organizar en ella la cátedra de "Derecho Internacional Privado".

A nivel internacional, la doctora Argúas actuó como Secretaria Asesora de la Delegación Argentina al Segundo Congreso de Derecho Internacional de Montevideo (años 1939-1940), interviniendo personalmente en las Comisiones de Derecho Civil y Derecho Comercial. Fue delegada del gobierno argentino a la "XI Conferencia Panamericana de Mujeres", dependiente de la Organización de Estados Americanos, que se celebró en Santo Domingo en 1956. En el año 1958 intervino como delegada argentina al "V Congreso Internacional de Derecho Comparado" realizado en Bruselas y fue luego huésped oficial del Gobierno de Luxemburgo, al inaugurarse la Universidad de Derecho Comparado; habiendo también asistido a la "48 Conferencia" de la Rama inglesa de la "International Law Association", que tuvo lugar en New York. En 1965 es designada

Presidenta permanente de la Comisión sobre "Aspectos legales del Asilo" de la "International Law Association". En 1966 presidió la Comisión sobre "Marcas de Comercio" en la Reunión número 52 de la "International Law Association" realizada en Helsinki. Y en agosto de 1968 fue nombrada Presidenta de la "International Law Association" con sede en Londres, siendo la primer mujer que ocupara dicho cargo desde la creación de esa entidad en 1873. Por último fue también miembro correspondiente extranjero de la "Academia de Derecho Internacional" de la Universidad Pontificia Bolivariana de Medellín (Colombia).

En los años de su ejercicio profesional como abogada, integró durante cuatro períodos, bajo las presidencias de los Dres. José María Saenz Valiente y Juan C. Palacios, el Directorio del Colegio de Abogados de Buenos Aires; siendo además en el primero de ellos delegada de dicho Colegio ante la Federación Argentina de Colegios de Abogados. A fines del año 1958 se produjo su ingreso a la judicatura, al ser nombrada Juez de la Excelentísima Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, cargo que ejerció hasta octubre del año 1970. Entonces pasó a desempeñarse como Ministro de nuestra Corte Suprema Nacional en reemplazo del fallecido Dr. José F. Bidau; siendo hasta ahora la primera y única mujer que en el país llegó al más alto cargo de nuestra Magistratura.

A fines de 1968 fue designada miembro de número de esta Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, a la que se incorporaría formalmente el 14 de mayo de 1970, con una magnífica disertación sobre el tema: "El Derecho Internacional Privado en el Código Civil"; siendo igualmente la primera mujer Académica de número de esta Corporación y hasta no ha mucho tiempo asimismo la única, ya que recientemente, en setiembre del año en curso, se ha producido ahora el ingreso de la Dra. Aída Rosa Kemelmajer de Carlucci. En el cumplimiento de las funciones que le correspondieron en tal carácter siempre puso su mayor empeño, conocimientos e idoneidad; constituyendo el último gesto de esa noble vida dedicada al derecho, un

nuevo aporte para esta Academia, a la que legó toda su rica biblioteca jurídica.

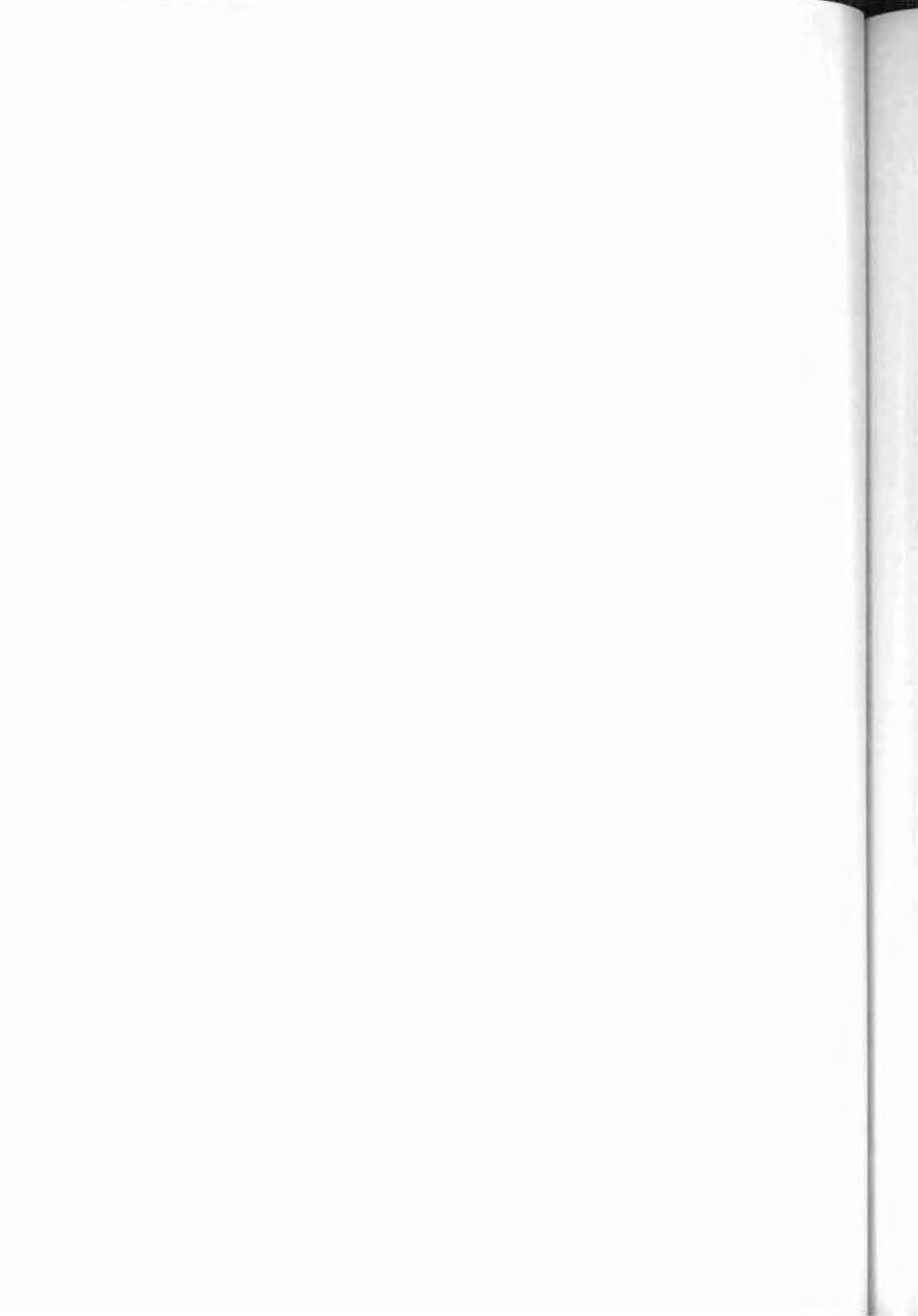
Además de su tesis doctoral ya mencionada, publicada como libro en 1928, ha dejado una valiosa obra escrita, preferentemente referida a temas del Derecho Internacional Privado, por los que siempre manifestara su inclinación desde que escribiera su *Tratado* de dicha materia, en colaboración con el Dr. Carlos Alberto Lazcano.

Para culminar su semblanza, no encuentro nada mejor que repetir lo que de ella dijera el Dr. Risolfa, a la sazón presidente de esta Academia, en ocasión de despedir sus restos mortales: "Su nombre quedará escrito en las tablas de honor, por su inteligencia, por su bondad, por su gracia; por su afán de decir y hacer el bien con lo que se dice; por su amor a los gestos que decoran la vida; por la ponderación de su juicio, por la rectitud de su conducta".

Finalmente deseo agregar, antes de concluir, que en la persona de la doctora Margarita Argúas, quién bregando afanosamente hasta conseguir su más plena capacitación y un destacado lugar, a la par del hombre, en el desempeño de trascendentes tareas intelectuales, se anticipó a su época para convertirse en una verdadera precursora de la mujer actual, quiero rendir también mi sincero homenaje a todas esas dignas representantes del sexo femenino, que hoy, día a día, nos demuestran, con su sapiencia, aptitud y dedicación, que desde el punto de vista del intelecto, a priori no existen ni caben distingos ni diferencias entre los dos sexos, afortunadamente distintos, de nuestro género humano.

**HOMENAJE A  
HECTOR P. LANFRANCO**

*Palabras pronunciadas por el académico Dr. Jorge A. Aja Espil,  
en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales  
de Buenos Aires, en la sesión pública  
del 14 de noviembre de 1996*





La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales se reúne hoy, en sesión pública, para rendir un justo homenaje de gratitud a la memoria de tres distinguidos académicos que la enaltecieron con el brillo de sus inteligencias.

La evocación por la Academia de tan notables juristas tiene mucho de aquella tradición de lo elegíaco español caracterizada por el tono, la severidad, la exaltación de las virtudes y la serena resignación por lo irremediablemente perdido.

Y digo perdido porque el vacío que dejan nuestros colegas no es sólo vacío de espacio sino vacío de vida. Empero, esta tarde, al recordar sus rasgos morales y sus dotes intelectuales, lo que realmente hacemos es recuperar sus imágenes y afirmar la perdurabilidad de sus valores. Tal la razón de ser de estas semblanzas que intentan revivir el espíritu de tan entrañable relación.

Por mi parte, requerido por esta Academia para recordar a don Héctor Lanfranco, me adelanto a expresar que me vinculó a él una larga y leal amistad iniciada allá, en el año 1955, en las páginas de "Jurisprudencia Argentina".

He sentido por Lanfranco una estimación muy profunda, por su inteligencia, su saber, su caballerosidad. Fue él quien me recibió en esta misma corporación con conceptos tan generosos que comprometieron mi gratitud para siempre.

Pocos años después de su muerte, la personalidad y la obra de Héctor Lanfranco fue evocada en un hermoso libro que le consagraron dos académicos de estirpe, don Jorge Mayer y don Horacio A. García Belsunce, en el que iluminan toda la trayectoria del colega desaparecido. Es que ya entonces, esta Academia sintió necesidad de rendirle temprano tributo a quien supo brillar con su severa configuración moral, su señorío y ponderación.

El Dr. Héctor P. Lanfranco nació en La Plata con nuestro siglo, el 5 de octubre de 1900, realizando sus estudios primarios, secundarios y universitarios en los respectivos institutos de la Universidad de aquella ciudad.

En la casona de Diagonal 80 transcurriría su infancia, su adolescencia y coronaría sus estudios, obteniendo el título de abogado a los 20 años, con el promedio más alto de su camada.

Su ciudad natal trascendió, como un requerimiento vital, en la formación de su espíritu y de su intelecto. Las figuras fundacionales de las diferentes ramas del saber y del hacer de aquella Capital, tales como Dardo Rocha y Joaquín V. González, Florentino Ameghino y Benito Lynch, eran símbolos cardinales de un progreso sin límites que abría las puertas de nuestro país al aún balbuceante siglo XX.

La Plata de entonces era la incipiente metrópoli de las atrevidas diagonales, de los perfumados bosques de tilo, en cuyo centro emergían -ante los ojos incrédulos del vecindario- los muros solemnes de la majestuosa Catedral Metropolitana Platense, cuya fachada principal debía emular al modelo de la de Colonia; y también nacía la Universidad Nueva, llamada a peregrinar en los caminos de la cultura pública y la ciencia universal. Todo ello empapaba de vivencias estéticas y culturales a los jóvenes de aquella generación oriunda de la Ciudad del Bosque que, poco a poco, se iría convirtiendo en la Ciudad Universitaria. Algo así como el imperativo existencial que Ortega coloca a la cabeza de las ideas y que el común de las gentes ubica en el ineluctable destino humano.

Y bien, allí germina una tríada de adolescentes integrada por Héctor Lanfranco, Ceferino Merbilháa y Enrique Galli, que se forja en aquel

molde histórico de La Plata que prefería las cosas altas y bellas de la vida y cuyo esplendor también ellos ayudarían a escribir y tallar.

