

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS
SOCIALES DE BUENOS AIRES

ANALES

SEGUNDA ÉPOCA
AÑO XLIII - NÚMERO 36
1998



BUENOS AIRES

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS
SOCIALES DE BUENOS AIRES

ANALES

SEGUNDA EPOCA
AÑO XLIII - NUMERO 36
1998



BUENOS AIRES

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 36.

SERIE II - OBRAS

1. *Significación jurídica y proyección institucional de la Declaración de la Independencia*, por AGUSTÍN DE VEDIA y ALBERTO RODRIGUEZ VARELA.
2. *Bibliografía de Juan B. Alberdi*, por ALBERTO OCTAVIO CORDOBA.
3. *La nueva ciencia política y constitucional*, por SEGUNDO V. LINARES QUINTANA.
4. *Política exterior en la edad nuclear*, por FELIPE A. ESPIL.
5. *Académicos de Derecho y hombres de gobierno*, por JUAN SILVA RIESTRA.
6. *La libertad, elección, amor, creación*, por MANUEL RIO.
7. *El Congreso de Panamá*, por MARIANO J. DRAGO.
8. *La esencia del Derecho, la Justicia, la Ley*, por MANUEL RIO.
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. *Aguero o el dogmatismo constitucional*, por JORGE M. MAYER.
19. *Tratado de la "jurisdicción" administrativa y su revisión judicial*, por ELIAS P. GUASTAVINO (2 tomos).
20. *Conferencias y Estudios*, por HECTOR P. LANFRANCO.
21. *Tratado de la "jurisdicción" administrativa y su revisión judicial*, por ELIAS P. GUASTAVINO (2 tomos). Segunda edición actualizada.
22. *Derecho y Realidad*, VIII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.
23. *Las cinco Argentinas*, por JORGE M. MAYER.

24. *Vida y testimonio de Félix Frías, por AMBROSIO ROMERO CARRANZA y JUAN ISIDRO QUESADA.*
25. *Victorino de la Plaza (1840 - 1919). Un eje institucional, por JORGE M. MAYER.*
26. *Los posibles antidotos de la crisis, por JORGE M. MAYER.*
27. *La incidencia de la reforma constitucional en las distintas ramas del derecho, XII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.*

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.*
4. *Estudios sobre derecho ambiental.*
5. *Estudios sobre daño moral.*

INSTITUTO DE DERECHO INTERNACIONAL Y DE LA NAVEGACION

- Los convenios para la promoción y protección recíproca de inversiones.

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. Roberto Martínez Ruiz

Vicepresidente

Académico Dr. Horacio A. García Belsunce

Secretarios

Académico Dr. Jaime Luis Anaya
Académico Dr. Antonio Vázquez Vialard

Tesorero

Académico Dr. Alberto Rodríguez Galán

COMISION DE PUBLICACIONES

Director de Publicaciones

Académico Dr. José Domingo Ray

Vocales

Académico Dr. Jorge A. Aja Espil
Académico Dr. Julio César Cueto Rúa

ACADEMICOS DE NUMERO

por orden de antigüedad

	<i>Nombre del sitial</i>	<i>Fecha de incorporación</i>
Dr. Segundo V. Linares Quintana	Esteban Echeverría	28 mayo 1956
Dr. Julio H. G. Olivera	Juan B. Alberdi	6 mayo 1964
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	19 octubre 1978
Dr. Juan R. Aguirre Lanari	Salvador M. del Carril	19 octubre 1978
Dr. Elías P. S. Guastavino	Alfredo Colmo	30 octubre 1980
Dr. Julio César Cueto Rúa	Roberto Repetto	15 septiembre 1981
Dr. Horacio A. García Belsunce	Félix Gregorio Frías	9 septiembre 1982
Dr. Jorge A. Aja Espil	Carlos Calvo	26 julio 1984
Dr. Alberto Rodríguez Galán	Carlos Pellegrini	9 mayo 1985
Dr. Juan Carlos Cassagne	Antonio Bermejo	23 octubre 1986
Dr. Augusto Mario Morello	Mariano Moreno	23 octubre 1986
Dr. Lino Enrique Palacio	Domingo F. Sarmiento	18 junio 1987
Dr. Félix Alberto Trigo Represas	Nicolás Avellaneda	18 junio 1987
Dr. Carlos Manuel Muñiz	José N. Matienzo	10 agosto 1989
Dr. Jaime Luis Anaya	Rodolfo Rivarola	10 agosto 1989
Dr. Antonio Vázquez Vialard	Juan A. Bibiloni	13 septiembre 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
Dra. Aída R. Kemelmajer de Carlucci	Aristóbulo del Valle	24 septiembre 1996

ACADEMICO EMERITO

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	EE.UU.	27 agosto 1958
Prof. William Whatley Pierson	EE.UU.	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 Zavalía	Tucumán	25 noviembre 1976
Dr. Manuel García-Pelayo y Alonso	España	12 noviembre 1981
Dr. Pedro J. Frías	Córdoba	25 septiembre 1986
Dr. Rafael Entrena Cuesta	España	10 agosto 1989
Dr. Néstor Pedro Sagüés	Rosario	10 agosto 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
Dr. Juan B. Vallet de Goytisolo	España	13 noviembre 1997
Dr. Ernesto E. Garzón Valdés	Alemania	11 diciembre 1997
Dr. Wolfgang Schöne	Alemania	23 julio 1998

ANTIGUOS ACADEMICOS DE NUMERO

- Dr. Carlos Alberto Acevedo
Dr. Carlos A. Adrogué
Dr. Juan Alvarez
Dr. Octavio R. Amadeo
Dra. Margarita Argüas
Dr. Marco R. Avellaneda
Dr. Antonio Bermejo
Dr. Juan A. Bibiloni
Dr. Eduardo Bidau
Dr. Eduardo L. Bidau
Dr. Rafael Bielsa
Dr. Bernardino Bilbao
Dr. Adolfo Bioy
Dr. Ernesto Bosch
Dr. Rodolfo Bullrich
Dr. Carlos O. Bunge
Dr. Eduardo B. Busso
Dr. Jorge Bustamante Alsina
Dr. Pablo Calatayud
Dr. Francisco Canale
Dr. Ramón S. Castillo
Dr. Alfredo Colmo
Dr. Jorge E. Coll
Dr. Tomás R. Cullen
Dr. Mauricio P. Daract
Dr. Antonio Dellepiane
Dr. Calixto S. de la Torre
Dr. Atilio Dell'Oro Maini
Dr. Mariano De Vedia y Mitre
Dr. Juan José Díaz Arana
Dr. Manuel María Diez
Dr. Luis M. Drago
Dr. Mariano J. Drago
Dr. Wenceslao Escalante
Dr. Felipe A. Espil
Dr. Rómulo Etcheverry Boneo
Dr. José Figueroa Alcorta
Dr. Salvador Fornieles
Dr. Vicente C. Gallo
Dr. Guillermo Garbarini Islas
Dr. Juan Agustín García
Dr. Juan M. Garro
Dr. Juan A. González Calderón
Dr. Dimas González Gowland
Dr. Carlos Güiraldes (h)
Dr. Aquiles H. Guaglianone
Dr. Alberto Hueyo
Dr. Carlos Ibarguren
Dr. Eduardo Labougle
Dr. Héctor Lafaille
Dr. Héctor P. Lanfranco
Dr. Hilario Larguía
Dr. Tomás Le Breton
Dr. Juan Francisco Linares
Dr. Mario Justo López
Dr. José María López Olaciregui
Dr. Baldomero Llerena
Dr. Osvaldo Magnasco
Dr. Carlos C. Malagarriga
Dr. Miguel S. Marienhoff
Dr. Félix Martín y Herrera
Dr. Agustín N. Matienzo
Dr. José N. Matienzo
Dr. Jorge M. Mayer
Dr. Carlos L. Melo
Dr. Leopoldo Melo
Dr. Manuel A. Montes de Oca
Dr. Rodolfo Moreno (h)
Dr. José Luis Murature
Dr. Rómulo S. Naón
Dr. Benito A. Nazar Anchorena
Dr. Luis Esteban Negri Pisano
Dr. Manuel Obarrio
Dr. Pedro Olaechea y Alcorta
Dr. Francisco J. Oliver
Dr. Manuel V. Ordóñez
Dr. Alfredo Orgaz
Dr. Adolfo F. Orma
Dr. Alberto G. Padilla
Dr. Jesús H. Paz
Dr. José M. Paz Anchorena
Dr. Federico Pinedo
Dr. Norberto Piñeiro
Dr. Angel 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 Risolía
Dr. Horacio C. Rivarola
Dr. Rodolfo Rivarola
Dr. Ambrosio Romero Carranza
Dr. José M. Rosa
Dr. José María Ruda
Dr. Enrique Ruiz Guinazú
Dr. Isidoro Ruiz Moreno
Dr. Isidoro Ruiz Moreno (h)
Dr. Alejandro Ruza
Dr. Diego L. Saavedra
Dr. Carlos Saavedra Lamas
Dr. Antonio Sagarna
Dr. Raymundo M. Salvat
Dr. Matías G. Sánchez Sorondo

Dr. José Manuel Saravia
Dr. Juan Silva Riestra
Dr. Sebastián Soler
Dr. Juan B. Terán
Dr. José A. Terry
Dr. David de Tezanos Pinto
Dr. Gastón Federico Tobal
Dr. Ernesto J. Ure

Dr. Enrique Uriburu
Dr. Benjamín Victorica
Dr. Ernesto Weigel Muñoz
Dr. Raymundo Wilmart de Glymes
Dr. Mauricio Yadarola
Dr. Clodomiro Zavallá
Dr. Carlos J. Zavala Rodríguez
Dr. Estanislao S. Zeballos

I

DISERTACIONES EN SESIONES PÚBLICAS

LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS

(1948-1998)

POR GERMÁN J. BIDART CAMPOS (*)

Nos encontramos reunidos para conmemorar los cincuenta años de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre. En este mismo año, con unos meses de antelación, teníamos el cincuentenario de la declaración americana.

Las dos, nos recordaba nuestro presidente, tienen jerarquía constitucional a partir de la reforma de 1994 y en el orden internacional ya no se discute, desde hace unos años, el carácter vinculante y obligatorio de las normas de ambas declaraciones.

La universal, desde 1948 reviste ese carácter de acuerdo con la declaración de Teherán; y la americana, por la mención expresa que el Pacto de San José de Costa Rica hace en el artículo 29.

Yo, más que pasar revista al contenido de la Declaración Universal, quiero transmitirles, con toda modestia y con toda sencillez, cuál es la reflexión que me hago como aprendiendo la lección que, para el derecho internacional de los derechos humanos, nos aportaron y nos siguen aportando estos dos instrumentos internacionales.

(*) Disertación del Académico en la sesión pública del 10 de diciembre de 1998 en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

El derecho internacional de los derechos humanos es un fenómeno reciente de la segunda mitad de este siglo. Seguramente arranca, con la fisonomía con que hoy lo conocemos, de esas dos declaraciones del año 1948.

Ya se puede decir, creo que con certeza y con suficiente consenso, que la persona humana es un sujeto del derecho internacional.

Ya se puede decir que el tema, el problema, la cuestión de los derechos humanos, cae dentro de la jurisdicción internacional.

No le ha sido sustraída a la jurisdicción de los estados, pero sí ha dejado de ser, a mi juicio, una cuestión propia de la jurisdicción reservada de los estados, porque pertenece en forma concurrente a la jurisdicción interna y a la jurisdicción internacional.

Son muchos los internacionalistas que incorporan a los principios generales del derecho internacional la protección de los derechos humanos y que los consideran normas de *ius cogens*; es decir, indisponibles.

Es claro que hablar de los derechos humanos plantea problemas en primer lugar terminológicos: los derechos del hombre, los derechos de la persona humana. Para muchas constituciones, no para la nuestra, existe la dualidad de unos derechos humanos que son fundamentales y otros que no participan de esa fundamentalidad, no obstante lo cual siguen siendo derechos humanos, por ejemplo la Constitución española.

Pero quizá, lo que a partir de 1948, con el desarrollo que el derecho internacional de los derechos humanos fue cobrando y sigue en evolución progresiva y maximizadora con tratados, pactos, convenciones, esa lección que yo he querido aprender y sigo aprendiendo desde 1948, nos diga que, en los derechos humanos, se acumulan tres categorías o generaciones de acuerdo con el momento histórico en que fueron apareciendo, en que se incorporaron a las valoraciones colectivas:

- la primera generación, los clásicos derechos civiles y políticos; la segunda generación, los derechos sociales, si los queremos pormenorizar digamos económicos, sociales y culturales, tal el nombre del Pacto Internacional de Naciones Unidas sobre los derechos sociales, y,

- los de la tercera generación, que todavía no tienen un nombre común: el derecho a la paz, el derecho al desarrollo, el derecho a la

comunicación, a la preservación del ambiente, los derechos de consumidores y usuarios en el mercado de bienes y servicios.

La primera lección que estas tres categorías, estas tres generaciones, nos dan —y esto nos lo enseña el derecho internacional de los derechos humanos—, es la de la indivisibilidad.

Es decir, en un lenguaje que me es personal, a fines de este siglo un estado democrático tiene que abastecer su sistema de derechos para ser este sistema completo con estos tres sectores o estas tres generaciones y todavía más, debe nutrir a ese sistema de derechos en sus tres ámbitos desde dos fuentes, la propia interna con la constitución en el vértice y la internacional, que es el derecho internacional de los derechos humanos.

Y algo muy curioso que aprendí de colegas costarricenses: siempre hemos aprendido y hemos sabido que el derecho internacional es fuente del derecho interno, en la medida en que el derecho interno le da recepción, le da ingreso, le abre las puertas.

Pero lo curioso ahora es que el derecho interno también es fuente del derecho internacional de los derechos humanos cuando, de acuerdo con el principio *pro homine*, el derecho interno es más rico, es más amplio, es más generoso que el derecho internacional de los derechos humanos. Y esto el artículo 29 del Pacto de San José de Costa Rica lo deja entrever con toda claridad a través de sus cuatro incisos, que se refieren a la interpretación de las cláusulas y de los contenidos del mismo Pacto.

Es decir que, entonces, el principio *pro homine* en el sistema de derechos de un estado democrático, nos está diciendo que para la solución de cada caso concreto hay que buscar la fuente y la norma que provee la mejor solución para la persona humana y para los derechos que en el caso concreto están comprometidos, están en juego.

Todo esto me hizo decir ya hace mucho que, aun en los clásicos, viejos, llamémosles así, derechos civiles y políticos, esta evolución progresiva, maximizadora del sistema de derechos, incorpora contenidos nuevos en derechos viejos.

Si siempre, por lo menos en la Constitución argentina, la cláusula de los derechos implícitos sirvió para dar alojamiento a los derechos personalísimos (el derecho a la vida, el derecho a la intimidad, el derecho a la salud), hoy, con la evolución del derecho internacional de los derechos humanos tenemos que decir que estos clásicos derechos civiles,

que en su momento eran derechos frente al estado con la obligación estatal de abstenerse de daño, tienen además un contenido positivo que implica para el estado y para los particulares una serie de obligaciones de dar y de hacer.

La vida y la salud hoy no se respetan, ni se abastecen, ni se promueven con sólo abstenerse de hacerles daño. Necesitan una serie de prestaciones porque, entre los derechos nuevos, el derecho internacional de los derechos humanos nos habla de un derecho al desarrollo de la persona humana, un derecho a la calidad de vida.

De manera tal que derechos nuevos y contenidos nuevos en derechos viejos surgen de esa confluencia de dos fuentes, la interna y la internacional, en miras a la progresividad y a la maximización del sistema de derechos. Hasta el extremo de que yo me digo que ahora, dentro del derecho internacional, del derecho internacional clásico, general, hay relaciones intrajerárquicas, hay planos: en el primero coloco al derecho internacional de los derechos humanos, y en un escalón inferior al derecho de la integración supraestatal y al derecho comunitario derivado de las integraciones supraestatales.

¿Con qué sentido? Con el sentido de que el derecho comunitario no puede desconocer la primacía del derecho internacional de los derechos humanos y, en ese mismo plano superior del derecho internacional de los derechos humanos, por lo que hoy recordaba hace un momento, tiene también su sitio el derecho interno cuando es más favorable que el propio derecho internacional de los derechos humanos.

Yo decía "derechos nuevos" y mencioné el derecho al desarrollo; el derecho a la paz; los derechos que nuestro artículo 43 hoy llama de incidencia colectiva, para mí equivalentes a los intereses difusos o colectivos; el derecho a la tutela judicial eficaz, que desde el derecho procesal constitucional ha recibido y sigue recibiendo un perfil muy nítido; el derecho a la identidad, del que tanto nos ha enseñado un clásico y célebre jurista peruano Fernández Sessarego, que implica a la vez el derecho a la diferencia.

Y para ver la riqueza de todo este campo al que, repito, converge el derecho interno y el derecho internacional de los derechos humanos, tenemos una reciente sentencia de nuestra Corte Suprema en el caso "Urteaga", donde la decisión ha sido coincidente entre todos los miembros de la Corte, aunque por caminos no iguales y con fundamentos que a veces también difieren, pero lo importante es que sea a través del *habeas data*, sea a través del amparo clásico del párrafo primero del ar-

título 43, ¿cuál ha sido el derecho nuevo, si es que le queremos dar un nombre, que ha recibido tutela, que ha recibido acogimiento, que ha recibido protección en esa sentencia?: el derecho a la verdad, el derecho a que un familiar de una víctima desaparecida tuviera acceso a los datos, a la información necesaria para saber qué había ocurrido con esa víctima desaparecida.

Y esto a mí me hace ver también, entre las cosas nuevas, que lo que ahora se llama la victimología, a la que tanta importancia le dan la criminología y el derecho penal, hace necesario algo que también la Corte en el caso "Santillán" supo resolver acertadamente, en un problema de legitimación procesal.

En ese caso, el Ministerio Público no había acusado y todo lo contrario: había pedido la absolución. Pero la víctima querellante acusadora fue reconocida para que el proceso penal siguiera su curso.

De manera que, con nombre o sin nombre, por una vía procesal o por otra, lo importante es que este enriquecimiento del derecho de los derechos humanos con doble fuente, la interna y la internacional, rinda su resultado benéfico a través del acceso a la justicia y a la tutela judicial eficaz.

Y quiero, en orden a problemas de estos días en el mundo, en nuestra América, en nuestra hermana República de Chile, en España, en Gran Bretaña, recordar que nuestra Constitución histórica, nuestra Constitución fundacional, hace 150 años, cuando sentó el principio de territorialidad para la ley penal y para el juicio penal, sentó de inmediato la excepción, para que cuando delitos que contra el derecho de gentes se cometieran fuera del territorio de la República, pudieran ser juzgados en el lugar donde una ley del Congreso lo estableciera.

Es decir, tribunales argentinos juzgando delitos contra el derecho de gentes cometidos fuera del territorio argentino y jueces de otros estados juzgando delitos contra el derecho de gentes cometidos en la República Argentina.

Es claro, estamos celebrando 50 años de las dos declaraciones, con todo el curso ulterior de desarrollo que, según recordaba hace un momento, ha aportado convenciones, pactos, tratados, algunos con declaraciones generales de derechos humanos, otros parcializándolas a favor de determinados sectores o en determinados ámbitos, tratados contra la tortura, contra los tratos crueles, las penas inhumanas, contra la discriminación de la mujer, la convención sobre derechos del niño, etcétera.

Es un buen festejo, pero ¿qué nos tiene que dejar? Las conmemoraciones son buenas pero no bastan, como no basta tener en un texto escrito, sea un tratado internacional, sea una constitución, una muy buena declaración de derechos, unas muy buenas fórmulas en el sistema garantista. Yo diría que en una lectura hacia el futuro sería muy importante, no lo puedo hacer ahora, confeccionar un listado de las falencias, de los déficit, de las deudas que nuestro siglo, sobre todo desde la segunda mitad, le va a transferir al siglo próximo; y creo que una de las deudas más gravosas es la del incumplimiento de los derechos sociales, de los derechos económicos y culturales.

En definitiva, y con esto termino, están bien las conmemoraciones, está bien que podamos, y debemos hacerlo, entonar loas a los textos en que la persona humana queda resaltada con toda su dignidad como un sujeto del derecho internacional, pero hace falta lo que podríamos llamar el realismo jurídico, el realismo de Goldschmidt, la egología de Cossio, la dimensión sociológica de las conductas, lo que hacemos y lo que omitimos los hombres, los gobernantes y los gobernados. Allí está el destino de los derechos humanos, en la vigencia sociológica, no en las normas escritas.

Y, entonces, veamos este párrafo de quien, como internacionalista, como latinoamericano, como ex juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, nos ha mostrado un paradigma, me estoy refiriendo a Héctor Gros Espiell y lo leo: "Hay que comprender que la miseria, la exclusión, la ignorancia y la enfermedad, es decir las realidades materiales, económicas, sociales y culturales de base, son esenciales para determinar si hay o no verdaderos derechos humanos vividos como tales en la existencia de cada día".

Muchas gracias.

LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS

(1948-1998)

POR HUGO CAMINOS (*)

La inserción de los derechos del individuo en el ordenamiento jurídico internacional, ocurrida en las últimas décadas, fue sin duda una revolución en el desarrollo progresivo del derecho internacional público.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, cuyos 50 años hoy conmemora la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, es el punto focal desde donde se propagó el sistema de protección internacional de los derechos humanos, tanto en el plano mundial como en el plano regional.

Hasta la creación de las Naciones Unidas, el derecho internacional se asentaba en el principio de la soberanía exclusiva de los Estados. Los derechos de la persona humana no encontraban un lugar adecuado en sus normas y la única institución que permitía —y permite— reclamar ante un Estado por el daño inferido a un particular, la protección diplomática, es un derecho que corresponde al Estado de la nacionalidad del individuo afectado, y no a este último.

En el siglo pasado, algunos instrumentos internacionales revelaron alguna preocupación por la persona humana. Entre éstos, cabe men-

(*) Disertación del Académico en la sesión pública del 10 de diciembre de 1998 en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

cionar la declaración del Congreso de Viena sobre la abolición del tráfico de esclavos y las primeras convenciones humanitarias para la protección de las víctimas de la guerra, inspiradas por el filántropo suizo Henri Dunnant, uno de los fundadores de la Cruz Roja Internacional.

Al finalizar la Primera Guerra Mundial, el Pacto de la Sociedad de las Naciones se limitó a establecer que sus miembros se esforzarían en garantizar y mantener condiciones de trabajo justas y humanas, asegurar el trato justo de los habitantes nativos de los territorios bajo su control y a confiar a la Sociedad la supervisión de los acuerdos relativos al tráfico de mujeres y niños.

Sin embargo, el aporte más importante del organismo ginebrino no figuraba en el Pacto. Las grandes potencias resolvieron que los nuevos Estados y aquellos cuyos territorios se vieron acrecentados a raíz de la guerra, debían otorgar el goce de ciertos derechos a las minorías lingüísticas, raciales y religiosas.

Esas obligaciones se estipulaban en tratados y la protección de esos grupos estaba garantizada por el Consejo de la Sociedad de las Naciones. No obstante, los titulares de tales derechos eran esos grupos independientes y no los individuos que formaban parte de los mismos.

Otro esbozo de protección en esa misma época fue el régimen de mandatos instituido por el Pacto para las ex-colonias de los países vencidos. Las potencias mandatarias se obligaban a respetar los derechos esenciales en esos territorios.

Finalmente, cabe recordar que la Parte XIII del Tratado de Paz creó la Organización Internacional del Trabajo, cuya obra en favor de los derechos de los trabajadores es bien conocida.

Como vemos, en el Pacto no figuraban los derechos humanos. La comunidad internacional no estaba preparada para dar ese paso.

El Presidente Wilson había propuesto que se equiparase el tratamiento de las minorías en un país, con el tratamiento dispensado en ese país a las mayorías nacionales y raciales de su pueblo. La iniciativa no prosperó.

En otra ocasión, Wilson sugirió la inclusión de una referencia a la libertad religiosa. Pero cuando los representantes japoneses propusieron, con toda intención, que también se mencionase la igualdad racial, esto atemorizó en tal grado a algunos países cuya legislación restringía la inmigración asiática, que ambas sugerencias fueron retiradas.

Antes de finalizar la Segunda Guerra Mundial, las grandes potencias elaboraron las Propuestas de Dumbarton Oaks que servirían como base de discusión en la Conferencia de San Francisco.

Las propuestas reflejaban la principal preocupación de sus autores: la paz y seguridad internacionales.

El documento sólo hacía una referencia a los derechos humanos: las Naciones Unidas promoverían el respeto de esos derechos y las libertades fundamentales.

En San Francisco, varias agrupaciones no gubernamentales se movilizaron para que la futura Carta se ocupase de los derechos humanos. Tres países latinoamericanos, Chile, Cuba y Panamá, presentaron propuestas al respecto. La iniciativa panameña consistía en un proyecto de declaración de derechos que había sido preparado por el American Law Institute con la participación del jurista panameño Ricardo Alfaro.

Aunque ninguna de estas iniciativas fue aceptada, los esfuerzos para ir más allá de las Propuestas de Dumbarton Oaks tuvieron un resultado positivo.

La Carta de las Naciones Unidas introdujo por primera vez el respeto a los derechos humanos como uno de los propósitos de un tratado internacional. El Artículo 1 párrafo 3 enumera como uno de los Propósitos de la Organización "el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión".

Las otras seis referencias de la Carta a los derechos humanos figuran en el Preámbulo, al reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres; en el Artículo 13 párrafo 1, apartado (b) que encomienda a la Asamblea General la función de promover estudios y hacer recomendaciones para "ayudar a hacer efectivos los derechos humanos y libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión"; en el Artículo 55 apartado (c) al fijar, entre los objetivos de la cooperación internacional económica y social, el respeto universal de los derechos humanos y libertades fundamentales de todos; en el Artículo 56, al comprometer a los Estados miembros a tomar las medidas para la realización de esos objetivos; en el Artículo 68 al determinar que el Consejo Económico y Social (ECOSOC) establecerá una Comisión para la promoción de los derechos humanos; y, finalmente, en el Artículo 76 al enumerar los objetivos básicos del régimen de administración fiduciaria.

La traumática experiencia de la Segunda Guerra Mundial, del nazismo y del fascismo, que llevaron a esa conflagración, influyeron para que los derechos humanos quedasen unidos al desarrollo del ordenamiento jurídico internacional.

Las referencias a los derechos humanos contenidas en la Carta no están exentas de algunas incoherencias, señaladas por Kelsen en una de sus obras magistrales: *The Law of the United Nations*.

Empero, como él mismo afirma, esas incoherencias carecen de importancia desde el punto de vista jurídico porque la Carta no impone a los Estados miembros la obligación de conferir a sus sujetos los derechos y libertades proclamados en la misma. En realidad, tales disposiciones establecen propósitos o funciones de la Organización y no obligaciones de sus miembros.

A su vez, la Carta no otorga a la Organización las facultades necesarias para imponer a los Gobiernos de los Estados miembros, obligaciones que aseguren a sus sujetos los derechos aludidos en la Carta. Tampoco la Carta establece recursos legales que permitan al individuo reclamar por las violaciones a sus derechos y libertades.

La Carta no contiene una declaración de derechos o *bill of rights* y, por tanto, no definió ni catalogó los derechos humanos. Sin embargo, dejó la semilla para iniciar el camino hacia el desarrollo de un sistema internacional de protección. Esa semilla es el Artículo 68, ya mencionado, cuando dispone el establecimiento, por el Consejo Económico y Social, de una Comisión para la promoción de los derechos humanos.

No en vano, en su discurso de clausura de la Conferencia de San Francisco, el Presidente Truman afirmó: "Tenemos buenas razones para esperar la preparación de una declaración de derechos —*bill of rights*— aceptable para todas las naciones.

Esa declaración será parte de la vida internacional tanto como nuestra Declaración de Derechos es parte de nuestra Constitución."

Los pasos necesarios para la puesta en marcha de la futura Comisión de Derechos Humanos se sucedieron con rapidez inusitada. Una vez entrada en vigor la Carta de las Naciones Unidas, el 24 de octubre de 1945, la Comisión Preparatoria, reunida en los últimos meses de ese año, recomendó que el Consejo Económico y Social crease inmediatamente una Comisión de Derechos Humanos y le encargase la preparación de una declaración internacional de derechos.

La Asamblea General aprobó esta recomendación en febrero de 1946 y el 16 de febrero el Consejo Económico y Social creaba la nueva Comisión.

La Comisión quedó constituida pocos meses después, primero con nueve miembros y luego con 18 miembros designados por los Gobiernos. En los años siguientes, con el aumento de miembros de las Naciones Unidas, fue en aumento el número de miembros de la Comisión.

La primera sesión ordinaria de la Comisión de Derechos Humanos tuvo lugar en enero de 1947 y su primera tarea fue la preparación del *Bill of Rights* internacional.

La señora Eleanor Roosevelt fue elegida presidente. Ella representaba la visión del Presidente Roosevelt en su famoso mensaje al Congreso, en enero de 1941, cuando proclamó las cuatro libertades que señalarían las metas del futuro ordenamiento mundial.

Como Vicepresidente de la Comisión se eligió al señor P. C. Chang, de China, y como Relator al señor Charles Malik, del Líbano. El Director de la División de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, quien actuaba como Secretario de la Comisión, era el profesor John P. Humphrey, de Canadá. Este último preparó el primer proyecto de Declaración. Pocos meses atrás había dejado su cargo de profesor de Derecho Romano y de Derecho Internacional en la Universidad McGill, en Montreal, para asumir sus nuevas funciones en la organización mundial.

En sus memorías(1), Humphrey relata que Chang y Malik dominaban intelectualmente la Comisión y, por lo general, estaban en desacuerdo. Chang, nos dice, era un pragmático; Malik, un tomista, partidario del derecho natural. Cuenta que un día, mientras desayunaba con Malik en su hotel en Ginebra, mencionó el nombre de Hans Kelsen como "el gran jurista contemporáneo" lo que causó un arranque de mal genio en Malik.

Otro de los miembros influyentes era el representante de Francia, René Cassin, uno de los grandes defensores de la causa de los derechos humanos, consejero jurídico y amigo personal del general De Gaulle durante su gobierno en el exilio en Londres.

(1) *Human Rights and the United Nations: a great adventure*, New York, 1984.

El mandato de la Comisión no precisaba la forma que tendría la declaración. Una posibilidad era una resolución de la Asamblea General. Otra, una convención obligatoria para los Estados que la ratificuen. La tercera, la más extrema, una reforma de la Carta incorporando la declaración.

La mayoría de la Comisión se inclinó por la primera alternativa. Se creó un Comité de Redacción integrado por el Presidente, el Vicepresidente y el Relator. El Comité encargó al profesor Humphrey la elaboración de un anteproyecto.

A todo esto, el delegado soviético en el ECOSOC cuestionó al Comité de Redacción por ser pequeño, no contar con ningún miembro europeo y tener un mandato excesivamente amplio.

La señora Roosevelt, con sentido político, sugirió ampliar el Comité con otros cinco representantes. El ECOSOC aprobó la sugerencia y confirmó el encargo a la Secretaría de preparar "un bosquejo documentado" que Humphrey interpretó como un proyecto de declaración.

Años más tarde, Humphrey escribía: "yo no era Thomas Jefferson y, aunque era abogado, no tenía prácticamente experiencia alguna en redactar documentos".

El Comité de Redacción celebró su primera reunión del 9 al 25 de junio de 1947. Allí ya contó con el proyecto de la Secretaría y otro presentado por el Reino Unido que, a diferencia de este último, no contenía ninguna referencia a los derechos económicos, sociales y culturales.

El debate giró en torno a ambos documentos. Allí surgió la idea de preparar dos documentos: una declaración de principios generales y una o más convenciones relativas a esos principios.

El delegado soviético, el profesor V. M. Koretsky, estaba en favor de una declaración que impidiese el renacimiento de regímenes fascistas y de la ideología fascista.

Sin embargo, como explica Cassin, por un lado las Naciones Unidas se mostraron hostiles a borrar de una declaración, tan poco alejada de los acontecimientos de la Segunda Guerra Mundial, las consecuencias de los actos monstruosos que provocaron la reacción de la humanidad... A su vez, las Naciones Unidas se negaron a rebajar la Declaración a la categoría de una obra de resentimiento dirigida al pasado y se inclinaron por erigir un monumento de progreso positivo.

Finalmente, Koretsky propuso que un pequeño grupo se encargase de cotejar las opiniones expuestas. Este grupo, del que formaba parte René Cassin, pidió a éste que preparase un proyecto basado en los artículos elaborados por la Secretaría que considerase apropiado para la declaración.

El primer manuscrito del proyecto de la Secretaría, de puño y letra del propio Humphrey, se conserva en la biblioteca de Derecho de la Universidad McGill. Consta de 18 páginas en las que figuran el preámbulo y los 45 artículos que componían el proyecto, con notas de su autor.

Este documento, presentado en su versión original, fue publicado en 1995 en el Anuario Canadiense de Derecho Internacional, en homenaje a Humphrey, fallecido en ese año. Su examen revela que no pocas de sus disposiciones fueron recogidas en el texto definitivo de la Declaración Universal.

El Comité de Redacción incluyó en su informe a la Comisión de Derechos Humanos un proyecto de declaración y un proyecto de convención.

La Comisión recién se reunió en diciembre de 1947. La idea de una Carta Internacional de Derechos Humanos, dividida en una declaración, una convención y medidas de ejecución, comenzó a tomar cuerpo.

Al final de esa reunión la Comisión produjo un proyecto de declaración y un anteproyecto de convención que fueron enviados a los Estados para conocer sus observaciones.

Como dice Cassin, en esa reunión, el delegado soviético tuvo una activa y constructiva participación en favor de los artículos sobre derechos económicos, sociales y culturales.

El Comité de Redacción volvió a reunirse en mayo de 1948. Produjo un texto revisado del proyecto de convención y de algunas partes de la declaración, pero no trató la cuestión de las medidas de ejecución.

Al mes siguiente se reunió la Comisión y dedicó todo su tiempo al proyecto de declaración que fue aprobado con la sola abstención de la Unión Soviética, Bielorrusia, Ucrania y Yugoslavia.

La Comisión tomó conocimiento de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, que acababa de adoptar la Novena

Conferencia de Estados Americanos en Bogotá. En el mes de agosto, el ECOSOC aprobó el proyecto sin modificaciones. De allí pasó a la Asamblea General, reunida en París, que lo remitió a la Tercera Comisión de Asuntos Sociales, Culturales y Humanitarios.

Esta comisión dedicó 81 sesiones al examen de la Declaración. Allí fue aprobado el proyecto de declaración el 7 de diciembre con la abstención del bloque socialista e, inesperadamente, de Canadá.

Tres días después la Asamblea General, el 10 de diciembre de 1948, adoptó la Declaración por 48 votos a favor, ninguno en contra, y las abstenciones de Arabia Saudita, Sudáfrica, la Unión Soviética y cinco de sus aliados. Canadá, seguramente para no estar en compañía de los países comunistas, en plena guerra fría, cambió su voto en el Plenario.

La Declaración consta de 30 artículos. Los primeros veintiún artículos se ocupan de los derechos civiles y políticos. Los derechos económicos, sociales y culturales figuran en las disposiciones subsiguientes.

Los artículos 1 y 22, que encabezan, respectivamente, estos dos grupos de derechos humanos, son una especie de artículos "paraguas" o introductorios. Esta división se mantiene en los Pactos de 1966.

Vamos a detenernos muy brevemente en esos dos artículos. El proyecto de la Secretaría no contenía disposición alguna equivalente al Artículo 1 que establece:

"Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros."

Este texto fue muy controvertido.

Su primera versión fue preparada por René Cassin. En la Comisión algunos delegados propusieron su supresión. El representante soviético lo rechazó por ser una proclamación sin sentido.

Finalmente, la señora Roosevelt sugirió una redacción que con pequeños cambios resultó el texto definitivo.

Sin embargo, el debate se prolongó en la Tercera Comisión de la Asamblea General. El doctor Alfaro propuso eliminar el artículo o incorporarlo al Preámbulo.

El delegado de Brasil sugería agregar la frase "creados a imagen y semejanza de Dios" al referirse a los seres humanos, lo cual provocó la oposición del representante belga quien, a fin de evitar una discusión filosófica, también hizo moción para suprimir, a continuación de la palabra dotados, la expresión "por la naturaleza" que figuraba en el texto de la señora Roosevelt.

Kelsen es uno de los críticos del Artículo 1. Sostiene que como enunciado teórico no debió incluirse en un documento que, si fuese adoptado en la legislación nacional o como tratado internacional, tendría carácter obligatorio.

Además, dadas las diferencias existentes, no tiene sentido proclamar que todos los seres humanos están dotados de razón y conciencia, y que la afirmación de que éstos nacen libres e iguales es una doctrina propia del derecho natural, que está lejos de ser aceptada.

Finalmente, dice que desde el punto de vista de una declaración de derechos, lo que importa no es cómo los seres humanos nacen, sino cómo éstos serán tratados por el derecho, con prescindencia de las diferencias que efectivamente existen entre ellos.

El Artículo 22 es la otra disposición "paraguas" con relación a los derechos humanos que Karel Vasak llamó de "segunda generación". Dice así:

"Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad."

Sin duda la inclusión de estos derechos representó un importante desarrollo en la nueva rama del derecho internacional.

En su libro, publicado por UNESCO a los 40 años de la Declaración, Humphrey dice al referirse a esta parte de la Declaración: "Los derechos humanos con estómagos vacíos no significan mucho" (2).

(2) *No distant millenium* (1989), pág. 24.

El derecho a la seguridad social figuraba en el Proyecto de la Secretaría, con la limitación relativa a la capacidad de cada Estado, pero no en un artículo "paraguas".

Aquel concepto dio lugar a largas discusiones basadas en distintas interpretaciones sobre su significado, siendo por ello eliminado.

Sin embargo, Cassin logró su reinserción al proponerlo dentro de un artículo introductorio. La mayoría de la Comisión quiso destacar que no bastaba con la enumeración de estos derechos sino que era importante aclarar que la misma sociedad debía asegurar su observancia.

Empero, el texto no quedó del todo claro porque el tema estaba ligado a distintas concepciones sobre el papel del Estado en la vida económica y social. Este es un caso de "ambigüedad constructiva" en el que se adopta un texto aceptable por las partes que sustentan posiciones encontradas en una negociación internacional.

La Declaración Universal fue concebida por la Asamblea General "como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse", más que como un instrumento del que puedan surgir obligaciones internacionales. Pero es innegable que la Declaración ha ido mucho más allá de la intención de sus autores.

En primer lugar, ha inspirado y continúa inspirando prácticamente todos los tratados internacionales en el campo de los derechos humanos.

Así, se la reconoce como fuente en los preámbulos, entre otros, de los Pactos de 1966, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial; la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; la Convención sobre los derechos del niño y la Convención sobre el estatuto de los refugiados.

En el plano regional, la Convención Europea y la Convención Americana de Derechos Humanos, también la invocan en sus preámbulos.

En segundo lugar, la Declaración ha sido el fundamento de importantes resoluciones y declaraciones de la Asamblea General, como la Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales.

El Consejo de Seguridad y la Asamblea General la han utilizado para interpretar la Carta de las Naciones Unidas.

La Declaración ha sido incorporada a algunas constituciones nacionales, y es citada en la jurisprudencia de tribunales nacionales e internacionales, así como en resoluciones de los organismos universales y regionales de derechos humanos.

Por su gran autoridad moral y política, la Declaración Universal es la pionera del dinámico desarrollo de la protección internacional de los derechos humanos.

En este sentido, su papel es comparable al que tuvieron la Declaración de Filadelfia y la Declaración francesa en el desarrollo constitucional de los derechos y garantías del individuo.

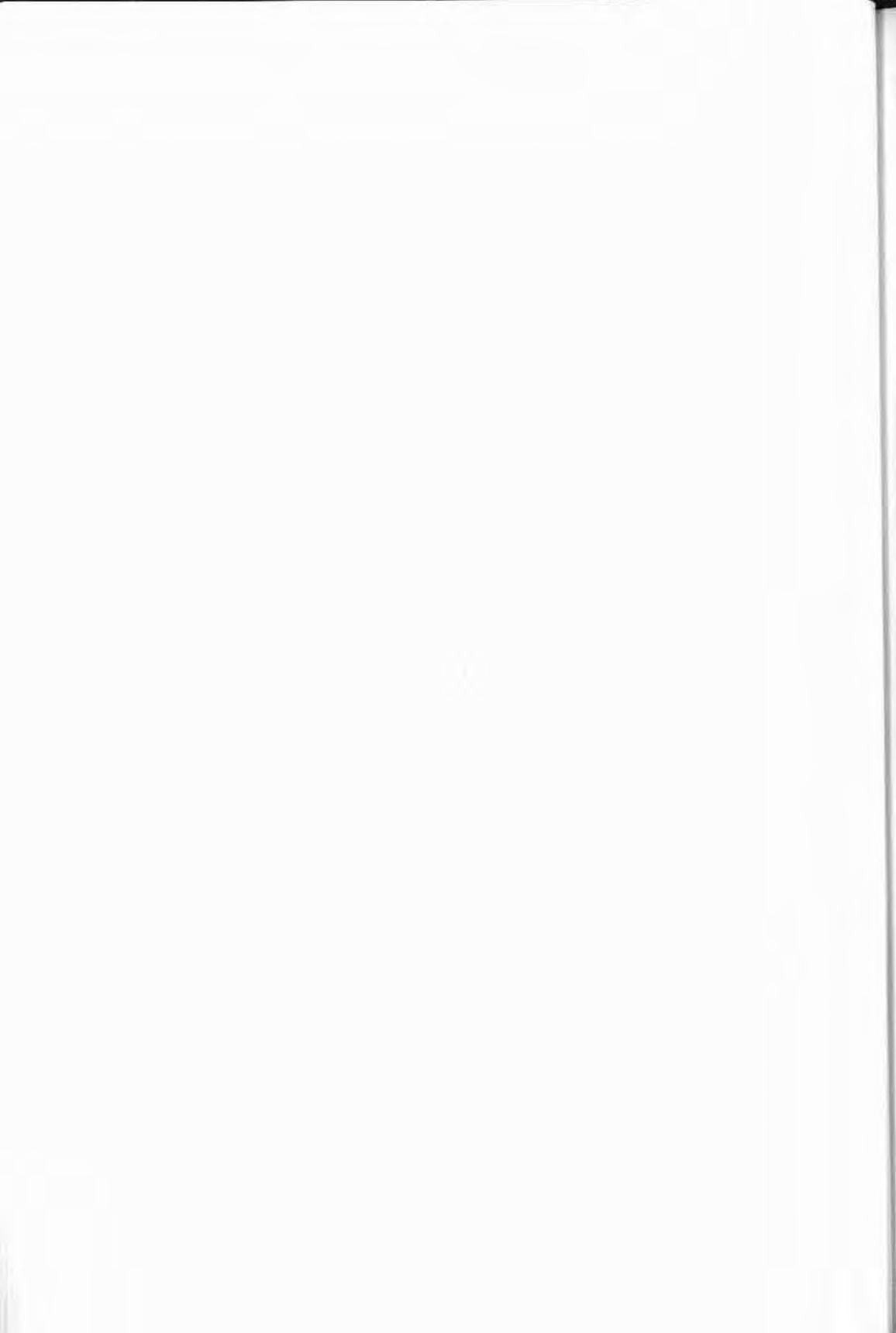
Además, como señaló sir Humphrey Waldock: "El constante y amplio reconocimiento de los principios de la Declaración Universal... la inviste del carácter de derecho consuetudinario"(3).

¿Quiénes fueron los autores principales de la Declaración? El belga Verdoot(4), historiador de la Declaración, al final de su libro, menciona los nombres de René Cassin, de Francia; P. C. Chang, de China; Fernand Dehousse, de Bélgica; Hernán Santa Cruz, de Chile; Charles Malik, de El Líbano; la señora Eleanor Roosevelt y John P. Humphrey.

Sin embargo, como afirma este último, fueron muchos otros los que a lo largo de su año y medio de gestación contribuyeron al resultado final. En verdad, es su carácter anónimo el que confiere a la Declaración Universal su prestigio y autoridad.

(3) *International and Comparative Law Quarterly*, Supplement 11 (1965), pág.15.

(4) *Naissance et Signification de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme* (1964).



PREMIO DE LA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO

POR AUGUSTO M. MORELLO (*)

Señor Presidente de la Academia Nacional de Derecho y
Ciencias Sociales de Buenos Aires doctor Roberto Martínez Ruiz.
Señores representantes de igual Corporación de Córdoba.
Señores académicos, autoridades nacionales,
señores concursantes.
Colegas, señoras y señores:

I

Cuanto menos dos sobresalientes rasgos dominan un acto tan grato al sentir de todos como el que ahora, con calidez, estamos compartiendo:

Es el primero, materializar un gesto de justicia: el reconocimiento público y la atribución de los premios a lo más granado de la producción jurídica vernácula, correspondiente al último período.

* Palabras pronunciadas por el académico en la sesión pública del 25 de junio de 1998, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en oportunidad de entregar los premios que concede esa institución a la producción jurídica correspondiente, esta vez, a los años 1996-1997: Premio "Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales", al doctor Rubén S. STIGLITZ por su obra "Derecho de Seguros"; "Accesit", "Derecho Municipal", de Antonio María HERNÁNDEZ (h), y Menciones Especiales a "Derecho de las Telecomunicaciones" de Guillermo J. CERVIO y a "Alianzas estratégicas y joint ventures", de Osvaldo J. MARZORATI.

Sobresale, en segundo lugar, por el óptimo nivel de esa literatura y el llamativo número de legítimos participantes, diecinueve en total, al igual que por la calidad intrínseca de las obras.

Quisiera, brevemente, narrar la intimidad de la metodología a la que se ajustó nuestro jurado al evaluar los méritos de tan calificado sector de estudiosos y genuinos exponentes de vocacional condición docente e investigativa.

Comienza la tarea examinando, prolijamente, cada una de las obras presentadas, luego de verificar el cumplimiento de los requisitos formales de admisión. Guiándose, principalmente, por el mérito científico en cuanto pudieran ellas significar un aporte orgánico y valioso a las ciencias jurídicas y sociales.

Además, el jurado, reiterando criterios consolidados en anteriores oportunidades, se ha ajustado a determinadas y objetivas pautas de evaluación que permiten manejarnos con parámetros de seguridad. Ese haz de circunstancias se grafica de este modo:

1º) la trascendencia del tema en relación con la totalidad del sistema jurídico;

2º) la originalidad del mismo en orden a los modernos problemas de la realidad social y, en todo caso, a la manera que sus conclusiones y fundamentos se han de proyectar en el futuro inmediato en pos de una consolidación o solución de las tópicas involucradas;

3º) inmediateamente, la coherencia en el desarrollo que el autor brindara al plan expositivo;

4º) la solidez de los fundamentos doctrinarios expuestos;

5º) la importancia de las referencias bibliográficas y los resultados comparativos, así como su evolución histórica;

6º) por último, la extensión del trabajo como expresión de complitud y dato verificable del esfuerzo de su autor.

También el jurado ha considerado otros aspectos que hacen a la transparencia y continuidad del mensaje, el estilo y calidad de la prosa, el constante avance de logros anteriores explicitados sobre la cuestión, la riqueza de perspectiva y esos matices y cadencias que en el correr de una reflexión honda y cuidada, brinda los frutos más incitantes y dibuja, con rigor, el perfil reformulado de instituciones clásicas, con lo que

su aporte permite renovar su consistencia. Traducir a un genuino diseño actual figuras cruzadas por una nueva dinámica y otros compromisos ante demandas y reclamos que urgen por renovadas respuestas.

Se advertirá lo difícil de una empresa que, por sucesivos y rigurosos descartes, en niveles y registros no siempre semejantes, desde sus respectivas y singulares contribuciones, debía ir marginando a muchas de ellas a fin de satisfacer las exigencias reglamentarias.

Destaco, igualmente, que la estructura, contenido y proyecciones de todas las leídas y releídas, mostraban autores de probada capacidad y dominio de las parcelas abordadas; muchos de ellos, por el entusiasmo y solvencia de su despliegue, propios de auténticos maestros, y con el don expositivo de quienes, poseedores de los buenos conocimientos y la especialización, traducen convicciones profundas.

Sus prolongadas magistraturas se han extendido así mucho más allá de las aulas universitarias para constituirse en forjadores de teorías, autorizados analistas y orientadores de opinión, en la jurisprudencia y en la profesión. En síntesis, convocatoria cabal a un elevado registro del pensamiento con que se recortan las más conducentes de nuestro tiempo.

II

Dispénsese-me alguna acotación personal en relación con el premio específico "Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires" que hemos discernido.

El doctor Rubén S. Stiglitz es oriundo de la Universidad de La Plata; en ella estudió y en ella enseñó el derecho de sus amores: contratos y seguros.

Sé que sus paradigmas formadores se alegrarían y alegran al ver florecer en este galardón, que es un signo, un mensaje y un antídoto contra la decepción, las horas más fértiles de su tesonera labor y que esta clarinada representa para él, su familia, discípulos y amigos el sabor de la esperanza, acerca de la cual Borges apuntó que es un deber.

Es más, una piedra blanca en el sendero de las ilusiones diría nuestro maestro Mercader, enraizada en los manes de Joaquín V. González y en los perfumados tilos y diagonales de la Universidad de Dardo Rocha, poema de cal y piedra, en la medida que esta recompensa y los que continuarán pondrán nuevamente en evidencia que las esencias que

desde 1906 han nutrido a nuestra Casa de Estudios, no han perdido su vitalidad.

III

De cara al futuro, es el de hoy un logrado acto de inversión científica que, con las aportaciones que fueran objeto de examen y juicio crítico, muestra el camino a seguir al dar prioridad a las altas manifestaciones de la cultura porfiando por la excelencia y la superación, que anhelan para la Argentina —no sólo la jurídica— el reverdecimiento espiritual que colme el vacío que padecemos.

Nuestro país —pienso en Sarmiento, Alberdi, Mallea, Risolía, Marienhoff y muchos otros— alumbró con sus mejores luces cuando en él florecían los maestros, sus enseñanzas y sus ejemplos. Ellos fueron y son el mejor reaseguro en la impostergable empresa de regeneración ética de una sociedad moralmente débil.

Lo anterior equivale a destacar que estamos atentos a los ruidos de la sociedad y a las exigencias de la hora. Que nos hemos reunido para valorar, sobremanera, la dignidad del esfuerzo intelectual que ha logrado, en cada uno de los prestigiosos autores pujantes, dar cima al noble propósito asumido.

También, que esas obras y este reconocimiento, contribuyen a la legitimación social del saber y al papel que le corresponde a nuestra institución.

IV

Los premios otorgados están, pues, en buenas manos; bienvenidos sean y que estimulen a múltiples iniciativas similares.

¿O acaso ese hijo del alma, que es el alumbramiento de un libro jurídico, no encarna para el orfebre del derecho uno de sus instantes más fecundos y felices al ofrendar, con él, del modo más serio, responsable y bello su incommovible adhesión a lo que Albert Camus describe como "esa conmovedora creación humana que se llama Justicia"?

Y ello, en verdad, nos hace bien.

Muchas gracias.

II

COMUNICACIONES EN SESIONES PRIVADAS



LA CLÁUSULA ÉTICA DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL (ARTÍCULO 36 "IN FINE"): ASPECTOS DE DERECHO PENAL Y PROCESAL

SOBRE LA ÉTICA PÚBLICA Y EL ARTÍCULO 36 DE LA NUEVA CONSTITUCIÓN

POR EDUARDO AGUIRRE OBARRIO (*)

El artículo 36 de la Constitución Nacional reformada en 1994 dispone, en su último párrafo, que el Congreso sancionará una ley de ética pública para el ejercicio de la función.

La primera conclusión que desde el punto de vista del derecho penal se puede obtener es, pienso, que ese precepto implica reconocer como bien jurídico, no solamente el desempeño legal y ordenado de la administración pública, sino también el desempeño éticamente decoroso.

Muchos de mis maestros, como Jorge Eduardo Coll, José María Paz Anchorena y Alfredo J. Molinario, consideraban que tal característica era una natural derivación del sistema republicano implantado por el artículo 1º.

Comparto esa opinión, pero no me parece sobreabundante consagrarla especialmente.

(*) Comunicación efectuada por el Académico en la sesión privada del 23 de abril de 1998 en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

Por otra parte, una ley de ética pública podría comprender muy diversas cuestiones, que van desde el trato amable, respetuoso y digno hasta temas burosexuales.

De alguna manera, así lo entendió, por ejemplo, la comisión especial que había nombrado en 1995 el Primer Ministro Major para considerar este asunto en Gran Bretaña.

La Comisión creyó que, más que delitos, en el desempeño de los altos cargos se advertía, en un sentido, trascendencia de infidelidades y, en otro, meras irregularidades financieras, sugiriéndose medidas de vigilancia para efectivizar responsabilidades políticas.

Ignoro si al hablar de irregularidades hubo eufemismo, pero, sea como sea, aquí en la actualidad creo que la situación es muy otra. Todos pensamos que estamos frente a una ola de delitos o, por lo menos, de comportamientos que debieran estar incriminados.

Por eso, el problema que debemos encarar no es tanto una cuestión de ética pública en general, sino un aspecto de ella: el fenómeno de la corrupción gubernamental.

La corrupción asume en estos tiempos el papel protagónico que también tuvo y tiene el terrorismo, del cual se ocupó esta Academia hace unos años.

El doctor Morello expondrá principalmente lo que concierne al derecho procesal y yo, al penal.

Pero ninguno de nosotros podrá evitar ciertas consideraciones sociológicas, psicológicas y políticas. Y también deberemos referirnos a aspectos propios del derecho administrativo.

Es claro que un fenómeno tan polifacético y el tiempo limitado que cuadra a una comunicación en esta Academia nos obligará a dejar mucho sin decir y, en lo que digamos, a ser breves.

En primer término procuraré esbozar una delimitación de lo que se entiende por corrupción, porque la palabra es muy usada y todos creemos entendernos, pero el término se emplea para significar las más diversas cuestiones y esto puede generar bastante confusión.

Luego presentaré un panorama acerca de los problemas que se advertían y las soluciones que iba implementando la ley penal. Y dedico la segunda parte a la situación actual.

I. Adelantamos tres definiciones(1)

Las definiciones de corrupción, limitado el término a nuestro tema de la corrupción gubernamental, escasean. Pero alguna se ha ensayado.

1. "La utilización de un cargo público en provecho propio". Aparece en 1993, durante las sesiones de la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal, en Viena.

Fue reiterada en el XIII Congreso Internacional de la Defensa Social, en Pecce (Italia, noviembre de 1996), de donde la adoptó el informe de Bernardo Beiderman, uno de nuestros más distinguidos penalistas y profesores(2).

Hay una fórmula anterior, más descriptiva pero menos neta:

2. "Conducta que se desvía de las obligaciones de orden público normales debido a intereses personales (familiares o de allegados) o beneficio monetario o de orden social; o que viola normas respecto al uso de cierto tipo de influencias con fines personales."

Es la definición de Joseph S. Nye (1967), de la que parte Carlos Alberto Beraldi (1995), quien agrega una nota restrictiva:

3. "Además de perturbar la marcha normal de la gestión administrativa, se proyecta sobre la actividad económica, pública y privada, entorpeciendo su desarrollo libre y transparente"(3).

II. Sobre las voces "corrupción" y "corromper"

A) En el Código Penal

(1) En el Anexo, reproduzco las definiciones que trae el "Diccionario de la Real Academia Española" y el "Diccionario de uso del español" de María MOLINER.

(2) El informe BEIDERMAN se intitula "Corrupción: Acción preventiva y política criminal".

La definición citada por él se ubica así, conforme a su nota: "Comisión, de Prevención del Delito y Justicia Penal", segundo período de sesiones, Viena, 13 a 23 de abril de 1993, tema 3 del programa provisional. E/CN 15/1993, pág. 10.

(3) Control de la corrupción mediante la desregulación, en "Pena y Estado", año 1, número 1 (dedicado a la corrupción de funcionarios públicos). Editores del Puerto, Buenos Aires, 1995, págs. 34-35.

La voz "corrupción" aparece en el Código Penal solamente en la rúbrica *Corrupción y ultrajes al pudor*, correspondiente al Libro II, Capítulo III, y en sus primeros dos artículos, que se refieren al delito de promover o facilitar la corrupción de personas menores (artículo 125) y mayores (artículo 126).

Se sobreentiende que aquí la corrupción concierne al psiquismo sexual, en el sentido de su apartamiento de la normal y natural disposición del ser humano.

Es de aclarar que el delito no consiste en corromperse ni en corromper, sino en terciar (promover o facilitar la corrupción de otro).

No nos referimos a esta acepción.

B) En la doctrina penal, hasta hace poco
(Corrupción = Soborno, Cohecho)

Este significado no aparece en la ley, sino que es el nombre doctrinal del delito de cohecho (ver en el Anexo I, Real Academia, corromper, 3. sobornar a alguien con dádivas o de otra manera).

En el Diccionario de Autoridades de la misma Corporación, tomo II, de 1729, ya figuraba esta acepción: "vale asimismo sobornar o cohechar". También en el de María Moliner (Anexo I,9.).

Nótese que esas definiciones aparecen estructuradas como si se tratara de una acción del particular, del sobornante.

Ello se debe a que no se concebía que un funcionario de la administración pública anduviera tras prebendas ni, mucho menos, que buscase su enriquecimiento.

Así que se creyó que cuando tales hechos ocurrían, eran causados por los mañosos particulares.

Quien ofrecía, prometía o entregaba dádivas a un funcionario, buscaba corromperlo.

El particular jugaba el papel de la bíblica víbora; en cambio, el funcionario había pecado por ceder.

El delito se llamó "corrupción de funcionarios" y los penalistas diferenciaron la corrupción activa, que es la acción del particular, de la corrupción pasiva, que consiste en la aceptación del funcionario.

En el código argentino se dice "cohecho", también diferenciándose en activo y pasivo. Corrientemente se emplea "soborno", pero solamente en el sentido activo.

Y, en ambos sentidos, nuestra habla popular utiliza la voz "coima", que entró al Diccionario de la Real Academia en la edición de 1992.

De paso señalemos que también se ha pensado, como entre nosotros lo pensó la ley 49 de 1863, el Proyecto de Piñero, Rivarola y Matienzo, de 1891 y José Peco en su espléndido Proyecto de 1941, que se puede diferenciar, por un lado, el caso de cohecho para que el funcionario realice un acto que cuadra a su función (con pena de hasta dos años de prisión) y, por otro, el del funcionario que realice un acto contrario a ella (con pena hasta 10 años).

Este enfoque es correcto, pero creo que no ha tenido fortuna porque da lugar a varios problemas interpretativos.

El cohecho inducido

Pero es evidente que las cosas fueron variando.

Hoy, y desde hace por lo menos medio siglo, sabemos que hay tantas probabilidades de topar con funcionarios que ansíen recibir dádivas y cambiar de fortuna, como con los que simplemente ceden a la insistencia de un particular.

Por eso nos encontramos con un primer problema. Es que el Código Penal, además de contemplar el caso del particular que da y el funcionario que recibe, castiga al particular que ofrece una coima, aunque el funcionario no la acepte (art. 258).

Pero como no era concebible un funcionario que gentilmente nos sugiriese que hay que aceitar la máquina burocrática para obtener su oportuno funcionamiento, este hecho quedó impune.

La inclusión del cohecho inducido fue propiciada por el proyecto redactado principalmente por Alfredo Molinario y que presentó el diputado Conte Grand hace 45 años.

Hace 30 rigió conforme a la reforma introducida durante el ministerio de nuestro colega Guillermo Borda. Pero quedó sin efecto y en el olvido.

Después insistió el Proyecto de Código de 1980 y el de modificaciones acerca de ética pública de 1997, sin novedad(4).

PRIMERA PARTE

LA LEGISLACIÓN VIGENTE

A) En leyes penales

Otras figuras tradicionales referentes a la vocación crematística de funcionarios.

Además del cohecho, la batería de delitos que inicialmente figuraba en el Código Penal y contemplaba "la utilización ilegal de un cargo público en provecho propio" comprendía la exacción ilegal, el peculado de caudales públicos y las negociaciones incompatibles con la función.

Como los señores académicos saben, dicho a muy grandes rasgos, la exacción consiste en una exigencia extorsiva del funcionario al particular, que pasa a ser víctima.

Cuando el pago se incorpora al activo del funcionario, el nombre técnico es concusión, tema sobre el cual lo mejor fue escrito entre nosotros por Enrique Ramos Mejía.

El peculado es una malversación de caudales públicos que pasan a las faltriqueras del funcionario.

Y las negociaciones incompatibles consisten en interesarse, con finalidad patrimonial, en operaciones que entran en el campo de sus funciones(5).

(4) El primero es de Sebastián SOLER, Luis C. CABRAL, Luis María RIZZI y mío, pero pedimos que no se tratara hasta que el país tuviera paz. El segundo, al que me referiré luego, es de Roberto DURRIEU, Fernando GOLDARACENA y mío.

(5) Señala BEIDERMAN con acierto, loc. cit., que también se relaciona con la corrupción el delito consistente en defraudar so pretexto de supuesta remuneración a los jueces u otros empleados públicos. Es un delito que promueve la desconfianza.

Agregados posteriores:

a) Ampliación de las figuras tradicionales (1963-1964):

En 1964, la importante ley 16.648 aumentó algunas penas.

También agregó el caso del funcionario que hace valer su influencia ante otro funcionario (en el cohecho pasivo, art. 256).

En 1963, el decreto-ley 4778 (6) incluyó, en el peculado (artículo 261) utilizar, en provecho propio, trabajos o servicios pagados por la administración. La ley 16.648 retocó un poco la fórmula.

b) El delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios (1936, 1956, 1963-1964).

Luego se pensó en el delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios. Esto sucedió en nuestro país según un proyecto del diputado Corominas Segura (1936).

Volvimos sobre el asunto Luis C. Cabral y yo a fines de 1955 o principio de 1956, y también implantamos la declaración de bienes de los altos funcionarios(7).

Después, el citado decreto-ley 4778/63 agregó, en el artículo 259, dos párrafos: uno, sobre indebida utilización de informaciones reservadas con fin de lucro y otro, acerca de enriquecimiento ilícito, caracterizado como "incremento importante de su patrimonio".

Ambos integran un capítulo nuevo desde 1964, por obra de la ley 16.648, que modificó la fórmula: "enriquecimiento patrimonial apreciable".

Estos delitos están vigentes, igual que las declaraciones de bienes de los altos funcionarios, pero precisan modificaciones y, sobre todo, ansias de aplicarlas.

(6) Proyectado por Mario A. ODERIGO, José Argibay MOLINA, Gerardo Peña GUZMÁN y Ángel González MILLÁN.

(7) En ese entonces, el tema preocupó a muchos funcionarios, como Eduardo BUSSO, Laureano LANDABURU, Carlos Manuel MUNIZ, Sebastián SOLER, Genaro CARRIÓ, Alberto Rodríguez GALÁN, Juan R. AGUIRRE LANARI y Segundo V. LINARES QUINTANA. Como se ve, casi todos integraron después la Academia.

Es curioso ver cómo, tratándose de un hecho que puede probarse con bastante más facilidad que otros, porque los rastros del enriquecimiento son evidentes, nunca se aplicó. Parecería haber caído en desuso.

Aclaración acerca de críticas al delito de enriquecimiento

Creo útil señalar una objeción al texto de la figura que nos ocupa, cual es que invierte la prueba porque aparentemente el delito se comete si el funcionario no prueba la legitimidad de su enriquecimiento(8).

Además, no falta quien considere que la sanción legislativa de este delito contraviene los principios del estado de derecho, porque la acción (u omisión) no aparece definida(9).

Aun cuando estas objeciones son muy importantes, me referiré a ellas en otra oportunidad, pues las explicaciones tomarían el tiempo de una reunión completa.

Señalo, sí, que ahora no solamente existe la disposición de nuestra Constitución, sino que la Convención Interamericana contra la Corrupción de 1996, ratificada por la República, recomienda tipificar el delito de enriquecimiento de los funcionarios.

c) El delito llamado de subversión económica (ley 20.840, de 1974). Esta ley, llamada de "Seguridad Nacional - Penalidades para las actividades subversivas", había sido reformada por las leyes 21.459 y 21.886, pero diez años después la ley 23.077 dejó subsistentes únicamente los artículos 6 al 9.

A partir de entonces su contenido versa sólo sobre la llamada subversión económica.

(8) El decreto-ley 4778/63 dice "no quisiere o no pudiese justificar". La ley 16.648, vigente, "no justificare". Pero después agrega: "La prueba que ofrezca de su enriquecimiento se conservará secreta, a su pedido, y no podrá ser invocada contra él para ningún otro efecto".

(9) Marcelo A. SANCINETTI, "El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público", Ad-hoc, Buenos Aires, 1994. De las 126 páginas de esta bien informada obra, 100 tratan esta cuestión, y 20 toman el estudio dogmático. La argumentación de SANCINETTI pone en evidencia que el asunto es complejo y que muchos argumentos hasta ahora empleados en favor del artículo son equivocados. Yo creo que el texto debe mejorarse.

Mencionamos estas disposiciones porque en algún caso de corrupción podrían llegar a aplicarse, pero no trataremos el asunto(10).

d) La administración fraudulenta (ley 17.567, de 1968).

La citada reforma redactó este artículo de manera que quedasen comprendidos también los funcionarios públicos.

e) La reforma constitucional de 1994 y los proyectos.

Llegamos así a la reforma constitucional de 1994, cuyo artículo 36 manda dictar una ley de ética pública, como dijimos.

Poco antes, varios diputados presentaron proyectos sobre el asunto. Tras ello, la Comisión de Legislación Penal de la Cámara de Diputados preparó dos proyectos sobre el tema, firmados por unanimidad (también antes de la mencionada reforma constitucional).

Pero, aun cuando contenían muchas buenas ideas, a mi juicio eran demasiado reglamentaristas, y en cierta forma complicados, sobre todo para los funcionarios de tercer o cuarto nivel de jerarquía. Entonces ciertas entidades pidieron al doctor Roberto Durrieu, a Fernando Goldaracena y a mí que preparásemos algo al respecto.

Así fue como redactamos dos anteproyectos: uno, de reformas al Código Penal; otro, administrativo, principalmente sobre las manifestaciones de bienes.

Quizás convenga saber que esos textos llegaron a manos del Presidente Carlos Menem, quien anunció en acto público que los hacía suyos(11).

(10) Congreso Penal de Resistencia publicó mi relación sobre el artículo 301 del Código Penal, pero en lugar de exponer sobre ese tema, siguiendo el consejo de Ernesto R. GAVIER, me ocupé de su vinculación con la ley de subversión, en lo que conté con el acuerdo del contrarrelator Enrique PAIXAO y el Presidente de la sesión, José SEVERO CABALLERO. Entre otras cuestiones, interesa destacar que ninguno de los 400 penalistas presentes se opuso a la explicación según la cual esos delitos reclamaban, si no la intención, por lo menos saber que la acción podría producir efectos subversivos.

Dicho sea de paso, tal cual pensaba Sebastián SOLER, creo que esa ley está mal redactada y conviene derogarla.

(11) Su palabra se difundió por radio y televisión, desde el Salón Blanco colmado, con todos sus ministros y los más altos funcionarios y empresarios presentes.

Pero a mi modo de ver se deslizó un error en su empeño, porque remitió un proyecto al Congreso y otro al Ministerio de Justicia, para que se perfeccionara. Y esta separación de una propuesta combinada resultó perjudicial, por lo menos en los dos años que pasaron.

Es claro que, como enseñaba Emilio Durkheim, los hechos sociales no tienen una sola causa. Por eso posiblemente hayan terciado otros factores.

De todas maneras quiero advertir que, hoy, los redactores corregiríamos un poco esos proyectos, porque entonces buscamos no apartarnos demasiado de los precedentes y pienso que contienen demasiadas enumeraciones, como la de funcionarios comprendidos, que bien podría pasar a un artículo sobre significación de términos.

Síntesis de la situación

Este es el panorama de la legislación penal vigente. Pero puede advertirse que contempla determinados hechos concretos.

Hay que completarlo con una referencia a los más altos funcionarios de los diferentes poderes, porque la Constitución, como la mayoría de las constituciones, da un tratamiento especial a estos casos.

Es un tema que tratará dentro de unos minutos el doctor Morello, sobre todo de los aspectos procesales, como dijimos anteriormente.

B) En la Constitución

La mayoría de las naciones diferencian el tratamiento penal corriente y el de los más altos gobernantes.

Aun cuando hay en esto un apartamiento del principio de la igualdad, como el asunto aparece dispuesto en la propia Constitución, el problema consiste en averiguar si es razonable esa diferencia(12).

(12) No se puede invocar la falta de igualdad cuando está dispuesta por la Constitución. Así, cede la igualdad frente al sistema federal, conforme al cual son distintos los sistemas procesales, las disposiciones sobre excarcelación, etc. También cede ante las facultades de los ciudadanos que desempeñan un cargo y, por eso, el Presidente dicta decretos, los diputados y senadores votan leyes y los jueces sentencian, y no lo hace cualquiera del pueblo.

Creo que no solamente es razonable sino que es indispensable. Porque bastaría un malintencionado y un juez no muy avisado para perturbar completamente el sistema democrático. Legisladores, los mismos jueces y los jefes de gobierno y el gabinete estarían a merced de cualquiera.

Por otra parte he leído que aun cuando tales diferencias no se establezcan, de todos modos los gobernantes pueden arreglárselas para que aborten las denuncias y procesos, aun teniendo fundamento.

En nuestro país, tales diferencias aparecen ya en la Constitución de 1853.

C) En la Convención Interamericana de 1996 contra la corrupción

Esta importante Convención(13), además de procurar la tipificación de los delitos que ya figuran en nuestro Código, tiene las siguientes particularidades, que sintetizo siguiendo el orden del informe de Bernardo Beiderman:

- Se refiere a todos los funcionarios públicos, sin distinciones.
- Establece un sistema de declaración de bienes e ingresos.
- Regla la compra de bienes para el Estado.
- Permite mantener secreta la identidad del denunciante.
- Incluye controles en sociedades civiles y comerciales, aspecto que merece la atención de mis colegas.
- Señala la importancia de legislar en materia de soborno (cohecho) internacional.
- Permite la extradición.
- Se refiere expresamente al decomiso.
- Aclara que las finalidades políticas del acto de corrupción no lo convierten en delito político ni conexo.

(13) De la cual se ocupará más adelante el doctor MORELLO.

Además, incluye normas de cooperación y solicita ayuda y apoyo de gobiernos y particulares.

SEGUNDA PARTE

LA SITUACIÓN DE HECHO ACTUAL

No parece necesario explicar que eso que llamamos corrupción se ha globalizado, como hoy es corriente decir.

Entre nosotros, también se ha globalizado la desconfianza.

La gente desconfía del nombramiento de funcionarios en el plano del Poder Ejecutivo.

Desconfía de la imposibilidad de tachar candidatos a diputado y sustituirlos por otros.

Desconfía de los partidos políticos.

Desconfía del nombramiento de jueces y de la Suprema Corte. De la falta de independencia de los fiscales. De las grandes licitaciones. De las privatizaciones.

La gente conoce millonarios saqueos al Tesoro, que aparentemente se producen por obra de administradores de alguna repartición pública que van desde organizaciones para la asistencia de enfermos y jubilados hasta el blanqueo de narcodólares, pasando por los procedimientos paraaduaneros.

Antes había oído hablar de la organización del campeonato mundial de fútbol, de pollos y guardapolvos.

Pero no sabe bien qué ocurrió u ocurre con todo esto, ni si en la lista hay algún infundio, alguna falsa imputación.

Todavía nos falta llegar al fraude informático.

El resultado es que, aquí y en muchas partes, vemos cómo, por obra del enorme progreso técnico de las comunicaciones, el papel del periodismo parece sustituir la función investigadora oficial. A veces, hasta el punto de fallar causas penales.

He aquí que, además, ahora nos encontramos conque, en muchos importantes países, aunque todavía en menor medida en la República, ha cambiado la relación del gobierno y la administración con los administrados.

Antes, el mundo de los negocios trataba con el sector oficial. Ahora se ve al empresario instalado en el cargo.

Por eso antes unos daban para que otros adoptaran medidas que les permitieran ganar más, o cerrasen los ojos, y ahora no es necesario.

Cuando el diputado es empresario, no precisa comprar su voto ni su proyecto. Cuando lo es el ministro, no precisa comprar resoluciones; simplemente las dicta.

Sucede, mutatis mutandis, lo que en los tiempos de oro del monopolio:

El monopolio de la navegación era el patrón del comercio internacional.

El monopolio del carbón fue el dueño de las calderas de los buques y de las fábricas.

El del acopiador de cereales, de las cosechas.

El del ferrocarril, de los acopiadores de cereales.

El del petróleo suplantó al del carbón. Y el de la electricidad, y vendrá el del átomo, etcétera.

Asimismo, grandes empresarios han podido mover al electorado, suponiéndose que el éxito en el mercado es promisorio para el éxito de la conducción gubernamental.

Algo parecido sucede en el periodismo.

Del diario independiente y el periódico del partido político, netamente separados, se pasó al diario indiferenciado y, advirtiéndose que por esa vía se podían conseguir votos, resulta que la preponderancia en televisión nos puede llevar a la preponderancia política y al cargo, tal cual sucedió en Italia últimamente.

Como puede verse, la situación no es alentadora. Pero su remedio no puede llegar sólo por el camino de las leyes, sino por un conjunto de

factores, como por ejemplo la educación de los valores, que toma tiempo; una voluntad de gobiernos en los que la gente normalmente no confía, y el papel investigador y de denuncia que está adquiriendo el diario, la radio y la televisión (bienvenido en cuanto no padezcan el mal). De todos modos la influencia legislativa tiene cierto papel por cumplir, aunque no sea el central(14).

En ciertos casos, como cuando el derecho sigue en buena medida el principio de la regulación mínima posible, su peso será mayor.

Dicho de otra manera: la desregulación razonable nos libra de muchos cohechos y exacciones mientras que la regulación excesiva es criminógena.

También se han dado pequeños pasos adelante, como sucede con la independencia de los fiscales (que precisaría muchos ajustes) y los nombramientos con intervención del Consejo de la Magistratura (aunque su composición y funciones son criticables). Pero mucho depende de las designaciones y el funcionamiento.

TERCERA PARTE

DE NUEVO SOBRE LA DEFINICIÓN DE LA CORRUPCIÓN

Todos nos comprendemos cuando hablamos de corrupción. O creemos comprendernos(15).

(14) No tratamos aquí del importante problema que consiste en saber hasta dónde la democracia o el estado de derecho son causas que producen el estado de cosas actual. Sobre esto pueden verse los diez estupendos trabajos incluidos en "Corrupción y Estado de Derecho". El papel de la jurisdicción, recopilados por Perfecto Andrés IBÁÑEZ (Editorial Trotta, Madrid, 1996).

Contra esa tesis, creemos que no produce corrupción el estado de derecho, sino que es el marco en el que la corrupción se desarrolla, como se desarrollaría y más, en cualquier otro sistema de gobierno. Sobre esto ya traía muchos ejemplos MONTESQUIEU en "L'esprit des lois".

De paso señalo que en muchas opiniones y apreciaciones coincido con Juan Bustos RAMÍREZ en su editorial al primer número (Corrupción) de la revista "Pena y Estado" (Editores del Puerto, Buenos Aires, 1995, págs. 17 a 20), pese a que el autor tiene una orientación política muy diferente de la mía. El primer artículo en esta revista pertenece al recopilador citado antes.

(15) En la revista "Pena y Estado", citada en la nota anterior, el artículo "Control de la corrupción mediante la desregulación", de Carlos Alberto BERARDI, trae referencias al

Pero ¿qué entendemos hoy por corrupción? Es una pregunta de difícil respuesta.

Por un lado, podemos mirar el asunto como fenómeno sociológico, psicológico, político o combinado.

Sin embargo no es corriente confundirse en cuanto a esos aspectos porque, explícita o implícitamente, nos damos cuenta de que nos referimos a uno u otro de ellos.

Pero, además de esta dificultad inicial, está la del significado del vocablo.

Hay acuerdo en que se trata de comportamientos reñidos con la ética o, por lo menos, con el normal ejercicio de la función.

Pienso que también todos incluimos en él una referencia a gente que ocupa altos cargos del gobierno y de la administración.

En cambio, cuando se trata del resto de los funcionarios, si bien se dice que hay corrupción, tal voz es empleada en el sentido tradicional. Es decir, como coima y los demás delitos que vienen figurando en el Código.

Igualmente, la mayoría de las veces usamos el término —como hasta ahora venimos haciéndolo en esta comunicación— teñido con una tonalidad crematística, como es el caso de todos los delitos que mencionamos.

Es claro que la tonalidad comprende utilizar las funciones para que otros (amigos, parientes o correligionarios) lucren indebidamente.

Pero es menester decidir si el término debe limitarse a los casos en que la economía pública y la producción probablemente se resienten con estos hechos.

concepto de corrupción (págs. 35-37). Cita la definición de Joseph S. NAY (profesor de Harvard), muy afamada: "conducta que se desvía de las obligaciones de orden público normales debido a intereses personales (familiares o de allegados) o beneficio monetario o de orden social; o que viola normas respecto al uso de cierto tipo de influencias con fines personales". Beraldi destaca que "la corrupción es entendida como un fenómeno que, además de perturbar la marcha normal de la gestión administrativa, se proyecta sobre la actividad económica pública y privada, entorpeciendo su desarrollo libre y transparente".

A decir verdad, cuando se limita el alcance del vocablo a los más altos gobernantes y funcionarios, es porque, de alguna manera, se piensa en este efecto.

Una importante corriente de estudiosos adopta las pautas señaladas para definir la corrupción gubernamental.

Llamemos a esta idea corrupción beta, para evitar confusiones.

Pero no es fácil decidir si solamente conviene referirse a esta situación, o es mejor extender el significado del término a otras acciones, sin contenido de lucro.

Es claro que, como se trata de atribuir características a un concepto, podemos incluir las que nos parecen adecuadas. El problema consiste en saber si son las adecuadas conforme el uso común del idioma.

Así, por ejemplo, si los nombramientos que hace un alto funcionario recaen muchas veces en personas a quienes falta idoneidad para la función (decimos muchas veces, para salvar alguno que otro error en el que hasta el mejor incurrirá), ¿es un acto de corrupción?

Si tercia ansia de poder por el poder mismo, por descontrolada vocación política, por afán de descollar de alguna manera, ¿podemos decir que hay corrupción?

Si los actos se deciden por el simple afán de quedar bien con quien manda ¿hay corrupción? ¿Y si se busca ascender?

Dejemos pendientes las respuestas, porque es menester aclarar que, aun cuando se conteste afirmativamente, esto no implica que todas esas acciones sean castigadas como delitos, sino que debemos acuñar fórmulas que contemplen los casos más graves.

Y retomemos el asunto.

Cuando se contesta afirmativamente la serie de preguntas, es decir cuando pasamos a considerar que se trata de casos de corrupción, estamos fuera del concepto beta, y pasamos a la corrupción gamma.

Yo creo que sí. De donde la voz corrupción alfa, es decir la más general, podría definirse como un embate doloso a las notas de decoro y austeridad que deben cuadrar al funcionario público, en cuanto se refieren a las condiciones de idoneidad indispensables para el desempeño de su función o las de quienes designe, al ánimo de lucro para sí u otros, y en

cuanto a dejar de lado en sus decisiones la consideración de circunstancias que podrían tener influencia en ellas por motivaciones o finalidades extrañas a la buena gestión. Ello, a sabiendas.

Esto no significa que el funcionario no pueda equivocarse nunca. Porque no debemos confundir corrupción con yerro. Y aun cuando se equivoque demasiado, pero no a sabiendas, ello revelará que se trata de un mal funcionario, no necesariamente de corrupción.

ANEXO

1. Diccionario de la Real Academia Española

Corrupción. Acción y efecto de corromper o corromperse.

- * 2. Alteración o vicio en un dicho o escrito.
- * 3. antig. diarrea.
- * 4. fig. Vicio o abuso introducido en las cosas no materiales.

Corromper. Alterar o trastocar la forma de alguna cosa.

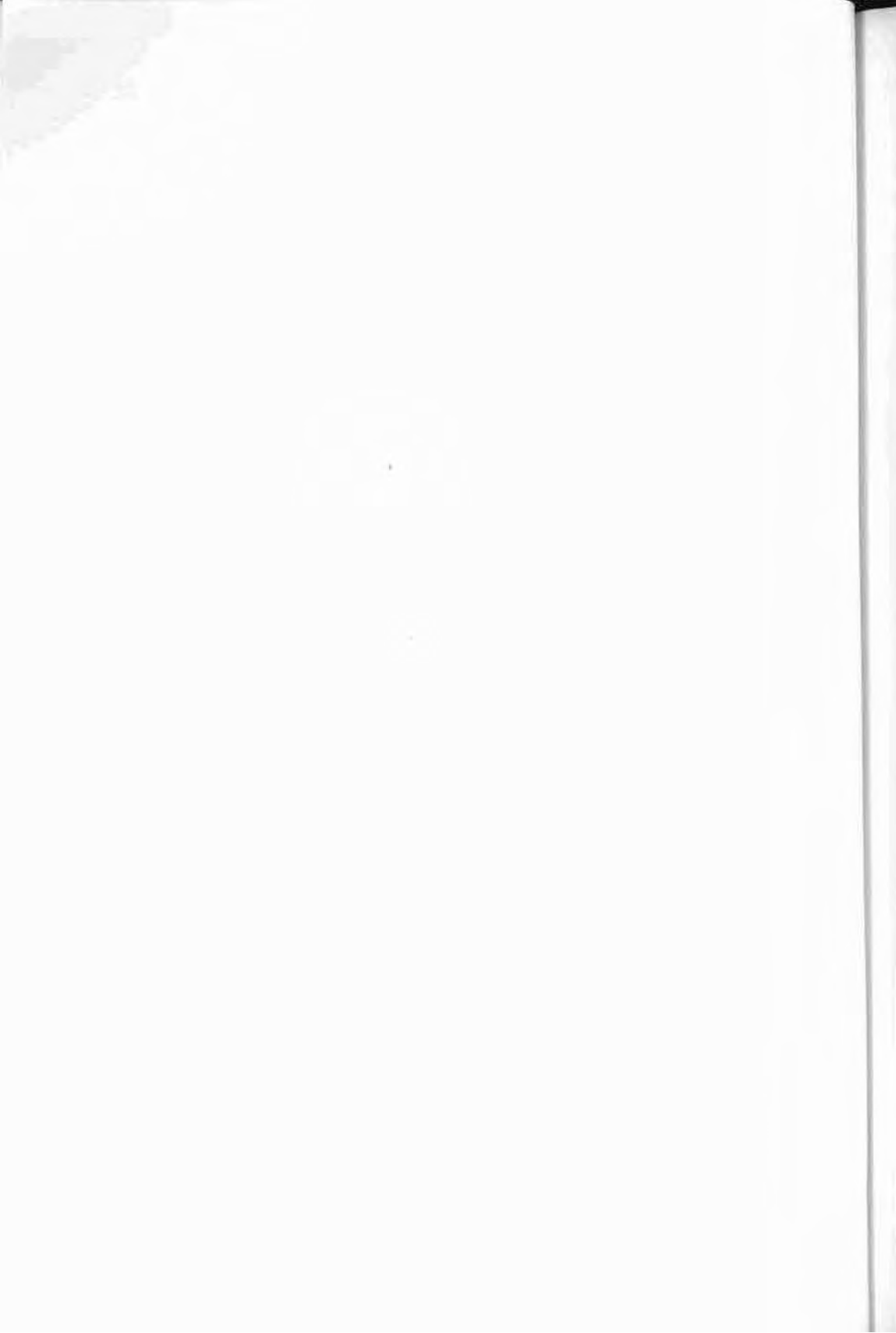
- * 2. Echar a perder, depravar, dañar, pudrir.
- * 3. Sobornar a alguien con dádivas o de otra manera.
- * 4. fig. Pervertir o seducir a una persona.
- * 5. Estragar, viciar.