Sobre aquellos egresados de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales -la de más prestancia en el colmenar estudiantil- ejercería una gravitante influencia un magistrado dignísimo cuya vocación por la justicia fue un ejemplo para la sociedad platense. Don Clodomiro Zavalía, que de él se trata, juez federal en aquella ciudad desde 1915 a 1924, admirado por su independencia y rectitud, puestas a prueba frente a las cruentas turbulencias de la Semana Trágica, fue su guía de conducta, tanto cívica como profesional.

Héctor Lanfranco conquistó pronto las simpatías de Zavalía, quien lo impulsó a ejercer la docencia en su temprana inclinación por el derecho público. Profesó un gran afecto por su mentor, quien lo acogió sin reservas, y así lo puso de manifiesto en el homenaje que esta Academia le brindó en ocasión del centenario de su nacimiento. Dijo entonces Lanfranco: "Si he aceptado este mandato (...) es por la circunstancia conocida, de haber gozado con el Dr. Zavalía de una estrecha amistad, que se extendió por cuarenta largos años, hasta el momento de su muerte y, además, porque por haber entrado, en algún modo, en la intimidad de su vida, puedo dar testimonio (...) de su noble trayectoria".

Por su intermedio, Lanfranco conoció a Carlos Meyer Pellegrini, en cuyo Estudio ingresó en el mes de mayo de 1933. Casó con Elsa Meyer Pellegrini, quien fue la ejemplar compañera que lo apoyó en todos los momentos de su vida y lució, con luz propia, en la misión diplomática que ambos condujeron ante el gobierno ecuatoriano en el curso de los años 1957 y 1958.

Inició su carrera docente en el año 1933 en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires como subencargado del curso de Derecho Constitucional y Derecho Administrativo, para coronarla con la titularidad de la cátedra en 1957.

En reconocimiento a su fecunda labor en el campo del derecho, en 1968 fue nombrado miembro de número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales. Al tiempo de su ingreso en nuestra

corporación el doctor Linares Quintana le dio el espaldarazo académico con estas expresivas palabras: "Se distingue por una inmensa e ininterrumpida labor intelectual, en cuyo transcurso el recipiendario ha sabido distribuir su afán, con raro equilibrio entre el noble ejercicio de la abogacía, el no menos digno desempeño de la docencia universitaria y la generosa siembra de la cultura universal en todos los surcos de la Patria".

En el año 1962 fue Ministro de Gobierno de la Intervención de Ceferino Merbilháa, en la Provincia de Buenos Aires. El gobierno de Francia le otorgó, en 1976, la Condecoración de las Palmas Académicas en el Grado de Caballero, en reconocimiento a su esforzada labor en "Amigos de Francia" para la difusión de la cultura de aquella nación en nuestro país. La Academia de Jurisprudencia del Ecuador también le abrió sus puertas como miembro correspondiente.

En el año 1981 fue designado miembro de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, a la cual volcó esclarecedores estudios con reflexiones sobre la Asociación de Mayo.

Lanfranco dedicó muchos de sus desvelos intelectuales en pro del desarrollo de la Libertad y del Federalismo en relación con el Estado.

El carácter dramático y agónico del ejercicio de la libertad es el substrato de la angustia contemporánea. Así lo asume Lanfranco y para ello se apoya en las enseñanzas del gran maestro de la juventud platense, que fue Alejandro Korn. No es la lucha por la existencia el principio eminente sino la lucha por la libertad -enseñaba el filósofo- porque en el hombre la voluntad de vivir se ha elevado a la voluntad de vivir libre. Estos conceptos cardinales inspiraron su notable estudio sobre "La libertad en la Escuela del Derecho Natural", dado a luz en ocasión del centenario de la Constitución de 1853.

El gran tema del federalismo fue ampliamente tratado por Lanfranco en meditados estudios. Su interés se dirige no tanto a las formas puras con que se ha pensado el sistema sino a las realidades políticas que impiden su consolidación en el país. Tenía hondas convicciones federalistas y desde la cátedra universitaria bregó por el

perfeccionamiento y consolidación de la forma federal de gobierno consagrada, con tanta sabiduría, por nuestros constituyentes del 53.

En un trabajo publicado en "Jurisprudencia Argentina", en el año 1956 (1956/II), se formula el siguiente interrogante: "¿Por qué se ha producido entonces la crisis del federalismo argentino, no obstante estar en auge esa forma de gobierno como una expresión del constitucionalismo moderno? Desgraciadamente -se contesta- esas deformaciones de nuestro régimen federal han obedecido siempre a razones de orden político; fundamentalmente a un abuso exagerado en el empleo de facultades discrecionales que se atribuye el Gobierno Federal, frente a la pasividad o abandono de los gobiernos provinciales". Defiende, como remedio eficaz, el régimen impositivo de las provincias frente al avance del Gobierno Central, de modo que ellas puedan lograr la autonomía económica que les permitirá despertar sus energías dormidas.

Sostenía Lanfranco que una forma de afianzar el federalismo era que el país se conociera mejor a sí mismo y viviera la pureza de sus instituciones. Estas hondas convicciones federalistas tenían el viejo cuño platense que había vivido la espinosa cuestión hasta septiembre de 1880.

Apasionado por los grandes protagonistas de la historia constitucional, dedicó magníficas páginas de alto vuelo ético a las figuras de Juan Bautista Alberdi, Domingo Faustino Sarmiento, Juan María Gutiérrez, Guillermo Rawson, Félix Frías, José Manuel Estrada, Joaquín V. González, José Nicolás Matienzo, Roberto Repetto, Juan Antonio González Calderón, resaltando sus aportes en la formación de la doctrina constitucional argentina.

En ellas supo anudar el pasado con el presente, recreando el texto desde la historia y no sólo desde la anécdota, todo ello con una narrativa sin desprolijidades que se traduce en la hermosa galería de personalidades ejemplares que nos ha legado.

Señoras y Señores:

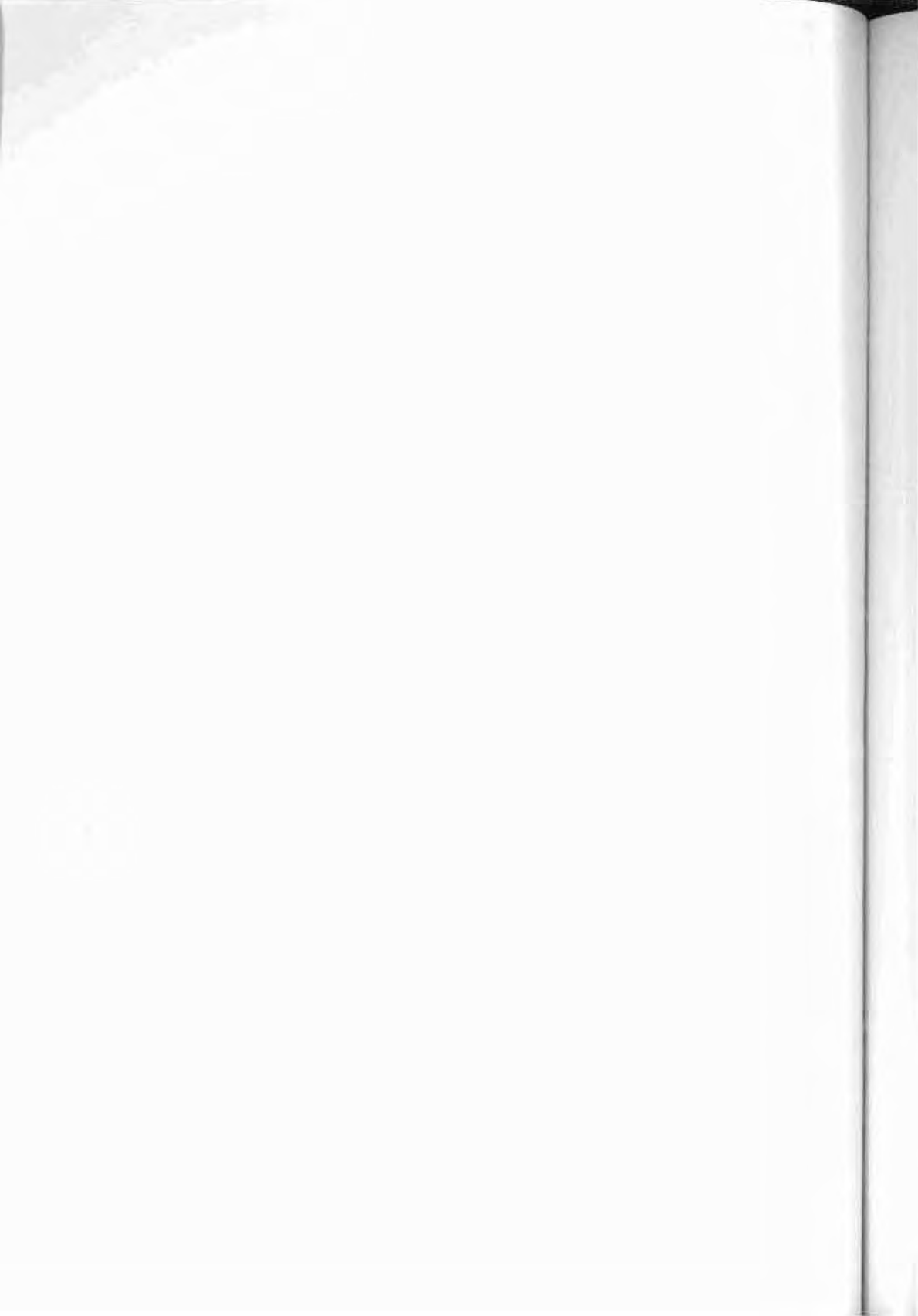
El crepúsculo de la vida lo cubre todo con la magia de la nostalgia. ¿Cómo sortearla en esta nuestra búsqueda del tiempo pasado, si aquí, en ésta la casa de las Academias perdura aún la imagen de aquel académico de tan elegante ademán, de tan sabio decir y de tan hondo sentir?

Guardo en mi memoria las expresiones de su amistad entrañable y el límpido recuerdo de su credo vital, de su obediencia a la ley de Dios como ideal de la perfección moral. Fue con esta dignidad invariable que Héctor Lanfranco se alejó para siempre.

**HOMENAJE A  
JOSÉ MANUEL SARAVIA**

*Palabras pronunciadas por el académico Dr. Roberto Martínez  
Ruiz, en la Academia Nacional de Derecho y  
Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión pública  
del 14 de noviembre de 1996*





La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales evoca en este acto al doctor José Manuel Saravia, eminente miembro de número de ella, y de quien se han cumplido diez años de su fallecimiento ocurrido el 23 de febrero de 1986.

Llegó a esta Corporación precedido de una trayectoria muy importante en la docencia universitaria y en el ejercicio de su profesión de abogado.

Había nacido en Córdoba en 1903, hijo de una distinguida familia. Al quedar huérfano en temprana edad debió costearse sus estudios y ayudar a los suyos, y en 1925 se recibió de abogado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Córdoba. Abrevó su formación en la prestigiosa Universidad de Trejo, en la que enseñaron maestros de la talla de Rafael García, Gerónimo Cortés, Enrique Martínez Paz, Sebastián Soler, Alfredo Orgaz, Pedro León y Henoch Aguiar, entre otros; y también en estos últimos años figuras como Ricardo Nuñez, Héctor Cámara y Ricardo Gavier. Todos ellos con razón, llevaron el prestigio de esa casa de estudios a uno de los más altos niveles de las Facultades de Derecho de Iberoamérica.

Apenas recibido de abogado, el Dr. Saravia fue designado por el gobernador Ramón J. Cárcano secretario general de la gobernación de Córdoba, cargo en el que logró una extraordinaria experiencia, conociendo las pasiones políticas de la ciudadanía y la necesidad de subordinar el empeño político a la conducta ética.