2. Diccionario de María Moliner

Corrupción. (Menciona las tres primeras acepciones de la Academia, no la cuarta).

Corromper. Alterar. Descomponer.

- * 2. Cambiar la naturaleza de una cosa volviéndola mala.
- * 3 a * 6 se refieren a descomposición de cosas materiales.
- * 7. Pervertir. Hacer moralmente malas a las personas o las cosas o estropear cosas no materiales.
- * 8. Quebrantar la moral de la administración pública o de los funcionarios.
- * 9. En especial, hacer con dádivas que un juez o empleado obren en cierto sentido que no es el debido.



LA CLÁUSULA ÉTICA DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL (ARTÍCULO 36 "IN FINE"): ASPECTOS DE DERECHO PENAL Y PROCESAL

LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN ASPECTOS PROCESALES

POR AUGUSTO MARIO MORELLO (*)

I. Aproximación

Retomo el tema de la ética colectiva y de la lucha contra la corrupción, que desarrollaré desde el horizonte procesal (en algunos puntos de gravitante interés actual), asumiendo la excelente exposición que desde un enfoque preferentemente penal ha abordado, con sapiencia, nuestro catedrático Eduardo Aguirre Obarrio.

El punto de partida lo constituyen tres hitos de destacada significación. Dos provienen de las reformas a las Constituciones de la Nación y de la Provincia de Buenos Aires acontecidas en 1994, a tenor de las cuales se incorpora expresamente la cláusula ética (art. 36 parr. 4º de la Ley Fundamental) y, en la segunda, en el marco que contempla la defensa del estado de derecho, la creación de un Tribunal Social de la Responsabilidad Política.

(*) Comunicación efectuada por el Académico en la sesión privada del 23 de abril de 1998 en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

La tercera referencia concierne a la Convención Interamericana de Lucha contra la Corrupción —Caracas, Venezuela, aprobada por la ley 24.759 (B.O. 17-01-97)(1)— y que reviste la superior jerarquía que a esos tratados les reconoce la Constitución Nacional en el art. 75, incs. 22 y 24.

La referida Convención Interamericana que se individualiza con la sigla CICC(2) representa una trascendente herramienta para que América (in totum) participe en una frontal operación de rescate de la ética colectiva y de manera uniforme despliegue un tratamiento global al respecto, contando con un verdadero arsenal de conceptos, métodos, cooperación, participación ciudadana, colaboración múltiple, tipificación común de delitos, régimen de la extradición, rol de los tribunales de justicia y revolucionarias cuñas que penetran en los clásicos tejidos de los derechos: internacional, penal, administrativo y procesal.

En verdad instala el tema en un registro inédito y suscita fundadas esperanzas de que será posible, a partir de ahora, con esa trama normativa, moderna, más ágil y segura, emprender una tarea que recupere confianza en tan desafiante y urgente empresa de luchar eficazmente contra la corrupción(3).

Convendrá advertir, sin embargo, que el deshonesto registro undécimo al que nos relegó "Transparencia Internacional" (T.I.) entre las

(1) Acerca de si están pendientes algunos de los trámites que requiere la norma constitucional (art. 75) y de que ello no es óbice para que el referido tratado se repunte vigente y de si su incumplimiento genera responsabilidad al Estado argentino de conformidad al Tratado de Viena, ver GORDILLO, Agustín, "Un corte transversal al derecho administrativo. La Convención Interamericana contra la Corrupción", "L.L." 10/9/97, caps. VII y VIII.

El art. 36, párr. 4º de la Constitución Nacional reformada en 1994, en lo que aquí nos interesa prescribe: "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."

A su vez el art. 3º de la Constitución Bonaerense reformada asimismo en ese año, en la segunda de sus cláusulas reza: (Corrupción) También agravian y lesionan la sustancia del orden constitucional los actos de corrupción. La ley creará el Tribunal Social de Responsabilidad Política que tendrá a su cargo examinar los actos de corrupción que pudieren cometer los funcionarios de los poderes públicos, provinciales y municipales.

(2) Ver Carlos A. MANFRONI, "La Convención Interamericana contra la Corrupción", Abeledo-Perrot, 1997, "Medidas Preventivas", por Richard WERSMAN, págs. 48-77.

(3) La Convención define las nociones de "corrupción", "funcionario público" y se ciñe a una rigurosa metodología que no deja de abarcar los más diversos ángulos de consideración dentro del conjunto de esta problemática. Véase la obra que citamos en la nota precedente; para ampliar, "El Tribunal Social de Responsabilidad Política (la Constitución de la Pcia. y la lucha contra la corrupción)", "J.A." 1997-II-1022.

naciones más corruptas y que hizo decir al presidente del Paraguay, Juan Carlos Wasmosy (pese a no formar parte de mediciones sobre corrupción) que "en la Argentina hay diez veces más corrupción que en su país" ("La Nación", 23 de abril de 1998, p.1), pone de resalto —si fuese necesario ese dato elocuente— que en el tema instalado en la sociedad finisecular —el de la ética colectiva— lo que pueden hacer solamente las normas es muy poco o nada si la comunidad, con vehemencia y perseverancia, no moviliza un copernicano cambio cultural y de comportamiento general, afín al propósito prioritario de hacer de la línea moral dominante en ella un estado de conciencia profundamente compartido, interiorizado y prioritario.

Que para no ser evanescente (Vanossi), o mera ilusión utópica, exige armar una imparable valla defensiva tanto de las simples corruptelas cuanto de los más graves delitos contra el Estado, que conlleven enriquecimiento, porque ellos afectan, en la médula, el sistema democrático (art. 36, Const. Nac. reformada en 1994).

II. Las medidas preventivas en la CICC

Múltiples son las novedades que se estructuran en esa Convención, cuyos textos, estándares, pautas de política y directivas fundamentales, se refractan en un espejo bipolar:

a) formar parte de un propósito esencial de todas las naciones de nuestro orbe histórico, América, al concluir el milenio y la centuria; la preferente dimensión que se reconoce a los derechos humanos y a las garantías que los tutelan;

b) la preocupación de constitucionalizar en textos específicos, ese deber de la ciudadanía de defender (lo que supone estar informado y participar⁽⁴⁾ cada vez más de manera directa y continua) cuanto concierne al interés de todas las personas y en las líneas permanentes de la conducción política, lo que no supone devaluar al principio de la representación —art. 22 CN— sino, por el contrario, insuflarle renovada lozanía mediante un potenciamiento más inmediato y directo de la ciudadanía y con ello dar un nuevo protagonismo al principio de la soberanía

(4) Un abordaje exhaustivo de las técnicas procesales de tutela lo intentamos en "Constitución y proceso. La nueva edad de las garantías jurisdiccionales", Platense, Abeledo-Perrot, en prensa, a donde nos permitimos remitir al lector para una visión más completa.

del pueblo (art. 1º LF y art. 2º Constitución de la Pcia. de Bs. As.), que se refleja en una mayor confianza en las instituciones de la república democrática(5).

1) Por razones de espacio detengámonos en una de las provisiones mentadas, en el art. III —Medidas Preventivas— de la CICC; la del inc. 11 que tiene esta redacción:

“A los fines expuestos en el art. II de esta convención (que se refiere a los móviles que son: prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción; y promover, facilitar y regular la cooperación entre los Estados partes a fin de asegurar la eficacia de las medidas y accionar para esos mismos fines en el ejercicio de las funciones públicas y los actos de corrupción, específicamente vinculados con tal ejercicio, consideran la aplicabilidad, dentro de sus propios sistemas institucionales, de medidas destinadas a crear, mantener y fortalecer): “inc. 11 Mecanismos para estimular la participación de la sociedad civil y de las organizaciones no gubernamentales en los esfuerzos destinados a prevenir la corrupción”.

Esa disposición —que nos pone ya en nuestro carril— marca que la Convención canaliza sus objetivos hacia las entidades no gubernamentales y descansa, en definitiva, en el más poderoso sostén de esa lucha, que es el propio ciudadano.

La gente, al operar de vigilante y esforzado escudero en la custodia (denuncia, información, formación de estado de opinión, control y seguimiento) de aquellos actos u omisiones que configuran las manifestaciones que colorean (del gris al negro) a los actos de corrupción(6).

2) Obviamente que ello determina no sólo el ingreso de nuevos criterios interpretativos sino, además, acordar una revitalizada energía a las técnicas procesales de participación (legitimaciones) y a la necesidad de establecer órganos jurisdiccionales diversificados que conozcan y actúen las sanciones que reprimen esas desviaciones de la ética colectiva, que infringen sustancialmente el orden constitucional.

(5) Ver el clásico libro de ELY, John Hart, "Democracia y desconfianza. Una teoría del control constitucional", trad. de Magdalena HOLGUÍN, Siglo del Hombre, Universidad de los Andes, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1997: *passim*, JIMÉNEZ, Eduardo Pablo, "Corrupción y ética pública (algunos apuntes institucionales)", "E.D.", 21/7/97.

(6) GORDILLO, *op. cit.*, caps. II y siguientes.

A fin de observar el derrotero que nos hemos trazado, de seguido pasamos al estudio (compendiado)(7) de las parcelas que queremos acotar: a) el amparo contra la corrupción y b) el perfil del Tribunal Social de la Responsabilidad Política(8).

III. Entre los intereses (rectius, derechos) difusos se halla, en grado preferente, el de contar con un hábitat moral sano

a) 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, p. 188).

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 a 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, p. 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 tan 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, p. 29)(9).

(7) Más ampliamente en "Estudios de Derecho procesal. Nuevas demandas. Nuevas respuestas". Platense, Abeledo-Perrot, 1998, t. I, pág. 76 y ss., (legitimaciones plenas y semiplenas), pág. 289 (la acción civil pública), pág. 299 (la soberanía compartida).

(8) Véase infra nota 17.

(9) Procesos colectivos, de clase o no, las acciones de que es titular el consumidor en el régimen de la ley 24.240, la defensa, mediante el amparo de derechos de incidencia colectiva, y el reconocimiento de legitimación en cabeza de asociaciones registradas o no, para la tutela efectiva no sólo a través del amparo, sino mediante la acción directa que porta la declarativa de inconstitucionalidad o la "mere" de certeza (322, CPN); o el proceso sumario. Es lo que resolvió el Alto Tribunal in re "Grandes Usuarios de Energía Eléctrica de la República Argentina (Aguera) vs. Provincia de Buenos Aires", 22/4/97.

La Sala K de la Cámara Nacional Civil (in re "Cartañá, Antonio E. y otro vs. Municipalidad de Buenos Aires" 28-2-91) 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.", 1991-II- p. 501).

b) Ante una realidad dura y que tenemos la obligación de resistir del modo más enérgico y plausible (nuestra sociedad es moralmente débil, ver *Supra* I) la interpretación más adecuada del art. 43 de la Ley Fundamental en torno de los derechos de incidencia colectiva, no es sino involucrar dentro de un repertorio rico y abierto, el que atañe al derecho a una sana ética colectiva, liberada de la corrupción.

No es de menor significación, por cierto, que el derecho —correlativo y la otra e inescindible contracara— a un ambiente (físico) sano (art. 41 Const. Nac.)(10).

La sentencia orteguiana "Yo y mi circunstancia", se refuerza —son los nuevos derechos y garantías constitucionalizados— con el goce del derecho a un ambiente sano, y de ese ambiente y de su salud forma parte principal el componente moral o ético en que se desenvuelve la

En ese precedente se estableció que tal asociación estuvo legitimada para ejercer acciones de tutela de derechos de incidencia colectiva —con base en el art. 43, Const. Nac.—. También agregó que las demás puntualizadas son acciones eficaces para prevenir o impedir lesiones a las libertades y garantías de base constitucional.

Precisamente, en procura de ese cambio de mentalidad y de un comportamiento activo de la ciudadanía en pro de erradicar la corrupción se ha previsto durante el corriente año un programa de actividades no sólo en el ámbito jurídico doméstico e internacional (cooperación y extradición) sino en el de la sociedad civil, porque ese es el propósito fundamental de la CICC y el rol protagónico de las organizaciones especializadas no gubernamentales.

(10) El paralelismo entre la ardua cuestión del ambiente sano y el similar fenómeno apuntando a la ética de la comunidad permite su estudio simultáneo y ello producirá soluciones bifurcadas a esas áreas. Ver BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, "La creciente problemática ambiental y el diferimiento universal de sus posibles soluciones", "E.D.", 7/4/98.

sociedad; si falta el segundo tampoco el ambiente será "apto" para el desarrollo humano, es decir para preservar la dignidad de la persona y no sólo de nuestra generación, sino de las futuras(11).

c) En nuestro parecer el mecanismo procesal más apropiado para ejercer el control jurisdiccional en defensa de la tutela efectiva de la ética colectiva, es el reconocimiento pleno del amparo, como el instrumento (individual o colectivo) que a través de esa protección urgente, sumaria, expedita, brinda la cobertura de mayor efectividad.

d) El Brasil —que en este cuadrante nos lleva delantera tanto en la Constitución de 1988 como en la legislación de despliegue que incluye la ordenada y completa arquitectura del Código del Consumidor (1990 y sus modificaciones)— ha plasmado la acción civil pública, mediante la cual se ejerce por el Ministerio Público y demás legitimados un control sin fisuras que descansa en una amplia legitimación activa de base, la correcta diagramación del proceso colectivo con las notas diferenciadas que lo caracterizan:

Representación o sustitución procesal, cualificadas cargas técnicas, alcances subjetivos (abiertos) de la cosa juzgada, modalidades de la ejecución, disociación de la acción metapersonal, de la que regula los derechos personales de las víctimas, etc., y las subcategorías (más docentes que ontológicas) de intereses difusos, derechos colectivos y derechos personales homogéneos.

Lo que permite acotar el rol del interés general y público (del medio, arqueológicos, históricos, culturales, etc.) y acordarles a cada uno de ellos una tutela cabal pero diversificada(12).

(11) Que como a la cuarta generación es deber de la nuestra asegurarla (ver "Estudios de derecho procesal", cit., t. II).

El nuevo Presidente de la Conferencia Episcopal argentina, monseñor Estanislao KARLIC ha alertado que "Es posible creer que se puede llevar una vida limpia. Hay que animarse". ("La Nación", 2/9/97, pág. 10); agregó que la corrupción "forma parte del lenguaje cotidiano de los argentinos".

(12) El proceso colectivo en "Estudios de derecho procesal", cit. t. II: La legitimación se corre y ensancha: el afectado, "cualquiera del pueblo", el Ministerio Público, el Defensor del Pueblo, las organizaciones no gubernamentales (con o sin class actions). Ver, CS, "Asociación de Grandes Usuarios de Energía Eléctrica de la República Argentina vs. Provincia de Buenos Aires", 22/4/97, citado.

Hemos sugerido igualmente, para el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la creación de un Consejo para el análisis y seguimiento de asuntos (cuestiones) de la justicia y de la ética colectiva, señalando al respecto que THIÉPRY, Jean Pierre, propone, para Francia, la creación de una "alta autoridad para la transparencia en la vida pública": "Le droit des plus forts", Fixot, Paris, 1996, págs. 201-202.

e) En consideración a esa notable y aceleradísima evolución, bien que respetando nuestra idiosincrasia y la resonancia en nuestra sociedad(13), hemos elaborado el proyecto (que el Colegio Público de Abogados, durante el corriente año, remitió al señor Jefe de Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires), que reconoce a la acción civil pública (verdadera acción popular) como instrumento eficaz en la lucha contra la corrupción (ver anexo).

IV. El Tribunal Social de Responsabilidad Política para la Provincia de Buenos Aires

Giremos ahora el punto de mira para detenemos en la otra variante que, procesalmente, atrapa el análisis de nuestra cuestión.

La "ansiedad" pública sobre el nivel ético de la vida política existe y debe atenderse. Es una de las más trascendentes prioridades, y no sólo entre nosotros.

El informe Nolan puntualiza al respecto:

"La debilidad humana estará siempre presente entre nosotros; pueden cometerse errores, pero el corrupto buscará siempre nuevas vías para jugar con el sistema". *Standards in Public Life*, vol. I, Report, 1995, pág.83.

No es necesario destacar que la opinión pública se halla fuertemente predispuesta a apoyar cualquier empeño tendiente a frenar el avance de la corrupción en las estructuras del estado, y la lucha contra ella es un objetivo que compromete al conjunto de la sociedad, pero que reclama del Poder Judicial un esforzado protagonismo:

"Es saludable que los jueces asuman en plenitud la responsabilidad inherente a ese desafío" (Acción judicial contra la corrupción, editorial de "La Nación", 28/4/97, pág. 22).

(13) Ver KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída Rosa, "La defensa del orden constitucional y del sistema democrático. La llamada "cláusula ética" de la Constitución, en La Reforma constitucional interpretada", AAVV, Instituto de Estudios de Derecho Administrativo (IEDA), Depalma, 1995, pág. 33, esp. cap. III, pág. 53 y ss.; FRÍAS, Pedro, "Algunas propuestas contra la corrupción", "L.L.", 1981-D-933; VANOSSI, Jorge R., "Primera aproximación al enfoque jurídico de la corrupción", "E.D.", 149-745, y bibliografía mencionada en estas obras.

Nada mejor, entonces, para concretar las ideas que subyacen respecto del órgano especializado para conocer —en la Provincia de Buenos Aires— sobre esta materia, que la lectura del propio articulado de la ley proyectada(14).

ANTEPROYECTO DE LEY DE CREACIÓN DEL TRIBUNAL SOCIAL DE RESPONSABILIDAD POLÍTICA

CAPÍTULO I

Creación y organización

Artículo 1º. (Creación) En cumplimiento de lo que prescribe el art. 3º, penúltimo apartado de la Constitución de la Provincia, créase el Tribunal Social de Responsabilidad Política que estará compuesto por tres Magistrados que reunirán las condiciones para ser Ministro de la Suprema Corte de Justicia, los que serán propuestos por el Consejo de la Magistratura (art. 175, Const.) y designados de acuerdo a la ley 11.868.

Ante este Tribunal se desempeñará el Procurador de la Responsabilidad Política, cargo que será ejercido por un abogado que debe reu-

(14) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, "Democracia, jueces y control de la administración", 2º de., Civitas, Madrid, 1996, pág. 82 y ss.; 110.

Habrà que tener en cuenta, obviamente, la jurisdicción en que se desempeña el funcionario. Así lo dictaminó el Procurador General del Alto Tribunal de la Nación, toda vez que el enriquecimiento ilícito constituye un delito contra la administración pública, porque corrompe la actuación funcional de los órganos del estado (Ricardo NÚÑEZ, "Derecho penal argentino. Parte especial", Lerner, Buenos Aires, 1974, pág. 140), y que de las constancias del incidente surge que el presunto incremento importante del patrimonio del imputado habría acontecido cuando se desempeñaba como funcionario público nacional —director de ATC SA con sede en esta ciudad— (ver fs. 43/47, 56/65, 80/125, 156/58, 197/198, 208 y 234). Opinó que corresponde a la justicia federal de la Capital entender en la causa aunque no haya sido parte en la contienda ("Fallos": 303:1763 (I); 308:1720; 310:1555; 311:102; 312:1623; 313:505; entre muchos otros). Buenos Aires, julio 1 de 1997, Nicolás E. BECERRA (CS, "RICO, Raúl", 16/9/97, remitiéndose a las referidas conclusiones del dictamen transcripto).

En el derecho de los EE.UU. hay también una especie de jurado particularmente apropiado para los casos de corrupción de funcionario: el gran jurado o jurado de acusación, visto como la mejor respuesta al reclamo legítimo e indiscutible de la comunidad frente a la corrupción. Ver HENDLER, Edmundo S., "Jurados de acusación y fiscales especiales: la corrupción y la experiencia de los Estados Unidos", "LL", ejemplar del 13/5/1966.

nir las condiciones requeridas para ser juez de Cámara de Apelación, y que será designado de la misma forma que los Magistrados del Tribunal.

Regirán para todos ellos las previsiones contenidas en el cap. V de la sec. VI de la Const. de la Provincia.

El tribunal contará, además, con un Secretario letrado.

El Presidente de la Suprema Corte de Justicia conocerá de la excusación o recusación de los Magistrados del Tribunal y del Procurador de la Responsabilidad Política.

En los casos de recusación del Secretario resolverá el Presidente del Tribunal, y de hacerse lugar a la misma será reemplazado por uno de los Secretarios de la Cámara Penal del Departamento Judicial de La Plata, designado por sorteo.

Artículo 2º. (Jurisdicción y Legitimación). Son acusables ante el Tribunal Social de Responsabilidad Política, exceptuados los que se refieren en los art. 159 y 182 de la Constitución, los funcionarios de los poderes públicos provinciales y municipales, por actos de corrupción que pudieran cometer en el ejercicio de sus cometidos, y sancionados por la legislación vigente y la Convención Interamericana contra la Corrupción, aprobada por la ley 24.759.

El Ministerio Público, el Defensor del Pueblo (art. 55, Const.) y cualquier persona del pueblo (arg. art. 182, Const.), indistintamente, están legitimados para promover, responsablemente, denuncias de corrupción a los fines que contempla la norma constitucional individualizada, asimismo, las asociaciones o entidades legalmente registradas para la defensa de la ética colectiva.

CAPÍTULO II

Régimen jurídico aplicable

Artículo 3º. (Integración al sistema de la ley de enjuiciamiento de magistrados). Lo concerniente a los requisitos de las denuncias y acusación, que se presentarán por escrito, presupuestos y cargas técnicas de los actos que se realicen ante ese Órgano, notificación del traslado de la misma, copias, ofrecimiento de prueba, plazos, contestación de aquélla, designación de defensor, preparación del juicio oral, práctica de la prueba y celebración del juicio político, al igual que los alegatos,

continuidad de la audiencia para la deliberación y dictado del veredicto, se ajustará, en lo pertinente, a lo normado en los arts. 13 a 16, 22 a 28, 31 a 33 y 34 a 41 de la ley 8085 (texto según ley 10.186), o la que la sustituyera.

Artículo 4º. (Acción y trámite). Cada vez que se produzca denuncia o requerimiento judicial contra los funcionarios a que se refiere el art. 2º y por hechos de corrupción, el Presidente del Tribunal la remitirá al Procurador de la Responsabilidad Política para que proceda a levantar una información sumaria sobre las circunstancias en que se funda la denuncia, la que deberá estar concluida dentro de los quince días posteriores a su recibo.

Vencido dicho término y dentro de los diez días siguientes, verificará la verosimilitud de los cargos y producirá dictamen aconsejando la admisión o, en caso contrario, la inadmisión de la misma por considerar que los hechos denunciados son ajenos a la jurisdicción del Tribunal o que no hay necesidad de formación de la causa, disponiéndose el archivo de las actuaciones.

En el primer caso dicho dictamen hará las veces de acusación.

El Tribunal, dentro de los diez días, apreciando los elementos de juicio obrantes y el dictamen precedente, mediante auto fundado, se pronunciará sobre la verosimilitud de los cargos y, con los antecedentes que obren en la causa, acerca de la procedencia del traslado.

CAPÍTULO III

Particularidades de la prueba

Artículo 5º. (Carga de la prueba, Inversión). Es a cargo del funcionario público justificar adecuadamente la causa y el modo con que ha incrementado su patrimonio, con significativo exceso respecto de sus ingresos legítimos, durante el ejercicio de sus funciones.

A los fines de acceder a la verdad jurídica de las situaciones patrimoniales objeto de denuncia de corrupción, el Tribunal y el Procurador de la Responsabilidad Política deberán ejercer activamente sus deberes disponiendo de oficio las medidas que correspondan, con relación al uso o aprovechamiento indebido en beneficio propio, de familiares o terceros, por parte del funcionario público o de quien ejerce funciones públicas de cualquier tipo respecto de bienes del Estado, o de

empresas o instituciones en que éste tenga parte y a las cuales ha tenido acceso en razón o con ocasión de la función desempeñada.

Los jueces y organismos oficiales prestarán la más amplia colaboración a los fines de la obtención de informes u otras pruebas y realización de cualquier acto o diligencia necesarios para facilitar la investigación.

La actividad instructoria estará a cargo del Procurador, sin perjuicio de la colaboración que a estos fines le preste el denunciante.

La práctica de la prueba ofrecida por las partes se realizará ante el Tribunal y bajo su dirección.

Es deber de los ciudadanos contribuir al mejor resultado de los objetivos de la presente ley.

CAPÍTULO IV

Veredicto

Artículo 6º. (Sentencia). Inmediatamente después de producidos los alegatos el Presidente someterá, en sesión reservada, las siguientes cuestiones:

1º.- ¿Están aprobados los hechos imputados?

2º.- ¿Constituyen éstos actos de corrupción?

3º.- Cuando no se trate de los funcionarios a los que se refiere el art. 73, inc. 2º de la Constitución ¿deben cesar en el ejercicio de sus funciones?

4º.- ¿Deben remitirse estos actuados al juez penal en turno para que en la eventualidad de la existencia de un delito sea juzgado como los demás habitantes de la Provincia? (ver la expresión que utiliza el art. 187 de la Constitución provincial:

El Tribunal circunscribe su competencia a la declaración de responsabilidad política [ética] y a la remoción del funcionario).

5º.- ¿Cómo deben imponerse las costas?

Artículo 7º. (Lectura). Acto continuo, y en lo pertinente, procederá de conformidad a lo reglado en los arts. 43, 45, 46 y 48 de la ley 8085, e inmediatamente, su Presidente, acompañado del Secretario, pasará al recinto donde se ha celebrado el juicio público y ordenará la lectura del veredicto.

CAPÍTULO V

Disposiciones generales

Artículo 8º. (Suspensión del acusado). En la oportunidad del art. 4º, o en cualquier estado del juicio, el Tribunal podrá resolver si procede la suspensión del acusado, en cuyo caso cada magistrado deberá votar por un "sí" o por un "no", sin fundar el voto. El Presidente lo comunicará a quien corresponda.

A las resultas del juicio se trabará embargo sobre el 40% del sueldo del funcionario suspendido.

Artículo 9º. (Extensión de la jurisdicción). La jurisdicción del Tribunal se extiende:

- a) A destituir al acusado cuando se declare su responsabilidad política.
- b) A imponer las costas al denunciante o acusador cuando hubiere procedido maliciosamente o con notoria ligereza.
- c) A remitir, en su caso, el proceso al juez penal competente.

Artículo 10º. (Lugar de funcionamiento). El Tribunal celebrará sus sesiones públicas o reservadas en su sede, o en las dependencias del Palacio Legislativo o de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia; igualmente, en otro ámbito conveniente, así como trasladarse al lugar en que se desempeña el acusado y sesionar en el local que designe la mayoría de sus miembros.

Artículo 11º. (Magistrados suplentes). A fin de que el funcionamiento del Tribunal preste un servicio jurisdiccional continuo y efectivo (art. 15, de la Const.) y en la dimensión social e institucional que le concierne, se designará simultáneamente y en la misma forma que los titulares, un número similar de Magistrados suplentes (arts. 166 y 175 de la Const.), llamados a integrar el Tribunal en casos de re-

cusación, excusación, fallecimiento, renuncia, vacancia o imposibilidad de aquéllos.

En tales supuestos accederán al cargo, previo juramento ante la Suprema Corte de Justicia, y para el caso en concreto, cesando con su finalización.

Artículo 12º. (Modo de actuación) Para la constitución y funcionamiento del Tribunal, bajo sanción de nulidad, se requiere la presencia de todos sus miembros. Las decisiones se tomarán por mayoría absoluta de los mismos.

Artículo 13º. (Normas aplicables al procurador). Las menciones contenidas en los arts. 23 y 24 de la ley 8085 (texto ley 10.186) se entenderán referidas al Procurador de la Responsabilidad Política.

Artículo 14º. (Aplicación subsidiaria). Son aplicables supletoriamente las disposiciones del Código de Procedimiento en lo Penal en cuanto no se opongan a las contenidas en esta ley.

Artículo 15º. (Reglamento). El tribunal dicta su reglamento interno, nombra y remueve a sus empleados, y proyecta y ejecuta su presupuesto.

El Presidente del Tribunal, cada seis meses, elevará a la Suprema Corte de Justicia una memoria sobre la labor realizada y las propuestas que la experiencia indique conveniente realizar en pro de la lucha contra la corrupción, la que se pondrá en conocimiento de los demás poderes, Intendentes y Cuerpos Deliberativos municipales y opinión pública.

Artículo 16º. (De forma).

V. Colofón

Sólo queremos marcar en el cierre de estas reflexiones una aguda y vigente enseñanza de H. L. Hart, "los derechos no valen sino lo que valen sus garantías"⁽¹⁵⁾ y es así que el reforzamiento de tales mecanismos de tutela, ejercitado con responsabilidad por los operadores —en primer término por un conciente y participativo afán de la gente en

(15) "The concept of law", Clarendon Press, Oxford, 1975, pág. 176.

recomponer el control de la salud ética de nuestra comunidad— es como permitirá coadyuvar con un elenco por demás sugerente de coordinadas a favor de ese empeño, a saber:

1º) la positivización en concretarlos en flexibles provisiones constitucionales;

2º) la incorporación al derecho doméstico como "tratado de jerarquía constitucional (art. 75, incs. 22 y 24) de la Convención Interamericana contra la Corrupción;

3º) la conciencia de la dimensión occidental que reportan ahora las garantías cuya interpretación por los órganos de justicia transnacionales, al igual que sus pautas y criterios, son vinculantes para los jueces nacionales, de manera operativa y principal en su tarea hermenéutica de los derechos humanos. No sólo los que provienen de la Comisión y de la Corte del Pacto de San José de Costa Rica sino, además, de las de Estrasburgo y Luxemburgo(16);

4º) el reconocimiento por la Corte Suprema de las nuevas legitimaciones colectivas así como del amplio plafón del control directo de constitucionalidad sea por conducto de la acción directa de inconstitucionalidad, de la mera declarativa de certeza o del proceso sumario y de la operatividad de una acción civil pública (art. 182, Const. de la Pcia. de Buenos Aires) en cabeza de "cualquiera del pueblo" para poder denunciar o accionar por delitos de corrupción;

5º) finalmente —es lo más trascendente— un estado de opinión muy firme y generalizado acerca de la conveniencia en pro de rescatar en el ámbito de la sociedad civil (con esfuerzo y permanencia), un imprescindible nivel de comportamientos y transparencia en el espacio que tiene reservado la ética colectiva.

Lo expuesto se aloja, por ende, en el marco de la participación democrática, es decir en la "búsqueda de metas, de ampliación del acceso a los procesos y beneficios (patrones de distribución: exenciones, inmunidades de lesiones, castigos, impuestos, regulaciones) por oposición a la instancia más tradicional en el suministro de una serie de bienes o valores sustantivos particulares considerados fundamentales". Eso fue lo que caracterizó a la Corte de Warren.

(16) Ver "Estudios de derecho procesal", cit. t. II, y la obra que mencionamos en nota 4 supra, caps. XXI y XXI.

O lo que es lo mismo, que las Cortes reconocen "valores participativos" dentro del gobierno representativo (presidencias de Warren, Carrió, por caso), con mayor razón porque ahora se ocupa de ello la Constitución (arts. 36 y ss.; 15 y ss., Const. de la Provincia de Buenos Aires).

Importará insistir en que ello es compatible —arts. 1^o y 22^o de la Ley Fundamental— con el sistema de democracia representativa que la Constitución consagra y que la Corte al igual que en los EE.UU. de América irá "imponiendo", con independencia —pero no en contradicción— del proceso político.

Cada vez más se hace evidente que es misión de la Corte Suprema garantizar el funcionamiento no sólo de la maquinaria del gobierno sino, además, asegurar que los canales de participación y de comunicación política se mantengan adecuadamente abiertos. Que funcionen bien(17).

Las reflexiones y propuestas(18) que hemos esbozado quizá contribuyan con su análisis y enriquecimiento a que, entre todos, forjemos esa deseada y, por cierto, todavía distante realidad.

(17) Un demócrata integral, como fue Earl WARREN, consideraba por tal que "su función como magistrado consistía en garantizar que las personas en el poder no excluyeran a otros del proceso ni de las ventajas del gobierno representativo" (John Hart ELY, "Democracia y desconfianza. Una teoría del control constitucional", trad. Magdalena HOLGUÍN, Siglo del Hombre, Universidad de los Andes, Bogotá, 1997, cap. IV, págs. 97, 99, 100 y nota 2, en pág. 251, que es de donde tomo las citas).

(18) Reténgase, además, para una proyección no lejana del tema, esta orientación del Alto Tribunal en cuestiones de repercusión práctica y que seguramente también se apostarán en el cuadrante de la lucha contra la corrupción: 1) El control de constitucionalidad constituye la primera y principal misión de la Corte ("Video Club Dreams vs. I.N. de Cinematografía", 6/6/95). 2) La supremacía de la Constitución no se ha de considerar subordinada a las leyes ordinarias, 3) Como subraya docentemente el doctor Moliné O'Connor: todas las construcciones técnicas, todas las doctrinas generales no impuestas por la Constitución, valen en Corte "sólo en principio", salvo la Constitución, que ella sí y sólo ella, vale absolutamente. 4) El acierto o el error, el mérito o la conveniencia de las soluciones legislativas, no son puntos sobre los que al Poder Judicial quepa pronunciarse, salvo en aquellos casos que trascienden ese ámbito de apreciación para internarse en el campo de lo irrazonable, inicuo, arbitrario —o inconstitucional— (CS, B.2005, XXIV, "BOZZANO, Edgardo Omar vs. Estado Nacional, 13/6/95).

Además, como telón de fondo del escenario en que se manifiesta el control de constitucionalidad de actos legislativos o administrativos y de fallos judiciales arbitrarios, pesan también estas pautas:

a) Se estará en presencia de una sentencia inconsistente, si descarta la aplicación de antecedentes o principios existentes sobre la base de argumentaciones sólo voluntarias (B.725, XXVII, disidencia de los doctores FAYT y BOGGIANO in re "BRANDAN, Diego vs. Registro Civil y Capacidad de las Personas", 18/7/95;

Comenzar ahora la serena y severa consideración de los temas más delicados, porque éste es el momento en que pueden ejercer una saludable preponderancia al poner en evidencia lo que juiciosamente advierte Jacques Attali: el Estado debe recobrar la parte de soberanía que se vio obligado a ceder a las fuerzas del mercado.

Dicho de otra manera, que el mercado no frustre los fines de la democracia. Hay que crear nuevas instancias —confiables y creíbles— de poder, para controlarlo. El tránsito del Estado de Derecho al de Justicia supone precisamente una república democrática eficiente y solidaria.

Y para ello ha de machacarse —y más con el ejemplo— en que la honradez y la competencia son presupuestos del hombre público. Reconstruir la ética colectiva de una sociedad moralmente débil es inaplazable deber de todos.

b) Como regla deberá connotarse en un "caso", una definida cuestión federal de la que "depende" la gravedad institucional para la apertura ("ZÁRATE DE GARRIGA, N. y otros vs. Banco regional de Cuyo", 10/8/95);

c) Las variables para el acceso al control se polarizan en dos ejes convergentes: a) una sentencia equiparable a definitiva, y b) el dibujo de la legitimación activa, es decir que emerja con suficiencia un interés cualificado que es necesario tutelar. SCBA, Caso del vecino (in re "RUSCONI").;

d) No ha de soslayarse el juego residual pero admisible en supuestos excepcionales del per saltum (by pass), (por salto de sentencia); "Unión Obrera Metalúrgica vs. Estado Nacional", 3/4/96, atribuciones que le confiere el art. 24, inc. 7º del decreto-ley 1285/58. El juzgado de 1ª instancia dispuso retrotraer la relación fáctico-jurídica a la seguida por la convención colectiva de trabajo anterior; más allá del "nomen iuris", el formidable poder discrecional actual de la Corte para seleccionar, pescar o excluir los asuntos es simultáneo y de similar voltaje al aumento de las "legitimaciones".

ANEXO

RÉGIMEN PROCESAL DE LA ACCIÓN DE AMPARO COLECTIVO
CONTRA LA CORRUPCIÓN PARA LA CIUDAD AUTÓNOMA DE
BUENOS AIRES

Artículo 1º. (Alcance). La presente ley se aplicará a fin de asegurar la eficacia de las medidas y acciones para prevenir, detectar, sancionar y erradicar los actos de corrupción en el ejercicio de la función pública, los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio, la defensa jurisdiccional de la ética colectiva y la transparencia de los asuntos públicos.

Artículo 2º. (Legitimación activa). Están legitimados para promover la acción de amparo colectivo a los fines establecidos en el artículo anterior y que se configuren a través de actos u omisiones que generen amenaza o lesión a la ética colectiva, cualquier habitante, singularmente, o las asociaciones y entidades legalmente registradas para la promoción y la defensa de la ética colectiva y de la lucha contra la corrupción.

Los indicados, indistintamente, al igual que el Ministerio Público y el Defensor del Pueblo, podrán ejercer ante los Tribunales correspondientes la acción de amparo individual o colectiva con fundamento en las causales establecidas.

Artículo 3º. (Facultades). A los fines perseguidos por las disposiciones sustanciales del Derecho interno y a las que se refiere la Convención Interamericana contra la Corrupción, celebrada en Caracas, República de Venezuela, entre el 27 y 29 de marzo de 1996, aprobada por el Honorable Congreso de la Nación con la mayoría requerida por el inc. 22 del art. 75 de la Constitución Nacional, por la ley nº 24.759 y en la vía mencionada precedentemente, los legitimados conforme al art. 2º,

podrán proponer e impulsar las medidas previstas en esos ordenamientos y, asimismo, asumir la legitimación que por esta normativa se reglamenta.

Para el mejor cumplimiento de esas finalidades cuentan con las atribuciones, cargas, deberes y responsabilidades que el art. 43 de la Constitución Nacional y el art. 14 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires confieren, en el ámbito del amparo individual y colectivo y que se desarrollan en la ley orgánica reglamentaria del amparo, cuyas disposiciones integran la presente normativa.

Artículo 4º. (Inversión de la carga probatoria).

a) Es a cargo del funcionario público justificar razonablemente la causa y el modo con que ha incrementado su patrimonio, con significativo exceso respecto de sus ingresos legítimos, durante el ejercicio de sus funciones.

b) A los fines de acceder a la verdad jurídica de las situaciones patrimoniales objeto de denuncia de corrupción, los Jueces y el Ministerio Público deberán ejercer activamente los deberes en orden al esclarecimiento, tanto con relación al uso o aprovechamiento indebido en beneficio propio o de un tercero, por parte de un funcionario público o de quien ejerce funciones públicas de cualquier tipo, respecto de bienes del Estado o de empresas o de instituciones en que éste tenga parte y a los cuales ha tenido acceso en razón o con ocasión de la función desempeñada.

c) Los Jueces y los Organismos Oficiales se prestarán la más amplia asistencia recíproca a los fines de la obtención de pruebas y realización de cualquier acto necesario para facilitar los resultados en las actuaciones referentes a la investigación o juzgamiento de actos de corrupción. Igualmente, se prestarán la más amplia cooperación técnica mutua sobre las formas y métodos más efectivos para prevenir, detectar, investigar y sancionar los actos de corrupción.

d) Cuando corresponda, darán a publicidad las declaraciones y registros de los ingresos, activos y pasivos, por parte de las personas que desempeñan funciones públicas.

e) (Acentuada oficiosidad del órgano judicial.) Promovida la acción de amparo individual o colectivo concerniente a la defensa de la ética colectiva, el juez interviniente, con resguardo de las garantías del proceso justo, observará una actuación marcadamente impulsora, para lo cual dispondrá 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.

Artículo 5º. (Colaboración). Todos los ciudadanos deben contribuir al mejor resultado de los objetivos de esta ley.

Artículo 6º. (Reglamentación de la ley). El Poder Ejecutivo reglamentará esta ley en el plazo de noventa (90) días.

Artículo 7º. (Vigencia). La presente ley entrará en vigor a los ciento veinte (120) días de su publicación. A ese tiempo, quedarán derogadas las disposiciones en contrario.

LOS DERECHOS PERSONALÍSIMOS DE LAS PERSONAS JURÍDICAS: UN ENFOQUE IUSECONÓMICO

POR JULIO H. G. OLIVERA (*)

1. Las observaciones que me propongo exponer aquí han sido inducidas por una comunicación del académico doctor Félix A. Trigo Represas, titulada *Protección constitucional de los derechos personalísimos* (Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 1996) y constituyen el desarrollo de consideraciones que formulé en el tratamiento de ese excelente trabajo.

2. El punto de partida del análisis es el concepto de derechos personalísimos, definidos por la doctrina como los derechos inherentes a la persona en cuanto tal, derechos de los que nadie puede ser privado sin desmedro de su condición de persona (Trigo Represas, op. cit., página 4; J. C. Rivera, *Instituciones de Derecho Civil*, Parte general, tomo II, página 7).

Los derechos personalísimos, también llamados derechos de la personalidad, protegen los atributos de la personalidad (ibid.) y son coextensivos con esos atributos.

Según enseña el Derecho Civil, la personalidad comporta ciertos atributos, que pertenecen a las personas morales tanto como a las personas físicas. Son, en esencia, los siguientes: el nombre, el domicilio, el

(*) Comunicación efectuada por el Académico en la sesión privada del 14 de mayo de 1998 en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

estado, la capacidad y el patrimonio (L. Josserand, *Cours de Droit Civil Positif Français*, 1930, tomo I, página 124).

Aunque la existencia de tales atributos acompaña indefectiblemente a la condición de persona, su contenido varía de una persona a otra.

El ejemplo más obvio es el estado civil.

El estado de las personas es la posición que ocupan en el contexto social.

Esa posición puede apreciarse desde distintos puntos de vista: en relación con las personas consideradas individualmente, como la edad, el sexo y la profesión; en relación con la familia y, finalmente, en relación con la sociedad política de la que forman parte, como la calidad de nacional o extranjero (G. A. Borda, *Tratado de Derecho Civil*, Parte general, tomo I, página 392).

3. El siguiente esquema sintetiza las conexiones entre los atributos de la personalidad (el "bien jurídico protegido"), los derechos personalísimos de las personas físicas y los derechos personalísimos de las personas jurídicas.

<i>Atributo de la personalidad</i>	<i>Derechos personalísimos de las personas físicas</i>	<i>Derechos personalísimos de las personas jurídicas</i>
Nombre	Protección del buen nombre u honor externo.	Protección del buen nombre, imagen o concepto público.
Capacidad	Libertad individual, en todas sus manifestaciones. Igualdad ante la ley.	Libertad contractual. Libertad industrial. Igualdad ante la ley.
Domicilio	Inviolabilidad del domicilio. Inviolabilidad de la correspondencia privada. Derecho a la intimidad. Derecho a la tranquilidad (<i>right to be left alone</i>).	Inviolabilidad del domicilio. Inviolabilidad de la correspondencia privada. Exclusión de toda injerencia arbitraria, privada o pública, en los asuntos internos.

Estado	Derecho a la vida y a la integridad corporal. Derechos personales en las relaciones de familia. Derechos políticos. Derechos del trabajador. Derechos del consumidor o usuario.	Derecho a la conservación y al ejercicio de la personería. Derechos del consumidor o usuario.
Patrimonio	Garantía de la propiedad. Protección del medio ambiente.	Garantía de la propiedad. Protección del medio ambiente.

A veces se utilizan como equivalentes las expresiones "derechos personalísimos" y "derechos humanos".

Conceptualmente, sin embargo, no son idénticas. Los derechos personalísimos son inherentes a la persona en cuanto tal.

Los derechos humanos son inherentes al hombre en cuanto tal. Los derechos humanos coinciden con los derechos personalísimos de las personas físicas.

Los derechos humanos básicos son los tutelados por normas internacionales (J. Rawls, *The Law of the Peoples*, 1996).

4. Existen normas de derecho positivo que explícitamente reconocen derechos personalísimos de las personas jurídicas.

Ejemplos:

1) El artículo 117 del Código Penal, incluido en el Título II denominado "Delitos contra el honor".

"El culpable de injuria o calumnia contra un particular o asociación quedará exento de pena si se retractare antes de contestar la querrela".

2) El artículo 1º de la ley nº 24.240, basado sobre el artículo 42 de la nueva Constitución Nacional:

"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."

3) Artículo 52 de la citada ley n° 24.240, que legitima 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".

5. La importancia de los derechos personalísimos de las personas jurídicas se vincula con la antigua controversia sobre la realidad de las personas jurídicas o personas de existencia ideal.

Si tales personas constituyen sólo una ficción de la ley, sus derechos no son otra cosa que una modalidad técnica de los derechos individuales.

Pero no ocurre lo mismo si las personas jurídicas denotan una realidad irreductible a las manifestaciones meramente individuales de la acción humana.

Hace más de setenta años, luego de un análisis exhaustivo de la legislación y de las ideas, Saleilles desechó categóricamente la teoría de la ficción legal: *il n'était pas difficile d'établir que, dans toute collectivité, il y avait une volonté une et autonome, distincte des volontés individuelles, laquelle devenait ainsi une personne réelle* (R. Saleilles, *De la personnalité juridique. Histoire et théories*, 1922, página 526).

Nuestro colega, el académico correspondiente doctor Fernández Sessarego, ha señalado en toda persona jurídica la presencia simultánea de tres vertientes o dimensiones: la dimensión formal-normativa, la axiológica y la sociológica-existencial, sin que a su juicio sea posible prescindir de ninguna de ellas.

La pretensión de reducir la persona jurídica a la unidad formal impide comprenderla en su totalidad existencial y operativa (C. Fernández Sessarego, *Visión tridimensional de la persona jurídica*. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 1995).

6. Llegamos así al punto focal de la presente comunicación.

La tesis de la realidad de las personas jurídicas, apoyada sobre razones psicológicas y sociológicas, también posee fundamentos de índole económica. En este terreno podemos enunciar las siguientes proposiciones:

I. *El valor capital de la corriente de ingresos de una persona colectiva no siempre coincide con el valor capital total de la misma corriente de ingresos distribuida entre los asociados.*

II. *En las condiciones usuales de racionamiento del crédito, el valor capital de la corriente de ingresos de una persona colectiva difiere generalmente del valor capital total de la misma corriente de ingresos distribuida entre los asociados.*

La prueba de ambas proposiciones puede extraerse de la teoría económica del capital.

El valor de un bien de capital es la suma de los ingresos previstos derivados de él, descontados a la tasa marginal de preferencia de tiempo del poseedor.

Este principio fundamental del análisis económico tiende hoy a ser admitido en la práctica de la contabilidad patrimonial y de la administración tributaria (abundante literatura: p. ej. J. E. Fishman, S. P. Pratt, J. C. Griffith, D. K. Wilson, *Guide to Business Valuation*, 1992; C. Helbling, *Untemehmensbewertung und Steuern*, 1995).

La tasa marginal de preferencia de tiempo de un grupo puede divergir de las tasas de preferencia individuales de sus miembros. Esto implica la proposición I.

Para deducir la segunda proposición recuérdese que en todo régimen de racionamiento del crédito la tasa de interés a la cual pueden obtenerse fondos prestables y, por lo tanto, la tasa marginal de preferencia de tiempo del prestatario es función decreciente de su patrimonio. De aquí resulta inmediatamente la proposición II.

7. Concluiré con una referencia a la historia económica. El hecho saliente de la evolución económica de las últimas décadas es la aceptación universal del modelo de economía de mercado.

Este resurgimiento de la economía de mercado constituye sin duda una restauración de principios tradicionales de la Economía Política. Pero existen diferencias entre la actual organización económica y el liberalismo manchesteriano.

La economía de mercado prevaleciente no es una economía individualista, sino una economía asociativa y corporativa. Los derechos personalísimos de las personas jurídicas responden a necesidades creadas o intensificadas fuertemente por ese rasgo de la realidad económica contemporánea.



RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑO AL AMBIENTE

POR FÉLIX A. TRIGO REPRESAS (*)

I. Proyecciones del tema desde el punto de vista jurídico

El tema de la defensa del ambiente resulta ser muy amplio, ya que comprende desde los grandes problemas del equilibrio ecológico y de la conservación de los recursos naturales, hasta los más pequeños, pero no menos importantes, derivados de la convivencia, que afecta a los individuos en particular(1).

El mismo aparece además regulado tanto en el derecho privado, como sucede con nuestro Código Civil que contiene una concreta legislación sobre defensa ambiental en las relaciones entre vecinos —arts. 2618, 2621 a 2625, 2632 a 2634, 2638, 2642, 2647, 2653 y concordantes—(2); como en el derecho público, a través de diversas medidas de gestión ambiental en materia de urbanismo, control de la caza y pesca, forestación, control de emisiones industriales, etcétera.

(*) Comunicación efectuada por el Académico en la sesión privada del 11 de junio de 1998 en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

(1) ROSSI, Elbio J., "Una correcta interpretación del art. 2618 del C. Civil", en "L.L.", 1975-C, pág. 185; GIANFELICE, Mario César, "Responsabilidad civil por contaminación ambiental" en "L.L.", 1983-D, pág. 1018, n° 1; TRIGO REPRESAS, Félix A., "Responsabilidad civil por daño al ambiente", en revista "Zeus", Rosario, T° 34, Secc. Doctr., pág. 108, n° 11.

(2) RONDINA, Homero, "Derecho ambiental y urbano", en rev. "Zeus", T° 65, Secc. Doctr., diario del 17/8/94, pág. 3 y sig., n° III; TRIGO REPRESAS, "Resp. Civil por daño al ambiente", cit. en "Zeus", T° 34, Secc. Doctr., pág. 108, n° 11.

Por otra parte, la cuestión tampoco reconoce fronteras ni límites temporales. En lo que respecta al tiempo, los efectos nocivos del inquinamiento pueden mantenerse y aun recién llegar a manifestarse mucho después, siendo factible que lleguen así a afectar a generaciones futuras; e igualmente existe la posibilidad de la expansión y propagación de efectos a grandes distancias del sitio de su generación(3), puesto que los componentes del ecosistema, fundamentalmente el agua y el aire, no se hallan inmóviles sino que circulan de un país a otro: la atmósfera es, en efecto, una franja comunicante por excelencia, y las emisiones gaseosas o radiactivas que la polucionan llegan, a favor de los vientos, a todos los rincones del globo, y algo parecido sucede también con los cursos de agua superficiales o subterráneos(4), al punto que dicha influencia puede propagarse más allá de las fronteras de un país y aun con relación a bienes que son patrimonio de la humanidad toda, como la alta mar o el espacio ultraterrestre(5).

Por ello no puede extrañar que se hable ya de una nueva rama de las ciencias jurídicas: el "derecho ambiental", de contenido interdisciplinario y con obvias vinculaciones con otras preexistentes: los derechos constitucional, administrativo, civil, penal, procesal, internacional, tributario y de los recursos naturales, como lo sostuvieran entre nosotros los Dres. Jorge Bustamante Alsina, Guillermo J. Cano y Eduardo A. Pigretti(6). Este último, precisamente, ha manifestado que: "el nuevo

(3) STIGLITZ, Gabriel A., "Responsabilidad civil por contaminación del medio ambiente", en "L.L.", 1983-A, pág. 786, nº III-1; JURE, María Angélica - STEIN, Patricia, "La consagración de los derechos como instrumento de la protección ambiental", en rev. "Juris", Rosario, t. 94, pág. 929, nº IV.

(4) BOTASSI, Carlos Alfredo, "La cuestión ambiental en el derecho internacional público (A diez años de la Declaración de Estocolmo)", en "L.L.", 1982-C, pág. 884, nº III.

(5) CANO, Guillermo J., "Derecho, política y administración ambientales", Bs. As., Depalma, 1978, p. 23; GIANFELICE, ob. cit., en "L.L.", 1983-D, pág. 1019 y ss., nº V; STIGLITZ, ob. cit. en "L.L.", 1983-A, pág. 786, nº III-1.

(6) BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, "Responsabilidad por daño ambiental", en "L.L.", 1994-C, pág. 1056 y ss., nº II; CANO, ob. cit., pág. 97, nº 33; 103 y ss., nº 44; 117 y ss., nºs. 5, 12 y 13; 148 y sgte., nº 3; PIGRETTI, "La protección jurídica del ambiente natural", en "Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones", Bs. As., Depalma, 1979, vol. 12, pág. 47 y sgte., nº 3; ídem, "El derecho ambiental latinoamericano, hoy", en "Legislación Argentina", Bs. As., "El derecho", Año 1982, pág. 989 y ss.; BELLORIO, Dino Luis, "La normatividad ambiental latinoamericana", en "E.D.", t. 102, pág. 918 y ss.; CARRANZA, Jorge A., "Aproximación interdisciplinaria a la responsabilidad por daño ambiental", en "J.A.", 1989-IV, pág. 702 y ss., nº IV-a) y b); ROCCA, Ival - CRIVELLARI, Carlos, "Responsabilidad civil por la contaminación ambiental". Bs. As., Bias Editora, 1983, pág. 68 a 91, nºs. 3-25 a 3-30.

derecho ambiental... constituye una especialidad que se nutre de diversas ramas del conocimiento jurídico y que presta efectivo auxilio al cuerpo social por medio de la legislación"(7).

II. Nociones preliminares

Lorenzetti define al "medio ambiente" en estos términos: "sistema global constituido por elementos naturales y artificiales de naturaleza física, química o biológica, socioculturales y sus interacciones, en permanente modificación por la acción humana o natural y que rige y condiciona la existencia y desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones" (8).

Pero también se ha dicho que la expresión "medio ambiente" constituye una tautología, pues ambos términos significan lo mismo separadamente.

Por ello se puede afirmar que el "ambiente" es el "medio" —todo lo que nos rodea— donde el hombre vive(9); comprendiendo: la "biósfera" o recursos naturales vivos, ámbito natural en el que aparece el hombre y que condiciona su existencia, y también los recursos naturales inertes: tierra, agua (hidrósfera), minerales (litósfera), atmósfera y espacio aéreo, recursos geotérmicos y fuentes primarias de energía.

El "ambiente" es, pues, la sede de un activo y dinámico conjunto de fuerzas de las que depende el ciclo vital de todas la especies(10).

Sin embargo, a veces también se utiliza para aludir al ambiente el vocablo "entorno" propuesto por Cano, que es traducción literal de la expresión inglesa "environment", y de la francesa "environnement"(11).

(7) PIGRETTI, ob. cit. En el vol. 12 de la "Rev. del Dcho. Com. y de las Oblig." Cit., pág. 51, n° 7-a).

(8) LORENZETTI, Ricardo, "La protección jurídica del ambiente", en "L.L.", 1997-E, pág. 1468, letra I).

(9) CARRANZA, Jorge A., "Aproximación interdisciplinaria a la responsabilidad por daño ambiental", cit. en "J.A.", 1989-IV, pág. 701, n° III.

(10) TINANT, Eduardo Luis, "El derecho ambiental y un caso pese a todo aleccionador", comentario a fallo en "La Ley Buenos Aires", 1996, pág. 774, n° 1 y nota 1.

(11) BUSTAMANTE ALSINA, "Responsabilidad por daño ambiental", cit. en "L.L.", 1994-C, pág. 1052, n° I.I.

Dentro de la problemática del "ambiente" se encuentran pues comprendidas las cuestiones de la ecología y la contaminación, pero sin agotar a aquélla; ya que la ecología se limita al estudio de las relaciones de los organismos vivos —plantas, animales y seres humanos— con el "medio" en que viven(12), y el entorno, según se acaba de ver, involucra asimismo a los recursos naturales inertes.

No obstante lo expuesto, Pigretti y otros autores por él citados, definen al "ambiente" ocurriendo al concepto de ecología(13).

III. El hombre degrada al ambiente

Todos los problemas de la preservación del entorno, grandes o pequeños, internos o extranacionales, responden en el fondo a una misma inquietud:

Proteger a la especie humana de los peligros que la acechan, en parte por el abuso e irracionalidad con que se emplean los medios que la ciencia y la técnica, en su gran nivel de desarrollo actual, ha puesto en las mismas manos del hombre(14), y en parte por el solo hecho de tal empleo, ya que el ambiente también resulta afectado por conductas o procederese que en las actuales circunstancias son, sin duda, legítimos(15).

Lo cierto es que el hombre degrada su entorno por el solo hecho de vivir.

En efecto, todo lo que consume o produce deja basuras que no se eliminan sino que se incorporan a la atmósfera, a las aguas o a la tierra misma, como residuos o gases provenientes de su incineración, etcétera.

(12) BUSTAMANTE ALSINA, "Responsabilidad por daño ambiental", cit. en "L.L.", 1994-C, pág.1053, nº 1.3; ídem, "Derecho ambiental", Bs. As., Abeledo-Perrot, 1996, pág. 38, nº 2.2.; Cano, ob. cit., pág. 57, nº 1; ROCCA - CRIVELLARI, ob. cit., pág. 44, nº 1.3 y pág. 51, nº 1.5.

(13) PIGRETTI, "La protección del ambiente natural", cit. en el vol. 12 de la "Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones", pág. 51.

(14) ROSSI, "Una correcta interpretación del art. 2618 del C. Civil", cit. en "L.L.", 1975-C, pág. 185.

(15) PIGRETTI, ob. cit. en el Vol. 12 de la "Rev. del Dcho. Com. y de las Oblig." Cit., pág. 48, nº 4; C.S.N., 5/13/82, "Gómez Álzaga c/Pcia. de Bs. As.", "L.L.", 1982-D-194.

La satisfacción de sus necesidades fisiológicas produce detritos; e inclusive al morir deja a sus semejantes el problema, a veces de no fácil solución, de la disposición de sus despojos mortales(16).

Y el deterioro del ambiente por la actividad humana se ha ido incrementando en las últimas décadas en forma superlativa, a través de los nuevos y formidables desarrollos tecnológicos, la progresiva industrialización, la irracional explotación de los recursos naturales, la aceleración del crecimiento económico, la brusca explosión demográfica, la superpoblación en las grandes ciudades y, en general, por la acumulación cuantitativa de esos y otros factores nocivos para el "medio".

Siendo así como la vida moderna, fecunda en logros científicos y técnicos, ha ido provocando no obstante una progresiva y alarmante degradación de nuestro "entorno", amenazando comprometer la misma subsistencia del hombre sobre la tierra.

Tanto es así que, a veces, hasta las mismas medidas adoptadas para preservar el "ambiente", paradójicamente, han derivado en resultados adversos. Tal como verbigracia sucediera entre nosotros con la supresión de los incineradores domiciliarios de basura, que eliminó humo y gases, pero que ha significado como contrapartida la contaminación por malos olores, ruidos molestos provocados por los vehículos de recolección y los restos de líquidos y otros residuos que se vuelcan en las calles; sin perjuicio de que el destino final de la basura, que es el rellanamiento de tierras, puede atentar contra el proceso de fermentación cuando aquélla no es envasada en bolsas biodegradables y traer aparejada al cabo de los años una contaminación química o biológica, ya que es sabido que si en la basura triturada no se cumplen los ciclos biológicos, se pueden luego producir, entre otras consecuencias, desprendimientos de gases por fisuras o grietas del suelo.

Entre otros tantos factores deteriorantes del entorno, pueden mencionarse como más comunes a los siguientes:

- a) contaminación de las aguas, en especial con detergentes no solubles;
- b) infición del aire respirable mediante humos, gases, emanaciones, olores, etc.;

(16) CANO, ob. cit., pág. 5 y ss. y 219; BOTASSI, "La cuestión ambiental en el derecho internacional público", cit. en "L.L.", 1982-C, pág. 882.

c) contaminación, degradación, desfiguración y mala gestión de campos, tierras cultivables y del paisaje;

d) agotamiento irreversible de yacimientos minerales, petrolíferos y otros recursos naturales no renovables;

e) contaminación y deterioro de superficies sólidas, de los productos alimenticios y de los organismos en general, incluido el de la superficie de las construcciones;

f) perturbaciones debidas al ruido y vibraciones;

g) alteraciones de los sistemas ecológicos y de su respectivo equilibrio;

h) modificaciones en el clima, debidas a la acumulación de dióxido de carbono en las capas exteriores de la atmósfera, etcétera.(17).

Por ello es que ya en el año 1926, pudo señalar con acierto el juez Sutherland de la Suprema Corte de los Estados Unidos, al resolver el caso "Euclid vs. Ambler County", que:

"Hasta hace poco la vida urbana era relativamente sencilla; pero con el enorme desarrollo y las grandes concentraciones de población han aparecido y están apareciendo constantemente problemas que requieren, y requerirán en lo sucesivo, limitaciones adicionales en relación con el uso y la ocupación de terrenos privados en las comunidades urbanas.

Regulaciones cuya conveniencia, necesidad y validez, aplicadas a las condiciones existentes, son tan evidentes que ahora se consideran por lo general como ineludibles, pero que habrían sido rechazadas como arbitrarias y represivas hace un siglo o incluso hace cincuenta años"(18).

Por su parte, la Suprema Corte de Buenos Aires tampoco ha permanecido ajena a este problema, habiendo resuelto con fecha 11 de marzo

(17) ANDORNO, Luis O., "La responsabilidad civil por el daño ambiental (art. 2618 Cód. Civil)", en el n° 13 de la "Revista del Colegio de Abogados de Rosario", 1978/1979, pág. 9, punto I; CANO, ob. cit., pág. 26 y ss., n° III y pág. 224, n°s. 12 y 13; ROCCA-CRIVELLARI, ob. cit., págs. 54 a 60, n°s. 1.8 y 1.10.

(18) HUGHES, Charles Evans, "La Suprema Corte de Estados Unidos", trad. de Roberto MOLINA PASQUEL y Vicente HERRERO, México, 1946, Fondo de Cultura Económica, pág. 181.

de 1980, con fundamento en el artículo 2611 del C. Civil, que la autoridad administrativa puede imponer limitaciones a la actividad de los particulares, en interés general y asegurando una adecuada convivencia social, por cuanto "la extraordinaria acumulación de la población en el limitado ámbito de las urbes modernas, ha impuesto la necesidad de limitar múltiples actividades que agravan la atmósfera en que viven los ciudadanos"(19).

Advertido así que el hombre por el solo hecho de vivir deteriora al medio, y de otra parte que la evolución científica y tecnológica también reporta beneficios para los humanos, pese a sus consecuencias degradantes, se impone entonces la necesidad de aceptar en alguna medida la contaminación del medio(20).

No cabe pues pensar en la total eliminación de la contaminación ambiental, sino solamente en alcanzar grados de deterioro compatibles con la preservación del entorno y con las exigencias del desarrollo, y en última instancia con la protección de la vida, salud y bienestar del hombre(21).

IV. El daño ambiental

a) *Concepto*. Lorenzetti ha definido al daño ambiental como toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo inferido al medio ambiente o a uno o más de sus componentes(22); agregando que la afectación del medio ambiente supone dos aspectos:

- el primero es que la acción debe tener como consecuencia alterar el conjunto, comportar una "desorganización" de las leyes de la naturaleza, de manera que se excluyen aquellas modificaciones al ambiente que no tienen tal efecto sustantivo y por lo tanto no resultan lesivas, y
- el segundo consistente en que esa modificación sustancial del principio organizativo repercuta en aquellos presupuestos del desarrollo de

(19) S.C.B.A., 11/3/80, "Delco c/ Municip. Gral. Pueyrredón", "D.J.B.A.", 118-213.

(20) ROCCA-CRIVELLARI, ob. cit., pág. 95 y sigte., nº 5-36.

(21) CANO, ob. cit., pág. 289 y sigte.; STIGLITZ, Gabriel A., "Resp. civil por contaminación del medio ambiente", cit. en "L.L.", 1983-A, pág. 782, nº 1.

(22) LORENZETTI, "La protección jurídica del ambiente", cit. en "L.L.", 1997-E, pág. 1467, nº 2-e).

la vida, ya que el ambiente se relaciona con la vida en sentido amplio, comprendiendo los bienes naturales y culturales indispensables para su subsistencia(23).

b) *El bien ambiental*. El bien ambiental es un bien colectivo, pudiendo distinguirse entre el "macro-bien" constituido por el medio ambiente global y "micro-bienes", que son sus partes: la atmósfera, las aguas, la fauna, la flora, los cuales pueden ser apropiados parcialmente y ser objeto del dominio privado, en cuyo caso la polución puede importar también la afectación de un derecho subjetivo(24).

Ahora bien, en relación con el "macro-bien" que es el medio ambiente en general, y tratándose de un bien público de uso común, existe un interés difuso para accionar; en tanto que con relación a micro-bienes, puede darse una doble situación: Puede existir un interés difuso y también un derecho subjetivo(25).

c) *Los daños colectivos*. A tenor de lo antedicho, tenemos que ante todo el daño ambiental puede ser considerado, típicamente, como genérico o difuso.

Recientemente Lorenzetti ha precisado que en realidad pueden darse distintos supuestos de "intereses transindividuales", a saber:

a) intereses plurindividuales homogéneos, en los cuales el interés y la legitimación es individual, pero como hay homogeneidad objetiva entre todos ellos, resulta factible obtener una sola decisión con efectos erga omnes;

b) interés transindividual colectivo, cuando el titular del interés es el grupo en cuanto tal y no los individuos que lo componen, pudiendo aquél accionar en ese carácter y obligando a sus integrantes los efectos de la sentencia; siendo precisamente en virtud de ello que "se designa a un representante, el Estado, y se da a ese interés general el carácter de público.

(23) LORENZETTI, Ricardo, "Reglas de solución de conflictos entre propiedad y medio ambiente", en "L.L.", 1998-A, pág. 1026, nº II.1.

(24) LORENZETTI, "Reglas de solución de conflictos...", cit. en "L.L.", 1998-A, pág. 1026, nº II.1.

(25) LORENZETTI, "Reglas de solución de conflictos...", cit. en "L.L.", 1998-A, pág. 1027, nº II.2.

El titular es la comunidad, el legitimado es el Estado, el interés es público"(26), y finalmente

c) intereses transindividuales difusos, que importan a la sociedad en su conjunto, o bien a una generalidad indeterminada de sujetos, en los cuales "la titularidad es difusa porque no hay un vínculo directo entre una persona y ese tipo de interés"(27).

Tales intereses "difusos" en efecto, pertenecen a una pluralidad de sujetos en cuanto integrantes de grupos, clases o categorías de personas, ligados en la pretensión de goce por parte de cada uno de ellos, de una misma prerrogativa que es indivisible; de forma tal que la satisfacción de la porción de interés de uno de los individuos se extiende por naturaleza a todos, del mismo modo que la lesión a uno afecta simultánea y globalmente a los demás integrantes del conjunto comunitario(28). Por lo que bien se ha podido decir que se trata de derechos de los que, por extraña paradoja, nadie resulta titular exclusivo, a la par que son varios: un grupo o una categoría, sus beneficiarios(29). En razón de lo precedentemente expuesto, hoy en día se acepta sin dificultad la idea de un daño colectivo, como noción con entidad propia(30).

Se ha señalado así, con acierto, que: "en un mundo amenazado por el riesgo de extinción o de detrimento significativo para la vida, se desdibuja y rectifica la calidad 'personal' o 'propia' de ciertos intereses.

[26] LORENZETTI, Ricardo Luis, "Responsabilidad colectiva, grupos y bienes colectivos", en "L.L.", 1996-D, pág. 1063 y ss., n° III-3; Sup. Trib. Justicia Santa Fe, 19/9/91, "Federación de Cooperadoras Escolares (Dpto. Rosario) c/Pcia. de Santa Fe", "J.A.", 1991-IV-294.

[27] LORENZETTI, Ricardo Luis, "Responsabilidad colectiva, grupos y bienes colectivos", en "L.L.", 1996-D, pág. 1062 y ss., n° III-3; Idem, "Reglas de solución de conflictos...", cit. en "L.L.", 1998-A, pág. 1027, n° II.2.

[28] STIGLITZ, "La responsabilidad civil. Nuevas formas y perspectivas", Bs. As., Ed. La Ley, 1984, pág. 24, n° 13; TRIGO REPRESAS, Félix A., "De la responsabilidad por culpa a la responsabilidad social por daños", en el n° 25, año XXXII, 2ª Época de los "Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires", pág. 170 y sgte.; ZANNONI, Eduardo A., "La reforma constitucional y la protección de los intereses difusos", en el n° 7 de la "Rev. de Dcho. Privado y Comunitario", cit., pág. 102, n° 1; Cam. Federal La Plata, Sala IIIª, 8/8/88, "G., D. C/Gob. Nacional", "J.A.", 1988-III-97 y "L.L.", 1989-C-117; Sup. Trib. Just. Santa Fe, 19/9/91, "Federación de Cooperativas Escolares (Dpto. Rosario) c/Pcia. de Santa Fe", "J.A.", 1991-IV-294.

[29] MORELLO, Augusto Mario - HITTERS, Juan Carlos - BERIZONCE, Roberto O., "La defensa de los intereses difusos", en "J.A.", 1982-IV, pág. 700 y ss., n°s I y II.

[30] STIGLITZ, "La responsabilidad civil", cit., pág. 39 y ss., n° 24 y sgte.; STIGLITZ, Gabriel A. - ACCIARRI, Hugo A., "Legitimación procesal colectiva. Las acciones de clase. Reparación de daños", en el n° 9 de "La Revista del foro de Cuyo", Mendoza, Ed. Dike, 1993, pág. 242 y sgte., n° II-4.

Estos no pertenecen al sujeto en el sentido clásico (como algo estrictamente suyo), y sí sólo de un modo diluido, desparramado entre él y muchos otros.

Su titularidad se fragmenta entre una cantidad de indefinidos sujetos particulares, a veces con potencial repercusión en seres todavía inexistentes (el llamado 'daño a la tercera generación') y saltando, en suma, tiempos y fronteras...

El daño al medio ambiente (extinción de especies, alteración del equilibrio ecológico, preservación de la pureza de la atmósfera, etc.), la amenaza nuclear, los vicios de los productos de consumo, la publicidad engañosa o deformante, y tantos otros problemas, atañen por igual a todos los miembros de la comunidad, o a determinados grupos dentro de ésta, indistinta y no exclusivamente.

Los destinatarios del peligro no son ya las personas, en forma aislada, sino categorías o clases de sujetos, aunados por alguna calidad o característica que da trabazón al conjunto...

El daño a resarcir entonces... no configura una suma de porciones identificables; es un daño colectivo como tal, que resulta aprehensible y experimentable desde un punto de vista global". Luego de lo cual se concluye que:

"Daño colectivo es el que surge a raíz de la lesión a un interés de esta naturaleza. Y colectivo es la calidad que 'tiene la virtud de recoger o reunir', por consiguiente, se trata de un factor aglutinante, que permite reconocer un daño que se podría considerar único intrínsecamente, en el cual el elemento afectado es de sustancia comunitaria o grupal, y que llega a los sujetos individuales 'de rebote' e indivisiblemente, por la inserción en el conjunto"(31).

Inclusive hace ya más de una década que se señaló también la posibilidad jurídica de un daño moral colectivo, indicándose que muchos perjuicios tocan a categorías de personas: usuarios de teléfonos, la comunidad habitacional de un edificio, los consumidores de una propaganda desleal, etc.; de forma tal que puede existir un daño moral colectivo, en el que el "sujeto afectado no es ya 'la' persona física individual o concurrentemente, ni la de existencia ideal, sino un grupo o cate-

(31) ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, "El daño colectivo", en "Derecho de daños. Homenaje al profesor doctor Jorge MOSSET ITURRASPE", Bs. As., Ed. La Rocca, 1989, pág. 439 y sgte., n° 1 y pág. 448, n° 3.

goría que, colectivamente y por una misma causa global, se ve atacado en derechos o intereses de subida significación vital (la paz, la tranquilidad anímica, la libertad espiritual de grupos humanos íntegros) que, sin duda, son tutelados de modo preferente por la Constitución y la ley"(32).

No obstante, existe también una postura negativa.

Así Saux ha sostenido que: "la necesaria pluralidad de legitimados activos —a la que eventualmente podría adicionarse su inorganicidad, o el real desconocimiento de la cantidad de afectados que pudieran registrarse—, torna sumamente riesgoso ponderar los singulares matices que el daño moral requiere en su cuantificación y en su prueba...", porque entonces: "o se calcula la asignación individual que por cada agravio moral se ha sufrido y se acciona por la sumatoria, dividiendo lo obtenido", lo cual sería impracticable, "o se globaliza el reclamo abarcando un litisconsorcio pasivo 'informe'", lo cual desnaturalizaría "totalmente el rol resarcitorio que el daño moral lleva en su esencia, y se aproxima nítidamente a la vieja idea de la sanción al dañador"(33).

Y a dicho entendimiento ha adherido Pizarro, al afirmar que: "cuando se habla de daño moral colectivo, frecuentemente se quiere hacer referencia a supuestos de lesión a intereses no patrimoniales colectivos o difusos, cuya lesión puede provocar una minoración en la tranquilidad anímica y espiritual de la comunidad", y que "cuando ello sucede, la expresión daño moral colectivo suele ser utilizada con sentido amplio, como equivalente a lesión a intereses colectivos no patrimoniales y no como daño en sentido estricto, esto es, como daño resarcible"; añadiendo que coincide "con Saux en que el daño moral —al menos tal como está legislado en nuestro sistema jurídico— es, por naturaleza, indivi-

(32) MORELLO, Augusto M. - STIGLITZ, Gabriel A., "Daño moral colectivo", en "L.L.", 1984-C, pág. 1198 y ss. n° II; ídem. "Tutela procesal de derechos personalísimos e intereses colectivos", La Plata, Librería Editora Platense, 1986, pág. 119 y ss. n° II. En igual sentido: MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Responsabilidad por daños", Bs. As., Ediar, 1986, t. IV, pág. 228 y sgte., n° 77. Tales autores suscribieron además la Recomendación letra B), punto VI, del Tema VI sobre "Daño moral", en las "Segundas Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil", año 1984, que reza: "La categoría del 'daño moral colectivo' ocasionado globalmente a íntegros grupos humanos, exige la previsión de una apertura legitimatoria para el ejercicio de la pretensión resarcitoria, en favor de los cuerpos intermedios adecuadamente representativos de la comunidad interesada" (Ver, "El derecho privado en la Argentina. Conclusiones de Congresos y Jornadas de los últimos treinta años", Bs. As., Universidad Notarial Argentina, 1991, pág. 80).

(33) SAUX, Edgardo Ignacio, "Acceso a la tutela de los 'derechos de incidencia colectiva' dentro del nuevo texto constitucional", en el n° 7 de la "Rev. de Derecho Privado y Comunitario" cit., pág. 135 y sgte., n° 7.

dual, esto es, ligado a la subjetividad (espiritualidad) de cada damnificado" (34).

Empero, nuestra Constitución Nacional contempla y ampara bienes de naturaleza extrapatrimonial y de incidencia colectiva, en cuanto interesan a la comunidad toda, como sucede en su art. 43 con el "medio ambiente"; existiendo también otros bienes de ese mismo tipo reconocidos en la legislación infraconstitucional, como ocurre por ejemplo con la salud pública como tal, recogida en las leyes 23.660 y 23.661, y también con el acervo "cultural" de la población, compuesto por valores espirituales: artísticos, estéticos, históricos, religiosos, etcétera. (35).

Y cuando se menoscaba a ese tipo de bienes de interés global e índole esencialmente no patrimonial, lo que se configura primordialmente es un daño moral por la lesión al bien en sí mismo, y con independencia de otras repercusiones de índole patrimonial que también pudiesen producirse.

Entonces, sin duda, el primer y principal damnificado es la sociedad en su conjunto, o bien una generalidad indeterminada de sujetos, sin perjuicio de que simultáneamente también puedan resultar afectados en forma particular algunos de los individuos componentes del grupo, que cuenten en su personalidad moral con una "esfera social", integrada precisamente por los aludidos bienes de incidencia colectiva (36).

Pero de todos modos no cabe la posibilidad de reclamos indemnizatorios plurales y separados por parte de distintos pretensos damnificados, ya que, según ya se viera, es característica de los intereses difusos su indivisibilidad, pues como el bien colectivo no es fraccionable entre quienes lo utilizan, y tampoco es factible dividir su goce, ello trae como consecuencia la imposibilidad de que existan distintos derechos subjetivos, por no existir un vínculo directo entre una persona y ese tipo de

(34) PIZARRO, Ramón Daniel, "Daño moral", Bs. As., Hammurabi, 1996, pág. 283, 51-b).

(35) F. DE LA RÚA, Angelina, "La protección de los llamados intereses difusos en la Constitución Nacional y la Constitución de la provincia de Córdoba", en "L.L.", 1996-B, p. 790, n° II-c); LORENZETTI, "Responsabilidad colectiva...", cit. en "L.L.", 1996-D, pág. 1070, n° VI-2-A); ídem, "Las normas fundamentales de derecho privado", Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1995, pág. 457 y sgte., n° II.1; SAGÜÉS, "Acción de amparo, intereses difusos y acción popular", en "J.A.", 1994-I, pág. 525, n° IV; Cam. Federal de La Plata, Sala 3ª, 8/8/88, "G., D. C/Gob. Nac.", "J.A.", 1988-III-97 y "L.L.", 1989-C-117.

(36) LORENZETTI, "Responsabilidad colectiva...", cit. en "L.L.", 1996-D, pág. 1072, n° VI-2-G).

interés, siendo solo viable por ende la titularidad difusa del grupo o conjunto, en la que no hay ninguna relación de inmediatez(37).

Y a mayor abundamiento ello es tanto más así en nuestro ordenamiento positivo, atento que conforme al art. 1078 del Código Civil, la acción por indemnización del daño moral sólo compete al damnificado directo, habiéndose procurado de ese modo evitar una eventual sucesión indefinida de damnificados indirectos(38); de forma tal que en los supuestos que nos ocupan, tal acción sólo puede corresponderle a la "sociedad en general", o en su caso a algún "grupo indeterminado de individuos", en cuanto damnificados directos, estando totalmente descartado en consecuencia que puedan existir otros legitimados para demandar el resarcimiento del daño moral.

Esto es lo que se resolvió en un fallo de la Sala II de la Cám. Civ. y Com. de Azul, del 22 de octubre de 1996(39), que asimismo decidió que "el monto del resarcimiento por daño moral colectivo se destine a un patrimonio de afectación, para las obras de ornato y salubridad del presupuesto municipal", lo cual es coincidente con lo que se ha propiciado desde nuestra doctrina(40), atento que tal "modo" de satisfacción

(37) LORENZETTI, "Responsabilidad colectiva...", cit. en "L.L.", 1996-D, p. 1063, n° III-3 y p. 1071, n° VI-2-B); PELLEGRINI GRINOVER, Ada, "Acciones colectivas en tutela del ambiente y de los consumidores (La ley brasileña del 24 de julio de 1985, n° 7347)", trad. de Gerónimo SEMINARA, en el n° 38 de la revista "Jus", La Plata, Ed. Platense, p. 66, n° 4.

(38) CAZEAUX, Pedro N., "La reforma del Código Civil en el derecho de las obligaciones", en el n° 21 de la "Revista del Colegio de Abogados de La Plata", año X, julio-diciembre de 1968, p. 173; LLAMBIAS, Jorge Joaquín, "Ley 17.711: reforma del Código Civil", en "J.A.", 1968-V, p. 793; TRIGO REPRESAS, Félix A. en: CAZEAUX, Pedro N. - TRIGO REPRESAS, Félix A., "Derecho de las obligaciones", 3ª ed., La Plata, Librería Editora Platense, 1996, t. V, p. 775, n° 3099; Cam. Nac. Civil Sala G, 13/8/93, "Casafys c/Romagnoli", "L.L.", 1993-E-463; Cam.Fed. La Plata, Sala Iª, 31/8/83, "Segli c/Empresa Gas del Estado", "E.D.", 107-439.

(39) In re "Municipalidad de Tandil c/T.a. La Estrella S.A.", en: "El Derecho", t. 171, pág. 378 y ss., con nuestra nota: "Un caso de daño moral colectivo"; "LA LEY Buenos Aires" 1997, ps. 272 y ss. Con nota de Matilde ZAVALA DE GONZÁLEZ: "Los daños morales colectivos y su resarcimiento dinerario"; el semanario n° 6053 de "Jurisprudencia Argentina" del 3/9/97 ("J.A.", 1997-III), con nota de Ricardo LORENZETTI: "Daño moral colectivo: su reconocimiento jurisprudencial"; y la "Revista de Jurisprudencia Provincial Buenos Aires", año 1996, n° 10, ps. 861 y ss., con nota de Jorge MOSSET ITURRASPE, "Daño moral colectivo originado en la lesión a un bien cultural. La municipalidad como legitimada activa". Ver en igual sentido: BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, "El daño moral colectivo es daño jurídico resarcible", en "L.L.", 1998-A, ps. 1033 y ss.

(40) LORENZETTI, Ricardo Luis, "Responsabilidad colectiva, grupos y bienes colectivos", cit. en "L.L.", 1996-D, p. 1072, último párrafo; STIGLITZ-ACCIARRI, "Legitimación procesal colectiva", cit. en el n° 9 de "La Revista de Foro de Cuyo", p. 244, n° II-6.

encuadra dentro de los términos latos del *in fine* del art. 1084 del Cód. Civil, aplicable por analogía.

d) *Los daños individuales*. Pero simultáneamente, el daño al ambiente también puede traer aparejado un ataque, actual o potencial, a la integridad psicofísica de los individuos y aun a su patrimonio, susceptible de llegar a configurar un daño —material y moral— cierto, personal del accionante y lesivo de un interés legítimo suyo, jurídicamente protegido(41); tal como lo resolviera la sala III de la Cámara I^a Civil y Comercial de La Plata el 15 de noviembre de 1994, en los autos "Sagarduy, Alberto"(42).

Verbigracia, constituye en efecto un hecho científicamente comprobado que la contaminación atmosférica influye en estados patológicos tales como: asma, bronquitis crónica, cáncer de pulmón, neumonías e incluso enfermedades coronarias y lesiones al sistema nervioso; y que las aguas contaminadas por desechos residuales, pueden contener bacterias disintéricas, bacilos causantes de tuberculosis, cólera, fiebres tifoideas y otras enfermedades(43).

Y de tales afecciones a la salud puede derivarse un daño patrimonial indirecto —art. 1068, *in-fine* del Cód. Civil—, tal como ocurre con los gastos implicados por la curación de la enfermedad, o las ganancias frustradas en virtud de la incapacitación para el trabajo consecuente del perjuicio a la salud o a la integridad física; como asimismo un daño moral, por el dolor físico o espiritual provocado por la lesión o enfermedad, la angustia y el miedo soportados, o el sufrimiento acarreado a la víctima(44).

(41) BUSTAMANTE ALSINA, "Responsabilidad por daño ambiental", cit. en "L.L.", 1994-C, pág. 1058, n° II-4; TRIGO REPRESAS, "Responsabilidad civil por daño al ambiente", cit. en "Zeus", t. 34, Secc. Doctr., pág. 115, n° VII.

(42) En "LA LEY Buenos Aires", 1995, pág. 937 y ss., con nota de Carlos A. BOTASSI, "La defensa judicial del medio ambiente", pág. 935 y ss. Allí, con voto del Dr. Roncoroni, se rechaza la pretensión de la Empresa demandada de levantamiento de una medida cautelar que le vedaba liberar material contaminante a la atmósfera del puerto de La Plata, sosteniéndose que en dicha pretensión al lado del interés individual que la impulsa, existe un interés colectivo y difuso a la salubridad del medio ambiente que se dice contaminado por ella, que corresponde a todos los integrantes de la comunidad aledaña a la empresa.

(43) BOTASSI, ob. cit. en "L.L.", 1982-C, pág. 883; STIGLITZ, ob. cit. en "L.L.", 1983-A, pág. 782 y nota 1 y pág. 788, n° IV. Ver en especial la sinopsis de efectos sobre la exposición ambiental regular, que traen ROCCA-CRIVELLARI, ob. cit., ps. 538 y sgte., n° 11-218.

(44) Cam. Nac. Civil, Sala C. 13/8/81. "Arce c/ Empr. Transportes El Guarani", "E.D.", 96-482.

Por todo lo cual coincidimos con Gabriel Stiglitz(45) y aquellos otros doctrinarios que entienden que existe un derecho subjetivo de los seres humanos a un ambiente digno y saludable, encuadrable dentro de los atributos de la personalidad, y más concretamente en el derecho del hombre a la incolumidad de su cuerpo y a su salud física y mental(46), que empalma con el propio derecho a la vida, el cual es el primero de todos y el valor supremo pues, como bien lo destacara Bidart Campos, si no se está vivo no se puede gozar de los demás derechos(47); siendo por ello precisamente que está también garantizado tácitamente en nuestra Constitución Nacional —doctrina de su artículo 33—, según ya lo resolviera tiempo atrás nuestra Corte Suprema Nacional(48).