Su vocación por la docencia hizo que la ejerciera primero en el histórico Colegio de Monserrat, y luego como profesor de Derecho Civil en la Universidad de Córdoba, desde 1928, o sea cuando contaba sólo veinticinco años de edad.

Años después, en 1937, se trasladó a Buenos Aires, y formó un estudio en sociedad con el doctor Miguel Angel Cárcano en el que tuvieron a su cargo importantes asuntos judiciales.

En marzo de 1940 se presentó a un concurso abierto para proveer una cátedra de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de Buenos Aires como profesor adjunto, que ganó, y así comenzó una carrera docente en esta Facultad, en la que llegó a titular en el curso de Contratos en 1956. Antes de ello había sido miembro del Instituto de Derecho Civil de la Facultad de Córdoba y del Instituto Argentino de Estudios Legislativos, Sección de Derecho Civil, que presidía el maestro Héctor Lafaille. Concurrió a conferencias y congresos y publicó numerosos trabajos.

Después de largos años de ejercicio de su cátedra, en el que demostró su capacidad y responsabilidad, resolvió retirarse en diciembre de 1960. Del texto de la renuncia que presentó, destaco algunos conceptos que forzoso es repetir porque a pesar de los años transcurridos mantienen plena actualidad. Dijo en ella: "La Universidad no puede ser escenario para voces airadas ni de proselitismo político, ni para contendores que traigan a su seno las enconadas luchas de afuera. Las cuestiones y acontecimientos cotidianos deben, sí, ser objeto de observación y meditación científicas, puesto que la Universidad no puede quedar a la saga ni al margen de la vida. La Universidad, sin embargo, debe rehuir el conflicto partidario y las contiendas donde están en pugna intereses o ideologías políticas distintas. No se trata por cierto de dar espaldas a la realidad, pero corresponde volver a la ruta verdadera y apartarse de las sendas peligrosas. La investigación y el estudio requieren aislamiento, orden, silencio. La Universidad debe detener, en sus puertas, a las fuerzas que disgregan.

El régimen que confía la elección del gobierno de la Universidad a profesores, estudiantes y egresados ha experimentado, al llevárselo

a la práctica, algunas desviaciones. Al fijarse en estatutos posteriores la proporción de representantes en los Consejos, se ha debilitado el principio rector de que debía quedar asegurada la responsabilidad directiva del claustro de profesores".

Tuvo luego de la Revolución de 1955 y hasta los primeros meses del año siguiente, una actuación destacada como subsecretario del Ministerio de Educación, cuyo titular fue el Dr. Atilio Dell'Oro Maini. Fue en esa época cuando se dictó el decreto ley 4362/55 que restituyó a las Academias Nacionales su personería que habían perdido por arbitrarias disposiciones y persecución, pocos años antes, y pudieron volver a funcionar.

En julio de 1959 se lo designó como miembro de número de esta Academia, en la que ocupó el sitial que tiene por patrono a Mariano Moreno, y en 1960 tuvo lugar su incorporación, en un acto en el que el entonces Presidente doctor Atilio Dell'Oro Maini abrió la sesión con breves palabras, con las que expresó entre otros los siguientes conceptos:

"Decía Valery, en un discurso de recepción en la Academia francesa, que toda elección de uno de sus miembros está cargada de importantes motivos que relacionan y valorizan los reales méritos del candidato. En el caso del Dr. Saravia se multiplican los imponderables por razón de su cultura, del mesurado y definido equilibrio de los juicios, por el ímpetu sereno de su vocación pública. Puedo, por mi parte, dar un amplio testimonio, el cual trasciende la emoción de una experiencia personal, valorizada por una esclarecida y leal colaboración cuando compartió conmigo altas responsabilidades en el ejercicio de funciones oficiales, ocasión en la cual se puso de manifiesto la noble calidad de su espíritu como caballero y como hombre de estudio y de gobierno".

En esa ocasión, el discurso de recepción estuvo a cargo del académico doctor Pablo Calatayud, quien dijo del Dr. Saravia:

"Gran abogado, temido adversario, sereno, incisivo, hábil, conceptuoso y correcto, su actuación forense se ha señalado por éxitos profesionales de singular resonancia.

"Publicista, el derecho civil parece haber sido la ciencia jurídica de su predilección: el contrato, la voluntad unilateral como fuente de las obligaciones y la fuerza obligatoria de la declaración unilateral de voluntad; la crisis del principio de la libertad de contratar; la acción subrogatoria; las fuerzas de las obligaciones; los proyectos de reformas del Código Civil; la crisis de los postulados clásicos del contrato, han sido temas de sus preferencias, sin descuidar el acertado enfoque de los problemas de orden económico y de orden social, que le permiten tomar al sujeto persona en su individualismo frente al Estado que regula sus actividades y que cercena matemáticamente su libertad, a lo que tendría que agregar infinidad de disertaciones, prólogos, comentarios en revistas y conferencias que nos demuestran que no obstante aquella preferencia, sus naturales condiciones de verdadero jurista lo han llevado al plano superior en la observación integral de un mundo en evolución vertiginosa, conduciéndonos hacia rápidas transformaciones jurídicas impuestas por la misma vida que avanza hacia un futuro que nosotros difícilmente podemos seguir con nuestros sueños" y también agregó: "quién, además de su talento, reúne estas condiciones y cumple con estos postulados, está sin duda habilitado para ocupar los más altos cargos a que puede aspirar un ciudadano".

La conferencia del Dr. Saravia fue una pieza admirable que se refirió al Derecho ante la aceleración de la Historia. En ella trató temas del mayor interés, como el vertiginoso ritmo de las transformaciones humanas y su incidencia en el mundo jurídico, el deslinde de competencias entre ciencia y derecho, y la evolución de éste. Con relación a tal transformación, expresó su preocupación, entre otras, por las mutaciones en la familia. Respecto de ello dijo: "El vínculo sólido de la familia de antaño se ha debilitado. La mujer trabaja y tiene un patrimonio que administra. El movimiento de su liberación respecto del esposo, que alcanza también a los hijos, es liberación asimismo para el esposo de muchos de los deberes que el régimen anterior le imponía y que ahora la sociedad asume en lo que concierne a la salud, a la educación, a la asistencia económica y moral de los descendientes.

"Las relaciones entre éstos y el padre se asientan, más que en la precedente noción de 'autoridad', en la de 'compañerismo'. La familia disminuye paulativamente en extensión y, en esa dimensión más estrecha, acorta la duración de las relaciones de dependencia y asistencia que suscita. Tampoco está siempre dentro de la familia misma el recurso que provee a su sostenimiento económico". "El patrimonio familiar, que antes era elaborado por un trabajador independiente, resulta, cada vez con más frecuencia, sustituido por el de una empresa integrada por personas numerosas y extrañas. Surge así un nuevo factor de dependencia que trasciende a la articulación de la familia. Y podría mencionarse otro factor que origina también sujeciones e incontrastables directivas: el sindicato profesional".

Y en sus palabras finales dijo: "Nuestra civilización puede salvarse por el derecho. Es precisamente en el campo de éste donde debe seguirse, como dice Gabriel Marcel, la lucha sin cuartel por el hombre, por la dignidad humana, contra todo lo que amenaza aniquilarlos.

"Hay que oponer a las ideas erróneas de concepciones marxistas y que depuntan a veces en filosofías existencialistas, la noción del hombre integral, con origen y destino trascendentes, y procurar que no desaparezca de la vida todo lo que da a ésta valor, justificación y belleza".

Me he referido con alguna extensión a conceptos fundamentales de su conferencia de incorporación y sobre todo a la inquietud que expuso sobre la debilitación del vínculo de familia, porque el Dr. Saravia constituyó una en la que los valores éticos rigieron su formación. Contribuyó a lograrlo su unión matrimonial con una dignísima dama, la señora Ofelia Echenique Deheza, recientemente fallecida, esposa y madre ejemplar. En su hogar con ella y los numerosos hijos y nietos encontró el bálsamo que rodeó los últimos años de su vida, sostenidos por el invariable aliento de su profunda fe católica que inspiró todos sus actos.

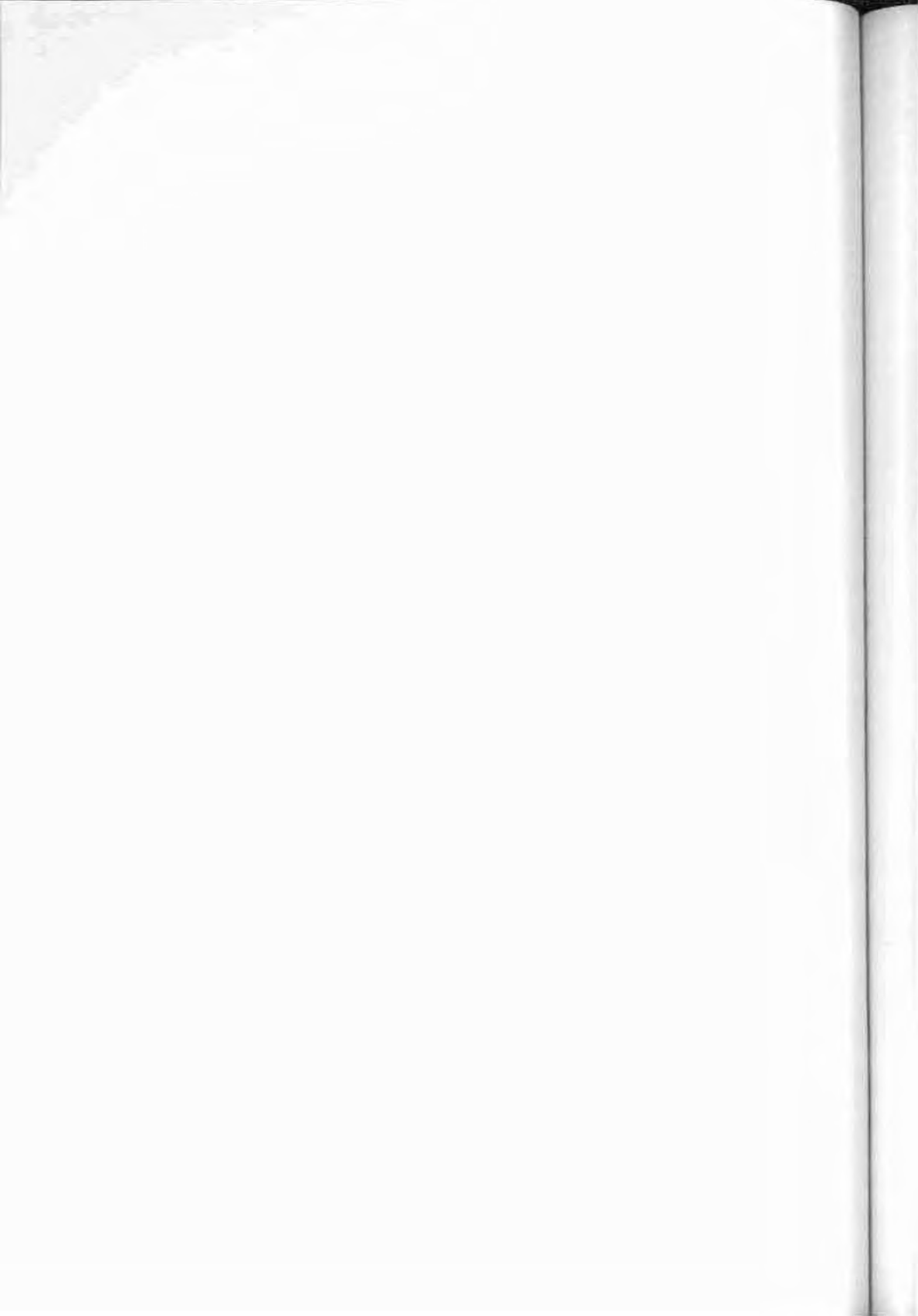
Quede así expresado el homenaje y recuerdo que en la Academia se mantiene del Dr. José Manuel Saravia.