Es que sin ese implícito derecho a la vida, no resulta concebible el "animus" de "promover el bienestar general... para nosotros, para nuestra posteridad y para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino", del Preámbulo de nuestra Constitución, ni tampoco los derechos y garantías consagrados en sus arts. 14, 15, 16, 18 y 19(49), y aun en el art. 14 bis, el cual en tanto garantiza la seguridad social y compromete la protección integral de la familia, sirve también de fundamento a la parte del derecho al "ambiente" directamente vinculada con la salubridad de la población(50).

En este convencimiento, ya en el año 1983 se declaró de "lege lata" en las "IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil" de Mar del Plata, por la Comisión N° 2 encargada del tema "Derecho a la preservación del medio ambiente, responsabilidad por daño ecológico", que:

(45) STIGLITZ, ob. cit. en "L.L.", 1983-A, pág. 778.

(46) BREBBIA, Roberto H., "El daño moral", Bs. As., 1950, Ed. Bibliográfica Argentina, pág. 255, n° 113; CIFUENTES, Santos, "Los derechos personalísimos", Bs. As. - Córdoba, 1974, Ed. Lerner, pág. 203 y ss.; PIZARRO, Ramón Daniel, "Daño moral", cit., pág. 72 y ss., 8 y ss.

(47) BIDART CAMPOS, Germán, "Algo sobre el derecho a la vida", en "L.L.", 1983-A, pág. 701.

(48) C.S.N., 6/9/80, "S. y D., C. G.", "L.L.", 1981-A-401 y "E.D.", 91-266.

(49) RIVERA, Julio César, "Hacia un régimen integral y sistemático de los derechos personalísimos", en "L.L.", 1983-D, pág. 848 y nota 7; CARBONNIER, Jean, "Derecho civil", trad. Manuel Ma. ZORRILLA RUIZ, Barcelona, 1960, Ed. Bosch, t. 4, vol. I, pág. 313,70-I.

(50) CANO, ob. cit., p. 103, n° 43.

"El derecho a la preservación del medio ambiente es una de las garantías implícitas de nuestra Constitución Nacional"; sin perjuicio de recomendarse asimismo de *lege ferenda*: "que en una eventual reforma constitucional se garantice expresamente el derecho a la conservación del medio ambiente"(51), tal como efectivamente se lo hiciera después en la reforma constitucional de 1994.

Pero ello sentado, el proceso se revierte y volvemos de nuevo al mismo punto de partida, en razón de que por sobre el derecho de cada uno a la vida y a su propiedad, se encuentra precisamente el derecho de toda la humanidad respecto del "ambiente" en que vive y que posibilita su subsistencia(52).

V. Derecho nacional

En nuestro país la protección del ambiente tiene rango constitucional a partir de la reforma de 1994, que introdujo como art. 41 de la Magna Carta el siguiente texto:

"Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras, y tienen el deber de preservarlo.

"El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales...

"Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos"; acordando además en su art. 43 la "acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares", la que "podrán interponer.. en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente... así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización".

(51) "El derecho privado en la Argentina", cit., pág. 41.

(52) ROCCA-CRIVELLARI, ob. cit., pág. 54, n° 1.8.

Y de manera parecida el tema también aparece tratado en la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, igualmente reformada en el año 1994, en su art. 28.

Pero además existen numerosas normas parciales sobre defensa ambiental, tanto a nivel nacional, como provincial y municipal.

Así tenemos, entre otras, las siguientes leyes nacionales:

- la 13.577 de "Obras Sanitarias de la Nación", modificada por la 20.324, que contiene temas relacionados con la protección de la contaminación de las aguas;

- la 20.284 de preservación de los recursos del aire;

- la 22.190 de prevención y vigilancia de la contaminación de las aguas u otros elementos del medio ambiente, por agentes contaminantes provenientes de buques o artefactos navales, y

- la ley 24.051 y su decreto reglamentario 831/93, sobre "generación, manipulación, transporte, tratamiento y disposición de residuos peligrosos" (art. 1º), que considera tales a todos los que puedan "causar daño, directa o indirectamente, a seres vivos o contaminar el suelo, el agua, la atmósfera o el ambiente en general, con excepción de los residuos domiciliarios, los radioactivos y los derivados de las operaciones normales de los buques", que se rigen por sus respectivas leyes especiales (art. 2º); la cual contiene además normas especiales sobre responsabilidad, que receptan el factor objetivo de atribución: presumiendo "salvo prueba en contrario, que todo residuo peligroso es cosa riesgosa en los términos del segundo párrafo del art. 1113 del Código Civil, modificado por la ley 17.711" (art. 45), y declarando:

a) la inoponibilidad a terceros de "la transmisión o abandono voluntario del dominio de los residuos peligrosos, en el ámbito de la responsabilidad extracontractual" (art. 46);

b) que "el dueño o guardián de un residuo peligroso no se exime de responsabilidad por demostrar la culpa de un tercero de quien no debe responder, cuya acción pudo ser evitada con el empleo del debido cuidado y atendiendo a las circunstancias del caso" (art. 47), y

c) que "la responsabilidad del generador por los daños ocasionados por los residuos peligrosos no desaparece por la transformación, especificación, desarrollo, evolución o tratamiento de éstos, a excepción de aquellos daños causados por la mayor peligrosidad que un determina-

do residuo adquiere como consecuencia de un tratamiento defectuoso realizado en la planta de tratamiento o disposición final" (art. 48).

Y en ausencia de otras normativas concretas, también resulta idóneo para coadyuvar en la defensa ambiental el sistema de nuestra responsabilidad civil, aunque el mismo tenga sus lógicas limitaciones; atento que el Código Civil sólo se ocupa de tales cuestiones en las relaciones hombre-hombre, previendo y procurando resolver conflictos puramente individuales, dando primacía a una regla de solución basada en la reciprocidad, puesto que el derecho de cada uno se extiende hasta donde comienza el del otro.

En tanto que, según ya se viera, la contaminación habitualmente puede propagar sus efectos perniciosos en forma expansiva en el tiempo y en el espacio; lo cual sitúa el problema en un plano social, donde ha de prevalecer el bien social por sobre el individual(53).

Concretamente se pueden hallar en nuestro Código Civil dos tipos de normativas aplicables en materia de daños al entorno: primero las específicas referidas a la defensa ambiental del Título VI del Libro III, que apuntan a combatir, en lo que hace a las relaciones entre vecinos, las molestias derivadas de humo, calor, olores, luminosidad, ruidos, vibraciones, humedades, infiltraciones, alteraciones de los cursos de agua o uso perjudicial de los mismos, etcétera.

Es decir, básicamente el art. 2618 —reformado por la ley 17.717— y las disposiciones concordantes y complementarias de los subsiguientes arts. 2621 a 2625, 2632 a 2636, 2638, 2642, 2647 y 2653 del Código Civil; y además tenemos los principios comunes sobre la responsabilidad civil extracontractual, dentro de los cuales pueden a priori encuadrarse todos los casos de deterioro del ambiente que provoquen perjuicio a los seres humanos —arts. 1067 a 1069, 1074, 1075, 1078, 1083, 1109, 1113, 1119, 1121, 1124 y ss. y concordantes del mismo Código—.

VI. El principio "quien contamina paga"

Subsidiariamente, en ausencia de específicas preceptivas sobre el tema, también puede resultar de utilidad para el tratamiento y resolución de las cuestiones que se susciten sobre contaminación ambiental, el principio "quien contamina paga", el cual puede consi-

(53) LORENZETTI, "Reglas de solución de conflictos...", cit. en "L.L.", 1998-A, p. 1029, n° I. I.B).

derarse como implícitamente incorporado en nuestro ordenamiento jurídico positivo.

Se trata en realidad de un principio de derecho tributario vinculado con la materia ambiental(54), el cual fue primeramente introducido por la enmienda japonesa de 1970, luego adoptado en 1972 por la Conferencia Internacional de Estocolmo, en 1975 por la Comunidad Económica Europea, y posteriormente por la mayoría de las legislaciones ambientales modernas, constituyendo asimismo el sentir de las últimas conferencias internacionales(55).

El mismo consiste en hacer soportar a los responsables por contaminación o degradación, las erogaciones necesarias para prevenir o corregir el deterioro ambiental, tratándose de "costos sociales" que antes no se incluían en los cálculos del "costo-beneficio" y que al adoptarse aquel principio son incorporados en su cómputo, traduciendo en contribuciones fiscales u otras cargas financieras que el contaminador debe satisfacer.

Habiéndose pretendido, incluso, disuadir por esta vía a quienes degradan el entorno, induciéndolos a efectuar por sí los trabajos de depuración o prevención en lugar de dejarlos por cuenta del Estado, en tanto la realización de ellos pueda resultarles menos onerosa que el pago de las contribuciones por contaminación.

Pese a su referido origen relacionado con las cargas tributarias, el principio "contaminador-pagador" puede sin embargo adecuarse perfectamente a nuestro derecho privado positivo, en el cual "responsable es el que responde", es decir quien está obligado a resarcir, por medio de una indemnización, el perjuicio ocasionado a otros(56).

Y ello determina además que en los casos de daños ambientales el factor de atribución de la responsabilidad sea siempre objetivo, por

(54) CANO, ob. cit., ps. 136 y ss.

(55) ROCCA-CRIVELLARI, ob. cit., ps. 31 n° 1.1. y 103, n° 5.42.; ROCCA, Ival -DUFRECHOU, Roberto, "La responsabilidad civil por la agresión ecológica en el derecho ambiental latinoamericano", en "E.D.", t. 106, p. 999; TINANT, ob. cit. en "LA LEY Buenos Aires", 1996, pág. 778, nota 18.

(56) LALOU, Henri, "Traité, pratique de la responsabilité civile", 4ª ed. París, Dalloz, 1949, p. 1., n° 1; PLANIOL, Marcel, "Estudios sobre la responsabilidad civil. Estudio I: del fundamento de la responsabilidad", en "Revista crítica de Jurisprudencia", Bs. As., 1932, año 1, pág. 5; ALTERINI, Atilio A., "Responsabilidad civil. Límites de la reparación civil", Bs. As., Abeledo-Perrot, 1970, pág. 16, n° 1.

cuanto "el que contamina paga"; o sea, dicho de otra manera más adecuada a nuestras instituciones: quién crea el "riesgo" al ambiente es el que debe resarcir.

VII. Los requisitos de la responsabilidad civil

Los presupuestos de esta responsabilidad civil por daño al ambiente, son los mismos de toda la responsabilidad civil. La tendencia doctrinaria dominante en la materia, es la que considera que sólo son cuatro los elementos de la responsabilidad civil: el daño causado a otro, la existencia de un hecho que infringe un deber jurídico de conducta impuesto por el ordenamiento jurídico —antijuridicidad o ilicitud—, la relación de causalidad entre ese hecho y el daño ya mencionado y un factor de atribución de la responsabilidad. Pasamos a considerarlos.

a) *El daño*. El daño es el presupuesto central de la responsabilidad civil, puesto que sin él no puede ni siquiera pensarse en la pretensión resarcitoria, sin perjuicio no hay responsabilidad civil por ausencia de "interés", que es la base de todas las acciones(57), y por ello sería superfluo entrar a indagar la existencia o no de los restantes presupuestos de aquélla: antijuridicidad, relación causal y factor de atribución.

Sobre este tema nos remitimos y damos por reproducido todo lo ya expuesto al tratar del "daño ambiental", sin perjuicio de señalar que con relación al mismo reviste a la vez especial relevancia el recaudo de la certeza del daño, el cual posibilita poner un límite importante en materia resarcitoria, atento que, como bien lo señalara la Dra. Kemelmajer de Carlucci, el daño no sólo debe ser personal sino cierto, y es evidente, por ejemplo, "que un sujeto que vive en Jujuy ningún daño cierto sufre por la contaminación de la ciudad de Comodoro Rivadavia"(58).

b) *La antijuridicidad o ilicitud*. La afectación del ambiente, con detrimento para toda la colectividad, constituye de por sí una actividad contraria a derecho, es decir "antijurídica"; lo cual resulta inclusive del

(57) JOSSERAND, Louis — BRUN, André, "Derecho civil", trad. de Santiago CUNCHILLOS y MANTEROLA, Bs. As., E.J.E.A., 1950, t. II, vol. I, pág. 333, n° 444; LALOU, ob. cit., pág. 92, n° 13; LE TOURNEAU, Phillippe, "La responsabilité civile", 2ª ed., París, Dalloz, pág. 141, n° 375.

(58) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "La responsabilidad civil por el daño ambiental". Separata de "Anales del Cincuentenario", edición de la "Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba", 1991, pág. 178 y 185; LORENZETTI, "La protección jurídica del ambiente", cit. en "LL.", 1997-E, pág. 12-470, n° 3.

propio texto constitucional actual —art. 41 de la Constitución Nacional—, ya que existiendo un derecho al medio ambiente sano, que es un bien de incidencia colectiva y, ocasionalmente, individual, la ilicitud surge además por la violación de ese bien(59).

Al respecto, ya en 1887 nuestra Corte Suprema resolvió en la causa "Los Saladeros Podestá c/ Pcia. de Bs. As."(60), que "ninguno puede tener un derecho adquirido en comprometer la salud pública y esparcir en la vecindad la muerte y el daño con el uso que haga de su propiedad, y especialmente con el ejercicio de una profesión o de una industria", agregando que "la autorización de un establecimiento industrial está siempre fundada en la presunción de la inocuidad", y luego, con cita de la ley 13, título 32, Partida tercera, que el hombre puede hacer en lo suyo lo que quiera, pero lo debe hacer de manera que no cause daño a otro.

En similar sentido puede mencionarse a un trascendente voto en minoría del Dr. Gualberto Lucas Sosa, como juez de la Sala Segunda de la Cámara 2^a Civil y Comercial de La Plata(61), en un caso en el que se había pretendido por vía de una acción meramente declarativa, que se estableciese que las tasas por desagüe de líquidos residuales industriales previstas en ordenanzas impositivas de la demandada, no le eran aplicables a la accionante, en razón de que dicha Comuna no prestaba servicio alguno que posibilitase su cobro, dado que el agua utilizada en el proceso industrial era devuelta al Río de la Plata sin purificación alguna, por medio de una zanja abierta en terreno de propiedad de la sociedad demandante.

En dicha ocasión el nombrado magistrado sostuvo en posición disidente, que si el acontecimiento concreto invocado por el actor para pretender la declaración de que las referidas tasas no le eran aplicables, consistía en arrojar los efluentes residuales en conductos de su propiedad que desembocaban en el Río de la Plata, sin previo tratamiento de depuración o neutralización que los convirtiese en inocuos o inofensivos, lo cual infringía un ordenamiento de orden público —el art. 2º de la ley provincial 5965—, quedaba fuera de toda duda que esa causa era ilícita y no podía por ende merecer la tutela del órgano jurisdiccional; pues si así se producía la contaminación ambiental de un curso de agua

(59) LORENZETTI, "La protección jurídica del ambiente", cit. en "LL.", 1997-E, pág. 1471, n° 5.

(60) "Fallos", t. 31, pág. 273.

(61) Sentencia del 11 de octubre de 1977, autos "Celulosa Argentina SA c/ Munic. de Quilmes", en "LL.", 1979-A-225 y "J.A.", 1978-III-312.

tan importante, poniendo en peligro la salud de la población, era obvio que el interés de la actora no debía ser jurídicamente protegido.

c) *La relación de causalidad.* La determinación del nexo causal es lo que permite precisar si tal o cual resultado dañoso puede ser objetivamente atribuido a la acción u omisión del responsable, quien entonces podrá ser considerado como su autor, en razón de haberlo provocado ("Imputatio facti").

La prueba de la relación de causalidad entre la actividad contaminante y el daño puede no ser de fácil realización, máxime si se tiene en cuenta lo ya señalado sobre la perdurabilidad de los efectos nocivos del inquinamiento, que pueden mantenerse y aun recién manifestarse mucho tiempo después, y en punto a la posibilidad de su expansión y propagación a grandes distancias del sitio de su generación(62).

Pero todo ello constituye un problema fáctico, que el profesional debe afrontar según las particularidades propias de cada supuesto concreto, y que en todo caso en nada obsta desde un punto de vista puramente doctrinal, a la procedencia de la responsabilidad por el daño al ambiente.

A mayor abundamiento, nuestra jurisprudencia ya ha tenido oportunidad de expedirse sobre el "valor excepcional que recibe en los supuestos de daño ambiental la prueba de presunciones", destacando que:

"En el daño ambiental hay mucho de sutil, de inasible, de cambiante de un momento a otro en la relación de los elementos físicos con las personas y cosas, como para limitarnos a una tosca y rutinaria aplicación de los elementos jurídicos, sin penetrar con perspicacia de zahorí en la cuestión.

"Si alguna vez se ha dicho que el juez, a menudo, 'esculpe sobre la niebla' (Anales de la Academia de Derecho, XXXIII, nº 26, 2ª parte, 1986, académico Risolía, parafraseando a Unamuno) es en esta materia del daño ambiental donde más ha de evidenciar su espíritu sagaz y sensible, diestro para captar una distinta realidad"(63).

(62) STIGLITZ, ob. cit., en "L.L.", 1983-A, p. 786, nº III-I. JURE - STEIN, "La consagración de los derechos como instrumento de la protección ambiental", cit. en el t. 94 de la revista "Juris", pág. 929, nº IV.

(63) Cam. Iª Civ. Com. La Plata, Sala 2ª, 27/4/93, "Pinini de Pérez c/ Copetro S.A.", "J.A.", 1993-III-368.

Sin perjuicio de lo expuesto, es dable pensar en distintas hipótesis con diferente grado de complejidad probatoria, tal como lo hiciera en un trabajo el profesor santafecino Mario César Gianfelice(64).

Así, si se puede establecer con certeza quién emitió el agente contaminante que causó el daño, la responsabilidad será personal del mismo, mientras que si son varios los que contribuyeron a la degradación del medio —sea por combinación o conexión de distintas emanaciones tóxicas provenientes separadamente de diversos centros industriales, o porque los establecimientos que conjuntamente produjeron la contaminación igualmente la habrían causado de haber actuado en forma separada o aislada(65)—, se tratará siempre de supuestos de causalidad conjunta y de responsabilidad solidaria de todos, tal como sucede con los coautores o copartícipes de un hecho ilícito —arts. 1081 y 1109, 2º párrafo del Código Civil—.

Mucho más complejo es el problema cuando no se puede precisar quién contaminó el ambiente.

La cuestión puede simplificarse si se llega al menos a establecer que el agente deteriorante provino de un determinado centro o zona, ya que entonces, aun cuando la degradación aparezca como atribuible de manera excluyente a uno solo de los establecimientos allí instalados —intervención disyunta o alternativa—, al no poderse individualizar al verdadero autor por imposibilidad de probar la relación causal, cabe sin embargo responsabilizar a todos los componentes del "grupo" en forma "colectiva" o "in solidum", en cuanto posibles autores del riesgo creado y del daño ambiental producido —doctrina del art. 1119 *in fine* del Cód. Civil—(66).

(64) GIANFELICE, ob. cit. en "L.L.", 1983-D, pág. 1020 y ss., nº VI.

(65) ALTERINI, "Responsabilidad civil...", cit., pág. 165, nº 212-b); BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, "Teoría general de la responsabilidad civil", 9ª ed., Bs. As., Abeledo-Perrot, 1997, pág. 608, nº 1.697; ídem, "La responsabilidad colectiva en el resarcimiento de daños", en "L.L.", 142, p. 997; LÓPEZ CABANA, Roberto M. - ILOVERAS, Néstor Luis, "La responsabilidad colectiva. Pautas para su aplicación en el derecho civil argentino", en "E.D.", t. 48, pág. 799 y sgte., nº I-1); LLAMBIÁS, Jorge Joaquín, "Tratado de derecho civil. Obligaciones", Bs. As., Perrot, 1980, t. IV-B, pág. 282, nº 2958; VON TUHR, Andreas, "Tratado de las obligaciones", trad. W. ROCÉS, Madrid, Reus, 1934, t. I, pág. 66, nº 7-b).

(66) ALTERINI, Atilio Aníbal - AMEAL, Oscar José - LÓPEZ CABANA, Roberto M., "Derecho de obligaciones civiles y comerciales", Bs. As., Abeledo-Perrot, 1995, pág. 813 y ss., nº 1.920 y ss.; BUSTAMANTE ALSINA, ob. cit. en "L.L.", 142, pág. 984 y sgte., nºs. VI y VII; "Teoría gral. de la resp. civil", cit., pág. 622, nº 1.745; CARRANZA, "Aproximación interdisciplinaria a la resp. por daño ambiental", cit. en "J.A.", 1989-IV, pág. 705 y sgte., nº IV-b)-3.-C); GIANFELICE, ob. cit. en "L.L.", 1983-D, pág. 1021, nº VI; LLAMBIÁS, "Trat...

Se trataría en suma de un caso donde puede haber responsabilidad sin autoría material, por el mero hecho de haber formado parte del "bloque" o "conjunto" del que emanó el daño, dado que la sola demostración de la relación causal del perjuicio con la acción del grupo, impregna a todos sus integrantes de la responsabilidad que colectivamente corresponde a aquél(67).

d) *Factor de atribución*. Probada la relación causal entre el daño y la persona o cosa a las que se atribuya la causación, aun queda por demostrar la existencia del factor imputativo o atributivo sin el cual no habrá responsabilidad.

No basta en efecto con el daño ocasionado para que la víctima pueda pedir la reparación, sino que aquellos elementos a su vez deben conjugar con el factor de atribución de la responsabilidad, subjetivo u objetivo, que la ley repunte apto o idóneo para sindicar a quien habrá de resultar el sujeto responsable(68).

En los casos de daños ambientales el factor de atribución es siempre objetivo, por cuanto "el que contamina paga", o, como ya se dijera de manera más adecuada a nuestras instituciones: quien crea el "riesgo" al ambiente es el que debe resarcir.

Tenemos ante todo las hipótesis comprendidas en las preceptivas sobre relaciones de vecindad y en especial el reformado art. 2618 del Código Civil.

Esta norma establece un claro supuesto de responsabilidad objetiva, independiente de la culpa o dolo del responsable(69), bastando la verificación del evento dañoso, para que sobre la base de las pautas consa-

Obligaciones" cit., t. IV-B, pág. 282 y sgte., n° 2.958 y pág. 291 y sgte., n° 2962; MOSSET ITURRASPE, "Daños causados por un miembro no identificado de un grupo determinado", en "J.A.", Doctrina 1973, pág. 4, n° VIII, y en "Estudios sobre la responsabilidad por daños", Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1980, t. II, pág. 314, n° 8.

(67) BUSTAMANTE ALSINA, ob. cit. en "L.L.", 142, ps. 988 y sgte., n° IX; "Teoría gral. de la resp. civil", cit., pág. 631, n° 1.759.

(68) BUSTAMANTE ALSINA, "Teoría gral. de la resp. civil", cit., pág. 323, n°s. 730-731.

(69) ACUÑA ANZORENA, Arturo, "El fundamento de la responsabilidad entre vecinos y la teoría del abuso de los derechos", en "Estudios sobre la responsabilidad civil", La Plata, Ed. Platense, 1963, pág. 249; ANDORNO, ob. cit. en el n° 13 de la "Rev. Coleg. Abog. Rosario" pág. 14 y sgte., n° III y pág. 21 y sgte., n° V; BORDA, "Tratado de Derecho Civil. Derechos reales", Bs. As., Perrot, 1975, t. I, pág. 400, n° 491; BUSTAMANTE ALSINA, "Teoría gral. de la resp. civil", cit., pág. 473 y ss., n°s. 1.233 a 1.238; CARRANZA,

gradas por la disposición, quede abierta la correspondiente vía indemnizatoria a él o a los damnificados que revistan la condición de vecinos del fundo causante del deterioro ambiental.

Y en cuanto a la legitimación para accionar o para ser demandado, coincidimos con la postura amplia que afirma que en el caso de relaciones de vecindad, pueden ser sujetos activos y pasivos de las acciones: los dueños, los poseedores y aun los meros tenedores(70).

Una clara aplicación de dichas preceptivas en punto a las relaciones de vecindad rural, lo constituye el fallo de la Cámara de Apelaciones de Junín del 23 de marzo de 1981(71), en el cual, por el juego de los arts. 2647 y 2653 del Cód. Civil, se condenó a la demandada a la reparación del daño patrimonial y moral causado al dejar fluir fuera de su predio más de 400.000 litros diarios de aguas servidas de uso industrial, conteniendo elementos químicos detergentes, lo que provocó un evidente daño ecológico a la tierra de los fundos inferiores, "desde que el carbonato de sodio y el fosfato de sodio, unidos al hidróxido de sodio, degradan la fertilidad del suelo..., máxime en una época en que las napas freáticas están muy altas, haciendo más dificultoso el escurrimiento natural".

No obstante, la Suprema Corte de Buenos Aires modificó dicho pronunciamiento, pensamos que erróneamente, dejando sin efecto la condena a reparar el perjuicio patrimonial y manteniendo solamente el deber de indemnizar el daño moral(72).

"Aproximación interdisciplinaria a la resp. por daño ambiental", cit., en "J.A.", 1989-IV, pág. 05, n° III-b)-3.; GARRIDO, Roque E. - ANDORNO, Luis O., "Reformas al Código Civil. Ley 17.711 comentada", Bs. As., Ed. Victor P. de Zavalia, 1969, t. II, p. 58; GHERSI, Carlos A., "Los frutos de la reforma de 1968: La afectación del entorno y el paisaje (art. 2618 C. C.)", en "J.A.", 1986-IV, pág. 153, n° III-2)-b); NADUR, Emilio A., "Molestias derivadas de la vecindad en la reforma al Cód. Civil", en "J.A.", Doctrina 1972, pág. 832 "in-fine"; SPOTA, Alberto G., "Tratado de derecho civil. Parte general", Bs. As., 1947, Depalma. t. I, vol. 2, pág. 341 y sgte., n° 294; SANTOS BRIZ, Jaime "La responsabilidad civil", 2a. ed., Madrid, Ed. Montecorvo, 1977, pág. 639 y 641; Cam. Nac. Civil, Sala D, 22/6/76, "Burgos c/ Arquinge SRL", "E.D.", 72-531.

(70) ANDOMO, ob. cit. en el n° 13 de la "Rev. del Coleg. Abog. de Rosario", pág. 21 y sgte., n° V; BORDA, "Tratado... Derechos Reales", cit., t. I, pág. 403, n° 495; LLAMBIAS, Jorge Joaquín - ALTERINI, Jorge H., "Código civil anotado. Derechos reales", Bs. As., Abeledo-Perrot, 1981, t. IV-A, pág. 426, n° 7.

(71) Cam. Ap. Junín, 23/3/81, "Etcheto c/ Cooperativa Agrícola Colonia de J. B. Alberdi" "J.A.", 1981-IV-57 y "D.J.B.A.", 121-41.

(72) S.C.B.A., 8/11/82, "Etcheto c/ Coop. Agrícola Colonia de J. B. Alberdi", en "J.A." 1983-III-496.

El art. 2618 establece una solución disyuntiva, la indemnización pecuniaria o el cese de las molestias(73), y esto es así porque la cesación de las molestias constituye una forma de "reparación en especie" o de "reposición de las cosas a su estado anterior", actualmente autorizada como principio general del deber de indemnizar, en el art. 1083 del Cód. Civil también reformado por la ley 17.711.

Pero pese al carácter no acumulativo de las previsiones del segundo párrafo del art. 2618 del Cód. Civil, cabe sin duda disponer el cese de las molestias y además la indemnización pecuniaria de los perjuicios ya producidos hasta la supresión de aquéllas, pues con este limitado alcance desaparece la incompatibilidad entre ambas medidas reparatorias, las que van a cubrir cada una distintos y sucesivos momentos de un daño que transcurre o se prolonga en el tiempo(74).

En cuanto a los supuestos no encuadrables en el art. 2618, quedan sometidos a los principios generales de la responsabilidad civil extracontractual(75), y en particular a los del régimen de daños causados por el "riesgo" de la cosa del art. 1113, 2º párrafo, del Código Civil, que también obedece a un factor objetivo de atribución(76).

(73) BORDA, "Trat. ... Derechos reales", cit., t. I, pág. 402, nº 493; NADUR, ob. cit. en "J.A.", Doctrina 1972, p. 833; Cam. Nac. Civil, Sala F, 28/7/80, "Scardigli c/ Frig. Guardia Nacional", "L.L.", 1980-D-200.

(74) ADROGUÉ, Manuel I., "Las molestias entre vecinos en la reforma civil", en "L.L.", 145, pág. 338, nº 5; LLAMBIAS-ALTERINI, "Cód. civil anotado", cit., t. IV-A, p. 42, nº 6; Cam. Iª Civ. y Com. La Plata, Sala Iª, 8/6/86, "Sarti c/ Ravagnan", "J.A.", 1986-IV-139; Cam. Nac. Civil, Sala D, 22/6/76, "Burgos c/ Arquinge S.R.L.", "E.D.", 72-531; Corte Just. Salta, 10/12/74, "Vila c/ Soc. Inmobiliaria del Norte", Rep. "L.L.", t. XXXVII (1977), pág. 416, sum. nº 237; Cam. Civ. Com. Paraná, Sala Iª, 18/8/81, "Solari c/ Martínez", "E.D." 96-215.

(75) CANO, ob. cit., pág. 104, 118 y 148; ROCCA-CRIVELLARI, ob. cit., pág. 123, nº 6-52; 209, nº 7-6 y 7-7, y 439, nº 7-1-152; STIGLITZ, ob. cit. en "L.L.", 1983-A, pág. 787, nº III-2.

(76) AGOGLIA, María M. - BORAGINA, Juan C. - MEZA, Jorge A., "El sistema jurídico vigente para la protección del daño originado por degradación ambiental", en "J.A.", 1993-IV, pág. 809 y sgte., nº III-b) y pág. 814, nº IV-d); BUJERES, Alberto J., "Responsabilidad civil de las clínicas y establecimientos médicos", Bs. As., Abaco, 1981, pág. 270, nota 18; BUSTAMANTE ALSINA, "Teoría gral. de la resp. civil", cit., pág. 405 y ss., nº 1.006 y ss.; "Resp. civil por daño ambiental", cit. en "L.L.", 1994-C, pág. 1059 y sgte., nº III. I; "Derecho ambiental", cit., pág. 154 y ss., letra a); GARRIDO, Roque - ANDORNO, Luis O., "El art. 1113 del Código Civil. Comentado. Anotado", Bs. As., Hammurabi, 1983, pág. 289, nº 6; GHERSI, Carlos A., "Responsabilidad por daño ecológico. La trascendencia de un poder judicial independiente de grupos económicos. El valor de la justicia social", en "J.A.", 1993-III, pág. 378 y sgte., nº IV, "Responsabilidad por el impacto ecológico de las fuentes de energía, derecho al hábitat familiar", en "J.A.", 1993-III, pág. 764 y sgte., nº VI; JURE-STEIN, ob. cit. en rev. "Juris", t. 94, pág. 928 y ss. nº IV y V.7.; MOSSET ITURRASPE, "Responsabilidad por culpa y responsabilidad por riesgo creado en

Ello es así por cuanto, en general, la degradación del entorno es provocada "por cosas" ya que, en efecto, la contaminación de las aguas proviene habitualmente del vertido en ellas de detergentes insolubles, y la infición del aire respirable se origina fundamentalmente en procesos de emanación de gases y humo, propios de la combustión de todo tipo de maquinarias caseras, industriales, vehículos a explosión, etc.(77); amén de otros efectos nocivos derivados de basuras, residuos, desechos y vertidos, tanto de la actividad doméstica como de la fabril o industrial, y de la contaminación sonora proveniente de ruidos incómodos o insalubres, etcétera.

O sea en suma, que bien puede afirmarse, siguiendo a Gabriel Stiglitz, que el daño al ambiente deriva en definitiva de "cosas" que desarrollan su funcionalidad, generando paralelamente el "riesgo" de degradación del medio(78).

Por todo lo cual puede concluirse que encuadran dentro de la responsabilidad por "riesgo" de la cosa del segundo párrafo del art. 1113 del Código Civil, todos los perjuicios derivados de cosas que provocan la contingencia de daños ambientales específicos, susceptibles de alterar la calidad de vida con detrimento para la salud y el bienestar de la población(79).

Coincidiendo con este criterio, el despacho de la Comisión 2 de las "IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil" de Mar del Plata, concretó la siguiente recomendación de "lege lata":

"Factor de atribución. Sin perjuicio de los supuestos de responsabilidad por culpa o dolo del sujeto degradador, los daños producidos al medio ambiente encuadran en el régimen objetivo de la responsabilidad por riesgo o vicio de la cosa (art. 1113, 2ª parte del C. Civil)"(80).

Estudios sobre la resp. por daños", cit., t. I, pág. 54, n° 1 y pág. 57, n° 5; PIZARRO, Ramón Daniel, "Responsabilidad civil por el riesgo o vicio de las cosas", Bs. As., Ed. Universidad, 1983, pág. 432 y sgte. y pág. 441 y sgte; Cam. 1ª Civ. Com. La Plata, Sala 2ª, 27/4/93, "Pinini de Pérez c/ Copetro S.A.", "J.A.", 1993-III-367 y ss.; ídem Sala 1ª, 5/6/86, "Sarti c/ Ravagnan", "L.L.", 1986-IV-139.

(77) ROCCA-CRIVELLARI, ob. cit., pág. 203 y ss., n° 7.b 72 y ss.

(78) STIGLITZ, ob. cit. en "L.L.", 1983-A, pág. 787, n° III-2.

(79) CANO, ob. cit., pág. 97, n° 34 y 148, n° 2.

(80) "El derecho privado en la Argentina", cit., pág. 41, n° 6º.

Y tal responsabilidad, con el entendimiento amplio ya propiciado en las "VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil" de La Plata del año 1981(81), le compete no solamente al "dueño o guardián" sino a todo aquel que se sirva de la cosa o la tenga a su cuidado —art. 1113, 1^{er} párrafo Cód. Civil—, tal como ya lo han resuelto la Suprema Corte de Buenos Aires y algunos otros tribunales(82).

VIII. El objetivo de la acción

Este tema ya había sido encarado por la Comisión N° 2 en las "IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil" de Mar del Plata, cuyo despacho recomendó de "lege lata" lo siguiente:

"Según el caso podrá solicitarse la prevención del daño, su cesación o su reparación".

Pero hoy, después de la reforma de la Constitución Nacional de 1994, bien puede decirse que en nuestro régimen constitucional la función ambiental está claramente señalada en el art. 41, constando de los siguientes elementos:

"El derecho a un ambiente sano; el deber de no contaminar, la obligación de recomponer, de resarcir, y de no comprometer a generaciones futuras"(83).

A continuación hemos de ocuparnos de cada una de esas tres distintas finalidades que puede perseguir la acción de responsabilidad civil por daño al ambiente.

a) *Prevención*. Lo primero y lo más idóneo es la prevención del daño al ambiente, para evitar su consumación, máxime "teniendo en cuenta que se trata de un bien 'no monetizable', es decir, no traduci-

(81) PIZARRO, "Resp. civil por el riesgo o vicio de la cosa", cit., pág. 560 a 562; STIGLITZ, ob. cit., en "L.L.", 1983-A, pág. 787, n° III-2; TRIGO REPRESAS, Félix A., "La responsabilidad civil del fabricante en las VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil", en "L.L.", 1982-13, pág. 679, n° VI-4); idem en VIII, "Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Ponencias", La Plata, 1981, Fundación Editora Notarial, pág. 104 y sgte.

(82) STIGLITZ, ob. cit. en "L.L.", 1983-A, pág. 787, n° III-2; 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 "DJ.B.A.", 144-3.247; Carn. Nac. Civil, Sala D, 18/3/92, "Aguirre vda. de Borche c/ Silva", "J.A.", 1992-III-241.

(83) LORENZETTI, "Reglas de solución de conflictos...", cit. en "L.L.", 1998-A, pág. 1025 y sgte., y n° II.3.

ble en indemnizaciones y difícil de volver al estado anterior del daño"(84).

Ello ha constituido una constante preocupación de todos los que se han ocupado de esta temática, existiendo hoy entre nosotros una clara conciencia sobre la necesidad de la tutela preventiva(85).

Al respecto, pensamos que el agregado introducido por la ley 17.711 al art. 2499 del Cód. Civil:

"Quien tema que de un edificio o de otra cosa derive un daño a sus bienes, puede denunciar ese hecho al juez a fin de que se adopten las oportunas medidas cautelares", asimismo repetido y reglamentado en el art. 623 bis del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (T.O. por decreto 1.042/81) como "denuncia de daño temido", constituye un importante instrumento en materia de prevención judicial de daños(86); pues en el mismo se confiere la acción cautelar con criterio bien amplio, a cualquiera que tema... un daño a sus bienes, sea o no vecino", y provenga la amenaza "de un edificio o de (cualquier) otra cosa"(87).

(84) LORENZETTI, "Reglas de solución de conflictos...", cit., en "J.L.", 1998-A, pág. 1030, n. II. l.

(85) ANDORNO, ob. cit. en el n° 13 de la "Rev. Coleg. Abog. Rosario"; BOLLA, Mario Edgardo - BISSIO, Enrique E. - OSIO, Alejandro V., "La protección de los intereses difusos con especial referencia al medio ambiente", La Plata, Asesoría General de Gobierno de la Pcia. de Bs. As., 1981, pág. 23 y sgte.; CANO, ob. cit., pág. 24, n° 66; MORELLO-HITTERS-BRIZONCE, ob. cit. en "JA.", 1982-IV, pág. 701, n° 1 "in-fine"; LORENZETTI, "La protección jurídica del ambiente", cit. en "L.L.", 1997-E, pág. 1470, n° 4; etcétera.

(86) AGOGLIA-BORAGINA-MEZA, "El sistema jurídico vigente...", cit. en "J.A.", 1993-IV, pág. 809, n° III-a); BUJES, "Resp. civil de las clínicas...", cit., pág. 270 y nota 18; BUSTAMANTE ALSINA, "Resp. por daño ambiental", cit. en "L.L.", 1994-C., pág. 1061, n° IV.1; ídem, "Derecho ambiental", cit., pág. 147 y sgte., letra c); ídem, "Teoría gral. de la resp. civil", cit., pág. 405 y ss., n° 1.006 y ss.; GARRIDO-ANDORNO, "El art. 1113 del Cód. Civil", cit., pág. 289, n° 6; MOSSET ITURRASPE, "Resp. por culpa y resp. por riesgo creado", cit. en "Estudios sobre la responsabilidad por daños", cit., t. I, pág. 54, n° I y pág. 57, n° 5; PIZARRO, "Resp. civil por el riesgo o vicio de las cosas", cit., pág. 432 y sgte. y pág. 441 y siguiente. Ello, sin perjuicio de compartir lo expuesto por GHERSI, en el sentido de que: "el Estado como custodio de los valores individuales y sociales, ...tiene un deber de prevenir... que la instalación o funcionamiento o cualquier exteriorización de una fuente de energía, se efectúe en lugares sin radicación familiar o desafectarlas antes de su instalación", etc. ("Resp. por el impacto ecológico de las fuentes de energía...", cit., en "J.A.", 1993-III, pág. 764, n° V).

(87) ROCCA-CRIVELLARI, ob. cit., pág. 102, n° 5-41; 141, n° 6-53-h), letra g) "in-fine". y 146, n° 6-53-k), letra d).

Por lo demás, como bien lo apunta la Dra. Mariani de Vidal, podrían ser demandados a su amparo todos "aquéllos que, en caso de producirse el daño, estarían obligados a su reparación, determinación que surge de los arts. 1113 (ref. por la ley 17.711) y 1135, Cód. Civil"(88).

En este sentido, en el ya citado fallo de la Sala Tercera de la Cámara 1ª en lo Civil y Comercial de La Plata, del 15 de noviembre de 1994, con voto del Dr. Roncoroni, al rechazarse la pretensión de la Empresa demandada de levantamiento de una medida cautelar, que le vedaba liberar material contaminante a la atmósfera del puerto de La Plata, se sostuvo que:

"El derecho de todo habitante a defender su medio ambiente se ha consolidado a partir de la reforma constitucional de 1994, por virtud de los arts. 41 y 43 Const. Nac. y 28 Const. Pcial., al igual que el reconocimiento del orden público ambiental y con ello la legitimación de cualquier particular para accionar las medidas preventivas en el mismo juzgado que entiende en la pretensión de cese del daño ambiental.

Dicha pretensión, al lado del interés individual que la impulsa, tiene un interés colectivo y difuso, el que poseen todos los integrantes de la comunidad aledaña a la empresa, en la salubridad del medio ambiente que se dice contaminado por ella.

La tutela de los intereses generales comprometidos por la contaminación ambiental no es ajena al juez civil, ya que aun antes de la reforma constitucional de 1994, el derecho de todo habitante a defender su medio ambiente es un derecho natural humano protegido por el art. 14 bis Const. Nac., relativo a la seguridad social integral de cada individuo.

La primera sentencia firme que compruebe los efectos contaminantes del ambiente y ordene el cese de la actividad dañosa, ha de expandir sus efectos *erga omnes* y proyectarse en ese aspecto sobre los demás procesos, a los fines de hacer cosa juzgada con respecto a ello"(89).

(88) LLAMBÍAS-ALTERINI, "Cód. Civil anot.", cit., t. IV-A, p. 269, n° 5-b); MARIANI DE VIDAL, Marina, "Denuncia del daño temido", en el n° 40-41 de "Lecciones y Ensayos", Bs. As., Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Univ. de Buenos Aires, 1969, pág. 186, letra c) "in-fine".

(89) Cám. 1ª Civ. Com., Sala III de La Plata, 15/11/94, "Sagarduy, Alberto", "I.L. Buenos Aires", 1995, pág. 937, con nota cit. de Carlos A. BOTASSI, "La defensa judicial del medio ambiente", pág. 935 y ss.

Pudiendo señalarse que el mismo deber de indemnizar a cargo de los responsables del deterioro ambiental, puede igualmente funcionar como elemento de prevención, si contribuye a desalentar la actividad degradante o a lograr que se adopten las medidas apropiadas para reducir o minimizar su dañosidad(90).

Aunque tal función disuasiva ha de ser asimismo razonable, habiéndose entendido en un caso resuelto por la Suprema Corte de Buenos Aires, que no lo había sido la fijación por el Municipio de Magdalena de una tasa diferencial por la explotación de canteras, cuyo monto, cuando los elementos extraídos eran transportados fuera del partido, venía a ser aproximadamente trece veces mayor que cuando los mismos permanecían en él, lo cual —se decidió— afectaba el derecho de propiedad y la libertad de trabajar y comerciar, amparados constitucionalmente(91).

b) *La reparación "in natura"*. El principio sentado en el art. 1083 del Cód. Civil acerca de la reparación *in natura*, se ve reforzado en materia ambiental por lo dispuesto en el art. 41 de la Constitución Nacional, en cuanto establece que: "El daño ambiental generará prioritariamente obligación de recomponer"(92).

Ahora bien, una forma de reparación "in natura" la constituye la cesación del perjuicio, atento que implica el retorno al "statu quo ante" a que aluden los citados artículos 1083 del Cód. Civil y 41 de la Constitución Nacional.

(90) CANO, ob. cit., pág. 130, n° 5-e); ONETO, Tomás, "El artículo 2618 del Código Civil y la tutela de la salud", en "L.L.", 1982-A, pág. 943; STIGLITZ, ob. cit. en "L.L.", 1983-A, pág. 784, n° 1-3.

(91) S.C.B.A., 516/96, "Tapera Arteché c/ Munic. Magdalena" en, "LA LEY Buenos Aires", 1996, pág. 772 y ss.; con el ya citado comentario de Eduardo Luis TINANT. Se trataba de concesiones para la extracción de conchilla en la zona de la costa, lugar que forma parte integrante del "Parque Costero del Sur", que es además reserva de la biósfera e integra la red mundial del programa "MAB" (Man and biosphere) de la UNESCO; señalando al respecto el comentarista del fallo, que: "amén de la solución justa que anida en el decisorio, toda vez que en la especie no se demostró el apego constitucional de la ordenanza impugnada sino por el contrario la vulneración de tales garantías como la falta de configuración de una pugna entre ambos bienes jurídicos que obligare a su superación por otra vía interpretativa, advierto que si el Tribunal hubiera dado la razón a la comuna, ésta desde luego habría ganado el juicio pero también habría continuado la extracción de conchilla en el ámbito del parque sin atisbarse siquiera, aún circunscripto el destino del material dentro y no ya fuera del partido como consecuencia del elevadísimo monto de la tasa diferencial en tal caso subsistente, de qué modo se habría recompuesto el sector frente al daño ambiental emergente" (pág. 781 y sgte., n° 14).

(92) LORENZETTI, "La protección jurídica del ambiente", cit. en "L.L.", 1997-E, pág. 1471, n° 5,

Y ello a veces podrá conseguirse mediante la ejecución forzada, si se trata por ejemplo de la clausura o cierre de un establecimiento o de destrucción de lo hecho —art. 632 Cód. Civil—(93).

En efecto, la reparación "in natura" tendiente a suprimir o borrar el daño causado(94), puede actuarse perfectamente por intermedio de un "facere", consistente en este caso en la eliminación de lo indebidamente realizado: la contaminación ambiental, lo cual constituye por otra parte, la forma de reparación en especie correspondiente a los deberes incumplidos de "no hacer" —arts. 632, 634, 1071 bis del Cód. Civil—(95).

Tal es por ejemplo lo resuelto en un fallo del Juez en lo Civil de La Plata Dr. Gerardo A. Echeverría del 20 de diciembre de 1985, luego confirmado por la Sala Primera de la Cámara 1ª Civil y Comercial de fecha 5 de junio de 1986(96), al hacer lugar a una demanda de daños y perjuicios intentada por un propietario lindero afectado por la construcción de una cancha de pelota a frontón, iniciada clandestinamente en terrenos de un vecino y que además excedía de la delimitación municipal e invadía la vereda, pese a lo cual había sido aprobada en su momento por la Municipalidad de Ensenada, en atención a lo avanzado de la obra, habiéndose incluido en tal acción específicamente el pedido de destrucción de la cancha en cuestión y la vuelta de las cosas a su estado primum, en concepto de reparación in natura.

En dicho fallo de primera instancia se consideró que tal construcción excedía del uso regular de la propiedad, porque "amén de infringirse la correspondiente ordenanza municipal, el frontón irrumpe en el micro-paisaje generando una nota disonante.

Es un volumen inarticulado, ciego, monótono, de gran pesadez, desequilibrado con el medio circundante, afectando al paisaje de la

(93) MOISSET DE ESPANÉS, Luis, " Sanciones conminatorias o "astreintes". Obligaciones a las que son aplicables", en "L.L.", 1983-D, pág. 131, n° IV-c).

(94) MAZEAUD, Henri y Léon - TUNC, André, "Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual", trad. de la 5ª ed. francesa de Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Bs. As., E.J.E.A., 1962, t. 3, vol. I, pág. 481 y ss., n° 2.303.

(95) DE CUPIS, Adriano, "El daño. Teoría general de la responsabilidad civil", trad. de la 2ª ed. italiana de Ángel Martínez Sarrión, Barcelona, Bosch, 1975, pág. 829, n° 170.

(96) Cám. 1ª Civ. Com. La Plata, Sala 1ª, autos "Sarti c/ Ravagnan", en "J.A.", 1986-IV, pág. 139 y ss., con el citado comentario favorable de Carlos Alberto GHERSI, "Los frutos de la reforma de 1968. La afectación del entorno y el paisaje (art. 2618 CC.). La labor judicial, como acto valorativo de cultura" ("J.A.", 1986-IV, pág. 148 y ss.).

zona e introduciendo cierta degradación en el sentido arquitectónico urbanístico, afeando la suma plástica del conjunto de edificaciones existentes y el medio natural"; agregándose luego en el de la Cámara, que la construcción de un muro colindante, en forma no reglamentaria, que ensombrece el fundo vecino, ostenta los perfiles propios del daño cierto y no meramente eventual o hipotético, habida cuenta de que no sólo es cierto el daño actual o presente ya realizado, sino que también puede serlo el daño futuro que ha de realizarse —como sería en la especie, el que el demandante sin duda sufriría si quisiera utilizar específicamente aquel costado sudoeste hasta el límite de su heredad, acaso ampliando la vivienda o afectando a otro destino lo que hoy es jardín—, puesto que un daño no deja de ser cierto si es efectivo, por más que sus consecuencias se proyecten hacia adelante en el tiempo".

En este caso se decidió, asimismo, que pese al carácter no acumulativo de las previsiones del segundo párrafo del art. 2.618 del Cód. Civil, cabía sin duda disponer el cese de las molestias y además la indemnización pecuniaria de los perjuicios ya producidos hasta la supresión de aquéllas; pues con este limitado alcance desaparece la incompatibilidad entre ambas medidas reparatorias, que van a cubrir cada una distintos y sucesivos momentos de un daño que transcurre o se prolonga en el tiempo(97).

Pero la condena también puede serlo a "hacer", a realizar determinadas obras, o a perfeccionar un procedimiento productivo mediante la instalación de dispositivos antipolución o depuradores adecuados, etc., todo en miras de eliminar o atenuar la dañosidad del establecimiento o cosas de que se trate(98).

Sobre lo cual resulta oportuno traer a colación un fallo del Tribunal Supremo de España del 12 de diciembre de 1980, que comentara el Dr. Gabriel Stiglitz(99), en el que, frente al reclamo de ocho personas componentes de una asociación de propietarios, perjudicados por los humos industriales de la Central Termoeléctrica de Soto de Ribera, se

(97) Sobre esto último en igual sentido: Cam. Nac. Civil, Sala D, 22/6/76, "Burgos c/ Arquinge SRL.", "E.D.", 72-531; Corte Just. Salta, 10/12/74, "Vila c/ Soc. Inmobiliaria del Norte", Rep. "L.L.", t. XXXVII (1977), pág. 416, sum. n.º 237; Cam. Civ. Com. Paraná, Sala I^a, 18/8/81, "Solari c/ Martínez", "E.D.", 96-215.

(98) BUSTAMANTE ALSINA, "Resp. Civil por daño ambiental", cit., en "L.L.", 1994-C, pág. 1060 y sigte., n.º III-3; "Derecho ambiental", cit., pág. 159 y sigte., letra e).

(99) STIGLITZ, Gabriel, "Tutela del ambiente y del consumidor. Dos recientes soluciones en derecho español", en "L.L.", 1983-D, pág. 797, n.º II-13).

ordenó como medida reparativa montar una instalación de acondicionamiento del anhídrido sulfúrico, para el mejor funcionamiento del equipo de depuración; sosteniéndose que el ejercicio de una industria, no obstante su interés para la economía nacional, no elimina la obligación de realizar todas las instalaciones requeridas para evitar daños, acudiendo a los medios que la técnica imponga para prevenir inmisiones.

De allí la legitimación de los perjudicados para instar la cesación de la actividad lesiva, a fin de evitar la prosecución del menoscabo.

Pero si la obligación es de "hacer", obviamente ya no cabe pensar en una ejecución forzada.

Y probablemente tampoco habrá de ser posible siquiera su realización por un tercero, si para ello fuere necesario un adecuado conocimiento previo de la industria o establecimiento, puesto que tal circunstancia convierte prácticamente a las tareas de reacondicionamiento en "intuitu personae"; o si las mismas habrán de insumir desembolsos dinerarios de consideración, que nadie estaría dispuesto a anticipar si su recupero no es seguro en breve plazo, como si verbigracia dependiese de un ulterior juicio a seguirse luego contra él o los responsables.

Por lo que en tales supuestos puede resultar entonces de suma utilidad, el ocurrir a las "astreintes" o condenaciones conminatorias del art. 666 bis del Código Civil(100); las que constituyen un probado recurso judicial de presión psicológica, para vencer la resistencia del obligado al cumplimiento de una sentencia(101), dado que en tanto no lo haga, tales condenaciones pecuniarias se podrán ir acrecentando indefinidamente.

Tanto es así, que precisamente la primera aplicación judicial de las "astreintes" en nuestro país, consistió en una multa mensual de cien pesos moneda nacional, impuesta hasta que cesaran los ruidos provo-

(100) ANDORNO, ob. cit. en el n° 13 de la "Rev. Coleg. Abog. de Rosario", pág. 18; BUSTAMANTE ALSINA, "Derecho ambiental", cit., pág. 160, letra c); Cano, ob. cit., pág. 148, n° 3-b).

(101) JOSSERAND, ob. cit., t. II, vol. I, pág. 476, n° 597; MAZEAUD, Henri, Léon y Jean, "Lecciones de derecho civil", trad. de Luis ALCALÁ ZAMORAY CASTILLO, Bs. As., E.J.E.A., 1960, Parte II, vol. III, pág. 220, n° 940; MOISSET DE ESPANÉS, ob. cit. en "L.L.", 1983-D, pág. 128, n° I.

cados por un molino vecino al domicilio del accionante(102); habiéndose registrado después algunos otros casos semejantes(103).

Sin embargo, la procedencia de la reposición de las cosas a su estado anterior, con fundamento en lo dispuesto en los arts. 1083 y 1113, o en el 2618 del Cód. Civil, debe estar supeditada a la pauta contenida en este último: que la degradación del ambiente exceda los límites de la "normal tolerancia", la que también resulta aplicable por analogía a las hipótesis de daños ambientales no encuadrables concretamente en dicha preceptiva, sino dentro de aquellas prescripciones genéricas sobre responsabilidad civil extracontractual.

En efecto, la vecindad impone la "tolerancia" de ciertas molestias o "incomodidades ordinarias", como lo decía el primitivo texto del art. 2618; y desde otra perspectiva tampoco hay que olvidar que la sola existencia del hombre, que es de por sí degradante del medio en el que vive, determina, según se dijo, que no quepa pensar en una total supresión de la contaminación ambiental, sino a lo sumo en la obtención de niveles de deterioro del entorno compatibles con su preservación, y consecuentemente con la protección de la salud y bienestar de los seres humanos que lo habitan(104).

Es decir que dentro de tales límites los individuos deben soportar la contaminación, la cual según se viera no es totalmente erradicable, como una cuota de sacrificio de su parte que les es impuesta obligatoriamente por el ordenamiento.

No obstante, en atención a los supremos intereses en juego, coincidimos con la recomendación de la Comisión N° 2 de las "IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil de Mar del Plata, en el sentido de que:

"El límite de la normal tolerancia no es aplicable a los casos de degradación del medio ambiente que sean susceptibles de afectar la salud", con lo cual se circunscribe acertadamente su vigencia a sólo "los ataques a otros bienes jurídicamente protegidos".

(102) Cam. Civ. 2ª Cap. Fed., 6/4/21, "Bregante c/ Raffo, Rosso, Gorino y Cía", en "J.A.", t. VI, pág. 314.

(103) Cam. Nac. Civil, Sala E, 8/10/74, "Corujeira c/ Quaglia", "L.L.", 1975-B, pág. 860 (32.379-S); Cam. 1ª Mar del Plata, Sala 1ª, 28/6/73, "Liotine c/ Frigorífico Pueyrredón", "J.A.", 21-1974, pág. 573.

(104) CANO, ob. cit., pág. 289 y sgte.; ROCCA-CRIVELLARI, ob. cit., pág. 95 y sgte., n° 5-36; STIGLITZ, "Responsabilidad civil por contaminación del medio ambiente", cit. en "L.L.", 1983A, pág. 782, n° 1.

c) *Indemnización*. Conforme con lo establecido en el art. 1083 del Cód. Civil, cuando fuere imposible la reposición de las cosas a su estado anterior, o si el damnificado así lo prefiriese, el resarcimiento habrá de consistir en la indemnización en dinero del daño sufrido.

Pero dicha normativa debe además complementarse e integrarse con lo preceptuado en el art. 2618 del Cód. Civil, que si bien faculta a los jueces "según las circunstancias del caso", para disponer "la indemnización de los daños o la cesación" de las molestias (segundo párrafo), lo hace aportando además un "standard" o directiva de indiscutible relevancia, cuando agrega que:

"En la aplicación de esta disposición el juez debe contemporizar las exigencias de la producción y el respeto debido al uso regular del dominio" (tercer párrafo).

Razón por la cual entendemos que si la eliminación de las molestias conduce a la supresión de una actividad en cuyo mantenimiento existe un interés social comprometido —como si por ejemplo hubiese que cerrar una fábrica y ello traería aparejado el despido de sus empleados y obreros, o el cese de una producción necesaria o útil, etc.—, entonces el juez debe optar por la indemnización pecuniaria, apartando la alternativa socialmente disvaliosa de disponer el cese de las molestias(105).

IX. La legitimación activa grupal

Por último, no podemos dejar de señalar que, tratándose de daños colectivos, la doctrina procesal ha podido aconsejar lo siguiente(106):

1º) la concesión de legitimación activa a los grupos y asociaciones de consumidores, como también al propio consumidor y a todo el que sufra un daño causado por el producto —Recomendación II, apartado 3-a), Comisión 1, de las "Cuartas Jornadas Rioplatenses de Derecho de

(105) ANDORNO, ob. cit. en el n° 13 de la "Rev. Coleg. Abog. de Rosario", pág. 18; BARBERO, Doménico, "Sistema del derecho privado", trad. de Santiago SENTÍS MELENDO, Bs. As., E.J.E.A., 1967, t. II, pág. 250, n° 490-IV y nota 37; BORDA, "Tratados de Derechos reales", cit., I, pág. 401, n° 492; LLAMBÍAS-ALTERINI, "Cód. Civil anot.", cit., t. IV-A, pág. 426, n° 6; SANTOS BRIZ, "La resp. civil", cit., pág. 641; TRIGO REPRESAS, "Resp. civil por daño ambiental", cit. en "Zeus", t. 34, Secc. Doctr., pág. 121, n° X-c); Cam. Nac. Civil, Sala D, 22/6/76, "Burgos c/ Arquinge SRL", "E.D.", 72-531.

(106) BARBOSA MOREIRA, José Carlos, "La legitimación para la defensa de los intereses difusos en el derecho brasileño", trad. de Augusto Mario MORELLO, en el n° 34 de la revista "Jus", La Plata, Librería Editora Platense, pág. 63 y sgte., n° II.

Punta del Este", año 1986—(107), ello como un aspecto de un tema mayor, el de la legitimación activa de los "cuerpos intermedios adecuadamente representativos de la comunidad interesada", del que se habían ocupado antes las "Segundas Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil" de 1984 —Recomendación VI-B del Tema 6—(108); y

2º) la creación de una figura como la del "fiscal público" u "ombudsman" del régimen sueco(109), comisionado parlamentario representante de las acciones de "clase", que se dan ante la existencia de un número considerable de partes relacionadas por un problema genérico o común, pero difuso para cada uno en particular, en procura de evitar así la multiplicación de procesos y del logro de pronunciamientos con fuerza vinculante para todos los miembros del grupo de que se trate(110).

La legitimación procesal activa grupal o de conjunto, precisamente, ya aparece contemplada en forma expresa en el art. 52 de la Ley de Defensa de los Consumidores 24.240, que permite 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". Y además había sido tenida en cuenta en el Proyecto de Reformas al Código Civil de la Comisión creada por el decreto 468/92 del Poder Ejecutivo Nacional, en donde se acordaba tal legitimación inclusive a: "las asociaciones representativas de intereses colectivos (las que) están legitimadas para iniciar acciones preventivas vinculadas a su objeto" —art. 1549 *in fine*—(111).

A mayor abundamiento, todo ello ha tenido finalmente recepción en la "acción de amparo" contemplada en el art. 43 de la Constitución Nacional de 1994, la que puede ser deducida en relación con todos "los derechos de incidencia colectiva en general", tal como lo propiciarán

(107) "El derecho privado en la Argentina", cit., pág. 157.

(108) "El derecho privado en la Argentina", cit., pág. 80.

(109) GOZAINI, Osvaldo Alfredo, "El 'ombudsman'", en "L.L.", 1983-D, pág. 840 y ss.

(110) CANO, "Derecho, política y administración ambientales", cit., pág. 50, n° 2; y pág. 91 y ss., n°s. 5, 25 y 26; CAPPELLETTI, Mauro - GARTH, Bryant, "El acceso a la justicia", trad. de Samuel AMARAL, La Plata, Colegio de Abogados del Dpto. Judicial de La Plata, 1983, pág. 156 y ss., n° 4; GOZAINI, ob. cit. en "L.L.", 1983-D, pág. 841, n° I; MORELLO-HITTERS-BERIZONCE, ob. cit. en "J.A.", 1982-IV, pág. 710, n° V; ROCCA-CRIVELLARI, ob. cit., pág. 31, n° 1.

(111) "Reformas al Código Civil", Bs. As., Astrea, 1993, pág. 371.

con anterioridad Morello(112) y Sagüés, este último en los siguientes términos:

"El amparo puede ser un excelente vehículo para proteger intereses difusos, como los ecológicos, de los consumidores y del patrimonio artístico o histórico..."(113).

Tratándose además de una acción que puede ser intentada por el propio "afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley..." —Art. 43, parágrafo segundo, de la Constitución Nacional—(114).

Amén de que asimismo aparece ahora consagrada la figura del "ombudsman" en el art. 86 de dicha Constitución, bajo la denominación de "Defensor del Pueblo": "órgano independiente instituido en el ámbito del Congreso de la Nación, que actuará con plena autonomía funcional, sin recibir instrucciones de ninguna autoridad", que "goza de las inmunidades y privilegios de los legisladores", y 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", debiendo durar "en su cargo cinco años, pudiendo ser nuevamente designado por una sola vez"; quien tiene como misión primordial "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", contando para ello, por cierto, con legitimación procesal(115).

(112) MORELLO, Augusto Mario, "Los intereses difusos y el derecho procesal (Del amparo individual al colectivo)", en "J.A.", 1990-IV, pág. 48, n° III-c).

(113) SAGÜÉS, Néstor Pedro, "Acción de amparo, intereses difusos y acción popular", en "J.A.", 1994-I, pág. 525, n° IV).

(114) LORENZETTI, "Responsabilidad colectiva, grupos y bienes colectivos", cit., en "L.L.", 1996-D, pág. 1071 "in fine", n° VI-2.-B). En el art. 20 inc. 2) de la nueva Constitución de la Provincia de Buenos Aires del año 1994, igualmente se prevé, que: "La garantía de Amparo podrá ser ejercida por el Estado en sentido lato o por particulares, cuando por cualquier acto, hecho, decisión u omisión proveniente de autoridad pública o de persona privada, se lesione o amenace, en forma actual o inminente con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, el ejercicio de los derechos constitucionales individuales y colectivos..."

(115) Asimismo se encuentra 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 omi-

Con posterioridad a la reforma constitucional de 1994, ya conocemos tres fallos en los que, de conformidad con los arts. 41 y 43 de la Constitución Nacional, se ha reconocido legitimación activa a un vecino o vecinos que promueven acción de amparo contra medidas contaminantes o que pueden derivar en un daño ambiental: uno de la Cámara Nacional Federal Contencioso Administrativa, Sala III, del 8 de septiembre de 1994, en autos "Schroder c/ Estado Nac."(116); otro ya mencionado anteriormente de la Cámara 1^a en lo Civil y Comercial de La Plata, Sala III, del 15 de noviembre de 1994 en los autos "Sagarduy, Alberto", con voto del Dr. Roncoroni(117); y el tercero del Superior Tribunal de Entre Ríos, Sala Penal, del 23 de junio de 1995, en los autos "Moro c/ Municipalidad de Paraná"(118).

Asimismo, algo similar había sido resuelto antes de la reforma constitucional por la Corte Suprema nacional, en los autos "Christou c/ Municipalidad de Tres de Febrero", cuando varios vecinos demandaron amparo contra dicha Comuna, pidiendo la anulación de una ordenanza que convalidaba el funcionamiento de una industria contaminante, sosteniéndose que en la especie se advertía la restricción de "derechos esenciales de las personas", como así un daño grave e irreparable si se remitiera el examen de la causa a los procedimientos ordinarios, administrativos o judiciales(119).

siones de la administración pública, fuerzas de seguridad, entes descentralizados o empresas del Estado que impliquen el ejercicio 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...".

(116) "LA LEY", 1994-E-449.

(117) "LA LEY, Buenos Aires" 1995, pág. 937.

(118) "LA LEY", 1998-A, pág. 89 y ss., fallo n° 95.000.

(119) Fallo del 20 de febrero de 1986, en "E.D." 118-184.



EL NUEVO CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

POR JUAN CARLOS CASSAGNE (*)

1. La reforma del contencioso-administrativo provincial

Desde hace varios años la doctrina(1) venía bregando por la reforma de las normas y principios que regían el proceso contencioso administrativo en la Provincia de Buenos Aires(2) cuyo modelo tanto influyó en los distintos códigos provinciales que siguieron sus concepciones, en mayor o menos medida.

La reciente sanción de un nuevo Código para regular la materia, cuyo anteproyecto fue elaborado por una comisión de juristas(3), brinda res-

(*) Comunicación efectuada por el Académico en la sesión privada del 13 de agosto de 1998 en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

(1) Véase: LINARES, Juan Francisco, "Lo contencioso-administrativo en la Provincia de Buenos Aires", "LA LEY", tº 96, pág. 852; FIORINI, Bartolomé A., "Sistema y crítica del Código contencioso-administrativo de la Provincia de Buenos Aires", "LA LEY", tº 96, pág. 830 y sgtes.

(2) Código de Procedimientos en lo Contencioso Administrativo, sancionado por ley 2961 del 22 de diciembre de 1905, sobre la base del Proyecto redactado por Luis V. VARELA.

(3) Dicha Comisión fue creada por Decreto 1150/96 y estuvo integrada por los doctores Osvaldo M. BEZZI, Enrique BISSIO, Juan Carlos CASSAGNE, Rubén Miguel CITARA, Julio R. COMADIRA, María del Carmen FALBO, BELTRÁN GAMBIER, Miguel Ángel MARAFUCHI, Ricardo Miguel ORTIZ, Pablo PERRINO, Daniel Fernando SORIA y Manuel SARMIENTO GÜEMES, actuando como secretaria la Dra. Sonia E. HERRERA.

puesta a los reclamos doctrinarios que impulsaban las nuevas tendencias elaboradas en torno a las instituciones procesales del contencioso administrativo provincial, que resultaba necesario incorporar a raíz del dictado de la Constitución de 1994.

Es justo reconocer que la iniciativa, en su conjunto, desde la integración de la Comisión hasta la coordinación y el impulso que, necesariamente, debían darse para que la idea se concretase en un anteproyecto de Código, partió del entonces Ministro de Gobierno Dr. Rubén M. Citara.

El trabajo de la Comisión redactora refleja el acuerdo logrado por sus integrantes en punto a las distintas soluciones normativas, los cuales, como es lógico y común en estos casos, tuvieron que renunciar a sus posturas personales en aras de alcanzar el consenso imprescindible para llevar a cabo una obra de esa naturaleza.

Entre las fuentes positivas que inspiraron el articulado del Código se advierte la influencia de los dos últimos proyectos elaborados, para el ámbito nacional, por las comisiones de juristas designadas por el Ministerio de Justicia de la Nación, de las modernas legislaciones provinciales y, en el derecho comparado, de la ley española de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

No obstante, la modernización que demandaba el sistema procesal contencioso-administrativo no es óbice para destacar la rica tradición existente en la Provincia de Buenos Aires, cuyos antecedentes se remontan, como se puntualiza en la Exposición de Motivos, a las Constituciones de 1854 y 1873. Precisamente, fue esta última la que perfiló la fórmula constitucional vigente(4) hasta la reforma constitucional de 1994.

Como es sabido, dicha fórmula constitucional atribuyó competencia originaria, para entender en el conocimiento de las causas contencioso-administrativas, a la Suprema Corte de la Provincia.

Sobre la base de una serie de principios y conceptos jurídicos que definían su objeto (el concepto de *autoridad administrativa*, la *previa denegación* y los *derechos* gestionados por la parte interesada), un jurista eminente, como fue, sin duda, el Dr. Luis V. Varela, redactó el Proyecto de lo que después sería el Código de Procedimientos en lo Contencioso Administrativo(5).

(4) Artículo 149, inc. 3° de la Constitución de 1931.

(5) VARELA, Luis V., "Proyecto de Código de lo Contencioso Administrativo para la Provincia de Buenos Aires", La Plata, 1904.

Mientras el concepto de *autoridad administrativa* excluía de las causas contencioso-administrativas las concernientes a la actividad administrativa de los otros poderes del Estado y de las personas públicas no estatales o concesionarios de servicios públicos (en lo que atañe al derecho administrativo material o sustantivo) el de *previa denegación* constituía un resabio de la concepción revisora del proceso que obstaculizaba (al menos impuesta como regla general) el acceso a la jurisdicción⁽⁶⁾ generando situaciones que bien podían catalogarse como claras denegaciones de justicia.

De otra parte, la limitación del acceso sólo a los titulares de derechos subjetivos excluía del conocimiento de los jueces aquellas situaciones subjetivas que, aún cuando de diferente configuración, merecían igualmente protección jurisdiccional (como el caso de los intereses legítimos o derechos reaccionales y aún de los derechos de incidencia colectiva, a partir de la reforma constitucional de 1994).

De ese modo, el Código de Varela, de indiscutibles méritos doctrinarios para la época de su elaboración, requería, al menos, su adecuación para renovar el sistema e incorporar las nuevas fórmulas que traducen el progreso del derecho procesal administrativo, particularmente el principio de la tutela judicial efectiva y sus proyecciones procesales.

Frente a la disyuntiva que se presentaba la Comisión optó por encarar una reforma integral del proceso contencioso administrativo considerando que, de esa forma, el sistema ganaba en unidad y armonía, que hubiera sido difícil mantener en un esquema de meras modificaciones parciales o complementarias del Código que estaba entonces vigente.

(6) Véase la crítica que formula FERNÁNDEZ TORRES al dogma revisor en su libro "Jurisdicción administrativa revisora y tutela judicial efectiva", pág. 29 y sgtes., con prólogo de GARCÍA DE ENTERRÍA, Ed. Civitas, Madrid, 1998. A partir de la consagración de la C.E. del principio de la tutela judicial efectiva apunta FERNÁNDEZ TORRES que desde esa premisa constitucional (ahora también existente en Argentina) "no parece posible ya seguir forzando por más tiempo los contornos de la clásica categoría del acto administrativo con el fin de proporcionar a los ciudadanos una tutela integral de sus derechos e intereses legítimos pues han sido agotadas todas las hipótesis —al menos todas las barajadas desde hace treinta años por la doctrina y, en mucho menor medida, esporádicamente, por la jurisprudencia— de una interpretación extensiva de este concepto jurídico. Su ampliación a otras formas de actuación administrativa diversas de la convencional del acto no puede estimarse en rigor ilimitada, amen de que —y esto es preciso reiterarlo— no satisface las legítimas expectativas de los judiciables de obtener una tutela judicial efectiva de sus situaciones jurídicas. En cuanto al eje del sistema jurisdiccional contencioso-administrativo, el acto previo encorseta en demasía las facultades del juez de otorgar justicia, cuando no las ahoga pura y simplemente" (op. cit., págs. 348-349).

2. Sobre el diseño constitucional de la justicia administrativa

La reforma constitucional de 1994 ha introducido cambios de trascendencia que se reflejan en las nuevas formulaciones incorporadas al sistema contencioso-administrativo, tanto en su organización como en su cauce formal, es decir, en las reglas procesales que rigen los conflictos que se ventilan ante los jueces.

En este sentido, la Constitución de 1994 eliminó una serie de instituciones y de principios que habían terminado por anquilosar el sistema provincial, generando típicas denegaciones de justicia, debido a que las fórmulas constitucionales y legales no se adaptaban a los nuevos requerimientos del estado de derecho, orientado, decisivamente, hacia la vigencia irrestricta del principio de la tutela judicial efectiva y, consecuentemente, de una plena accesibilidad a la revisión judicial de las actividades regidas por el derecho administrativo.

Este principio, consagrado en el Pacto de San José de Costa Rica⁽⁷⁾ se encuentra ahora incorporado expresamente en el artículo 15 de la Constitución de la Provincia de 1994.

El otro precepto constitucional que cobra trascendencia en la materia está configurado en el tercer párrafo del artículo 166 que prescribe:

Los casos originados por la actuación u omisión de la provincia, los municipios, los entes descentralizados y otras personas, en el ejercicio de funciones administrativas serán juzgados por tribunales competentes en lo contencioso administrativo, de acuerdo a los procedimientos que determina la ley, la que establecerá los supuestos en que resulte obligatorio agotar la vía administrativa.

Este nuevo precepto constitucional ha venido a poner fin a la denominada concepción restringida del proceso contencioso administrativo al eliminarse las fórmulas contenidas en el antiguo artículo 149, inc. 3° de la Constitución de 1934.

Se abre paso así a una etapa donde prevalece una concepción más abierta y protectora de los derechos de los judiciales caracterizada por estas notas:

(7) Artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) aprobada por ley 23.054.

a) la eliminación de la competencia de la Suprema Corte provincial para entender en jurisdicción originaria y exclusiva en este tipo de causas;

b) una mayor amplitud en el acceso a la justicia tanto en materia de legitimación como respecto de los recaudos habilitantes;

c) la superación del carácter revisor que se atribuía a la jurisdicción contencioso-administrativa cuyo proceso no se concibe ya como un proceso al acto (Laferrière) sino vinculado a casos originados por la actuación de la provincia, sus entes públicos y personas asimiladas a ellos;

d) el quiebre del carácter revisor se proyecta también en materia del requisito que imponía agotar la vía administrativa, el cual aparece relativizado al no requerirse, en varios supuestos, el agotamiento de la instancia administrativa para promover el respectivo proceso;

e) el abandono del criterio subjetivo u orgánico para delimitar la función administrativa (que consideraba solo los actos emanados de *autoridades administrativas*) y su reemplazo por un criterio objetivo o material que admite la plena judiciabilidad de los actos de otros poderes (Legislativo y Judicial) y de las personas públicas no estatales;

f) el reconocimiento de la aptitud de la provincia y los respectivos entes para actuar como parte actora en el proceso (v.gr. procesos de lesividad) como consecuencia natural de eliminar la restricción que impedía juzgar otros actos y situaciones que no fuese actos de autoridades administrativas denegatorios de derechos,

g) la pretensión pasa a convertirse en el eje central del proceso regulándose sus distintas clases en función del principio de la tutela judicial efectiva⁽⁸⁾ sin limitarse a la clásica pretensión anulatoria.

3. La tutela judicial efectiva

La médula de la nueva concepción del proceso contencioso administrativo radica, evidentemente, en el artículo 15 de la nueva Constitución en la medida que prescribe:

(8) Artículos 12 y 14 del C.P.C.A.

La provincia asegura la tutela judicial continua y efectiva, el acceso irrestricto a la justicia, la gratuidad de los trámites y la asistencia letrada a quienes carezcan de recursos suficientes y la inviolabilidad de la defensa de la persona y de los derechos en todo procedimiento administrativo o judicial. Las causas deberán decidirse en tiempo razonable. El retardo en dictar sentencia y las dilaciones indebidas cuando sean reiteradas, constituyen falta grave.

Se trata de un principio proveniente de la Constitución Española de 1978(9) que informa todo el ordenamiento, máxime al hallarse ahora también previsto en la Constitución Nacional(10) a través de su incorporación en el Pacto de San José de Costa Rica.

Ahora bien, no obstante que la cláusula constitucional transcrita desgrana el contenido del principio, resulta evidente que tanto la defensa en juicio como el acceso irrestricto a la justicia integran el citado principio en la medida en que no se puede desconocer que contribuyen a la realización efectiva de la tutela judicial(11).

Y esa tutela judicial efectiva reconocida por la cláusula constitucional antes citada comprende, en atención a la latitud de la fórmula utilizada, tanto el control sobre la actividad reglada como el de la actividad discrecional(12); si la inteligencia de la ley hubiera sido otra, debería haberse previsto la exclusión del enjuiciamiento de los actos discrecio-

(9) El artículo 24.1 de la C.E. prescribe que "todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión".

(10) El artículo 75, inc. 22 de la Constitución Nacional [juego de prescribir que los tratados poseen una jerarquía superior a la que poseen las leyes, formula una enunciación de tratados internacionales a los que atribuye jerarquía constitucional (es decir, son ley suprema) precisando, sin embargo, que no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución y que deben entenderse como complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Entre esos tratados se encuentra la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) cuyos artículos 8 y 25 recoge el principio de la protección judicial efectiva.

(11) Sobre el desarrollo jurisprudencial del principio en España puede consultarse: JIMÉNEZ BLANCO, Antonio y otros, "Comentario a la Constitución. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional", pág. 236 y sgtes., Madrid, 1993.

(12) Ver al respecto; GORDILLO, Agustín A., "Tratado de Derecho Administrativo", t^o I, Cap. X, pág. 27 y sgtes., Buenos Aires, 1997; y nuestro "Derecho Administrativo", t^o II, pág. 112 y sgtes., Buenos Aires, 1996; ver también: SUBRA DE BIEUSSES, Pierre. "La potestad discrecional", Separata del N^o 239 de Documentación Administrativa sobre: "El derecho administrativo en Francia", pág. 31 y sgtes., Madrid, 1994.

nales o de sus elementos que revistan esa calidad, solución que, por inconstitucional, no se acogió en el Código, aparte del retroceso legislativo que ello hubiera implicado.

Sin embargo, no se puede desconocer que una de las consecuencias más trascendentes de la adopción en el C.P.C.A. del principio de la tutela judicial efectiva se produce a raíz del quiebre del dogma revisor que regía el contencioso-administrativo provincial lo cual, a su vez, se proyecta en el abandono del requisito del acto previo para acceder a la jurisdicción y en la ampliación de las pretensiones del proceso, el que no se circunscribe, exclusivamente, a la anulación de actos administrativos.

La relativización de la exigencia concerniente al agotamiento de las instancias administrativas en determinadas pretensiones (ritualismo inútil o la impugnación directa de un reglamento emanado de la autoridad jerárquica superior e, incluso, cuando se pretenda la anulación de una ordenanza municipal)⁽¹³⁾ contribuye también a facilitar la judicialidad efectiva del obrar de la Administración.

4. Principales aspectos de la reforma del proceso contencioso-administrativo provincial incorporados al nuevo Código

4.1. Diferencias entre el Código y el Proyecto

Ante todo, corresponde indicar que entre el anteproyecto redactado por la Comisión de Juristas y el articulado del Código que recibió la correspondiente sanción legislativa se advierten algunas diferencias, las que, sin embargo, no llegan a desnaturalizar el proyecto ni alteran su filosofía, concepciones y fórmulas normativas fundamentales que presidieron su elaboración.

En ese sentido, la Comisión había considerado conveniente (al menos la mayoría de sus miembros) excluir a los juicios de apremio de la competencia contencioso-administrativa, probablemente, en la inteligencia de que al propiciarse.

Por otra parte, la organización de un tribunal colegiado en única instancia, resultaba conveniente que continuaran entendiendo los actuales jueces de primera instancia, dadas las especiales características de esa clase de procesos.

(13) Artículo 14, ap. 2 del C.P.C.A.

De todos modos, no se puede desconocer que la materia de los juicios de apremio integra, desde el punto de vista material, la competencia contencioso-administrativa.

La otra diferencia con el Proyecto, que constituye verdaderamente un error doctrinario y de política legislativa, es la exclusión de las expropiaciones (artículo 4° del Código) de la competencia contencioso-administrativa.

La razón de ello es que el instituto de la expropiación, antaño concebido como un instituto mixto (se consideraba que la indemnización estaba regida por el derecho privado) ha sido reconocido, tanto en la doctrina(14), como en la jurisprudencia de la Corte Suprema, como una figura perteneciente al derecho público(15) y, como tal sin perjuicio de su base constitucional, integra el derecho administrativo.

Una modificación de menor entidad es la que registra el artículo 17 del C.P.C.A., que legisla sobre la inactividad material de la Administración.

En este punto, el proyecto se refería a la obligación del Estado y/o de algunos de los entes mencionados en el artículo 1° de *realizar una prestación concreta a favor de una o varias personas determinadas*, pero los legisladores prefirieron circunscribir la figura al caso de prestaciones específicas y determinadas, lo que, probablemente, vaya a plantear complejas cuestiones de interpretación vinculadas al contenido de la pretensión y a la conducta administrativa exigible.

Sin embargo, una de las interpretaciones posibles radica en sostener que esa regulación legal no modifica, sustancialmente, el alcance de la fórmula proyectada.

Por último —con la idea de armonizar la jurisprudencia y de afirmar el principio de la tutela judicial efectiva— el Código introduce, por primera vez en el proceso contencioso-administrativo provincial, el recurso de casación prescribiendo que puede interponerse, como regla general, en tres supuestos:

a) infracción o errónea aplicación de las normas del ordenamiento jurídico o de la doctrina jurisprudencial;

(14) MARIENHOFF, Miguel S., "Tratado de Derecho Administrativo", tº IV, n° 1293, pág. 159 y sgtes., 6ª ed., Buenos Aires, 1997.

(15) Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, tº 241, pág. 273 y sgtes.

b) arbitrariedad de la sentencia (enunciando las causales básicas constituidas por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación), y

c) inobservancia de las formas esenciales de la sentencia o del proceso, que genere indefensión(16).

4.2. Competencia del fuero contencioso-administrativo provincial

En el artículo 1º, inc. 1 del Código —reproduciendo el precepto contenido en el artículo 166 de la Constitución de la Provincia— se adopta la cláusula general(17) que circunscribe la competencia del fuero a:

Las pretensiones que se deduzcan en los casos originados por la actuación u omisión, en el ejercicio de funciones administrativas, de los órganos de la Provincia, los Municipios, los entes descentralizados y otras personas, con arreglo a las prescripciones del presente Código.

Como se advierte, la actuación u omisión(18) de dichos órganos, en el ejercicio de funciones administrativas, ha sido el criterio adoptado para establecer la competencia de los tribunales contencioso-administrativos, debiendo interpretarse que el Código se inclina por la concepción material u objetiva sobre la función administrativa, de acuerdo con un sector de la doctrina(19).

Esa cláusula general de competencia se completa con una delimitación positiva y otra negativa, siguiendo una técnica adoptada en el derecho comparado.

(16) Artículo 55, incisos 1, 2 y 3 del Código.

(17) La conveniencia de establecer una cláusula general de competencia ha sido puesta de relieve por la doctrina, véase: TAWIL, Guido S., "El Código Varela y la necesidad de una profunda transformación en el contencioso provincial argentino", "LA LEY", tº 1989-A, pág. 1161.

(18) Se trata de una fórmula amplia ya que la actuación comprende tanto a los actos como los hechos administrativos y la omisión a todo el ámbito de la inactividad de la administración; Véase: SORIA, Daniel F., "Bases constitucionales del proceso contencioso-administrativo bonaerense", R.A.P. nº 96, pág. 15; TRIBIÑO, Carlos R. y PERRINO, Pablo E., "La justicia contencioso-administrativa en la Provincia de Buenos Aires", págs. 14-15, Buenos Aires, 1995.

(19) MARIENHOFF, Miguel S., op. cit., tº I, pág. 41 y sgtes., Buenos Aires, 1990; CASSAGNE, Juan Carlos, "Derecho Administrativo", 5ª ed., tº I, págs. 81 y 82.

De ese modo, el C.P.C.A. prescribe una cláusula residual de casos incluidos y un listado de casos excluidos, declarándose expresamente que se trata de una fórmula enunciativa que no impide el conocimiento, por parte de los tribunales, de otros casos regidos también por el derecho administrativo.