V

PREMIO ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO  
Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES



*Palabras del académico Presidente Dr. José Domingo Ray en el  
acto público de entrega del Premio Academia Nacional de  
Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*

Como señalé al abrir el acto, esta Corporación, cumpliendo con lo dispuesto en su estatuto, otorga premios. El de "Estímulo" sobre temas que se eligen periódicamente y el "Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires" a la obra seleccionada entre las publicadas en los dos últimos años. A fin de otorgar este premio se designó un Jurado integrado por los Dres. Jaime Anaya, Jorge Bustamante Alsina, Juan Carlos Cassagne y Enrique Ramos Mejía.

El Jurado entendió que debía otorgarse a una obra integral y en este sentido seleccionó la obra de Rafael Sajón, "Derecho de Menores".

El autor, a quien conozco desde mi época de estudiante, en la siempre recordada Facultad de la calle Las Heras, dedicó gran parte de su vida al estudio de los problemas de los menores y el fruto de esta labor es la obra seleccionada por el Jurado.

No puedo dejar de destacar que entre los libros más calificados que se presentaron, se encuentra el Tomo Segundo de "Hechos y Actos Jurídicos" del Dr. Roberto Brebbia, con el que completa su obra sobre ese tema, iniciada 10 años atrás. Dado el valor de ese libro, por unanimidad, la Academia decidió otorgarle una distinción especial.

El plenario de la Corporación, al aprobar el dictamen del Jurado, otorgó el premio "Accesit" a la obra de Ricardo Luis Lorenzetti, por su trabajo "Las Normas Fundamentales de Derecho Privado" y una mención especial a las Dras. Dolores Loyarte y Adriana E. Rotonda, por su libro titulado "Procreación Humana Artificial: un Desafío Bioético".

En nombre de la Academia entrego las distinciones y felicito a los premiados por sus obras, con las que unos coronan una vida dedicada al estudio y otros nos permiten augurar nuevos aportes para la bibliografía jurídica de la Argentina.

VI

DECLARACIONES



## CONSEJO DE LA MAGISTRATURA

La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires considera necesario formular una declaración con referencia al proyecto de ley sobre la organización del Consejo de la Magistratura.

Oportunamente esta Academia emitió un dictamen destacando su preocupación por el incumplimiento del plazo fijado en la Constitución para poner en funcionamiento el Consejo de la Magistratura.

En ese dictamen se sostuvo que el Consejo integra el Poder Judicial de la Nación y que el criterio de idoneidad y de prescindencia política debía presidir su constitución.

El Honorable Senado de la Nación ha sancionado el proyecto de ley que ha pasado en revisión a la Honorable Cámara de Diputados. En este proyecto, si bien se reconoce que el Consejo de la Magistratura integra el Poder Judicial de la Nación, se dispone que estará integrado por un número excesivo de miembros (23), predominando quienes representen a los poderes políticos, Poder Legislativo (8) y Poder Ejecutivo (2), y que los representantes del sector académico y científico (3) deben ser profesores titulares de cátedras universitarias, designados por el Honorable Senado de la Nación.

La Academia reitera su dictamen en el sentido de que para la integración del Consejo debe privar el criterio de idoneidad y de prescindencia política, resguardando la separación de poderes, lo que no



se cumple si la mayoría de los miembros serán designados por los poderes políticos, quebrándose así el objetivo de "asegurar la independencia de los jueces" que consagra el artículo 114, apartado 6, de la Constitución Nacional.

Por último, importa señalar que suscribieron una declaración en el sentido expuesto por esta Academia los colegios profesionales y los representantes del Poder Judicial y es lamentable que ello no se haya tenido en cuenta en el proyecto del Honorable Senado de la Nación.

Por ello, cabe esperar que la Honorable Cámara de Diputados rectifique ese criterio cuando considere el proyecto de ley aprobado por el Senado.

Buenos Aires, 25 de abril de 1996

VII

MEMORIA Y BALANCE



## MEMORIA 1996

Señores académicos:

Someto a la consideración de la Academia la memoria y el balance del período ordinario 1996, cumpliendo así con lo dispuesto en el art. 28 del estatuto.

### *1. Sesiones de la Academia*

La Academia celebró dieciocho sesiones ordinarias, de las cuales cuatro fueron de carácter público, y una de carácter extraordinario, el 28 de marzo, destinada a la consideración del balance y la memoria correspondientes al ejercicio del año 1995, así como también el presupuesto para el año 1996, todo lo cual fue aprobado por unanimidad.

La memoria fue publicada y distribuida en los círculos académicos y profesionales.

En esa sesión extraordinaria se dejó constancia de que la Presidencia y la Mesa Directiva siguieron con preocupación las alternativas del proyecto de ley de organización del Consejo de la Magistratura que prevé el art. 114 de la Constitución Nacional. A ese respecto se decidió formular una declaración pública que ratificaba la anterior del 31 de agosto de 1995, la que fue aprobada el 25 de abril siguiente y que se reproduce más adelante. Es de lamentar que todavía no se haya sancionado la ley reglamentaria de ese organismo, cuyo funcionamiento reviste fundamental importancia en orden a la designación de los jueces y a la buena administración de justicia.

En las actas de cada sesión se da cuenta de lo resuelto con respecto a los puntos del orden del día e interesa señalar que los académicos dialogaron después de cada una de las comunicaciones, sobre las que se informa en esta memoria y,

además, se pronunciaron sobre todos los temas en que se requirió la decisión del Cuerpo.

#### Sesiones públicas:

##### *Incorporación del doctor Hugo Caminos*

La primera sesión pública del año, celebrada el 11 de julio, fue dedicada a la incorporación formal del doctor Hugo Caminos quien ocupa el sillón que tiene como patrono al doctor Eduardo Acevedo,

Tuvo a su cargo el discurso de recepción el académico doctor Alberto Rodríguez Galán quien, a través de una excelente síntesis, destacó las condiciones del recipiendario y reseñó asimismo su trayectoria universitaria, su vinculación con Hans Kelsen, su dedicación al derecho internacional, en el país y fuera de él, tanto en la docencia como en la diplomacia.

El nuevo académico sucede a José María Ruda, ex-Juez y Presidente de la Corte Internacional de Justicia.

El doctor Caminos, después de extenderse en el elogio de su antecesor, disertó sobre "La intervención humanitaria ante el derecho internacional" y su trabajo se ha incorporado a los "Anales" y se está difundiendo la separata correspondiente.

##### *Homenaje a los doctores Mariano J. Drago e Isidoro Ruiz Moreno*

La segunda sesión pública, llevada a cabo el 22 de agosto, se dedicó al homenaje a los académicos fallecidos doctores Mariano J. Drago e Isidoro Ruiz Moreno y exaltaron sus personalidades los académicos doctores Alberto Rodríguez Varela y Juan Carlos Cassagne, quienes fueron sus sucesores en los sillones que tienen como patronos, respectivamente, a Luis María Drago y Antonio Bermejo.

El doctor Rodríguez Varela destacó con especial énfasis la intervención del doctor Drago en el juicio político que se siguió a la mayoría de los integrantes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en 1947, su conducta cívica sin claudicaciones y su labor en el ámbito del derecho internacional. Puntualizó que fue Vicepresidente de la Academia, cargo que ejercía al ocurrir su fallecimiento, y que sus condiciones fueron puestas de manifiesto en el acto del sepelio por el entonces Presidente Atilio Dell'Oro Maini.

El doctor Cassagne, al recordar la personalidad del doctor Isidoro Ruiz Moreno, mencionó que fue Vicepresidente y Presidente de la Academia. Destacó su carrera, primero como estudiante universitario que culminó con la obtención de la medalla de oro y, luego, como profesor, al continuar la trayectoria de su padre.

Isidoro Ruiz Moreno contribuyó al estudio de una nueva rama de las ciencias jurídicas, la referente al derecho aeronáutico, para dedicarse luego al derecho internacional, primero como profesor adjunto y después como titular, volcando sus conocimientos en las funciones que desempeñó en el Ministerio de Relaciones Exteriores y en las conferencias internacionales a las que concurrió como representante argentino.

Por último, destacó su conducta como juez y frente a las vicisitudes que debió afrontar durante los años en que ejerció ese cargo y el de profesor de la Universidad de Buenos Aires.

### *Homenaje a los doctores José Manuel Saravia, Héctor P. Lanfranco y Margarita Argúas*

La última sesión pública fue dedicada al recuerdo de estos tres miembros de nuestra Corporación, de quienes se cumplían 10 años de su fallecimiento.

El académico Dr. Jorge A. Aja Espil trazó la semblanza de Héctor P. Lanfranco, señalando que nació con el siglo, en la ciudad de La Plata, donde transcurrió la primera parte de su vida como estudiante y en el ejercicio profesional, después de su graduación, a los 20 años de edad, con el más alto promedio de su promoción.

Puntualizó que su carrera docente se inició en 1933 en la Facultad de Derecho de Buenos Aires para coronarla como profesor titular y que se incorporó en 1968 a la Academia, en la cual se desempeñó como Secretario durante la presidencia del doctor Isidoro Ruiz Moreno.

Recordó el doctor Aja Espil que el tema del federalismo fue objeto de meditados estudios del doctor Lanfranco, quien destacó como protagonistas de la historia constitucional a Alberdi, Sarmiento, Gutiérrez, Frías, Joaquín V. González y González Calderón, entre otros, y resaltó sus aportes en la formación de la doctrina constitucional argentina.

Al académico Félix A. Trigo Represas le correspondió hacer el elogio de Margarita Argúas, a quien calificó como una mujer sobresaliente que descolló en la docencia, en la profesión y en la magistratura, tanto como miembro de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil como en nuestro tribunal supremo.

Se recibió de abogada en 1926 y su tesis, "La regla locus regit actum en la legislación civil y jurisprudencia argentina", con la que se doctoró en leyes, fue recomendada al Premio "Facultad" y recibió el *Accesit*.

Representó a la República en numerosas conferencias diplomáticas y privadas y fue la primera mujer que integró la Corte Suprema de Justicia de la Nación y presidió la International Law Association.

Recordó Trigo Represas que - como dijera Marco Aurelio Risolia en el acto del sepelio - su nombre quedará inscripto en las tablas de honor por todas sus virtudes que puso de manifiesto a lo largo de su vida.

José Manuel Saravia fue evocado por el Vicepresidente de esta Academia, el doctor Roberto Martínez Ruiz, quien recordó su trayectoria en Córdoba, su ciudad natal, en el Colegio Monserrat, en la docencia secundaria y en la universitaria y como Secretario General de la Gobernación.

En la Universidad de Buenos Aires fue profesor adjunto, en la cátedra a cargo del doctor Jesús H. Paz y en el año 1956 fue designado titular de una de las cátedras de Contratos.

Se desempeñó como Subsecretario del Ministerio de Educación y, en 1959, se incorporó a nuestra Corporación, en el sitio que tiene por patrono a Mariano Moreno.

El entonces Presidente de la Academia, doctor Atilio Dell'Oro Maini, expresó que en el doctor Saravia se multiplicaban los imponderables méritos que llevaron a su designación y que fueron puestos de manifiesto por el académico doctor Pablo Calatayud en su discurso de recepción en el año 1960. Martínez Ruiz se refirió a conceptos fundamentales de sus conferencias sobre "El Derecho ante la aceleración de la historia" y al retirarse de la cátedra de la Facultad de Buenos Aires.

Las brillantes exposiciones de quienes tuvieron a su cargo la evocación de los académicos se publicarán en los "Anales" y, como es habitual, se distribuirá la correspondiente separata.

#### *Conferencia sobre responsabilidad por contaminación por hidrocarburos*

El 10 de setiembre, en la tercer sesión pública, tuve a mi cargo exponer sobre la responsabilidad por contaminación ambiental, centrandome en la que se produce en el caso de accidentes que derivan en derrames de hidrocarburos y los consiguientes daños. Hice especial mención de los accidentes y daños causados por los buques "Torrey Canyon" ( 1967 ), "Amoco Cádiz" ( 1978 ), y "Exxon Valdez" ( 1990 ) y a las conferencias de 1969, 1971, 1984 y 1992 que culminaron con las Convenciones sobre responsabilidad civil y la creación de un Fondo Internacional para complementar las indemnizaciones que el primer convenio pone a cargo de los propietarios de los buques.

Me limité a exponer un panorama del tema y de esas Convenciones, en razón de que la industria petrolera y los transportadores están interesados en que la Argentina adhiera a esas Convenciones internacionales porque en febrero de este año finalizaban los dos convenios privados, TOVALOP y CRISTAL, que



encaraban las indemnizaciones que debían abonar los propietarios de buques tanques y los titulares de la carga.

La sesión pública contó con la presencia del Director del Fondo Internacional, Sr. Mans Jacobsson, quien concurrió invitado al país por el Ministerio de Relaciones Exteriores para difundir la obra del organismo que dirige.

## *II. Reuniones de Mesa Directiva*

Como es tradicional, se celebraron, semanal o quincenalmente, las reuniones de Mesa Directiva para intercambiar puntos de vista sobre la labor académica y resolver lo encomendado por el Cuerpo y sobre aspectos administrativos.

## *III. Comunicaciones y publicaciones*

Como es costumbre en nuestra Academia, en las sesiones ordinarias privadas se desarrollaron los temas seleccionados por el académico a cargo de la exposición y, posteriormente, se generó un diálogo con intervención del relator y la mayoría de los académicos presentes.

Se han publicado o se publicarán las correspondientes separatas, difundándose así uno de los aspectos importantes de la labor de la Academia.

Seguidamente se mencionan los académicos a cargo de las comunicaciones y el tema de cada una de ellas.

Lino Enrique Palacio: "La pretensión de amparo en el proyecto de ley reglamentaria sancionado por el Senado de la Nación".

Juan Carlos Cassagne: "Sobre la protección ambiental".

Jorge Bustamante Alsina: "Las nuevas tecnologías biomédicas frente a la ética y el derecho".

Jaime Luis Anaya: "Sindicación de acciones".

Guillermo A. Borda: "Libertad y derecho".

Augusto Mario Morello: "La ciudad de La Plata y su contribución a las instituciones jurídicas" y "La suerte del amparo y la acción civil pública".

Alberto Rodríguez Varela y Jorge Reinaldo Vanossi: "El derecho de resistencia".

Félix A. Trigo Represas: "Protección de usuarios y consumidores".

Miguel S. Marienhoff: "El poder de policía y el control de seguridad en las vías públicas. Responsabilidad del Estado por omisión. Un caso de jurisprudencia".

Antonio Vázquez Vialard: "Los recientes cambios normativos y culturales en materia de derecho del trabajo en la Argentina".

El académico Jorge M. Mayer escribió sobre "Los posibles antídotos de la crisis" y la editorial Abeledo-Perrot tiene en imprenta el libro de homenaje al doctor Marco Aurelio Risolfa.

Asimismo, se publicó la obra del Instituto de Derecho Civil de la Academia, titulada "La reforma constitucional de 1994 y su incidencia en el derecho civil".

#### *IV. El Consejo de la Magistratura*

En la sesión del día 25 de abril de 1996 fue aprobada la Declaración que se transcribe:

"La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires considera necesario formular una declaración con referencia al proyecto de ley sobre la organización del Consejo de la Magistratura.

"Oportunamente esta Academia emitió un dictamen destacando su preocupación por el incumplimiento del plazo fijado en la Constitución para poner en funcionamiento el Consejo de la Magistratura.

"En ese dictamen se sostuvo que el Consejo integra el Poder Judicial de la Nación y que el criterio de idoneidad y de prescindencia política debía presidir su constitución.

"El Honorable Senado de la Nación ha sancionado el proyecto de ley que ha pasado en revisión a la Honorable Cámara de Diputados. En este proyecto, si bien se reconoce que el Consejo de la Magistratura integra el Poder Judicial de la Nación, se dispone que estará integrado por un número excesivo de miembros (23), predominando quienes representen a los poderes políticos, Poder Legislativo (8) y Poder Ejecutivo (2), y que los representantes del sector académico y científico (3) deben ser profesores titulares de cátedras universitarias, designados por el Honorable Senado de la Nación.

"La Academia reitera su dictamen en el sentido de que para la integración del Consejo debe privar el criterio de idoneidad y de prescindencia política, resguardando la separación de poderes, lo que no se cumple si la mayoría de los miembros serán designados por los poderes políticos, quebrándose así el objetivo de 'asegurar la independencia de los jueces' que consagra el artículo 114, apartado 6, de la Constitución Nacional.

"Por último, importa señalar que suscribieron una declaración en el sentido expuesto por esta Academia los colegios profesionales y los representantes del Poder Judicial y es lamentable que ello no se haya tenido en cuenta en el proyecto del Honorable Senado de la Nación.

"Por ello, cabe esperar que la Honorable Cámara de Diputados rectifique ese criterio cuando considere el proyecto de ley aprobado por el Senado".

## V. *Mediación*

Se publicaron las notas enviadas a la Honorable Cámara de Diputados y a su Comisión de Justicia, el dictamen de la Comisión constituida para opinar sobre el proyecto de ley y un apéndice con respecto a una propuesta que presenté años atrás y que reiteraré en la sesión en que se comentó un proyecto del Ministerio de Justicia sobre tribunales colegiados de única instancia. En este agregado se destacaba la conveniencia de que, en la misma instancia judicial, se desempeñasen colaboradores encargados de encauzar los procedimientos y cuya labor podría concretarse no sólo en la mediación para poner punto final al litigio, sino en la posibilidad de reducir las pruebas y eliminar los posibles incidentes, ya que cuando no fuere factible un acuerdo definitivo en algunos casos podría obtenerse una solución en el aspecto procesal a fin de aliviar la demora en la tramitación de los juicios, circunstancia que se traduciría en una mejora en la administración de justicia.

## VI. *Homenajes a los académicos fallecidos*

Tradicionalmente, el homenaje se realizaba al cumplirse cien años del nacimiento y se resolvió que su recordatorio fuera a los diez años de su fallecimiento para procurar la mayor presencia de sus familiares y contemporáneos.

En las sesiones ordinarias públicas se rindieron los homenajes de que se informó precedentemente.

## VII. *Premios de la Academia*

Para la adjudicación del Premio "Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires" se designó un jurado compuesto por los señores académicos doctores Enrique Ramos Mejía, Jorge H. Bustamante Alsina, Jaime Luis Anaya y Juan Carlos Cassagne.

El Jurado propuso y la Corporación aprobó el dictamen otorgándole el Premio "Academia" a la obra del doctor Rafael Sajón, "Derecho de Menores", y el "Accesit" a la obra de Ricardo Lorenzetti, "Normas fundamentales del derecho privado", y una mención especial a la titulada "Procreación humana artificial: un desafío bioético" de Dolores Loyarte y Adriana Rotondo.

En oportunidad de aprobarse el dictamen, a propuesta de la Mesa Directiva y con la conformidad expresa de los miembros del jurado, por unanimidad, se otorgó una distinción especial al libro del doctor Roberto Brebbia, que constituye un excelente comentario a textos del Código Civil y es el segundo tomo de su obra sobre "Hechos y Actos Jurídicos".

El premio "Estímulo Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires" sobre el tema "Los Tratados de integración y la Constitución Nacional" fue acordado al trabajo del doctor Fernando José Caferatta, de acuerdo con el dictamen del jurado compuesto por los doctores Elías P. S. Guastavino, Jorge A. Aja Espil, Carlos Manuel Muñiz, Eduardo Aguirre Obarrio y Jorge Reinaldo Vanossi.

### *VIII. Informes de los Institutos*

#### *Instituto de Derecho Administrativo*

Bajo la dirección del señor académico doctor Miguel S. Marienhoff y del señor académico doctor Juan Carlos Cassagne, como subdirector, el Instituto de Derecho Administrativo llevó a cabo diversas sesiones de trabajo donde, entre todos sus integrantes, se analizaron diversas cuestiones vinculadas a esta rama del derecho público.

Se inició la actividad con una disertación del doctor Armando E. Canosa sobre el tema "La regulación legal del amparo a partir de la reforma constitucional". En la segunda reunión, el doctor Carlos A. Vallefín expuso sobre "El amparo desde la jurisprudencia a la Constitución" y en la siguiente, el doctor Alberto B. Bianchi trató el tema "La cláusula ambiental en la Constitución Nacional".

Cabe destacar, finalmente, la incorporación del doctor Eduardo Mertehikian quien disertó en la última sesión del año sobre el tema "Leyes de presupuesto y modificaciones del orden jurídico general".

#### *Instituto de Derecho Civil*

El Instituto de Derecho Civil se ha ocupado este año del tema de la incidencia de la reforma constitucional de 1994 en el Derecho Civil, y se ha publicado sobre ello un libro en el que han colaborado los doctores José Julián Carneiro sobre "La Constitución de 1994 y el contrato"; María Luisa Casas de Chamorro Vanasco sobre "El consumidor en la contratación moderna"; José María Gastaldi sobre "La reforma constitucional de 1994 y el contrato"; Ernesto E. Nieto Blanc sobre "El Derecho al nombre en las Convenciones Internacionales con jerarquía constitucional. Incidencia sobre la legislación del país en la materia"; Marcelo Urbano Salerno sobre "El Mercosur ante la nueva constitución; la armonía legislativa interna"; Félix Alberto Trigo Represas sobre "La protección al consumidor en nuestro país, a la luz de los nuevos textos constitucionales"; miembros todos ellos del Instituto.

Tal como fuera acordado durante el ciclo de 1995, se continuó durante 1996 con la práctica de las reuniones con periodicidad fija, los terceros jueves de cada mes. La primera, tuvo carácter preparatorio e introductorio y se celebró en marzo, intercambiándose opiniones sobre los temas que podrían abordarse con preferencia. Sin perjuicio de la libertad de opción por otras materias que siempre queda abierta para los señores miembros, la dirección sugirió el desarrollo de exposiciones vinculadas con la conveniencia de introducir reformas a la legislación societaria y sus alcances o sobre aspectos singulares de la ley que requieren modificaciones.

En la misma sesión inicial, realizada el 21 de marzo, el doctor Edgar I. Jelonche disertó sobre el fideicomiso financiero, explicando los orígenes del instituto y sus aplicaciones en el derecho comparado, las relaciones entre fiducia, fideicomissum, use y trust, la regulación introducida por la ley 24.441 y las aplicaciones concretas que alcanza en el ámbito financiero tales como la titulización, los fondos comunes de inversión inmobiliaria, el fondo fiduciario de capitalización bancaria.

En abril, el doctor Julio César Otaegui abordó panorámicamente la cuestión de la reforma legislativa societaria, describiendo las tendencias que se habfan puesto de manifiesto con los diversos proyectos que la encaran desde la visión de una codificación unificada del derecho privado.

El doctor Mariano Gagliardo fue el expositor en la sesión de mayo efectuando consideraciones que tuvieron especialmente en cuenta la problemática de la sociedad anónima.

El análisis de las controversias suscitadas por los aportes irrevocables a cuenta de futuras emisiones de acciones, que carece de regulación legal, fue abordado por el doctor Angel D. Vergara del Carril.

Un tema de actualidad y escasamente conocido en nuestro medio fue elegido por el doctor Guillermo E. Ragazzi para su participación en el mes de agosto, abordando la conveniencia de una disciplina específica para las llamadas sociedades anónimas deportivas y efectuando una exposición crítica de los lineamientos que le dispensa un proyecto de ley del deporte. Dicho estudio fue presentado a la Academia para su publicación.