Entre los supuestos incluidos, entre otros, se destacan —en el artículo 2º del Código— los vinculados con:

- a) la materia tributaria;
- b) la responsabilidad patrimonial pública;
- c) las relativas a contratos administrativos(20);
- d) la impugnación de ordenanzas municipales(21);
- e) las prestaciones de servicios públicos (en cuanto se rijan por el derecho administrativo);
- f) las personas públicas no estatales, cuando actúen ejercitando prerrogativas propias del derecho administrativo(22);

Por su parte —en el artículo 4º del C.P.C.A.— se excluyen de la competencia contencioso-administrativa las siguientes controversias:

- a) las regidas por el derecho privado o por normas o convenios laborales;
- b) los desalojos, interdictos y pretensiones posesorias;
- c) las expropiaciones y servidumbres;

(20) La amplitud del precepto permite incluir todas las cuestiones vinculadas a los contratos administrativos siendo de mayor amplitud que la fórmula que preveía el Código anterior (artículo 3º) superada por una constructiva jurisprudencia de la Suprema Corte provincial; véase: TRIBIÑO, Carlos Roberto y PERRINO, Pablo Esteban, op. cit., pág. 35 y sgtes.

(21) Sobre impugnación de ordenanzas municipales, véase el fallo recaído en autos: "Promenade S.R.L. c/ Municipalidad de San Isidro s/demanda contencioso-administrativa" resuelto por la C.S.J.N. con fecha 24 de agosto de 1989.

(22) Si bien en la doctrina no existe acuerdo acerca de la posibilidad de que estas entidades puedan emitir actos administrativos, la solución del Código supera los problemas de competencia que se pudieran suscitar.

d) los conflictos inter-administrativos provinciales.

A su vez, el artículo 1º, inc. 2 del Código, sienta una presunción a favor del carácter administrativo de la actividad de los órganos administrativos comprendidos en el inc. 1 de dicho precepto, incluso cuando tuvieran que aplicarse por analogía normas de derecho privado o principios generales del derecho.

Al respecto, queda claro que esta presunción no se aplica a las personas públicas no estatales ni tampoco a los concesionarios de servicio público.

Por otra parte, la recurrencia a la analogía, que consiste siempre en una operación por la que se adapta una norma o principio al ordenamiento administrativo, frente a un vacío legal, no implica alterar la naturaleza administrativa de la relación jurídica sometida a juzgamiento, habida cuenta de que se trata de una técnica que siempre debe respetar la sustancia de la disciplina administrativa, tal como lo estableció la Corte Suprema en el conocido caso "Los Lagos".

Dentro de las nuevas normas se consagra, con el propósito de evitar las abusivas prácticas jurisprudenciales que en su momento provocaron la reacción doctrinaria, el deber de los jueces de declarar la incompetencia antes de dar trámite a una demanda (artículo 8º del C.P.C.A.).

Y, por último, el C.P.C.A. prescribe que la jurisdicción contencioso-administrativa *no quedará desplazada, aún cuando para la resolución del caso fuere necesario declarar la inconstitucionalidad de leyes, de ordenanzas municipales o de actos administrativos de alcance general o particular*(23), lo que constituye una trascendente innovación(24) seguida actualmente por la Suprema Corte de la Provincia a raíz de lo resuelto en el caso "Cabitronic".

4.3. La legitimación para accionar

El artículo 13 del C.P.C.A. estatuye una regla amplia al prescribir que se halla legitimada *toda persona que invoque una lesión, afectación o desconocimiento de sus derechos o intereses tutelados por el ordenamiento jurídico*.

(23) Artículo 3º, C.P.C.A.

(24) BEZZI, Osvaldo M., "Código Procesal y Ley del fuero Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires", pág. 12, La Plata, 1998.

Se trata de uno de los temas fundamentales de la justicia administrativa que procura evitar la generación de situaciones de indefensión o denegación de justicia, dado que la concepción restrictiva limitaba el acceso a la jurisdicción a los portadores de derechos subjetivos.

Esta situación, corregida en gran parte por la Suprema Corte de la Provincia a partir del caso "Rusconi", reclamaba una solución normativa estable, que no dejara la cuestión sometida a los vaivenes jurisprudenciales.

La fórmula adoptada tiene la virtud de no caer, en punto a la figura legitimadora, en alguna de las existentes (derecho subjetivo, interés legítimo o personal y directo, interés colectivo, difuso, etc.) circunscribiéndose a los derechos o intereses tutelados por el ordenamiento jurídico(25).

4.4. *Las pretensiones procesales*

Hemos dicho antes que la pretensión pasa a convertirse en el eje central del proceso y si bien no es nuestro propósito repetir nociones elementales resulta necesario, para una cabal comprensión del articulado del Código, señalar la concepción y la terminología jurídica utilizadas.

El Código acoge —al igual que la legislación procesal española— el principio de unidad de acción con pluralidad de pretensiones. Sigue así la línea de la corriente procesal iniciada en España por Guasp y González Pérez que conduce a distinguir entre pretensión, demanda y acción.

La pretensión es el acto por el cual se reclama ante un órgano judicial la resolución de un conflicto, mientras que la acción constituye el supuesto de la actividad procesal que, para algunos, es una especie de poder político y, para otros, el poder de hacer valer la pretensión(26).

Lo cierto es que la acción, antes identificada con el derecho subjetivo, puede concebirse también como un derecho a la tutela judicial

(25) Por una solución similar para España se ha inclinado recientemente Jesús GONZÁLEZ PÉREZ; véase: "Las partes en el proceso administrativo", trabajo publicado en Anales de la Real academia de Ciencias Morales y Políticas, Año XLIX, n° 74, págs. 24-25, Madrid, 1997.

(26) Véase: PALACIO, Lino E., "Derecho Procesal Civil", t° I, pág. 381, Buenos Aires, 1986.

(Carnelutti), una especie de derecho de petición o una mera facultad (derecho abstracto).

En cuanto a la demanda, se trata sólo del acto formal de iniciación o promoción del proceso que contiene la pretensión.

Volviendo a las pretensiones, la clásica es la pretensión anulatoria específica que mantiene —como bien se ha reconocido— un lugar de preeminencia en el proceso administrativo (artículo 2º, inc. 1º del C.P.C.A.), pese al abandono del carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa(27).

A ella se le añade la pretensión genérica de perseguir el reconocimiento o restablecimiento de derechos e intereses afectados que, cuando supone un previo juicio de nulidad de un acto administrativo deberá seguir(28), respecto de las condiciones de admisibilidad, la regla aplicable en materia de pretensiones anulatorias (artículo 2º, inc. 1º, C.P.C.A.).

Interesa poner de resalto que, cuando se trata de una pretensión resarcitoria ejercida conjuntamente con una de nulidad el artículo 20 del C.P.C.A. otorga al actor una opción, ya que puede deducir simultáneamente ambas, o bien, plantearlas en forma sucesiva, comenzando, como es lógico, por la pretensión anulatoria.

Otra de las pretensiones reguladas por el nuevo Código es la meramente declarativa tendiente a que se obtenga una *declaración de certeza sobre una determinada relación o situación jurídica regida por el derecho administrativo* (artículo 12, inc. 4, C.P.C.A.) que si bien puede ejercerse por el régimen procesal del artículo 322 del C.P.C.C. (proceso sumario o sumarísimo) consagra una fórmula más amplia que la prescripta en la legislación procesal civil donde se requiere la configuración de *un estado de incertidumbre*.

En consecuencia, la pretensión que contenga una declaración de certeza procederá aún cuando no exista discrepancia de la Administración y se trate de supuestos de inactividad material o de la omisión de expedirse, siempre que exista interés jurídico en solicitarla.

(27) SORIA, Daniel F., "El Proyecto de Código Procesal Contencioso-Administrativo para la Provincia de Buenos Aires", en R.A.P., Suplemento Especial n° 3, agosto de 1977, pág. 10.

(28) SORIA, Daniel F., op. y lugar citados ut supra.

El sistema se complementa con la atribución al fuero contencioso-administrativo de las causas en las que se pretenda la cesación de una vía de hecho administrativa(29), en la inteligencia de que la médula de esa clase de procesos se configura sobre la base de cuestiones propias del derecho administrativo.

4.5. *Las medidas cautelares*

Como acertadamente se ha dicho(30), frente a la inoperancia de la acción de amparo, las medidas cautelares constituyen un proceso idóneo para realizar la tutela judicial efectiva(31) de los derechos, fundamentalmente de los particulares, afectados por actos del poder público.

Al respecto, el artículo 22, inc. 1, consagra los requisitos generales que deben concurrir para su otorgamiento, que se ciñen a la invocación (no se exige una demostración plena) de un derecho verosímil en relación con el objeto del proceso (*fumus bonus iuris*)(32), a la existencia de una posibilidad de sufrir un perjuicio inminente o la alteración o el agravamiento de una determinada situación de hecho o de derecho (*periculum in mora*) y, finalmente, a que la medida no afecte gravemente al interés público.

La regulación legal de las medidas cautelares es lo suficiente amplia y flexible como para comprender *toda clase de medidas que resulten idóneas para asegurar el objeto del proceso*, lo que resulta referido tanto a las regladas en el nuevo Código como en el Código Procesal Civil y Comercial (artículo 22, inc. 2 del C.P.C.A.) incluyéndose, en forma expresa, medidas de contenido positivo "con el objeto de imponer una determinada conducta a la parte demandada" (artículo 22, inc. 3 del

(29) Artículo 12, ap. 5 del Código; en contra MARIENHOFF, Miguel S., op. cit., tº II, págs. 219-220.

(30) GAMBIER, Beltrán y ZUBIAUR, Carlos, "Las medidas cautelares contra la Administración (Fundamentos, presupuestos y aplicación del artículo 12 de la ley 19.549)", "LA LEY", tº 1993-D, págs. 690-691.

(31) Artículo 15 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires.

(32) En España, a raíz del alcance restrictivo que atribuye a este requisito el controvertido proyecto de ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la doctrina ha criticado este retroceso, que inclusive iría en dirección opuesta a la jurisprudencia comunitaria (caso "Factortame" de 1989 y "Atlanta" de 1995), y del principio de la tutela judicial efectiva; véase el lúcido artículo de Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, titulado: "Aún sobre la reforma de la justicia administrativa y el modelo constitucional", en "Reda" Nº 93, págs. 70 y 71, Madrid, 1997.

C.P.C.A.) (33), norma que encuentra aplicación plena en el ámbito de las potestades regladas (34).

En esa línea, se prescribe, en forma expresa, la suspensión del acto administrativo como medida cautelar especial (artículo 25, C.P.C.A.) abandonándose el arcaico concepto del *perjuicio irreparable* que antes se exigía para habilitar la procedencia de la suspensión.

Hay que destacar también dos innovaciones trascendentes relativas a la admisión de la medida cautelar autónoma y anticipada (artículo 23, inc. 1º, C.P.C.A.) y a la inexigibilidad de solicitud previa en sede administrativa como requisito de habilitación de la pretensión cautelar (artículo 25, inc. 2, C.P.C.A.), exigencia esta última que había introducido cierta jurisprudencia en el orden nacional, especialmente en el proceso de amparo (35).

4.6. Clases de procesos

Aparte del proceso ordinario, contemplado en los artículos 22 y siguientes del C.P.C.A., se regulan en el Título II cuatro procesos especiales a saber:

a) sumario de ilegitimidad (artículo 67, C.P.C.A.) en forma opcional al proceso ordinario;

b) impugnación de sanciones en materia de empleo público (artículo 71, C.P.C.A.) estableciendo la opción de promover el proceso sumario o el ordinario;

(33) En el *référé* del contencioso administrativo francés, los poderes del Tribunal, desde hace tiempo han sido amplios, pudiendo ordenar "todas las medidas útiles". Véase por ejemplo: AUBY, J. M. y DRAGO, R., "Traité de Contentieux Administratif", tº II, págs. 328-329, París, 1962. MARTIARENA, Juan José, "Avance jurisprudencial en materia de medidas cautelares en el proceso administrativo bonaerense", "LA LEY", Suplemento de Jurisprudencia de Derecho Administrativo del 6/4/98; pág. 1 y sgtes., especialmente pág. 4, destaca que la Suprema Corte reconoció la validez de las medidas cautelares innovativas (caso "Lasorte").

(34) Cfr. COMADIRA, Julio R., "Las medidas cautelares en el proceso administrativo con especial referencia a la suspensión de los efectos", Cap. VII, pág. 216, del libro "Derecho Administrativo", Buenos Aires, 1996. Sobre las medidas cautelares en el contencioso administrativo bonaerense, ver: D'ARGENIO, Inés, "Las medidas cautelares en el proceso administrativo...", E.D., tº 156, pág. 217.

(35) Para la crítica a esta exigencia nos remitimos al trabajo de GAMBIER y ZUBIAUR citado, págs. 703-705.

c) impugnaciones de actos de entes públicos no estatales (artículo 74, C.P.C.A.), y

d) amparo por mora (artículo 76, C.P.C.A.).

Las características del proceso ordinario son similares a las que regulan este tipo de proceso en el Código Procesal Civil y Comercial(36), con las peculiaridades propias del contencioso administrativo (v.gr. requisitos de admisibilidad para determinadas pretensiones).

Existen, en la regulación del proceso ordinario, dos reglas de suma importancia para la realización de la tutela judicial efectiva.

Una se refiere a la subsanación de los defectos procesales que juega como principio general (artículo 31, inc. 3, C.P.C.A.) aplicable también a los procesos especiales, mientras que la otra impide que los tribunales, una vez dictada una resolución que admite su competencia o considere admisible una pretensión, puedan volver sobre esa decisión (artículo 31, inc. 2, C.P.C.A.).

Se configura, de ese modo, un supuesto de preclusión que procura evitar antiguas corruptelas procesales, ya que la jurisprudencia había llegado a sentar la regla según la cual la incompetencia o declaración de inadmisibilidad de la pretensión, podían llevarse a cabo después de tramitado el proceso.

4.7. *Ejecución de sentencias*

El artículo 163 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires — que mantuvo con unos pocos cambios el antiguo precepto del artículo 151 de la Constitución de 1934— consagra el principio del carácter ejecutorio de las sentencias que se dicten contra la Provincia y sus entes descentralizados.

Es decir, no basta con la estimación de la pretensión por parte del juez ni el mero carácter declarativo como en la vieja ley de demandas contra la Nación(37), sino que resulta fundamental, para asegurar la tutela judicial efectiva, que la sentencia pueda ejecutarse.

(36) SORIA, Daniel F., op. cit., pág. 4.

(37) Asiste razón a BIANCHI en cuanto afirma que el artículo 7° de la ley de demandas contra la Nación que consagra el efecto declarativo de las sentencias fue un "producto natural de una época en que todavía era dominante el criterio de la irresponsabilidad del Estado como emanación de la soberanía" (Cfr. BIANCHI, Alberto B., "Incons-

La armonía que se persiguió con el sistema estatuido en el Código condujo a establecer la posibilidad de obtener la suspensión de la ejecución de la sentencia por razones de interés público, previéndose un compromiso reparatorio por los daños y perjuicios que irroge al particular la suspensión de la sentencia, la que para ser decretada requiere, además, que se corra traslado por cinco (5) días al actor de la solicitud de suspensión (artículo 65, inc. 2, C.P.C.A.).

Por último, el artículo 64 del C.P.C.A. admite que la impugnación de los actos administrativos dictados como consecuencia de lo resuelto en la causa puedan llevarse a cabo en el propio proceso de ejecución de sentencia, lo que simplifica el sistema y hace a la efectividad que debe caracterizar a la tutela judicial para ser realmente una garantía realizable en el estado de derecho.

Exigir, en tales supuestos, la promoción de un juicio autónomo hubiera sido una solución a todas luces injusta y desproporcionada, ajena, por cierto, a la efectividad de la tutela judicial.

5. Un nuevo camino hacia la realización de la tutela judicial efectiva

Hemos optado aquí por abordar las grandes líneas de la reforma procesal dejando para otra oportunidad el análisis sobre otras instituciones del Código que, sin duda, encierran cuestiones de trascendencia como, por ejemplo, las condiciones de admisibilidad y, puntualmente, dos temas estrechamente enlazados como lo son la demandabilidad directa y el agotamiento de la instancia administrativa, respecto de los cuales sólo efectuamos algunas referencias, por cierto que muy liminares.

Resulta prematuro, quizás, anticipar cuál será el balance acerca de los resultados que se obtendrán con la sanción del Código en lo que concierne al progreso de la justicia en lo contencioso-administrativo de la Provincia de Buenos Aires.

Con todo, la circunstancia de que el nuevo ordenamiento integre un sistema que tiene por base el principio de la tutela judicial efectiva junto a un marco abierto de pretensiones procesales, cuya figura central, que es la pretensión, pasa a convertirse en una de sus regulaciones funda-

titucionalidad sobreviniente del artículo 7° de la ley de demandas contra la Nación", publicado en el libro "Proceso Administrativo y Constitucional", en colaboración con Guido S. TAWIL, pág. 199, Buenos Aires, 1992).

mentales, es un buen punto de partida para la reconversión integral del contencioso-administrativo. A su vez, una estructura orgánica tribunalicia le sirve de apoyo para su eficaz aplicación, como es la ley del fuero contencioso-administrativo(38).

Ese principio rector de la tutela judicial efectiva, que ha orientado muchas de las soluciones previstas en el C.P.C.A. —como las que hemos señalado precedentemente—, cumple su función en un marco de equilibrio entre los distintos intereses que están en juego en los conflictos con la Administración y, en definitiva, orienta la tarea de legislar con justicia armonizando las prerrogativas propias del poder público con las garantías debidas a los particulares.

Aún con la diferencia de matices propia de cada uno de los enfoques, el C.P.C.A. ha abierto un camino procesal que fortalecerá el Estado de Derecho, mejorando las técnicas de acceso a la justicia, y el propio derecho administrativo material, que ahora cuenta con vías más aptas para afirmar el imperio pleno de la legitimidad y asegurar la defensa efectiva de los derechos de los judiciales.

(38) Ley n° 12.074 de fecha 18 de diciembre de 1997. La Suprema Corte provincial ha declarado (caso "La Jirafa Azul S.A.") que las causas que tramitan ante ella no se rigen por las prescripciones del nuevo Código, cuya vigencia queda diferida hasta que sean habilitados los tribunales en lo contencioso administrativo; véase al respecto: MILANTA, Claudia, "Vigencia diferida del nuevo Código Procesal Contencioso Administrativo para la Provincia de Buenos Aires", "LA LEY", Suplemento cit., pág. 5 y sgtes.

COMENTARIOS

ACADÉMICO DOCTOR LINO ENRIQUE PALACIO

Una de las bondades que a mi juicio exhibía el Código Contencioso Administrativo vigente en la provincia de Buenos Aires era la institución de una medida cautelar consistente en "la suspensión del acto administrativo reclamado", que se supeditaba al acreditamiento de la verosimilitud del derecho y de la posibilidad de que el acto administrativo produjera perjuicios irreparables al administrado.

A raíz de esto, o sea de este estándar del perjuicio irreparable, a veces de difícil prueba, la Corte se mostró habitualmente remisa en tolerar la suspensión del acto administrativo.

Era para su tiempo, sin embargo, una novedad importante porque, incluso, la famosa medida innovativa de la que tanto se habla ahora coincidía exactamente con dicha suspensión.

Tengo entendido que la nueva ley suprime el requisito del perjuicio irreparable y lo reemplaza simplemente por el referido al peligro en la demora, lo que me parece un acierto en tanto otorga a la medida mayor flexibilidad. ¿Es así, doctor Cassagne?

ACADÉMICO DOCTOR JUAN CARLOS CASSAGNE

Así es, efectivamente. Además, en otra norma del contencioso de la provincia, también se establece como un criterio, digamos, autónomo, el de la suspensión de los efectos del acto. Pero de todas maneras el criterio del perjuicio irreparable ha sido suprimido y reemplazado por el peligro en la demora.

ACADÉMICA DOCTORA AIDA KEMELMAJER DE CARLUCCI

Me parece muy interesante todo lo que ha dicho el doctor Cassagne. Efectivamente, la Corte de la Provincia de Buenos Aires fue siempre muy restrictiva en materia de declaración de inconstitucionalidad al sostener que si el acto administrativo se fundaba en una ley, no se podía declarar la inconstitucionalidad en el contencioso administrativo.

La Corte de Mendoza, hasta el año 1985, influida por la Corte de la Provincia de Buenos Aires, había seguido también esa jurisprudencia porque nuestro régimen, como lo ha señalado el doctor Cassagne, estaba basado en el régimen de la provincia.

Pero nosotros, en el año 1985, cambiamos esa jurisprudencia. Sostuvimos que no era posible que si cualquier juez en nuestro sistema puede declarar la inconstitucionalidad de una norma, la Corte, que es el máximo organismo provincial, no pudiese dictarla porque se violaba de esta manera la pirámide jurídica.

Nosotros, desde el año 1985, hemos admitido la declaración de inconstitucionalidad dentro del contencioso administrativo, pero la provincia de Buenos Aires seguía con el viejo sistema.

Una cosa que me parece interesante, y que a lo mejor ahora vamos a tener que cambiar, es este tema del perjuicio irreparable, del que habla el doctor Palacio, porque nosotros también somos muy restrictivos en la provincia de Mendoza en materia de suspensión del acto y por esto del perjuicio irreparable siempre decimos que siendo el estado solvente no hay perjuicio irreparable, así que me llevo esta idea porque a lo mejor vamos a tener que empezar a cambiar la jurisprudencia sobre todo en materia de cautelares, porque en el mundo de hoy, dada la lentitud de la justicia, las cautelares y, más que las cautelares, las medidas urgentes no cautelares, están tomando una importancia muy grande, porque sino el proceso se convierte en un instrumento en perjuicio del que tiene razón.

Es muy importante esta nueva idea que está en el Código de la Provincia de Buenos Aires, así que me la llevo conmigo.

ACADÉMICO DOCTOR ALBERTO RODRÍGUEZ VARELA

Como todos sabemos, en la provincia de Buenos Aires están claramente distinguidos el Ministerio Público, que es absolutamente judicial, la defensa y la asistencia jurídica del gobernador, que ejerce el asesor general, y la defensa del interés fiscal de la provincia, que corresponde al fiscal de estado.

Incluso, en determinadas circunstancias, según los tiempos, a veces no tan infrecuentemente, el fiscal de estado en defensa del interés fiscal acciona contra el gobernador, en cuyo caso la demanda es respondida por el asesor general de Gobierno.

El fiscal de estado tiene el monopolio de la representación fiscal como demandado en el contencioso provincial, y a veces también como actor, cuando acciona contra el gobernador.

Los municipios eran los que frecuentemente en la práctica tenían dificultades, los 130 municipios, porque como principio el fiscal de estado no representaba el interés fiscal municipal.

Ahora, a partir de la reforma de 1994, ¿cómo está organizada la defensa fiscal? ¿Quién tiene ahora la respuesta en nombre del interés fiscal provincial? ¿Es siempre la Fiscalía de Estado?

ACADÉMICO DOCTOR JUAN CARLOS CASSAGNE

Es la Fiscalía de Estado.

ACADÉMICO DOCTOR ALBERTO RODRÍGUEZ VARELA

¿Hay una distribución también territorial de los tribunales contenciosos?

ACADÉMICO DOCTOR JUAN CARLOS CASSAGNE

Sí. Va a haber cinco tribunales, dos en La Plata, otro en San Nicolás; quizás uno en Bahía Blanca y, probablemente, otro en Mar del Plata.

ACADÉMICO DOCTOR ALBERTO RODRÍGUEZ VARELA

Ahora, en cada distrito el fiscal de estado tiene un delegado.

LA INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LAS JURISDICCIONES NACIONAL E INTERNACIONAL

POR NÉSTOR PEDRO SAGÜES (*)

*A Germán J. Bidart Campos,
con todo aprecio.*

1. Introducción.

El proceso de funcionamiento de las normas relativas a los derechos humanos se realiza tanto por tribunales nacionales como por organismos inter o supra nacionales.

La interpretación de tales normas es una etapa decisiva en dicho mecanismo de funcionamiento, para su aplicación a casos concretos(1).

Aparte del doble orden de órganos jurisdiccionales a que hicimos referencia (los domésticos y los supra e internacionales), también hay un doble género de normas en materia de derechos humanos: las contenidas en instrumentos internacionales y las exclusivas del derecho

(*) Comunicación efectuada por el Académico correspondiente en la sesión privada del 27 de agosto de 1998 en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

(1) Sobre la interpretación como paso en el proceso del funcionamiento de la norma, cfr. GOLDSCHMIDT WERNER, "Introducción filosófica al derecho", 4^a ed. Buenos Aires, 1973, Ed. Depalma, pág. 251 y sgtes.

nacional (por ejemplo, cláusulas constitucionales concernientes a derechos humanos).

Todo esto plantea los siguientes interrogantes:

- a) ¿Tienen los derechos humanos técnicas o principios interpretativos diferentes a los vigentes en otras áreas del derecho?
- b) ¿Debe el juez de la jurisdicción internacional interpretar los derechos humanos de modo distinto al de la jurisdicción estatal?
- c) ¿Existen dificultades, y en su caso, cómo resolverlas, para que el juez internacional y el juez nacional armonicen su trabajo interpretativo, en materia de derechos humanos?

2. Problemas comunes de interpretación.

En materia de interpretación de derechos humanos, el juez local y el juez internacional van a tropezar con una serie de métodos y de opciones que son comunes a la interpretación de cualquier área del derecho.

- a) Por ejemplo, en ciertos casos deberá elegir entre una interpretación literal de la norma que enuncia el derecho o una interpretación voluntarista de ella (o sea, la que privilegia, por encima de la letra, la intención del autor de la norma o, según otras corrientes, la que cotiza más la "intención de la norma", por sobre la voluntad de su legislador histórico)(2).

(2) No todos aceptan que haya una "voluntad de la norma" distinta de la "voluntad del legislador". Para los partidarios de la diferenciación, la "voluntad de la norma" procuraría una interpretación objetiva de ella, teniendo en cuenta, por ejemplo, las finalidades de su sanción. Con especial referencia a la interpretación constitucional, véase por ejemplo ARAGÓN REYES, Manuel, "Constitución y control del Poder", Buenos Aires, 1995, Ed. Ciudad Argentina, pág. 124 y sgtes.

La insuficiencia de una interpretación puramente liberalista y el resultado absurdo que puede provocar, ha sido destacada por Héctor GROS ESPIELL, con referencia a la exégesis del art. 64 del Pacto de San José de Costa Rica, que motivó la opinión consultiva 1/82 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Cfr. GROS ESPIELL, Héctor, "Estudios sobre derechos humanos II", Madrid 1988, Ed. Civitas/IIDH, págs. 240/1. El mismo autor analiza, en el caso referido, el empleo de la interpretación teleológica, en función de los objetivos y fines del Pacto, y el recurso a la voluntad de los autores del tratado, atendiendo los trabajos preparatorios del tratado y las circunstancias de su celebración (ob. cit., págs. 243/7), según las prescripciones de los arts. 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados.

b) En otras situaciones tendrá que escoger entre una interpretación estática del precepto que enuncia el derecho humano (tal como lo diseñó su autor), o una interpretación dinámica, conforme a los requerimientos y creencias sociales del presente, aunque fuesen distintos a los del autor de la norma o a los de la sociedad de cuando ella se dictó(3).

c) Ocasionalmente deberá preferir una interpretación legalista, que partiendo de un método ortodoxo efectiviza la regla jurídica sin verificar las consecuencias de esa interpretación o, en cambio, privilegiar una interpretación previsora, que mide los resultados de la tarea interpretativa y desecha los que sean negativos, recomenzando la tarea exegética hasta encontrar un producto útil y equitativo(4).

d) De vez en cuando tendrá que decidir si sigue con una interpretación continuista de una norma sobre derechos humanos, acorde con los casos que decidió anteriormente, o si adopta una interpretación inédita del mismo precepto, vale decir, diferente a la sostenida hasta entonces, pero más provechosa para el caso actual a resolver(5).

e) Casi siempre, intentará realizar una interpretación orgánica, o sistemática, enlazando la norma relativa a un derecho humano con las restantes contenidas en el mismo documento (la Constitución, o un tratado, por ejemplo), y con las otras fuentes jurídicas que están conectadas con el derecho en juego(6).

(3) Sobre el activismo judicial, la doctrina de la "Constitución viviente" y las posturas mutativistas, incluyendo la tesis del uso alternativo del derecho, nos remitimos a nuestro estudio "La interpretación judicial de la Constitución", Buenos Aires, 1998, Ed. Depalma, pág. 85 y sgtes., 103 y sgtes.

(4) La doctrina de la interpretación previsora aconseja desechar, entre las distintas posibilidades interpretativas de una norma, las que produzcan un resultado disvalioso. Ello puede llevar incluso a desechar la aplicación de una norma cuyas posibles interpretaciones conduzcan siempre a resultados negativos. Nos remitimos a SAGÜÉS, Néstor Pedro, "La interpretación judicial de la Constitución", pág. 114 y sgtes.

Sobre la necesidad de que en la interpretación de una convención o tratado sobre derechos humanos se eviten, en lo posible, resultados inequitativos o injustos, véase el dictamen del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en CANÇADO TRINCADE, A. A., "Co-existence and Co-ordination of Mechanisms of International Protection of Human Rights", en "Recueil des Cours de la Académie de Droit International" La Haya, 1987, tº. 202, pág. 100.

(5) Sobre el tema, cfr. CARTER LIEF, H., "Derecho Constitucional contemporáneo", Buenos Aires 1992, ed. Abeledo-Perrot, pág. 63 y sgtes. En cuanto a "interpretación objetiva" del derecho (acorde con la "communis opinio", o sea, con la doctrina pacíficamente aceptada), y la condena de la interpretación subjetiva o disidente, véase SAGÜÉS, Néstor Pedro, "La interpretación judicial de la constitución", pág. 129 y sgtes.

(6) Sobre la interpretación "contextual y sistemática" de las distintas normas del

Esta interpretación sugiere que no hay cláusulas solitarias en el mundo jurídico, que ellas deben interpretarse de modo armónico, que no cabe minimizar ni magnificar el sentido de cada una de ellas, y que el producto interpretativo debe ser útil, procurando que las distintas normas se concilien y no que se destruyan.

3. Pautas interpretativas específicas para los derechos humanos.

Sin embargo, bueno es advertir que en materia de derechos humanos se pergeñan algunos principios o pautas distintivos.

La mayoría de estas directrices son relativamente nuevas, y algunas de ellas no tienen una elaboración definitiva.

Antes bien, son propuestas no concluidas ni cerradas, aunque en buena medida ya han sido recepcionadas por órganos de la jurisdicción internacional y por la cultura jurídica contemporánea. Reseñemos algunas de ellas:

A) Tal vez el más significativo sea el principio *pro homine*, que aconseja interpretar la regla concerniente a un derecho humano del modo más favorable para la persona, es decir, para el destinatario de la protección(7).

Este principio tiene dos variantes.

a) la primera es actuar como "directriz de preferencia" (escoger, en lo posible, dentro de las posibilidades interpretativas de una norma, la versión más protectora de la persona). Este patrón interpretativo tiene algunas especificaciones.

Así, el principio *pro libertatis*, que postula entender al precepto normativo en el sentido más propicio a la libertad en juego(8), o el princi-

Pacto de San José de Costa Rica, véase GROS ESPIELL, Héctor, "Estudios sobre derechos humanos II", pág. 242. En materia de interpretación orgánica o sistemática en el derecho constitucional, nos remitimos a nuestro "Derecho Procesal Constitucional. Recurso Extraordinario", Buenos Aires, 1992, Ed. Astrea, 3ª ed., tº 2, pág. 90 y sgtes.

(7) Cfr. PIZA ROCAFORT, Rodolfo E. y TREJOS, Gerardo, "Derecho internacional de los derechos humanos: la Convención Americana", San José, 1989, Ed. Juricentro, pág. 67.

(8) *Ibidem*, pág. 67.

pio de protección a las víctimas(9), con particular referencia a los casos de discriminación o de refugiados.

Conviene aclarar que estas pautas no son absolutas, y que merecen importantes distinciones.

Generalmente, los principios *pro homine* y *pro libertatis* se dirigen contra el Estado, y en favor de los particulares; pero su efectivización requiere que, como define la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no se produzca por aplicación de ellos "una alteración del sistema" de derechos humanos(10).

Dicho de otro modo, los derechos de la persona deben compaginarse con los requerimientos del bien común(11).

Al mismo tiempo, los derechos de unas personas deben convivir con los derechos de las otras personas, y las libertades de unos con las de los otros.

El conflicto entre el derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo, y el de una persona a obtener su identidad, muestra por ejemplo cómo la averiguación de una filiación puede demandar el sometimiento del presunto progenitor a un estudio genético, con la consiguiente retracción del primero de aquellos derechos(12).

En otras palabras, los principios interpretativos *pro homine*, *pro libertatis* y *pro víctima* no eximen al jurista de realizar una interpretación armonizante, o un balanceo de valores, en aras de compatibilizar y hacer convivir distintos derechos entre sí, o algunos derechos con las necesidades del bien común.

(9) Cfr. CANÇADO TRINDADE, Antonio, "La interacción entre el derecho internacional y el derecho interno en la protección de los derechos humanos", en Varios, "El juez y la defensa de la democracia. Un enfoque a partir de los derechos humanos", San José, 1993, pág. 266.

(10) Causa "Viviana Gallardo et alt."; PIZA ROCAFORT, Rodolfo y TREJOS, Gerardo, "Derecho internacional de los derechos humanos: la Convención Americana", pág. 113.

(11) Así, el Pacto de San José de Costa Rica contempla muchas veces restricciones a los derechos en razón de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden público, la salud y la moral públicas (v. gr., arts. 13 inc. 2-b, 15, 16 inc. 2, etc.).

(12) En contra, pero reconociendo estar en una tesis minoritaria, BIDART CAMPOS, Germán J., "La interpretación del sistema de derechos humanos", Buenos Aires, 1994, Ed. Ediar, pág. 250.

b) digamos asimismo que el principio *pro homine* no es solamente una "directriz de preferencia de interpretaciones" entre las varias exégesis posibles que pueden desprenderse de un mismo precepto normativo, sino también, y esto puede ser fundamental, una "directriz de preferencia de normas".

Esto quiere significar que ante un caso a debatir, el juez (sea de la jurisdicción nacional, sea de la jurisdicción supranacional), tendrá que aplicar la norma más favorable a la persona, con independencia de su nivel jurídico.

Ello puede implicar un serio golpe a la alegoría kelseniana de la pirámide jurídica.

Supóngase, v. gr., que una Constitución confiera un derecho humano en un sentido determinado, y que una ley del mismo Estado amplíe ese derecho. Pues bien: el principio *pro homine* hará prevalecer, en tal caso, el derecho de la ley.

Conviene ejemplificar más lo expuesto. En un proceso tramitado ante, v. gr., la Corte Constitucional o la Corte Suprema de Justicia de un Estado, ese Tribunal deberá resolver la litis efectivizando la regla constitucional, la norma legal, o el artículo de un tratado que beneficie a la persona, según cuál resulte más provechosa para el individuo.

En su consecuencia, el tratado internacional que confiere un derecho no impide que el interesado pueda gozar de un derecho mejor sobre el mismo tema, emergente, v. gr., de una ley o de un decreto local.

Esto hace a lo que Bidart Campos llama "el derecho internacional de los derechos humanos como derecho mínimo"⁽¹³⁾.

Claro está que si el tratado concede a ese particular un derecho más intenso que el contemplado por la Constitución o una ley nacional, prevalece el derecho del tratado.

B) Otro postulado paralelo al anterior es el llamado por Nikken "principio de interpretación expansiva o progresiva", conforme al que, entre

(13) BIDART CAMPOS, Germán J., "Teoría general de los derechos humanos", México, 1989, UNAM, pág. 441. Es usual que las declaraciones internacionales de derechos (al estilo, v. gr., del art. 29 del Pacto de San José de Costa Rica), indiquen que ellas no limitan el goce de ese derecho o de otro conferido por otra ley o convención.

las varias exégesis posibles de una norma, debe preferirse la que restrinja en menor escala al derecho en juego.

Además, cada Estado debe adoptar todas las medidas necesarias para asegurar un "estándar mínimo" de vigencia de los derechos humanos, instrumentando las medidas legales y operacionales para ello ("hasta el máximo de los recursos de que disponga", indica el art. 2-1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), de tal modo que, por ejemplo, no podrá alegar su propia mora para eximirse de garantizarlos(14).

C) El principio de interacción(15), denominado por otros de retroalimentación(16), enseña que el juez (nacional o supranacional) debe desde luego aplicar en sus sentencias el derecho internacional y supranacional tuitivo de los derechos humanos, pero sugiere igualmente al juez de la jurisdicción internacional tener en cuenta, y en su caso efectivizar en sus sentencias, las reglas del derecho nacional que puedan aplicarse al caso, complementarias o mejoradoras de las internacionales.

El estado actual de esta doctrina ha llevado a sostener por un sector de ella la tesis llamada del estándar máximo, según la cual, en el ámbito de un organismo de integración regional, los ciudadanos de cualquier Estado de la comunidad pueden gozar de las garantías de que disponen los nacionales del Estado más protector de esa comunidad, en cuanto un derecho determinado(17).

La postura, desde luego hartamente sugestiva, no parece sin embargo del todo convincente, ya que el cupo máximo de derechos de una persona dependería así de la voluntad de un solo Estado (el más generoso).

(14) Véase NIKKEN, Pedro, "La protección internacional de los derechos humanos: su desarrollo progresivo", Madrid, 1988, Ed. Civitas/IIDH, pág. 116, 127. Esta tesis ha sido sostenida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, v. gr. en la Opinión Consultiva 5/85, con cita de fallos del Tribunal europeo. Cfr. igualmente ALBANESE, Susana, "Indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos", en BIDART CAMPOS (Coordinador), "Economía, Constitución, y derechos sociales", Buenos Aires, 1997, Ed. Ediar, págs. 27/8.

(15) Véase PIZA ROCAFORT, Rodolfo y TREJOS, Gerardo, "Derecho internacional de los derechos humanos: la Convención Americana", págs. 67, 109 y sgtes.

(16) BIDART CAMPOS, Germán J., "La interpretación del sistema de derechos humanos", pág. 83.

(17) MORANGE, Jean, "Las libertades públicas", México, 1981, Ed. Fondo de Cultura Económica, pág. 145, cit. por PIZA ROCAFORT, Rodolfo E. y TREJOS, Gustavo, "Derecho internacional de los derechos humanos: la Convención Americana", pág. 114.

Bien podría ocurrir, en este punto, que esa cuota de derechos, explicable en una nación en virtud de su idiosincrasia o desarrollo cultural y económico, fuera la no adecuada (no razonable, no conveniente en términos de bien común), en otros Estados de la misma agrupación regional.

D) El principio que llamamos de promoción, alerta que el juez-intérprete de los derechos humanos debe adoptar, en cuanto a ellos, una posición de tutela y protección.

Ello exige por parte del juez del caso una necesaria actitud de sensibilidad(18), lo que importa una modificación en las notas tradicionales de la interpretación judicial (por ejemplo) de la Constitución.

Mientras que respecto de esta última lo apetecible parece ser una interpretación imparcial(19), en materia de derechos humanos la interpretación jurisdiccional tiene que resultar comprometida con la vigencia y promoción de los mismos.

De algún modo ello implica para el juez abandonar una posición de neutralidad, y asumir otra de protagonismo.

E) El principio de universalidad en materia de interpretación y aplicación de los derechos humanos (así lo presenta, v. gr., Patrice Meyer-Bisch)(20), parte del postulado de la dignidad de la persona humana y sostiene que todas ellas, en cualquier lugar, deben gozar de un estándar mínimo de tales derechos.

La Declaración y Programa de Acción de Viena (1993), concluye así que "La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa".

(18) ESPINAL IRIAS, Rigoberto, "Los jueces y su responsabilidad para la vigencia de un estado de derecho", en Varios, "El juez y la defensa de la democracia", págs. 41 a 43.

(19) Nos hemos referido al tema de la interpretación judicial de la Constitución como interpretación imparcial, en contraposición a la interpretación "interesada" de abogados o políticos (en pro de sus clientes o grupos) en nuestro libro "La interpretación judicial de la Constitución", pág. 3 y sgtes.

(20) Cfr. MEYER BISCH, Patrice, "Le corps des droits de l'homme. L'indivisibilité comme principe d'interprétation et de mise en oeuvre des droits de l'homme", Friburgo, 1992, Ed. Universitaires, pág. 401, cit. por VILLÁN DURÁN, Carlos, "Significado y alcance de la universalidad de los derechos humanos en la Declaración de Viena", en Varios, "Estudios básicos de derechos humanos II", pág. 335.

Del principio de universalidad se desprende, en un primer tramo, que a nadie se le podría negar en algún Estado un derecho humano fundamental, ya que su disfrute "es patrimonio innato de todos los seres humanos".

Ello importa, como agregó tal Conferencia, la importancia de garantizar "la universalidad, objetividad y no selectividad del examen de las cuestiones de derechos humanos".

En segundo término, podría concluirse que todos los derechos humanos deberían gozarse en todas las partes del globo del mismo modo.

Sin embargo, esta tesis está corregida por la doctrina del "margen de apreciación nacional", al que haremos referencia después (v. parágrafo 7).

F) El principio de indivisibilidad de los derechos humanos postula que tales derechos son interdependientes, que forman un todo indisoluble y que el goce de unos no es compatible con la negación o la violación de otros(21).

Implica una confirmación, pero muy reforzada, de la pauta genérica de la interpretación orgánica o sistemática, que ya hemos comentado (supra, parágrafo 2).

La tesis es correcta en el sentido de que el intérprete de los derechos humanos no puede ignorar o destruir unos derechos so pretexto de afianzar a los restantes.

Sin embargo, algunas veces ese principio ha llevado a afirmaciones como que todos los derechos humanos están en pie de igualdad, y que a todos ellos debe dárseles el mismo peso (así, la "Declaración y Programa de acción de Viena" de 1993), doctrina por cierto inaceptable, ya que una cosa es afirmar que todos los derechos humanos forman un

(21) Cfr. ob. cit. en nota anterior y ALBANESE, Susana, "Indivisibilidad e interdependencia de los derechos", págs. 1, 17 y 19. Inicialmente la doctrina de la indivisibilidad de los derechos tuvo otra razón: alertar —especialmente por las naciones del tercer mundo— que el goce de los derechos económico-sociales tenía igual valor que el ejercicio de otros derechos, y que los pueblos de esas naciones tenían también un relevante derecho a su desarrollo económico. Cfr. ARTEAGA ACOSTA, Horacio, "Los derechos humanos hoy: concepciones en conflicto", en Comisión Andina de Juristas, "Boletín", Lima 1995, n° 45, pág. 9 y sgtes.

"bloque", y otra es afirmar que todos los derechos humanos tienen la misma jerarquía y son iguales, cosa que obviamente no es cierta.

El derecho a la vida, por ejemplo, es superior al derecho a emplearse libremente.

Por lo demás, siempre existen libertades o derechos preferidos, como bien lo destaca la doctrina estadounidense, valorados por la comunidad como más importantes o trascendentes(22).

Esto obliga a menudo a realizar un test o balanceo de valores, donde al operador del sistema de derechos humanos le toca hacer convivir a los distintos derechos en juego, y en ciertos casos de confrontación entre ellos (v. gr., honor y libertad de expresión; o derecho a la vida e intimidad de la mujer, en los supuestos de aborto), determinar cuándo, de qué modo, en qué medida y con cuáles secuelas debe uno de ellos prevalecer sobre el restante(23).

4. Divergencias interpretativas entre la jurisdicción internacional y la interna.

A pesar de lo señalado, y aún cuando tribunales supranacionales y nacionales compartan las mismas directrices exegéticas, es innegable que pueden existir interpretaciones distintas entre aquellos órganos, sobre la extensión y la intensidad de los derechos humanos.

Una cuestión preliminar es preguntarse si los órganos de la jurisdicción supranacional deben interpretar los derechos humanos del mismo modo que los tribunales nacionales, y viceversa; o si es aconsejable que las dos jurisdicciones adopten criterios interpretativos diferentes.

En favor de una técnica distintiva, puede pensarse que los derechos humanos de fuente internacional deben interpretarse por el órgano jurisdiccional internacional según se interpreta un tratado o convención internacional.

(22) Cfr. BIDART CAMPOS, Germán J., "Teoría general de los derechos humanos", pág. 389. Sobre la doctrina de los derechos o libertades preferidos (en particular, libertad de expresión, igualdad, tutela de las minorías), nos remitimos a nuestros "Elementos de Derecho Constitucional", Buenos Aires, 1997, 2ª ed., Ed. Astrea, tº 2, pág. 707.

(23) Sobre balanceo de valores, cfr. TRIBE, Lawrence H., "American Constitutional Law", Mineola, Nueva York, 1978, The Foundation Press, págs. 582/3; SAGÜES, Néstor Pedro, "La interpretación judicial de la Constitución", págs. 151/3.

Para esto rigen, principalmente, los arts. 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, que establecen dos categorías de métodos:

En primer lugar, y siempre actuando de buena fe, el texto del documento, "conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objetivo y su fin". En segundo orden, para confirmar el resultado de la primera operación interpretativa o para disipar textos ambiguos u oscuros, o para apartarse de resultados interpretativos manifiestamente absurdos o irrazonables, los "medios complementarios", como los trabajos preparatorios del tratado.

En principio, entonces, y como observara la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁽²⁴⁾, la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados auspicia una interpretación inicialmente objetiva, que principia por una interpretación gramaticalista, prosigue con otra orgánica o sistemática, continúa por otra teleológica (de fines), y recién después ingresa en el área de la interpretación voluntarista (de la intención de las partes), en función, v. gr., de los documentos preparatorios del tratado.

Sin embargo, la doctrina ha subrayado que un tratado internacional sobre derechos humanos no debe ser interpretado del mismo modo que un tratado común entre Estados.

Al respecto, se destaca que un convenio sobre derechos humanos no es un instrumento en favor mutuo de los Estados contratantes, sino de las personas.

Consecuentemente, no cabe entenderlo en sentido restrictivo para las obligaciones de los Estados, ni juzgarlo a la luz de la soberanía de éstos, ni de acuerdo con las intenciones particulares de los mismos al suscribirlo o ratificarlo, sino que debe privilegiarse una interpretación objetiva en favor de los derechos, superando los intereses individuales de las naciones.

Eso lleva, también, a patrocinar una exégesis dinámica y evolutiva de los derechos contenidos en tales documentos, que aconseja desplegarlos y desarrollarlos cada día, ampliándolos en razón de los nuevos contex-

(24) Corte Interamericana de Derechos Humanos, opinión consultiva 3/83, en VENTURA, Manuel E. y ZOVATTO, Daniel, "La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", pág. 277.

tos de vida, por lo que los tratados o convenciones del caso pasan a ser "instrumentos vivos" en favor de las personas(25).

La misma doctrina alerta que si un mismo derecho es atendido por varios convenios internacionales, de haber un conflicto exegético cabe utilizar en el caso concreto al "test de primacía", en favor de la norma más favorable a la víctima.

Es decir, que el operador del sistema jurídico deberá en tal disyuntiva realizar una opción de preferencia por la norma internacional más provechosa para la persona(26).

En el ámbito del derecho interno de un Estado, y en particular de su derecho constitucional, las reglas de interpretación de los derechos humanos de fuente local (v. gr., constitucional) pueden no coincidir exactamente con las anteriores.

Aunque en general hay consenso en que en la interpretación constitucional debe partirse del texto de la norma, las divergencias aparecen de inmediato entre quienes postulan la superioridad de una interpretación voluntarista (de la intención del autor de la norma constitucional), o teleológica (de los fines u objetivos), sobre la letra del precepto constitucional.

El problema se ahonda ante la lucha entre las posturas "preservacionistas", apegadas a una interpretación estática o conservadora de las reglas constitucionales, y quienes promueven una interpretación evolutiva, o decididamente mutativa, del documento en cuestión, muchas veces francamente "despegada" de la voluntad del constituyente histórico(27).

El peso de estas corrientes, y el resultado de su confrontación, varía de país en país. Finalmente, es innegable que en muchos Estados sus jueces nacionales tendrán la tendencia a priorizar la interpretación de

(25) Cfr. CANÇADO TRINDADE, A. A., "Co-existence and Co-ordination of Mechanisms of International Protection of Human Rights", en "Recueil des Cours de l'Académie de Droit International", La Haya, 1987, tº 202, pág. 91 y sgtes.

(26) *Ibidem*, pág. 403.

(27) Sobre la interpretación del art. 64 del Pacto de San José de Costa Rica, a tenor de los arts. 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, véase GROS ESPIELL, Héctor, "Estudios sobre derechos humanos II", pág. 239 y sgtes.

En cuanto a las pautas de interpretación constitucional, y las controversias sobre la materia, nos remitimos a nuestro trabajo "La interpretación judicial de la Constitución", pág. 34 y sgtes.

un derecho según lo diga su Constitución, por sobre lo que señale un instrumento internacional.

Sobre el punto, parece a todas luces conveniente auspiciar en materia de derechos humanos una interpretación en lo posible coincidente (en orden a su eficacia), entre los órganos de la jurisdicción interna y la internacional.

Las divergencias exegéticas, por cierto, a más de provocar confusión y malentendidos sobre la extensión y profundidad de tales derechos, pueden a menudo perjudicar seriamente su operatividad en casos concretos.

En otros supuestos, y cuando hay una escalera procesal internacional que permite neutralizar por la jurisdicción supranacional la interpretación desviada que pueda haber realizado una autoridad nacional, de todos modos tal corrección lleva tiempo y esfuerzos que no siempre pueden afrontarse.

5. Vías de armonización. Negación del problema.

La meta de lograr una interpretación y aplicación uniformes por la jurisdicción supranacional y la local de los derechos humanos aludidos en un documento internacional no es, sin embargo, una tarea simple.

Es muy probable que distintas comunidades y distintos tribunales nacionales interpreten a su modo las cláusulas de un convenio internacional enunciativas de derechos humanos, dando lugar a exégesis disímiles.

Una pseudo ruta de solución de tal conflicto consiste en negarlo, y sostener que una cosa es la interpretación de un derecho humano enunciado en un tratado y repetido en el ordenamiento interno de un Estado (v. gr., en su Constitución), realizada por los tribunales domésticos, y otra la interpretación que de ese derecho haga un órgano de la jurisdicción supranacional.

En la primera hipótesis, se trataría de un "derecho local", interpretado por los tribunales locales. En la segunda, de un "derecho supranacional", juzgado por los tribunales supranacionales⁽²⁸⁾. A esta postura la podríamos llamar la "teoría de los dos derechos".

(28) Cfr. BIDART CAMPOS, Germán I., "Manual de la Constitución reformada", Buenos Aires 1997, Ed. Ediar, tº III, pág. 557.

La tesis es seria e ingeniosa, pero formalista, y en definitiva no concluyente. Desde luego, no es viable en los casos en que ciertos Estados "constitucionalizan" derechos de fuente internacional (como lo ha hecho la Argentina, después de la reforma de 1994, a tenor de su art. 75 inc. 22).

En tal caso, el derecho de fuente transnacional también vale como derecho constitucional local, y tanto los tribunales domésticos, como los propios de la jurisdicción supranacional, están interpretando al mismo derecho.

Pero además, si un país adopta un tratado internacional en materia de derechos humanos según su procedimiento interno (v. gr., por medio de ley, y posterior ratificación ejecutiva), y aunque en esa nación el tratado solamente posea el valor de una ley, está de todas maneras incorporando esos derechos humanos de origen transnacional a su ordenamiento interno, motivo por el cual, de haber un conflicto interpretativo, tanto el tribunal doméstico como el supranacional que después analice la eventual violación al derecho enunciado en el tratado, están conociendo y decidiendo también sobre el mismo derecho.

Se podrá decir, sin embargo, que cuando un tribunal nacional juzga sobre un derecho humano cualquiera, lo está haciendo a la luz del derecho local, y en particular a la luz de su Constitución.

En cambio, un organismo jurisdiccional supranacional va a estudiar a ese derecho fundamentalmente a través del convenio o pacto internacional del que emerge, y no del derecho interno.

Pero estas afirmaciones son decididamente relativas.

Si un tribunal argentino analiza un derecho humano cualquiera (piénsese, v. gr., en la libertad de expresión), tendrá que juzgarlo a la luz del derecho argentino (y especialmente, según la Constitución), pero también deberá considerar íntegramente el Pacto de San José de Costa Rica (derecho vigente en la República)(29).

En otros términos, no podrá prescindir de ese derecho internacional en la interpretación del referido derecho.

(29) Y así lo ha hecho la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por ejemplo en el caso "Servini de Cubría", desmenuzando —con acierto o no, es otra cosa— el análisis del art. 13 del Pacto de San José: cfr. Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, 315:1943.

A su turno, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, si finalmente llega a decidir en el asunto, deberá evaluarlo y resolverlo principalmente según el referido Pacto, pero no podrá ignorar de plano al contexto normativo doméstico, en razón del ya mencionado principio de la interacción, y de la doctrina del margen de apreciación nacional, a la que después nos referiremos (véase *infra*, párrafo 7).

Por ejemplo, si se trata de un caso de sanciones aplicadas a un medio de difusión que presuntamente ha violado la intimidad de una persona, la Corte Interamericana, además de examinar el asunto conforme a las reglas de la Convención americana sobre derechos humanos, bien puede verse obligada a estudiar si la condena ha sido legítima con relación al orden público o la salud o la moral públicas del Estado en cuestión (art. 13 inc. 2 del Pacto de San José de Costa Rica), circunstancias que exigen a la referida Corte manejar, asimismo, el derecho local (y en ciertos casos, hasta a los hechos y valoraciones locales).

6. Doctrina del seguimiento nacional

Una de las vías prácticas para resolver la cuestión de interpretaciones disímiles de los mismos derechos humanos por parte de la jurisdicción supranacional y la nacional, estriba en que los tribunales locales se sometan a los criterios interpretativos vertidos por los órganos jurisdiccionales supranacionales en tales temas.

La doctrina ha sido expuesta, por ejemplo, por la Corte Suprema de Justicia de la Argentina en "Ekmekdjian c. Sofóvich"⁽³⁰⁾, y en "Giroldi"⁽³¹⁾, al puntualizar que la interpretación que haga de los derechos humanos la Corte Interamericana de Derechos Humanos, "debe servir de guía" a los tribunales argentinos.

En "Bramajo"⁽³²⁾ extendió esa directriz a la interpretación que realice la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, postura por cierto encomiable desde el punto de vista de la adaptación de los tribunales argentinos a organismos supranacionales, pero discutible en virtud de que la referida Comisión no es un Tribunal, ni sus decisiones obligan

(30) "Revista Jurídica LA LEY", Buenos Aires, 1992-C-543.

(31) "Revista Jurídica LA LEY", Buenos Aires, 1995-D-461.

(32) "Revista Jurídica LA LEY", Buenos Aires, 1996-E-409.

a la Corte Interamericana, que bien puede diferir de las conclusiones de la Comisión.

Los fundamentos de esta postura (creada mediante una interesante y novedosa construcción jurisprudencial) parten, indirectamente, del reconocimiento de una posible mayor calidad, jerarquía e imparcialidad de los criterios de la jurisdicción supranacional sobre la nacional, en cuanto la interpretación de los derechos humanos, y tal vez —también— de motivos de economía procesal, ya que puede conjeturarse que si un tribunal nacional se aparta del entendimiento dado en un caso anterior por la Corte Interamericana a un derecho enunciado en el Pacto de San José de Costa Rica, el afectado podría provocar, subiendo la escalera procesal del caso, la invalidez del fallo local.

Otra vía de seguimiento —por voluntad del constituyente— es la postulada por el art. 10, párrafo 2º, de la Constitución española (inspirado probablemente en el art. 16, párrafo 2º, de la portuguesa de 1976), en el sentido de que:

“Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

Esta cláusula es provechosa, aunque no figura en muchas constituciones(33).

En principio, ella postula el seguimiento interpretativo del tribunal nacional al tratado, antes que al derecho local, y no, necesariamente, el seguimiento de dicho tribunal doméstico al órgano jurisdiccional supranacional creado por el tratado.

Sin embargo, si el tratado declara que dicho órgano supranacional es simultáneamente el intérprete final del tratado sobre derechos humanos, el tribunal local deberá obedecer —como regla— los criterios interpretativos del órgano supranacional.

(33) Véase sobre el tema DULITZKY, Ariel, “Los tratados de derechos humanos en el constitucionalismo iberoamericano”, en Varios, “Estudios especializados de derechos humanos”, San José, 1996, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, tº I pág. 141 con mención de las constituciones de Colombia (de 1991) y del Perú (de 1993).

7. Doctrina del "margen de apreciación nacional".

Al revés, otra vía de compatibilización consiste en que los órganos de la jurisdicción internacional, cuando interpretan un derecho humano declarado en un tratado o convenio, no lo hagan con criterios puramente generales o abstractos, sino teniendo en cuenta las particularidades (normativas y fácticas) del país donde se presenta el problema, y respetando asimismo la interpretación que de esos derechos hagan los tribunales locales(34).

En Europa, la doctrina del "margen de apreciación nacional" tuvo fundamentalmente un origen jurisprudencial, en concreto a través de la Comisión Europea de Derechos del Hombre(35).

La legitimación de tal teoría parte de la afirmación de que no constituye un privilegio para los Estados, sino una consecuencia de la democracia y del pluralismo, ya que es bueno comprender las realidades jurí-

(34) Por ejemplo, la "Declaración y programa de acción de Viena", producto de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 1993, después de sentar el principio de universalidad, añadió que: "Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fuesen sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales".

En el sistema interamericano, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho en la opinión consultiva 4/84, con referencia al cumplimiento del principio de igualdad en la regulación de las condiciones para adquirir la ciudadanía en un país, que "el Estado que la concede (es) el llamado a apreciar en qué medida existen y cómo deben apreciarse las condiciones que garantizan que el aspirante a obtenerla esté efectivamente vinculado con el sistema de valores e intereses de la sociedad a la que pretende pertenecer plenamente. En tal sentido, no puede ponerse en duda la potestad soberana de Costa Rica para resolver sobre los criterios que han de orientar el discernimiento o no de la nacionalidad a los extranjeros que aspiran a obtenerla, ni para establecer ciertas diferencias razonables con base en circunstancias de hecho que, por razones objetivas, aproximen a unos aspirantes más que a otros al sistema de valores e intereses de la sociedad costarricense". En concreto, señaló también la Corte en un párrafo anterior que: "se trata de valores que adquieren dimensiones concretas a la luz de la realidad en que están llamados a materializarse y que dejan un cierto margen de apreciación para la expresión que deben asumir en cada caso" (el subrayado es nuestro. Cfr. VENTURA, Manuel E. y ZOVATTO, Daniel, "La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", págs. 306/7).

(35) Cfr. GANSHOF VAN DER MEERSCH, Walter J., "Le caractère 'autonome' des termes et la 'marge d'appréciation' des gouvernements dans l'interprétation de la Convention européenne des Droits de l'Homme", en Varios, "Protection des droits de l'homme: la dimension européenne", Berlín, 1988, Ed. Franz Matscher - Herbert Petzold, pág. 207; YOUROW HOWARD, Charles, "The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence", La Haya, Boston y Londres, 1996, Ed. Luwer Law International, pág. 196, quien destaca que la doctrina del margen nacional no surge necesariamente de textos normativos.

dicas, económicas y sociales de cada país, y la apreciación que de ellas hagan los tribunales nacionales, que son los más próximos y autorizados (en principio) para evaluar, en cada terreno concreto, los problemas de aplicación de los derechos humanos provenientes de una fuente jurídica internacional(36).

Conforme al Tribunal de Estrasburgo, el "margen de apreciación nacional" varía según las circunstancias, las materias y el contexto(37). Los factores de hecho, así como la naturaleza del derecho garantizado por una convención o tratado (hay, por ejemplo, derechos más preferidos, o "rígidos")(38), son elementos que amplían o reducen la abertura o estrechez del "margen de apreciación nacional".

Otro ingrediente significativo para graduarlo es la existencia, o no, de un "denominador común", o de "estándares comunes" en los sistemas jurídicos de los países comprendidos por el tratado o convención que enuncia derechos humanos de fuente internacional(39).

Si hay un entendimiento compartido sobre la naturaleza, detalles y dimensiones de un derecho por parte de tales sistemas jurídicos nacionales, resulta obvio que un Estado específico dispone de menor "margen de apreciación" para interpretar, moldear o adaptar a dicho derecho.

Como técnica de interpretación(40), la doctrina del margen de apreciación nacional opera fundamentalmente para limitar derechos (v. gr., restricciones por razones de utilidad pública, moral pública, interés

(36) Cfr. PETITTI, Louis Edmond, DECAUX, Emmanuel e IMBERT, Pierre Hensi, "La convention européenne des droits de l'homme", París 1995, Ed. Economica, pág. 51; KASTANAS, Elías, "Unité et diversité: Notions autonomes et marge d'appréciation des états dans la jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l'homme", Bruselas 1996, Ed. Établissements Emile Bruyant, págs. 439/40.

(37) Véase GANSHOF VAN DER MEERSCH, Walter J., "Le caractère 'autonome'...", págs. 219/10; KASTANAS, Elías, "Unité et diversité...", pág. 440.

(38) Véase YOUROW HOWARD, Charles, "The Margin of Appreciation Doctrine...", pág. 188 y sgtes., con referencia a derechos "preferidos", "especialmente protegidos" y derechos "prioritarios".

(39) Véase YOUROW HOWARD, Charles, "The Margin of Appreciation Doctrine...", pág. 193; GANSHOF VAN DER MEERSCH, Walter J., "Le caractère 'autonome'...", pág. 214.

(40) Sobre la doctrina del margen nacional de apreciación como técnica de interpretación, véase YOUROW HOWARD, Charles, "The Margin of Appreciation Doctrine...", pág. 196.

público), e incluso para suspender derechos (así, los casos de conmoción interior, de peligro público, seguridad nacional, etc.)(41).

También puede funcionar como mecanismo de implementación de derechos, como por ejemplo para instrumentar los preceptos genéricos de un tratado relativos a crear, por los estados nacionales, procedimientos judiciales expeditivos para la garantía de los derechos de fondo(42).

Pero también puede actuar como modo de entendimiento de derechos, vale decir, como dispositivo para entenderlos, aplicarlos y correlacionar un derecho con otro.

Desde luego, la amplitud de dicho "margen de apreciación" como el acierto de su ejercicio por las autoridades o tribunales de un país, puede y debe estar sometido al control de la autoridad supranacional (cuando ella exista).

Esto es una suerte de necesidad jurídica(43), ya que de no haberla, un país podría eximirse del respeto u observancia del derecho, alegando impunemente su "margen de apreciación nacional".

La aplicación irrestricta de la doctrina del margen de apreciación nacional podría provocar que un mismo derecho humano no tenga la misma profundidad o extensión en todos los lugares, sino distintas modalidades e intensidades, circunstancia que afectaría la universalidad de ese derecho y autorizaría interpretaciones desigualitarias del mismo.

Aunque eso sea en buena medida cierto, también lo es que un derecho no puede juzgarse en abstracto, omitiendo los marcos culturales y económicos que lo circundan.

Existen condicionamientos materiales y sociales cuyo desconocimiento quitaría realidad o vigencia, y hasta razonabilidad, a un régimen de derechos humanos.

(41) GANSHOF VAN DER MEERSCH, Walter J., "Le caractère 'autonome'...", págs. 209, 211.

(42) YOUROW HOWARD, Charles, "The Margin of Appreciation Doctrine...", págs. 176/7.

(43) PETTITI, Louis Edmond, DECAUX, Emmanuel e IMBERT, Pierre Henri, "La convention européenne...", pág. 51; GANSHOF VAN DER MEERSCH, Walter J., "Le caractère 'autonome'...", pág. 220.

También hay serios conflictos de legitimidad entre lo que una sociedad nacional considera como justo o injusto, y lo que otros Estados, o un organismo de la jurisdicción supranacional, pueden pensar sobre el mismo punto.

La doctrina del margen nacional postula la adaptación de una normatividad general sobre derechos humanos, al ambiente donde ella debe aplicarse.

Pero tal armonización tiene, desde luego, sus topes.

Si en un Estado se padecen cegueras axiológicas colectivas decididamente intolerables a la luz del desarrollo actual de la conciencia ética global (piénsese, v. gr., en casos de semiesclavitud todavía imperantes en ciertas regiones de la Tierra, o en la infracondición femenina que algunos países —especialmente musulmanes— practican en materia de vestimenta, negación de educación y de acceso a ciertos empleos, movilidad física o derechos sobre los hijos), mal podría argumentarse la doctrina del "margen nacional" para consentir tales violaciones(44).

En resumen, hay un "margen nacional" aceptable y uno inaceptable, siendo el juez de esa admisibilidad el órgano de la jurisdicción supranacional encargado de velar por la aplicación del derecho humano que el país del caso se obligó a respetar, y que aceptó aquella jurisdicción.

8. Problemas sociológicos de compatibilización. Los tribunales nacionales.

Al margen de lo señalado, y si se acepta que el mundo jurídico no solamente se compone de normas, sino también de realidades y de valores(45), el jurista debe tener muy en cuenta que la armonización interpretativa entre los tribunales locales y los supranacionales sobre los derechos humanos que ambos deben aplicar, es un hueso duro de roer.

(44) Sobre las degeneraciones de ciertos "particularismos" incompatibles con el principio de universalidad, cfr. el excelente estudio de Carlos VILLÁN DURÁN, "Significado y alcance de la universalidad de los derechos humanos en la Declaración de Viena", pág. 339 y sigtes.

(45) Véase por ejemplo GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción filosófica al derecho", pág. 8 y sigtes.

En el ámbito de los tribunales nacionales, pueden anticiparse tres tipos clave de dificultades: desinformación, rechazo y desnaturalización.

a) Desinformación.

Hay a menudo un problema gnoseológico, vale decir de conocimiento, tanto respecto de los derechos humanos de fuente internacional, como de los criterios interpretativos adoptados por los órganos de la jurisdicción supranacional.

En Latinoamérica, por ejemplo, la mayoría de los actuales jueces no ha recibido formación ni información universitaria adecuada y suficiente acerca del derecho internacional de los derechos humanos, del derecho internacional humanitario, del derecho comunitario ni de los procesos de regionalización.

Incluso en países que han conferido rango constitucional a ciertos convenios sobre derechos humanos, tal desinformación es aguda, y naturalmente preocupante, ya que muchos tribunales locales pueden sentenciar ignorando u omitiendo la aplicación de reglas internacionales con idéntico valor que la Constitución local.

Y a ello se agrega que las sentencias, opiniones consultivas o dictámenes de los órganos de la jurisdicción supranacional tampoco cuentan, en los países involucrados por tales pronunciamientos, con una difusión conveniente y actualizada.

b) Rechazo.

A la información deficiente se suman, de vez en cuando, casos de negación —conciente o subconciente— del derecho internacional sobre derechos humanos y de los veredictos de los órganos de la jurisdicción supranacional.

Los motivos de esa exclusión son varios. Por un lado, un fácil hedonismo lleva a muchos jueces locales, por inercia, a seguir decidiendo los casos conforme a las reglas nacionales preexistentes, sin tomarse el trabajo de asimilar todo el aparato normativo nuevo, de fuente internacional.

Este último, a su turno, comparte responsabilidades: con frecuencia es muy extenso y farragoso, con normas poco sintéticas, textos demasiado vagos, ocasionalmente redundantes, y proclamaciones muy genéricas que dificultan su aprehensión. Aunque hay excepciones (varias

cláusulas del Pacto de San José de Costa Rica merecen felizmente situarse entre ellas), sus reglas adoptan a menudo un aire entre solemne y programático, poco operativo o autoaplicativo, y se redactan, además, con un estilo diplomático que difiere en mucho de las normas nacionales comunes, generalmente más simples y precisas.

En definitiva, muchos preceptos sobre derechos humanos de origen internacional parecen normas que dicen mucho y nada a la vez, dirigidas a reglar elegante y cautamente relaciones jurídicas de Estado a Estado, y no a disciplinar el comportamiento real, cotidiano y efectivo de seres concretos.

El desaire local hacia el derecho internacional de los derechos humanos y las interpretaciones que de él hacen los órganos de la jurisdicción supranacional tiene en otros casos razones más profundas, vale decir culturales. Aludimos a los conflictos de legitimidad intrínseca que algunos de los derechos de raíz internacional pueden provocar en el ámbito local.

Determinadas naciones, por ejemplo, pueden considerar que ciertos derechos enunciados en un convenio internacional no son "buenos" para el ámbito local(46), o que ciertas interpretaciones que de ellos hagan los órganos de la jurisdicción supranacional, no resultan axiológicamente aceptables en esa comunidad local.

Un ejemplo de ello puede ser el tema de la censura judicial previa, que la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos han entendido, por lo común, como casi radicalmente incompatible con el Pacto de San José de Costa Rica, en tanto que varios tribunales nacionales han implementado dicha censura en aras de tutelar, por ejemplo, la intimidad o el honor de las personas(47).

(46) Resulta llamativo, por ejemplo, que algunos países, al ratificar la Convención sobre los Derechos del Niño, hicieran reserva a "todas las disposiciones de la Convención que son incompatibles con la ley islámica o Shari'a y los reglamentos locales vigentes", o el caso de Jibuti, que aceptó adherirse a la misma Convención "salvo que no se considerará obligado por ninguna disposición ni artículo que sea incompatible con su religión o sus valores tradicionales". Véase CERNA, Christina M., "La universalidad de los derechos humanos y la diversidad cultural: la realización de los derechos humanos en diferentes contextos socio-culturales, en Varios, Estudios básicos de derechos humanos II", San José 1995, Instituto Interamericano de Derechos humanos, pág. 389.

(47) Es paradigmático ese enfrentamiento entre los criterios de la Corte Suprema de Chile y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, respecto al caso "Lukic

En tales situaciones, es probable que los tribunales locales se sometan a regañadientes —ya que no les cabe otro remedio— a lo que resuelva el tribunal supranacional en un caso concreto, pero que más tarde, en otros procesos similares, rehúsen adoptar una política judicial de seguimiento a los criterios interpretativos sentados por el referido órgano supranacional.

A lo expuesto cabe añadir el ingrediente narcisista que (al menos ocasionalmente) puede anidar en algunos tribunales locales —especialmente en los supremos—, suficiente para provocar una crisis de obediencia a los criterios interpretativos que fije un órgano de la jurisdicción supranacional(48).

En efecto, no siempre es fácil de digerir, para juristas nacidos y criados bajo el techo ideológico de la doctrina de la soberanía nacional, que ahora el tema de los derechos humanos es también materia del bien común internacional, que para tales derechos existe una jurisdicción supranacional por encima de la doméstica, y que, en definitiva, las "cortes supremas" de los estados locales han dejado de ser, en sentido estricto, y en esos temas, "supremas", ya que sus decisiones pueden ser invalidadas por esa jurisdicción supranacional.

Aparte de que muchos jueces de viejo cuño (y también abogados, cuando no estudiantes) pueden reputar criticable y hasta ilegítimo —por "antipatriota"— el nuevo estado de cosas, es comprensible (aunque no aceptable) que ellos intenten todavía visualizar los derechos humanos solamente a la luz de la constitución nacional, y de acuerdo a las pautas que marquen los tribunales nacionales y su emblemática "Corte Suprema" local, al par que consideren a los órganos de la jurisdicción nacional como una suerte de tribunales "extranjeros" cuyas doctrinas apenas tendrían, para los jueces locales, un mero valor informativo, a lo más a título de derecho comparado.

Craig", también llamado "Martorell". Cfr. DULITZKY, Ariel, "La censura previa en la Convención Americana de Derechos Humanos", en "Revista Jurídica LA LEY", Buenos Aires, 1996-D-1687.

(48) De someterse una Corte Suprema nacional a los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, bien pueden alguno de sus miembros sentirse "devaluados" a la condición de, por ejemplo, jueces de una cámara o corte de apelaciones. Es necesario, desde luego, un gesto de madurez y grandeza (que no siempre se encuentra), para admitir el nuevo estado de cosas y reconocer la primacía de la jurisdicción supranacional.

c) Desnaturalización.

Otro riesgo que corre el derecho internacional de los derechos humanos cuando es operado por los tribunales de un Estado, consiste en su desfiguración.

Esa alteración puede explicarse también por varias causas. Una de ellas es la incomprensión del texto internacional por los jueces domésticos, no siempre dispuestos a ahondar en esas fuentes supra o internacionales, a realizar una interpretación orgánica o sistemática de esos documentos o a impregnarse de la filosofía y del techo ideológico que los anima.

No puede ignorarse, en este punto, en juristas moldeados bajo ideas como la autosuficiencia del Estado, un dualismo intransigente en cuanto a las relaciones entre el derecho internacional y el local, una versión santificada e intolerante a la vez de la idea de soberanía nacional y del techo ideológico tradicional de la Constitución lugareña (que ubicaba a ésta en la cúspide del ordenamiento jurídico), no siempre estarán bien animados para recepcionar los nuevos vientos que animan a una concepción internacionalista, y en el fondo monista, de los derechos humanos de origen extra o supra nacional.

Pueden suscitarse así fenómenos de domesticación, o de aclimatación de los derechos humanos de origen internacional, a las pautas ideológicas y al medio jurídico local, con lo cual es posible que aquéllos terminen, en buena proporción, anestesiados o diluidos.

Más todavía: no cabe excluir supuestos de devaluación de aquellos derechos, y hasta de su alteración, a través de una interpretación localista desfiguradora del documento internacional donde son enunciados(49).

Tal mutación, provocada algunas veces por vicios metodológicos del intérprete y en otras por intereses políticos locales, o por ambos factores, importa un serio obstáculo a la vigencia del derecho humano en cuestión, y solamente puede ser corregida —años después, si ocurre la enmienda— por el órgano de la jurisdicción supranacional que tenga competencias para revisar la decisión del tribunal local.

(49) Por ejemplo, en algunos votos de la Corte Suprema de Justicia argentina se consideró que la censura judicial no era censura en sentido estricto, o que la tutela del honor, sentada por el Pacto, justificaba la censura previa negada por el art. 13 del mismo. Cfr. el caso "Servini de Cubría", en ob. y pág. cit. en nota 29.

9. Los órganos supranacionales.

A su vez, los tribunales internacionales pueden padecer de distintos defectos, como practicar un autismo jurídico que los lleve a interpretar los derechos humanos emergentes de un instrumento internacional solamente "desde" tal documento, desconociendo las realidades y el contexto normativo del Estado donde se debate una posible infracción a aquellos derechos.

También aquí pueden repetirse actitudes hedonistas y narcisistas de pésimos resultados, como creer que por tratarse de un ente jurisdiccional supremo, cuyos veredictos son irrecurribles, es posible resolver ligera, mayestática y soberanamente los casos, sin medir las consecuencias previsibles del pronunciamiento, la factibilidad de su ejecución o el impacto probable en situaciones futuras dentro y fuera del país involucrado por la sentencia.

Tampoco cabe descartar que, sobre todo por razones ideológicas, un tribunal internacional perversa al texto que debe interpretar, minimizando al derecho en juego, hipertrofiándolo o falseándolo.

Nadie tiene aquí el dogma de la infalibilidad, ni es posible asegurar tampoco la eterna fidelidad del operador del tratado al espíritu de éste.

Cabe tomar conciencia, eso sí, que el éxito de un tribunal supranacional y su aptitud de convicción y de seguimiento de sus sentencias por los órganos jurisdiccionales locales dependerá —*ab initio*— de la ejemplaridad de ellas.

A mayor legitimidad de tales fallos, mayor posibilidad de acompañamiento.

10. Conclusiones.

1. La interpretación de los derechos humanos en la jurisdicción interna y en la internacional es un tema que suscita distintas reflexiones y problemas.

2. En ambas jurisdicciones, el intérprete se encontrará con las dificultades comunes de toda tarea interpretativa: por ejemplo, optar entre una exégesis literal-gramatical y otra voluntarista (según la intención de su autor, o de acuerdo a la "voluntad de la ley"); entre una interpretación estática o una dinámica-evolutiva; aceptar o no la doctrina de la interpretación previsora, y elegir entre una exégesis cohe-

rente u otra pragmática, no siempre adherida a los precedentes judiciales.

3. En materia de derechos humanos existen principios interpretativos específicos, como:

a) el argumento pro homine (y sus variables del argumento *pro libertatis* y *pro víctima*), también llamado del "mejor derecho", que opera como mecanismo de selección de normas (locales o internacionales) y de selección de interpretaciones posibles, en favor de la persona;

b) el argumento de la interpretación expansiva, que aconseja entender a los derechos, en lo posible, en sentido amplio y no restrictivo;

c) el argumento de la interacción, según el cual el tribunal internacional no debe ignorar, al interpretar los derechos de esa fuente, a los derechos provenientes del orden nacional;

d) el argumento de la promoción, que sugiere que el juez apoye y auspicie la vigencia de los derechos humanos y deje de ser neutral ante su violación;

e) el argumento de la universalidad, que procura la observancia de un mínimo común, en todo el globo, de ciertos derechos humanos fundamentales, y

f) el argumento de la indivisibilidad, conforme al que no es correcto ignorar, en la defensa o interpretación de un derecho humano básico, a los restantes.

4. Un tratado sobre derechos humanos es, en principio, una convención internacional interpretable según las reglas de los arts. 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, que patrocinan una exégesis objetiva, que parte de la regla de la buena fe, de la interpretación según el texto del precepto en cuestión y de los demás de la convención, y prosigue atendiendo el objeto y los fines de ella.

De modo complementario, para resolver ambigüedades o puntos oscuros, recurre a los trabajos preparatorios del instrumento internacional.

Sin embargo, un tratado o convención sobre derechos humanos tiene pautas interpretativas propias. No se trata de un instrumento en favor de los Estados, sino de las personas.

Por ende, sus cláusulas no deben entenderse a la luz de la soberanía nacional ni de los intereses y propósitos individuales de los Estados que lo suscribieron, sino en pro de las víctimas.

De haber una tutela distinta en dos o más convenciones internacionales aplicables a un caso, habrá de estarse a la más provechosa para la persona.

En el ámbito nacional, es posible que un país siga de hecho reglas interpretativas no iguales a las anteriores, en particular en cuanto a la interpretación de su derecho interno, comenzando por su Constitución.

5. Es imprescindible trabajar con ahínco para lograr la armonización entre las interpretaciones que sobre un mismo derecho humano puedan realizar los tribunales internacionales y los estatales.

Como recetas inmediatas figuran las doctrinas del seguimiento nacional (conforme a ella, los criterios interpretativos del tribunal supranacional deben servir de guía a los tribunales domésticos), y del margen de apreciación nacional (es bueno que el tribunal supranacional contemple especificaciones particulares del mismo derecho humano, según sea el país bajo estudio).

6. La armonización entre las interpretaciones de los derechos humanos que practiquen los órganos de la jurisdicción supranacional y de la estatal no siempre será fácil.

Por parte de los tribunales locales, es posible que sociológicamente se planteen situaciones de desinformación normativa, de negación o rechazo del derecho humano de fuente internacional (motivadas algunas veces por conflictos de legitimidad sobre la aceptación misma del derecho en juego, y además, por actitudes hedonistas o de narcisismo jurídico nacional), e incluso de desnaturalización del derecho humano (por vía de su devaluación o su entendimiento según —solamente— las pautas domésticas de interpretación).

Los órganos de la jurisdicción internacional pueden incurrir asimismo en defectos y vicios semejantes, bien que al revés.

No están exentos de caer en un autismo jurídico ignorante de las realidades y del derecho local, o de, alguna vez, alterar los derechos humanos emergentes de un tratado mediante una interpretación imprudente o ideológicamente desvirtuadora de los mismos.

Como alternativa de solución parece conveniente que los tribunales locales asimilen de una vez por todas y cabalmente al derecho internacional de los derechos humanos, y presten leal acatamiento a la doctrina que emerja de los veredictos de los tribunales internacionales.

A éstos, a su turno, les toca operar atendiendo también al contexto normativo y a las realidades y condicionamientos locales, al par que brindar respuestas jurídicas prudentes y fieles al instrumento internacional que deben interpretar.

En la medida en que estos dictámenes posean legitimidad de contenido y sensatez en la decisión, aumentará su fuerza de seguimiento.

Lo dicho debe complementarse con un mecanismo recursivo ágil que permita remediar, en la jurisdicción inter o supranacional, las interpretaciones arbitrarias de los derechos humanos de fuente internacional que ocurran en la esfera de los Estados.

En tal caso, el órgano supranacional puede operar como una especie de tribunal de casación en materia de aquellos derechos.

7. En definitiva, la interpretación de los derechos humanos de fuente internacional practicada por órganos judiciales nacionales e internacionales exige asumir:

a) que hay problemas interpretativos generales necesariamente polémicos y sobre los cuales no hay doctrina uniforme;

b) que existen ya plasmadas algunas reglas interpretativas específicas en materia de derechos humanos, y

c) que es necesario repensar seriamente las bases y el sistema de compatibilización de la interpretación de los derechos que realicen los órganos de ambas jurisdicciones.

COMENTARIOS

ACADÉMICO DOCTOR JORGE REINALDO VANOSI

En primer lugar quiero testimoniar una cálida felicitación al doctor Sagüés por su magnífica comunicación que nos ha pintado todo un cuadro completo de un tema bastante complejo y en el que hay que hacer verdaderos malabarismos. Pero él los ha hecho con suma habilidad y gran precisión técnica, para poder situarse en todas las hipótesis que son múltiples y complejas.

Yo quiero hacer nada más que un par de comentarios respecto de lo que desde el punto de vista del derecho nacional se presenta a la vista.

En primer lugar, creo que se va a ir creando poco a poco una especie de hábito, de costumbre, de considerar que ya las decisiones de la Corte Suprema de la Nación no son finales y así como por vía de la expansión de la doctrina de la arbitrariedad, prácticamente muy pocos litigantes o muy pocos letrados que patrocinan litigios se resignan a que una sentencia del Superior Tribunal de la causa, Cámara Federal o Corte Provincial, sea la última y tratan de llegar a la Corte intentando el recurso extraordinario y en su defecto ocurriendo en queja ante la Corte, lo cual ha llevado a una inflación notable desde el punto de vista del número de las causas que llegan hasta el Tribunal Supremo, va a ocurrir que los litigantes van a intentar lo mismo a través del mecanismo supranacional, pero con algunas diferencias. Por lo pronto, una diferencia de algo que mencionó al final el doctor Sagüés que es el conocimiento.

No todos están empapados o están familiarizados o tienen habitualidad con esta nueva mecánica y con las posibilidades que ofrece, es decir, hoy por hoy este es un tema reservado a los grandes iniciados, no es un tema que en el foro esté suficientemente esclarecido.

La Organización de Estados Americanos tiene oficinas en Buenos Aires y se pueden hacer las presentaciones desde aquí, pero no es fácil ni es sencillo.

Por lo pronto, para un abogado del interior va a ser mucho más complejo que para un abogado de la Ciudad de Buenos Aires y, además, el conocimiento de esto es también mucho más relativo, son muy pocos los que saben realmente que pueden intentarlo, que pueden hacerlo desde aquí.

La mayor parte piensa que para llegar a la Comisión Interamericana tienen que ir a Washington y, en realidad, en la práctica, los que lo están intentando con alguna habitualidad van a Washington sin perjuicio de que hagan las presentaciones aquí.

Van y hacen el lobby y hablan con el secretario de la Comisión y si es posible y llegan en un período en que la Comisión está deliberando, tratan de obtener el alegato de oído, llamémoslo así, con los miembros de la Comisión.

Todo eso, no hace falta explicitarlo más, indica que va a haber realmente una muy grande expectativa, pero no va a haber un muy extenso acceso, desde el punto de vista de la posibilidad de utilizar esas vías.

El otro comentario muy breve, señor Presidente, es que mientras nuestra Corte se ha abierto con una gran generosidad a esta nueva vertiente doctrinaria, y el doctor Sagüés ha señalado varios casos en los cuales obviamente la Corte ha ido, paso a paso, dándole mayor primacía a la interpretación que el órgano supranacional e incluso la Comisión, no sólo la Corte Interamericana, realiza en torno a las cláusulas de la Convención Interamericana, esto no es compartido por todos nuestros socios.

En el plano concreto del Mercosur, la Corte brasileña está en una posición mucho más hermética, no tan complaciente o tan permeable.

Hace pocos días ha tenido difusión en Buenos Aires un fallo que no está vinculado directamente con derechos humanos, que es el tema que hoy ha traído el doctor Sagüés, sino con una rogatoria a la cual había que darle curso en la justicia brasileña.