En setiembre se efectuaron dos disertaciones de sumo interés. La primera estuvo a cargo del doctor Carlos S. Odriozola, quien se refirió a los concursos en caso de agrupamiento y, en la segunda, el doctor Eduardo A. Roca se ocupó de las sociedades constituidas en el extranjero, con especial referencia al alcance de la irregularidad en que puede estar incurso la que actúa omitiendo inscribirse en el Registro Público de Comercio y a la situación de los representantes de esas sociedades. Fue un anticipo de un trabajo que publicará durante el año en curso.

Por una iniciativa del doctor Osvaldo Gómez Leo, los miembros del Instituto fueron invitados para que en el día correspondiente a la sesión del mes de octubre concurriesen a la Universidad Austral en la que el director disertaría sobre el arbitraje en los conflictos endosocietarios.

La última reunión del Instituto se realizó en noviembre, ocasión en la que el doctor Mario Pedro Giraldi expuso sobre los abusos de minorías en las sociedades anónimas y el doctor Guillermo E. Ragazzi lo hizo sobre los nuevos ámbitos de actuación de las fundaciones.

Gran pesar originó en sus colegas el fallecimiento del distinguido miembro de este Instituto profesor doctor Juan Carlos F. Morandi, de tan destacada actuación en la docencia y la magistratura, y autor de obras de singular nivel en materia de seguros y empresas de seguros.

### *Instituto de Derecho Internacional y de la Navegación*

En el Instituto de Derecho Internacional y de la Navegación a mi cargo, el doctor Bartoletti informó sobre la Conferencia convocada por la Organización Marítima Internacional celebrada en Londres del 15 de abril al 3 de mayo, en la que se aprobó la Convención Internacional sobre el transporte de mercaderías nocivas y peligrosas.

También mantuvimos reuniones, en el Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, con el Consejero Legal Dr. Orlando Rebagliatti sobre la posibilidad de aprobar la Convención sobre asistencia y salvamento y sobre la visita a la Argentina del director del Fondo internacional para la compensación de daños causados por accidentes y la consiguiente contaminación por hidrocarburos, señor Mans Jacobsson. Estuvimos reunidos con este especialista y culminó su visita en oportunidad de la Conferencia en la sesión pública que mencionamos precedentemente y cuya exposición se reproducirá en la correspondiente separata.

La Academia aprobó la incorporación de la doctora Edith Schelleberg como nuevo miembro del Instituto y su colaboración se podrá apreciar en el curso de este año.

Personalmente concurrimos a algunas de las reuniones que realiza la Comisión de Derecho Internacional en el seno del Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales y a las del Ministerio de Relaciones Exteriores con motivo del decenio dedicado al derecho internacional.

En la última sesión del año se acordó encomendar a este Instituto la preparación de una declaración sobre el tema de los "Hielos Continentales Patagónicos", cuestión que ha motivado una polémica en el país con motivo del envío al Congreso del Tratado de 1991 y su protocolo complementario.



## *IX. Enseñanza del Derecho*

Se constituyó una Comisión que integran los doctores Federico N. Videla Escalada, Lino E. Palacio, Juan Carlos Cassagne, Jaime L. Anaya, Jorge Vanossi y quien suscribe para elaborar un trabajo y obtener el pronunciamiento de la Academia en su oportunidad.

En las reuniones celebradas por la Comisión, de las que se informó al plenario, sus miembros se hicieron cargo del hecho de que la universidad argentina enfrenta una de las más graves crisis que le ha tocado vivir a lo largo de su historia. Las causas de esta situación son múltiples y variadas, entre las que cabe puntualizar los cambios institucionales, la formulación de erradas políticas universitarias, su aplicación en el plano administrativo y docente y la proliferación de universidades, a las que por lo general es ajena la preocupación por exigir el más alto nivel de la educación y selección para formar los distintos claustros y, en especial, el docente.

La configuración de una facultad de masas está lejos de contribuir a los fines de la propia formación universitaria y de las necesidades del país, y conduce en última instancia a la proletarización de sus egresados y, por lo tanto, de la profesión.

El trabajo de la Academia tendrá por finalidad presentar unas reflexiones que podrán ser tenidas en cuenta para elaborar uno o varios planes sobre la enseñanza del derecho a nivel universitario.

El problema de la enseñanza en las facultades de derecho se encuentra vinculado con la organización de las universidades y con las necesidades de la sociedad en cuanto al tiempo exigible para graduarse, número de profesores y de profesionales y requerimientos locales. Este es un aspecto del tema en estudio que no puede marginarse.

No se trata de adoptar un punto de partida que excluya otras alternativas, pero se encuentra comprometida la exigencia de superar una situación que debe encararse con seriedad y al margen de toda política minúscula que prescindiera de la realidad social y olvide el grado de excelencia que progresivamente debe alcanzarse en los estudios universitarios.

La función de la universidad se cumple a través del cuerpo docente, sobre el cual recae la responsabilidad del nivel que deben exhibir los estudios universitarios.

De allí que la cátedra universitaria debe estar reservada a quienes acrediten aptitud y vocación por el estudio y el mantenimiento de la categoría docente debe ser puesto a prueba a lo largo del desempeño en los distintos grados en que corresponde dividir la carrera docente y profesoral.



A ese efecto la Comisión considerará los distintos temas que deben ser materia de análisis en lo que hace a las facultades de derecho:

1.- Ingreso a la Universidad:

- a) Irrestringido.
- b) Curso de ingreso o ciclo básico
- c) En la universidad, en el colegio secundario o por organismos independientes.
- d) Curso básico general o específico.

2.- Orientación profesional o académica:

Naturaleza del título; ¿ debe ser sólo académico o también habilitante para el ejercicio de la profesión ?

3.- Plan de estudios:

- a) Depende en gran parte del pronunciamiento con respecto a los temas 1 y 2.
- b) Ciclos básicos o profesionales orientados.
- c) Materias que deben incluirse, en cada uno de ellos.

4.- Métodos de enseñanza:

- a) Clases magistrales y prácticas.
- b) Cursos limitados con independencia o complementarios de las clases magistrales.
- c) Enseñanza teórico-práctica.
- d) Seminarios complementarios.

5.- Métodos de promoción:

- a) Por concepto.
- b) Con exámenes parciales, finales, orales y escritos.

6.- Distintos criterios de evaluación.

7.- Doctorado y posgrado.

## *X. Congreso de Academias Jurídicas Hispanoamericanas*

Concurrimos con el doctor Jorge Reinaldo Vanossi al Congreso convocado por la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid que se realizó entre los días 8 y 12 de octubre de 1996.

Este es el segundo Congreso Hispanoamericano organizado por la Academia madrileña porque el anterior fue en 1892, en celebración del cuarto centenario del descubrimiento de América. Para este Congreso de 1892, entre otras personalidades fue designado presidente de honor el Dr. Luis Sáenz Peña, quien ejercía en ese momento la más alta magistratura de la República Argentina.

En el Congreso de este año fue presidente de honor S.A.R. don Felipe de Borbón y Grecia.

Cabe destacar la organización del Congreso y las atenciones que recibieron todos los concurrentes, así como las tareas realizadas con respecto a los temas que se analizaron en el curso de las deliberaciones, de todo lo cual se dará cuenta en el libro que la Real Academia de Madrid publicará.

Mención especial cabe hacer sobre la conferencia del Dr. Díez- Picazo y Ponce de León sobre "Contrato y libertad contractual".

El doctor Vanossi y el suscrito nos dedicamos al Foro sobre "Naturaleza Jurídica de las Academias" correspondiéndome presidir algunas de las sesiones y sintetizar en una exposición el trabajo sobre "Misión de las Academias" del cual se publicará la correspondiente separata. Es oportuno señalar que las conclusiones de este Foro coincidieron con el punto de vista de este trabajo y el del doctor Vanossi en una de sus intervenciones.

Teniendo en cuenta que en el mes de febrero se realizará un encuentro, en Galicia, de academias españolas y que concurrirá el Presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, el doctor Luis Moisset de Espanés, por intermedio de quien se nos formuló el pedido de adhesión al Foro de Academias aprobado en la reunión celebrada por la Real Academia Nacional de Granada, le hice conocer el punto de vista de nuestra Academia. En el plenario se aprobó mantener una estrecha colaboración e intercambio de publicaciones, pero no hubo acuerdo con respecto a la creación de una nueva entidad y con designación de autoridades tal como lo resolvió el Foro aprobado en Granada. Esta reserva se debe a la posición que siempre ha mantenido la Academia en el orden nacional e internacional.

### *XI. Designación para ocupar el sillón "Aristóbulo del Valle"*

La doctora Aída Kemelmajer de Carlucci fue nominada para ocupar la vacante existente por el fallecimiento de quien fuera Presidente de la Academia en dos períodos: 1979-1982 y 1986-1989, el doctor Marco Aurelio Risolía.

La doctora Kemelmajer de Carlucci es actualmente miembro del Superior Tribunal de Mendoza. Asistió a la última sesión del año y comprometió su presencia en el futuro. Pronunciará su conferencia de incorporación en sesión pública, en fecha a designar, en el primer semestre del año en curso.

### *XII. Inmueble de Av. Quintana 585*

Se suscribió el contrato de comodato del inmueble de propiedad de nuestra Academia, con la Academia Nacional de Ingeniería, por el término de tres años. Se regularizó así la situación existente y se estimó conveniente formalizar la misma en un todo de acuerdo con las normas del Código Civil, conviniéndose que el pago de las expensas estará a cargo de la Academia Nacional de Ingeniería.

### *XIII. Biblioteca*

Se ha organizado la biblioteca, habiéndose donado los libros y revistas de los cuales había más de un ejemplar y está en elaboración un catálogo con todos los libros registrados en el fichero que se puso al día. Además se planea la forma de brindar la posibilidad de consulta por parte de académicos y profesores.

Se renovó el contrato con la doctora Rezk quien es bibliotecaria y realiza las tareas que periódicamente se le encomiendan.

### *XIV. Donación del señor académico doctor Enrique Ramos Mejía*

Con destino a la biblioteca de la Academia, el doctor Ramos Mejía entregó un aporte bibliográfico que perteneciera a su abuelo.

Se trata de los apuntes tomados por el doctor Juan Rayces del Curso de Derecho Criminal dictado por el Dr. Carlos Tejedor en la Universidad del Estado de Buenos Aires en 1857/58. Se agradeció al doctor Ramos Mejía la donación efectuada.

## *XV. Vinculación con otras instituciones*

### a) Fundación Miguel Lillo

La Fundación Miguel Lillo con sede en la ciudad de Tucumán nos designó miembro de la Institución y el diploma fue entregado el 15 de mayo, en la sede de la Academia de Ciencias de Buenos Aires, juntamente con otros recipiendarios de esa distinción que, por otra parte, les fue otorgada tiempo atrás a otros miembros de nuestra Corporación.

### b) Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires

La Mesa Directiva ha mantenido estrecha comunicación con el Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires concurriendo a reuniones en las que se consideró la constitución del Consejo de la Magistratura, la información que se puede obtener sobre trámites judiciales y, en especial, en la celebración del día del Abogado. En esta ocasión se entregaron distinciones al doctor Enrique Ramos Mejía conmemorando sus 60 años de haber obtenido su graduación, a los doctores Juan R. Aguirre Lanari, Jorge A. Aja Espil y Horacio A. García Belsunce, por sus 50 años de abogados y al suscripto por los 50 años como socio del Colegio.

### c) Congreso Internacional del International Ombudsman Institute

La ceremonia de apertura tuvo lugar el día 20 de octubre en el Teatro Colón a la que en representación de la Academia asistió el señor académico Horacio A. García Belsunce. En el acto de referencia hicieron uso de la palabra el Defensor del pueblo de la Nación Argentina, el Presidente del Instituto Internacional del Ombudsman y el Ministro del Interior en representación del Presidente de la Nación.