Uno de los que ha comentado este fallo ha sido el doctor Lavopa, que tiene a su cargo en el CARI un área de estudio sobre el tema vinculado con el Mercosur, donde el Presidente de la Corte de Brasil ha negado la sustanciación de esa rogatoria por el hecho de que Brasil no habría, por vía del Poder Ejecutivo, dictado el decreto pertinente para reconocer la validez de la Convención que nos ligaría a los dos países.

Es decir, agregando un requisito más a lo que habitualmente exige la Constitución en materia de incorporación del derecho internacional al derecho interno.

Esto está indicando a las claras que Brasil se aferra al dualismo mientras que nosotros estamos cada vez más sensibles y permeables hacia un monismo relativo o como se lo quiera llamar.

Mi sugerencia de reflexión futura es en qué medida procesos como el de la integración, a través del Mercosur, van a poder avanzar en tanto y en cuanto no exista un tribunal común, si los Tribunales Supremos de un país avanzan a cierta velocidad y el Tribunal Supremo de otro u otros de los países firmantes de la integración avanzan a otra velocidad totalmente distinta.

Con esto, lo que quiero significar es que, más allá de las ilusiones, de las expectativas y de las esperanzas de muchos, en esta materia estamos todavía en pañales, estamos realmente dando los primeros pasos y basta leer los diarios del día de hoy.

Por ejemplo, en "La Prensa" de hoy he leído una nota muy llamativa respecto de cómo la política concreta de Brasil en cada caso que se plantea, industria automotriz una y azucarera otra en estos días, es anotar en el *commodum* pero no en el *periculum*, es decir, están para la ventaja pero no están dispuestos al sacrificio.

Entonces, cuál es la perspectiva de todo esto más allá de la gran generosidad de nuestra Corte Suprema a partir de los casos que señalaba el doctor Sagüés, más allá de toda esa apertura al monismo, más allá, incluso, de lo que la propia Constitución en el artículo 75, inciso 22, a mi modo de ver exageradamente, ha proclamado, más allá de todo eso, cuál es la perspectiva en el orden de las políticas concretas y de los hechos.

Yo creo que hay que ser muy realista y pensar que todo esto va a evolucionar a velocidades más lentas y quizás a velocidades diversificadas según de qué Estado se trate.

Nuevamente mis felicitaciones, Néstor, por su exposición.

ACADÉMICO DOCTOR JORGE A. AJA ESPIL

Quiero sumarme a las felicitaciones que se expresaron con el aplauso primero y con los elogiosos conceptos del académico Jorge Vanossi, después.

Por cierto que el doctor Sagüés nos ha conducido en este intrincado tema de las pautas hermenéuticas frente a tratados internacionales.

Nos ha guiado por la vía interpretativa "favor tractatus" que resulta no sólo del texto sino del interlineado de los tratados.

Yo recuerdo que el tema, en el campo del derecho internacional público fue, durante muchos años, el de interpretar los tratados bilaterales con una óptica y los tratados multilaterales con otra.

En los primeros era fácil. El interés al que apuntaba el Estado signatario estaba a tono con el interés que lo había movido a realizarlo.

En los multilaterales ese equilibrio de intereses se diluye enormemente, y más aún cuando el multilateral se convierte en un tratado de derechos humanos; aparece entonces un solo hilo conductor —la persona— ajeno a aquel sentido clásico del multilateralismo estadual.

De modo que es muy apropiado lo que el doctor Sagüés nos ha expuesto respecto de estas nuevas orientaciones en la interpretación de este nuevo tipo de tratado.

Hace pocos días, se conoció un fallo de la Corte Suprema nacional con votos en disidencia en el caso "Nardelli".

Fue en la disidencia de Fayt, Petracchi y Bossert, donde luce un párrafo que me permito recordar y que dice así: "la jurisprudencia de los órganos instituidos en el ámbito internacional con competencia para la aplicación e interpretación de los instrumentos que regulan los derechos humanos, deben servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales, es decir, por la propia Corte".

La Corte en este caso acepta de alguna manera que hay una delegación en la aplicación y la interpretación de la norma internacional que la está obligando a ella en el futuro a continuar con una línea de interpretación análoga o semejante.

Otra cuestión de alto interés que el doctor Sagüés nos ha mostrado es la de que los organismos jurisdiccionales internacionales en materia de derechos humanos —el Tribunal Europeo o la Corte Interamericana— debieran respetar cada uno de los usos y costumbres locales o individuales cuando aplican el derecho.

Ello es el viejo sustento del federalismo, que en última instancia no es otra cosa que el respeto del localismo, o sea de la dinámica federal en la aplicación de los derechos humanos.

Pero en ese caso sería una demostración del valor que tienen las Cortes locales para retomar el papel que de alguna manera les fuera dado dentro del encuadramiento que se ha señalado.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos originariamente tenía protagonismo porque no existía la Corte.

Cuando nace la Corte Interamericana sus jueces divulgaron su existencia por toda América latina para crear conciencia continental sobre la misma.

En esas circunstancias el Tribunal comenzó a dar opiniones consultivas, tarea que aparecía como propia de la Comisión.

Uno de los primeros dictámenes de la Corte Interamericana y que fue lo que marcó su criterio hermenéutico, estableció, allá por el año 1982, con especial referencia a la Convención de San José de Costa Rica, que ésta no era un tratado multilateral del tipo tradicional, marcando la diferencia entre los tratados en general y los tratados internacionales sobre derechos humanos.

En este último caso los Estados asumen obligaciones no en relación con otros estados sino hacia los individuos.

En ese momento nace la gran cuestión: ¿eran tratados multilaterales de tipo tradicional para beneficio de los Estados contratantes, o bien inauguraba un nuevo tipo de tratado donde aparecía un nuevo sujeto del derecho internacional?

Ese nuevo sujeto del derecho internacional era el individuo, era la persona humana y con ello se transformaba totalmente el alcance de la interpretación pro-Estado, hasta entonces ortodoxa.

En consecuencia, al aprobar estos tratados, decía la Corte Interamericana, el Estado nacional se somete a un orden legal den-

tro del cual asume obligaciones frente a los individuos bajo su jurisdicción.

O sea que todo esto muestra, como muy bien lo ha señalado el doctor Sagüés, las reservas institucionales que van apareciendo, tanto en los organismos internacionales como en los propios tribunales nacionales, en la elaboración de este derecho.

Un último punto. Cuando leí el título de la comunicación me entró una duda sobre el alcance de la llamada jurisdicción trasnacional.

En casi todo el desarrollo de su exposición el doctor Sagüés se inclinó por utilizar la expresión supranacional para referirse a tratados sobre derechos humanos.

Con el solo fin de hacer un aporte de tipo histórico, cabe recordar que el tema trasnacional nació sobre la base de un debate económico en las Naciones Unidas.

Fue el Consejo Económico Social, allá por comienzos del 70, el que comenzó a deliberar sobre lo que se llamaban las empresas multinacionales con el fin de darles un status internacional.

¿Cómo podían esas empresas, que tenían tal poder, estar sometidas a una legislación común nacional?

Fue para entonces que la Asamblea de Naciones Unidas dictó el famoso protocolo del nuevo orden económico internacional.

La gran figura que aparecía como nuevo sujeto del derecho internacional era la empresa trasnacional y ella sólo podía estar sujeta o regida por un derecho comunitario.

O sea que la terminología trasnacional se acerca más al proceso de la integración que al propio proceso del derecho humanitario.

He querido hacer esta acotación para mostrar el interés con que esperaba su exposición y la satisfacción con que lo hemos escuchado y agradecerle, naturalmente, su clarificación interpretativa

Muchas gracias otra vez.

ACADÉMICO DOCTOR JULIO CÉSAR CUETO RÚA

Yo noto dos aspectos en la exposición del doctor Sagüés dignos de ser destacados.

Uno es el relativo al fundamento de validez del sistema jurídico. Kelsen nos había enseñado que al fundamento de validez del ordenamiento jurídico se lo podía encontrar en una norma básica del ordenamiento estadual (primacía del ordenamiento estadual) o en una norma básica del ordenamiento internacional (primacía del ordenamiento internacional).

Sagüés señala que la construcción de la pirámide jurídica plantea ahora nuevas características.

Cuando se estudiaba a Kelsen, los lineamientos de la pirámide jurídica eran claramente perceptibles para ambas hipótesis, la de la primacía del orden estadual o la primacía del orden internacional.

Cuando escuchaba ahora a Sagüés trataba de conectarlo con las dos hipótesis de Kelsen, acerca de la primacía de un fundamento estatal o de un fundamento internacional, y me decía: ¡cuánto ha cambiado el asunto!

La cuestión del fundamento subsiste. Pero se ha complicado enormemente.

Antes uno visualizaba ambas hipótesis con relativa facilidad, pero después de escuchar lo que acabo de escuchar estoy sumido en un mar de confusiones.

En cuanto al segundo punto deseo destacar que mucho de lo dicho por Sagüés no es tanto un problema de derecho, como es un problema de conocimiento del derecho.

Al no efectuar la distinción entre derecho y conocimiento del derecho uno salta del objeto al conocimiento del mismo. Ello también genera confusión.

En gran medida este trabajo de Sagüés es un trabajo de índole epistemológica: cómo adquiero conocimiento jurídico, cuál es el fundamento de ese conocimiento, cuál es el criterio de verdad, cuál es el método aplicable.

Esos son todos problemas de epistemología jurídica más que análisis de un derecho positivo concreto. Se da la singular situación de que estos problemas epistemológicos afloran cuando surge una complicación excepcional en la estructura del sistema jurídico.

pe
Oc
pre

rec

de
qu
en
co

de
XV
Arg

tier

APUNTES PARA UNA BIOGRAFÍA DEL DOCTOR VICENTE C. GALLO

POR JORGE REINALDO VANOSSI (*)

PRESENTACIÓN

La vida y la obra del doctor Vicente Carmelo Gallo cubre un extenso período de la historia argentina que transita desde la Generación del Ochenta hasta el deterioro del Estado liberal en la década del 40 de la presente centuria.

Ha sido una figura polémica, que despertó a la vez adhesiones y rechazos.

Apagadas ya las pasiones, habiendo transcurrido más de medio siglo de su muerte, creemos que es posible juzgar con más ecuanimidad a quien pudo haber sido vicepresidente de la Nación en 1916, presidente en 1922 o en 1928, y jefe partidario y candidato presidencial en 1931, como luego veremos.

Nació en San Miguel de Tucumán el 3 de octubre de 1873 en el seno de una familia patricia, asentada en el país desde mediados del siglo XVIII y de origen castellano, que dio numerosos hijos ilustres a la Argentina.

(*) Comunicación efectuada por el Académico en la sesión privada del 10 de septiembre de 1998 en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

Era hijo de Vicente Gallo y de Dolores Colombres. Descendía, entre otros, de Pedro León Gallo, firmante del acta de la Independencia de 1816 y del Gral. Celedonio Gutiérrez, gobernador de Tucumán y firmante del Acuerdo de San Nicolás.

Estaba emparentado con los Terán, los Alurralde, los Paz, los Avellaneda, los Silva, los Molina, los Padilla, los Centeno, los Lastra y otras viejas familias de la Argentina tradicional.

Era por lo tanto un hijo del norte argentino, del noroeste argentino, que en el siglo pasado tantos vástagos notables brindó a la incipiente República.

Gallo perteneció a la estirpe de los Alberdi, Avellaneda, Sarmiento, Roca, y muchos otros que, proviniendo de la región más tradicional del país y de mayor raigambre hispánica, no obstante conjugaron el tradicionalismo con el pensamiento liberal y la idea de progresismo y desarrollo, comprendiendo que el país debía integrarse al conjunto de las naciones civilizadas de Occidente.

Vicente C. Gallo fue un *jurista*, un *político*, un *catedrático universitario*, un *periodista* y un *publicista*.

A más de ello ejerció su profesión de abogado y estuvo vinculado a la industria azucarera de su provincia, presidiendo durante varios períodos el "Centro Azucarero Nacional" y, también, la "Compañía Petrolífera del Norte".

En Buenos Aires formó su hogar con Celia Gallo, abnegada compañera y madre de sus siete hijos, dos varones y cinco mujeres, residiendo durante largos años en la casona de la calle Melo 1846.

En esta comunicación nos proponemos exponer, al menos parcialmente y a gruesas pinceladas, algunos de esos aspectos de este hombre polifacético.

Cursó los estudios primarios y secundarios en su ciudad natal, siendo siempre un estudiante aventajado.

Aprendió las primeras letras en la escuela de los sacerdotes dominicos, a la sazón dirigida por fray Ángel María Boisdron y completó la educación primaria en la Escuela Normal de su provincia, en tiempos que ejercía su rectorado Paul Groussac.

Cursó la enseñanza media en el histórico Colegio Nacional de Tucumán, cuando era rector Sixto Terán.

En 1891, con su diploma de bachiller bajo el brazo, se trasladó a Buenos Aires para cursar su carrera de abogado.

En la Universidad de Buenos Aires fue un estudiante ejemplar, el mejor de su promoción, graduándose de abogado en 1897, con la medalla de oro, con sobresaliente en todos sus exámenes, inclusive los dos exámenes generales; obtuvo el premio "Facultad" por su tesis doctoral titulada "El juicio político", notable trabajo histórico y jurídico, que realizó con la dirección del doctor Benjamín Paz.

Fueron sus profesores, entre otros, Manuel Obarrio, el decano de la Facultad al momento de diplomarse, Antonio Bermejo, Manuel A. Montes de Oca, Pedro Goyena, Juan Carballido, Félix Martín y Herrera, Norberto Piñero, Nicolás Casarino, Raimundo Wilmart, Baldomero Llerena, Osvaldo Piñero, Joaquín V. González, Emilio Castro, Estanislao S. Zeballos, Aristóbulo del Valle, Ángel S. Pizarro y Enrique L. Quintana.

Cabe señalar que el decano Obarrio, apartándose del ritual, ponderó entusiastamente al novel abogado Vicente Gallo en la ceremonia de graduación, destacando ante todos las notables cualidades del joven tucumano.

A su camada pertenecieron, entre otros, Carlos E. Melo, Carlos Octavio Bunge, Enrique Rodríguez Larreta, Jorge de la Torre, Macedonio Fernández, Salvador Alfonso, Manuel E. Malbrán, Horacio Beccar Varela, José León Suárez, José y Rogelio Araya, Alejandro Rayces, Ambrosio y Juan Carlos Nougués, Juan Guastavino, Emilio Giménez Zapiola, Joaquín Castellanos, Luis Campos Urquiza, Manuel M. de Iriondo, Exequiel Gallo, Luis Mitre, Ireneo Rebollo Paz, Carlos Risso Domínguez, Lucio V. y Vicente F. López, Augusto F. Torino y Manuel B. de Anchorena, entre otros.

Con dos de ellos, Iriondo y Campos Urquiza, constituyó el primer bufete de su iniciación profesional en Buenos Aires.

Justo resulta recordar que, en virtud de las condiciones recién expuestas, le cupo el honor de hablar en nombre de sus condiscípulos en el acto de colación de grados y que el tema que desarrolló en esa ocasión fue acerca de la idea de patria en la enseñanza.

La elección de dicho tema, sin duda, no fue una casualidad. El flamante abogado y doctor en jurisprudencia receptaba en su temática un

problema a la sazón de palpitante actualidad. Eran los años de la inmigración masiva en nuestro país, en los días en que la Gran Aldea se transformaba paulatinamente en una gran ciudad cosmopolita y en donde muchos de los liberales y patricios argentinos comenzaban a ver con preocupación a las masas extranjeras.

Por esos años ya se había iniciado en el país una polémica en torno a los contenidos nacionales de la enseñanza y no faltó quien lanzara un grito de advertencia acerca de la pérdida de las raíces nacionales.

El tópico desarrollado por Gallo en su alocución de lauro académico no era por tanto una elección inocente, sino que introducía al joven doctorado en una cuestión que va a ser crucial en la vida nacional y en el discurso de los pedagogos por más de tres décadas a partir de los días en que se diplomó.

Esa inquietud se la había transmitido su profesor, don Joaquín V. González, que tanto insistía desde las aulas universitarias y la tribuna parlamentaria:

"Aprovechemos este elemento fecundo de la pasión humana, pero dirigiéndolo hacia destinos superiores. Hagamos resonar fuertemente esta palabra 'patria', que va perdiéndose de nuestros oídos, y que el dilettantismo del día va convirtiendo en una cosa ridícula... es necesario que en todas partes resuene en forma vibrante, como la pronuncio yo en este momento..." (Cámara de Diputados, 29 de julio de 1901).

Sobre esta cuestión, la "idea de patria", Gallo volverá recurrentemente a lo largo de su extensa vida pública: leyendo otros trabajos posteriores, a décadas de la graduación, se podrá advertir en Gallo una cierta obsesión por la enseñanza y la investigación de los problemas nacionales.

En los años estudiantiles fue secretario de la "Unión Universitaria" y más tarde presidente del "Centro Jurídico y de Ciencias Sociales".

En los años de su intenso ejercicio profesional, se lo cuenta entre los socios fundadores del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires.

El catedrático

Apenas recibido, Vicente Carmelo Gallo, evidenció marcado interés por la vida académica y siguió intensamente ligado a la escuela en

donde se formó. Por ello, no es de extrañar que ya en 1899 se incorporase al claustro docente de la Facultad de Derecho de Buenos Aires.

Con sólo 26 años fue designado profesor suplente —era la denominación de aquellos tiempos para lo que hoy se llama profesor adjunto— de la Cátedra de Derecho Administrativo.

Ejerció en tal posición académica hasta 1905, año en que se hizo cargo del curso oficial, suplantando al Dr. Adolfo Orma, e introdujo sustanciales reformas en el programa.

Era natural que así fuese, pues por aquellos años el Estado realizaba profundas modificaciones y estructuraba múltiples organismos de gobierno, lo que obviamente requería un correlato doctrinario y procedimental en el administrativismo.

Sin embargo, su ascenso a la jerarquía de catedrático —lo que hoy llamamos profesor titular— se demorará hasta 1919.

Fueron necesarios todo ese tiempo y los cambios o aperturas producidos a partir de la Reforma Universitaria para que se reconocieran sus méritos y se terminase con una injustificada postergación.

Durante los años de su titularidad no dejó de publicar el texto de las clases inaugurales, verdaderas conferencias magistrales sobre la materia.

Ejerció la cátedra con entusiasmo e idoneidad hasta 1923, año en el que renunció, debido a que su ingente labor como legislador y político, lo llevó a advertir que ya no podía continuar atendiendo la palestra académica como su responsabilidad se lo exigía.

En su nota de renuncia enfatizó que no deseaba cerrar el camino para el ascenso de los profesores suplentes con una licencia prolongada.

Vale la pena traer a colación lo que Joaquín V. González, su maestro, dijo de la cátedra universitaria:

"La conducta del maestro en la cátedra es algo que excede el límite de los deberes comunes, que excede las simples nociones del deber, para convertirse en lo que se ha llamado con mucha razón, un verdadero apostolado, porque se dirige al espíritu de la juventud, siembra su semilla en un terreno excesivamente fecundo, y por eso su palabra debe

hallarse inspirada en ideales supremos, en ideales uniformes, concurrentes a formar este alto ideal de la nacionalidad que nosotros todavía no hemos consolidado ni definido totalmente.

La palabra del catedrático, dirigiéndose a la juventud, que es la generación de mañana, de donde saldrán los hombres que van a gobernar después de nosotros..., no puede ser apasionada, no puede ser parcial, no puede embanderarse en sectas pasajeras o fugaces: en necesario dar a la juventud un ideal y este ideal no puede ser sino patriótico". (Diario de Sesiones, H. Cámara de Diputados de la Nación, 29 de julio de 1901).

En Vicente C. Gallo, justamente, se conjugaban el idealismo romántico en la docencia y en la política, y un exaltado discurso patriótico, que era el signo de esos años.

En 1931, en acto de justiciero reconocimiento, se lo designará profesor honorario de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires.

Paralelamente fue profesor de Derecho Constitucional y de Derecho Administrativo Comparado del Instituto de Altos Estudios Comerciales de la Universidad de Buenos Aires. Sobre este centro se organizará la Facultad de Ciencias Económicas de la universidad porteña.

Fue también profesor honorario de la Universidad Federal de Río de Janeiro.

Ya veremos que retornará a la vida académica para desempeñar altas funciones en ella.

Los cargos de conducción universitaria

Integró el Consejo Directivo de la Facultad de Derecho entre 1914 y 1919.

Fue primeramente miembro del Consejo Académico, luego en dos ocasiones miembro del Consejo Directivo, electo por el voto de los profesores y estudiantes

Le tocó, por tanto, ser un protagonista central en las jornadas de la Reforma Universitaria.

Fue vicedecano, durante el decanato de Mario Sáenz, y en tal carácter le correspondió ejercer la conducción de la Facultad en varias oportunidades, inclusive presidiendo la visita de ilustres catedráticos extranjeros, como del italiano Víctor M. Orlando y el español Adolfo Posada.

Al cumplirse el centenario de la Universidad (1921) publicó un enjundioso trabajo sobre la base de su conferencia "La Facultad de Derecho y la vida pública argentina".

Finalmente, en 1934, ya casi retirado de las lides políticas, accedió, al concluir el Dr. Ángel Gallardo su mandato, al rectorado de la Universidad. Cuando esto sucedió dijo:

"El rectorado es una cumbre, la más alta cumbre de la vida espiritual de la República: llegar a ella es, al par que insigne honor, pesada carga de responsabilidades.

"No traigo ni prejuicios ni compromisos con círculos o tendencias...

"Soy el primer soldado de su causa y sus destinos y, al servicio de ellos, habré de poner cuanto una larga actuación en la vida pública me haya permitido conquistar modestamente en simpatía, en experiencia, en autoridad."

(...) "Vengo, aunque no de inmediato, de los campos de la política. He actuado en ellos desde la infancia, sin apartarme nunca de las actividades universitarias; he dado a la vida cívica de la República lo mejor de mi propia vida, en pensamiento, en ideales, en acción..."

"He conocido sus triunfos y adversidades, sus cumbres perturbadoras y sus valles de silencioso reposo y más de una vez he escuchado a mi alrededor el tronar de la tormenta..."

Su gestión al frente de la más grande e importante universidad argentina fue definida de esta manera por el Dr. Marco Aurelio Risolía, en un acto de homenaje al cumplirse el centenario de su nacimiento, efectuado en el mausoleo que guarda sus restos en el cementerio de la Recoleta:

"Ejerció esta última función fervorosamente.

"Había alcanzado la madurez y la ecuanimidad que ella exige.

"Había aprendido a obedecer antes de mandar, a respetar las jerarquías; a aplaudir al adversario cuando le ganaba su razón, a estimular

con el ejemplo y la palabra generosa. Su pensamiento era diáfano, su orientación noble y segura.

"Sentía ligada la misión de la Universidad a las tradiciones, a los símbolos, a los héroes y al futuro promisorio de la Patria."

(...) "Pensaba, en fin, que la siembra del maestro debe ir siempre acompañada de una sólida cultura moral, útil al desarrollo de los sentimientos de honor, de justicia, de solidaridad humana.

"Entendía que todo esto debe hacerlo la Universidad, más que por el número de sus diplomados, por la superioridad de la enseñanza impartida, espiritualizando su labor, sumando a la necesaria información técnica el óptimo ingrediente del ideal, de la elevación ética y estética, de modo que cada alumno, cada egresado lleve consigo la levadura de un profesional probo, de un investigador profundo, de un ciudadano apto para gobernar honrando las magistraturas de la República, o para convivir en paz, acatando sus leyes." (Anales de la Academia Nacional de Derecho, 2ª Época, nº 14, 1977, p. 275-284.)

En el desempeño de su labor rectoral le correspondió gobernar la Universidad en un período de oro, en donde se respetó la autonomía y en el que se alcanzó un alto nivel científico.

Es curioso observar que en la peyorativamente llamada "Década infame" la universidad fue respetada como ámbito académico y de funcionamiento democrático, cosa que no sucedió desde 1943 a 1955

¡Qué paradoja, que en años de fraude electoral hubo un mayor grado de democracia universitaria, que en años posteriores!

En 1935 estuvo transitoriamente al frente de la Facultad de Ciencias Médicas de la Universidad de Buenos Aires, reabriendo la misma, a la sazón clausurada por un conflicto.

En 1938 fue reelecto como rector de la Universidad por la unanimidad de los votos de la Asamblea Universitaria. Se desempeñó hasta 1941, cuando su ya delicada salud lo obligó a alejarse del cargo.

Brilló, pues, en medio de la constelación de los grandes rectores de la primera mitad del siglo: José Arce, Ricardo Rojas, Ángel Gallardo, Vicente Gallo, Carlos Saavedra Lamas, Horacio Rivarola.

El académico

Fue designado miembro de número de esta Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, el 13 de febrero de 1925. También perteneció a la Academia de Ciencias Morales y Políticas de Buenos Aires.

Asimismo, fue miembro correspondiente de la Academia de Ciencias Morales y Políticas de Madrid y miembro honorario de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid.

El periodista

Vicente C. Gallo se inició en su adolescencia como colaborador de diarios y revistas tucumanos. Fue redactor de "El Orden", el diario fundado por el Dr. Ernesto Colombes, cuyas páginas vieron la luz en 1883 y que más tarde dirigiera don León M. Rosenvald.

Fue fundador de "El cívico" —órgano de la juventud radical— y de la revista "Juventud literaria".

Años después, ya en Buenos Aires, fue redactor y colaborador del diario "El Argentino", la afamada y combativa página dirigida por Lisandro de la Torre, a la que se incorporó siendo un adolescente, apenas llegado de su ciudad natal.

En el diario que dirigía el "solitario de Pinas" y que respondía políticamente a la corriente de Aristóbulo del Valle, Gallo compartió la redacción con José Luis Cantilo, Remigio Lupo, Tomás A. Le Breton, Mariano Demaría, Ricardo Seeber, Aquileo González Oliver, Gonzalo Ramírez Chain, Martín Aldao y varios otros reconocidos intelectuales.

Fue en este órgano periodístico, como bien lo recuerda Martín Aldao (*Notas y recuerdos*, Bs.As., 1948, págs. 9-19) donde Gallo, de baja estatura y entonces delgado, adquirió el apelativo de "Gallito" con el que lo bautizó Aristóbulo del Valle, sobrenombre que reemplazó al apodo "Vichi" —de origen familiar y provinciano— y que opacó al de "Chevalier Villín" con el que lo habían designado sus compañeros del diario.

En el citado texto, dice Aldao, refiriéndose a Gallo:

"Posee Gallo una de las inteligencias más claras y mejor nutridas por paciente estudio que he conocido, y son notorias la firmeza de sus convicciones y la integridad de su vida.

"En los días de 'El Argentino', aquel hombrecito magro, que hablaba poco y sonreía mucho, con encomiable bondad; que no se ufanaba, en su ejemplar modestia, del hecho insólito de obtener en sus exámenes universitarios el punto máximo en las asignaturas de todos los años, infundía, en Cantilo y en mí, estudiantes "raboneros", afectuoso respeto..."

También participó del conjunto de firmas brillantes que publicaban sus aportes en la "Revista Argentina de Ciencias Políticas", siempre recordada por su jerarquía intelectual.

Más tarde, ya en el ocaso de su vida, será frecuente colaborador de "La Nación", escribiendo artículos sobre temas diversos, en particular crónicas y testimonios de episodios trascendentes de la vida argentina que le tocó vivir.

Además, en la publicación tucumana "Sustancia. Revista de Cultura Superior" (Año I, nº 3, diciembre de 1939, págs. 339-350) dejó estampados magníficos párrafos autobiográficos con el título: "Recuerdos de juventud. Mi primera actuación pública en la política".

El político

La política ingresó en la vida de Gallo tan naturalmente como él tomó parte activa de ella. Ya en el clima hogareño, mamó la política de su terruño y de la Nación.

Aún no había cumplido los 14 años cuando en Tucumán se produjo un movimiento revolucionario que pudo ver y vivir desde muy cerca.

Fue la sangrienta revolución del 12 de junio de 1887, con la cual los partidarios de Juárez Celman intentaban derrocar al gobernador tucumano Juan Posse.

El golpe se instrumentó como una invasión proveniente de Córdoba, por vía ferroviaria, con participación de tropas del ejército nacional y de la policía cordobesa.

En esa ocasión su padre fue hecho prisionero y por sugerencia de éste relató sus impresiones de los sucesos en dos cartas que remitió a su tío, el diputado nacional Delfín Gallo.

Estas misivas fechadas el 13 y el 15 de junio de 1887 fueron expuestas por el diputado en sesión del cuerpo e incorporadas a los diarios de sesiones de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación.

La crónica efectuada por el adolescente, fue un vívido bautismo en la política, todavía no como participante, pero sí como sagaz observador.

En ella describió las fuerzas invasoras, la lista de muertos, el incendio del diario "El Orden" y muchas otras cosas más.

Siendo aún un estudiante secundario, abogó en Tucumán por la candidatura presidencial de Bernardo de Irigoyen. Habría pronunciado su primer discurso político con ese motivo al frente de un grupo de estudiantes adherentes a esa postulación.

Cuando aconteció la Revolución del 90 siguió con ansiedad, desde las aulas del colegio secundario, los lejanos sucesos de Buenos Aires.

En 1891 fue uno de los fundadores de la Unión Cívica Radical de Tucumán, firmando el acta constitutiva, recuerdo que siempre manifestaba con inocultable orgullo.

Trasladado ya a la Capital, se incorporó a la "Juventud Principista Radical" y militó en el Comité del Socorro, que llegó a presidir.

Sus primeros discursos los pronunció en actos en los que participó Leandro N. Alem, a quien siempre consideró su gran mentor político.

Con el tiempo quedaría demostrado que poseía y desarrollaba las notables cualidades oratorias que adornaban la personalidad política de su tío, Delfín Gallo.

Tomó parte en los sucesos sediciosos de 1893 e integró como secretario la comisión auxiliar de civiles adictos a los militares revolucionarios.

Por estos días estuvo muy cerca de Bernardo de Irigoyen, y lo acompañó, más tarde, como secretario privado cuando éste fue gobernador de la provincia de Buenos Aires, alejándose al entender que el concurrencismo electoral iba contra la doctrina partidaria (1898 - 1899).

Luego, se alineó entre los "intransigentes" junto a Hipólito Yrigoyen y adhirió firmemente a la política "abstencionista". Por esos años no era imaginable que terminaría siendo uno de los más firmes adalides del "antipersonalismo".

En 1897, declinó una candidatura a convencional constituyente nacional.

En 1902 fue secretario del comité nacional de la UCR, durante la legendaria presidencia del Dr. Pedro C. Molina.

En 1903 fue uno de los redactores del célebre manifiesto, predicando la abstención revolucionaria.

Fue un activo partícipe de la Revolución del 4 de febrero de 1905, de la cual redacta los manifiestos previos y posteriores a los sucesos y ejerce la secretaría de la Junta Revolucionaria, junto a Hipólito Yrigoyen. Al fracasar la intentona, Gallo es detenido.

En 1909 accede a la presidencia del Comité de la Capital Federal de la Unión Cívica Radical y le cabe, una vez más, redactar el manifiesto abstencionista de los comicios de 1910.

Durante las presidencias de Sáenz Peña y Figueroa Alcorta rechazó sistemáticamente múltiples ofrecimientos de cargos públicos, no cayendo en las trampas y en la política de seducción del "Régimen". Así fue como resignó ser embajador en el Brasil, vocal del Superior Tribunal de Justicia de Tucumán y director del Banco Hipotecario Nacional.

No obstante todo ello, jamás pudo sacarse de encima el mote de "galerita" con que lo apostrofaba el sector yrigoyenista de su partido.

En 1912, con la irrupción del sufragio universal, al aplicarse por vez primera la Ley Sáenz Peña, fue electo, tachas y borrratins mediante, con la mayor votación individual, diputado nacional por la Capital Federal, cargo en el que fue reelecto cuatro años más tarde.

En su labor parlamentaria integró las comisiones de Negocios Constitucionales, Legislación, Reformadora del reglamento, Revisora de pensiones, del nuevo código de justicia militar y otras, y presentó gran cantidad de proyectos, entre ellos sobre ley de warrants, ministerio público fiscal y prenda agraria.

Entre sus discursos más importantes, ha sido reiteradamente destacado aquél en el que reivindicó enérgicamente las facultades investigatorias de ambas cámaras del Congreso Nacional.

En 1916 estuvo cerca de acompañar a Hipólito Yrigoyen en la fórmula presidencial, la que finalmente se completó con el Dr. Pelagio B. Luna.

Al parecer, fue don Hipólito quien influyó para que se eligiese a Luna para acompañarlo. Tal vez, en estos episodios puedan rastrearse embrionariamente las causas de los futuros enfrentamientos.

En 1919, accedió a una banca en el Senado de la Nación, en representación de la Capital Federal —triunfando, en difícil elección popular indirecta, sobre hombres de la envergadura de Lisandro de la Torre y Juan B. Justo— y habiendo declinado con anterioridad la candidatura por la provincia de Tucumán, cuya banca tenía asegurada. Aceptó el riesgo de la elección popular y triunfó.

Acaso ese momento de su vida haya sido el máximo pico de una carrera transparente y genuina. Desempeñó esa banca hasta diciembre de 1923, cuando renunció para hacerse cargo del Ministerio del Interior que le ofreciera el presidente Marcelo T. de Alvear, en reemplazo del eminente constitucionalista Dr. José Nicolás Matienzo.

Éste fue su último desempeño parlamentario, pues la candidatura a diputado que asumió en 1926, encabezando la lista del antipersonalismo, no tuvo éxito ante la polarización del electorado entre personalistas y socialistas.

En el Senado de la Nación presidió las comisiones de Negocios Constitucionales, Legislación y Relaciones Exteriores.

En la década del 20 se distanció de Yrigoyen y se acercó cada vez más al alvearismo, y dentro de esta línea perteneció a las fracciones "antipersonalistas" más duras.

Su renuncia a la cartera del Interior, el 27 de julio de 1925, se debió a la renuencia de Alvear a intervenir la provincia de Buenos Aires, gobernada por José Luis Cantilo y los yrigoyenistas.

Fue sucedido en la cartera ministerial por el Dr. José P. Tamborini, a la sazón presidente del bloque de diputados.

En coincidencia con la actitud de Gallo renunció, al poco tiempo, el ministro de Agricultura T. Le Breton, pero el resto del gabinete se solidarizó con el presidente Alvear.

Bueno es recordar que formaban parte de ese elenco los hombres más destacados que el partido gobernante podía ofrecer al país.

Así, Ángel Gallardo al frente de la Cancillería, Víctor Molina a cargo de la cartera de Hacienda, Antonio Sagarna en Justicia e Instrucción

Pública y Eufrazio Loza en Obras Públicas, amén de las secretarías de Guerra y Marina.

También fueron ministros de Alvear: Rafael Herrera Vegas, Celestino Marcó, Emilio Mihura y Roberto M. Ortíz, entre otros.

En 1927 su nombre sonó insistentemente como candidato presidencial de la UCR antipersonalista.

El enfrentamiento entre "melistas" y "gallistas" —según testimonio de Raúl A. Molina, coincidente con lo que dice Gabriel del Mazo (*El radicalismo*, Bs. As., Ed. Gure, 1959, pág. 80)— fue laudado por el presidente Marcelo T. de Alvear, quien se inclinó por Leopoldo Melo para encabezar la fórmula, comisionando a Leónidas Anastasi para que así se lo hiciera saber y quedando consagrada en la Convención Nacional la candidatura vicepresidencial de Vicente C. Gallo, luego de dificultosas gestiones para que aceptara el segundo término.

En 1930 declinó el ofrecimiento del presidente de facto Gral. José Félix Uriburu para presidir la Corte Suprema de Justicia de la Nación y se opuso al intento de reforma de la Constitución en términos categóricos:

"No considero propicios para reformas constitucionales los tiempos de revolución. Ellas requieren, para ser fecundas y para su mayor acierto, ambientes de serenidad pública, de cordialidad o, cuando menos, de tolerancia en el espíritu de los hombres. No creo que estemos en esta situación..." (Declaraciones al diario "La Nación", ante el manifiesto del general Uriburu).

En 1931, cuando se inició el proceso de reorganización de la Unión Cívica Radical, asumió la vicepresidencia de la Junta Nacional y fue uno de los firmantes del manifiesto del 17 de mayo de ese año, permaneciendo junto a Marcelo T. de Alvear (a quien debe sustituir cuando éste es privado de su libertad) y oponiéndose a ciertos sectores del "antipersonalismo" (tal es el caso de Melo) que ya por entonces propiciaban la candidatura del Gral. Agustín P. Justo.

Al elegirse las autoridades partidarias definitivas, le confieren su representación en el Comité Nacional los distritos de Capital Federal y Tucumán al mismo tiempo.

En 1932, volvió a declinar la oferta de integrar la Suprema Corte, cargo que esta segunda vez le fue ofrecido por el presidente Agustín P. Justo.

Su conducta en el período que va desde la Revolución del 30 hasta el ascenso de Agustín P. Justo, indica que finalmente se allanó hacia una suave reconciliación con los "yrigoyenistas" y la reservación de la unidad de la UCR.

Algunos dirigentes lo propusieron para encabezar la fórmula presidencial del partido, junto al Dr. Fernando Saguiet, a raíz del veto del gobierno de facto a Alvear, pero se impuso el criterio abstencionista que se extendió hasta 1935.

Su última actuación política tuvo lugar entre la semana final de junio y la primera semana de julio de 1936, con motivo de las gestiones que inició juntamente con el Dr. Julio Roca (a la sazón vicepresidente de la Nación y presidente del Senado) para resolver un "impasse" suscitado en la Cámara de Diputados que paralizaba la labor de ese cuerpo; pero al advertir Alvear que la finalidad última era iniciar tratativas por parte del gobierno para acordar las futuras candidaturas presidenciales, la gestión es finiquitada sin resultados.

La obra escrita

La producción escrita de Vicente C. Gallo está estrechamente relacionada con su vida pública. En realidad, el grueso de aquella reúne discursos y constituye el reflejo coyuntural de una reflexión surgida a la sombra de la acción, aunque, probablemente, se haya iniciado con unos "Apuntes sobre Derecho Administrativo".

Sin embargo, no dejó "el libro" que, a manera de una obra consagratória, quedara inmortalizado junto a su nombre.

Al margen de lo expresado, hay artículos y comunicaciones de Gallo publicados en diferentes revistas culturales y jurídicas (no incorporados a los textos antológicos que de inmediato mencionaremos).

* En *Vida universitaria* (1921) agrupó sus escritos y conferencias como profesor.

* En *Por la democracia y las instituciones* (1921), reunió sus discursos políticos, reflejo de su militancia radical.

* En *Recuerdos de juventud* (1939) esbozó apuntes autobiográficos. Sobre este texto, nuestro distinguido colega, Enrique Ramos Mejía (*Primeros académicos de Derecho*, 1925, Serie II, Obras, nº 17, 1981, págs. 37-44) efectuó un interesante análisis crítico y dijo:

"...no fue un político sin principios ni un jurista sin horizontes... Supo armonizar ambas actividades sin que la agitada faena política afectara la callada labor del estudioso del derecho... Sirvió muchos años a la patria, con altura de miras, con sentido nacional y con amor por el bien público."

Carlos Ibagüen, también calificó a Gallo como político "...prudente, dúctil, entusiasta en sus ideales, que sabía transigir con dignidad cuando era necesario pero sin declinar jamás de sus convicciones".

* En *Desde la tribuna* (1937) congregó sus alocuciones sobre temas universitarios y educativos en general y sus reflexiones sobre cuestiones de política internacional. Entre las notas incorporadas a esta antología se destacan:

- el discurso al recibir su diploma de abogado intitulado "El concepto de patria en la enseñanza" al que ya nos hemos referido;
- su discurso en el acto de colación de grados en la Facultad de Derecho de 1918 que tituló "La vida pública. Palabras a la juventud";
- su alocución al recibir el diploma de profesor honorario: "El profesorado honorario, su significación y deberes" (1933);
- su notable pieza al asumir el rectorado que bautizó "Caracteres y funciones de la Universidad de Buenos Aires" (1934);
- el mensaje en la colación de grados de 1935 titulado "Los hombres públicos argentinos y la universidad";
- el discurso de la inauguración del año lectivo de 1936 que dedicó al cincuentenario de la Ley Avellaneda y las funciones de la universidad;
- el mensaje inaugural del Congreso Universitario Argentino de 1936 que denominó "Deberes actuales de la universidad". La obra incluye también las siguientes notas: "La vocación profesional", "La fiesta de la raza", "Brasil y la Argentina" (en ocasión de la visita y doctorado honoris causa del presidente Getulio Vargas), "Los Estados Unidos de Norteamérica y la República Argentina", "La confraternidad chileno-argentina", "La universidad y la paz" (con motivo de la Conferencia Panamericana de la Paz de 1936), "Juramento de la bandera", "Función cívico docente de la escuela primaria", "Las escuelas primarias de la Capital. Recursos para sostenerlas" y "Formación del tesoro del Consejo Nacional de Educación" (textos de la interpela-

ción a los ministros del Interior e Instrucción Pública, cuando era diputado nacional, en 1912), "El Colegio Nacional de Tucumán" (en el homenaje a su cincuentenario), "El sentimiento patriótico en la enseñanza" (discurso en 1932 en la Asociación Nacional del Profesorado), "La patria y la mujer argentina" (discurso en la Escuela Normal de Lenguas Vivas en 1936), "La beneficencia privada en la función social de la Asistencia Pública" (mensaje con motivo del vigésimoquinto aniversario de la fundación del Asilo Unzué, de Mar del Plata, en 1937), "Facultad de interpelación de las Cámaras", "Derecho de investigación de las Cámaras", "Fueros y privilegios parlamentarios" (estos tres últimos, probablemente, sus textos jurídico-políticos más citados) y varios otros.

* En *Palabras del rector* (tres tomos, el último de los cuales apareció en 1940) recogió su ingente labor al servicio de la Universidad de Buenos Aires.

* Finalmente, en *Evocaciones históricas* (1937) plasmó una serie de semblanzas biográficas y textos de homenaje sobre grandes personalidades de la vida nacional. Su pluma se posó en Rivadavia, French, Beruti, Alem, Roque Sáenz Peña, Belgrano, Estrada (a quien antes había dedicado un estudio de cincuenta y dos páginas, verdadero testimonio de admiración hacia aquel gran ciudadano y pensador con motivo del primer cuarto de siglo de su fallecimiento), Avellaneda, Urquiza, Aristóbulo del Valle, Bernardo de Irigoyen, Alberdi, Ángel Gallardo, Sarmiento y otros personajes y tópicos de la historia argentina.

Entre los trabajos publicados en revistas especializadas, cabe mencionar sus contribuciones aparecidas en la "Revista Jurídica y de Ciencias Sociales" que dirigía Alberto G. Padilla. Verbigracia: el breve pero luminoso estudio sobre "El individuo y el Estado ante el Derecho Administrativo" (1919) a partir de los grandes cambios producidos en el Estado y la Sociedad y "Fuentes del Derecho Público argentino. La Real Ordenanza General de Intendentes de 1782" (1920).

En esta misma línea se inscribe el prólogo que escribió al libro de Felipe S. Pérez, quien fuera rector de la Universidad Nacional de Tucumán y diputado nacional, *Tratado sobre la jurisprudencia de la Corte Suprema* (Bs. As., 1941).

El prólogo de Gallo es de una patética actualidad, cuando señala: "...como una de las más graves y delicadas atribuciones del Poder Ejecutivo la designación de los miembros de la Corte. Más que juristas, con práctica judicial, la Corte requiere en su personal estadistas y hombres de gobierno..."

En su obra escrita defendió reiteradamente la tesis sobre la responsabilidad del Estado contra las doctrinas de corte autoritario, que sostenían que éste no se equivoca nunca.

Por todo ello puede ser calificado filosóficamente, sin duda alguna, como un administrativista liberal.

O si se prefiere, como un iuspublicista demo-liberal, en el sentido más encomiástico de la expresión. Esto lo demostró con su constante preocupación por el tema de la "responsabilidad del Estado", sobre la cual ya alertó en 1910:

"Puede decirse que este problema de la responsabilidad en sus diversas formas encierra una síntesis de grandes cuestiones y domina el campo total del derecho administrativo, porque afecta a la naturaleza y misión del Estado y del gobierno, a la relación existente entre éste y sus funcionarios y a la de los servicios públicos que debe atender y comprende el conjunto cada día más extenso de las reglamentaciones de la vida colectiva y de las limitaciones de la acción individual en cuanto a la persona y el patrimonio." (*Vida universitaria*, pág. 48.)

Por último, también cabe recordar que exhibió su preocupación por el estudio del Derecho comparado, como lo acredita su aporte sobre "La nueva Constitución de la Alemania como fuente de Derecho administrativo contemporáneo" (1921).

Su muerte

Vicente C. Gallo falleció en Buenos Aires el 3 de junio de 1942, luego de padecer una prolongada enfermedad vascular que gradualmente fue deteriorando su cuerpo y su mente.

Su deceso originó múltiples manifestaciones públicas de pesar.

Se hicieron presente las principales personalidades del país y todos los grandes diarios argentinos expusieron extensas necrológicas.

Por la Academia de Derecho despidió sus restos el Dr. Rodolfo Bullrich y el doctor Carlos Saavedra Lamas hizo lo propio por la Universidad en su calidad de rector.

"La Nación" destacó sus méritos como jurista e inició la nota fúnebre señalando que ese diario había publicado poco antes de su muerte un estudio sobre la jurisprudencia de la Corte Suprema, realizado ya con su

enfermedad avanzada, pero que demostraba su preocupación por la ciencia jurídica.

El matutino de Mitre puntualizó que en "la labor científica, educativa y humanística, se descubría no sólo la consagración del maestro, del hombre especializado en disciplinas determinadas, sino, y muy principalmente, una vocación de ciudadano, un ideal de repúblico..."

(...) "En la sociedad, en los círculos ilustrados de la metrópoli, se lo apreciaba por sus cualidades, por su equilibrio, por su reposo en el juicio sobre acontecimientos y personas..."

En tanto "La Razón" expresó:

"No sería juicioso trazar ahora mismo el balance de la obra política de Vicente C. Gallo, pero puede decirse resueltamente que fue un hombre movido por la pasión del bien público, y que la sinceridad fue su virtud mayor, su fuerza más poderosa y el sello de su personal magnetismo.

"No era hombre de seducir a la muchedumbre ni buscó por tales caminos el halago de la popularidad, es seguro que jamás lo sedujeron tentaciones de esta índole.

"Su vida interior era demasiado rica para que en ella prosperaran aspiraciones de nombradía efímera. Vicente C. Gallo halló su senda predilecta cuando la cátedra universitaria lo llamó al servicio de la República.

"Llegó al rectorado con naturalidad, con pleno merecimiento, como quien cumple un destino. Eso lo alejó de la política militante..."

(...) "Su obra rectoral no tuvo la ayuda del tiempo. Ya dijimos que en lo mejor de su afanosa dedicación a la causa de la cultura universitaria, una neblina fatal invadió su espíritu y le paralizó el vuelo de sus esperanzas de maestro.

"Era un católico decidido, actuante, ferviente, valeroso en la pública profesión de su fe. El misticismo del ciudadano era un reflejo del misticismo del creyente."

Vicente C. Gallo, que nunca fue un político populista, fue, sin embargo, el más popular de los políticos antipersonalistas; cabe recordar que ganó las difícilísimas elecciones a senador nacional de 1919, celebradas después de la Semana Trágica, momento en el que el apoyo popular al

gobierno había disminuido y, a pesar de ello, pudo hacer prevalecer el prestigio de su persona.

Esta circunstancia fue reiteradamente recordada en años posteriores, hasta tal punto que hubo quien llegó a afirmar que otra suerte habría tenido el antipersonalismo en 1928, con la fórmula Gallo-Melo (y no con la fórmula Melo-Gallo, que fue la sostenida).

Se podrá coincidir o discrepar con la obra pública de Vicente C. Gallo, se podrá juzgar de una manera u otra su enfrentamiento con Yrigoyen en la década del veinte y su retorno al tronco común en la década del treinta, pero sobre cualquier juicio debe acordarse que en su prolongada vida política tuvo una sola postura moral, sin duplicidades, sin electoralismos, sin oportunismos.

Hoy, que la República transita una agonía ética que parece conducirnos a abismos insospechados, el recuerdo de personalidades como Vicente C. Gallo reconforta.

Además, nos obliga a apartarnos de la innoble práctica por la cual es tan frecuente que la ingratitud y el olvido sean las tradicionales monedas de pago entre argentinos.

El mejor homenaje que podemos rendir a Gallo es encuadrándolo, con toda su trayectoria, en la severa admonición de Joaquín V. González:

"...sobre la necesidad de que los hombres políticos no dividan el concepto de la 'moral', que no tengan dos tipos de moral, una para la vida privada y otra para la vida pública, que no haya una moral electoral y otra personal..."

"Esta duplicidad de la moral y la conducta es la que en nuestra época está convirtiéndose en una verdadera enfermedad humana, es, no me avergüenzo en decirlo, una enfermedad nacional..." (Cámara de Diputados, 29 de julio de 1901).

Cuando observamos el olvido casi generalizado de la vida y la obra de Vicente C. Gallo, nos preguntamos si ese descuido no será consecuencia del cambio de estilo y de normas que rodean a la vida social del presente.

Es obvio que Gallo nada tenía que ver con la práctica del "show off" ni con el prototipo del "homo videns" que tan sutilmente pulveriza con estiletos de ironía Giovanni Sartori en obra reciente.

Acaso —es mi respuesta— Gallo haya pagado el precio de su altiva independencia de criterio, que ejerció en todos los órdenes de la vida y, muy especialmente, en el campo cívico, donde demostró ser un ciudadano con activa conciencia y espíritu crítico.

¿Es que hoy padecemos un desabastecimiento de tan preciadas calidades y cualidades? ¿Qué queda de aquella Argentina? ¿Dónde están los caballeros estadistas?

Que el silencio en torno a estos interrogantes nos sirva para meditar acerca del vacío y las consecuencias que éste puede engendrar.

El mismo vacío y las mismas consecuencias —acaso— que ya conocimos en otras oportunidades, cuando en un corto tiempo se alejaron para siempre personalidades convocantes de la talla de Lisandro de la Torre, Vicente Gallo, Marcelo T. de Alvear, Julio Roca y Agustín P. Justo, entre otros.

BIBLIOGRAFIA

- * ALDAO, Martín: *Notas y Recuerdos y Las Flechas de Ulises*, Buenos Aires, 1948.
- * ALVAREZ, Eduardo (h): *V. Gallo: el hombre, el político, el universitario*, Buenos Aires, Ed. Perdriel, 1922.
- * *Datos biográficos del Dr. Vicente C. Gallo*, Imprenta de la Universidad, Buenos Aires, 1939.
- * DEL MAZO, Gabriel: *El radicalismo*, Ed. Gure, Bs. As., 1959, tomos I y II.
- * DIARIOS, revistas y periódicos de la época. Debates, declaraciones públicas y notas necrológicas de V. C. Gallo.
- * *Diccionarios biográficos argentinos* (Abad de Santillán, etc.)
- * *Historia de la Nación Argentina*, Ed. Academia Nacional de la Historia, 1964, Vol. I, Sección 2ª, Cap. XVI, presidencia de M. T. de Alvear, por Raúl Molina (págs. 271-345).
- * KLAPPENBACH GALLO, Jorge: *Los Gallo* (apuntes inéditos suministrados al autor).
- * LUNA, Félix: *Alvear*, Ed. Libros Argentinos S.R.L., 1958, págs. 42, 81, 94, 105, 108, 162.
- * MALBRÁN, Manuel E.: *Vicente Gallo*, en *Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas*, Tomo XVII, pág. 587 y ss.
- * OBRAS, artículos, folletos y demás publicaciones del doctor Vicente C. Gallo; así como también diversas referencias biográficas.
- * PEREZ, Felipe S.: *Tratado sobre la jurisprudencia de la Corte Suprema*, prólogo del Dr. Vicente C. Gallo, tomo I, 1941, pág. 5 y ss.
- * RAMOS MEJIA, Enrique: *Vicente C. Gallo*, en *Primeros académicos de Derecho*, en *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales*, serie II, nº 17, pág. 37 y ss.
- * RISOLIA, Marco Aurelio: *Homenaje con motivo de cumplirse el centenario de Vicente C. Gallo*, en *Anales de la Academia*, nº 14, 1977, pág. 275 y ss.
- * SILVA RIESTRÁ, Juan: en *Académicos de Derecho y hombres de gobierno*, Cap. VIII: "El rector doctor Vicente C. Gallo", Academia de Derecho, Serie II, nº 5, 1969, pág. 187 y ss.
- * VANOSSE, Jorge Reinaldo: *Leopoldo Melo y el Derecho Comparado*, en "El Derecho", 26-XII-1990 y *Leopoldo Melo*, serie *Los Diplomáticos*, publicado por el CARI, Bs. As., 1997, 111 páginas.

COMENTARIOS

ACADÉMICO DOCTOR ROBERTO MARTÍNEZ RUIZ

En adhesión a la magnífica exposición del doctor Vanossi, quiero evocar también yo personalmente al doctor Vicente Gallo porque tuve oportunidad de conocerlo en una circunstancia muy grata para mí, que recuerdo, desde luego, para siempre.

Corrían los últimos días de septiembre del año 1939. Me había recibido de abogado a fines del año 1937 y me mandó a llamar el rector de la Universidad, el doctor Vicente Gallo.

Llegué a su despacho en la calle Viamonte 444 y él estaba ya sentado, con la hemiplejía que soportó con una fuerza de voluntad extraordinaria, al punto de que seguía firmando con la mano izquierda —mi diploma de abogado por ejemplo está firmado con una caligrafía propia de una persona impedida de su mano derecha—.

Me dijo, con una expresión halagüeña para mí pero que era manifestación de una bondad exquisita:

"La universidad lo necesita. El 12 de octubre vamos a hacer un acto que por primera vez se va a realizar en la Universidad. Un acto público en que se van a entregar las medallas de oro a los egresados de todas las facultades de la Universidad, un acto que va a tener lugar en el aula magna del Colegio Nacional de Buenos Aires y en el que va a hablar por los profesores, despidiendo a los graduados, el ingeniero Enrique Butti y usted hablará en nombre de los premiados."

Por supuesto, para mí fue un halago muy grande y acepté complacido.

El 12 de octubre de 1939 concurrimos todos los graduados con medalla de oro con nuestras familias; entre otros, Marco Aurelio Risolía que creo que se había recibido en 1935; la doctora Elena Julia Palacios,

que se había recibido en el año 1936 y yo, en el año 1937, y después de las otras facultades.

Antes de empezar el acto, tuvo lugar un episodio protocolar más bien ingrato. En primera fila estaba el doctor Alfredo Palacios y, por esas dificultades de un protocolo mal manejado, en el estrado principal instalaron como presidiendo el acto a un marino, el edecán del presidente Ortiz, quien no pudo concurrir porque estaba enfermo.

Palacios se levantó y con voz estentórea dijo:

“No puede presidir el acto el edecán del presidente de la Nación porque la Ley Avellaneda dice que el rector debe presidir todos los actos de la Universidad”. Y se retiró.

He querido recordar al doctor Gallo pues fue un momento muy especial, inmejorable, y que no se borrará jamás de mi memoria.

E
estu
apre
nor
exar
debi

E
ra es

E
imp
acto

Y
hum
de lo
cohe

Si
de fi
cienc

(*)
bre de

DERECHO CONSUETUDINARIO O NORMA CONSUETUDINARIA

POR JULIO CÉSAR CUETO RÚA (*)

Estudiamos poco las costumbres. Desde el comienzo de nuestros estudios, en el nivel superior, universitario, los estudiantes estudian y aprenden normas, los profesores agregan teorías, doctrinas sobre normas, de tal manera que todo el nivel educativo apunta hacia el examen de relaciones lógicas, vínculos imputativos, del tipo "si es A debe ser B".

En última instancia a los alumnos les exigimos a lo largo de la carrera estar en condiciones de señalar las relaciones lógico-normativas.

En otras palabras, desplegar el catálogo de los hechos a los que se imputan como consecuencias jurídicas, prestaciones que se deben, un acto humano o una omisión humana.

Y así, aunque teóricamente enseñamos normas y también actos humanos, en la Universidad sólo estudiamos normas y nos olvidamos de los hechos y de los actos sociales. Se da una visión racional con la coherencia propia de la lógica.

Siguiendo las enseñanzas de la ciencia jurídica francesa y alemana de fines del siglo pasado y comienzos del presente hablamos de una ciencia normativa del derecho porque ella se refiere a normas.

(*) Comunicación efectuada por el Académico en la sesión privada del 24 de septiembre de 1998 en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

El conocimiento adquiere carácter de científico porque con el aparato conceptual típico del jurista, del investigador, se aprehende y se despliegan las normas jurídicas.

Estudiamos los conceptos, su extensión lógica, sus relaciones entre ellos.

Luego ampliamos el conocimiento de la norma al conocimiento del sistema de las normas.

Examinamos las relaciones, las jerarquías normativas e inyectamos nuevos elementos de tipo normativo en la cabeza de los alumnos y los vamos preparando para pensar en términos normativos, pero no los preparamos lo suficiente para hacerse cargo de los datos de la realidad con la que debe entenderse al actuar como abogado.

Los alumnos, de una manera bastante oscura y los jueces, también a veces de una manera oscura, se topan con los hechos, con los conflictos, con las disputas que llegan al Tribunal.

Así aparecen para el abogado y para el juez como objeto de su preocupación no tanto las normas cuanto los hechos. Y hay hechos de diversas clases.

En nuestra tradición de origen romano nos encontramos con hechos naturales y con hechos culturales, con comportamientos humanos.

Cuando comienza la práctica del derecho, el abogado recién recibido descubre para su sorpresa que mucho de lo que estudió con criterio lógico, normativo, es inútil, no se lo aplica.

Si ustedes analizan los programas de estudios universitarios del Derecho encontrarán en ellos temas abstractos de escasa aplicación práctica.

En los exámenes de promoción nos veíamos obligados a repetir definiciones conceptuales de difícil comprensión y de escaso valor instrumental. Temas que nos hicieron sufrir y que pocas veces se dieron en la experiencia empírica.

Nos hemos encontrado con teorías y doctrinas en la Facultad que nunca debimos aplicar en los Tribunales.

¿Recuerdan las teorías de Savigny y de Ihering sobre la posesión?
¿Cuántas veces las aplicaron en la práctica del Derecho?

¿Qué enseñamos de esta realidad en la que convivimos, de la que extraemos el sentido del comportamiento humano, la significación de un determinado hecho?

¿Qué les enseñamos de la realidad a los alumnos mientras están en la facultad?

Poco, y si se trata de costumbres, menos aún. La costumbre es un hecho, una cierta clase de comportamiento humano.

Encontramos en nuestra experiencia regularidades de comportamientos. Frente a determinadas circunstancias quienes la viven responden con actos similares.

En la experiencia cotidiana se les presentan a los seres humanos diversas opciones de comportamiento.

La costumbre se da cuando frente a determinadas circunstancias quienes la viven eligen la misma opción.

Si deseo pensar estas circunstancias y si veo en ellas una costumbre que debo seguir, pues la comunidad espera de mí un acto similar al consuetudinario, lo pienso normativamente de la siguiente manera: si habitualmente es A, debe ser A.

Con el comportamiento consuetudinario me encuentro ante una realidad de hechos y de actos humanos que se dan en la realidad empírica de los comportamientos humanos con esta singular cualidad: si cada vez que se dan las mismas circunstancias quienes las viven se comportan de la misma manera, entonces deben comportarse de la misma manera. Si es A debe ser A.

Entonces yo me pregunto si esto es así, si estoy inmerso en flujos de acontecimientos humanos, es mi aparato sensorial quien me pone en contacto con esa realidad.

Vivo preferencias en cada momento de mi existencia y algunas de esas preferencias se dan regularmente cuando las circunstancias son las mismas.

Son numerosas las comunidades cuyo único derecho es el consuetudinario.

Estudiarlo implica necesariamente intuir una realidad empírica. Requiere conocer cómo se comporta la gente.

Yo recuerdo el efecto profundo que me produjo la lectura de un libro de Karl Llewelyn, con la cooperación de Hoebel, un sociólogo. El libro se titulaba *Las costumbres de los cheyennes*.

Se instaló Llewelyn en el seno de la comunidad cheyenne, para identificar y definir el derecho cheyenne.

Se está ante una comunidad, ante relaciones sociales, relaciones de familia, transferencias del dominio, adquisición de bienes, actos de uso o usufructo, hay una rica variedad de acontecimientos que se viven con espontaneidad. Los cheyennes no la meditan, la viven.

La percepción de esta realidad por Llewelyn pone de manifiesto una cierta regularidad en el comportamiento de los integrantes de la comunidad. Esta regularidad hace posible la predicción de los acontecimientos.

La comunidad se organiza y opera porque está en condiciones de insertar los actos de sus miembros con eficacia en el devenir de los sucesos. No se da el desafío que debe enfrentar el jurista cuando se encuentra con fenómenos humanos complejos, inesperados, extraordinarios.

Regidos por las costumbres, pocas son las posibilidades de cambio. La comunidad cheyenne elaboró formas vitales a las que se ajusta.

No deben reflexionar su preferencia. Eligen espontáneamente y viven entendiéndose en las costumbres.

Llewelyn conoce el derecho de los cheyennes porque puede observar sus costumbres. Los cheyennes no razonan lógicamente. Su comportamiento lo viven conforme a las costumbres.

Llewelyn analiza los comportamientos, los interroga y logra respuestas, que encuentra en la historia de la comunidad.

Llewelyn llega a conocer el derecho de los cheyennes, el derecho consuetudinario de los cheyennes, porque ha podido comprender el sentido de los actos consuetudinarios de los integrantes de la comunidad.

Cuando termina su investigación, Llewelyn rinde tributo al derecho consuetudinario de los cheyennes. Expresa su admiración por el equilibrio, el sentido de la previsión, la sabiduría ganada a lo largo de una prolongada experiencia.

No sabían leer ni escribir. Sabían vivir. Voy a tomar un caso de su historia para ilustrar lo que estoy diciendo.

En el derecho consuetudinario y en las comunidades primitivas regidas por las costumbres se experimenta un alto grado de estabilidad social, porque, justamente, impera la costumbre. La costumbre es repetición. Para circunstancias similares, similares opciones.

Así se van mostrando las regularidades del comportamiento. Pero cuando surge lo inesperado, buscan respuestas en la historia y generalmente no encuentran la respuesta buscada.

¿Qué se hace entonces cuando surge lo inesperado?

En comunidades dominadas por el comportamiento consuetudinario se da un alto grado de orden y seguridad. Se debe hacer lo que se ha venido haciendo.

Llewelyn cuenta el siguiente relato de una situación carente de precedentes en la historia de la comunidad, según el relato de uno de los ancianos de la misma.

Una partida cheyenne penetra en territorio sioux. Es una partida guerrera. Lleva su jefe el mejor caballo de la tribu cheyenne. En el curso de la incursión, su jefe muere inesperadamente. En medio de territorio sioux el grupo cheyenne pierde su caudillo.

Había dos lugartenientes. Ambos pretendieron la posesión del caballo del jefe muerto. Era el mejor, el más veloz, el más resistente. Daba un grado adicional de fuerza y energía a quien lo utilizaba.

De ahí la razón del duro enfrentamiento de los dos lugartenientes. Ambos querían el caballo, metidos en territorio sioux. Cada uno de estos dos lugartenientes con sus respectivos seguidores, se enfrentaron en territorio sioux.

Esta situación no tenía precedente, no había costumbre que pudieran seguir. El conflicto era intenso y generaba agudos riesgos y una lucha intestina por el poder. La gravedad del caso se acentuaba porque el territorio era del enemigo.

El conflicto debía ser resuelto rápidamente y así lo fue. Por decisión de los guerreros, el caballo fue muerto. Llewelyn señala la eficacia del grupo y la rapidez con que adoptó una solución que puso fin al dife-

La decisión no alteró las costumbres, fue concordante con los intereses del grupo y trajo la paz a los integrantes de la partida guerrera.

¿Qué enseñamos nosotros de regularidades de conductas?

Nuestro Código Civil tiene una norma pretenciosa. Dice que los usos y costumbres no pueden crear derechos sino cuando las leyes se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente.

En otras palabras, las costumbres obligarían sólo cuando lo autoriza la ley. Esto es insostenible. Es un grave error. Es estar ciego a la realidad circundante, no percibir la regularidad de los comportamientos sociales.

Las normas son entes lógicos, pero los abogados y los jueces viven en estrecho contacto con la realidad humana.

Nosotros hemos venido a esta reunión. Nadie lo acordó con los demás. Tampoco lo manda la ley. Pero vinimos vestidos como debíamos venir. No pensamos que debíamos venir vestidos. Ni siquiera lo razonamos. Seguimos la costumbre.

Las costumbres constituyen algo así como una suerte de basamento donde echa raíces el derecho, intuimos los comportamientos regulares de los integrantes de la comunidad y vivimos como los demás. Pero podemos pensar lo que intuimos y el pensamiento normativo es del siguiente tipo: si en las circunstancias Alfa se da regularmente A, en cada circunstancia Alfa debe ser A.

Los abogados y los jueces por educación y entrenamiento pensamos en términos normativos, del tipo: si es A debe ser B. Si A es una costumbre, pensamos que si es A, entonces si es A debe ser A.

Los abogados y los jueces piensan en conexiones lógicas entre antecedentes de hechos y de actos a los que imputamos prestaciones como debidas.

En el caso de las costumbres pensamos que si cierto comportamiento se da con regularidad, entonces lo que es, debe ser.

Nos encontramos ante un conjunto de significaciones humanas cuyos contenidos son comprendidos como constituyendo comportamientos debidos. Cuando encontramos regularidades generalizadas de comportamiento, los hombres tienden a seguirlas y piensan que deben seguirlas porque esa es nuestra costumbre.

Yo puedo ver a la costumbre de dos maneras. Una, es la aludida por el Código Civil, art. 17. Un acto es debido si una norma jurídica explícita dispone que dicho acto sea debido cuando se dan los antecedentes que la norma jurídica explícita menciona.

Esa relación la encontramos en el mundo continental romanista, en los códigos y en las leyes. Las leyes y los códigos constituyen un conjunto organizado y sistemático de relaciones de tipo imputativo.

Hemos sido entrenados para pensar en términos imputativos. Así enlazamos los hechos y los actos antecedentes mediante imputaciones, con las consecuencias debidas.

Éste es menester propio de jueces y abogados. Éstos han sido entrenados para encontrarse en condiciones de dar la respuesta que corresponda cuando se preguntan por las consecuencias de un determinado comportamiento.

El buen abogado está en condición de asesorar a su cliente cuando viene y le pregunta:

"Doctor, acaeció A ¿qué debo hacer?"

La respuesta la da el jurista buscando leyes, reglamentaciones y doctrinas. Ellas nos dicen que si acaeció A, debe ser B.

No hay normas legisladas si el derecho es consuetudinario. El derecho consuetudinario se vive, cada uno del grupo actúa como los demás. Los integrantes de la comunidad viven de la misma manera.

En el caso del derecho consuetudinario no tenemos normas generales sancionadas por una autoridad legislativa. Esto desorienta a los abogados y a los juristas. Ellos están acostumbrados a aplicar las normas generales legisladas. Si no cuentan a priori con normas generales escritas sancionadas por autoridades legislativas, jueces y abogados, pierden orientación.

Podrán faltar normas generales expresas, pero nunca faltarán costumbres, porque el hombre es un ser de costumbres. Las adquiere muy pronto y le permiten vivir.

Las costumbres obligan, pero no todas obligan de la misma manera ni entrañan sanciones de la misma clase si no se las sigue. Suele llamarse costumbre obligatoria a aquélla que entraña una sanción en caso de incumplimiento, aplicada por un órgano de la comunidad.

Pero las costumbres consideradas no obligatorias, porque no las impone coactivamente un órgano de la comunidad, también obligan porque las costumbres son seguidas por los miembros de la comunidad y así deben hacerlo.

Si la costumbre es A, entonces debe ser A. Ésta es justamente la enunciación de la norma consuetudinaria.

El jurista formado en la tradición romanista no se siente cómodo si no tiene a mano una norma general escrita aplicable al caso. No hay tal norma general escrita en el derecho consuetudinario. Esto molesta a los jueces y abogados formados en las tradiciones del derecho civilista. Buscan desesperadamente la norma escrita, pero en derecho consuetudinario la norma no está enunciada.

Es el jurista quien la enuncia. Él necesita la expresión normativa escrita y la manera que tiene para enunciarla es justamente pensar que si es A debe ser B. En cambio, la norma consuetudinaria requiere otra expresión: Si es A debe ser A.

Hemos estado hablando de costumbres de una cierta clase, probablemente la de menor importancia.

Pero hay otro tipo de costumbres de mucha mayor importancia. Los abogados y los jueces las ignoran olímpicamente. No se las enseña, no se les asigna significación. Son desdeñadas.

Se trata de comportamientos de un alto grado de regularidad, constituyen una suerte de "patterns", esquemas de comportamiento regular.

Vivimos en una comunidad organizada, no porque se firmen cierta clase de escritos sino porque la comunidad se comporta con regularidad.

La comunidad comprende la necesidad de lograr una cierta regularidad del comportamiento social. Él guía a las personas en la adopción de actos a cuyo cumplimiento se sienten convocados. Cada uno de los integrantes de la comunidad debe actuar.

El hombre es un ser forzado permanentemente a elegir, aunque habitualmente no tenemos conciencia o clara representación de la opción. No reflexionamos sobre las preferencias, no analizamos las razones de nuestro comportamiento, forzado, por la índole misma de su ser, a ejercitar opciones, a elegir.

No elegir es un modo de elegir. Se elige aun como aquel personaje de Sartre, en *La Náusea*, el perfecto abúlico, pasivo, nihilista, para quien vivir era un mero discurrir del tiempo, carente de sentido. Aun este singular personaje de la nada, prefería, ejercitaba una acción, hacía nada.

Este hacer nada también es un comportamiento, es un modo de ser, es una realidad, emergente de una preferencia.

Todos ustedes ahora están prefiriendo, me están escuchando pero pudieron haber preferido no escucharme.

Si analizan la vida de cada uno de nosotros, en este instante, constataremos nuevas preferencias u opciones. Descubrirán que la vida de cada uno es un reiterado y constante preferir: la hora de comer, la hora de la siesta, la hora del trabajo, la hora del cambio. Esas preferencias se viven, de ellas poco se habla.

Esto genera un modo de la convivencia. Nos entendemos porque comprendemos las situaciones y las circunstancias.

Ustedes en este momento están prefiriendo estar acá escuchando. ¿Por qué lo hacen? Lo hacen así porque corresponden a nuestras habituales preferencias o a lo que se consideran debidas "buenas maneras, buena educación, buenos modales, delicadeza en el comportamiento".

El hombre en sus circunstancias encuentra elaborados esquemas de vida, respuestas para las diversas opciones que les suministran las diversas circunstancias de cada situación.

Puede argüirse que eso no es derecho porque no se verifica una relación imputativa.

Se trataría de una mera realidad a la que no se referiría norma expresa de la ley como lo señala el artículo 16 del Código Civil. Se descartan como si carecieran de significación en Derecho al no disponer de soporte normativo en una norma legislada de alcance general.

Con lo cual el personaje más importante de la experiencia jurídica pasa a ser el funcionario legislativo que establece deberes y sanciones para el incumplimiento de aquéllos. Pero no cuenta, es descartada, la convivencia pacífica y ordenada de la comunidad, comportándose de acuerdo a las costumbres de la comunidad.

Los abogados buscamos, decía Kantorowicz, como buscan los gusanos madera podrida con la que alimentarse.

Buscan obligaciones y sanciones, pero poco se ocupan de la libertad de los integrantes de la comunidad. Está desdeñada, está ignorada la experiencia comunitaria de todos los días.

Uno puede preguntarse: ¿para qué la necesita?

La necesita por una razón elemental. Todos ustedes son juristas de primera calidad y por eso están sentados aquí. Saben que cuando se produce un evento carente de precedentes, un suceso extraordinario, inesperado, no se encuentran normas a la vista para resolver los problemas suscitados por tal evento y, si se encuentra una norma, se presenta ambigua o vaga frente a la nueva realidad. Diversas son sus significaciones aceptables.

Los abogados encontramos recursos para vivir en las inevitables diferencias y en los problemas interpretativos que genera un cambio inesperado en la realidad, en otra manera de vivir.

Los abogados somos expertos en encontrar nuevas significaciones para las palabras mediante las cuales se enuncian las normas jurídicas generales.

Ante cambios en la realidad surgen los interrogantes:

¿Qué significa esta nueva realidad? ¿Cómo la describo? ¿Qué palabras utilizo? ¿Qué alcance doy ahora a conceptos cuyo sentido se ha hecho problemático?

La Facultad de Derecho nos ha enseñado durante cuatro o cinco años de estudio cómo comprender el sentido de las normas generales que sancionan los legisladores.

Utilizamos diversos métodos, tales como el exegético, el histórico, el teleológico, el racional deductivo. No todos llevan a las mismas conclusiones. Al contrario, las conclusiones de esas interpretaciones metodólicas son variadas y a veces contradictorias.

Los juristas tienen a su disposición numerosos métodos de interpretación. Hernández Gil necesitó dos tomos totalizando más de 600 páginas para describir los métodos más importantes.

Todos quienes estamos hoy aquí sabemos cómo debemos comportarnos. Habitualmente optamos un curso determinado de conducta sin un análisis reflexivo previo.

Sabemos lo que debemos hacer y lo hacemos. Para nadie es una sorpresa que todos aparezcamos vestidos de manera similar, sin habernos puesto de acuerdo previamente. Vivimos una regularidad de significaciones en nuestro comportamiento social.

Esta repetición es una manera, como diría Ortega, de ahorrarle preocupación al sujeto. Porque la costumbre le permite al ciudadano ahorrar esfuerzo.

Si siempre debe optar por la estructura misma de su vida, la presencia de costumbres le ahorra el esfuerzo de reflexionar sobre sus opciones. Si quisiera deliberar antes de optar necesitaría efectuar un esfuerzo muy importante, cada opción requeriría reflexión. El hombre no tiene tiempo para ello.

La vida resiste un esfuerzo de esta índole. Ella es mucho más avasalladora, enérgica, heterogénea, cambiante. No podríamos vivir con tantas pausas reflexivas. La vida no nos da tiempo para tanta reflexión y análisis.

El sentido del comportamiento social lo da la comunidad. Quienes la integran se entienden.

Dice Ortega: "elimino el peso de las opciones. Inserto mis acciones en las formas de vida preexistentes".

La presencia de costumbres disponibles me ahorra el esfuerzo vital de elegir opciones. Me sumerjo en el comportamiento consuetudinario y con ello ahorro esfuerzos.

Hago como los demás, vivo como los demás. Podemos vivir porque vivimos como los demás.

La convivencia con los demás es una convivencia pacífica y comprensible. Hay momentos, sin embargo, en que la convivencia pacífica se rompe. Entonces se altera la regularidad de los comportamientos de las personas.

El libro de Llewelyn y Hoebel sobre las costumbres de los cheyennes nos muestra su derecho, derecho consuetudinario.

Los cheyennes no reflexionaron sobre su derecho, ningún cheyenne se puso a escribir sobre el derecho de los cheyennes. Lo vivieron. Fueron unos extranjeros quienes se instalaron en territorio cheyenne para describirlos por escrito.

Así se captó el sentido de los comportamientos sociales y se comprendió su derecho. El derecho estaba ahí, en presencia. Los cheyennes lo vivieron.

Llewelyn y Hoebel lo describieron, lo pensaron y lo conocieron reflexivamente. En cambio, los cheyennes lo intuyeron y lo vivieron.

Por un lado encontramos vivencia e intuición, y por el otro conceptos.

Ustedes han vivido la experiencia de la obtención del título de abogado, y luego de la práctica de la profesión, ¿se acuerdan del shock de los primeros meses de práctica de la profesión?

¿Recuerdan la diferencia entre lo leído y lo estudiado en los tratados y los ensayos, por un lado, y lo experimentado por el abogado en su práctica profesional?

Entramos en contacto con la vida diaria del tribunal, con los jueces, los secretarios, los fiscales, los defensores, los oficiales con sus manías, sus rutinas, sus prejuicios, sus excesos, sus hallazgos, sus grandezas y sus pequeñeces, el secretario tratando de abrirse camino, el oficial primero, manteniendo los expedientes, los empleados de Mesa de Entradas con sus hábitos y su paciencia. Sobre poco de este mundo nos han hablado en la Facultad.

Los abogados comienzan a conocer ese mundo cuando se asoman al Tribunal, "hacen cola", hablan con el oficial primero o los empleados de Secretaría. Así van descubriendo un mundo cuya existencia no fue analizada en la Facultad.

Muchos de esos abogados caminan unas cuantas cuadras y van a la Facultad, pero allí no descubren o ignoran la experiencia de los tribunales, la experiencia de jueces, abogados, empleados y clientes.

En lugar de estudiar la experiencia debemos estudiar teorías abstractas, "naturalezas jurídicas", concepciones doctrinarias extranjeras de dudosa aplicación en nuestros tribunales.

¿Para qué me sirven esas abstracciones?

¿Cuántas cosas hemos estudiado carentes de interés práctico?

En cambio, desdeñamos el comportamiento espontáneo, pacífico, de los miembros de la comunidad, sus costumbres, sus preferencias, sus

valores, sus diferentes métodos de conocimiento y aplicación del Derecho.

Cuando hay resistencias, desajustes, divorcio entre las normaciones generales, ponemos nuestro interés teórico en el plano de las palabras legislativas, de las doctrinas elaboradas para exponerlas de una manera lógica, consistente. Organizada la realidad social queda relegada a un segundo plano o es despachada al plano de la sociología.

El desajuste entre las teorías jurídicas aprendidas en los libros o en las aulas y la experiencia del derecho en tribunales u organismos públicos, al perturbar la regularidad de los comportamientos hace enigmáticas las respuestas de los juristas. Obliga a reflexionar sobre las opciones y cuánto mayor tiempo debemos dedicar al estudio de las opciones tiende a amortiguar el ritmo del crecimiento cultural y la penetración profunda en la realidad jurídica.

Ya tengo 78 años de edad. Siempre alenté la esperanza de contemplar una generalizada toma de conciencia por los abogados argentinos acerca de la honda realidad en la que el derecho echa sus raíces, de la prioridad que se debe reconocer al mundo de los comportamientos humanos, con sus necesidades, sus pretensiones, sus carencias y limitaciones.

Exigimos a los alumnos el estudio de teorías escasamente comprensibles por su abstracción, debidas a las plumas de intelectuales franceses y alemanes, luego enriquecidos con italianos y con españoles, todos preocupados por las normas generales, pero poco por la realidad social.

Aliento la esperanza de escuchar las voces de nuevas generaciones de jueces y abogados argentinos dedicados a meditar acerca de la experiencia, es decir, acerca de lo intuible, lo perceptible por los sentidos y lo comprensible por lo valioso.

Deseo llamar la atención sobre la necesidad de utilizar conceptos para iluminar y aclarar la experiencia, no para dejarla de lado o, peor, descalificarla porque no coincide con nuestras expectativas.

COMENTARIOS

ACADÉMICO DOCTOR AUGUSTO MARIO MORELLO

Siempre va a la vanguardia el doctor Cueto Rúa. La comunicación anterior a ésta, "Factores axiológicos en el proceso de interpretación y de selección de los métodos jurídicos", fue maravillosa y útil, señala cómo el juez está permanentemente buscando un valor para darle la preferencia. Humildemente participamos de esto desde el ángulo procesal.

También explicó, a través de la perspectiva de Ortega y Gasset, la espontaneidad de las costumbres. Ortega, si mal no recuerdo, decía que estamos instalados en la lengua, no necesitamos explicar porque todos compartimos el español y nos entendemos.

Es un desafío realmente, y a veces no lo enseñamos en la Facultad. Traigo un caso concreto.

El recurso más importante procesal es el recurso de casación y controla nomofilácticamente el sentido de la norma.

Estamos discutiendo desde siempre (lo discutíamos con Mercader) si el control de las costumbres a través del recurso de casación puede hacerse o no y, realmente, la costumbre es la fuente jurígena más dinámica, la que posibilita la paz social por encima de la norma, ahí está en juego ese valor fundamental, no la justicia sino la paz.

Hay una doctrina alemana que sostiene que la costumbre, de hecho, es la que genera el contrato.

Yo tomo el taxi y estoy haciendo un contrato de transporte, no tengo que decir nada más, el conductor me tiene que transportar y yo tengo que pagar; voy al cine, no digo nada y el boleterero me entrega el billete pago en la taquilla.

Entonces, me parece que la costumbre es cuestión fundamental; nos aprisiona el conceptualismo y esto nos hace ver parcialmente la realidad jurídica, porque ignoramos la realidad vital.

Creo que hay un esfuerzo que se está haciendo en casi todas las disciplinas y en lo procesal.

Acuérdense que la Academia hizo hace cuatro años un seminario sobre la realidad y el derecho, es decir que nos está empujando la realidad, y si no la computamos ¿qué vamos a hacer? Vamos a hacer una diagonal normativa, está faltando el numen de todo esto.

Así que este esclarecimiento es valioso. No sólo en los Estados Unidos sino también aquí estamos trabajando sobre eso. Desde el punto de vista de que en última instancia también era lo de Cossio, y muchas veces Lino Palacio en materia de teoría general también lo explicitó.

Estamos buscando un punto de equilibrio entre esa realidad desafiante y las opciones continuas, porque realmente afectaría la capacidad de pensar de cada uno, y también porque el derecho tiene que acomodarse a la realidad y las costumbres ayudan a ello, decididamente, no solamente en lo comercial sino en todo.

En este momento para los intereses difusos, para los estipendios de los médicos, para la retribución de los abogados, juega una norma perdida, el art. 1627 del Código Civil que remite a lo que no puede el legislador omitir, lo que la realidad le está mostrando y le demanda.

ACADÉMICO DOCTOR JOSÉ DOMINGO RAY

Después de la excelente exposición del doctor Cueto Rúa y el agregado de nuestro colega, doctor Morello, se acumulan en mi mente algunas reflexiones.

En primer lugar, la distinción de Ortega entre "ideas" y "creencias", es decir de aquello que es pensado, producto del intelecto, frente a lo que se nos da hecho y que forma parte de nuestro mundo.

Ortega así opone lo que "es idea", producto de la reflexión intelectual, frente a lo que es algo con lo que contamos, al margen de toda reflexión y que denomina "creencia".

En segundo lugar, celebramos muchos actos jurídicos y contratos sin pensar en ellos.

Por ejemplo, al tomar un tren y pagar el precio en la estación o al guarda, o en el derecho marítimo, al realizar el capitán un acto de avería gruesa para continuar la expedición en condiciones de seguridad, sin hacer la declaración correspondiente, sin perjuicio que luego se haga la misma.

Es decir que una cosa es la conducta viviente y otra su enfoque a través de una conducta objetivada en una norma.

En tercer lugar, y sin referirme al derecho de los cheyennes y al ejemplo que se dio de solución al problema que se planteaba en el campo de los sioux, cortando el nudo gordiano, vuelvo a reiterar que para mí el derecho es vida humana viviente y vida humana objetivada y la costumbre se da en la vida viviente, reiterada y, entonces, se objetiva en una norma aunque no se haya escrito y, a veces, sea difícil su formulación o reconocimiento.

Por otra parte, la costumbre muy a menudo es fuente de normas contractuales o legales objetivadas.

De aquí que coincido en que las normas deben analizarse en la realidad, en su aplicación, y así lo hemos puesto de manifiesto en oportunidad de la reunión de hace unos años con los académicos de Córdoba.

ACADÉMICO DOCTOR JULIO CÉSAR CUETO RÚA

Todos aceptamos que la legislación es una fuente del Derecho, también decimos que la costumbre es una fuente del Derecho. Pero no asumimos las consecuencias de ese enunciado.

Yo no tengo ninguna duda en identificar en la realidad la costumbre, porque es regularidad de comportamiento.

Si es A en determinadas circunstancias y si cada vez que se dan esas circunstancias es A, entonces debe ser A. Pienso normativamente.