### d) Próxima reunión conjunta con la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y labor para el año en curso

De acuerdo con lo considerado en las últimas sesiones del año, el suscripto estuvo en comunicación con el Presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, doctor Luis Moisset de Espanés, y le adelantó la propuesta de un tema de interés general para los académicos y que la reunión

debería concretarse en el segundo semestre del año para preparar con tiempo las comunicaciones y las exposiciones orales de los académicos que se designen por parte de cada una de las Academias.

e) Reuniones de Presidentes de Academias Nacionales tradicionales

Después de las reuniones informales que se realizaban mensualmente, se concretó la propuesta de que serían al comienzo y finalización de cada año, sin perjuicio de la convocatoria que cualquiera de los Presidentes haría, cuando considere que existe un tema de importancia e interés general.

En la última sesión del año, a la que concurrió el académico Vicepresidente, se decidió que en el año en curso se realizaría un acto de homenaje al Dr. Bernardo Houssay, con motivo de cumplirse cincuenta años de habersele otorgado el Premio Nobel de Medicina.

*XVI. La labor para el año en curso*

Además de lo que se informa precedentemente la Presidencia requirió a los señores académicos que hicieran conocer los temas y las fechas de las comunicaciones y conferencias públicas para el año en curso y algunos ya han presentado los temas de las mismas.

*XVII. Labor realizada y distinciones recibidas por los señores académicos*

a) Homenaje al doctor Segundo V. Linares Quintana

Se dio lectura de la carta que le envió la Presidencia al doctor Linares Quintana con motivo de cumplir cuarenta años de su incorporación académica y la obtención con anterioridad de los premios de la Academia "Nazar Anchorena" y "Terry". Se destacó su trayectoria en la Corporación, que presidió en el período 1983-1986, sus conferencias, publicaciones, el Premio Consagración Nacional, así como la labor como profesor universitario que mereció la designación de profesor Emérito de las Universidades Nacionales de Buenos Aires y de La Plata, donde formó numerosos discípulos, algunos de los cuales son miembro de número de esta Academia.

b) Publicación en homenaje al doctor Federico Pinedo

El Dr. Horacio A. García Belsunce, presidente de la Comisión de Homenaje, tuvo a su cargo en representación de nuestra Academia, la publicación de la obra que se realizó juntamente con la Academia Nacional de Ciencias Económicas. Los ejemplares están a disposición de los interesados en la editorial Abeledo Perrot.

c) Distinción al doctor Lino E. Palacio

La Universidad de Buenos Aires, a propuesta del Consejo Directivo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, lo designó Profesor Emérito.

d) Designación del doctor Hugo Caminos en el Tribunal del Mar

Por amplia mayoría de votos el doctor Caminos fue designado miembro del Tribunal, con sede en Hamburgo.

El cargo le requerirá su presencia durante algunos periodos del año, sin perjuicio de lo cual brindará su colaboración a la Academia, como lo hace desde EE.UU. en razón de dictar clases de derecho internacional como profesor invitado de la Universidad de Miami.

e) Premios de la Fundación Konex a miembros de nuestra Academia

Los académicos doctores Miguel S. Marienhoff, Federico N. Videla Escalada, Julio H. G. Olivera, Jorge R. Vanossi y el suscripto fueron designados para integrar el Gran Jurado en "Humanidades" de los Premios Konex, compuesto por veinte miembros de distintas especialidades, y en la sesión del día 10 de setiembre se felicitó a los académicos que recibieron el Diploma al Mérito doctores Segundo V. Linares Quintana, Lino E. Palacio, Julio César Cueto Rúa, Aída Rosa Kemelmajer de Carlucci, Juan Carlos Cassagne, Jaime Luis Anaya, Germán J. Bidart Campos, Jorge Bustamante Alsina, Hugo Caminos, Horacio A. García Belsunce, Elías P. S. Guastavino, Mario Augusto Morello, Félix A. Trigo Represas y Antonio Vázquez Vialard.

Los cinco nominados en primer término fueron también recipiendarios del Konex de Platino.

f) Clase conmemorativa y homenaje al doctor Horacio A. García Belsunce

La Asociación Argentina de Estudios Fiscales le rindió homenaje con motivo de habersele discernido el Diploma al Mérito "Konex", que por primera vez se otorga a la disciplina Derecho Tributario.

A su vez, el doctor García Belsunce, con motivo de cumplir 40 años de su primera clase universitaria, dictó una recordatoria en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires el 17 de abril y publicó el texto de la misma, sobre "La autonomía del derecho tributario".

g) Asistencia a congresos y conferencias

El doctor Jorge Reinaldo Vanossi ha concurrido a varias reuniones internacionales en el exterior, de la Inter-American Bar Association, en Aruba, de la Unión Interamericana de Abogados, en Madrid, y al Congreso de Academias que se mencionó precedentemente.

El doctor Guillermo A. Borda ofreció una conferencia en la Universidad de la ciudad de Trujillo, Perú, acerca de "Consideraciones sobre algunos problemas fundamentales relativos a la responsabilidad médica".

El doctor Federico N. Videla Escalada asistió al Simposio Internacional de Derecho Aeronáutico y Espacial, realizado en marzo de 1996 en Punta del Este, República Oriental del Uruguay.

El doctor Carlos M. Muñiz se entrevistó en el mes de mayo con autoridades académicas y altos funcionarios de los gobiernos de Rusia y Ucrania, con motivo de la realización del seminario "Grupo Económico del Mar Negro-Mercosur". Asimismo el doctor Muñiz participó en Madrid, juntamente con el Ministro de Relaciones Exteriores de España, D. Manuel Matutes, en un seminario realizado en el Instituto Iberoamericano para tratar el tema "Unión Europea-Mercosur" y dar a conocer el libro publicado con motivo del encuentro llevado a cabo en Buenos Aires. Como Presidente del Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales, ha participado en numerosos seminarios sobre temas de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales.

h) Otras designaciones

El doctor Juan Carlos Cassagne fue designado Miembro Honorario del Instituto de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República Oriental del Uruguay.



El doctor Lino E. Palacio fue designado Profesor Consulto de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado.

El doctor Guillermo A. Borda fue designado Presidente Honorario del Instituto de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad del Salvador.

El doctor Julio H. G. Olivera fue designado Profesor Emérito de la Universidad de Buenos Aires. Es Director del Instituto de Investigaciones Económicas de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad de Buenos Aires y Presidente de la Comisión de Doctorado de la misma Facultad.

#### i) Publicaciones

La mayoría de los académicos ha publicado trabajos en revistas sobre temas de su especialidad.

#### *XVIII. Síntesis*

Al concluir esta Memoria debo señalar la contribución importante de los académicos miembros de la Mesa Directiva y del personal administrativo. Cabe una expresión de agradecimiento a los señores académicos que han brindado su tiempo cuantas veces les fue requerido y lo han hecho con la capacidad que traducen sus comunicaciones, sus conferencias y la integración de las Comisiones que se constituyeron a lo largo del año.

Por último, debo señalar que se ha acentuado nuestra preocupación por la marcha de todo lo referente a la enseñanza del derecho, al ejercicio de la profesión, a la seguridad individual y jurídica y a la administración de justicia, por sobre todo ésta, que es esencial para la vigencia del estado de derecho.

Buenos Aires, 19 de marzo de 1997

José Domingo Ray  
Académico Presidente



## BALANCE DEL EJERCICIO 1996

*Nombre de la Asociación:* Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires

*Domicilio:* Avda. Alvear N° 1711 Piso 1° - Capital Federal

*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.

*Fecha de Autorización del Poder Ejecutivo:* 25 de Octubre de 1940

*N° de inscripción en la Inspección General de Justicia:* X - 2045

Balance General al 31 de diciembre de 1996

Iniciado el 1° de enero de 1996



ESTADO DE SITUACIÓN PATRIMONIAL

BALANCE GENERAL AL 31 DE DICIEMBRE DE 1996

ACTIVO

<u>ACTIVO CORRIENTE</u>	\$
Caja y Bancos (Nota 2.1)	5.607,60
Inversiones (Nota 2.2)	451.622,93
Créditos (Nota 2.3)	76,98
Otros Créditos (Nota 2.4)	52,38
Total del Activo Corriente	<u>457.359,89</u>
 <u>ACTIVO NO CORRIENTE</u>	
Bienes de uso (Anexo 1)	49.197,74
Total del Activo no Corriente	<u>49.197,74</u>
 Total del Activo	<u>506.557,63</u>

PASIVO

<u>PASIVO CORRIENTE</u>	\$
Deudas (Nota 3.1)	7.410,00
Total del Pasivo Corriente	<u>7.410,00</u>
 <u>PASIVO NO CORRIENTE</u>	
Previsiones (Nota 3.2)	1.056,18
Total del Pasivo No Corriente	<u>1.056,18</u>
Total del Pasivo	<u>8.466,18</u>
Patrimonio Neto	
Según Estado Respectivo	498.091,45
Total del Pasivo y Patrimonio Neto	<u>506.557,63</u>

Las notas y anexos que se acompañan forman parte integrante de este estado.  
El Informe de Auditor sobre estados contables se adjunta por separado.

ESTADO DE RECURSOS Y GASTOS  
CORRESPONDIENTES AL EJERCICIO  
FINALIZADO EL 31 DE DICIEMBRE DE 1996

RESULTADOS ORDINARIOS

<u>RECURSOS</u>	\$
Para fines generales (Anexo 2)	<u>171.326,84</u>
Total	<u><u>171.326,84</u></u>
<u>GASTOS</u>	
Generales de administración (Anexo 3)	114.507,88
Amortizaciones de Bienes (Anexo 1)	<u>8.006,87</u>
Subtotal	122.514,75
<u>RESULTADOS ORDINARIOS - SUPERÁVIT</u>	48.812,09

Las notas y anexos que se acompañan forman parte integrante de este estado.  
El Informe de Auditor sobre estados contables se adjunta por separado.

ESTADO DE EVOLUCIÓN DEL PATRIMONIO NETO  
AL 31 DE DICIEMBRE DE 1996

Detalle	Capital Suscripto \$	Ajuste del capital \$	Resultados No asignados \$	Total \$
Saldos al inicio	0,000943	122.035,84	327.243,52	449.279,36
Resultado del ejercicio			48.812,09	48.812,09
Saldos al Cierre	0,000943	122.035,84	376.055,61	498.091,45

Las notas y anexos que se acompañan forman parte de este estado.  
El Informe de Auditor sobre estados contables se adjunta por separado.



## ANEXO "1"

## BIENES DE USO AL 31 DE DICIEMBRE DE 1996

Rubros	Valor al inicio	Aumentos	Valor al cierre	Amortizaciones		Neto Resultante
				Acumulada al comienzo	Del ejercicio al Cierre	
Inmuebles	\$ 42.023,54	\$ 42.023,54	\$ 42.023,54	\$ 5.278,11	\$ 930,26	\$ 35.815,17
Muebles y Útiles	\$ 53.482,83	\$ 810,50	\$ 54.293,33	\$ 38.171,72	\$ 5.687,39	\$ 10.434,22
Biblioteca	\$ 16.316,49		\$ 16.316,49	\$ 11.978,92	\$ 1.389,22	\$ 2.948,35
Totales	\$ 111.822,86	\$ 810,50	\$ 112.633,36	\$ 55.428,75	\$ 8.006,87	\$ 49.197,74

Las notas y anexos que se acompañan forman parte de este estado.  
El Informe de Auditor sobre estados contables se adjunta por separado.

ANEXO "2"

RECURSOS ORDINARIOS CORRESPONDIENTES AL EJERCICIO  
FINALIZADO EL 31 DE DICIEMBRE DE 1996

DETALLE	\$
Contribuciones	111.396,00
Venta de Publicaciones	2.934,30
Utilidades Varias	56.996,54
Total	<u>171.326,84</u>

Las notas y anexos que se acompañan forman parte de este estado.

El Informe de Auditor sobre estados contables se adjunta por separado.

ANEXO "3"

GASTOS GENERALES DE ADMINISTRACIÓN CORRESPONDIENTES AL  
EJERCICIO FINALIZADO EL 31 DE DICIEMBRE DE 1996

DETALLE	\$
Sueldo del personal	52.808,95
Cargas Sociales	12.135,87
Mantenimiento y refacciones	8.540,07
Publicaciones	8.970,00
Diversos	<u>32.052,99</u>
Total	<u>114.507,88</u>

Las notas y anexos que se acompañan forman parte de este estado.  
El Informe de Auditor sobre estados contables se adjunta por separado.

ANEXO "4"

COMPARACIÓN DE LOS RECURSOS Y GASTOS DEL EJERCICIO  
CON EL PRESUPUESTO ECONÓMICO APROBADO  
POR EL CUERPO ACADÉMICO EN LA SESIÓN PRIVADA  
DEL 28 DE MARZO DE 1996

	Valor al 03/96	Recursos y Gastos	Desvíos
<b>RESULTADOS ORDINARIOS</b>			
Para fines generales	160.997,88	171.326,84	(10.328,96)
<b>GASTOS ORDINARIOS</b>			
Generales de Administración			
Sueldos y Cargas Sociales	63.080,09	64.944,82	1.864,73
Publicaciones	40.000,00	8.970,00	(31.030,00)
Biblioteca	10.000,00		(10.000,00)
Mantenimiento Edificios	22.917,79	8.540,07	(14.377,72)
Diversos	25.000,00	32.052,99	7.052,99

Las notas y anexos que se acompañan forman parte de este estado.  
El Informe de Auditor sobre estados contables se adjunta por separado.

ANEXO RESOLUCIÓN N° 13/90  
DE LA INSPECCIÓN GENERAL DE JUSTICIA  
ART. 1º INC. A): CONTRIBUCIONES ESTATALES RECIBIDAS DEL  
MINISTERIO DE EDUCACIÓN Y JUSTICIA DE LA NACIÓN

<u>MES Y AÑO</u>	<u>\$</u>
02/96	9.936.-
03/96	9.936.-
04/96	9.936.-
05/96	9.936.-
06/96	9.936.-
07/96	12.036.-
08/96	9.936.-
09/96	9.936.-
10/96	9.936.-
11/96	9.936.-
12/96	9.936.-
Total contribuciones estatales recibidas	<u>111.396.-</u>

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 y Justicia 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 Capital Federal.

Partes contratantes:

a) Comodante: Ministerio de Educación y Justicia de la Nación.

b) Comodatario: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

## NOTAS A LOS ESTADOS CONTABLES AL 31 DE DICIEMBRE DE 1996

### Nota N° 1 - Normas contables aplicadas

Las normas contables más significativas son las siguientes:

#### 1.1. Modelo de presentación de los estados contables.

Los estados contables han sido preparados siguiendo los lineamientos enunciados en las Resoluciones Técnicas Nros. 8 y 11 de la Federación Argentina de Consejos Profesionales de Ciencias Económicas.

#### 1.3. Criterios de Valuación.

Los principales criterios de valuación empleados en la preparación de los estados contables son los siguientes:

##### a)-Moneda extranjera

Los activos en moneda extranjera han sido valuados al tipo de cambio vigente al cierre del ejercicio.

##### b)-Bonos externos

Se han valuado al valor de cotización al cierre del ejercicio.

##### c)-Bienes de Uso

Los Bienes de Uso están valuados a su costo reexpresado en moneda de cierre, menos la correspondiente amortización acumulada. La amortización de los Bienes de Uso es calculada por el método línea recta, aplicando tasas anuales suficientes para extinguir sus valores al final de la vida útil estimada. El valor de los Bienes de Uso, considerados en su conjunto, no supera su valor recuperable.

Detalle de las inversiones en Muebles y Útiles

Fecha	Detalle	Importe (\$)
02/96	Carro 6 Mod. y Portateclado	580,50
03/96	Guillotina Cizalla Mod. 36	85.-
04/96	1 Lámpara	<u>145.-</u>
		<u>810,50</u>

Nota N° 2 - Composición de los rubros del Activo

2.1. Caja y Bancos	\$
Caja	562,63
Banco Nación Argentina eta, etc,	4,458,97
Moneda Extranjera (U\$S 586 a \$ 1)	<u>586,-</u>
	<u>5,607,60</u>
2.2. Inversiones	
438.975 Bx 92 a \$ 0,963	451.622,93
2.3. Créditos	
Eduardo V. Bagnardi	76,98
2.4. Otros Créditos	
Anticipo Vacaciones	52,38

Nota N° 3 - Composición de los rubros del Pasivo

3.1. Deudas	\$
Provisión para publicaciones	7.410,-
3.2. Previsiones	
Para despídos	1.056,18

Nota N° 4 - Composición de los rubros del Patrimonio Neto

	\$
Capital	0,000943
Ajuste del Capital	122.035,84
Resultados Acumulados	
Superávit no asignado	376.055,61

Nota N° 5 - 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 en forma comparativa.

Nota N° 6 - 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.

Los anexos que se acompañan forman parte integrante de este estado.  
El Informe de Auditor sobre estados contables se adjunta por separado.



## INFORME DE AUDITOR SOBRE ESTADOS CONTABLES

Señores

Academia Nacional de Derecho  
y Ciencias Sociales de Buenos Aires  
Avda. Alvear 1711 - Piso 1º  
(1014) - Capital Federal

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 auditoría

1.1. Estado de Situación Patrimonial al 31 de diciembre de 1996.

1.2. Estado de Recursos y Gastos por el ejercicio finalizado el 31 de diciembre de 1996.

1.3. Estado de Evolución del Patrimonio Neto por el ejercicio finalizado el 31 de diciembre de 1996.

1.4. Anexo N° 13/90 de la Inspección General de Justicia.

1.5. Anexos 1 a 4 y Notas que forman parte de los estados contables mencionados.

### 2.-Alcance de la Auditoría

Mi examen fue realizado de acuerdo con las normas de auditoría vigentes, aprobadas por el Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la Capital Federal.

### 3.-Dictamen

En mi opinión, los estados contables mencionados en el apartado 1. presentan razonablemente, la situación patrimonial de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires al 31 de diciembre de 1996, los resultados de sus operaciones y las variaciones en el patrimonio neto por el ejercicio finalizado en esta fecha, de acuerdo con las Normas Contables Profesionales vigentes aplicadas.

### 4.-Información 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° 8/95 de la Inspección General de Justicia de la Capital Federal.

4.3. Al 31 de diciembre de 1996, según surge de los Registros Contables no existen deudas devengadas, exigibles y no exigibles, a favor de la Administración Nacional de la Seguridad Social.

Buenos Aires, 19 de febrero de 1997.

José Luis Naveyra  
Contador Público (U.B.A.)  
C.P.C.E.C.F. T° 41 - F° 177

## ÍNDICE

### I. DISERTACIONES EN SESIONES PÚBLICAS

<i>La intervención humanitaria ante el derecho internacional.</i> Disertación pronunciada por el académico Dr. Hugo Caminos, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión pública del 11 de julio de 1996 .....	15
Palabras del académico Presidente Dr. José Domingo Ray .....	17
Palabras de presentación del académico Dr. Roberto Martínez Ruiz ...	19
La intervención humanitaria ante el derecho internacional .....	25
<i>Responsabilidad por contaminación ambiental. Convenciones internacionales de 1969-1971 y sus protocolos modificatorios (1984-1992).</i> Disertación pronunciada por el académico Presidente Dr. José Domingo Ray, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires en la sesión pública del 10 de setiembre de 1996 .....	59
Palabras del Director del Fondo de Compensación, señor Mans Jacobson	87

### II. COMUNICACIONES EN SESIONES PRIVADAS

<i>La pretensión de amparo en el proyecto de ley reglamentaria sancionado por el Senado de la Nación.</i> Comunicación efectuada por el académico Dr. Lino Enrique Palacio, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 9 de mayo de 1996 .....	99
--	----

<i>Las nuevas tecnologías biomédicas frente a la ética y el derecho.</i> Comunicación efectuada por el académico Dr. Jorge Bustamante Alsina, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 23 de mayo de 1996 .....	111
<i>La sindicación de acciones.</i> Comunicación efectuada por el académico Dr. Jaime Luis Anaya, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 13 de junio de 1996	131
<i>La libertad y el derecho.</i> Comunicación efectuada por el académico Dr. Guillermo A. Borda, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 27 de junio de 1996	165
<i>La ciudad de La Plata y su contribución a las instituciones jurídicas.</i> Comunicación efectuada por el académico Dr. Augusto Mario Morello, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 8 de agosto de 1996 .....	177
<i>Los recientes cambios normativos y culturales en materia de derecho del trabajo en la Argentina.</i> Comunicación efectuada por el académico Dr. Antonio Vázquez Vialard, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 10 de octubre de 1996 .....	205
<i>El derecho de resistencia.</i> Comunicación efectuada por los académicos Dres. Alberto Rodríguez Varela y Jorge R. Vanossi, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 24 de octubre de 1996 .....	273
<i>El derecho de resistencia,</i> exposición del académico Dr. Alberto Rodríguez Varela .....	275
<i>El pretendido "Derecho de resistencia",</i> exposición del académico Dr. Jorge Reinaldo Vanossi .....	315
<i>Protección de usuarios y consumidores.</i> Comunicación efectuada por el académico Dr. Félix A. Trigo Represas, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 28 de noviembre de 1996 .....	331

<i>El poder de policía y el control de seguridad en las vías públicas. Responsabilidad del Estado por omisión. Un caso de jurisprudencia.</i> Comunicación efectuada por el académico Dr. Miguel S. Marienhoff, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 12 de diciembre de 1996 .....	357
--	-----

### III. OTRAS DISERTACIONES Y TRABAJOS

<i>Misión de las academias.</i> Trabajo sobre la base del cual expuso el académico Presidente Dr. José Domingo Ray, en el Congreso de Academias Jurídicas Iberoamericanas, realizado en Madrid, en octubre de 1996 .....	367
<i>La suerte del amparo y la acción civil pública.</i> Comunicación efectuada por el académico Dr. Augusto M. Morello .....	389
<i>Las nuevas orientaciones en el derecho constitucional.</i> Por el académico Dr. Segundo V. Linares Quintana .....	405
<i>Homenaje a Alberdi en el día del abogado.</i> Discurso pronunciado por el académico Dr. Horacio A. García Belsunce, en el Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, el 29 de agosto de 1996 .....	425

### IV. HOMENAJES

<i>Homenaje a Mariano José Drago.</i> Palabras pronunciadas por el académico Dr. Alberto Rodríguez Varela, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión pública del 22 de agosto de 1996 .....	435
<i>Homenaje a Isidoro Ruiz Moreno.</i> Palabras pronunciadas por el académico Dr. Juan Carlos Cassagne, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión pública del 22 de agosto de 1996 .....	451
<i>Homenaje a Margarita Argüas.</i> Palabras pronunciadas por el académico Dr. Félix A. Trigo Represas, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión pública del 14 de noviembre de 1996 .....	461

<i>Homenaje a Héctor P. Lanfranco.</i> Palabras pronunciadas por el académico Dr. Jorge A. Aja Espil, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión pública del 14 de noviembre de 1996 .....	467
<i>Homenaje a José Manuel Saravia.</i> Palabras pronunciadas por el académico Dr. Roberto Martínez Ruiz, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión pública del 14 de noviembre de 1996 .....	475

#### V. PREMIO ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES

<i>Palabras del académico Presidente Dr. José Domingo Ray en el acto público de entrega del Premio Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires</i> .....	485
---	-----

#### VI. DECLARACIONES

<i>Consejo de la Magistratura</i> .....	489
---	-----

#### VII. MEMORIA Y BALANCE

<i>Memoria 1996</i> .....	493
<i>Balance del ejercicio 1996</i> .....	513

Se terminó de imprimir  
en el mes de agosto de 1997,  
en Vincent Gráfica s. a.,  
Del Barco Centenera 676,  
1424 - Buenos Aires