En el pensamiento de los hombres que viven el derecho consuetudinario, como comunidades primitivas o como los chinos, en el derecho tradicional, no se medita, no se razona, no se reflexiona, no se piensa en

términos normativos, viven espontáneamente la comprensión de lo debido según la costumbre.

¿A qué título puede el teórico en Derecho sostener que un artículo como el 17 del Código Civil coloca a las costumbres en un plano subordinado?

Si hay una norma jurídica con sus dos partes lógicas, la que enuncia la prestación debida y la que enuncia la sanción debida en caso de incumplimiento y nos encontramos con una realidad de incumplimiento de ambas partes de la norma jurídica, si nadie la cumple, ni se hace lo debido, ni se castiga por lo indebido, entonces la norma ha perdido vigencia, ha caído en desuetudo.

Según lo aprendido en la Facultad, si no se cumple la prestación (no P) debe ser sanción. Pero cuando la costumbre es no cumplir la prestación, ni aplicar la sanción, ya no tenemos más una norma válida.

Cuando no hay cumplimiento de la prestación y no hay aplicación de la sanción, ¿qué norma es ésta? ¿Hay desuetudo? La norma dejó de existir, no es más norma jurídica.

¿Qué hago yo ahora estudiando este texto muerto? Nadie lo contempla porque ni el ciudadano, ni el funcionario público, ni la policía, lo cumplen. Desuetudo dejó de existir, no integra el sistema jurídico.

En esta materia estamos ante una realidad en plena contradicción con la norma. Lo que cuenta no es el artículo 17, sino el desuetudo.

Los romanos eran inteligentes. Decían: "esa norma ya no cuenta, dejó de existir".

ACADÉMICO DOCTOR EDUARDO AGUIRRE OBARRIO

Yo creo que la exposición fue buenísima. Van dos apostillas sobre ella.

Me parece que lo que ocurre entre nosotros, es decir en la República Argentina, en todo país de derecho de tipo continental, es que estamos muy acostumbrados a hablar del derecho como ley. Pero, en realidad, en todas partes obran las costumbres.

Creo que para apreciar algo de esto quizás fuera bueno pensar cómo funciona el derecho en un club, porque los clubes tienen su derecho, en parte escrito en sus estatutos, sus reglamentos y muchas disposiciones, pero casi nada está reglado.

O sea que, donde dice "vestuario de caballeros", "vestuario de damas" no puede entrar una persona del otro sexo y eso no está dicho en ninguna parte.

Este es un ejemplo muy burdo y elemental, pero es así, y en el club todo el mundo sabe que es así y si entra a propósito o por equivocación a lo mejor la comisión lo suspende por violar la costumbre de ese club. En ese club al bar tal pueden ir las señoras o no pueden ir los chicos y tampoco está dicho expresamente.

Cuando hay una regla es porque se modifica una costumbre anterior y me parece que eso es en realidad la base de todo el sistema.

Segunda apostilla que no tiene nada que ver con esto sino con el ejemplo hípico de los cheyennes.

Voy a contar muy brevemente un caso que resolvió acá un comisario de la provincia de Buenos Aires que se ve que no estaba imbuido de las ideas de estos indios.

Ustedes saben que los comisarios de la provincia de Buenos Aires tienen la facultad de trabajar como si fueran jueces de instrucción, digamos, o la tenían. Hacen el sumario.

Entonces había un lío penal espantoso, con cuchilladas y todo, acerca de quién era el dueño de un caballo y el comisario pudo haber hecho lo mismo que el cheyenne para que se acabara la discusión: liquida al caballo.

Pero en vez (esto sucedió en San Isidro) inventó un *habeas equus*, es decir llevó a los dos frente al caballo y como vio que el animal iba hacia uno y era amigo de ése, ahí resolvió el asunto. Nada más.

ACADÉMICO DOCTOR LINO ENRIQUE PALACIO

Simplemente quería avalar lo que brillantemente dijo el doctor Cueto Rúa, porque me parece que cuando determinado comporta-

miento se repite habitualmente por los integrantes de la comunidad y con la aquiescencia de los órganos de aplicación, se forma una norma jurídica que es exactamente igual y tiene las mismas características que la norma legislada, de cuya estructura lógica también participa.

Por eso, cuando el artículo 17 del Código Civil dice que la costumbre sólo puede crear derechos cuando la ley se refiere a ella, es impotente contra la realidad, es impotente contra la costumbre, porque ésta puede tener efecto derogatorio con respecto a un precepto legal.

Con frecuencia se perciben en la experiencia normas consuetudinarias que son *contra legem*.

Entre muchos otros era el caso, por ejemplo, del artículo 118 del Código de Comercio, según el cual las posturas en los remates debían hacerse de viva voz, y sin embargo la costumbre consistió siempre en que las posturas se hiciesen válidamente por señas.

Era una norma que sin duda había caído en desuso, por cuanto la comunidad había creado, espontáneamente, otra provista de un signo axiológico diferente.

Por eso cabe incluso la posibilidad de que caiga en desuso el propio artículo 17, y ello ocurre cuando las normas legisladas, a causa de perder la valoración positiva que les otorga sentido, se transforman en meros conceptos sin verificación posible en la realidad.

Eso es sólo lo que yo quería apuntar en ánimo de complementar en modesta medida lo que se ha dicho esta noche.

ACADÉMICO DOCTOR JORGE REINALDO VANOSI

Adhiero a los elogios que ha merecido la disertación y deseo hacer nada más que una pregunta al doctor Cueto Rúa.

Dentro de la distinción en boga, dada ya como un valor entendido, entre ciencias duras y ciencias blandas, ¿cómo quedaría ubicado el Derecho sobre la base señalada y por qué?

ACADÉMICO DOCTOR JULIO CÉSAR CUETO RUA

Tenemos que elegir un tramo del mundo de la realidad, ese tramo que encuentro lo transformo en objeto de mi esfuerzo cognoscitivo, por lo tanto, para que yo pueda hablar de una ciencia del Derecho, tengo que estar en condiciones de identificar el objeto de esa ciencia.

Mi respuesta es que, primero, conforme a nuestra tradición romana y a nuestra enseñanza del Derecho, el objeto propio de la llamada ciencia del Derecho es un sistema de conceptos.

Entonces transformamos el conocimiento empírico en una realidad sensible y transformamos mediante un esfuerzo lógico, la percepción de la realidad en un desarrollo conceptual y lo consumimos en conceptos.

Por lo tanto esa ciencia, la llamada ciencia del Derecho, pasa a ser una ciencia normativa, un conjunto de normas, objetos ideales, sólo susceptible de conocimiento mediante procedimientos lógicos.

El método de una ciencia debe corresponder a la naturaleza del objeto a conocer. Si el objeto a conocer son relaciones lógicas, las leyes, el método no puede ser empírico sensible, sino lógico.

Pero el esfuerzo cognoscitivo de los juristas no es puramente lógico. No estuvo clavado en el conocimiento del concepto. También tuvieron entrada las realidades sociales.

La llamada ciencia normativa del Derecho corre el riesgo de transformarse en lógica. Lo que decimos los abogados, ¿es que es científico porque es lógico?

En nuestra disciplina, cortándola de todo contacto con la realidad humana, con las revoluciones, las costumbres, la jurisprudencia, el derecho espontáneo, ¿cuál aplicamos?

¿Existe una ciencia de la realidad empírica, una ciencia de la que nosotros los abogados podamos decir: "el conocimiento que yo logro de esta realidad empírica exhibe características propias del conocimiento científico"? Yo tengo fuertes dudas en esta materia.

Yo les pregunto a ustedes como académicos de Derecho y como profesores de Derecho, ¿creen que el conocimiento del Derecho que nosotros hemos logrado es conocimiento científico? ¿cuál es su objeto?

Si es el comportamiento humano el sujeto cognoscente, debe dirigirse a ese comportamiento y estudiarlo como jurista.

Otros lo estudian desde otras perspectivas como el médico, como el psicólogo, como el sociólogo.

Nuestro interés teórico es contemplarlo desde el punto de vista normativo.

El objeto es el Derecho y el Derecho es un objeto empírico sobre el cual yo proyecto mi interés teórico usando un método adecuado a ese objeto empírico.

Muy bien, pregunto: si es así, ¿cuál es el método científico adecuado para conocer el Derecho? No lo veo por ningún lado.

Y segundo, ¿cuál es el criterio de verdad de las proposiciones normativas? Tampoco lo encuentro por ningún lado. Por eso yo estoy en duda, en duda acerca de la existencia de una ciencia del Derecho.

ACADÉMICO DOCTOR HORACIO GARCÍA BELSUNCE

Yo quiero felicitar a todos los señores académicos que han participado en esta discusión o en estas reflexiones acerca de la exposición del doctor Cueto Rúa porque no me equivoqué cuando dije que iban a enriquecer la exposición, porque si bien es difícil enriquecer algo que puede decir el doctor Cueto Rúa, creo que, sin embargo, se han podido lograr nuevos aportes a lo que él ha dicho.

Para concluir esta reunión, como una suerte de moderador, papel que corresponde a quien la preside, deseo concretar una conclusión que surge de la comunicación y del debate: el doctor Cueto Rúa enuncia su exposición bajo el título "norma consuetudinaria" y dice que la costumbre es un hecho, un comportamiento humano, que no hay normas legisladas si el derecho es consuetudinario; que podrán faltar normas expresas pero nunca faltarán costumbres; concluyendo en que no hay norma escrita en el derecho consuetudinario, que la norma no está enunciada y que es el jurista quien la enuncia.

El doctor Ray concreta estos conceptos diciendo que la costumbre se da en la vida viviente y se objetiva en una norma aunque no se haya escrito.

La conclusión es que la "norma consuetudinaria" existe como norma no escrita, como tal es fuente del Derecho, que es expresión de la realidad y que puede derogar por "desuetudo" la norma escrita, aun el mismo artículo 17 del Código Civil, como lo acaba de afirmar el doctor Palacio.

PRIMERA APROXIMACIÓN AL TEMA PRENSA Y JUSTICIA (1)

POR AÍDA R. KEMELMAJER DE CARLUCCI (*)

1. Algunas frases disparadoras.

Para reflexionar sobre Prensa y Justicia, nada mejor que lanzar algunas frases de gran valor retórico:

Tenemos acceso al mundo a través de los medios. Poco o nada sabríamos del universo si los medios no nos informaran (Herrendorf - Bidart Campos)(2).

Visto a través de los medios masivos de comunicación, el mundo se asemeja a un gran western donde todo gira en torno del enfrentamiento entre los buenos y los malos de la película (Guy Sorman)(3).

(*) Comunicación efectuada por la Académica en la sesión privada del 12 de noviembre de 1998 en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

(1) Tengo en preparación un trabajo de investigación de mayor aliento sobre las relaciones entre prensa y Poder Judicial. Esta comunicación sólo pretende lanzar al terreno de la discusión, en el tiempo otorgado a los académicos en nuestras reuniones privadas, algunas ideas sobre temas concretos, partes de un todo mucho más extenso.

(2) HERRENDORF, Daniel y BIDART CAMPOS, Germán, "El derecho a la información y los medios de comunicación masiva", en "Principios de Derechos Humanos y Garantías", Bs. As. Ediar, 1991, pág. 367.

(3) SORMAN, Guy, "Medios de descerebración masiva", "La Nación", 1/8/1990.

Si los jorobados tuviesen un periódico, allí se probaría diariamente, mañana y tarde, la belleza, la bondad y la necesidad de la joroba (Balzac).

Los procesos no son como las elecciones, que pueden ganarse usando la radio, la televisión y los periódicos (Suprema Corte de los EE.UU., "Shepard c/ Maxwell", 1966)(4).

No creo que sea una reiteración excesiva señalar que las libertades de expresión, prensa, petición y reunión, garantizadas por la primera enmienda, deben ser acordadas a las ideas que odiamos; de lo contrario, tarde o temprano, serán denegadas a las ideas que amamos (juez Black de la Corte de los EE. UU.)(5).

El derecho de pensar y expresar el pensamiento resume la esencia misma de la naturaleza humana (Carlos Fayt)(6).

2. Control público: libertad de expresión y Justicia independiente. La necesidad de diálogo entre dos pilares básicos del sistema democrático.

La necesidad de contar con una auténtica libertad de expresión no está en discusión, sobre todo cuando esa libertad tiene por fin ejercer el control público sobre actividades públicas.

No en vano se afirma: "la prensa es el perro guardián de la sociedad democrática"; "la historia de la libertad de prensa se confunde con la historia de la democracia"(7); "el libre mercado de las ideas es un valor fundante para la democracia"(8); "la libertad de prensa constituye unos

(4) Cit. Por los periodistas Héctor RUIZ NÚÑEZ y Mónica GUTIÉRREZ, "Los medios de comunicación y la justicia", en "La Justicia en la Argentina", Ponencias de las Primeras Jornadas organizadas por Fualí, Poder Ciudadano y Por nuestros hijos, Bs. As, 1994, pág. 66.

(5) Cit. por el juez PETRACCHI en sentencia del 22/11/1991, in re "Comunidad Homosexual Argentina c/ Inspección General de Justicia", "J.A.", 1992-I-264.

(6) Su voto en sentencia del 8/9/1992, María SERVINI DE CUBRÍA, "J.A.", 1992-IV-18 y ss.

(7) LEBRETON, Gilles, "Libertés publiques et droit de l'homme", París, Ed. A. Colin, 1992-IV-18 y ss.

(8) Expresión vertida por la Corte Federal de los EE.UU. durante la presidencia de Warran (Cit. por BALDASSARE, Antonio, "Libertà di stampa e diritto all'informazione nelle democrazie contemporanee", en "Associazione italiana dei costituzionalisti, Libertà di pensiero e mezzi di diffusione", Cedam, Padova, 1992, pág. 59).

de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática y una condición primordial para su progreso y su expansión"(9); "la libertad de prensa es un espacio indelegable"(10); etcétera.

Entiendo, con muchos constitucionalistas, que la Carta Fundamental ha querido proteger este derecho con una suerte de *plus* sobre los demás derechos y garantías constitucionalmente amparados.

De allí la prohibición de la censura previa. Decía Alberdi: "Llamada a la previa censura, revisión o aprobación, junta protectora o tribunal de libertad, consejo literario o consejo de hombres buenos, admonición ministerial de carácter amistoso, dadle si queréis nombres más decentes y amables que éstos y no tendréis otra cosa por resultado que el régimen absolutista".

Ahora bien, la justicia independiente, por su lado, es también un bastión del sistema democrático.

En tal sentido se ha expresado que "La prensa libre y la justicia independiente constituyen dos instrumentos esenciales de la realización y vigencia de la democracia constitucional; por eso es paradójal que estas dos expresiones capitales del espíritu republicano, en el despliegue de su misión de equilibrio y de su cometido profesional e institucional

(9) Expresiones usadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los casos "Hindsie y Sunday Time", cit. por GERIN, Guido, "La libertà di informazione nella convenzione europea dei diritti dell'uomo, Associazione italiana dei costituzionalisti, Libertà di pensiero e mezzi di diffusione", Cedam, Padova, 1992, pág. 119; también citadas por DURÁN y LALAGUNA, Paloma, "El derecho a la libertad de expresión en la jurisprudencia del TEDH", en "Racionalidad e irracionalidad en la política y el derecho", obra colectiva a cargo de Ernesto MARTÍNEZ DÍAZ DE GUERENU, Bilbao, Univ. de Deusto, 1990, pág. 76. La segunda sentencia se publica íntegramente en el libro de BERGER, Vincent, "Jurisprudence de la CEDH", 4ª ed., París, Sirey, 1994, pág. 342. La correlación entre prensa y democracia es objeto de mención de numerosos fallos posteriores. A vía de ej., ver sentencias del 28/8/1992, "Schwabe c/Austria", con comentario de MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Ricardo en "Rev. General de Derecho" tº I., nº 595, abril de 1994, pág. 3.523; sentencia del 23/5/1991, "Oberchlick c/ Austria", con comentario de CUBAS, Joaquín Martín, "Rev. General de Derecho", tº L, nº 589/90, octubre-noviembre de 1993, pág. 9.947; sentencia del 23/12/1994, "Jersild c/ Dinamarca", con comentario de JIMENA QUESADA, Luis, en "Rev. General de Derecho" tº LIII, nº 632, mayo de 1997, pág. 5.370. Todos los autores valorizan la íntima conexión entre libertad de prensa y sistema democrático. A vía de ej., compulsar SLOKAR, Alejandro, "Publicidad de juicio y libertad informativa: notas referidas a la intervención televisiva", "J.A.", 1994-III-812.

(10) VANOSI, Jorge, "Relación institucional entre la Prensa y el Poder Judicial", en "Seminario Poder Judicial y Prensa", Cuadernos de Apepa, nº 26, 1998, pág. 73.

generen zonas de tensión y de serias diferencias"(11), a punto tal, que Pedro Frías afirma: "Todo Occidente es recorrido por la tensión entre prensa y Justicia"(12).

Aunque el acto jurisdiccional de juzgar (que implica serenidad) es absolutamente diverso del juicio de valor de los profesionales del periodismo (expresado bajo la presión de los acontecimientos)(13), estoy convencida de que los operadores de ambos campos no podemos seguir caminando por sendas paralelas, en una "majestuosa indiferencia"; por el contrario, el diálogo se impone entre estos dos pilares básicos de la República.

La necesidad no es nueva:

- En 1973, en Turín, Italia, durante el XV Congreso de la Asociación Nacional de Magistrados, el debate central versó sobre "Justicia e Información"(14);

- el primer congreso oficial de la Asociación italiana de constitucionalistas, realizado en Padua los días 16/18 de octubre de 1986, versó sobre "Libertà di pensiero e mezzi di diffusione"(15);

- la Federación de asociaciones libres de abogados de Italia tituló al congreso celebrado en Boloña en junio de 1994, "Proceso y *mass media*"(16);

(11) CAVIGLIONE FRAGA, Birido, "Discurso inaugural del seminario Poder Judicial y Prensa", en "Rev. de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional" n° 14/15, diciembre 1995, pág. 15.

(12) FRÍAS, Pedro, "Prensa y Justicia", "Foro de Córdoba", año 33, pág. 57.

(13) MARSUAD, Alain, "Légisfére pour concilier présomption d'innocence et liberté de la presse", "Rev. Justices, Justice et pouvoirs", Dalloz, Janv.- Juin 1996, n° 3, pág. 123.

(14) Ver reseña de lo acontecido en VIGORITI, V., "Notizie e Postille", en "Riv. de Diritto Processuale", vol. XXVIII, II Serie, 1973, pág. 532.

(15) Ver trabajos presentados en "Associazione italiana dei costituzionalisti. Libertà di pensiero e mezzi di diffusione", Cedam, Padova, 1992.

(16) Compulsar comunicación presentada por CRESPI, Alberto, "Pubblicità delle udienze e rispetto della persona", en "Riv. di Diritto Civile", annata XL, 1994, parte seconda, pág. 559.

- los magistrados de la Justicia Nacional organizaron en agosto de 1995 un seminario sobre Poder Judicial y prensa, en asociación con Adep(17), que reiteraron en mayo de 1998;
- el Segundo Encuentro judicial brasileño - uruguayo, celebrado en marzo de 1993 en la ciudad de Torres, Brasil, incluyó la cuestión relativa a "El juez y los medios de comunicación"(18);
- el XI Encuentro Panamericano de Derecho Procesal, de octubre de 1996, reunido en Buenos Aires trató, entre otros temas, el de "Proceso y medios de comunicación"(19);
- en enero de 1998, en la Sala 1ª de la Corte de Casación francesa, el Centro francés de derecho comparado y el Ministerio de Justicia de ese país, organizaron una jornada de trabajo sobre "La presunción de inocencia en el derecho comparado" tratándose especialmente el tema "El rol de los medios en los procesos judiciales";
- decenas de encuentros que analizan la situación de la justicia en la Argentina también se refieren a las relaciones con la prensa(20), etcétera.

Pero estos encuentros no bastan; los jueces debemos asumir que la publicidad de los actos de gobierno es uno de los presupuestos de la República; en esta línea de pensamiento, Carrara decía que "la prensa libre, al vigilar la obra de los jueces, aumenta la fuerza de éstos"(21).

Pues bien, esa publicidad presupone el deber de informar, y el cumplimiento de ese deber comporta hablar en un lenguaje comprensible para el destinatario.

(17) Ver discurso del presidente de la Asociación, Bindo CAVIGLIONE FRAGA en "Rev. de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional", n° 14/15, diciembre 1995, pág. 15; un relato de lo sucedido se encuentra bajo el título "Seminario sobre Poder Judicial y prensa" en "LA LEY Actualidad", boletín del 29/8/1995.

(18) Las conclusiones pueden leerse en "Rev. Judicatura", publicación de la Asociación de Magistrados Judiciales del Uruguay, junio 1993, n° 35, pág. 226.

(19) Las conclusiones de este encuentro han sido transcritas en el comentario de LEDESMA, Ángela, XI Encuentro Panamericano de Derecho Procesal, "LA LEY Actualidad", boletín del 28/11/1996.

(20) Compulsar, a vía de ej., "La justicia en la Argentina", Ponencias de las Primeras Jornadas organizadas por Fuali, Poder Ciudadano y Por nuestros hijos.

(21) Cit. por IBÁÑEZ, Perfecto Andrés, "Justicia y opinión sobre la justicia", en "Justicia/Conflicto", Madrid, Tecnos, 1998, pág. 276.

No sin razón se afirma que "en el Poder Judicial las causas están rodeadas de un halo de misterio... Se conoce la decisión, pero la razón de la decisión es conocida por el círculo más o menos ligado al poder que emite la decisión.

Con un lenguaje poco menos que para especialistas, el público es ajeno a la comprensión integral del fenómeno; tiene que encontrárselas con términos tales como *a quo, recurrente, actora*.

Por tal motivo, la función especial del control popular (finalidad de la publicidad) es prácticamente enervada por un conjunto de cripto-obs-táculos que garantizan la hermeticidad de las resoluciones judiciales.

Poco ayudan las revistas jurídicas; empeñadas en una tarea docente y ejemplificadora publican los buenos fallos, pero olvidan hacer públicas aquellas decisiones francamente espeluznantes, en donde el desconocimiento del derecho es palmario.

Ya Ihering destacaba, en el siglo pasado, la necesidad de que se editara en Alemania una revista consagrada a la publicación de estos *engendros jurídicos* para evitar su proliferación" (22).

Por otro lado, no podemos ignorar la brecha existente entre "Justicia y sociedad, entre pensamiento jurídico y sociedad".

Esa brecha —se ha dicho con razón— "genera desconfianza social, inseguridad, impunidad y tentación de discursos autoritarios y de endemoniar en su conjunto a la Justicia. Esa brecha ha sido cubierta por la prensa.

Este típico rol de justicia que cubre la prensa ha generado una peligrosa confusión entre condenas sociales y condenas legales.

(22) MENICOCCI, Alejandro, "Poder judicial y sistema republicano", Rev. "Zeus", 59 D-227. La publicación de las sentencias en revistas especializadas, aunque muy excepcionalmente, ha traído algún problema a las editoriales. Así por ej., un tribunal de alzada confirmó la sentencia que rechazó la demanda por daños y perjuicios contra Editorial "LA LEY", que publicó objetivamente, sin ningún comentario, una sentencia recaída en un juicio por revocación de una donación entre concubinos, haciendo constar el nombre completo de las partes. La Cámara Nacional Civil, Sala I, dijo el 27/2/1992 que "un juicio no referido a cuestiones de derecho de familia no está comprendido, ministerio legis, en la prescripción de reserva dispuesta por el art. 64 inc. b) del Reglamento para la Justicia Nacional, por lo que la publicación de la sentencia no resulta arbitraria ni ilegítima ("L.L.", 1993-B-355, con nota aprobatoria de BADENI, Gregorio, "La publicación de las sentencias judiciales y el derecho a la intimidad").

La sobrepresencia de la prensa cubriendo roles de la justicia no es buena para la democracia.

La salida de esta peligrosa situación no pasa por otro lado sino por la vía de que la Justicia recupere su voluntad de poder, de poder constitucional.

Una justicia independiente no le puede temer ni a la política ni a la prensa" (23).

La prensa, por su parte, debe tomar conciencia de la existencia de un principio básico: el de buena fe.

Así por ej., en EE.UU., el sector profesional de la transmisión radio-televisiva—el llamado *broadcasting*— se gobierna con una regla fundamental, no escrita: la regla del *fairness*; este es el criterio fundamental al cual el sistema se confía para valorar la licitud o la ilicitud de los comportamientos.

Cuando se afirma que quien desarrolla profesionalmente la actividad de transmisión televisiva debe comportarse conforme al *fairness* se quiere decir fundamentalmente dos cosas:

La primera, que debe reservar una cuota razonable del tiempo de transmisión al tratamiento de cuestiones de interés público.

La segunda, que al tratar estos temas debe cubrir de modo equilibrado toda el área de opiniones que puedan expresarse; o sea, hay una prohibición implícita de unilateralidad, de afrontar los temas relevantes desde un solo punto de vista, pues hay una obligación de ofrecer todos los puntos de vista significativos sobre la cuestión de la que se ocupa (24).

Los propietarios de los medios masivos de comunicación deben entender que es necesario que los periodistas tengan un mínimo de for-

(23) Recomendaciones del XI Encuentro Panamericano de Derecho Procesal, "LA LEY Actualidad", boletín del 28/11/1996. Todo autor que escribe sobre el tema, alerta sobre los peligros del "expediente paralelo" que tramita ante los medios masivos induciendo a la opinión pública en un sentido o en el otro (Ver, a vía de mero ejemplo, MORASSO, Alfredo M., "Incidencia de los medios de comunicación en el proceso penal", "LA LEY Actualidad", boletín del 15/7/1997, pág. 1).

(24) ROPPO, Enzo, "La disciplina dei mass media tra normazione analitica e clausola generate di buona fede", en obra colectiva, "Il principio de buona fede", Milano, Ed. Giuffrè, 1987, pág. 72.

mación jurídica; son muchos los hombres de prensa serios que reclaman el dictado de cursos para recibir conocimientos mínimos de derecho procesal(25) de modo de contar con preparación jurídica apta para entender la que pasa y para transmitirlo comprensible y objetivamente a los informados(26), todo ello sin perjuicio de que los tribunales creen el cargo del llamado "cronista judicial" o del "magistrado portavoz", a la manera del tribunal de Luxemburgo, que evita el peligro real que corre el magistrado de la causa de sufrir el "acoso" de los medios periodísticos(27).

En suma, "no tiene sentido preguntarse si está bien o mal que los medios se ocupen de los temas de la justicia.

Es inexorable que lo hagan y lo sigan haciendo, mas hay que recordar que no corresponde a la gente de los medios el rol de administrar justicia, desde que no son jueces; deben formarse para cumplir su función sin perturbar la tarea de la justicia, entender las reglas de juego para no malograr las investigaciones o promocionar tendencias delictivas"(28).

Con este espíritu conciliador, y convencida de que "la relación entre jueces y prensa no puede residir en los suburbios, no la podemos dejar arrinconada en un suburbio como un problema menor"(29), abordaré, principalmente a través de decisiones emanadas de importantes tribu-

(25) RUÍZ NÚÑEZ, Héctor, GUTIÉRREZ, Mónica, "Los medios de comunicación y la justicia", en "La justicia en la Argentina", Ponencias de las Primeras Jornadas organizadas por Fualí, Poder Ciudadano y Por nuestros hijos, Bs. As., 1994, pág. 72.

(26) PEDRAZ PENALVA, Ernesto, "Publicidad y derecho al debido proceso. Publicidad y derecho de acceso a la información contenida en los ficheros de datos jurisdiccionales", "Rev. General de Derecho", año LIII, n° 631, abril 1997, pág. 3.914.

(27) Conf. MAHIQUES, Carlos A., "¿Favorece la realización de los valores republicanos la televisación irrestricta de los juicios orales?", "E.D." 168-961. Los tribunales del país cuentan con diversos tipos de oficinas; así par ej., la Cámara de Apelaciones de Rosario, por acuerdo del 2/2/1997 creó la Oficina de Información y Prensa (Dato proporcionado por RONDINA, Julio C., "Publicidad de actuaciones judiciales en trámite", en "Jurisprudencia santafecina", n° 33, 1998, pág. 30).

(28) GUTIÉRREZ, Mónica, "Los medios de comunicación y la justicia", en "La justicia en la Argentina", Ponencias de las Primeras Jornadas organizadas por Fualí, Poder Ciudadano y Por nuestros hijos, Bs. As., 1994, pág. 47.

(29) VANOSSI, Jorge, "Relación institucional entre la Prensa y el Poder Judicial", en Seminario Poder Judicial y Prensa, Cuadernillos de Adepa, n° 26, 1998, pág. 74. El distinguido académico recuerda el texto de Shakespeare, cuando la mujer de Bruto se queja de ser tratada con desdén y afirma: "Es que tan solo habito en los suburbios de vuestro gusto".

nales, algunas cuestiones referidas a la publicidad de las actuaciones judiciales.

3. Libertad de expresión y derechos humanos.

La prohibición de la censura previa es especialmente importante en los países que, como el nuestro y la mayoría de los de América latina, han conocido períodos de gran absolutismo.

Ésta es quizás la razón por la cual la Convención Americana de Derechos Humanos contiene disposiciones expresas que prohíben la censura previa de modo absoluto, lo que no sucede, por ej., ni en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de la Naciones Unidas, ni en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, ni en la Carta Africana de Derechos Humanos.

Efectivamente, la garantía de la libre expresión de la Convención Americana ha sido diseñada para ser más generosa y para reducir al mínimo las restricciones a la libre circulación de las ideas(30).

Así, el art. 13, luego de disponer que toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, dispone en su párrafo 2º que el ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por ley y ser necesarias para asegurar el respeto a los derechos o la reputación de los demás, o la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

Esta norma se aplica independientemente de quién ordena la censura; este principio también es seguido por la jurisprudencia norteamericana: hay censura tanto si la orden emana del poder administrador como del jurisdiccional.

Lo cierto es que todos los tratados y convenciones sobre derechos humanos, aunque no mencionen expresamente la prohibición de censura previa, hacen referencia a la libertad de expresión.

(30) ALBERDI, Juan Bautista, "Obras completas", Bs. As., 1986, tº III, pág. 107, cit. por DULITZKY, Ariel, "La censura previa en la Convención Americana sobre derechos humanos", en Suplemento de Derecho Constitucional, rev. "LA LEY", boletín del 7/10/1996, pág. 30 y "L.L." 1996-D-1677.

4. Libertad de expresión, derecho bi-direccional. Interpretación restrictiva de las causales de injerencia.

El derecho a la libre expresión por los medios es un típico derecho bi-direccional, oponible no sólo al Estado, como la mayoría de las garantías, sino también a los particulares.

No obstante, aclaro que la mayoría de las decisiones que mencionaré son supuestos de aplicación vertical (o sea, invocación de la garantía contra el Estado).

a) *Oponibilidad a los particulares.*

Los autores recuerdan como antecedente del tema en análisis un fallo del Supremo Tribunal alemán, del 15/1/1958, conocido como "Lüth c/ Urteil"; en ese caso, Lüth, Presidente del Club de Prensa, exhortaba a no ver ni comerciar la película del Sr. Harlan, acusándolo de haber colaborado con el régimen nazi.

Los productores de la película solicitaron como precautoria que el demandado dejara de hacer estas publicaciones porque la exhortación a la no comercialización, la incitación al boicot, es contraria a las buenas costumbres y da lugar a la reparación de daños; invocaron el art. 826 del BGB que dispone que "el que dolosamente causa daño a otro de manera contraria a las buenas costumbres está obligado a repararlo".

El juez de primera instancia hizo lugar a la medida, pero Lüth recurrió la medida; el Supremo apoyó al recurrente y entendió que la medida violaba el derecho constitucional a la libre expresión, invocable también entre particulares(31).

b) *Oponibilidad al Estado.*

El TEDH mantiene una interpretación restrictiva de las causales lícitas de injerencia en la actividad informativa.

Así, por ej., en la sentencia del 22/5/1990 recaída en el caso "Weber" (un periodista que había sido condenado por revelar el secreto del

(31) Relatado por GARCÍA TORRES, Jesús, y JIMÉNEZ BLANCO, Antonio, "Derechos fundamentales y relaciones entre particulares", Madrid, Civitas, 1986, pág. 26; también por FERRER, Riba, "Asociaciones, democracia y drittwirkung, en Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada", obra coordinada por Pablo Salvador CODERCH, Madrid, Civitas, 1997, pág. 92.

sumario), aunque admitió que la sanción impuesta al demandante pretendía garantizar la debida dirección de la instrucción y, por consiguiente, la autoridad y la imparcialidad del Poder Judicial, en definitiva resolvió que el Estado no había acreditado la necesidad de la injerencia estatal porque, en realidad, los datos revelados ya eran conocidos por la opinión pública(32).

En el caso "Vereniging Weekblad Bluf c/ Países Bajos" también reconoció que la noticia publicada estaba íntimamente relacionada con la seguridad del Estado (desde que se trataba de información conservada por el gobierno relativa a grupos terroristas y a la actividad que éstos desarrollaban en el país denunciado) y que las "autoridades nacionales, en estos casos, están autorizadas para tomar medidas con el objeto de prevenir la divulgación punible de un secreto desde que el buen funcionamiento de una sociedad democrática, fundada en la supremacía del Derecho, puede requerir de instituciones que, para ser eficaces, deben actuar en secreto y recibir la protección necesaria".

Sin embargo, en el caso, la noticia no era secreta, pues seis años atrás se había publicado en un diario que había distribuido 2.500 ejemplares; aunque en aquella oportunidad el juez también había dispuesto su secuestro, la policía se habría olvidado de llevar las planchas de offset, que quedaron en la imprenta, las que permitieron su ulterior publicación.

En esas condiciones, se entendió que una medida tendiente a evitar la difusión de ese mismo informe era una injerencia ilícita pues ya no constituía un secreto de Estado(33).

En la decisión del 23/9/1994 recaída in re "Jersild c/ Dinamarca", el TEDH estimó que no correspondía considerar cómplice al periodista que había preparado, realizado y moderado una entrevista televisiva durante la cual tres personas que pertenecían a los grupos pro nazi hicieron gala de su odio a otras razas y a los trabajadores extranjeros(34).

(32) Los antecedentes del caso están cuidadosamente relatados en MORAL GARCÍA, A. y SANTOS VIJANDE, "Publicidad y secreto en el proceso penal", Granada, Ed. Comares, 1996, pág. 105 y ss.; la sentencia también está referenciada en ARAGÓN REYES, Manuel, "Independencia judicial y libertad de expresión, Derecho Privado y constitución", Madrid, 1996, nº 10, pág. 264.

(33) TEDH, 9/2/1995, "Vereniging Weekblad Bluf c/ Países Bajos", "Rev. General de Derecho", Valencia, año LIII, nº 633, junio de 1997, pág. 7.133.

(34) TEDH, 23/9/1994, "Jersild c/ Dinamarca", "Rev. General de Derecho", año LII, nº 632, mayo de 1997, con comentario preliminar de JIMENA QUESADA, Luis (pág. 5370).

Sin embargo, más de un tercio del Tribunal votó en disidencia; tuvo en cuenta, entre otros aspectos, que el medio, como es habitual, pagó a los entrevistados por hacer el programa.

Algunas expresiones vertidas eran, por ej.: "un negro no es un ser humano, es una bestia, al igual que el resto de trabajadores extranjeros, los turcos, los yugoslavos y compañía".

5. Prensa y seguridad. Un difícil equilibrio: libertad y seguridad.

La función educativa de los medios es de singular relevancia en esta materia(35); recuérdese que la seguridad ciudadana se ha definido como *el clima objetivo, y así percibido por los ciudadanos, en el que éstos pueden disfrutar del libre ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por las leyes, así como desarrollar, sin obstáculos, la actividad nacida de la personal autodeterminación, siempre que no lesione el ordenamiento jurídico ni a los terceros*(36); en la formación de ese clima, la opinión "publicada" juega, a no dudarlo, un rol muy significativo(37).

No obstante, advierto con inocultable amargura, que cuando en 1984, en la Argentina, se sancionó la ley 23054, por la cual se ratifica la Convención Americana sobre Derechos Humanos, comúnmente conocida como Pacto de San José de Costa Rica, la ley fue recibida con gran solemnidad en la sesión de la Cámara de Diputados por unanimidad de

(35) Desgraciadamente, los medios no han asumido este rol. Por el contrario, los hechos cotidianos permiten apoyar la propuesta de Bertrand Russell tendiente a que en la escuela primaria se enseñe el arte de leer el periódico con incredulidad. Analizando la sugerencia, Borges decía que esta disciplina socrática no sería inútil; hay personas que se dejan engañar por los artificios tipográficos, piensan que un hecho ha acaecido realmente porque está impreso con grandes caracteres negros, confunden la verdad con el cuerpo 12 (Cit. por RANDAZZO, Ettore, "Divulgazione del segreto d'indagine ed attività legislativa", en obra colectiva al cuidado de Cataldo NEUBURGER, "Mass media, violenza e giustizia spettacolo", Padova, Cedam, 1996, pág. 123).

(36) HERRERO HERRERO, César, "Prevención policial. Un instrumento necesario en la lucha contra la delincuencia", en "Estudios de Derecho Penal, Procesal Penal y Criminología", Madrid, Ed. del Ministerio de Justicia, 1993, pág. 262.

(37) De allí la importancia de la medida periodística. Los propietarios y directores de los medios masivos deberían entender que la misión de los jueces, como la de los medios, es muy diferente a la del literato, que no sólo puede sino que debe exagerar. Dice VARGAS LLOSA que "los fraudes, embaucos y exageraciones de la literatura narrativa sirven para expresar verdades profundas e inquietantes que sólo de esta manera sesgada ven la luz". ("La verdad de las mentiras. Ensayo sobre literatura", 4ª ed., Barcelona, Ed. Seix Barral, 1996, pág. 14).

sus miembros; estaban presentes jerarquizados visitantes extranjeros, etc.; pero toda esta "mise en scene" contrastó con una tremenda indiferencia periodística(38).

Frecuentemente, los conceptos de "garantismo y celeridad", "garantismo y sanción debida", "bien individual y bien común", etc., se presentan coma si fuesen términos opuestos de una cuerda en la que dos grupos tiran con fuerzas contrarias.

Aunque la problemática abarca todos los aspectos del derecho, es indudable que se acentúa en el ámbito del Derecho Penal, porque es a éste al que habitualmente se refieren los medios masivos de comunicación y, consecuentemente, mayor influencia genera en la formación del clima social.

Encontrar el equilibrio entre las libertades públicas y los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución del Estado, por un lado, y las exigencias propias del trabajo y la eficacia que se reclama de la actividad de las fuerzas de seguridad y de la Justicia por el otro, no es tarea fácil.

Bien se ha dicho que "la historia del derecho procesal está constituida por la pugna entre la arbitrariedad y el respeto a las garantías individuales, por la obtención de un adecuado balance entre el interés social de perseguir los delitos y el parejo interés de esa sociedad en que no se lo haga dejando a un lado preciadas conquistas propias del estado de derecho"(39).

Cualquiera sea el planteo inicial, lo cierto es que mantener el equilibrio es una de las tareas centrales de legisladores y jueces:

La ley debe atender simultáneamente a los intereses del individuo y de la comunidad tutelándolos de forma tal que el reconocimiento de las garantías individuales no sea el precio de la impunidad. Este es un problema cuya dificultad pocos periodistas comprenden en toda su magnitud.

(38) CARRILLO BASCARY, Miguel, "Asistencia letrada previa a la indagatoria. Pacto de San José. Justicia. Dilema. Pragmatismo", "E.D." 145-907.

(39) Voto del Dr. COSTA, Cám. Nac. Crim. y Correc., Sala I, 19/4/1988, "Ferreira, Rubén", "L.L." 1988-E-269, con nota de CARRIÓ, Alejandro D., "Facultades policiales en materia de arrestos y requisas. (¿Qué puede o debe hacer la policía y qué no?)".

6. Información y secreto.

Dado que el ejercicio republicano y democrático del poder exige información, es fácil darse cuenta por qué al "secreto" le va mal; así, por ej., se dice que "el secreto de la instrucción está moribundo" y el de los negocios difícilmente resiste la irrupción del principio jurídico de transparencias. En cambio, aunque parezca una paradoja, el secreto de las fuentes periodísticas gana cada año más vitalidad(40).

Así lo dice expresamente el art. 43, 3^{er} párrafo de la Constitución argentina, luego de la reforma de 1994, que al regular el *habeas data*, dispone: "No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística".

Por aplicación de esta norma se ha resuelto que "el requerimiento efectuado para que las empresas periodísticas revelen el origen y/o la fuente informativa de los artículos resulta incompatible con lo dispuesto por el art. 43 parr. 3 de la Constitución Nacional que específicamente prohíbe la afectación del secreto de la fuente de información periodística"(41).

La solución no es sólo argentina; en Francia, una modificación introducida en el art.109 del Cód. de Procedimiento Criminal dice que "todo periodista, escuchado como testigo sobre las informaciones recibidas en el ejercicio de su actividad, es libre de no revelar el origen de la información".

El secreto de las fuentes también ha sido celosamente custodiado por el TEDH en sentencia del 27/3/1996, en el caso "Goodwin c/Royaume Uni" (aunque bueno es recordarlo, la decisión se tomó con once votos por la mayoría y siete por la minoría).

Goodwin era un periodista londinense que recibió, contra la sola promesa de no revelar la fuente, información relativa a un plan de desarrollo estrictamente confidencial de la sociedad Tetra.

(40) MARGUÉNAUD, Jean Pierre, "Le secret des sources journalistiques aveuglément protégé par la Cour de Strasbourg", en "Rev. Trim. Droit Civil", année 95, 1996, n° 4, pág. 1.026.

(41) Cam. Nac. Fed. Crim y Correc. sala I 4/9/1997, "Moschini, Roberto"; "Doc. Jud.", 1998-1-927. Para otras aplicaciones del art. 43 puede compulsarse, asimismo, Cam. Fed. de San Martín, Sala I, 2/5/1996, "Gorriarán Merlo, E.", "I.L." 1997-C-667, con nota de Ekmekdjian, "El derecho al secreto de las fuentes de información".

Para afinar los detalles del artículo que pensaba publicar con esas revelaciones, el periodista hizo algunos comentarios a la sociedad, que enseguida tomó conciencia de que alguna de las personas que formaban parte de sus altos cuadros la había traicionado (el contador, el banquero, un consultor externo, etc.).

El momento era particularmente grave, porque si el público conocía ese plan podía producir una corrida de los clientes y proveedores y se desvanecerían las últimas posibilidades de obtener créditos; frente a la urgencia y gravedad de la situación que la exponía a tener que despedir 400 empleados, la sociedad obtuvo de autoridades judiciales británicas una orden de no publicar la noticia y un emplazamiento al periodista para que revelase quién le había dado la información; ese dato era muy importante para poder rescatar la documentación reveladora que había sido robada y para evitar futuras situaciones similares.

El periodista acató la orden de no publicar, pero no reveló la fuente de información por lo que el juez le impuso una multa por incumplimiento (*contempt of court*). El periodista sostuvo que la orden judicial de revelar el secreto y la multa violaban el art. 10 de la Convención de los Derechos Humanos.

El TEDH acogió la posición del periodista. Un sector de la doctrina ha criticado la decisión; se argumenta que la Corte no tuvo en cuenta el peligro corrido por los puestos de trabajo de cuatrocientos empleados y, además, se desentiende de la cuestión relativa al medio lícito o ilícito de haber obtenido la información(42).

7. Prensa y decisiones judiciales que implican a menores.

La Convención de los Derechos del Niño contiene diversas disposiciones vinculadas al tema; así, por ej., el art. 16 dispone que: "Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.

El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias"; por su parte, el art. 3.1. de la Convención afirma que "en todas las

(42) MARGUHNAUD, Jean Pierre, "Le secret des sources journalistiques aveuglément protégé par la Cour de Strasbourg", en "Rev. Trim. Droit Civil", année 95, 1996, n° 4, pág. 1.026.

medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a la que se atenderá será el interés superior del niño".

En función de estos principios, las recomendaciones del Consejo de Europa insisten en que los medios masivos de difusión, los colegios y otros organismos que influyen sobre el gran público deben realizar campañas de información exentas de todo sensacionalismo en las que se comunique cómo se trabaja en los centros de intervención de urgencia, las responsabilidades parentales y los organismos a los cuales los menores pueden llamar.

Estas campañas son muy importantes para sensibilizar la opinión pública pero ¡qué lejos se está de hacer realidad estas recomendaciones!

Cotidianamente los medios muestran, con gran sensacionalismo y sin ningún pudor, lo sucedido en el seno de la familia. Desaparece la intimidad real y no se realizan campañas de difusión preventivas.

Abriendo los ojos a esa realidad, en Italia, un proyecto de reformas presentado en 1996, entre una serie de normas, prevé la tipificación penal de la conducta realizada a través de los *mass media* que ataquen la privacidad del menor; la violación del derecho a la intimidad, se ha dicho, constituye uno de los aspectos más preocupantes de los actuales hábitos sociales(43).

Por respeto a esa intimidad, el TEDH ha resuelto el 23/6/1994 en el caso "De Moor", que la publicidad de los juicios no obsta su celebración a puertas cerradas, pudiéndose vetar el acceso al público y en general, además, a la prensa, cuando el interés de los menores así lo exige(44).

En nuestro país, la Ley 20.056 de 1972 prohibió la difusión o publicidad por cualquier medio, de hechos referentes a menores de 18 años de edad, autores o víctimas de delitos o infracciones o que se encuentren en estado de abandono o en peligro moral o material o cuando por esa publicidad o difusión fuere escuchado o exhibido el menor o se hagan

(43) CORRERA, Michele e MARTUCCI, Pierpaolo, "La tutela giuridica del minore maltrattato nelle attuali prospettive di riforma", en "Famiglia e Diritto", 1997, n° 3, pág. 294.

(44) Cit. por PEDRAZ PENALVA, Ernesto, "Publicidad y derecho al debido proceso. Publicidad y derecho de acceso a la información contenida en los ficheros de datos jurisdiccionales", "Rev. General de Derecho", año LIII, n° 631, abril 1997, pág. 3.892.

públicos sus antecedentes personales o familiares de manera que pueda ser identificado. Para algunos autores, esta ley está vigente(45).

Para otros, en cambio, fue derogada implícitamente por la ley 20.509 que estableció la pérdida de eficacia de las disposiciones que hayan creado o modificado delitos y que no hayan emanado del Congreso(46). Finalmente, no faltan quienes afirman que la ley fue siempre inconstitucional(47).

Con independencia de esta discusión y por directa aplicación de los tratados internacionales, se ha resuelto que "toda nota que comente la situación de una menor cuyos orígenes familiares se encuentran no esclarecidos y son objeto de un juicio de filiación en trámite, con expresa indicación de nombres y con publicación de fotografías en los medios de comunicación masiva, podría importar una mortificación en las costumbres o sentimientos de la niña, o podrá perturbar de algún modo su intimidad. Por lo tanto, en caso de que su representante necesario ignore su función, el asesor de menores debe evitarlo dada su manifiesta ilicitud.

Consecuentemente, debe confirmarse la decisión del juez que ordenó la abstención de los medios de comunicación masiva de propalar reportajes o imágenes de una menor impúber cuyos orígenes familiares no se encuentran esclarecidos y dieron lugar a una acción de filiación en trámite, aunque en forma inaudita la madre pretenda violar los derechos personalísimos a la intimidad y a la identidad de la menor librando a la consideración pública a través de notas periodísticas en los medios de comunicación masiva dicha situación"(48).

También se ha decidido que "no existe posibilidad de privilegiar el derecho a la libertad de prensa frente al derecho a la intimidad de los niños, porque toda cuestión de menores debe resolverse teniendo en consideración el interés superior del niño, por lo que corresponde

(45) FERRARI, Gustavo, "La guarda tutelar y la defensa de los intereses del menor", "Doctrina Judicial", 1989-11-982.

(46) CAIMMI, Luis, "El vacío legal en la prevención y sanción de la difusión de hechos referentes a menores y su identificación", "L.L.", 1991-C-952.

(47) BADENI, Gregorio, "Inaplicabilidad de la Ley 20.056. Publicidad de situaciones relativas a menores", "L.L.", 1989-B-868.

(48) Cám. Nac. Civ., Sala H, 18/6/1991, "E.D.", 145-415, con nota de BIDART CAMPOS, Germán, "Identidad, filiación y privacidad de una menor en su juicio de filiación paterna. Nada de vedetismo informativo".

convalidar la sentencia que prohibió a un medio de prensa publicar cualquier tipo de noticias o reproducir notas o fotografías sobre un menor".

Siguiendo el dictamen del asesor se resolvió que si bien la libertad de prensa reconocida en los arts. 14 y 32 no es un derecho absoluto salvo en un aspecto, cual es el de no estar sometida a censura previa, es admisible la disposición de medidas precautorias que impidan la publicación si la noticia excede los límites externos del derecho a la información, es decir, si viola la intimidad a través de una noticia carente de interés general o de actualidad(49).

Con igual criterio se ha indicado que:

"La providencia que ordena a los medios de difusión pública abstenerse de publicar los nombres y/o formular referencias a los menores involucrados en la causa, no se perfila como un caso de censura previa sino como un dispositivo tendiente a restablecer el derecho a la intimidad, si tal derecho se ha visto menoscabado por las publicaciones periódicas —medios que debieron, en su momento, haber mantenido la necesaria reserva en lo que hacía a la identidad de los menores—, sobre todo si se tiene en cuenta que se trata de personas que se encuentran en plena etapa de su desarrollo, a la par que transitan por un severo conflicto familiar que, en todo caso, requiere que se extremen las medidas tendientes a dotarlos de un ámbito de protección adecuado, en la medida de lo posible."

En el caso, la prensa dio a conocer una noticia relativa a un juicio de familia en la que se involucraba a tres hermanos menores de edad y, respecto de una de las hijas, insinuaron que sería la amante de un conocido hombre de negocios vinculado a la noche porteña(50).

Por su parte, la Corte Federal, desde hace varios años, llama la atención a los jueces que han violado el secreto de las actuaciones en las cuales hay menores implicados.

(49) Cám. Nac. Civ., Sala C, 3/10/1996, "L.L.", 1997-0-98, con nota aprobatoria de EKMEKDJIAN, Miguel A., "El derecho a la intimidad, La convención sobre los derechos del niño, el orden jerárquico de los derechos y la libertad de prensa". Conf. con la solución de VILLAR, Diego, "Derecho a la intimidad de los menores y la libertad de prensa", "Doc. Judicial", 1996-2-51.

(50) Cám. Nac. Civ. Sala H, 30/12/1994, "E.D.", 172-551, con nota aprobatoria de MAZZINGHI, Gabriel, "Razonable limitación de la libertad de prensa".

Así lo hizo en el caso de la hija de padres desaparecidos, adoptada por una tercera persona que había sido procesada por la justicia del crimen.

Mayoría y minoría se hicieron cargo de la profusa difusión periodística que el caso había tenido en perjuicio evidente de la menor(51).

La garantía a la intimidad del menor alcanza, incluso, a las expresiones vertidas por un legislador, en el ejercicio de sus funciones, amparado por las inmunidades parlamentarias.

Así lo ha declarado la jurisprudencia venezolana que hizo lugar a un amparo que impidió a los medios de prensa que apareciera nombrado el hijo de un funcionario público, de ocho años, en la transcripción de las declaraciones de un diputado nacional que había hecho numerosas publicaciones a página entera, en varios diarios, donde mencionaba a un niño, aludiendo a su condición de ahijado de un miembro de la Corte Suprema de Justicia, para probar la corrupción del Poder Judicial que denunciaba(52).

Estas reglas también se aplican cuando el menor es imputado en un delito. Así, por ej., el Código de Procedimientos Criminal francés dice que sólo pueden concurrir a la audiencia en la que se juzga a un menor, los testigos, los parientes próximos, el tutor o representante legal del menor, los representantes del Ministerio Público o de otras instituciones que se ocupan de los menores y los delegados de libertad vigilada. La jurisprudencia ha entendido que la víctima está incluida entre los testigos(53).

Obviamente, también se aplican cuando el menor es víctima de un delito, caso en el cual, incluso, cesa el derecho del imputado a la audiencia pública, pudiendo el juez disponer el secreto del debate.

En tal sentido, el Supremo de España ha dicho que cabe limitar el principio procesal de que la justicia ha de hacerse públicamente cuan-

(51) CSN 5/9/1989, "Doc. Jud.", 1989-2-977.

(52) Ver antecedentes de este caso en ANDUEZA, J. G. y otros, "Los derechos del niño v/los abusos parlamentarios de la libertad de expresión", Caracas, Ed. Jur. Venezolana, 1994. En otro orden de cosas, llama la atención comprobar, a través de la transcripción de los escritos judiciales, que el litigante se dirige al juez, aún el de la Corte Constitucional, con la expresión "Ciudadano Juez".

(53) MARON, Albert, "Droit pénal et procédure pénale", "La Semaine juridique". n° 26. 29/6/1994, Chronique, pág. 317, n° 3.775.

do se acuerda motivadamente y por razones de moralidad, de orden público o de protección de los intereses de los menores(54).

8. Recurso extraordinario por gravedad pública o institucional y prensa.

Cabe repetir la feliz frase de Felipe González: "No todo lo que interesa al público es de interés público".

En consonancia con esta idea, la Corte Federal de nuestro país enseña a los tribunales inferiores que la gravedad institucional de una cuestión no depende de la mayor o menor trascendencia periodística del caso sino de otros factores:

"La resolución que concede el recurso extraordinario por razones de gravedad institucional en atención a la trascendencia periodística del caso y a la crisis que ella produjo entre los profesionales y los jueces, argumento no formulado por los recurrentes, soslayó la dependencia que a los fines de la apertura del recurso existe entre gravedad institucional y cuestión federal."(55)

9. El derecho del periodista a compulsar los expedientes.

El tema ha sido objeto de preocupación y reglamentación detallada en algunos países(56).

En la Argentina, el art. 63 inc. c del Reglamento de la Justicia Federal, autoriza a los periodistas a compulsar los expedientes "con motivo del fallo definitivo de la causa". *A contrario sensu*, el artículo supondría que

(54) Tribunal Supremo, 14/2/1995, "Rev. Gral. de Derecho", n° 612, septiembre 1995, pág. 10.115.

(55) CSN, 10/8/1998, "Zárate de Garriga y otros en J. Garriga c/ Bco. Regional de Cuyo S.A.", "L.L.", 1996-D- 258, fallo n° 94.629. La Corte agregó: "Asimismo, la fórmula empleada hace difícil conocer la extensión con que se concedió la apelación federal. Sin embargo, tal circunstancia no puede restringir el derecho de la parte, cuyo debido resguardo impone, en el caso, la necesidad de atender los agravios del recurso con la amplitud que exige la garantía de la defensa en juicio, aunque no se haya interpuesto recurso de queja".

(56) Para la situación en España, ver fundamentalmente, CALVO GONZÁLEZ, José, "Publicidad de las sentencias, intimidación del ofendido y derecho a la información", en obra colectiva, "Estudios de Derecho público en homenaje a Juan José Ruiz Rico", Madrid, Ed. Tecnos, 1997, pág. 552.

los periodistas, por el mero hecho de ser tales, no tienen derecho a compulsar los expedientes mientras no exista fallo definitivo.

Un hombre de prensa, Florencio Monzón, pidió a la jueza de instrucción que se le permitiera estudiar y fotocopiar un expediente en el que se había dictado sobreseimiento provisional.

El Tribunal de grado le negó legitimación por no ser parte; idéntica actitud tomó la Cámara.

La Corte Suprema nacional revocó la decisión; fundó su fallo en la distinción entre legitimación para peticionar y ser parte, y dispuso que el expediente bajase al subrogante(57).

Finalmente, después de nuevas vicisitudes, la Cámara afirmó que, aunque en el caso no había sentencia definitiva (presupuesto previsto en la norma invocada), el tiempo transcurrido y la falta de procesamiento de cualquier otra persona permitían interpretar que el sobreseimiento provisional oportunamente decretado había adquirido alcance o carácter de definitivo o equiparable, al no advertirse interés público en continuar con el secreto instaurado por la ley(58).

10. La televisación de las audiencias penales.

Por último, quiero referirme a un problema candente en las relaciones entre prensa y Justicia: el de la televisación de las audiencias penales.

Nadie discute el derecho a retransmitir los debates parlamentarios; la presencia de las cámaras de televisión en las audiencias penales del Poder Judicial, en cambio, ha dado lugar a un amplio debate, aún no concluido.

Recuerda Roppo, que un programa televisivo de la RAI llamado "Un giorno in prefura" salía un lunes sí y un lunes no, porque cada vez que

(57) CSN, 22/12/1994, "Monzón, Florencio", "E.D.", 162-433, con nota de BIDART CAMPOS, Germán, "Tener legitimación procesal y ser parte no son siempre identificables".

(58) Cám. Nac. Crim. y Correc., Sala VI, 16/5/1995, "G.E.", s/ muerte, "E.D.", 164-412, con nota aprobatoria de BIDART CAMPOS, Germán, "Camino largo... pero no perdido". El notable constitucionalista señala el largo tiempo transcurrido para poder tener acceso al expediente.

las cámaras intentaban ingresar a la audiencia se encontraban con algún escollo: la negativa del imputado, de los abogados defensores, etcétera... Un programa similar en nuestro país sería el titulado "Justicia para todos".

a) *Rápida visión de diversas soluciones del derecho comparado.*

- En los EE.UU. la televisación de las audiencias no sólo está permitida sino que existe una cadena de televisión, "Court TV", que se consagra enteramente a esa función(59).

- En Alemania, la regla es la prohibición de la televisación de las audiencias.

El art. 169 de la Ley de organización judicial alemana no admite la posibilidad de asistencia de la radio o de la televisión como tampoco las grabaciones y las impresiones de películas para su audición o exhibición pública(60).

- En Francia, el único proceso que fue objeto de registro integral es el que se siguió a Klaus Barbie en Lyon, realizado con todas las restricciones fijadas por la ley del 11/7/1985, conforme a la cual el registro audiovisual es excepcional en el ámbito judicial, sujeto siempre al examen del presidente del Tribunal y de un organismo oficial de consulta(61).

(59) Cit. por GARAPON, Antoine, "Faut il filmer les audiences?", en "Justice et pouvoirs", Dalloz, 1996, pág. 127 y en "Le gardien des promesses", París, Ed. O. Jacob, 1996, pág. 87, y por PEDRAZ PENALVA, Ernesto, "Publicidad y derecho al debido proceso. Publicidad y derecho de acceso a la información contenida en los ficheros de datos jurisdiccionales", "Rev. General de Derecho", año LIII, nº 631, abril 1997, pág. 3907. Un estudio detallado del sistema norteamericano se encuentra en MONTÓYA, Mario D., "La televisión y la justicia (Normas legales, doctrina y jurisprudencia en los Estados Unidos)", en "LA LEY Actualidad", boletín del 4 y del 6 de junio de 1996.

(60) Alemania es el primer país europeo donde se plantea el problema de la fotografía o de la utilización de micrófonos o bandas magnetofónicas durante la celebración de los juicios. Los autores citan la sentencia de la Corte Suprema alemana del 8/2/1957 que anuló la decisión que había desconocido el derecho del abogado de no hablar ante un micrófono público (Compulsar VEGA RUIZ, José A., "Los medios de comunicación social y los juicios orales", en "Estudios jurídicos", Ed. del Gobierno de Canarias, Consejería de la Presidencia, 1988, pág. 537).

(61) GARAPON, Antoine, "Faut il filmer les audiences?", en "Justice et pouvoirs", Dalloz, 1996, pág. 127, y en "Le gardien des promesses", París, Ed. O. Jacob, 1996, pág. 87. También citado por MAHIQUES, Carlos A., "¿Favorece la realización de los valores republicanos la televisación irrestricta de los juicios orales?", "E.D.", 168-956 y por VEGA RUIZ, José A., "Los medios de comunicación social y los juicios orales, en Estudios jurídicos", Ed. del Gobierno de Canarias, Consejería de la Presidencia, 1988, pág. 537.

- En España, mediante decisión del 18/7/1995, la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo resolvió:

"1. En el acta de apertura del año judicial, en tomas de posesión y demás actos gubernativos solemnes se facilitará el acceso de los medios de comunicación social... en particular, los que la soliciten en la Secretaría de Gobierno, que extenderá las pertinentes acreditaciones y tomará las disposiciones necesarias para que los expresados medios puedan cumplir su misión informativa sin menoscabo del acto que haya de celebrarse.

"2. Fuera de los mencionados actos, el acceso de los medios de comunicación al Palacio requerirá autorización expresa de la presidencia del Tribunal Supremo.

"3. No se permitirá el acceso de los indicados medios con cámaras fotográficas o de televisión a juicios o vistas en ninguna de las salas."

Ante las protestas formuladas por la Comisión Permanente de la Asociación de Escritores y Periodistas, el 25 de septiembre de 1995 el Supremo acordó, sobre el punto 1, privilegiar a los profesionales de información otorgándoles derecho preferente en el acceso cuando la capacidad de la sala o local no permitiera el de todos los que pretendieren asistir.

La Asociación interpuso recursos contra esta decisión ante el plenario. El pleno del Consejo General del Poder Judicial, en reunión del 7/2/1996, desestimó los recursos interpuestos, pero acogió parcialmente la queja en el sentido de que "la medida no respeta las facultades jurisdiccionales de las salas para autorizar en cada caso el acceso de los medios audiovisuales a las vistas"(62).

- En Italia la cuestión fue reglada por el decreto legislativo nº 271 del 28/7/1989; la solución es la siguiente: "Corresponde al juez autorizar la presencia de las cámaras de televisión en la audiencia penal.

" *Esta autorización está sujeta a dos requisitos:

" • La presencia de la televisión no debe producir perjuicio al desenvolvimiento sereno y regular del debate.

(62) Ver antecedentes en PEDRAZ PENALVA, Ernesto, "Publicidad y derecho al debido proceso. Publicidad y derecho de acceso a la información contenida en los ficheros de datos jurisdiccionales", "Rev. General de Derecho", año LIII, nº 631, abril 1997, pág. 3.922.

" • Las partes deben prestar su consentimiento; sin ese consentimiento, como regla, el juez no puede otorgar la autorización(63).

" * Aún sin el consentimiento, el juez puede dar la autorización si entiende que hay un interés social relevante en el debate.

" * Pero, aunque exista un interés social relevante, el juez puede limitar la autorización prohibiendo que se tomen imágenes de los sujetos implicados en el proceso, por ej., los testigos, los defensores, etc., salvo que éstos presten su consentimiento; si esa conformidad no se presta, se puede televisar, pero sin tomar imágenes de estos sujetos(64).

"Por aplicación de estas normas, en el conocido proceso seguido contra Giulio Andreotti, el Tribunal se pronunció contra la televisación en directo porque "de esta forma se puede perturbar las audiencias judiciales además de aportar un elemento de espectacularidad absolutamente innecesario."(65)

b) *Algunos casos resueltos en la justicia argentina.*

- En la Argentina tiende a prevalecer la idea según la cual no corresponde expedir autorizaciones genéricas sino que cada caso debe ser analizado.

Así, por ej., en Mendoza, un tribunal rechazó una petición de Maya Producciones para el programa "Justicia para todos", que pretendía una autorización genérica.

El Tribunal dijo que "no implica desconocer el derecho a la libertad informativa, la exigencia de que la empresa interesada en filmar las audiencias de juicios orales en el fuero penal deba concretar una pre-

(63) Muchos autores prestan adhesión a este tipo de soluciones. En nuestro país, compulsar SLOKAR, Alejandro, "Publicidad de juicio y libertad informativa: notas referidas a la intervención televisiva", "J.A.", 1994-III-816; "Partiendo del reconocimiento del principio de autonomía de la voluntad, ocioso parece señalar que, de mediar disconformidad o respuestata negativa al requerimiento, no puede llevarse adelante una audiencia de debate con la admisión de este medio; la realización es posible sólo mediando expreso consentimiento".

(64) ROPPO, Enzo, "Il processo penale e la televisione", Separata de Política del Diritto, XXI, marzo 1990, pág. 161.

(65) Cit. por MAHIQUES, Carlos A., "¿Favorece la realización de los valores republicanos la televisación irrestricta de los juicios orales?", "E.D.", 168-960.

sentación individual en cada caso a ventilarse en los tribunales a fin de requerir de las partes y terceros que eventualmente puedan convocarse, la correspondiente autorización para su emisión a través de medio televisivo siempre que no pongan en riesgo la obtención de la verdad real" (66).

- Algunos fallos reflejan una posición ampliamente permisiva; así se dice que "la publicidad que consagra el art. 363 del CPP para el debate sólo puede ser restringida en casos que afecten a la moral, el orden público o la seguridad.

Por eso, la presencia en la sala de audiencia de un medio de comunicación no puede ser impedida, dada la importancia que reviste en nuestro sistema republicano de gobierno el amplio ejercicio de la libertad de prensa, que solamente puede ser limitado cuando se contrapone con las libertades individuales ocasionales a éstas un daño arbitrario, manifiesto, grave y serio, no siendo suficiente el daño potencial o la presunción de daño; existiendo duda, la solución debe ser favorable a la libertad de prensa.

En el caso, la defensa de la imputada se había opuesto a la transmisión televisiva, invocando el perjuicio que la publicidad producía a su intimidad; se trataba de un caso de robo de automotor con armas y homicidio calificado, ambos delitos en grado de tentativa (67).

- En otro caso, la Corte Federal hizo lugar a una queja y sostuvo que los agravios expresados contra la resolución que confirmó el pronunciamiento que autorizó la filmación de una audiencia de debate y su reproducción por un canal de televisión contra la voluntad del imputado, agravios relativos a la afectación de los derechos a la intimidad, dignidad y difusión de la imagen, no son susceptibles de oportuna reparación ulterior, circunstancia que determina que la resolución impugnada mediante el recurso extraordinario sea equiparable a la definitiva en los términos del art. 14 de la ley 48.

La decisión fue tomada en una queja y, consecuentemente, no avanzó sobre el contenido mismo de lo decidido, sino que sólo dispuso abrir

(66) Cám Crim. Mdza, Sala 1ª 13/2/1995, "Raul Maya Prod." "J.A.", 1995-IV-577 y "Jurisprudencia de Mendoza", nº 46, 1995, pág. 26, con nota de VEGA, Dante, "Una interesante resolución judicial sobre el acceso de medios periodísticos a los debates penales".

(67) Trib. Oral en lo Criminal nº 14, 28/3/1994, "A.L.S.", "E.D.", 158-441, con nota aprobatoria de BIDART CAMPOS, "Los medios de comunicación social en el proceso penal".

un recurso que la Casación había rechazado formalmente por entender que no se trataba de sentencia definitiva.

La Corte Federal aclaró que el caso no era análogo a un precedente suyo porque en éste los agravios no se dirigían contra la decisión de la empresa de emitir lo filmado, sino a obtener la revocación de la autorización concedida por el tribunal oral(68).

El voto del juez Petracchi, en cambio, avanzó sobre el fondo de la cuestión planteada: concluyó que, en principio, ninguna resolución impide que sean difundidos por TV los mencionados vídeos mientras no se emita una orden de prohibición en la hipótesis de que, ésta sea constitucional y legalmente válida(69); sostuvo, además, que algunas razones esgrimidas por la Cámara Nacional de Casación Penal eran insuficientes (una de ellas era que el recurrente debía interponer el pedido de prohibir la propagación en un juzgado civil y no ante el mismo juez que había autorizado la difusión o los tribunales penales que revisan sus decisiones).

Habiéndose hecho lugar a la queja, el expediente volvió a la Corte Nacional de Casación, Sala I, que en sentencia del 6/11/1997 entendió que a tenor del resultado del recurso deducido, su competencia quedaba reducida a analizar si la resolución recurrida, que autorizó la filmación y difusión de la audiencia, pese a la oposición del imputado formulada cuando fue notificado de la decisión, interpretó extensivamente el principio de publicidad del debate consagrado en el art. 363 del Cód. Proc. Penal en detrimento de los derechos a la intimidad, dignidad y difusión de la propia imagen.

Para entender adecuadamente lo resuelto por la Casación(70), es imprescindible tener en consideración que el debate oral se realizó y se filmó (pues se rechazó el pedido del imputado de postergar la audiencia hasta tanto se resolviera la queja), pero el juez ordenó al medio periodístico que no difundiera lo grabado mientras no se resolvieran los recursos deducidos contra su decisión.

(68) El considerando hace referencia a la sentencia dictada en el conocido caso "María Romilda Servini de Cubría" del 8/12/1992, por el cual la Corte Nacional revocó la decisión que hizo lugar a un cautelar que impedía la difusión de un programa grabado que, según la actora, ridiculizaba a la magistrada y a la imagen de la Justicia.

(69) CSN, 27/2/1997, "Gaggero, Juan J.", "L.L.", 1997-C-710.

(70) CNCasación Penal, Sala I, 6/11/1997, "Gaggero, Juan", "L.L.", 1998-A-343.

Luego de recorrer la jurisprudencia de la Corte Federal sobre libertad de expresión, la Corte de Casación sostuvo:

* En principio, la publicidad del juicio se satisface con la publicidad inmediata y no involucra su propagación.

* Si el art. 363 del CPP se refiere sólo a la publicidad inmediata del juicio, no parece irrazonable que la publicidad mediata (en el caso, mediante la registración por medios ópticos y acústicos destinada a su emisión por televisión) esté sujeta a previa autorización del tribunal interviniente y que éste, al tomar la decisión, evalúe minuciosamente si cabe poner límite al derecho de acceso de los medios periodísticos a la información por la necesidad de protección de otros derechos prevalentes.

* En los supuestos de pretensa colisión de derechos fundamentales, como el de privacidad y de libertad de información, los jueces deben valorar las circunstancias del caso, sin que sea constitucionalmente válido efectuar una regla de preponderancia de uno de los derechos aparentemente enfrentados.

* No debe perderse de vista que el sujeto goza, hasta el momento de la sentencia, del estado de inocencia constitucionalmente protegido, el que si bien no sufrirá menoscabo desde el punto de vista exclusivamente normativo, no puede decirse lo mismo desde el costado de la realidad, ya que aquel principio no puede imponerse psíquicamente a los espectadores, los que pueden formarse un criterio distinto del liberatorio judicialmente adoptado, sobre la base de lo visto y oído en un programa de televisión y no en la sala de audiencias, pues por más que el primero resulte muy objetivo, de todos modos es una compaginación de imágenes y de sonido hecha con fines y criterio periodístico empresarial, bien distintos por cierto que los que guían la conducta de los jueces.

* En el caso no se advierte interés general ni por las características del hecho ni por la notoriedad del imputado, circunstancia esta última que, presente, debería determinar un más exhaustivo análisis en cuanto a la razonabilidad de la oposición manifestada, habida cuenta del menor grado de exposición de un personaje público, notorio o popular.

* En suma, ni el caso exhibe interés público, ni lo despierta la persona del imputado, más allá de que existan interesados en ver y oír el juicio como espectáculo, aspecto que nada tiene que ver con los principios constitucionales en juego.

* En consecuencia, habiéndose extendido el alcance de la previsión contenida en el art. 363 del Cód. Proc. Penal, la decisión debe ser dejada sin efecto.

* No obstante, esta decisión no puede ir acompañada de la prohibición de difundir el material filmico obtenido en la audiencia, como se lo pretende en el recurso, pues si se había autorizado al medio de prensa la registración de imagen y sonido de lo ocurrido en el juicio, cualquier medida que implique un impedimento de difusión de lo registrado constituye una forma inconstitucional de censura previa.

* No debe verse en esta última solución una contradicción con lo resuelto en la primera cuestión, pues una cosa es que subsista el interés de la parte recurrente en obtener un pronunciamiento respecto del agravio que la Corte ha ordenado tratar y otra muy distinta es que ese interés pueda verse totalmente satisfecho.

c) *Argumentos en contra de la televisación*(71).

En contra de la televisación se argumenta:

- *Efectos extraprocesales dañinos*: Tiene un impacto potencial negativo sobre la institución Justicia considerada en su conjunto.

Muestra una visión desacralizada, desarrollándose en su realidad cotidiana, con edificios más o menos buenos, sin avances tecnológicos, etcétera.

- *Efectos endoprocesales perniciosos*: Ejerce influencia sobre el comportamiento del juez, los testigos, las partes; perturba y deforma la correcta dinámica procesal.

En tal sentido se afirma:

"No puede dudarse del pertinaz avance de los medios de comunicación sobre el ánimo de un juez, muchas veces a través de una verdadera campaña encaminada a conseguir la resolución del proceso en un determinado sentido, en la mayoría de los casos para satisfacer los más

(71) Resumen en el texto los argumentos y réplicas desarrollados por ROPPO, Enzu, "Il processo penale e la televisione", Separata de Política del Diritto, XXI, marzo 1990, pág. 161 y ss.

bastardos sentimientos de venganza albergados en cierto sector de la población" (72).

Por eso, se recomienda "proteger al Tribunal de la influencia perversa generada por ciertas muletillas utilizadas en los medios masivos que compelen a los jueces, en forma larvada, a desvirtuar la naturaleza de la medida de cautela personal como anticipo de pena no impuesta" (73).

En este mismo orden, se argumenta que la televisación perjudica el descubrimiento de la verdad real desde que el testigo mendaz puede preparar mejor su testimonio viendo desde su casa todo cuanto acontece durante el debate.

Las normas procesales que prohíben el acceso a la sala a los testigos que aún no han declarado quedarían vacías de todo contenido.

- Puede perjudicar al beneficiario del sistema del debate público, desde que puede violar su derecho a la intimidad, al honor, etcétera. (74).

- Puede transgredir el principio de inocencia, tan caro al liberalismo (por ej., transmitiendo sólo la prueba que perjudica al imputado o propalando algunos pasajes significativos y no otros), etc. Este es el princi-

(72) D'ALBORA, Francisco J. D., "La deformación del proceso penal y los comunicadores sociales, en Homenaje de la escuela procesal de Córdoba a J. Clariá Olmedo y a A. Vélez Mariconde", Córdoba, Lerner, 1995, pág. 535.

(73) Recomendaciones del XI Encuentro Panamericano de Derecho Procesal, "LA LEY Actualidad", boletín del 28/11/1996.

(74) A esta altura del discurso, conviene transcribir algunas normas del derecho comparado, nacidas de la preocupación del legislador en hacer efectivo el principio de inocencia aun frente a los medios masivos de comunicación. Así, por ej., el art. 9.1 del Código Civil francés, según redacción impresa por ley del 24/8/1993, dispone: "Cada persona tiene derecho al respeto de la presunción de inocencia. Cuando una persona detenida provisoriamente, sometida a examen, o que ha sido objeto de una citación para comparecer por una requisitoria del procurador o de la parte civil es mostrada, antes de cualquier condenación, públicamente como culpable de los hechos que son objeto de la investigación o de la instrucción judicial, el juez puede, aun como medida precautoria, ordenar la inserción de una publicación a fin de hacer cesar el ataque a la presunción de inocencia, sin perjuicio de una acción de reparación de los daños sufridos y de las otras medidas previstas en el Código de Procedimientos". Adhiero sin reservas a este tipo de normas. No ignoro que algunos autores afirman que el problema se soluciona con la llamada "continencia", o sea, la forma civil, casi civilizada de la transmisión de la imagen, que supone resolver en concreto, y no a través de normas generales. Entiendo, en cambio, que la debilidad del hombre particular frente al poder de la prensa exige una conducta menos neutral del Estado (compulsar AUVREI, Patrick, "Le droit au respect de la présomption d'innocence", "La Semaine juridique", 23/11/1994, n° 47, pág. 497-3802).

pal argumento de la Corte Suprema Federal de Alemania que advierte sobre el peligro de que la retransmisión de sólo algunas partes del debate ofrezca un cuadro falso(75).

En tal sentido, Mahiques recuerda que aún en Francia, con todas las restricciones, en el proceso llamado "Barbie", los únicos pasajes del juicio que fueron retransmitidos en una emisión para el público fueron aquellos de mayor carga emotiva quedando demostrado que lo sensacional desnaturaliza el contradictorio; consecuentemente, concluye: "La emoción es mala consejera porque llega a los hechos antes que la inteligencia llegando a endemoniar al imputado"(76).

Ni qué hablar de la transmisión del juicio de primera instancia condenatorio.

Es evidente que las decisiones de otros tribunales (donde no rige la oralidad plena) no tendrán la misma difusión y esa persona, para el público, será para siempre culpable, aunque la condena haya sido revocada(77).

- Puede dañar no sólo la imagen del imputado sino la de otros sujetos involucrados. Así por ej., la Casación italiana condenó a la RAI a pagarle daños y perjuicios a un abogado porque retransmitió una imagen suya poco gratificante del nivel profesional; el letrado había concluido su alegato con la frase *Mi rimetto alla clemenza della Corte*, y la televisión lo pasaba, repitiendo decenas y decenas de veces esta última frase.

- Puede violar el derecho a la intimidad de otros sujetos implicados. Piénsese, por ej., en las mujeres que se sometieron a tratamientos ginecológicos con un médico al que se juzga por el delito de aborto, o porque realiza fecundación asistida mediante prácticas ilegales (por ej., con esperma del propio médico), o frente a un proceso en el que se enjuicia a un laboratorio cuyo medicamento produjo niños defectuosos; esas mujeres y sus hijos estarían revelando cuestiones de su intimidad que no tienen por qué ser conocidas por el público.

(75) Cit. por SLOKAR, Alejandro, "Publicidad de juicio y libertad informativa: notas referidas a la intervención televisiva", "J.A.", 1994-III-814.

(76) GARAPON, Antoine, "Faut il filmer les audiences?", en "Justice et pouvoirs", Dalloz, 1996, pág. 127 y en "Le gardien des promesses", París, Ed. O. Jacob, 1996, pág. 87; conf. MAHIQUES, Carlos A., "¿Favorece la realización de los valores republicanos la televisualización irrestricta de los juicios orales?", "E.D.", 168-956.

(77) RIDOLFI, Claudia, "Persona e mass media", Padova, Cedam, 1995, pág. 108.

- La función esencial del juez no es educar sino juzgar: "el Tribunal debe impartir justicia y no asumir una función docente. Mucho menos hacer un show"(78).

- Puede violar otros intereses públicos protegidos por la legislación. Así, por ej., conforme algunos ordenamientos procesales locales, no pueden ingresar a las salas de audiencias penales los menores de dieciocho años, los dementes, los ebrios, etc. La televisión, en cambio, les permite presenciar todo cuanto acontece(79).

d) Argumentos en favor de la televisión.

En favor de la televisión se argumenta:

- Favorece el principio de publicidad del proceso.

Las bondades del proceso público son indiscutibles; para justificar este punto de partida, y más allá de la posible exageración que encierran, basta recordar las palabras de Mirabeau: "Dadme el juez que queráis, parcial, corrupto, mi enemigo mismo si queréis, poco me importa, con tal de que nada pueda hacer sino en presencia del público"(80).

(78) Recomendaciones del XI Encuentro Panamericano de Derecho Procesal, "LA LEY Actualidad", boletín del 28/11/1996.

(79) García Castrillon, José Luis, "El proceso penal público y la libertad de prensa", "L.L.", 1997-E-1145.

(80) Cit. por MORAL GARCÍA, A. y SANTOS VIJANDE, "Publicidad y secreto en el proceso penal", Granada, Ed. Comares, 1996, pág. 8; por PEDRAZ PENALVA, Ernesto, "Publicidad y derecho al debido proceso. Publicidad y derecho de acceso a la información contenida en los ficheros de datos jurisdiccionales", "Rev. General de Derecho", año LIII, nº 631, abril 1997, pág. 3.894 y por PEYRANO, Jorge, La publicidad de las relaciones judiciales, en "Derecho procesal civil de acuerdo al CPC peruano", Lima, Ed. Jurídicas, 1995, pág. 515, nota 2.

La Corte Federal argentina ha dicho: "La publicidad de los juicios, es decir, la extensión de sus momentos fundamentales a un número indeterminado de personas distintas de los sujetos del proceso y sus auxiliares, en tanto manifestación del régimen republicano de gobierno, se verifica cada vez que se permite el acceso del público en general a los actos procesales de naturaleza verbal que se llevan a cabo. En tal sentido, no son determinantes ni el lugar físico elegido para su realización, ni los controles o autorizaciones que se implementen para ordenar el acceso del público, salvo, en el primer caso, que por las exiguas dimensiones del espacio asignado en relación a la expectativa despertada se burle en los hechos la publicidad debida, o que, en el segundo, las supuestas actividades de verificación y orden impliquen en la realidad una prohibición de acceso al recinto" (CSN, 18/12/1990, Recurso de hecho deducido por José G. STIPCIE en la causa "Araujo F.M. p/Denuncia"). En el caso, un juez municipal había sido destituido por la

Esta idea es la que recoge el brocárdico sajón: "La justicia se debe hacer viendo cómo se hace justicia" (*Justice must be done and must be seen to be done*).

La publicidad del debate se justifica, entre otras razones, porque:

- * Configura un medio de control público de la Justicia.
- * Genera confianza en los tribunales.
- * Reafirma el derecho del imputado a ser juzgado equitativamente, pues quien lo juzga está controlado.

Estas ideas han sido reconocidas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos quien afirma que la publicidad del procedimiento "tutela a las partes contra una justicia secreta que escape al control público y constituye un medio de preservar la confianza en los tribunales pues la transparencia que aporta a la justicia, permitiendo el control por la opinión pública, coopera decisivamente al logro del proceso justo, hito definidor de toda sociedad democrática"(81).

Los antecedentes históricos de la publicidad del proceso penal confirman las afirmaciones anteriores. En efecto, se recuerda que en el caso "Richmond Newspapers Inc. c/Commonwealth of Virginia" (448 OS.555, 1980) se planteó ante la Corte Federal de los EE.UU. el pedido de nulidad interpuesto por un diario contra la orden judicial de clausurar las puertas del debate; el tribunal afirmó que los principios constitucionales imponen que, antes de dar una orden de este tipo, el Tribunal evalúe si existen otros medios para tutelar el derecho del imputado.

La decisión, aunque no fue tomada por unanimidad, es de gran importancia en la materia desde que el voto del juez Burger reconoce expresamente, por primera vez en los EE.UU., el derecho del público a

causal de mal desempeño por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional con fundamento exclusivo en que el magistrado no realizaba las audiencias en la sala de debate sino en su propio despacho. Por seis votos contra tres, la Corte Nacional entendió que la cuestión era revisable y que la sentencia era arbitraria por lo que revocó la decisión que hizo lugar a la destitución.

(81) TEDH, 8/12/1983, caso "Pretto y otros", citado por PEDRAZ PENALVA, Ernesto, "Publicidad y derecho al debido proceso. Publicidad y derecho de acceso a la información contenida en los ficheros de datos jurisdiccionales", "Rev. General de Derecho", año LIII, n° 631, abril 1997, pág. 3.891; conforme con estos principios, Tribunal Supremo de España, 14/2/1995, "Rev. General de Derecho", n° 612, septiembre 1995, pág. 10.115 y precedentes, del Tribunal Constitucional de ese país allí reseñados.

(82) Cor
negli Stati U

asistir al proceso penal, del que se deriva que, en ausencia de un interés preeminente, el proceso debe ser abierto(82).

Este voto tiene gran valor para el derecho argentino, no sólo por las referencias históricas que contiene, sino también por las ideas filosófico-constitucionales que lo sustentan. Conviene, en consecuencia, reseñar su contenido.

La pieza judicial comienza por señalar que el proceso abierto al público es una tradición del Common Law, tan fuerte, que ha resistido todos los cambios; recuerda que antes de la conquista normanda, el proceso en Inglaterra se celebraba ante una asamblea de hombres libres que tenían la obligación de pronunciarse; luego, evolucionado el sistema, la comparecencia no fue obligatoria para ciertos grupos, lo que no significó privarlos del derecho de asistir.

Como decía el juez Coke, no estaban obligados a venir, pero tenían la libertad de hacerlo; el voto también relata que en las decisiones del Eyre of Kent (corte itinerante general) se explicaba que la voluntad del rey era que todos los delincuentes fuesen penados según su propia responsabilidad y que la justicia fuese administrada sin distinguir entre ricos y pobres y, para una mejor realización de este propósito, se le pedía al pueblo que participara, prestándole ayuda para el restablecimiento de la paz y el bienestar del pueblo.

De esos tiempos, concluye el juez Burger, si bien mucho ha cambiado, queda el carácter público del proceso.

La decisión que se viene glosando transcribe luego a Thomas Smith, quien en 1565 escribía que mientras la imputación debe ser escrita, como exigencia de todo país civilizado, todo el resto debe ser hecho abierto a la presencia del juez, del prisionero y de todos aquellos que quieran o puedan asistir, y todas las testimoniales deben ser formuladas en voz alta, de modo que todos puedan escuchar.

En suma, dice, la publicidad es una cualidad esencial a las cortes de justicia.

Aun más, en el siglo XVII, la asamblea de Virginia entendió que el debido respeto a los tribunales había disminuido debido a la mala edu-

(82) Compulsar GREENBAUM, Jeffrey, "Giustizia costituzionale e diritti del uomo negli Stati Uniti. I giudici Warren e Burger", Milano, Ed. Giuffrè, 1992, pág. 339.

cación del público y, consecuentemente, el orden, la gravedad y el decoro de la autoridad de los tribunales estaban en riesgo.

Pero la respuesta a este estado de cosas no fue la limitación del acceso del público a las cortes sino el dictado de normas relativas a la conducta de aquellos que querían acceder al tribunal.

El panegírico de la publicidad, continúa el juez, no se encuentra sólo en la autosatisfacción que los ingleses tenían de su sistema; los observadores extranjeros del procedimiento penal inglés en los siglos XVIII y comienzos del XIX estaban muy impresionados por el hecho de ser admitidos tan libremente en las audiencias de los tribunales y se maravillaban de que todo el procedimiento se desarrollase en público.

El juez, el abogado y el jurado están constantemente expuestos al control del público y esto tiende a aumentar grandemente la extraordinaria fe de los ingleses en la administración de la justicia. La comprobación de la realidad cotidiana hace decir al juez de la corte norteamericana:

Quando se verifica un crimen chocante, muchas veces la comunidad ultrajada reacciona con protestas. La publicidad del proceso sirve a un importante fin profiláctico porque constituye un "desahogo" al interés, a la hostilidad, a la emoción de la comunidad; el pueblo, en una sociedad abierta, no pide a sus instituciones ser infalibles pero es difícil que acepte las prohibiciones de asistir y observar. Cuando el proceso penal se desarrolla en público hay, al menos, la oportunidad de comprender el funcionamiento del sistema.

El efecto educativo de la participación del público constituye una ventaja material; no sólo aumenta el respeto por la ley y se adquiere un inteligente conocimiento del método de gobierno, sino que se promueve una fuerte fe en el sistema judicial que no puede ser jamás obtenida en un sistema de secreto.

Antes acudir a los tribunales era un pasatiempo, hoy es un modo de educación. La justicia debe satisfacer la apariencia de la justicia.

Luego, al analizar los argumentos del Estado demandado, afirma que aunque la Constitución no contiene una norma expresa que mencione el derecho, ofrece real protección contra la exclusión del público del proceso penal:

La primera enmienda, en combinación con la 14, prohíbe al gobierno limitar la libertad de expresión o de prensa y el derecho del pueblo a

reunirse pacíficamente; estas dos libertades tienen en común el asegurar la libertad de comunicación.

Es difícil individualizar un aspecto de la función de gobierno que interese al pueblo más que el modo como el proceso penal se desarrolla.

El pueblo se reúne en lugares públicos no sólo para hablar o actuar sino también para escuchar, observar, aprender; o sea, el derecho de reunión puede tener cualquier fin legítimo.

Ese derecho se ejerce en lugares públicos como la calle, la vereda o los parques; también un tribunal es un lugar público donde el pueblo en general tiene el derecho de estar presente.

De allí concluye que el derecho a asistir a las audiencias penales es un derecho implícito no enumerado.

Es verdad que no es lo mismo el derecho de asistir personalmente a un debate oral (limitado, incluso, por el espacio físico) que el derecho a que ese debate llegue a conocimiento de un público de número indeterminado, mediatizado a través de la televisión.

Pero no se puede negar que la televisación aumenta el espectro de posibles asistentes y, en principio, favorece el cumplimiento de los fines perseguidos con la publicidad.

Por eso se ha dicho con acierto que: "La nueva realidad de la tecnología y la globalización informativa requieren actualizar y precisar conceptos como el de publicidad del juicio, que tiene hoy un significado diferente al que tenía cuando se incorporó a nuestro derecho.

"La plaza pública, la sala de audiencias, el periódico, la radio y la televisión en directo, tienen en común el ser espacios para la publicidad, en donde se ponen en tensión distintos intereses; pero las diferencias de dimensión e impacto social entre todos ellos son enormes.

"El desafío que recién parece encararse, consiste en lograr una equilibrada regulación de la publicidad del proceso respecto de cada uno de los intereses en juego." (83)

(83) Recomendaciones del XI Encuentro Panamericano de Derecho Procesal, "LA LEY Actualidad", boletín del 28/11/1996.

- Asegura la transparencia del procedimiento.
- Sirve de método directo de educación popular desde que permite a un gran número de personas familiarizarse con el sistema.
- Es un medio para que los jueces ensanchen su base de aceptación ciudadana. Así como existe una sentencia, también existe una opinión pública, haya o no televisión.

Es razonable acercar ambos dominios por la vía de la publicidad, tratando de que las puertas abiertas permitan que la resolución definitiva sea observada, comprendida y aceptada(84).

- La afirmación de que la televisación influye sobre los jueces y los testigos no tiene ninguna base empírica; la Corte Suprema de Justicia de Florida hizo una encuesta cuyos resultados fueron que ninguna incidencia apreciable tuvo la presencia de las cámaras de televisión en el comportamiento de los sujetos procesales.

- La televisación no agudiza las dificultades en la rendición de la prueba; a un testigo mendaz le basta enviar a un amigo para que le relate lo sucedido en el debate antes de su intervención.

- Es bueno desacralizar la Justicia, tener de ella una visión laica y realista.

e) *Una solución prudente*

Coincido con quienes distinguen entre la *televisión-información* y la *televisión-espectáculo*(85). La Justicia puede favorecer la información y de hecho tiene la obligación de hacerlo, porque el proceso es público, pero no tiene por qué prestarse al espectáculo, porque entonces hay un riesgo cierto de que el proceso quede determinado sobre la base de una lógica extraña a la Justicia.

(84) BIELSA, Rafael, Cit. por MAHIQUES, Carlos A., "¿Favorece la realización de los valores republicanos la televisación irrestricta de los juicios orales?", "E.D.", 168-955.

(85) El Acuerdo Reglamentario nº 331 del Superior Tribunal de Justicia de Córdoba del 11/9/1996 dice con todas las letras: "La publicidad del quehacer judicial no debe transformar a éste en un espectáculo, ni a sus protagonistas en actores, lo que conspiraría contra el respeto que la magistratura merece, fincado en el resultado de su gestión, no en la exposición pública de quienes la llevan a cabo" (El reglamento se transcribe en "Foto de Córdoba", año IX, nº 46, 1998, pág. 398).

Recuérdese que "los medios refuerzan los efectos de la visión en detrimento de la verdad, la seducción en detrimento de la argumentación" (86).

En tal sentido, se ha dicho que "entre la publicidad como elemento necesario para la validez de la actividad procesal y la epidemia generada por el afán —censurable aunque obedezca a los mejores propósitos— de los comunicadores en aumentar su fama anticipando, por la gravitación en la audiencia, el corolario de un proceso, resulta obvio que media una distancia sideral" (87).

Es que, como dice Umberto Eco, una cosa es la *televisión información* y otra la *televisión ficción*: hoy se evidencia en los programas de TV una mezcla indisoluble de información y ficción en donde no importa que el público pueda distinguir entre noticias verdaderas e invenciones falsas (88).

7. Reflexiones finales: ¿cómo deben comunicarse los jueces y abogados?

El aumento reiterado de la participación de abogados en programas televisivos de muy dudosa seriedad, y la mediatización de los procesos por esta vía, induce a propiciar que se incorpore en la normativa deontológica argentina normas similares a las existentes en otros países; así, por ej., en Francia, algunos colegios de abogados tienen en sus reglamentos disposiciones de este tenor: si el abogado, excepcionalmente, hace declaraciones públicas sobre procesos en curso, debe indicar a qué título se expresa y poner especial cuidado en sus expresiones (89).

(86) GARAPON, Antoine, "Faut-il filmer les audiences?", en "Justice et pouvoirs", Dalloz, 1996, pág. 130. Pocos autores han descripto estos efectos de la televisión de modo más elocuente que GIOVANNI SARTORI en su reciente libro "Homo videns. La sociedad teledirigida", trad. de Ana DÍAZ SOLER, Madrid, Ed. Taurus, 1997.

(87) D'ALBORA, Francisco J. D., "La deformación del proceso penal y los comunicadores sociales, en Homenaje de la escuela procesal de Córdoba a J. Clariá Olmedo y a A. Vélez Maricónde", Córdoba, Lerner, 1995, pág. 535.

(88) Cit. por SLOKAR, Alejandro, "Publicidad de juicio y libertad informativa: notas referidas a la intervención televisiva", "J.A.", 1994-III-812.

(89) Compulsar LAY, Jean Pierre, "La publicité des débats devant le conseil de l'Ordre des avocats et l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme; les rapports de l'avocat avec la presse", "Recueil Dalloz Sirey", nº 41, 23/11/1995, pág. 596; MARTIN, Raymond, "Publicité des débats dans la procédure disciplinaire: le principe du

Con mayor razón aún, coincido con quien afirma que "el mejor juez es el menos conocido por los lectores del 'Daily Mail'" y que los jueces no deben hacer su trabajo de modo de captar la atención del hombre de prensa(90).

Estoy convencida de que los jueces, como todos los funcionarios públicos de la República, estamos obligados a explicar el por qué de nuestras decisiones; esto significa que el mejor medio de comunicarnos es motivar nuestras decisiones, para poder convencer a los destinatarios de las resoluciones y a los otros interesados en ellas de la razonabilidad de la decisión asumida.

En prueba de lo que digo, nada mejor que transcribir este pensamiento: "la casi identidad de las palabras comunidad y comunicación no es accidental.

Las comunidades son redes de personas que entienden que sus comunicaciones pasadas han tenido sentido y que tienen fe en que las comunicaciones futuras tendrán también importancia.

"Los miembros de una comunidad no comparten necesariamente creencias sustantivas.

"Los buenos amigos, aunque estén firmemente en desacuerdo acerca de ideologías, proposiciones científicas y cuestiones de gusto, continúan siendo buenos amigos en tanto sigan utilizando el mismo marco de comunicación.

"El actor político eficaz respeta a su público, porque su justificación presupone que gobernantes y gobernados pueden comunicarse y lo hacen.

buis clos est-il contraire A l'article 6 de la Convention EDH", en "La Semaine Juridique", 21/2/1996, II-22.591. En un contexto más estrecho, el art. 23 del Código de Ética del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, Argentina, dispone: "Es deber del abogado no difundir o dar a publicidad sentencias que no se encontraren firmes sin hacer constar tal circunstancia". (Para un análisis de esta disposición y otras análogas, ver FILIPPINI, Aníbal, "Responsabilidad por difusión de constancias judiciales, en La responsabilidad". "Homenaje al profesor Isidoro Goldenberg", Bs. As., A. Perrot, 1995, pág. 373).

(90) La frase se atribuye a lord WIDGERY, Lord Chief Justice ("the best judge is the man who is least known to the readers of the Dayly Mail"), quien aconsejaba: "judges should not do their work in such a way as to catch the eye of the newsman". (Cit. por David PANNICK, "Judges", Oxford, Oxford University Press, 1987, pág. 169).

"La justificación sostiene implícitamente que las conversaciones pasadas fueron buenas y que lo seguirán siendo en el futuro.

"Por lo tanto, el ejercicio exitoso del poder en una comunidad respeta la norma de que la autoridad de las decisiones debe fluir no de los propios deseos de quien decide, sino de un marco de comunicación que comparten gobernantes y gobernados.

El gobierno eficaz crea o sostiene a la comunidad, manteniendo la confianza en la inteligibilidad de las comunicaciones y conversaciones."(91)

(91) CARTER, Lief H., "Derecho constitucional contemporáneo. La Suprema Corte y el arte de la política", Bs. As., Ed. A. Perrot, 1992, pág. 42.

COMENTARIOS

ACADÉMICO DOCTOR ROBERTO MARTÍNEZ RUIZ

A mí me ha llamado siempre mucho la atención la forma en que reaccionan los medios de prensa cuando se habla de imponer algún tipo de tributación fiscal sobre, por ejemplo, la publicidad que se hace en los medios de prensa; no digamos que se llegara a pretender imponer gravámenes sobre los medios de prensa en sí.

No se cuál es el criterio de la académica sobre ese punto, porque más de una vez se ha debatido, y en general siempre han conseguido los medios de prensa que no se concreten las amenazas de nuevos impuestos, sobre todo respecto de la publicidad, porque eso les puede restringir los ingresos a los medios de publicación.

Ahora bien, las garantías constitucionales ¿hasta qué punto pueden llegar a interpretarse judicialmente como que impiden la imposición de esos gravámenes?

Porque yo, por ejemplo, soy abogado. Tengo una garantía constitucional que me permite trabajar y el Estado me saca parte de mis beneficios por vía del impuesto a las ganancias, del impuesto al valor agregado, del impuesto a los ingresos brutos, etcétera, etcétera, etcétera.

En realidad, es un derecho que no creo que sea de una inferior categoría, de inferior nivel que el que puede tener la prensa con la libertad que se le asegura.

Los profesionales estamos obligados a aceptar esos gravámenes y a nadie se le ha ocurrido plantear que, por ser el ejercicio del derecho una garantía constitucional, se deje sin efecto el impuesto a las ganancias, etcétera, que gravan la productividad del profesional.

Reconozco que no es un tema que esté directamente vinculado con el que la doctora ha desarrollado, pero, como veo que está tan bien

informada sobre todo esto, me permito hacer esta pregunta. No sé si en Mendoza habrán tenido oportunidad, a lo mejor en la Corte en algún momento dado, de resolver este punto, porque a veces creo que se ha llegado a impugnar por parte de los medios de comunicación la creación de algunos gravámenes.

ACADÉMICA DOCTORA AIDA KEMELMAJER DE CARLUCCI

Este es un tema que en Italia se está estudiando muchísimo; se advierte en determinados momentos que la legislación ya no es la legislación que recepta el bien común; los lobbies hacen una presión muy poderosa, de modo que las leyes se dictan en función del influjo que estos grupos ejercen.

Entonces, imagínense, si los grupos de presión tienen influencia sobre muchísimas leyes (como la de protección de los consumidores, por ejemplo), lo que es la presión que ejerce la prensa cuando están sus propios intereses personales en juego.

Entonces, creo que el tema que plantea la presidencia encuadra dentro del gran tema de cómo se legisla y la presión que los grupos corporativos, porque en este caso termina siendo un grupo corporativo también, ejercen sobre el legislador, y cuando es un medio de prensa ni qué hablar.

Pero yo creo que, por ejemplo, en el caso de la publicidad, el doctor García Belsunce puede hablar mejor de la legislación fiscal; si yo tuviese que resolver eso no me parece que las imposiciones sobre la publicidad deban afectar a la libertad de expresión.

Yo soy una gran defensora de la libertad de expresión, me parece que nosotros, los países latinoamericanos, para afianzar nuestra democracia tenemos que ser grandes defensores del sistema de la libre expresión, ser bastante restrictivos en las limitaciones que se le imponen a la prensa, pero, como ven, yo no creo en los derechos absolutos, no creo que ni siquiera la prensa tenga derechos absolutos.

Entonces, por ejemplo, cuando veo menores comprometidos creo que hay que ponerle límites.

ACADÉMICO DOCTOR HORACIO A. GARCÍA BELSUNCE

Me adhiero y amplío, si cabe, la felicitación a la doctora Kemelmajer por la metodología y el orden que tienen sus exposiciones.

Es imposible perderse oyéndola. Se han tratado varios temas; yo no voy a particularizar sino en algunas cosas muy generales.

Creo, fundamentalmente, en la defensa de la libertad de prensa. Pero creo también, como ha dicho la doctora Kemelmajer, que se hace difícil luchar por quienes defienden su libertad frente a la prensa.

Son muchos los sectores que podrían hacer valer sus derechos, pero temen ejercerlos por no ponerse a la prensa en contra.

Sobre el tema que ha tocado la doctora referido a la televisación de las audiencias yo, en principio, tengo un criterio restrictivo.

Creo sí que la autorización debe ser dada por el juez, no como en el caso citado que tienen que ir al Tribunal Supremo.

El juez es el dueño de la situación, él es el que tiene que resolver si se televisa o no.

Pero hay que tener cuidado con una cosa: como usted bien lo ha dicho, en la República los actos de gobierno deben ser publicitados, pero ¿cuál es el acto de gobierno que resulta del Poder Judicial?: la sentencia.

La sentencia no es el proceso y a lo mejor la publicidad, la televisación más concretamente, perturba la buena marcha del proceso y eso hay que cuidarlo muchísimo.

En cambio, sí soy gran defensor de que las sentencias se publiquen y se discutan en todos los medios que corresponda.

No quiero entrar al tema del derecho de réplica, donde se enfrenta ahí la garantía del individuo, la intimidad en particular, el honor versus la libertad de prensa, porque sería complicarnos en el tema.

Tenemos el caso "Petric" que acaba de publicarse últimamente, y dos trabajos que mencionó hace un rato el doctor Martínez Ruiz, de Gerardo Ancarola.

Creo que ese tema hay que manejarlo con mucha prudencia. Pero tampoco me convencen algunos pronunciamientos de la Corte sobre el particular.

En cuanto al tema impositivo que el doctor Martínez Ruiz sacó a relucir y que la doctora me pasó para que diga algo, yo creo que la publicidad es uno de los negocios más lucrativos que hay.

Que gravar la publicidad incide en la prensa es innegable, pero si aumentamos el impuesto a los combustibles también incide en la prensa, porque los medios de prensa, los diarios, se distribuyen con los transportes terrestres que consumen nafta.

Cualquier impuesto al consumo repercute, por el proceso de traslación, en el costo del producto final. Pero a mí no me van a hacer creer que porque la publicidad aumente un 20% los diarios se van a quedar sin publicidad, cuando hoy día vemos que aparecen avisos de dos páginas enteras del diario.

Además, pienso que los impuestos, para respetar la garantía constitucional de la proporcionalidad, deben ser proporcionales a la capacidad contributiva, como lo ha dicho la Corte.

Y cuando hay una capacidad contributiva que se manifiesta en una expresión de riqueza en cabeza de un periodista, juez, legislador, funcionario público, abogado o médico, todas son iguales.

Donde hay una capacidad contributiva equis el impuesto es equis prima, sea quien sea el sujeto, porque de lo contrario se desconoce la capacidad contributiva.

ACADÉMICO DOCTOR JULIO CÉSAR CUETO RUA

A mí me llamó mucho la atención esta referencia al criterio norteamericano en la administración de este problema que plantean los medios de comunicación, al riesgo de que se sientan heridas muchas personas por las referencias que se hacen a través de los medios.

En los Estados Unidos hay una gran libertad. Usted usó la expresión equilibrio. Yo creo que ella da un poco la clave del tema, lograr el equilibrio. Es un caso de tantos en que tenemos intereses contrapuestos, que surgen espontáneamente de la vida porque cada uno tiene sus pre-

tensiones, sus aspiraciones y por su mera presencia uno genera limitaciones en los demás.

Así somos. Estamos ante un caso en el que en forma muy dramática, muy efectiva, se hacen patentes las contradicciones existentes en el seno del grupo social. Son inevitables y probablemente serán eternas.

El asunto es cómo se alcanza el tipo de equilibrio que razonablemente se puede alcanzar en una sociedad integrada, organizada, con mecanismos de generación de bienes, de transportes y de distribución y de consumo.

¿Cómo se alcanza ese equilibrio?

Se da una tendencia a pensar que éste es un problema de legislación, que se trata de encontrar normas que nos permitan alcanzar ese equilibrio, probablemente recortando ciertos derechos en algún punto, desarrollando obligaciones en otro, mediante procedimientos normativos.

Pero cuando uno examina la realidad norteamericana y la forma en que se vive, los intereses que se juegan, es muy obvio que no se está ante problemas normativos.

Quienes se ocupan de esta materia pensando en la redacción de normas generales están equivocados.

Es un problema vital. Está en juego la coexistencia de seres condenados por sus propias características a padecer enfrentamientos.

La vida se puede pensar como una serie sucesiva de enfrentamientos más o menos exitosos en el seno del grupo social.

¿Por qué en los Estados Unidos, entonces, se percibe este grado de libertad tan diferente al que se percibe en Alemania, diferente al que se percibe en Europa continental?

Yo creo que lo que hay aquí, en el caso de los Estados Unidos, es la enorme heterogeneidad y dinamismo de la sociedad. La sociedad genera internamente mecanismos de equilibrio.

Aun contra lo que se podía pensar, la incorporación de las personas de color a la vida pública norteamericana conquistando poder, a través de su representación en el Congreso y en los cuerpos legislativos, a través de su actividad ejecutiva, resultó ser un factor positivo y de equilibrio.

Yo me acuerdo siempre la impresión que tuve el primer día que llegué a Estados Unidos y fui a un bebedero instalado en una plaza.

Allí se leía "only white", "sólo para blancos".

Me dije, ¿cómo es posible que este grifo sea para negros y este otro para blancos?

Un día tomé un ómnibus. Por razón de comodidad me resultaba más útil ir atrás, "no, no, usted queda acá, usted no va con los negros, usted es blanco", me decía el conductor.

Yo quería ubicarme cómodamente y no me lo permitían. El día en que yo levanté mi departamento en Estados Unidos, porque había completado mi ciclo universitario al alcanzar el límite de edad, me dirigí a un restaurant para almorzar en él.

Pude observar entonces un cuadro sorprendente: una mesa con cinco muchachos y chicas negros servidos por dos estudiantes blancos. ¡Éstos eran los mozos! ¡El blanco llamado por el negro y el blanco obediendo!

"Brown vs. Board of Education" se decidió en 1954. Yo volví a la Argentina en 1990. En menos de 38 años se había producido la revolución. Se daba el equilibrio, se entendían, se pacificó el país.

Ahora surge el tema de la inserción de los *hispanics* y de los *texmex*, que está provocando modificaciones lingüísticas en el sur de Texas y en Florida.

Los norteamericanos tienen fe casi religiosa en el destino de la Nación, aquella famosa convocatoria de Teodoro Roosevelt. En los Estados Unidos se cree en el destino de la Nación.

Crean que dejando que la libertad y la expresión plena de las pretensiones individuales opere sin restricciones, se logre el equilibrio tan buscado en una sociedad dotada de una sorprendente capacidad de adaptación, de desarrollo, de ajuste, de cambio. Soporta la carga de poderosos factores explosivos tan intensos que uno debería pensar que esta sociedad no podría aguantar.

La prueba de los últimos cincuenta años es que aguanta y aguanta porque cree, en definitiva, en la capacidad del hombre para poner en juego su racionalidad.

De modo que no se está ante un problema normativo, sino ante problemas sociológicos, culturales, económicos, científicos y técnicos. Estamos asistiendo al cambio en la sociedad. Está surgiendo una nueva sociedad.

Comparo los Estados Unidos de 1952, año de mi primera estadía en dicho país, con los Estados Unidos de 1990, cuando terminé mi ciclo de enseñanza universitaria.

Entre esas dos fechas yo digo: "acá ha habido una revolución, he vivido una revolución".

La viví no sólo por la suerte de los negros. Hubo otros cambios profundos.

Por ejemplo, nosotros en la Facultad de Derecho, en Dallas, teníamos dos o tres chicas por curso en 1952, cuando yo llegué.

Ahora tenemos la mitad. En el año 1952 las niñas eran chicas modistas, bien pintaditas, arregladitas, eran como muñecas.

Pocos años después, la pintura es menor, el pelo es largo. La mujer ha adoptado hasta una actitud protectora hacia los hombres.

Yo calificué con una nota muy baja a una chica que había sido una alumna excepcional. Pero el resultado de su examen fue una catástrofe.

Yo tenía la costumbre de regresar a la Argentina tan pronto terminaba de calificar los exámenes. Cuando se conocieron las notas, esta chica no me podía hablar porque yo ya estaba acá.

Pero volví. Esa señorita vino a verme para pedirme explicaciones por nota tan baja y yo le dije, "mire, esa es mi primera pregunta también, ¿qué le pasó a esta alumna, por qué tan mala nota?"

¿Saben lo que me dijo esta niña? Que yo era tan cordial que ella me perdonaba, y no iba a denunciarme al decano.

Cuando uno compara, las chicas de 1990 y las otras de 1952 el cambio es sustancial. Se está ante otra sociedad.

ACADÉMICO DOCTOR ROBERTO MARTÍNEZ RUIZ

Pasando al tema de las discriminaciones, recuerdo que en Estados Unidos, en un estado, hubo un proyecto de ley de cupos para que entraran cierta cantidad de estudiantes de color en las universidades respecto de todos los aspirantes y se dio el caso de que, aplicando esa ley de cupos, entraban algunos muchachos de color que habían tenido menor promedio, menores calificaciones que los blancos.

Entonces, ahí se armó una cuestión judicial bastante difícil de resolver, porque evidentemente se presentaba una situación, por lo menos, no querida por la ley y que era injusta, porque si el blanco tenía un promedio superior a los muchachos de color ¿por qué tenían que entrar los de color y no los blancos? La verdad es que no recuerdo cuál fue la solución judicial del caso.

ACADÉMICO DOCTOR JULIO CÉSAR CUETO RUA

En Louisiana hay una universidad con una mayoría de alumnos negros y pocos blancos. Entonces la Procuración General de los Estados Unidos nos intimó para que nuestra universidad tuviera más negros, y más blancos la otra.

Esto planteaba graves dificultades, entre otras, la de reducir el nivel académico del alumnado regular blanco para que los negros lo pudieran alcanzar. Los profesores reaccionaron todos negándose a disminuir el nivel de excelencia.

El decanato dispuso que los profesores debían hacer un esfuerzo pedagógico extra, actuando como una suerte de tutores académicos de cada uno de los estudiantes negros que se incorporaba a nuestra Facultad.

¿Qué pasó?

Los negros empezaron a rendir mejor y los muchachos blancos, a quienes les iba mal en sus estudios, pidieron un trato académico igual al dispensado a los alumnos negros.

El problema fue de difícil solución.

ACADÉMICO DOCTOR JORGE REINALDO VANOSI

Creo que la experiencia de los Estados Unidos, en especial la que estaba desarrollando el doctor Cueto Rúa, es muy aleccionadora, es decir, de las dos actitudes posibles, "iguales pero separados", que fue la primera, e "iguales e integrados" que es a partir de "Brown vs. Board of Education", la que está dando resultados más pacíficos es la segunda, es decir la integración, obviamente la que está triunfando.

Con todos los problemas que pueda tener, dificultades, retrocesos, una de las grandes demostraciones del siglo que culmina creo que es el esfuerzo realmente notable de los Estados Unidos por alcanzar una integración pacífica en circunstancias tan complejas como ha sido ese conglomerado humano.

El otro experimento, ensayado sobre la base exactamente inversa, es el de Sudáfrica, sobre el cual no está dada la palabra final.

Yo visité Sudáfrica en el momento más duro, más intransigente, más intolerante del Apartheid, 1979, 1978.

Las escenas que contaba el doctor Cueto Rúa sobre la ubicación en los ómnibus, sobre el bebedero de agua, eran iguales pero feroces.

Yo entré por equivocación en un hotel, en un baño, que era para negros y me sacaron zumbando, perdón por la expresión muy poco académica, pero fue así, realmente me sacaron prácticamente tomándome del cuello.

Y todo hacía pensar que el caso de Rhodesia y el caso de Sudáfrica iban a terminar en un baño de sangre total, porque no había punto de conciliación posible.

Y, sin embargo, la enorme habilidad, la enorme capacidad política de este príncipe tribal, porque es de la nobleza tribal, que es Mandela, con todas las dificultades, también tropiezos, retrocesos, avances, etcétera, ha conseguido poco a poco, en los años que lleva, evitar por lo menos el baño de sangre.

Y eso que no lo ha hecho en el marco de una situación económica como la de Estados Unidos, donde si bien había un gran desnivel entre blancos y negros no era de ninguna manera, ni remotamente, el desnivel que se veía en Sudáfrica, donde toda la pobreza era de los negros y toda la riqueza estaba en manos de los blancos.

Entonces creo que, en definitiva, el problema tiene también una raíz cultural muy importante, porque la explosión se evita si por lo menos se comparte una lógica, un sistema de pensamiento, de lógica, de razonamiento entre esas dos culturas:

Entre la cultura de los segregacionistas, que quieren retener alguna cuota de poder, y la cultura de los integracionistas, que quieren acelerar el proceso de integración. Y los peligros de intransigencia están en ambos lados.

Concluyo con esta anécdota que me quedará grabada por el resto de mis días.

A comienzos de 1966, el canciller Zavala Ortiz me envió al Congreso de la Naciones Unidas sobre el Apartheid, que se hacía en Brasilia, que estaba inaugurada de poco tiempo antes.

Era una ciudad verdaderamente inhóspita, incompleta, y tuvimos que convivir representantes de 110 naciones durante un mes. Los brasileños, dueños de casa, muy orgullosos de exhibir lo que ellos llamaban en portugués la *miscigenação*, es decir, la fusión que los portugueses ya habían provocado desde la colonia y luego bajo el imperio y con la República había continuado, quisieron mostrarles, darles un testimonio a los delegados de África negra llevándolos en los fines de semana que estaban disponibles, en los recesos del Congreso, a los lugares de mayor densidad de la población negra, al noreste.

El primer fin de semana fue un contingente integrado por los delegados, los embajadores de los países más duros, más maoístas, diríamos para la terminología de esa época.

El lunes, al llegar de regreso y reanudar las sesiones, pidieron la palabra y en medio de una expectativa muy grande, un silencio sepulcral, anunciaron que iban a formular una gravísima denuncia.

Y la gravísima denuncia era poner ante la humanidad el crimen cometido por Portugal y Brasil, que habían atentado contra el derecho a la negritud, porque la *miscigenação*, la integración, les había impedido mantener la pureza de su sangre de la cual dependía la pureza de sus costumbres y de su cultura.

Esto era imposible de rebatir porque eran dos lógicas totalmente irreconciliables, no tenía sentido entrar en un debate, de modo que hubo un tácito entendimiento de que la cosa quedara allí.

En 1966, cuando lo menos que pedían los demás países negros era la invasión a Sudáfrica y la expulsión de los blancos, se podía ver o entrever que eso iba a terminar realmente de una forma muy violenta y muy sangrienta.

Y no ha sido así. En definitiva ha triunfado la cultura del conviviente, la cultura de una cierta tolerancia. Hay episodios, hay incidentes, etcétera, como los ha habido en los Estados Unidos.

Probablemente las medidas de discriminación inversa que nos resultan tan chocantes y nos parecen hasta lesivas desde el punto de vista constitucional al principio de la igualdad, contribuyan a ese cambio cultural, a esa mutación cultural.

Porque en definitiva todos queremos ser libres pero no todos queremos ser iguales.

Es decir, la libertad es sentimiento pero también idea, mientras que la igualdad es fundamentalmente idea pero no hay un sentimiento espontáneo de querer ser todos iguales sino que hay una tendencia a ser desiguales.

Es muy complicado. Es un problema cultural.

ACADÉMICO DOCTOR FEDERICO VIDELA ESCALADA

En 1977-79 integré el Comité Internacional contra la Discriminación Racial de la ONU. Al menos una de las dos reuniones anuales de tres semanas cada una se realizaba en Nueva York para poder preparar con mayor facilidad los documentos para la Asamblea de la Institución.

A raíz de esa presencia periódica, muchas veces pregunté por qué los Estados Unidos no ratificaban la Convención y la explicación que casi invariablemente se me dio era que, en realidad, se había hecho todo lo posible para cambiar la legislación discriminatoria, para dar la igualdad que la Constitución garantiza, pero que se notaba que no en todo el territorio (especialmente hacían referencias a los Estados del Sur) el pueblo americano había aceptado esto sino que lo tomaba con ciertas restricciones.

Algunos me mostraron, inclusive, documentos sobre condominios, en los cuales se establecía que las unidades podían ser vendidas por

sus respectivos propietarios, siempre que el comprador no fuera un negro.

Es decir, que hay muchas dificultades que superar en algunos sectores, tal como, en relación con Brasil, lo señalaba recién el doctor Jorge Vanossi.

Sí, se ha avanzado mucho en el pensamiento de la gente que piensa y crea la ley, de la que muestra una especie de ejemplo y eso ha llevado, creo que hasta hoy, a que los Estados Unidos sigan sin ratificar la Convención.

En cuanto al tema Brasil, algo puedo comentar. A todos los países les tocaba por turno informar sobre la situación en su territorio.

En una oportunidad, le tocó hacerlo al representante de ese país y lo hizo muy bien, afirmando que allí el problema estaba totalmente superado, que en Brasil se habían equiparado todas las situaciones, etcétera.

Pero, finalizado el informe, uno de los integrantes de la Comisión fue preguntando al embajador sobre la cantidad de personas de uno y otro color que había en las Cámaras Legislativas y sobre el color de los Gobernadores de los Estados, en respuesta a lo cual, ante la disparidad que existía en el número de negros y de blancos en tales cargos, el expositor se comprometió a presentar un informe.



III

OTRAS DISERTACIONES Y TRABAJOS



LA NECESIDAD DE CREAR UN ÓRGANO JURISDICCIONAL SUPRANACIONAL PARA EL MERCOSUR.

LA DESPROTECCIÓN DE LOS PARTICULARES

POR AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI (*)

I. ALGUNAS NOCIONES PRELIMINARES.

1. Una clasificación básica de las organizaciones internacionales.

Teniendo en cuenta la naturaleza de los órganos que integran una organización internacional, Henry Schermes clasifica las organizaciones internacionales en dos grandes grupos:

a) Organizaciones *intergubernamentales*.

Se caracterizan por:

- Los poderes decisorios son ejercidos primordialmente por representantes gubernamentales.
- En materias importantes, los gobiernos no pueden ser obligados por los órganos de la organización en contra de su voluntad.

(*) Disertación de la Académica en el II Congreso Iberoamericano de Academias de Derecho - Córdoba, octubre / 1998.

La obligatoriedad proviene de la cooperación intergubernamental, las decisiones requieren, en todo caso, de unanimidad.

b) Organizaciones *supranacionales*.

Se caracterizan por:

- Las decisiones de los órganos pueden ser obligatorias para los Estados miembros.

- Los órganos encargados de adoptar decisiones no dependen enteramente de la cooperación de todos los Estados; pueden aprobarse por mayoría.

- La organización está dotada de poderes para adoptar normas obligatorias y directamente aplicables(1).

Por eso se ha dicho que la característica propia del órgano *jurisdiccional* supranacional es la de ser *independiente* en el ejercicio de su competencia de los Estados miembros del proceso de integración que los crea por medio del tratado marco(2).

2. Ubicación del Mercosur en esta categoría.

La columna vertebral de la organización en el Mercosur es intergubernamental; el Mercosur no ha ingresado aún en la etapa de la supranacionalidad(3).

(1) Citado por DREYZIN DE KLOR, Adriana, "La viabilidad del Mercosur en relación con el sistema de solución de controversias vigente", en "Rev. de D. Privado y Comunitario", n° 9, 1995, pág. 455, nota 5.

(2) RUIZ DÍAZ LABRANO, Roberto, "Hacia un tribunal de carácter supranacional en el Mercosur", en "Rev. de la Facultad de Derecho y Cs. Sociales de la Universidad Nacional de Asunción", ed. en homenaje a Luis de Gásperi, 1997, pág. 328.

(3) Compulsar, entre muchos, UZAL, María E., "Ley aplicable y juez competente en el sistema del Mercosur", RDCO, 1993-B, año 26, pág. 215; NOODT TAQUELA, María Blanca, "Solución de controversias en el Mercosur", en "J.A.", número especial del 27/8/1997, rev. n° 6.052, "Mercosur", pág. 38; RIMOLDI DE LADMANN, Eve, "La estructura institucional a partir del protocolo de Ouro Preto", en obra colectiva, "Mercosur y Comunidad Europea", Bs. As., Ed. Ciudad Argentina, 1995, pág. 206; PINTO DE ALMEIDA, E., "Análisis de la génesis de un mercado común del sur: la supranacionalidad", en V Encuentro Internacional de Derecho de América del Sur. "La integración hacia el siglo XXI", Pelotas, Ed. Educat, 1996, pág. 232.

En efecto, el art. 2 del Protocolo de Ouro Preto del 17/12/1994 dice expresamente: "Son órganos con capacidad decisoria, *de naturaleza intergubernamental...*"

¿Por qué lo son? Porque no hubo (y al parecer aún todavía no hay) voluntad política coincidente para admitir la atribución y delegación de las facultades que hoy ejercen los órganos nacionales.

Aunque a partir del Protocolo de Ouro Preto, se reconoce al Mercosur personería jurídica internaciona(4), hasta ahora las instituciones del Mercosur son claramente dependientes de los cuatro gobiernos que lo conforman y el sistema de solución de controversias es tributario de esa concepción(5).

Por esta razón, se ha sostenido que no basta adoptar el sistema europeo en materia de Corte de Justicia, sino que toda la estructura del Mercosur debiera ir acompañada con la creación de otros órganos supranacionales.

Es difícil imaginar acciones de incumplimiento, iniciadas por un Estado contra otro, si la decisión debe ser tomada por consenso.

En consecuencia, no basta crear la Corte, hay que modificar, aunque sea parcialmente, el sistema de toma de decisiones(6).

(4) El art. 34 dispone: "El Mercosur tendrá personalidad jurídica de derecho internacional".

El art. 35 al explicar en qué consiste esa personería afirma, correctamente en su primera parte que "el Mercosur podrá, en el uso de sus atribuciones, practicar todos los actos necesarios para la realización de sus objetivos", mas luego, parece estar preocupado sólo por las cuestiones del derecho privado, como si el Mercosur fuese una simple sociedad comercial, al enumerar: "en especial contratar, adquirir o enajenar bienes muebles e inmuebles, comparecer en juicio, conservar fondos y hacer transferencias".

Compulsar, para el tema de la personalidad, RIMOLDI DE LADMANN, Eve, "La Comisión de Comercio en el Mercosur", su ponencia al VI Encuentro Internacional de Derecho de América del Sur. "Chile y el Mercosur en América Latina", Santiago de Chile, 1977.

(5) MORELLO, Augusto y OTEIZA, Eduardo, "El sistema de solución de controversias del Mercosur", en obra colectiva, "El Mercosur. Aspectos institucionales y económicos", La Plata, Ed. Platense, 1993, pág. 218.

(6) SAMTLEBEN, Jürgen, "Perspectivas para una Corte do Mercosul e a experiência européia, en Roma e America. Diritto Romano Comune". "Rivista di diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina", Modena, Ed. Mucchi, 1996, pág. 73.

II. LOS CONFLICTOS Y SUS SOLUCIONES.

I. Presentación del problema.

Los fenómenos de integración (sean económicos, políticos, sociales o culturales), normalmente generan diversos tipos de relaciones y de conflictos.

"Cuanto más frecuentes e intensas son las relaciones, resultan mayores las oportunidades de discrepar y las oposiciones se multiplican; pero, a su vez, la misma frecuencia e intensidad de los contactos propicia la aparición de elementos aglutinantes —interdependencia, instituciones comunes, valores compartidos, competencias, etc.—, que generalmente conducen a resolver las diferencias en forma pacífica, procurando a la vez la mayor felicidad individual de cada uno de los oponentes y la mayor felicidad grupal del conjunto que ellos integran."(7)

No hay que temer la controversia y no es grave que ésta se produzca.

El problema crucial es no contar desde el inicio del proceso con procedimientos comunes obligatorios y expeditos destinados a solucionarla(8).

Los autores del Tratado comprendieron que era imprescindible que el Mercosur fuera dotado de un "seguro contra las discrepancias", aunque sea mínimo(9).

El problema a resolver es si el seguro contratado es suficiente o si, ante la menor dificultad, la compañía aseguradora entrará en liquidación.

(7) ARBUET VIGNALI, Heber, "La solución de las controversias en el Mercosur después del protocolo de Ouro Preto", en "Rev. de Cs. Jurídicas y Sociales", Santa Fe, n° 123, 1995, pág. 196.

(8) BARROS CHARLÍN, cit. por GARRÉ COPELLO, Belter, "Solución de controversias en el Mercado Común del Sur", en "Estudios multidisciplinarios sobre el Mercosur", obra colectiva de autores varios, Montevideo, Facultad de Derecho-Universidad de la República, 1995, pág. 201.

(9) CIURO CALDANI, Miguel A., "Estrategia privatista internacional en el Mercosur", en "Rev. Investigación y Docencia", 1996, n° 27, pág. 62.

2. Clasificación de los sistemas de solución de conflictos.

Los medios de solución pacífica de las controversias internacionales pueden clasificarse en(10):

a) Diplomáticos: se ubican en esta categoría: negociación, buenos oficios, mediación, conciliación; también la investigación internacional, por la cual las partes en controversia solicitan a una instancia colegiada que realice un análisis minucioso de los hechos que la motivaron y presente un informe conclusivo, no vinculante.

b) Jurisdiccionales: se encuentran en esta categoría los tribunales judiciales internacionales permanentes y los tribunales arbitrales.

c) Institucionales: son procedimientos sustanciados por los órganos establecidos en tratados de integración económica o de liberalización del comercio.

3. Ideas básicas compartidas.

Hay acuerdo básico en que:

a) La carencia de un efectivo esquema de solución de controversias frustra el mejor intento de integración, y que un mecanismo de solución de controversias adecuado y definitivo constituye uno de los pilares de la consolidación(11).

(10) BOLDORINI, María Cristina, "Protocolo de Brasilia para la solución de controversias", en "Rev. de D. Privado y Comunitario", n° 6, 1996, pág. 471.

(11) BALDINELLI, Elvio, Nota de "El Cronista Comercial" del 6/1/1992, cit. por DAVEDERE, Alberto L., "El sistema de solución de controversias en el Mercosur", "L.L.", 1992-B-1048; DREYZIN DE KLOR, Adriana, "El sistema de solución de controversias en el Mercosur", "L.L.", 1995-B-1195; de la misma autora, "La viabilidad del Mercosur en relación con el sistema de solución de controversias vigente", en "Rev. de D. Privado y Comunitario", n° 9, 1995, pág. 458; HITTERS, Juan C., "Solución de controversias en el ámbito del Mercosur (Hacia un derecho comunitario)", "L.L.", 1997-C-1406 y en "Libro de Ponencias del XIX Congreso Nacional de Derecho Procesal", Corrientes, 1997, t° 1, pág.96 y ss; BERCUN, Horacio, "Solución de controversias.

Control de supranacionalidad normativa (La disyuntiva entre consolidación o retroceso en el Mercosur)", "L.L.", 1995-C-1013; BLOCH, Roberto, "Aportes para la resolución de conflictos en el Mercosur", "J.A.", 1995-II-881; ALEGRÍA, Héctor, "La solución de controversias en el Mercosur", en "Rev. de D. Privado y Comunitario", n° 1, 1994, pág. 411; PÉREZ MIRANDA, Rafael, "La solución de controversias en el Tratado de Libre Comercio para América del Norte (Nafta)", en "Rev. de D. Privado y Comunitario", n° 9, 1995, pág. 497.

Un buen sistema de solución de controversias da seguridad jurídica, valor de gran significación en la economía(12).

b) Cada juez nacional se debe convertir en un juez comunitario, a la manera europea(13).

c) Por lo anterior, cualquiera sea el sistema que en definitiva se adopte, es imprescindible que:

- cada país cuente con órganos jurisdiccionales suficientemente preparados para otorgar una eficaz protección jurídica a la apertura de sus respectivos mercados nacionales;

- se favorezca la cooperación internacional entre los órganos judiciales nacionales y los órganos comunitarios(14).

"Consecuentemente, ya no puede considerarse que lo que acontece en materia de justicia en el plano interno de cada Estado es competencia exclusiva de cada uno; que pertenece a su dominio reservado; el enfoque tradicional cede espacio y fuerza ante la creciente internacionalización de los fenómenos económicos, sociales, culturales y políticos."(15)

d) Cualquiera sea el sistema, para ser eficaz, debe cumplir adecuadamente los siguientes fines:

- *Preservar la reciprocidad de intereses* como sustento del pacto social y de su ordenamiento jurídico.

(12) DALLA VÍA, "El Mercosur, la integración, el derecho y la Constitución", "E.D.", 145-961.

(13) MELGAREJO LANZONI, Rubén, "Solución de controversias en el Mercosur, en Unión Europea y Mercosur: el papel de los órganos jurisdiccionales en los procesos de integración", Asunción, Paraguay, abril de 1997, pág. 28.

(14) Conclusiones del Primer Encuentro de Cortes Supremas de Justicia del Cono Sur de América Latina, Bs. As., 7/9 de agosto de 1991; conf. con las conclusiones, CORONEL, Liliana y SEDRÁN, Noemí, "Mecanismos de solución de conflictos, en obra colectiva bajo la coordinación de Ciuro Caldani, Miguel A, Del Mercosur", Bs. As., Ed. Ciudad Argentina, 1996, pág. 300.

(15) VILLAGRÁN KRAMER, Francisco, "Los procesos de integración económica y la justicia, en Justicia y desarrollo en América Latina y el Caribe", Washington, Ed. del Bco. Interamericano de Desarrollo, 1993, pág. 241.

- *Asegurar la automaticidad de los procedimientos*, a fin de impedir que las controversias no puedan ser tratadas por la oposición del socio cuyo comportamiento es cuestionado, especialmente en el caso de aquéllos con mayor poder de mercado(16).

- Brindar a los inversores y demás operadores económicos un nivel razonable de previsibilidad frente a comportamientos unilaterales contrarios al derecho común.

4. Sujetos entre los que los conflictos pueden presentarse:

Esas relaciones y conflictos pueden darse entre distintos sujetos(17), tales como:

a) Entre los Estados integrados:

Estas controversias deben ser resueltas en el seno mismo del mecanismo de integración y cuando ello no resulta posible, es útil contar con un órgano jurisdiccional competente para cancelar el asunto con efecto vinculante.

Es conveniente que este órgano jurisdiccional no pertenezca a ninguno de los Estados socios sino al propio sistema de integración(18).

b) Entre los Estados y los órganos comunitarios.

En los documentos del Mercosur, los órganos del Tratado no tienen legitimación activa ni pasiva.

(16) PEÑA, Félix, "Notas sobre la solución de controversias en la organización mundial del comercio y en el Mercosur", en "Temas de Derecho empresario. Medios alternativos de resolución de conflictos", boletín de "E.D.", 11/4/1996, pág 6/7 y en "E.D.", 167-793.

(17) Sigo, en lo fundamental, a OPERTTI BADÁN, Didier, "La justicia ante la internacionalización del derecho, en Justicia y desarrollo en América Latina y el Caribe", Washington, Ed. del Bco. Interamericano de Desarrollo, 1993, pág. 224 y ss.; compulsar también, DREYZIN DE KLOR, Adriana, "La viabilidad del Mercosur en relación con el sistema de solución de controversias vigente", en "Rev. de D. Privado y Comunitario", n° 9, 1995, pág. 481.

(18) GARRÉ COPELLO, Belter, "Solución de controversias en el Mercado Común del Sur", en "Estudios multidisciplinarios sobre el Mercosur", obra colectiva de autores varios, Montevideo, Facultad de Derecho-Universidad de la República, 1995, pág. 205.

No pueden actuar contra un Estado que aplique mal o no aplique una decisión del Consejo o una resolución del GMC porque se trata de órganos intergubernamentales y no supranacionales.

c) Entre los órganos comunitarios.

La calidad de intergubernamentales lleva a idéntica conclusión que la anterior.

No hay quien resuelva estos conflictos en el esquema actual del Mercosur.

d) Entre la comunidad y otros países u otros organismos internacionales.

Tampoco hay nada previsto en este aspecto.

e) Entre los particulares y los Estados.

f) Entre los organismos comunitarios y los particulares.

Estos conflictos pueden producirse por decisiones o criterios adoptados por los mecanismos de integración con efectos lesivos para los intereses y derechos de los particulares.

Para este caso, también debiera existir una jurisdicción integrada, dotada de los requisitos de independencia y autonomía técnica necesarias para resolver con probidad y eficiencia tales contiendas.

g) Entre los particulares que llevan a cabo actividades contractuales en la esfera privada, dentro del ámbito integrado.

Normalmente, funcionan las normas clásicas de determinación de la jurisdicción competente, vale decir las que el derecho internacional privado tradicional ha aportado con antelación a los procesos de integración económica.

Sin embargo, tanto la experiencia de los Tratados de Montevideo y del Código de Bustamante como la de la jurisprudencia norteamericana, demuestran la imposibilidad de separar el interés local, expresado en la sentencia, de la ley que se escoge para resolverla, con lo cual el sistema puede conducir al desconocimiento de la internacionalidad propia de la relación.

III. EL PRIMER DOCUMENTO BÁSICO. EL TRATADO DE ASUNCIÓN. (Tratado para la constitución del Mercado Común del Sur, firmado el 23/3/1991, entró en vigor para los cuatro países el 29/11/1991)

Señalaré, en lenguaje telegráfico, las grandes líneas de la solución de controversias prevista en el anexo III del Tratado.

1. Transitoriedad del sistema.

Establece un sistema provisorio, para tener vigencia hasta el 31/12/1994, fecha máxima dentro de la cual se establecería un sistema definitivo.

2. Ámbito material.

Sólo prevé la posibilidad de controversias entre los Estados Partes. Los particulares están silenciados.

3. Insuficiencia del sistema.

Todos los autores reconocen que era un sistema embrionario y parcial; algunos afirman que era imposible, en ese momento, establecer un régimen más moderno, evolucionado y completo.

Como se advierte, la insuficiencia del sistema deriva de la naturaleza intergubernamental y no transnacional de los órganos; las exigencias podrían ser reducidas si se distingue, con algunos autores, entre *consenso* y *unanimidad*:

Cuando el ordenamiento exige unanimidad, el Estado que tiene alguna reserva con respecto a una decisión se ve inclinado a votar en contra de su adopción.

Mediante el consenso, en cambio, se adoptan decisiones sin votación, por la mera constatación de que una decisión de un órgano determinado se ha adoptado sin oposición, es decir, sin votos en contra.

En el consenso puede ocurrir que un Estado no esté totalmente de acuerdo con una decisión de un órgano.

Sin embargo, ese desacuerdo no es suficiente para impedir la adopción de la decisión si él se abstiene de votar.

Así, mediante la abstención, se facilita la adopción de decisiones que no podrían tomarse de requerirse la unanimidad(19).

De cualquier modo, el gran defecto es haber guardado total silencio sobre la resolución de los conflictos de los particulares.

IV. SEGUNDO DOCUMENTO BÁSICO. EL PROTOCOLO DE BRASILIA.

1. Dictado y puesta en vigencia.

El Protocolo de Brasilia fue suscrito el 17/12/1991 y entró en vigencia el 24/4/1993, cuando fue ratificado por el último de los cuatro países.

2. Fuente.

El mecanismo previsto en el protocolo tiene como antecedente el *Antidumping and Countervailing Duty Dispute Settlement*, diseñado en el marco del *United States-Canada Free Trade Agreement* de 1988(20).

3. Ámbito de aplicación material.

El protocolo delimita su ámbito de aplicación en un doble aspecto:

- a) en razón de la materia,
- b) en razón de los sujetos.

El sistema regulado está destinado a resolver controversias sobre la
- Interpretación.

(19) GARRÉ COPELLO, Belter, "Solución de controversias en el Mercado Común del Sur", en "Estudios multidisciplinarios sobre el Mercosur", obra colectiva de autores varios, Montevideo, Facultad de Derecho-Universidad de la República, 1995, pág. 197.

(20) Ver, entre otros, EKMEKDJIAN, Miguel A., "Introducción al derecho comunitario latinoamericano (con especial referencia al Mercosur)", Bs. As., Depalma, 1994, pág. 290; MORELLO, Augusto y OTEIZA, Eduardo, "El sistema de solución de controversias del Mercosur", en obra colectiva, "El Mercosur. Aspectos institucionales y económicos", La Plata, Ed. Platense, 1993, pág. 226.

- Aplicación.

- Incumplimiento de:

- * Las disposiciones del Tratado de Asunción.
- * Los acuerdos celebrados en el marco del tratado.
- * Las decisiones del Consejo del Mercado Común (CMC).
- * Las Resoluciones del Grupo Mercado Común (GMC).

El término *interpretación* comprende el error de interpretación *strictu sensu*, pero también el de aplicación y el de deducción de las consecuencias de la norma (esto último sucede cuando siendo correcta la interpretación y la subsunción del hecho en la hipótesis prevista en la norma, se extraen consecuencias que no corresponden con la norma interpretada).

Hay *incumplimiento* cuando un Estado miembro promulga o mantiene una legislación o una reglamentación incompatible con el Tratado, o con el derecho comunitario derivado; también cuando no ejecuta o ejecuta incompleta o tardíamente las obligaciones que se le imponen por las normas comunitarias(21).

Se discute si ese incumplimiento puede provenir del Poder Judicial; en otros términos, ¿hay incumplimiento denunciabile a través de los mecanismos previstos por el Protocolo si una sentencia de un tribunal nacional desconoce o incumple deliberadamente una norma del orden jurídico del mecanismo de integración?(22)

En mi opinión, la expresión incumplimiento incluye a los tres poderes del Estado (Ejecutivo, Legislativo y Judicial) así como a los restantes órganos que componen el Estado, incluyendo los entes autónomos, los servicios descentralizados y los gobiernos departamentales.

(21) PETRIC, Jorge, "El sistema jurídico-institucional del Mercosur", en "Revista del Mercosur", Paraná, Ed. Delta, 1997, n° 1, pág. 63.

(22) GARRÉ COPELLO, Belter, "Solución de controversias en el Mercado Común del Sur", en "Estudios multidisciplinarios sobre el Mercosur", obra colectiva de autores varios, Montevideo, Facultad de Derecho-Universidad de la República, 1995, pág. 210; LANDONI SOSA, Ángel, "La solución de conflictos en el Mercosur", en "Rev. Uruguaya de Derecho Procesal", 1992, n° 3-4, pág. 348.

4. **Ámbito de aplicación personal (o en razón de los sujetos).**

El protocolo no comprende las controversias o conflictos interorgánicos, ni entre un órgano y un Estado, ni entre los organismos comunitarios y los particulares; sólo prevé el conflicto entre los Estados y de éstos con los particulares y a este conflicto dedico estas líneas(23).

V. TERCER DOCUMENTO BÁSICO. EL PROTOCOLO DE OURO PRETO.

1. **Dictado.**

Este protocolo adicional al Tratado de Asunción sobre la estructura institucional del Mercosur fue firmado el 17/12/1994; la Argentina lo ratificó por Ley 24.560 del 13/12/1995.

2. **Pasado y futuro de este instrumento en lo relativo a la solución de controversias.**

Este protocolo ratifica y modifica parcialmente el Protocolo de Brasilia.

A los efectos de la materia bajo tratamiento interesa especialmente el capítulo 6 (arts. 43 y 44).

El régimen regulado sigue siendo provisional.

El art. 44 dispone que *"antes de culminar el proceso de convergencia del Arancel Externo Común, los Estados partes efectuarán una revisión actual del sistema de solución de controversias con miras a la adopción del sistema permanente a que se refieren el ítem 3 del anexo 3 del Tratado de Asunción y el art. 34 del Protocolo de Brasilia"*.

Las prórrogas permitidas en estos instrumentos admiten que se lleve al año 2006 sin contar aún con un sistema definitivo.

(23) Compulsar OTEIZA, Eduardo, "Mercosur: diagnóstico provisional sobre el proceso transnacional", "E.D.", 167-1037, nota 57.

3. Modificaciones parciales al Protocolo de Brasilia.

Se verifican modificaciones en el:

- *Ámbito de Aplicación.*

Se extiende a las controversias planteadas por la interpretación, aplicación, incumplimiento... de *las directivas de la Comisión de Comercio.*

Como expliqué, la Comisión de Comercio se incorpora formalmente a los órganos del Mercosur a través del protocolo de Ouro Preto.

- *Procedimiento ante la Comisión de Comercio.*

En paralelo, el anexo al protocolo impone otro andarivel de solución de controversias *para las reclamaciones relacionadas con políticas comerciales comunes en el comercio intra Mercosur o con terceros países.*

VI. LOS PARTICULARES FRENTE AL CONFLICTO.

1. Importancia de la cuestión, terminología, razones de aparición de estos conflictos.

Las verdaderas protagonistas del proceso de integración son las personas, no los Estados(24).

Cuantitativamente, la cuestión es extremadamente importante: piénsese que mientras la Unión Europea apenas supera los 400 millones de habitantes, el Mercosur (sin otras adhesiones) está ya en 200 millones de eventuales consumidores(25).

(24) RADRESA, Emilio y FERNÁNDEZ LEMOINE, María R., "Solución de controversias en el Mercosur". "E.D.", 162-1195.

(25) HITTERS, Juan C., "Solución de controversias en el ámbito del Mercosur (Hacia un derecho comunitario)". "L.L.", 1997-C-1406.

Por lo demás, los operadores económicos, para poder planificar sus estrategias empresariales, deben estar convencidos que poseen derechos perdurables y no sólo ciertos privilegios sometidos a los arbitrios cambiantes de los gobiernos de turno(26).

Utilizo la expresión "particulares", de amplia comprensión en el lenguaje común; algunos autores prefieren hablar de "personas de derecho privado(27)".

De acuerdo al informe preparado por Horacio Zapiola Pérez, Presidente de la Sección Argentina de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial, los conflictos potenciales entre particulares y los Estados están dados, principalmente, por el dictado, por parte de los Estados, de normas sectoriales de carácter restrictivo o proteccionista, desconociendo el carácter imperativo de las normas comunitarias emergentes del Tratado del Mercosur(28).

2. Evolución.

Como he dicho, el Tratado de Asunción no contenía ninguna norma referida a los conflictos con los particulares.

El tema aparece en el capítulo V del Protocolo de Brasilia (arts. 25/32).

Quienes proyectaron este instrumento quisieron que los particulares pudieran acceder a los procedimientos de la forma más directa posible y por un procedimiento rápido (*fast-track*)(29).

Analizaré —conjuntamente— el régimen vigente en el Protocolo de Brasilia y el de Ouro Preto.

(26) BLOCH, Roberto, "Aportes para la resolución de conflictos en el Mercosur", "J.A.", 1995-II-881.

(27) BAPTISTA, Luiz Olavo, "Solução de divergências no Mercosul", en "Rev. de D. Privado y Comunitario", n° 7, 1996, pág. 437.

(28) Compulsar Informe de la sección argentina de la Ciac sobre sistemas de resolución de conflictos en el Mercosur, en "J.A.", boletín del 27/8/1997, rev. n° 6.052, pág. 70.

(29) BOLDORINI, María Cristina, "Protocolo de Brasilia para la solución de controversias", en "Rev. de D. Privado y Comunitario", n° 6, 1996, pág. 476.

3. Nociones generales.

Para algunos autores(30), a los particulares se le abren las siguientes vías:

a) Buscar protección en su propio Estado presentando su queja ante la sección nacional del GMC para que se ponga en marcha el procedimiento internacional allí previsto.

b) Si le fracasa esa vía, y su reclamo es contra su propio Estado, inicia un juicio ante los tribunales de su Estado por las vías previstas en el ordenamiento interno(31).

c) Si es contra otro Estado, vendrán a prestar auxilio los protocolos de Derecho Internacional Privado que ya se han suscrito(32).

Estas vías no excluyen otras alternativas de solución de controversias, como el arbitraje, la mediación, la conciliación, los buenos oficios, etcétera.

4. Naturaleza del procedimiento.

En opinión de algunos estudiosos, los particulares no tienen acceso a remedios de naturaleza jurisdiccional sino que su amparo se limita a vías de naturaleza administrativa(33).

5. Ámbito de aplicación (art.25).

a) Ámbito material.

(30) UZAL, María E., "Los particulares y el acceso a la jurisdicción en el marco del Mercosur (Protocolos de Las Leñas, Ouro Preto y Buenos Aires)", RDCO, 1995-B, año 28, pág. 347.

(31) GARRÉ COPELLO, Belter, "Solución de controversias en el Mercado Común del Sur, en Estudios multidisciplinarios sobre el Mercosur", obra colectiva de autores varios, Montevideo, Facultad de Derecho-Universidad de la República, 1995, pág. 225.

(32) UZAL, María E., "Los particulares y el acceso a la jurisdicción en el marco del Mercosur (Protocolos de Las Leñas, Ouro Preto y Buenos Aires)", RDCO, 1995-B, año 28, pág. 347.

(33) DE LOS SANTOS, Mabel A. y PARLATORE, Lilita Josefina, "El arbitraje en el ámbito del Mercosur", "J.A.", 1992-III-693.

El procedimiento se aplicará a las reclamaciones efectuadas por particulares (personas físicas o jurídicas) en razón de la imposición de sanciones o medidas *legales* o *administrativas* de carácter restrictivo, discriminatorio o de competencia desleal en violación del Tratado de Asunción, los acuerdos celebrados en el ámbito del mismo, las decisiones del Consejo del Mercado Común o de las resoluciones del GMC.

Basta que se haya impuesto la sanción aunque el Estado no la haya hecho efectiva(34).

No cualquier sanción o medida puede ser denunciada por el particular. En efecto:

- No se incluyen las medidas de origen judicial (adviértase que la norma se refiere sólo a las sanciones o medidas legales o administrativas)(35).

- Sólo contempla las medidas o sanciones que producen efecto *restrictivo*, *discriminatorio* o de *competencia desleal*.

En suma, se trata de medidas que contradicen los principios incluidos en el Tratado de Asunción.

Por eso, la mención de tres categorías (restrictivas, discriminatorias o de competencia desleal) puede resultar insuficiente por no cubrir todos los casos que pueden presentarse(36).

- Pareciera que el reclamo procede sólo cuando esos actos se atribuyen a los Estados y no cuando se imputan a los órganos comunitarios(37).

b) Ámbito subjetivo.

(34) PETRIC, Jorge, "El sistema jurídico-institucional del Mercosur", en "Revista del Mercosur", Paraná, Ed. Delta, 1997, n° 1, pág. 65.

(35) HITTERS, Juan C., "Solución de controversias en el ámbito del Mercosur (Hacia un derecho comunitario)", "L.L.", 1997-C-1414.

(36) EKMEKDJIAN, Miguel A., "Introducción al derecho comunitario latinoamericano (con especial referencia al Mercosur)", Bs. As., Depalma, 1994, pág. 296.

(37) EKMEKDJIAN, Miguel A., "Introducción al derecho comunitario latinoamericano (con especial referencia al Mercosur)", Bs. As., Depalma, 1994, pág. 297.

¿Este mecanismo puede ser utilizado por cualquier particular, cualquiera sea su domicilio o sólo por los que habitan en los Estados miembros? Etkmekdjian responde, estimo con razón, que son los habitantes de los Estados miembros(38).

6. Pasos del procedimiento.

Son tres fases que pueden insumir en total 243 días(39):

7. Primera etapa del procedimiento.

a) El texto.

Los particulares afectados formalizarán las reclamaciones ante la Sección Nacional del Grupo Mercado Común del Estado Parte donde tengan su residencia habitual o la sede de sus negocios. Los particulares deberán proveer elementos que permitan a la referida sección nacional determinar la veracidad de la violación y la existencia o amenaza de un perjuicio (art. 26).

b) Razones de la imposición de la primera etapa.

Se ha pretendido justificar este primer paso (acudir a la Sección Nacional del Grupo Mercado Común) en los usos ya existentes; se dice que es muy frecuente que el sector empresarial se acerque a las autoridades de su propio país manifestando que determinadas medidas impuestas por otro país le causan un grave perjuicio.

c) Sección nacional competente para recibir el reclamo.

El Protocolo habla de residencia o sede de los negocios del particular; para algunos, los autores del Protocolo no quisieron introducir la noción de domicilio(40), tan discutida en materia societaria.

(38) EKMEKDJIAN, Miguel A., "Introducción al derecho comunitario latinoamericano (con especial referencia al Mercosur)", Bs. As., Depalma, 1994, pág. 295.

(39) Compulsar RADRESA, Emilio y FERNÁNDEZ LEMOINE, María R., "Solución de controversias en el Mercosur", "E.D.", 162-1196.

(40) BAPTISTA, Luiz Olavo, "Solução de divergências no Mercosul", en "Rev. de D. Privado y Comunitario", n° 7, 1996, pág. 437.

Para otros, en cambio, la jurisdicción de la Sección Nacional es dual: uno, el que se aplica a las personas físicas, es el domicilio; otro, para las personas jurídicas, es la sede de sus negocios.

Dado que la sede de los negocios puede determinarse de diversos medios (sede principal de los negocios, sede donde se encuentra el centro directriz de una empresa, etc.) y la norma no establece una determinada, la persona jurídica tendría una posibilidad de opción que no tiene la persona física.

Por eso, se ha propuesto que se entienda por "sede de negocios" aquélla donde el particular ha tenido realmente el perjuicio.

Pero ésta tampoco es una pauta demasiado firme.

Piénsese, por ej., en una multinacional que se ve perjudicada en varios países; para facilitar la denuncia, el Protocolo sólo habla de la sede de los negocios y, en cada caso, el particular optará por la sección nacional que estime conveniente(41).

d) Naturaleza de la petición.

El Protocolo habla de reclamos; se ha sostenido que la terminología es incorrecta pues la palabra reclamo es muy imprecisa, debiendo ser reemplazada por acciones o recursos(42); en mi opinión la terminología es correcta, porque como se verá, el particular no tiene una verdadera acción(43).

e) Documentación que se debe acompañar.

Los particulares formalizan sus reclamos ante la Sección nacional del GMC; deben aportar a este organismo todos los elementos que le permitan determinar la verosimilitud de la violación y de la existencia o amenaza de un perjuicio.

(41) GARRÉ COPELLO, Belter, "Solución de controversias en el Mercado Común del Sur, en Estudios multidisciplinarios sobre el Mercosur", obra colectiva de autores varios, Montevideo, Facultad de Derecho-Universidad de la República, 1995, pág. 221.

(42) EKMEKDJIAN, Miguel A., "Introducción al derecho comunitario latinoamericano (con especial referencia al Mercosur)", Bs. As., Depalma, 1994, pág. 295.

(43) Conf. NOODT TAQUELA, María Blanca, "Solución de controversias en el Mercosur", en "J.A.", número especial del 27/8/1997, rev. n° 6.052, "Mercosur", pág. 46.

Es muy importante que la presentación se efectúe cuidadosamente, acompañando todos los elementos requeridos, pues esta denuncia está sometida a un doble control: primero, la sección nacional del GMC y luego el GMC integrado por los representantes de los cuatro Estados(44).

f) Función de la Sección Nacional.

La Sección Nacional hace una especie de control de legalidad o juicio de admisibilidad y fundabilidad de la petición(45).

Normalmente lo elevará al GMC porque se trata de un perjuicio sufrido por un nacional de su Estado; de este modo, el Estado "patrocina" la reclamación del particular(46).

El mecanismo no le da total seguridad jurídica al particular(47), como se verá al analizar los pasos sucesivos.

g) Consecuencias de la decisión de la Sección Nacional.

- Si la Sección Nacional declara inadmisibile el reclamo, el particular se enfrenta a un vacío normativo.

* Para algunos autores, esta decisión debiera ser apelable, porque no es justo que el reclamo de un particular pueda ser abortado por una decisión política.

Lamentablemente, no se visualiza de qué modo esta solución pueda instrumentarse; en efecto:

(44) BOLDORINI, María Cristina, "Protocolo de Brasilia para la solución de controversias", en "Rev. de D. Privado y Comunitario", n° 6, 1996, pág. 482; conf. STOCCO, Roberto, "La aplicación del derecho extranjero en el proceso de integración Mercosur", en "Voces Jurídicas", 1997, n° 2, pág. 283.

(45) HITTERS, Juan C., "Solución de controversias en el ámbito del Mercosur (Hacia un derecho comunitario)", "L.L.", 1997-C-1414; OTEIZA, Eduardo, "Mercosur: diagnóstico provisional sobre el proceso transnacional", "E.D.", 167-1039; LANDONI Sosa, Ángel, "La solución de conflictos en el Mercosur", en "Rev. Uruguaya de Derecho Procesal", 1992, n° 3-4, pág. 351.

(46) ACCIOLY, Elisabeth, "Mercosul & Uniao Européia. Estrutura Jurídico-institucional", Curitiba, Ed. Juruá, 1996, pág. 111.

(47) GARRÉ COPELLO, Belter, "Solución de controversias en el Mercado Común del Sur, en Estudios multidisciplinarios sobre el Mercosur", obra colectiva de autores varios, Montevideo, Facultad de Derecho-Universidad de la República, 1995, pág. 193.

> No está previsto cuál es el órgano que interviene en apelación. No puede serlo el tribunal arbitral, porque no es un órgano permanente(48).

> Como la Sección Nacional no es un órgano judicial, sus decisiones pueden tener cualquier otro fundamento que no sea, específicamente, la eventual razón que respalde el derecho del pretensor(49).

* Para otros, como este procedimiento tiene naturaleza administrativa, le cabe al particular acudir al procedimiento administrativo(50).

* Finalmente, se sostiene que si la Sección Nacional del GMC rechaza el reclamo, el particular puede plantear la cuestión ante los órganos administrativos o judiciales del país al que le atribuye el acto (sea el suyo u otro)(51).

* Sin perjuicio de lo expuesto se ha propuesto que en caso de negativa del Estado a abrir a sus nacionales la vía arbitral, las normas del Mercosur le reconozcan el derecho de reclamar contra su Estado para ser indemnizado por el perjuicio causado(52).

- si lo "declara admisible", el art. 27 le da una opción:

* o entabla contactos directos con el GMC, Sección Nacional del Estado Parte al que se atribuye la violación, o

* eleva la reclamación al GMC.

Pese a que ambas vías parecen estar previstas como opciones alternativas, resulta conveniente respetar el orden en que se enuncian; se

(48) EKMEKDJIAN, Miguel A., "Introducción al derecho comunitario latinoamericano (con especial referencia al Mercosur)", Bs. As., Depalma, 1994, pág. 297.

(49) RADRESA, Emilio y FERNÁNDEZ LEMOINE, María R., "Solución de controversias en el Mercosur", "E.D.", 162-1195.

(50) BAPTISTA, Luiz Olavo, "Solução de divergências no Mercosul", en "Rev. de D. Privado y Comunitario", n° 7, 1996, pág. 439.

(51) ALEGRÍA, Héctor, "La solución de controversias en el Mercosur", en "Rev. de D. Privado y Comunitario", n° 1, 1994, pág. 420.

(52) "Conclusiones del IV Encuentro Internacional de Derecho de América del Sur", Montevideo, mayo de 1995, cit. por DREYZIN DE KLOR, Adriana, "La viabilidad del Mercosur en relación con el sistema de solución de controversias vigente", en "Rev. de D. Privado y Comunitario", n° 9, 1995, pág. 488.

facilita así que el Estado que presuntamente estableció la medida que da origen al reclamo, conozca el perjuicio que ocasiona.

Además, se adecua al procedimiento dispuesto en el art. 28(53).

Se advierte fácilmente que, aún en el caso que la Sección Nacional acepte el reclamo, la participación real del particular es mínima; en efecto, se limita a que la Sección Nacional opte previa "*consulta con el particular afectado*"(54).

8. Segunda etapa del procedimiento (arts. 28 y 29).

a) Continuación del procedimiento.

Si la cuestión no hubiere sido resuelta en el plazo de 15 días a partir de la comunicación de la reclamación conforme lo previsto en el art. 27 a) la sección nacional que efectuó la comunicación podrá, a solicitud del particular afectado, elevarla sin más trámite al GMC.

Recibida la reclamación, el GMC, en la primera reunión siguiente a su recepción, evaluará los fundamentos sobre los que la Sección Nacional basó su admisión. En tal caso puede:

- Rechazar el reclamo, si considera no estar reunidos los requisitos necesarios.

Se ha sostenido que normalmente esto no sucederá, pues como el GMC debe tomar sus decisiones por consenso, no lo hará para declarar que no están reunidos los requisitos necesarios para darle curso, pues el Estado del reclamante se opondrá a esta decisión(55).

- No rechazar la reclamación y proceder de inmediato a convocar a un grupo de expertos.

(53) DREYZIN DE KLOR, Adriana, "El sistema de solución de controversias en el Mercosur", "L.L.", 1995-B-1200.

(54) REYES, Carolina, "Orientación para la solución de un conflicto relacionado con el Mercosur", en "Revista del Mercosur", Paraná, Ed. Delta, 1997, n° 2, pág. 83.

(55) GARRÉ COPELLO, Belter, "Solución de controversias en el Mercado Común del Sur", en "Estudios multidisciplinarios sobre el Mercosur", obra colectiva de autores varios, Montevideo, Facultad de Derecho-Universidad de la República, 1995, pág. 223.

Según algunos autores, en los hechos es difícil de imaginar al GMC, que debe tomar las decisiones por consenso, convocando al grupo de expertos ya que —como he dicho— el GMC no está integrado por miembros independientes, sino por funcionarios estatales de los Estados Partes, y por lo tanto dependientes jerárquicamente de los ministros en cuyos ámbitos se aplicaron las sanciones ahora controvertidas(56).

Para otros, en cambio, el procedimiento va a favor del particular reclamante, porque para no llamar al grupo de expertos tiene que haber consenso en rechazar el reclamo y, normalmente, el Estado al que el particular pertenece no dará ese consenso(57).

b) El procedimiento ante el grupo de expertos. Costas y gastos.

Estos expertos emiten sólo un dictamen, lo cual indica su rol consultivo y no jurisdiccional del órgano. Se eligen de entre una lista de 24 integrantes registrada ante la Secretaría Administrativa.

El art. 29 inc. 3 establece que los expertos deberán escuchar al particular reclamante y al Estado contra el cual se reclama.

El derecho de defensa de las partes no se resguarda únicamente escuchando sus argumentos sino que debe dárseles oportunidad de ofrecer y producir prueba, contra argumentar y controlar la prueba de su contraparte(58).

Para los particulares, el trámite termina con un dictamen de un grupo de expertos, que debe expedirse en el término de 30 días (art. 29 inc. 2).

Los gastos de los expertos son sufragados en la proporción que determine el GMC o, a falta de acuerdo, en montos iguales por las partes directamente involucradas (art. 31).

(56) GONZÁLEZ, Florencia, "La solución de conflictos en un sistema de integración", "L.L.", 1993-B-1035.

(57) GARRÉ COPELLO, Belter, "Solución de controversias en el Mercado Común del Sur", en "Estudios multidisciplinarios sobre el Mercosur", obra colectiva de autores varios, Montevideo, Facultad de Derecho-Universidad de la República, 1995, pág. 223.

(58) EKMEKDJIAN, Miguel A., "Introducción al derecho comunitario latinoamericano (con especial referencia al Mercosur)", Bs. As., Depalma, 1994, pág. 298.

Al decir directamente involucradas, esto significa que los gastos se dividen entre el particular reclamante y el Estado contra el cual éste efectuó el reclamo.

Para algunos, esta carga a los particulares no parece justa y provocará que, por razones económicas, las medianas y pequeñas empresas vean dificultadas sus posibilidades de hacer valer sus derechos o llanamente no puedan ejercerlos; insisten en que el argumento de que esta solución pondrá un freno a reclamos infundados no es suficiente pues el freno ya está establecido con la facultad que tiene la sección nacional de darle o no trámite a la reclamación del particular(59).

c) Continuación del procedimiento luego del dictamen.

¿Qué hace el Grupo con el dictamen de los expertos? El Protocolo no prevé que el dictamen deba ser aprobado por el organismo.

En opinión de un sector de la doctrina, si el dictamen no necesita aprobación, significa lisa y llanamente que es un verdadero laudo arbitral(60).

De compartirse esta posición, si el dictamen es favorable al reclamante, cualquier Estado miembro puede exigirle al Estado condenado la adopción de medidas correctivas.

Se critica que se necesite ir patrocinado por un Estado. La sola autoridad del dictamen, aceptada a priori por todos los Estados firmantes del Protocolo, debiera ser suficiente para constituir en mora al Estado contumaz(61).

9. La posición del particular frente a las decisiones tomadas por los órganos comunitarios.

(59) GARRÉ COPELLO, Belter, "Solución de controversias en el Mercado Común del Sur", en "Estudios multidisciplinarios sobre el Mercosur", obra colectiva de autores varios, Montevideo, Facultad de Derecho-Universidad de la República, 1995, pág. 224.

(60) EKMEKDJIAN, Miguel A., "Introducción al derecho comunitario latinoamericano (con especial referencia al Mercosur)", Bs. As., Depalma, 1994, pág. 298.

(61) EKMEKDJIAN, Miguel A., "Introducción al derecho comunitario latinoamericano (con especial referencia al Mercosur)", Bs. As., Depalma, 1994, pág. 298.

a) Frente a la decisión del GMC que declara improcedente el reclamo, tiene abierta la vía judicial nacional de acuerdo al derecho vigente en su respectivo país y con las limitaciones que la misma puede implicar.

b) Si el GMC no logra consenso para convocar al grupo de expertos, el particular enfrenta otro vacío normativo.

Podría considerarse que hay una denegación tácita, pero el protocolo no prevé plazos para saber cuándo se produce esa denegación.

Como el art. 29 dice que se convocará de inmediato a un grupo de expertos, podría pensarse que si no se lo convoca dentro de un plazo razonable, se ha denegado el pedido.

En suma, si el Estado no quiere acompañarlo, el particular se encuentra en indefensión pues solo no puede llegar a la vía arbitral(62).

10. Naturaleza de la reclamación del particular.

Para algunos autores —muy optimistas— la técnica de la reclamación ideada se inscribe dentro de la línea que concede a los individuos el rango —aunque limitado— de sujetos del derecho internacional y puede ser, incluso, una anticipación del rango que podrá haber a los individuos como sujetos de un futuro derecho comunitario del Mercosur(63).

Para otros, la situación del particular es extremadamente débil por el momento: sólo se le otorga la posibilidad de participar como mera denuncia(64); una suerte de *derecho de iniciativa* que luego debe ser canalizado a través de los órganos del Tratado, o impulsado por uno de los Estados Parte(65); sólo tienen legitimación para sugerir que se con-

(62) GONZÁLEZ, Florencia, "La solución de conflictos en un sistema de integración", "L.L.", 1993-B-1037.

(63) UZAL, María Elsa, "Protocolo de Brasilia para la solución de controversias", RDCI, 1992, año 25, pág. 845.

(64) BERCUN, Horacio, "Solución de controversias. Control de supranacionalidad normativa (La disyuntiva entre consolidación o retroceso en el Mercosur)", "L.L.", 1995-C-1014.

(65) BERCUN, Horacio, "Solución de controversias. Control de supranacionalidad normativa (La disyuntiva entre consolidación o retroceso en el Mercosur)", "L.L.", 1995-C-1014.

temple una determinación situación, para poner en funcionamiento una maquinaria que luego sigue su marcha a impulso de los Estados (con tímidas intervenciones del reclamante, sólo para dar su parecer), por lo que en realidad las personas físicas o jurídicas que motorizan estos engranajes se convierten luego en verdaderos convidados de piedra, a diferencia de lo que sucede en el ámbito de la Comunidad Europea(66).

En suma, no hay instancia jurisdiccional a favor del particular; su reclamo queda sujeto a que alguno de los Estados se decida a presionar al Estado cuyo proceder se cuestiona(67); no tiene una verdadera legitimación procesal activa(68) y tiene pocas garantías para evitar la lesión u obtener su reparación(69).

Se ha pronosticado —creo correctamente— que el reclamo del particular difícilmente tendrá mayor incidencia que una simple denuncia por violación del derecho aplicable(70), salvo que, excepcionalmente se convierta en una cuestión intergubernamental a ser solucionada por la vía arbitral.

Ello puede ocurrir en dos ocasiones:

- Al comienzo del trámite: el art. 27 dice "...a menos que el reclamo se refiera a una cuestión que haya motivado la iniciación de un procedimiento de solución de controversia bajo los capítulos II, III o IV del mismo Protocolo".

(66) HITTERS, Juan C., "Solución de controversias en el ámbito del Mercosur (Hacia un derecho comunitario)", "I.L.", 1997-C-1415.

(67) PALLARÉS, Beatriz, "Jurisdicción internacional en el Mercosur. Perspectiva ius-privatista", en "Rev. de Cs. Jurídicas y Sociales", Santa Fe, n° 123, 1995, pág. 184; de la misma autora, en coautoría con ARAGÓN, Enrique, "Problemas procesales en el ámbito del Mercosur. El acceso a la jurisdicción", en obra colectiva bajo la coordinación de Ciuro CALDANI, Miguel A. "Del Mercosur", Bs. As., Ed. Ciudad Argentina, 1996, pág. 269.

(68) ARBUET VIGNALI, Heber, "La solución de las controversias en el Mercosur después del protocolo de Ouro Preto", en "Rev. de Cs. Jurídicas y Sociales", Santa Fe, n° 123, 1995, pág. 217.

(69) PARELLADA, Carlos, "La integración regional, los daños y los derechos de los consumidores", en obra colectiva, "Derecho de Daños, Homenaje al Prof. Dr. Félix A. Trigo Represas", Bs. As., Ed. La Roca, 1993, pág. 737.

(70) OTEIZA, Eduardo, "Mercosur: diagnóstico provisional sobre el proceso transnacional", "E.D.", 167-1040.

- Luego que el grupo de expertos ha elevado su dictamen al GMC y éste ha considerado procedente el reclamo. En tal caso, cualquier Estado (no sólo el Estado del particular afectado) puede intentar la vía arbitral(71).

11. Conflictos entre particulares.

No hay normas que los regulen. Se aplican los principios del derecho interno de cada país(72).

Las diferencias de cantidades, calidades, tiempo de entregas de productos brutos nacionales de los países, pero de gran cuantía para pequeñas y medianas empresas, por ahora tendrán que echar mano a los tradicionales sistemas adversariales para reclamos jurisdiccionales de la jurisdicción internacional(73).

Si no han pactado un método alternativo, tienen que petitionar ante la judicatura doméstica.

Además, el Mercosur dio lugar a la creación del Tricamer (Tribunal Internacional de Conciliación y Arbitraje del Mercosur) de la Cámara de Comercio Internacional del Mercosur y América Latina(74).

12. Principales críticas conclusivas al sistema.

Las principales observaciones que pueden formularse son:

(71) GONZÁLEZ, Florencia, "La solución de conflictos en un sistema de integración", "L.L.", 1993-B-1035.

(72) VITERBORI, Juan Carlos, "Solución de controversias en el sistema del Mercosur", "L.L.", 1995-A-721; BAPTISTA, Luiz Olavo, "Solução de divergências no Mercosul", en "Rev. de D. Privado y Comunitario", n° 7, 1996, pág. 430; UZAL, María Elsa, "Protocolo de Brasilia para la solución de controversias", RDCI, 1992, año 25, pág. 844; GARRÉ COPELLO, Belter, "Solución de controversias en el Mercado Común del Sur", en "Estudios multidisciplinares sobre el Mercosur", obra colectiva de autores varios, Montevideo, Facultad de Derecho-Universidad de la República, 1995, pág. 205.

(73) VIDELA DEL MAZO, José M., "Mercosur y medios alternativos para resolver conflictos", en "Información empresaria", n° 264, abril de 1996, pág. 17.

(74) Para mayores datos sobre el funcionamiento y composición de este Tribunal, véase VITERBORI, Juan Carlos, "Solución de controversias en el sistema del Mercosur", "L.L.", 1995-A-719; VERA, Marcos, "La conciliación y el arbitraje en el Mercosur", en "Rev. de Jurisprudencia Provincial", julio 1993, año 3, n° 7, pág. 639.

- Todo reclamo debe pasar por el tamiz de las secciones nacionales.
- No está previsto remedio contra la decisión desfavorable de la Sección Nacional.
- No están previsto los reclamos contra actos de los organismos comunitarios.
- No existe una instancia que habilite un reclamo laboral de un funcionario del Mercosur contra éste o contra alguno de sus órganos, aunque hay que aclarar que hay muy pocos funcionarios del Mercosur; casi todos los que trabajan son funcionarios o agentes de los países miembros, que trabajan para el Mercosur(75).

VII. UN ESPECIAL SISTEMA DE CONSULTAS CREADO POR UNA DIRECTIVA DE LA COMISIÓN DE COMERCIO.

La directiva 13/95 sustituida por la 6/96 estableció un sistema de consultas entre los Estados Partes. Si bien la consulta es presentada por un Estado contra otro Estado ante la Comisión de Comercio del Mercosur, todas provienen de particulares.

Este sistema de consultas requiere que se trate de materia en la que tenga competencia la Comisión de Comercio. Se presenta por uno de los Estados en la reunión de la Comisión de Comercio que tiene lugar, como mínimo, una vez por mes.

El Estado consultado debe formular su respuesta en la reunión siguiente. El Estado consultante puede formular ampliaciones.

En algunos casos se advierte que la materia que dio lugar a la consulta debe ser armonizada, por lo que se remite al Subgrupo respectivo.

El sistema de consultas no obsta a las reclamaciones de acuerdo al anexo al protocolo de Ouro Preto ni a los procedimientos del protocolo de Brasilia.

(75) REYES, Carolina, "Breve comentario al sistema de solución de controversias vigente en el Mercosur", en "Revista del Mercosur", Paraná, Ed. Delta, 1997, n° 1, pág. 80. La autora enumera estas críticas; sin embargo, no rechaza los argumentos a favor del mantenimiento del "statu quo", al menos en la etapa de transición.

En caso que se acuda a uno de ellos, se tiene por finalizada la consulta. Se han planteado desde 1995 hasta mayo de 1997 aproximadamente unas 250 consultas.

Se estima que el porcentaje de cuestiones solucionadas por esta vía es de aproximadamente un 60%.

Los temas que son motivo de consulta en forma más habitual están relacionados con normas técnicas, generalmente fitosanitarias o agrícolas, que a veces funcionan como restricciones no arancelarias(76).

VIII. VALORACIÓN GLOBAL DEL SISTEMA CREADO POR LOS PROTOCOLOS COMENTADOS.

I. Una advertencia previa.

El análisis que me propongo realizar es abstracto, pues desde 1991 no se conoce que se haya aplicado el sistema de solución de controversias a un caso concreto.

Las diferencias se han zanjado mediante negociaciones directas, fuera del procedimiento normado(77).

La falta de utilización del sistema arbitral no significa inexistencia de controversias; he explicado que desde la creación de la Comisión de Comercio del Mercosur en 1995 varias cuestiones han sido llevadas a su conocimiento; en realidad, es la CCM el organismo que tiene a su cargo el esclarecimiento de los temas comerciales(78).

Los tribunales arbitrales contemplados en el Protocolo no han sido convocados hasta el presente y tal vez logremos culminar la transición sin recurrir al sistema.

(76) NOODT TAQUELA, María Blanca, "Solución de controversias en el Mercosur", en "J.A.", número especial del 27/8/1997, rev. n° 6.052, "Mercosur", pág. 44.

(77) BERCUN, Horacio, "Solución de controversias. Control de supranacionalidad normativa (La disyuntiva entre consolidación o retroceso en el Mercosur)", "L.L.", 1995-C-1014.

(78) DE ARAUJO, Nadia, "Solução de controversias no Mercosul", "J.A.", número especial del 27/8/1997, rev. n° 6052, "Mercosur", pág.5.

Para algunos, esta situación, que no es casual, "transmite la firme voluntad del poder político de avanzar en un proceso en el cual la certidumbre y la previsibilidad tienen un papel importante en el momento de decidir inversiones"(79).

Para otros, en cambio, el hecho de que nadie echara mano de la normativa para resolver los conflictos planteados obedece a la falta de credibilidad en el mecanismo instaurado(80).

2. Ventajas e inconvenientes del sistema arbitral creado.

a) Se señalan las siguientes *ventajas*:

- Costo limitado; evita la formación de una burocracia internacional.

- Normalmente, trámite rápido.

- Aunque el Tribunal es ad hoc, como su integración surge de una lista de diez que cada Estado manda, también puede pensarse que puede haber una cierta continuidad, porque el número de árbitros está limitado; no se trata de que una vez es uno y otra vez otro de una posibilidad indeterminada de personas(81).

b) Son *inconvenientes* del sistema:

- Impedir la creación de un sistema de reglas precisas, necesario para generar seguridad jurídica y consolidar el proceso de integración, desde que el Tribunal es ad hoc, por lo que la jurisprudencia tiende a su dispersión y puede crear contradicciones; piénsese, incluso, que el Tribunal arbitral puede resolver *ex aequo et bono*(82).

(79) BOLDORINI, María Cristina, "Protocolo de Brasilia para la solución de controversias", en "Rev. de D. Privado y Comunitario", n° 6, 1996, pág. 485.

(80) DREYZIN DE KLOR, Adriana, "La viabilidad del Mercosur en relación con el sistema de solución de controversias vigente", en "Rev. de D. Privado y Comunitario", n° 9, 1995, pág. 478.

(81) Parece insinuar esta alternativa DALLA VÍA, Alberto, "Sobre el derecho y la justicia en el Mercosur", "E.D.", 148-893.

(82) DALLA VÍA, Alberto, "Sobre el derecho y la justicia en el Mercosur", "E.D.", 148-896; conf. MORELLO, Augusto y OTEIZA, Eduardo, "El sistema de solución de controversias del Mercosur", en obra colectiva, "El Mercosur. Aspectos institucionales y económicos", La Plata, Ed. Platense, 1993, pág. 223.

- Hacer prevalecer la idea de los costos, cuando en realidad los costos de un Tribunal jurisdiccional no son tan significativos.

- El trámite, en total, tampoco ha sido tan expeditivo (en las tres etapas, hasta llegar al momento de tomar las medidas compensatorias, se han sumado 210 días)(83).

- La protección de los particulares es muy defectuosa; normalmente, están desprovistos de vía razonable(84).

3. Las discrepancias y las coincidencias existentes.

Hay consenso en dos ideas:

- El Protocolo de Brasilia fue un paso adelante muy importante; un gran progreso(85); también el de Ouro Preto, al continuar con la creación de procedimientos mixtos(86).

- Es correcto el mecanismo previsto en la primera etapa: cuando se presentan conflictos entre los Estados, no hay que descartar primero a la solución consensuada o solución directa o diplomática, luego a la mediación, conciliación, o sea solución política(87).

(83) Compulsar suma de cada etapa en RADRESA, Emilio y FERNÁNDEZ LEMOINE, María R., "Solución de controversias en el Mercosur", "E.D.", 162-1196.

(84) Conf. FARÍA, Werter, "Sistema de solución de controversias no mercosul: estado atual e perspectivas", en "Unión Europea y Mercosur: el papel de los órganos jurisdiccionales en los procesos de integración", Asunción, Paraguay, abril de 1997, pág. 25 y ss.

(85) ALEGRÍA, Héctor, "La solución de controversias en el Mercosur", en "Rev. de D. Privado y Comunitario", n° 1, 1994, pág. 425; DALLA VÍA, Alberto, "Sobre el derecho y la justicia en el Mercosur", "E.D.", 148-896; del mismo autor, "Soluciones de controversias, en Mercosur. Perspectivas desde el derecho privado", obra colectiva dirigida por Carlos GHERSI, Bs. As., Ed. Universidad, 1993, pág. 231 y "La solución de controversias en el ámbito del Mercosur", en "Derecho Solitario y de la Empresa, Congreso Iberoamericano de Derecho Solitario", Córdoba, 1992, t° II, pág.487 y ss.; FARDANDO, Israel y SARMIENTO GARCÍA, J. en "Procesos de integración y Mercosur", Bs. As., Ed. Depalma, 1994, pág. 117; VÉSCOVI, Eduardo, "Hacia un derecho comunitario en el Mercosur" (su ponencia al XIX Congreso Nacional de Derecho Procesal, Corrientes, 1997).

(86) ARBUET VIGNALI, Heber, "La solución de las controversias en el Mercosur después del protocolo de Ouro Preto", en "Rev. de Cs. Jurídicas y Sociales", Santa Fe, n° 123, 1995, pág. 218; conf. BOLDORINI, María Cristina, "Protocolo de Brasilia para la solución de controversias", en "Rev. de D. Privado y Comunitario", n° 6, 1996, pág. 477.

(87) ÁLVAREZ, Gladys y HIGHTON, Elena, en "¿Un tribunal transnacional para el Mercosur?", "LA LEY actualidad", 26/11/1996.

Pero, en lo demás, las opiniones no son coincidentes.

Para algunos, el sistema que se tiene es el adecuado al proceso de desarrollo del Mercosur; se trata de un instrumento eficiente, acorde con la naturaleza de los diferendos que se puedan presentar.

Con su adopción los países del Mercosur han solidificado sus vínculos(88). Estos autores se fundan en que:

- la integración es un proceso, que implica una serie de actuaciones de acoplamiento de las estructuras nacionales a fin de llegar con el mínimo costo social, a un máximo de racionalidad económica, política y social en el ámbito que se pretende integral.

Ello exige normalmente un período transitorio, mas o menos largo que es el propio período de integración(89).

- Este proceso integrador se distingue de otras experiencias regionales frustradas en que no se han fijado como meta inmediata la concreción del Mercosur soñado, partiendo en cambio del Mercosur posible.

Está presidido por una política pragmática, que ha permitido que hoy sea una realidad(90).

- El sistema transitorio encuentra diversas justificaciones:

* Evitar que las diferencias entre los Estados asociados generen incumplimientos que obstruyan los objetivos del Tratado;

* Dotar al sistema de transparencia, sustento, solidez y previsibilidad(91);

(88) DAVEDERE, Alberto L., "El sistema de solución de controversias en el Mercosur", "L.L.", 1992-B-1048 (Davedere fue representante argentino en el grupo "ad hoc" que preparó el proyecto originario que sirvió de base al protocolo de Brasilia).

(89) CHIUCHQUIEVICH, Adriana, "Solución de controversias en el Mercosur. ¿Hacia una jurisdicción supranacional?", en rev. "Juris", tº 97-A, pág. 433.

(90) BERCUN, Horacio, "Solución de controversias. Control de supranacionalidad normativa (La disyuntiva entre consolidación o retroceso en el Mercosur)", "L.L.", 1995-C-1012.

(91) DREYZIN DE KLOR, Adriana, "El sistema de solución de controversias en el Mercosur", "L.L.", 1995-B-1195.

* Es verdad que todavía estamos en pleno desarrollo y que los mecanismos son aún rudimentarios, pero en este desenvolvimiento histórico no pueden darse pasos demasiados largos.

Cuando está en juego la limitación de la soberanía de los Estados hay que manejar el sistema de progresividad para evitar frustraciones.

- La combinación de las vías diplomáticas, institucional y jurisdiccional, contribuye a lograr resultados beneficiosos a la vez que convenientes, pues se permite arribar a soluciones mediante un sistema flexible y transparente.

- Hay que tratar de utilizar lo existente. América latina, especialmente, incurre muchas veces en el exceso de legislación; esto debe evitarse en el ámbito internacional donde es más complejo el acuerdo(92). Para otros, en cambio, es un proceso sencillo, pero ineficiente(93).

Recién con la creación de órganos supranacionales con competencia legisferante y jurisdiccional se podrá hablar de un verdadero derecho comunitario(94). El sistema de solución de controversias entre Estados previsto tiene remotas posibilidades de ponerse en práctica; la solución arbitral difícilmente tenga fuerza para apaciguar las aguas y zanjar el debate.

IX. LA NECESIDAD DE CREAR UN TRIBUNAL DE NATURALEZA JURISDICCIONAL Y TRANSNACIONAL.

1. El debate está instalado.

La cuestión de la necesidad o no de crear un Tribunal de naturaleza jurisdiccional y permanente es tema recurrentemente abordado en

(92) Operti Badán, Didier. La justicia ante la internacionalización del derecho, en "Justicia y desarrollo en América latina y el Caribe". Washington, Ed. del Bco Interamericano de Desarrollo, 1993, pág. 226.

(93) RUIZ DÍAZ LABRANO, Roberto, "Problemas procesales en el Mercosur", en obra colectiva bajo la coordinación de CIURO CALDANI, Miguel A, "Del Mercosur", Bs. As., Ed. Ciudad Argentina, 1996, pág. 283.

(94) DREYZIN DE KLOR, Adriana, "La viabilidad del Mercosur en relación con el sistema de solución de controversias vigente", en "Rev. de D. Privado y Comunitario", n° 9, 1995, pág. 455.

todos los encuentros de juristas(95) y las posiciones van desde los más entusiastas por su creación a los que entienden que por el momento es innecesario.

Por lo demás, hay acuerdo en que la finalización del período de transición producirá la necesidad de establecer un sistema definitivo de resolución de conflictos y ese sistema puede consistir en crear tribunales supranacionales(96).

2. Posición negativa frente al momento actual. Propuestas.

No son pocos quienes afirman que, por el momento, mientras no venza el período de transición, no es conveniente modificar el sistema de los protocolos de Brasilia y Ouro Preto.

En favor de esta posición se escuchan frases como: "no hay que padecer de *prematurismo*, una de las enfermedades que América latina ha padecido en el pasado con frecuencia"(97); "al igual que en el campo de los derechos humanos, hay que actuar con progresividad" (por el momento); "esa eventual creación es muy costosa"; "los países más fuertes del sistema no quieren por ahora sujetarse a decisiones heterónomas y vinculantes"; "con el tiempo, quizás sin tanto apuro, deba crearse una Corte regional(98)", etcétera.

Estos autores, advertidos de los inconvenientes del sistema actual, proponen las siguientes medidas(99):

(95) SANTINI, Luiz Carlos, "A solução de controversias na integração: problemas políticos, jurídicos, económicos e sociais. Um estudo para o Mercosul", en "V Encuentro Internacional de Derecho de América del Sur. La integración hacia el siglo XXI", Pelotas, Ed. Educat, 1996, pág. 531.

(96) LAVOPA, Jorge, "Organización institucional y derecho comunitario en el Mercosur", "E.D.", 148-902.

(97) OPERTTI, Didier, "Del sistema de solución de controversias a la justicia supranacional", en "Unión Europea y Mercosur: el papel de los órganos jurisdiccionales en los procesos de integración", Asunción, Paraguay, abril de 1997, pág. 14.

(98) HITTERS, Juan C., "Solución de controversias en el ámbito del Mercosur (Hacia un derecho comunitario)", "L.L.", 1997-C-1408, nota 11.

(99) PEÑA, Félix, "Notas sobre la solución de controversias en la Organización Mundial del Comercio y en el Mercosur", en "Temas de Derecho empresario. Medios alternativos de resolución de conflictos", boletín de "E.D.", 11/4/1996, pág 6/7 y en "E.D.", 167-793.

- Hacer algo para aumentar la transparencia de las reglas de juego comunes, entre otras medidas, tender a la efectiva y oportuna publicación de las decisiones y resoluciones, así como de las actas de los órganos.

- Hacer algo para mejorar la calidad jurídica de decisiones y resoluciones. Muchas veces conflictos de interpretación resultan de textos sin suficiente calidad jurídica.

Ninguna decisión o resolución debiera aprobarse sin pasar antes por un tamiz que controle su calidad jurídica; quizás debiera formarse un cuerpo de asesores legales de las respectivas cancillerías.

- Avanzar en el campo de la prevención de los diferendos. Una suerte de ombudsman del Mercosur, que contribuya a detectar con tiempo situaciones de incumplimiento que, de multiplicarse, terminarían por erosionar la credibilidad de inversores y operadores económicos.

- Avanzar en el establecimiento de un mecanismo jurisdiccional permanente para materias específicas, como por ej., las cuestiones de prácticas desleales, de competencia económica, etcétera.

- Desarrollar una mayor cultura de participación de los países de la región en los foros de colaboración del nuevo derecho internacional. Los instrumentos existentes y la propia práctica de los Estados pueden ser mejorados(100).

3. La posición afirmativa.

a) Formulación.

A nivel doctrinal, aunque no político, un importante sector afirma la necesidad de crear el Tribunal trasnacional si no en un futuro inmediato, al menos, próximo(101), sin perjuicio de que se prevean métodos

(100) OPERTI BADÁN, Didier, "La justicia ante la internacionalización del derecho", en "Justicia y desarrollo en América Latina y el Caribe", Washington, Ed. del Bco. Interamericano de Desarrollo, 1993, pág. 226.

(101) Ver, entre muchos, DE LOS SANTOS, Mabel A. y PARLATORE, Liliana Josefina, "El arbitraje en el ámbito del Mercosur", "J.A.", 1992-III-691; de las mismas autoras, "El arbitraje institucional. Su difusión y enseñanza con miras al Mercosur", en "Rev. de Jurisprudencia Provincial", septiembre 1993, año 3, n° 9, pág. 842; ÁLVAREZ TRONGE, Manuel, "Aspectos jurídicos del Mercosur", "L.L.", 1992-B-816.

alternativos de conflictos a los cuales puedan acudir, especialmente, los particulares(102). La creación del Tribunal ha sido propuesta en diferentes encuentros. Por ejemplo, el I Congreso Internacional de Derecho Comunitario, Ouro Preto, 21/9/1996, convocado por la Escuela Nacional de la Magistratura del Brasil y el Instituto Interamericano de Estudios Jurídicos sobre el Mercosur (Jurisul), recomendó: "La creación e instalación de una Corte de Justicia Supranacional para la aplicación, interpretación y unificación jurisprudencial del Derecho Comunitario"(103). Por doquier se declama: "Es imprescindible la creación de un Tribunal Superior de Justicia del Mercosur"(104).

b) Argumentos:

- *La multiplicidad de propuestas de modificación.*

Quienes se oponen a la creación del Tribunal, como se ha visto, afirman que "algo hay que hacer" respecto de una serie de temas para los que proponen reformas. Esta es la mejor prueba de la escasez de resultados positivos en el sistema vigente. Lo que "hay que hacer" es crear el Tribunal.

- *Factor de integración.*

La creación de una Corte de Justicia es un paso importante en el proceso de integración de las naciones(105).

Por eso, para que el proceso de integración emprendido con el Mercosur se consolide, "es necesario que las oposiciones internas que

(102) Highton, Elena y Lambois, Susana, Unificación y efectividad del derecho en los países del Mercosur, en Rev. de D. Privado y Comunitario n° 6, 1996, pág. 466; conf. Torres Kirmser, José R., Sistema de solución de controversias en el ámbito del Mercosur, Rev. de la Facultad de Derecho y Cs. Sociales de la Universidad Nacional de Asunción, ed. en homenaje a Luis de Gásperi, 1997, pág. 145; Dalla Vía, Alberto, Sobre el derecho y la justicia en el Mercosur, ED 148-896.

(103) Cit. por ÁLVAREZ, Gladys y HIGHTON, Elena, "¿Un tribunal trasnacional para el Mercosur?", "LA LEY Actualidad", 26/11/1996.

(104) Conclusiones del IV Encuentro Internacional de Derecho de América del Sur, Montevideo, mayo de 1995, y del VIII Congreso Argentino de Derecho Internacional, La Rioja, junio 1995, cit. por DREYZIN DE KLOR, Adriana, "La viabilidad del Mercosur en relación con el sistema de solución de controversias vigente", en "Rev. de D. Privado y Comunitario", n° 9, 1995, pág. 490.

(105) BAPTISTA, Luiz Olavo, "Solução de divergências no Mercosul", en "Rev. de D. Privado y Comunitario", n° 7, 1996, pág. 426.

se generen entre sus Estados miembros, sus particulares y sus órganos, se resuelvan ante tribunales que además de interpretar y aplicar el derecho posean conciencia comunitaria y jurisdicción supranacional, ubi-cándose en un nuevo tipo de sistema jurídico, el Derecho Comunitario" (106).

Lo óptimo en una zona integrada es la implementación de un organismo jurisdiccional comunitario autónomo, cuyas decisiones tengan efectos vinculantes (107).

- *Factor de seguridad de los terceros. La uniformidad jurisprudencial.*

A quienes se oponen a la creación del Tribunal hay que preguntarles:

¿Quién interpreta el tratado?

¿Quién contratará con el Mercosur si no hay quién interprete qué quiere decir que tiene persona jurídica?

¿Cuál es la competencia de cada órgano?, etcétera.

¿Cómo creer que la Unión Europea celebrará contratos comerciales en esa situación?

Sólo un Tribunal Superior de Justicia del Mercosur que asegure el adecuado control de supranacionalidad de las normas comunitarias servirá para lograr la imprescindible uniformidad en esta materia esencial, "eliminando una asimetría que anarquiza el sistema" (108).

- *Seguridad a los países más débiles frente a los más poderosos del sistema.*

Los países pequeños y los particulares, frente a conflictos de intereses, sólo pueden obtener seguridad a través de un organismo jurisdic-

(106) ARBUET VIGNALI, Heber, "La solución de las controversias en el Mercosur después del protocolo de Ouro Preto", en "Rev. de Cs. Jurídicas y Sociales", Santa Fe, n° 123, 1995, pág. 201.

(107) DREYZIN DE KLOR, Adriana, "El sistema de solución de controversias en el Mercosur", "L.L.", 1995-B-1195.

(108) BERCUN, Horacio, "Solución de controversias: Control de supranacionalidad normativa (La disyuntiva entre consolidación o retroceso en el Mercosur)", "L.L.", 1995-C-1015.

cional de última instancia de carácter permanente y supranacional(109).

- Peligro en la demora.

Pretender que se pueda esperar hasta el 2006, según reza el Protocolo de Ouro Preto significa poner en peligro no sólo los objetivos ya alcanzados sino el proceso mismo, pudiendo transformar al Mercosur en una nueva frustración(110).

Como dice Gelsi Bidart, el régimen transitorio es la etapa más difícil de la integración pues se procura introducir paulatinamente a los sistemas jurídicos independientes en un sistema supranacional que en parte los abarque.

Para contribuir a su formulación, para desarrollarlo, para interpretarlo adecuadamente, para asegurar su cumplimiento, son indispensables los organismos jurisdiccionales(111).

- El peligro de los jueces inexpertos.

Puede ser verdad que en América latina no existan juristas que estén a la altura de las circunstancias para crear un Tribunal supranacional pero, como bien se ha dicho, "sólo lanzándose al agua se aprende a nadar"(112).

Por lo demás, justamente, si los jueces de los países del Mercosur somos tan poco creativos, con mayor razón se necesita un Tribunal que imponga un modo diferente de interpretar; es más fácil encontrar un jurista notable por cada país que muchos jueces que interpreten correctamente.

(109) GARRÉ COPELLO, Belter, "Solución de controversias en el Mercado Común del Sur", en "Estudios multidisciplinarios sobre el Mercosur", obra colectiva de autores varios, Montevideo, Facultad de Derecho-Universidad de la República, 1995, pág. 201.

(110) BERCUN, Horacio, "Solución de controversias. Control de supranacionalidad normativa (La disyuntiva entre consolidación o retroceso en el Mercosur)", "L.L.", 1995-C-1014.

(111) Cit. por LANDONI SOSA, Ángel, "La solución de conflictos en el Mercosur", en "Rev. Uruguaya de Derecho Procesal", 1992, n° 3-4, pág. 354 y en "Rev. del Colegio de Abogados de La Plata", año XXXIV, n° 43, pág. 325 y ss. y en "Rev. del Colegio de Abogados de La Plata", año XXXIV, n° 43, pág. 354.

(112) BENEGAS, Gladys, "Conflictos en el Mercosur", en "Rev. de Derecho del Mercosur", Ed. "LA LEY", año 1, n° 1, mayo de 1997, pág. 200.

Si no hay órganos comunitarios que interpreten correctamente, si no hay vías, se cierran las vías comunitarias, se abren las locales y se está sometido a la interpretación que individualmente cada juez interno le da al problema.

Este es el verdadero caos que el Tribunal comunitario puede evitar.

c) Propuestas formuladas.

Son muy diversas. Así por ej., se ha propuesto "la creación de un tribunal supranacional, destinado, entre otros, a los siguientes fines:

a) A la interpretación y aplicación uniforme de las normas adoptadas por los órganos de decisión del Mercosur, a través del procedimiento de reenvío prejudicial, como instrumento fundamental para esa finalidad;

b) A la solución de los conflictos entre Estados y los órganos comunitarios, encaminados al cumplimiento de las obligaciones creadas por el Derecho Comunitario;

c) Al control de la legalidad en la aplicación de los instrumentos relativos al Mercosur y a los actos adoptados.

Este tribunal supranacional no excluye la admisión de otros medios alternativos de soluciones de conflictos(113).

Las ideas predominantes entre quienes afirman la necesidad de la creación del tribunal son las siguientes:

Altísima idoneidad técnica y moral de sus integrantes:

Se requiere un tribunal que "superando esquemas acuñados en el siglo XVIII tenga presente la realidad del mundo contemporáneo; un mundo en que el concepto de soberanía ha sufrido profundas transformaciones"(114).

(113) Declaración del Encuentro de Guarujá, 5/8/1996.

(114) PACIELLO CANDÍA, "Notas relativas a la solución de controversias en el Mercosur", en "Unión Europea y Mercosur: el papel de los órganos jurisdiccionales en los procesos de integración", Asunción, Paraguay, abril de 1997, pág. 32; conf. DREYZIN DE KLOR, Adriana, "El sistema de solución de controversias en el Mercosur", "L.L.", 1995-B-1202; VIANA SANTOS, Antonio Carlos, "Tribunal de Justicia supranacional do Mercosul, su ponencia al 1º Congreso de Magistrados do Mercosul", Santa Catarina, noviembre 1996.

Independencia de sus miembros:

Los magistrados que integran el tribunal deben estar alejados de cualquier poder o fuerza extraña que pretenda influir en las decisiones.

El hecho de que el Estado Parte intervenga en la designación no puede constituir un nexo ni un lazo de dependencia entre el magistrado comunitario y la entidad estatal proponente(115).

Ámbito material de actuación:

El tribunal debería cumplir las siguientes funciones: declarar el derecho aplicable; interpretarlo de forma uniforme y obligatoria; ejercer un control de legalidad y de defensa del ordenamiento jurídico supranacional; tener competencia amplia (controversias entre Estados Partes, particulares, órganos y funcionarios del Mercosur)(116).

Caracteres del tribunal:

Debe ser de funcionamiento permanente y no meramente *ad hoc*(117).

d) ¿Seguir o no el modelo europeo? La posición negativa.

Algunos autores sostienen que ese modelo es inconveniente para el Mercosur(118). Fundan su posición en las siguientes razones:

-El Mercosur es por ahora una unión aduanera. Una Corte como la europea podría conducir a un proceso de gran integración políticamente desaconsejable para los próximos años.

(115) RUIZ DÍAZ LABRANO, Roberto, "Hacia un tribunal de carácter supranacional en el Mercosur", en "Rev. de la Facultad de Derecho y Cs. Sociales de la Universidad Nacional de Asunción", ed. en homenaje a Luis de Gásperi, 1997, pág. 329.

(116) "Conclusiones del IV Encuentro Internacional de Derecho de América del Sur", Montevideo, mayo 1995, cit. por DREYZIN DE KLOR, Adriana, "La viabilidad del Mercosur en relación con el sistema de solución de controversias vigente", en "Rev. de D. Privado y Comunitario", n° 9, 1995, pág. 490.

(117) "Conclusiones del IV Encuentro Internacional de Derecho de América del Sur", Montevideo, mayo 1995, cit. por DREYZIN DE KLOR, Adriana, "La viabilidad del Mercosur en relación con el sistema de solución de controversias vigente", en "Rev. de D. Privado y Comunitario", n° 9, 1995, pág. 488.

(118) BAPTISTA, Luiz Olavo, "Solução de divergências no Mercosul", en "Rev. de D. Privado y Comunitario", n° 7, 1996, pág. 444.

-La formación de los jueces de Latinoamérica es excesivamente formalista, con escasa creatividad y ninguna aptitud frente a las cuestiones políticas.

Un tribunal de este tipo sería más un obstáculo que un factor de integración.

e) ¿Seguir o no el modelo europeo? Posición intermedia.

En una posición intermedia se ha dicho que Europa no es un modelo para copiar, pero significa un ejemplo digno de ser tenido en cuenta porque en esa región fue necesario vencer toda una historia de sangrientos conflictos para poner en marcha el proyecto.

Sin él los Estados europeos no gozarían hoy de la posibilidad de decisión soberana que les otorga el hecho de constituir en conjunto una potencia mundial de primer orden(119).

f) El Tribunal europeo como paradigma a seguir en lo sustancial.

En el otro extremo, otros autores, en cambio, entienden que el TJCE se erige como verdadero paradigma de la integración(120), por lo que está llamado a ser el modelo obligado en el mundo en materia de Derecho judicial comunitario(121).

Permitiendo que el Mercosur se configure en una verdadera comunidad de derecho(122).

g) Problemas constitucionales para la constitución de un tribunal a la manera europea.

(119) FERNÁNDEZ LEMOINE, María Rosa y RADRESA, Emilio, "Mercosur, Tribunal de Justicia y soberanía, en Temas de Reforma Constitucional (2º parte)", boletín de "E.D.", 22/9/1995, pág. 41.

(120) DREYZIN DE KLOR, Adriana, "La viabilidad del Mercosur en relación con el sistema de solución de controversias vigente", en "Rev. de D. Privado y Comunitario", n° 9, 1995, pág. 457.

(121) GARRÉ COPELLO, Belter, "La creación de un tribunal de Justicia en el Mercado Común del Sur (Mercosur). Regímenes de derecho comparado", en "Estudios multidisciplinarios sobre el Mercosur", obra colectiva de autores varios, Montevideo, Facultad de Derecho-Universidad de la República, 1995, pág. 175.

(122) MORELLO, Augusto y OTEIZA, Eduardo, "El sistema de solución de controversias del Mercosur", en obra colectiva, "El Mercosur. Aspectos institucionales y económicos", La Plata, Ed. Platense, 1993, pág. 218.

Uruguayos y brasileños sostienen que la creación de este órgano supranacional carece de posibilidades mientras ellos no modifiquen sus respectivas constituciones.

En Paraguay no existe este problema. El art. 145 de la Constitución de 1992 dice:

"La República del Paraguay, en condiciones de igualdad con otros Estados, admite un orden jurídico supranacional que garantice la vigencia de los derechos humanos, de la paz, de la justicia, de la cooperación y del desarrollo en lo político, económico, social y cultural".

En la Argentina, entre las atribuciones del Congreso está aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales, en condiciones de reciprocidad e igualdad y que respeten el orden democrático y los derechos humanos.

Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes.

X. REFLEXIONES FINALES.

Decía Gros Espiell para el Uruguay en términos que hoy son comunes a toda la América del Sud:

"Nadie puede dudar que el Uruguay, en julio de 1990 no tenía opción. Debía entrar, plena y totalmente, en el proceso de integración ya iniciado por Argentina y Brasil.

"Quedar al margen hubiera sido suicida, una expresión de imperdonable ceguera política, un pecado contra la historia y contra el futuro. Sobre esto no puede haber dos opiniones."(123)

Cuando el milenio está casi agotándose, estas ideas deben ser rectoras para asumir con valentía un verdadero proceso de integración con organismos transnacionales y no meramente intergubernamentales.

(123) GROS ESPIELL, Héctor, "El Tratado de Asunción y algunas cuestiones jurídicas que plantea", "E.D.", 144-913.

Ha dicho Carlos Molina del Pozo, uno de los grandes hacedores de los puentes existentes entre la Unión Europea y el Mercosur en materia jurídica, que "el cambio es en sí mismo el elemento característico y diferenciador de nuestras civilizaciones en el umbral del siglo XXI.

Nuestras respectivas señas de identidad ya no pueden ser buscadas en lo permanente, en lo inmutable, sino que hay que encontrarlas en las características diferenciales de los procesos a través de los cuales se vertebran nuestros sistemas de organización política estatales, como los sistemas de integración en los que nuestros respectivos Estados se incardinan para hacer frente al reto de la globalización."(124)

Mostremos que los sudamericanos somos capaces de ese cambio; después de todo, recordemos que "no hay destino de grandeza en soledad"(125).

(124) MOLINA DEL POZO, Carlos Francisco, "La reforma de las instituciones de la Unión Europea y la Revisión de los tratados en la Conferencia Intergubernamental", en obra colectiva bajo la coordinación de CIURO CALDANI, Miguel A, "Del Mercosur", Bs. As., Ed. Ciudad Argentina, 1996, pág. 15.

(125) CERRO, Francisco, cit. por SARMIENTO GARCÍA, J. y FARRANDO, I., "Procesos de integración y Mercosur", Bs. As., Ed. Depalma, 1994, pág. 118.

SAN MARTÍN: HIJO DE YAPEYÚ Y SU PROYECCIÓN AMERICANA

POR JUAN R. AGUIRRE LANARI (*)

Cuando mi buen amigo el doctor Rodolfo Algañaraz Alcorta, al comunicarme personalmente la honrosa distinción que se me confiriera, me agregó la necesidad de recibirla en acto público con una disertación sobre el Libertador, inquiriéndome sobre el tema de la misma, de inmediato advertí lo difícil del mandato.

Comprendí que sonaba a osadía el intento. ¿Qué podría aportar yo sobre una figura tan magistralmente descrita por los estudios integrales y señeros de Mitre, de Otero, de Ricardo Rojas, por citar sólo algunos?

Convinimos en que debía acotarse la labor, máxime en el pequeño espacio de tiempo que vuestra tolerancia puede soportar, orientando la exposición a una vertiente particular de nuestro Héroe.

Coincidimos en que por motivos explicables, debía aceptarse que yo no podía soslayar una referencia a Yapeyú, el lugar en que nació San Martín, enclavado hoy en mi provincia de Corrientes.

Y me parece explicable el recuerdo, no con sentido de jactancioso orgullo sino como testimonio de que a los correntinos, una y otra vez, nos solaza ratificar un acto de reverencia para el más glorioso de los varones nacidos en su suelo.

(*) Disertación del Académico en el Instituto Nacional Sanmartiniano, en oportunidad de distinguirse con las Palmas Sanmartinianas, el 5 de noviembre de 1998.

Y junto a esa explicable circunstancia, convinimos también en señalar, dentro del acervo moral de San Martín, la proyección americana de su gesta.

Debo confesarles que también, en este segundo aspecto, experimenté motivaciones personales.

En el lapso de mi vida en que me tocara actuar en el ámbito internacional y particularmente en el sudamericano, comprobé cuan ubérrima herencia nos había dejado la gesta sanmartiniana.

Fui participe convencido de una fraternidad de intereses y sentimientos que se entrelazaban en una común estirpe y en el mandato de antiguas luchas e ideales compartidos, que se gestaron bajo la enseñanza inmortal del Libertador de tres naciones.

En función del primer aspecto que debemos abordar, vayamos pues a Yapeyú, donde, según la referencia aceptada, nació San Martín, un 25 de febrero de 1778. La mención del lugar de su nacimiento, aun cuando fue corta su permanencia en el mismo, no es inoficiosa.

Mucho se ha escrito y más aún discutido, sobre la influencia del medio, moldeando el carácter de los individuos e influyendo en el destino de los pueblos.

Ya en el siglo XVIII, el genial Montesquieu, estudioso de la historia y aferrado en buscar en la naturaleza de las cosas el principio inspirador del espíritu de las leyes, identificó la teoría de los climas.

En el Libro XIV de su inmortal obra, nos muestra cómo los hombres son muy diferentes en los diversos climas, los que se proyectan sobre el destino de los pueblos.

En la misma línea de pensamiento, Hipólito Taine, en su *Filosofía del Arte*, nos recuerda a los griegos legendarios, impulsados a la magnitud de la epopeya, por lo ascético del terreno y de su alimentación.

Y en nuestro propio medio, no han faltado quienes imaginaron cómo el ambiente natal modeló el espíritu, con firmeza de roca andina y tumultuoso rugir de Zonda, que guió el batallar ciclópeo de Sarmiento.

Bajo esta premisa, remontemos nuestra imaginación para ese pequeño poblado indígena que los jesuitas habían fundado en 1626 bajo la advocación de Nuestra Señora de los Reyes Magos del Yapeyú.

Estaba asentado en la ribera del río Uruguay, "el río de los pájaros" y del arroyo Guaviraví.

Yapeyú es el nombre del indígena Guaviraví, que en idioma guaraní se ha traducido como "mojón amarillo" o "que tiene la piel amarilla" o como "río de superficie amarilla" o "allí donde sopla el viento", según diferentes opiniones.

Otros afirman que Yapeyú significa "lo que esta en sazón", "el fruto llegado a su tiempo", lo que podría imaginarse como una premonición del destino de quien sería su hijo mas ilustre(1).

Yapeyú formaba parte de las llamadas "misiones jesuíticas", poblaciones estables indígenas gobernadas espiritualmente por religiosos de la Compañía de Jesús, hasta que los mismos fueron expulsados por decisión de la corona española en 1767.

Sobre el carácter de los pobladores guaraníes señala el R.P. Furlong, que integraron una verdadera civilización, con predominio del espíritu sobre la materia, con vida tranquila, laboriosa y familiar, con paz interna y sociabilidad sin envidias(2).

Llegamos así al arribo a Yapeyú del padre del Libertador, el capitán don Juan de San Martín, investido como Teniente Gobernador del departamento, tres años antes de que allí naciera su cuarto vástago, José Francisco, el futuro Libertador.

El nuevo gobernante venía precedido de fama de buen administrador, que habría de revalidar en Yapeyú, no sólo en lo económico sino también ejerciendo el mando militar.

Así lo atestigua su superior, Francisco Bruno de Zabala, refiriéndose a la enseñanza de las armas impartida a 550 naturales del lugar, que aquél comparara a la "más arreglada tropa de Europa", destacando también su comportamiento en Santa Tecla ante el ataque de los portugueses(3).

(1) Pueden consultarse las opiniones en "La gloria de Yapeyú", publicación del Instituto Nacional Sanmartiniano, págs. 39 y 40, y ROJAS, Ricardo, "El Santo de la Espada", Editorial Universitaria de Buenos Aires. 1978, pág. 16.

(2) R.P. Guillermo Furlong Cardiff S. J. "Las Misiones Jesuíticas", en "La Gloria de Yapeyú", ob. cit, pág. 21.

(3) Véase el erudito artículo "Don Juan de San Martín" (Fragmento del libro homónimo), por José TORRE REVELLO, en "La Gloria de Yapeyú", ob. cit., pág. 183 y sgte.

En ese ejemplo de rectitud administrativa y de elogiabile cumplimiento del deber militar habría de asomarse a la vida el futuro Gran Capitán.

La población mantenía asimismo su estilo, como también la residencia paterna, ubicada según afirma Mitre en el antiguo Colegio y con la huerta adyacente(4).

Bajo la incitación del clima subtropical, junto a los naranjos y otros frutales, perfumaban el ambiente rosas, jazmines y azahares, preservando una paz que más allá, ya en plena frontera, se alertaba ante el rugido del tigre y a veces con el andar peligroso de indios descarriados y salvajes.

En la plaza del pueblo, bajo las legendarias palmeras, debió corretear el pequeño, mezclándose con párvulos indígenas, familiarizado el oído con el gutural acento guaraní, y recibiendo la infantil camaradería de indios, mestizos y criollos, integrantes de ese pueblo que él no habría de olvidar.

Y al caer la tarde, el pequeño habrá participado, junto al fuego hogareño, del relato sobre las pasadas guerras con los portugueses y el valor guaraní.

Por ello fue lógico que el 18 de agosto de 1812, el Gobierno, a pedido de San Martín, exhortara a los hijos de Yapeyú a combatir por la causa americana.

En 1813 los soldados así reclutados se congratulan de conocer al "paisano del mismo terruño"(5), según expresan.

Y en una misiva del 6 de mayo señalan ante el Gobierno "que no somos del carácter que nos supone, y sí el de verdaderos americanos, con sólo la diferencia de ser de otro idioma"(6).

He aquí, junto a la tierra natal, cómo asoma el otro componente americano que señala el perfil que estamos intentando. Y por cierto que

(4) MITRE, Bartolomé, "Historias de San Martín y de la Emancipación Sudamericana", Edición Especial, Imprenta López, año 1890, pág. 99.

(5) MONZÓN, Antonio, "Los Granaderos a Caballo de las Misiones", en "La Gloria de Yapeyú", ob. cit., pág. 346.

(6) Ídem.

serían algunos bravos granaderos de la tierra de San Martín, quienes, como Cabral, ofrendarían su vida para salvar al jefe y paisano, o desfilarían integrando los diezmados que, tras la victoria de Ayacucho, regresaron a Buenos Aires, para devolver sus armas a la patria y rubricar con ellas el testimonio de su aporte a la causa americana.

Esa fue la aleación espiritual que se prolonga en la lealtad de los hombres de su tierra con la misión sanmartiniana.

Raúl Puigbó, en un profundo libro que en estos días presentó en Madrid con gran éxito, nos describe el mestizaje entre españoles y americanos.

En nuestro caso, tenemos un mestizaje espiritual de las ideas entre ese criollo nacido en Yapeyú, de puras sangre española, con los nativos de la tierra en que nació y que adhirieron a su causa(7).

Con escasa edad, le llega al niño la hora de partir de Yapeyú. He tenido el privilegio de pasar algunas noches en su suelo.

Amparado por la paz del ambiente, percibí el discurrir sosegado de las aguas del "río de los pájaros" y gocé del cielo tachonado de estrellas. Imaginé entonces que entre las mismas se encontraba la que guiaría al niño en su misión de predestinado.

Habrá partido pensando en un retorno que no se dio. Pero seguramente no supuso que esos amigos de la infancia vendrían más tarde junto a él, representando a la tierra natal, para acompañarlo como en otros tiempos, pero ya no en las antiguas correrías, sino en la aventura más grande de la redención americana.

La familia de San Martín se traslada a Buenos Aires, donde vivirá cuatro años más. Aquí el niño aprende a leer y escribir y se nutre en la doctrina cristiana y en la historia sagrada. Pero al mismo tiempo ya asoma su personalidad.

Juan María Gutiérrez oyó decir a un anciano que fue su discípulo: "San Martín estaba destinado a ser un gran hombre; en la escuela era una niño muy notable; si hubiera muerto sin ilustrar su nombre, yo me hubiera acordado de él para siempre"(8).

(7) PUIGBÓ, Raúl, "La identidad nacional argentina y la identidad iberoamericana", Buenos Aires, 1998.

(8) ROJAS, Ricardo, ob. cit., pág. 15.

Llega la hora de partir hacia España con sus padres. Allí amplía su educación el joven en el Colegio de Nobles de Madrid, mostrando su predilección por las ciencias exactas, mientras se perfilan en su personalidad la reconcentrada atención y la reserva, que anticipa a lo que algunos llamaron el hombre del misterio.

Antes de cumplir doce años siente el llamado de su vocación militar. Es admitido en el Regimiento de Murcia, que se distingue con los colores celeste y blanco.

Por extraña coincidencia, ellos anticipan los que removerán en las tiendas de Mayo, French y Berutti y enarbolará después Belgrano en las barrancas de Rosario.

Sobre el Regimiento de Murcia, relató el propio San Martín que en un encuentro casual, donde él estaba mezclado con otros oficiales españoles, se le acercó bruscamente Napoleón, quien clavó en él su mirada más profunda y tomándolo de su casaca blanca y celeste leyó en alta voz el nombre de Murcia(9).

Seguramente ninguno de los protagonistas advirtió el simbolismo del encuentro de dos hombres, uno ya enclavado en la historia y el otro en vísperas de penetrar en ella. Pero tan distinta fue su proyección, como disímiles fueron los objetivos perseguidos.

Uno fue el cultor sistemático de la guerra, que libró primero para afirmar su poder interno y luego para proyectarse sujetando pueblos y dinastías.

El otro utilizó la guerra sólo por necesidad y apeló a la persuasión cuando pudo, como lo veremos en Lima, teniendo como objetivo no la conquista sino la liberación.

Napoleón fue el General de la República que termina mezclando su sangre con la realeza, ciñéndose con mano propia la corona y el manto imperial.

San Martín, que combatió en España defendiendo el régimen monárquico vigente, se empecina en América para dejar atrás de sí una estela de Repúblicas, a cuya decisión soberana sometió su espada.

(9) MITRE, Bartolomé, ob. cit., pág. 93 (nota).

Uno combatió para conquistar la gloria del poder. El otro afrontó y venció en la batalla más difícil, cediendo los atributos del mando y triunfando con la suprema virtud de su renunciamiento.

Durante su desempeño militar en Europa, sirvió a España con lealtad y arrojo ejemplar. Enfrentó a todos sus enemigos y en diversos campos: a los moros en el África, a los franceses en el Rosellón, a los portugueses en su patria, a los ingleses en el Mediterráneo y, por último, a las tropas de Napoleón.

Este joven, que había ganado grados y condecoraciones a punta de sable, había adquirido también una vasta experiencia en hechos trascendentes, aquilatando el paso de los personajes de esa historia turbulenta, que había derribado y repuesto testas coronadas, alterando fronteras nacionales, oprimido y liberado pueblos, no siempre guiada por el compás de justicia sino también bajo el irracional imperio de la fuerza.

Y así, este luchador abnegado y valiente, siente el llamado del destino, que él habrá pensado con humildad era sólo el imperativo del deber.

A los treinta años pasa el rubicón de sus afectos. Este triunfador en la milicia, apreciado por sus jefes y acreedor a un promisorio camino bien ganado, sentía un despertar irreprimible.

Como dice Rojas, "una crisis sorda roía el corazón de aquel gran taciturno. Viejos lazos de la carne y el alma se rompían; otros lazos nuevos parecían anudarse en la sombra para atarlo a su genio"(10).

Él ya había cumplido con la tierra de sus padres. Debía entregarse ahora a la de sus hijos, que serían no sólo los de la carne sino también los millones de argentinos que con Roldán lo invocamos como al padre nuestro que vive en el bronce.

Iniciado en la mística libertaria de la América española que predicó Miranda, ese conspirador desconcertante y motor de sueños con ribetes de quimeras, parte el joven militar en la Canning. Allí están con él Alvear, Zapiola, Holmberg y Chilavert.

Dicen que en medio de la travesía, San Martín desplegaba mapas con su habitual concentración. ¿Serían aquellos momentos los que alumbraron en su mente la genialidad de su plan continental?

(10) ROJAS, Ricardo, ob. cit., pág. 25.

Podemos quizás imaginar sus pensamientos: "Aquí está el dilema y la osada solución, debo seguir escudriñándola. Dejemos que Alvear y su encantadora Carmen Quintanilla distraigan al pasaje, superando el bochorno tedioso de los días con su personalidad brillante; es justo su solaz, porque Alvear presiente los cercanos días de su poder en el Directorio y su gloria al liberar Montevideo.

"Pero mi destino es otro, más lejano. Yo debo mirar al Occidente, abandonar la llanura y enfrentar el macizo imponente de los Andes. Me esperan la cuesta de Chacabuco, la alarma de Cancha Rayada y la cruenta y triunfal jornada de Maipú.

"Debo abandonar este océano y abordar al otro, para romper su idilio con la voluptuosa Lima virreinal. ¡Ea pues, capitán, no es hora de molicie, deje escanciar su ron y su apreciado vino de hispanas cepas! ¡Comience ya a manipular sus velas, que Eolo viene en nuestra ayuda! ¡Hay que apurar la marcha, nos espera América, la tierra prometida!".

Respecto al momento en que llega, no puedo menos que traducirlo con una síntesis magistral de Mitre, que me ha impresionado siempre con su elocuencia: "Hacía veintiséis años que, niño aún, se había separado de la tierra natal, y regresaba a la sazón a ella con toda la fuerza de la virilidad, poseído de una idea y animado de una pasión, con el propósito de ofrecer su espada a la revolución sudamericana, que contaba ya dos años de existencia, y que en aquellos momentos pasaba por una dura prueba.

"Templado en las luchas de la vida, amaestrado en el arte militar, iniciado en los misterios de las sociedades secretas propagadas de las nuevas ideas de libertad, formado su carácter y madurada su razón en austera escuela de la experiencia y el trabajo, el nuevo campeón traía por contingente a la causa americana, la táctica y la disciplina aplicadas a la política y a la guerra, y en germen, un vasto plan de campaña continental que, abrazando en sus lineamientos a mitad de un mundo, debía dar por resultado preciso el triunfo de su independencia."(11)

Sin embargo, acotemos nosotros, al abandonar España e instalarse en las orillas del Plata, los porteños preguntan: ¿quién es este joven que deja Europa para jugarse con la incierta suerte del suelo americano? ¿No será acaso un espía?

(11) MITRE, Bartolomé, ob. cit., pág. 88.

San Martín conoce desde entonces las primeras estocadas de la maledicencia humana, secuela fatal que azota a los que acometen tareas trascendentes. Pero no se arredra.

Él se sabe limitado en sus recursos; sólo puede ofrecer su foja de servicios.

A las dudas vencerá con hechos, no buscando atajos secundarios sino acudiendo a la perseverancia y al trabajo metódico, con la obsesión de quien se sabe depositario de una tarea inexcusable.

Por otra parte, el país está escaso de militares de acreditada experiencia como la que aporta San Martín. A los siete días de llegado, el Triunvirato lo reconoce en grado de Teniente Coronel de Artillería, "por sus méritos, servicios y conocimientos militares", según reza el decreto que esa autoridad expide.

Aquí comienza San Martín su labor esforzada y sin pausa, organizando el Regimiento de Granaderos a Caballo, que será el nervio de las legiones que lo acompañarán en su gesta americana.

Sus subordinados deben ser hombres para transformarse después en soldados. También, lo enseñaría después, los pueblos deben ser persuadidos y no conquistados, para obtener su alianza y apoyo en actitud propicia para la libertad americana.

Esa es la regla moral, basamento de la disciplina militar, que inculca a fuego a los oficiales y soldados que nuclea en los Granaderos a Caballo. Les transmite un patriotismo que dará eficiencia a su bregar guerrero.

A semejanza de los caballeros medievales, impone a sus oficiales un severo Código, que ellos mismos aplican, juzgando en tribunal a los cuestionados.

Sus normas y proezas son severas, expresión de una rigidez espartana: "Por cobardía en acción de guerra, en la que aún agachar la cabeza es reputado tal; por consentimientos en las injurias; por no defender el honor del cuerpo; por trampas infames como de artesanos; por familiarizarse en grado vergonzoso con los subalternos; por falta de integridad en el manejo de fondos; por divulgar disposiciones de las juntas secretas; por no ayudar a un compañero en peligro; por presentarse públicamente con mujeres prostituidas; por jugar con personas indecentes; por poner la mano sobre una mujer; por abusar de la debilidad; por difamar a un camarada ante extraños".

A los soldados les infunde el mismo espíritu. Son sus "muchachos", como los denomina en su trato paternal, sin intención ni actitud demagógica. Modela en ellos el sentido del orgullo ante la fomentada responsabilidad individual, al concederles a cada uno un nombre de guerra, imponiéndoles el porte erguido sobre el caballo y el brazo pronto para el sable.

Pero la rigidez que impone para constituir un ejército cohesionado y no una turba destructora, se funda en un sentido humano, ajeno a una frialdad que no condecía con su numen de equilibrio comprensivo del error ajeno.

Tiempo después, cuando organizaba en Mendoza el Ejército de los Andes, San Martín recibe a un oficial que ha jugado, perdiendo una suma que pertenecía a la caja de aquél. El culpable apela al caballero, mostrando sincero pesar y ofreciendo enmendarse. Su jefe lo escucha con severidad y le entrega una suma para reponer lo perdido, diciéndole: "Entregue ese dinero a la caja, pero guarde el secreto, porque si el general San Martín llega a saber que usted ha revelado lo ocurrido, lo mandará fusilar".

Este modelo formativo que San Martín aplica como regla a sus hombres estaba inspirado en la misma moral privada de las celebradas máximas que andando el tiempo entregó como directriz de conducta a su propia hija.

Este cuerpo de reglas destinadas a normar la conducta de los seres de quienes San Martín se sentía responsable, fue el fruto de la experiencia nacida de un arquetipo humano excepcionalmente dotado para cumplir con honor el destino que su misión continental le reservaba.

Bajo estos cánones disciplinó su Regimiento, que atronaba con sus cargas denodadas el "Campo de Marte".

Pero faltaba revalidar en la acción los brillantes y promisorios ejércitos. San Lorenzo le ofrece a San Martín su bautismo guerrero en tierra americana.

La batalla no solo tuvo un innegable valor estratégico, al castigar a la osada marina española hasta entonces dueña de nuestros ríos; es también la prueba de la devoción de este sospechado militar por la patria recobrada.

Pero también San Martín daría otra prueba de afianzamiento irrevocable en nuestro suelo.

Como Hernán Cortés quemando con sus naves toda posibilidad de retorno a la hispana tierra, San Martín, el caballero de la armadura recia, rinde sus armas al llamado del amor, prometiéndose la promulgación de su progenie con una flor de asentada raíz americana.

Dícese que en el salón de los Escalada, apenas vio San Martín la silueta núbil de María de los Remedios, quedó prendado de ella.

Evoca la crónica a la pareja. Se coincide en rasgos fisonómicos del joven militar. Mitre destaca que "en los días heroicos de su edad viril, San Martín, como la estatua viva de las fuerzas equilibradas, era alto, robusto y bien distribuido en sus miembros, ligados por una poderosa musculatura. Llevaba siempre erguida la cabeza, que era mediana y de una estructura sólida sin pesadez, poblada de una cabellera lacia, espesa y renegrida, que usaba siempre corta (...)

"Sus facciones, vigorosamente modeladas en una carnadura musculosa y enjuta, revestida de una tez morena y tostada por la intemperie, eran interesantes en su conjunto y cautivaban fuertemente la atención. Sus grandes ojos, negros y rasgados (...) miraban hondamente, dejando escapar en un brillo normal el fuego de la pasión condensada, al mismo tiempo que guardaban su secreto.

"Este era el rasgo característico de su fisonomía, que según la expresión de un contemporáneo que lo observó de cerca, simbolizaba la verdadera expresión de su alma y la electricidad de su naturaleza (...) La nariz pronunciada y larga, aguilena y bien perfilada, se proyectaba atrevidamente en líneas regulares, a la manera de un contrafuerte que sustentaba el peso de la bóveda saliente del cráneo. Su boca, pequeña, circunscripta y franca, se animaba a veces con una sonrisa simpática y sería, que dejaba entrever una rica dentadura verticalmente clavada (...)

"Su voz era ronca; a su talante marcial unía un porte modesto y grave, eran sus ademanes sencillos, dignos y deliberados, y todo en su persona, desnuda de aparato teatral, inspiraba naturalmente el respeto sin excluir la simpatía." (12)

El porte de aquel militar de treinta y cuatro años deslumbró a la quinceañera Remedios, a quien por su parte evoca Ricardo Rojas, describiéndola en su romance: "Mimada de sus padres, en el hogar virtuo-

(12) MITRE, Bartolomé, ob. cit., pág. 92.

so y aristocrático, bailaba y cantaba con ingenua embriaguez, enlazando, como una liana a un roble, su gracia aquella fuerza.

"Para ser más hermosa poníase una diadema o una corona de jazmines y un collar de perlas, tal como se nos muestra en el retrato que de ella se ha conservado: el óvalo fino, el cutis sonrojado, la boca deliciosa, los ojos grandes y como absortos en un sueño lejano. Los bucles alargábanse hasta los hombros desnudos; la figura esbelta vestíase con los tenues velos que ceñían los firmes senos venusinos, y que luego caían desde la alta cintura hasta los pies de breves chapines, según la moda del Imperio."(13)

Pero el matrimonio, nacido con tan románticos auspicios, debió pagar su tributo inexorable frente al deber, que impulsaba a San Martín en pos de su destino. El jefe del hogar debe atender un nuevo desafío, comandando el alicaído Ejército del Norte. Que se le asigne con la esperanza de que su ya comprobada pericia militar pudiera enderezar el rumbo alarmante de los hechos.

San Martín deberá reemplazar a Belgrano. El creador de la Bandera le cuenta sus cuitas y quiere subordinarse a él, confesando su incompetencia militar, condición que asumiera por decisión de otros, bajo el imperio de la necesidad.

Es ya, como lo será San Martín, la expresión del renunciamiento y del desinterés. El abrazo que ambos se dan en la Posta de Yatasto, simboliza un fallo de la Patria, que hermana a las dos figuras más puras de la Revolución de Mayo.

San Martín se entrega con empeño a la reorganización del Ejército del Norte. Pero la carencia de recursos materiales y el relajamiento imperante en el espíritu de sus maltrechos cuadros, en años desventurados, no lo llama a engaño. Avizora en ellos el fermento de la anarquía, que se mezclara con la que, con otras consignas, está empujada por las brisas del Paraná.

Comprende que ese no es el camino, y así lo expone con franqueza en carta de marzo de 1814, dirigida al triunviro Rodríguez Peña: "No se felicite, mi querido amigo, con anticipación, de lo que yo pueda hacer en ésta: no haré nada y nada me gusta aquí. No conozco los hombres ni el país; y todo está anarquizado; yo sé mejor que nadie lo poco o nada

(13) ROJAS, Ricardo, ob. cit., pág. 65.

que puedo hacer. Ríase Ud. de esperanzas alegres. La patria no hará otro camino por este lado del norte que no sea una guerra permanente, defensiva y nada más; para ésto bastan los valientes Gauchos de Salta con dos escuadrones buenos de veteranos. Pensar en otra cosa es echar en el Pozo de Ayron hombres y dinero. Así es que yo no me moveré ni intentaré expedición alguna."(14)

Y le agrega San Martín a Rodríguez Peña: "Ya le he dicho a Ud. de mi secreto. Un ejército pequeño y bien disciplinado en Mendoza para pasar a Chile y acabar allí con los godos, apoyando un gobierno de amigos sólidos, para acabar también con los anarquistas que reinan: aliando las fuerzas pasaremos por el mar a tomar a Lima; ése es el camino y no éste, mi amigo. Convéznase usted, que hasta que no estemos en Lima la guerra no se acabará. Deseo mucho que nombren ustedes alguno más apto que yo para este puesto."(15)

Dice San Martín que está bastante enfermo, lo que es cierto, pero aventura su deseo de gobernar Cuyo, para armar la expedición con la que sueña y que realizará tres años después.

Aquí está expuesto, con clara y franca honestidad ante el Triunvirato, su íntimo pensamiento. No hay que malgastar sangre y dinero en una empresa imposible, hay que pasar los Andes y aliarse allí con los hermanos chilenos y luego, juntos, avanzar sobre Lima. Allí esperan los hermanos peruanos, que se incorporarán a la gesta libertaria, consumando el vasto plan de emancipación continental que destacara Mitre.

Aquí está la excluyente proyección americana que inspira al Libertador y que le acompañaría en su camino hacia la gloria.

Con la autoridad que se le reconoce, un profundo estudioso y analista como Enrique Mario Mayoche, destaca que "el proyecto de San Martín era realmente un plan continental, o sea que estaba alentado por un espíritu americanista que derivaba del hecho de concebir al Nuevo Mundo hispánico como la patria común, y no como una ancha base geográfica para que sobre ella tomaran ubicación los parcelamientos nacionales o regionales"(16).

(14) ROJAS, Ricardo, ob. cit., pág. 80. y MAYOCHI, Enrique Mario "El Libertador José de San Martín", Buenos aires, 1995, pág. 47.

(15) Ídem, ídem.

(16) MAYOCHI, Enrique Mario, ob. cit., pág. 50.

En la misma línea de argumentación, señala Mayoche en su excelente libro *El Libertador José de San Martín*: "Una característica constante de la acción sanmartiniana en América, como ya queda dicho, fue la de evitar por todos los medios posibles la división entre quienes debían tener por objetivo fundamental la independencia americana y la total derrota de cuantos se oponían a ello.

"Tal propósito inquebrantable de conducta lo llevó a no alinearse jamás a fracción alguna, tratando de estar siempre por encima de todos.

"Conducta tan conteste le permitía expresarle a su amigo Tomás Guido, en una carta que le envió desde Nápoles el 20 de octubre de 1845, una frase que constituye por sí la definición más expresiva: 'Usted sabe que yo no pertenezco a ningún partido; me equivoco, yo soy del Partido Americano'. Ningún hecho de su vida pública y privada —concluye Mayoche— desmintió jamás tal aserto."(17)

Es cierto lo que afirma Mayoche. San Martín jamás quiso mezclar espada a luchas intestinas. Lo dijo en carta dirigida al prócer oriental, José Artigas: "Cada gota de sangre americana que se vierte por nuestros disgustos me llega al corazón. Paisano mío, hagamos un esfuerzo, transemos todos y dediquémonos únicamente a la destrucción de los enemigos que quieran atacar a nuestra libertad."(18)

Será la conducta que tomará desoyendo la orden de la autoridad que desde Buenos Aires lo insta a volver con sus tropas para resguardar con ellas al gobierno central.

No es difícil imaginar cuan ingrato habrá sido para un disciplinado militar desechar esa orden. Ejecutó entonces lo que bien se ha denominado la "desobediencia genial de San Martín".

Y con ella, evitando que sus tropas se mezclaran en la lucha interna, San Martín las preservó para el superior fin americanista que había abrazado como misión irrenunciable.

Las aspiraciones de San Martín finalmente se cumplen, cuando se le encarga el gobierno de Cuyo. No era por cierto una canongía, habida cuenta de su menguada y vacilante economía, que se reflejaba en su desvalida administración pública.

(17) MAYOCHI, Enrique Mario, ob. cit., pág. 54.

(18) MAYOCHI, Enrique Mario, ob. cit., pág. 54.

Allí había que realizar un esfuerzo revolucionario, si es que de su seno se pensaba extraer el impulso principal que permitiera organizar y pertrechar convenientemente un ejército que cruzara los Andes y pudiera juntarse con los patriotas chilenos, afirmando definitivamente la independencia de su país.

El panorama sin embargo se ensombreció con la derrota de Rancagua, que concluyó con el gobierno patrio en Chile, consolidando el poder realista.

"Maldita sea mi estrella", llega a exclamar San Martín en Mendoza. Pero no se amilana y despliega una actividad asombrosa, realizada con la perspicacia y el tesón en los que asoma su condición de estadista.

Resulta digno de admiración leer lo que él llama sus "memorias", o sea la minuciosa anotación diaria de los asuntos abordados, que resuelve con decisión contagiosa, con ingenio creador, a veces con rigor implacable pero sin abandonar la justicia.

Saca recursos de la nada, exalta la participación solidaria y da, como el primer ciudadano, el ejemplo de austeridad como norma de conducta que nadie puede excusar.

San Martín, aludiendo a su gestión en Mendoza, califica a ésta y por ende a Cuyo, como "su ínsula". Parodiando a este Quijote que se apresuraba a crear un ejército de la nada, acometiendo cuantos molinos de viento fueran necesarios, podríamos decir que ese hidalgo soñador fue también un Sancho gobernando la "ínsula Barataria", al conocer el corazón y la debilidad de los hombres, extrayendo de ellos y de los pueblos la savia fecunda con la que alumbró su empresa. Pero al administrar justicia, como Sancho, mostró clarividencia nacida en el rigor que se aplicó a sí mismo como jefe de cruzada.

El código moral de San Martín fue constante, antes y después de esos días. Cuando en Mendoza se conoce la noticia de la expedición de Morillo, expide un decreto: "Desde hoy quedan nuestros sueldos reducidos a la mitad".

Es el mismo desprendimiento que tuvo cuando el Directorio lo nombra Coronel Mayor, San Martín renuncia declarando que no aceptará nuevos empleos.

Después de Chacabuco, el gobierno de Buenos Aires le comunica nuevamente su ascenso a Brigadier General, que San Martín rechaza por dos veces y sólo acepta un escudo especial que conmemora el

hecho. Después de Maipú, el gobierno de Chile le obsequia una bandeja de plata, que San Martín devuelve, como también renuncia al sueldo anual de seis mil pesos que se le fija: "El Estado se halla en necesidades, y es preciso que todos contribuyamos a remediarlas".

Bajo estos cánones morales gobierna San Martín en Cuyo, superando escollos. Pero tiene también su recompensa familiar, al poder reunirse con su amada y hasta entonces ausente "Remeditos", como la denomina con ternura.

Ella acude presurosa desde Buenos Aires ante su requisitoria y se compenetra con la sociedad mendocina, respaldando los afanes de su esposo.

Encabeza Remedios el celebrado gesto de las damas mendocinas donando sus joyas y contribuye con sus manos al bordado de la enseña que San Martín paseara, junto a su tropa, por las tierras de América.

Traerá también ventura al matrimonio el nacimiento de quien será su única hija, Mercedes, la futura compañera y sostén espiritual en los días aciagos del exilio.

Este período matrimonial venturoso explicaría quizás en parte la especial predilección de San Martín por la tierra mendocina. Cuando el Libertador parte a Chile y Remedios debe regresar a Buenos Aires, quizá no sospechó que una temprana desaparición evitaría revivir esos días felices.

A ellos rendiría San Martín homenaje de gratitud y recuerdo, imprimiendo en su plaza mortuoria la invocación a quien calificó como su esposa y amiga, con el lenguaje expresivo de la época y el calor de su corazón que entonces comenzaba a libar la amargura de la incomprensión y la maledicencia.

En nuestra travesía sobre la proyección americana de San Martín debemos seguir ahora al héroe en la trascendental gesta cumplida en Chile. No podemos historiar ni profundizar en la misma, sino sentar algunas reflexiones en torno a nuestro enfoque.

Desde su inicio, la travesía se vistió de epopeya. Cuando hoy nos asomamos siquiera al macizo andino, nos sobrecoge su imponente y pensamos cuánto mayor habrá sido la incertidumbre de los osados invasores. Ante caminos escabrosos y la montaña inmensa, sabían que no los recibirían tras de ella con balas de fogueo.

Se ha comparado la magnitud del cruce con la de Aníbal en los Alpes. Pero aquí también se singulariza nuestro personaje; sus tropas no levantan pendones de conquista sino áureos emblemas de liberación.

El genio guerrero de San Martín brilla en la cuesta de Chacabuco, en su invencible ánimo en Cancha Rayada, y en el coraje que alienta su impaciencia por la victoria en Maipú, que lo encuentra sableando godos en la instancia crucial de la pelea.

Esta batalla, la más reñida de la independencia americana al decir de Mitre, fue valorada hidalgamente por Bolívar; enterado de la misma en Angostura, al conocer la victoria escribió: "El día de América ha llegado".

Efectivamente, se había escrito con sangre la tonificante conjunción de esfuerzos entre chilenos y argentinos, esa actitud señaló entonces una amalgama que sería decisiva para avanzar sobre Lima y unir en el esfuerzo libertador a los hermanos peruanos.

La clarividencia de nuestros héroes, la alianza que entonces se dio con tan benéfico resultado, fue entonces un mandato que argentinos y chilenos debemos continuar hoy honrando en nuestros corazones, en servicio de esta América, que fundaron nuestros padres y que debemos transmitir, fraternalmente unida, en beneficio nuestro y de quienes vendrán a sucedernos.

San Martín y O'Higgins son la personificación humana de esta amistad ente los pueblos.

O'Higgins, con su brazo vendado, enterado del combate, no soporta la inacción y corre hacia el mismo.

Al encontrar a San Martín, grita generosamente: "Gloria al salvador de Chile". San Martín, cubierto por el polvo del combate, lo abrazó desde su cabalgadura, expresándole: "General: Chile no olvidará su sacrificio al presentarse en el campo de batalla con su gloriosa herida todavía abierta".

Durante su permanencia en Chile al frente del Ejército Libertador, San Martín honra su credo libertador. Rechaza la sensualidad del poder, que le es ofrecido y que con justicia y ventura ejercerá el noble O'Higgins, y se reserva el mando militar, para asegurar su sueño de llegar a Lima a la que observa, por fin, al alcance de sus manos.

En los preparativos, refuerza su necesaria autoridad moral rechazando un premio pecuniario que destina a fundar una biblioteca pública.

Pero no puede sustraerse por completo a participar en los agasajos mundanos de rigor, en los cuales mantiene su recato.

Es quizá oportuno recordar en este sentido lo que nos relata Ricardo Rojas: "Aunque San Martín estaba en Chile sin su mujer (por encontrarse enferma en Buenos Aires en casa de sus padres), no ha quedado en Chile ninguna tradición de amoríos del héroe: si algunos llegó a tener, los recató dignamente.

Los militares argentinos que más cerca de él vivían, se casaron, como Las Heras y Guido, con damas chilenas. Ni siquiera de Monteagudo se conocen en aquel tiempo leyendas eróticas, y no porque las chilenas no fueran encantadoras. Monteagudo, soltero recalcitrante, fue presentado por San Martín a una dama chilena a quien el tribuno atendió durante la velada con especial predilección, y al preguntarle San Martín qué le había parecido aquel caballero, ella contestó sonriendo: "Muy simpático, pero mira como un salteador". Las anécdotas que de esos bailes han quedado, nunca son más picantes(19).

De Valparaíso partirá la expedición nacida con el aporte de argentinos y chilenos. En su nave capitana, San Martín cumple su antiguo sueño, surcando el Pacífico inmenso, con proa hacia El Callao.

Los espera el bastión del poder hispano, pero nuestro héroe tiene su plan, largamente madurado.

No lo inspira un impulso dionisiaco de sangrienta gloria bélica sino una meta que habrá de alcanzar con lucidez de visionario.

Junto a sus tropas y cañones, desembarca una imprenta. Ella será el arma con la que iniciará una guerra de zapa, minando la moral del adversario y atrapando persuasivamente el peso de las coincidencias.

Les dice que no viene a conquistar sino a liberar. Se dirige al oído atento de los esclavos, de los cholos y de los criollos que llevan pura sangre hispana pero cuyo corazón refracta latidos disímiles con la ancestral dominación de los peninsulares,

Su mensaje parece el de un iluminado pero tiene efecto letal. El bloqueo de El Callao y el cerco de Lima hacen escasear los víveres de ésta.

(19) ROJAS, Ricardo, ob. cit., pág. 149.

El Cabildo peruano, azuzado por la opinión, reclama la paz al virrey "ante los pueblos que se reúnen a porfía bajo el pabellón de San Martín", según afirma.

Algunos proponen se solicite licencia al jefe sitiador para la entrada de víveres, a lo que San Martín accede, siempre que se destinen al pueblo y a los soldados enfermos, pues "los soldados españoles —dice— son mis enemigos tan sólo en el campo de batalla".

Varios de sus aliados se impacientan. Pero San Martín explica: "No busco gloria militar ni el título de conquistador del Perú; quiero sólo liberarlo. ¿De qué me serviría Lima si sus habitantes fueran hostiles?"

Cuando huye el virrey, una comisión lo invita a entrar en la ciudad. San Martín responde: "No deseo entrar como vencedor, y no iré sino invitado por el pueblo".

Así conquistó San Martín el bastión español de América del Sur. Él no ha querido ser el general ambicioso de gloria militar que exige el escenario embriagante del heroísmo clásico teñido por la pólvora y la sangre.

Como bien dice Octavo R. Amadeo: "Es el hombre nuevo del espíritu; le repugna la posesión sin amor. Quiere rendir a Lima sin emplear la fuerza, y espera. Entonces Lima, como tocada por su galantería, se le entrega sin resistir. No siente el placer ni la gloria de la guerra. Combate por servicio, esa es su grandeza nueva. No es un César pagano, es un verdadero libertador, 'el Libertador', el 'Santo de la Espada.'" (20)

A fe que ese halo místico es puesto a prueba en el antiguo y multifacético reducto de los virreyes. No todas las circunstancias serían mieles en ese escenario, porque junto a la bendición de los libertados se sentirían crujir también las antiguas estructuras que se resistían a los vientos renovadores e igualitarios.

No falta tampoco en este nuevo escenario, aparentemente en mayor grado, la tentación mundana para este austero militar con olor a santidad. La personificó Rosa Campusano, una hermosa guayaquileña que a sus rasgos físicos agregaba su atractiva conversación y seductora simpatía.

(20) AMADEO, Octavio R., "Doce argentinos", Bs. As., 1945, Talleres Gráficos "Anglo-Argentinos", pág. 125 y 126.

Ricardo Palma, en sus *Tradiciones Peruanas* da a entender una vinculación sentimental con nuestro prócer.

Cierto es que San Martín la distinguió con honores por su patriotismo, junto a otras damas limeñas, aunque se aduce que tal recompensa premiaba quizá su eficaz labor como agente de San Martín, a la que aportó, en sus concurridos salones, la gracia de su cultura y de su ingenio.

En medio de la actividad que su función de Protector le exigía, San Martín anteponía a todo su preocupación por acabar con el resto de los ejércitos realistas ubicados en la región. La cooperación con las tropas libertadoras que bajaban del norte resultaba ineludible.

Así lo comprende San Martín, quien envía al coronel Andrés de Santa Cruz con 1.622 hombres para incorporarse a las tropas bolivarianas, colaborando así con las celebradas victorias de Ríobamba y Pichincha, donde brillan los granaderos argentinos, lográndose de esta manera luego la rendición de Quito(21).

Pero el enemigo seguía siendo poderoso y esto lo sabía San Martín. Era necesario que ambos libertadores acordaran una acción conjunta de tropas y recursos para batir definitivamente a las todavía poderosas fuerzas realistas.

Así ocurrió el famoso encuentro de Guayaquil. Cuando San Martín comprende que su renunciamento puede facilitar la unión militar de las fuerzas patriotas, no duda en apartarse.

Esa es su hora más gloriosa, porque instala en esta América irredenta un credo nuevo, el del renunciamento.

Esa América que estaba luchando por su mayoría de edad, no comprendió entonces la grandeza de su desprendimiento; los pueblos antes sometidos no advirtieron en esa hora la magnitud del mismo.

Es que su decisión no se acomodaba a la previsible conducta humana de éstos y otros tiempos, sino que ella tenía madera y basamento estoico de santidad, con dimensión de historia.

Cuando vuelve al Perú, el Protector que había declarado su independencia y creado su bandera, cumple en 1822 con su promesa e instala,

(21) ROJAS, Ricardo, ob., cit., pág. 235.

con el primer Congreso de la Nación, la expresión tangible de su rumbo democrático y soberano.

Al deponer ante el mismo sus insignias, ante la emoción general, San Martín declaró que no hacía sino cumplir con sus deberes y con los votos de su corazón. No supo que con ello conquistaba también por siempre el corazón de los peruanos, que le han tributado su lealtad conmovedora.

Ella ha sido la génesis de una amistad singular entre nuestros pueblos, que está incrustada en el alma argentina y que debemos honrar con afecto fraternal para el noble Perú sanmartiniano.

Porque gestos como el de nuestro héroe, que dijo en Chile y Perú que no venía a conquistar sino a liberar, cumpliendo su destino con el renunciamiento, son los que cincelan su grandeza y afirman la amistad entre los pueblos.

Su personificación supera la materia del bronce, es inasible, porque es espíritu, y como tal, es ejemplo que debe estimularnos en las horas de prueba.

En su retiro voluntario declinó ambiciones y no quiso ser participe en las divisiones de anarquía y cesarismo que convulsionaron la América joven. Mostró una y otra vez que su fortaleza moral soportaba todos los embates.

Se conformó con el juicio de su conciencia y practicó casi sin quebras la estoica consigna del silencio.

Lo ayudó en la hora de la maledicencia y de la ingratitud de los hombres el amor de su familia, con la tierna solicitud de su hija y la indescriptible ternura que depara el abuelazgo.

Evoquémoslo, para culminar nuestro enfoque de homenaje, en ese sueño de su ancianidad que, aún incompletamente, se ha perpetuado en la paleta del artista.

Allí está el Libertador, con la serenidad vencedora del espíritu, rememorando el curso fructuoso de su vida.

Allí evoca la tierra hispana que le dio orgullosa estirpe y cultura y la Francia que le brindó hospitalaria acogida en sus horas de ostracismo, gozando del amor de su hija y de sus nietos.

Allí están también las horas de gloria marcial, el Ande infinito, los sables de San Lorenzo, Chacabuco y Maipú y la estrategia genial en Lima y El Callao, evitando la orgía de la sangre y apelando a la pacífica persuasión para rendir a la Lima virreinal.

No faltará en su sueño el gesto supremo de Guayaquil, triunfo acuñado en ideal superior a la ambición humana. Así cumplió su proyección americana.

Nosotros, los hijos de Corrientes, podemos pensar que ha de venir también a su memoria el recuerdo de los años más remotos. Evocará la figura de un niño corriendo entre los austeros muros de Yapeyú, gozando del rumor de sus bosques y el canto de sus aves, oyendo extrañas y vernáculos leyendas de caciques indígenas, mezclando impresiones y anhelos con jóvenes criollos con los que habría de confundirse en su gesta americana.

Y quizás recuerde como algún piadoso sacerdote le contó, en premonitoria profecía, que años más tarde, cual una nueva estrella de Belén, la Cruz del Sur guiaría la proa de un velero devolviendo a nuestras playas al bizarro militar destinado a escribir, con el filo de su espada y con el peso moral de su renunciamento, la libertad definitiva de medio continente(22).

(22) AGUIRRE LANARI, Juan R., "Acervo Moral de San Martín", en revista "Rumbo Social", año III, nº 12, julio 1978, pág. 29.

DÍA DEL ABOGADO DEL ESTADO

POR ROBERTO MARTÍNEZ RUIZ (*)

Agradezco la invitación del Sr. Procurador del Tesoro de la Nación de integrar en mi carácter de Presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires este panel en el acto de celebración del Día del Abogado del Estado, con motivo del 135 aniversario de la Institución de la Procuración, acto en el que se presenta su "Manual de Estilo".

Me siento obligado ante todo a evocar a cuatro grandes juristas de la República que en sus obras fueron eximios maestros en el uso del idioma.

Son ellos por orden cronológico: Lisandro Segovia, que a fines del siglo pasado publicó sus dos principales obras: El Código Civil Anotado en 1880, en dos volúmenes y el Código de Comercio, también anotado, en 1888.

El Dr. Segovia era correntino y en Buenos Aires fue Fiscal de Cámaras, Civil y Comercial, entonces unificadas. Tanto en sus citadas obras como en sus brillantes dictámenes, lució una impecable redacción.

En segundo lugar, a principios del siglo, aún corriente, no puedo omitir el recuerdo del riojano Joaquín V. González, que lució sus condiciones personales en la literatura y en el Derecho.

(*) Discurso del Académico Presidente en el acto realizado en la Casa Central del Banco de la Nación Argentina, el 10 de noviembre de 1998, en el Día del Abogado del Estado.

En cuanto a lo primero, su libro *Mis Montañas* puede considerarse una joya de la literatura y, en cuanto a lo jurídico, su *Manual de la Constitución* también es un libro excepcional.

Modestamente él sólo pretendía que fuera un libro para estudiantes secundarios, pero su claridad, precisión y exhaustivo comentario de la Ley Suprema, su libro de Derecho constitucional, la ha convertido en la obra quizá más citada, aún últimamente, en sentencias de la Corte Suprema de Justicia y por todos los tratadistas de Derecho público.

En tercer lugar tengo que mencionar al doctor Salvador Fornieles, profesor de Derecho Civil y autor de un Tratado de Derecho Sucesorio y minuciosas colaboraciones en publicaciones jurídicas.

Fornieles, era español, aunque vino de niño a la Argentina y me animo a calificarlo como uno de los autores de mejor lenguaje y redacción en castellano, de nuestros juristas.

Por último es justo citar, entre los autores más recientes, al doctor Marco Aurelio Risolía, cuidadoso como el que más en la precisión idiomática de sus trabajos, tanto en su principal obra "Soberanía y Crisis del Contrato", como en sus discursos y sentencias disidentes en la Corte Suprema.

Debo agregar algo muy poco conocido y es que Risolía era un poeta, de quien lamentablemente no se han publicado sus versos.

Por excepción, en ocasión de incorporarse a la Academia de Ciencias Morales y Políticas, el doctor Ordóñez que lo presentó, leyó una de sus emocionantes poesías en la que aludía a los escrúpulos que lo embargaban cuando como Ministro de la Corte hubo de firmar varios fallos en materia penal.

Pasando al tema Manual de Estilo, estimo de verdadera trascendencia las abundantes consideraciones que trae sobre el lenguaje en los trabajos jurídicos, de tanta mayor importancia y necesaria divulgación entre abogados, principalmente jóvenes, y aún magistrados judiciales, pues es corriente encontrar errores de sintaxis y vicios de lenguaje que debemos instar a superar.

El lenguaje en un sentido amplio, dicen los lingüistas debe ser la expresión de manifestación de un estado de nuestra vida interior, ya sea que proceda de la realidad inherente a quien se expresa o dimanen de relaciones recibidas del exterior.

En tal sentido, todo ser se expresa y significa lo que son sus estados y relaciones, establecer entre ellos orden y discreción y revelarlos al exterior.

El lenguaje debe ser sincera y honesta forma de manifestar el pensamiento. Se dice que Talleyrand, cínicamente afirmaba que el lenguaje lo había dado Dios al hombre para ocultar su pensamiento. Y sin llegar a semejante extremo, forzoso es encarecer la claridad de lo que se dice o escribe para no incurrir en posibles equívocos en la manifestación de lo que se desea expresar.

Cuando se habla de "estilo" no puede menos que recordarse una frase que ha hecho historia y dice: "El estilo es el hombre" y quien la pronunció fue Georges Leclerc, conde de Buffon.

Este francés nació en la Borgoña en 1707 y murió en París en 1788.

En 1771 se le concedió el título de conde en reconocimiento de su obra, que consistió en el estudio de la fauna y de la flora de los bosques de su propiedad, que heredó de su padre, hombre de gran fortuna, y se distinguió por el exquisito lenguaje que utilizaba en sus libros.

En 1752 se le nombró miembro de la Academia Francesa y fue en el discurso de recepción que pronunció la frase que se ha hecho célebre: "El estilo es el hombre mismo".

Su producción científica fue importantísima. Escribió una Historia natural general y particular, una historia de los animales, la "Historia de los cuadrúpedos" en diez volúmenes, cinco tomos de "Historia de los Minerales", entre otros.

Pero se refiere de él una anécdota que tiene su gracia:

Un amigo le envió dos magníficos higos, los primeros que se habían producido aquel año, pero el criado que los llevaba, tentado por la gula se comió uno de ellos.

Buffon, por la carta que acompañaba el regalo, al darse cuenta que faltaba uno de los dos higos preguntó indignado al criado: ¿Cómo lo has hecho, desgraciado?

Y éste le contestó: Lo he hecho así, y se comió el otro.

Curiosamente, este purista del idioma en vez de preguntarle por qué lo había hecho, le preguntó cómo lo había hecho, con lo que dejó de

poder disfrutar del otro higo. Esto demuestra la necesidad de evitar el uso de palabras que pueden admitir una interpretación distinta de lo que se quiere expresar.

La claridad es una de las manifestaciones elocuentes de la corrección del lenguaje, evitando incluso que por la deficiente puntuación se pueda dar un sentido totalmente diverso al que se desea expresar.

Tiene el lenguaje una importancia innegable. Nos presta, obviamente, el servicio inapreciable de fijar permanentemente lo conocido y querido para que subsista a través de los cambios del tiempo, convirtiéndose en un medio indispensable para la educación, en algo así como un molde para transmitir la vida ya realizada y comunicar nuestra cultura a las generaciones venideras y, además, un inapreciable tesoro que acumula esfuerzos sociales, del que cada cual toma lo que necesita. Y así, merced al lenguaje nos asimilamos al espíritu de las generaciones que nos precedieron y transmitimos el propio a las venideras.

La perfección del lenguaje no sólo es necesaria para esa correcta expresión de lo que se desea decir y para adecuarlo a las normas del arte, sino también para evitar errores que pueden llevar a consecuencias disvaliosas.

Tales normas del arte se transgreden en muchos casos (que con toda oportunidad y acierto puntualiza el "Manual de Estilo" de la Procuración).

Sirvan de ejemplo: la crítica al incorrecto uso del gerundi, o de los pronombres *quien*, sin referirse a personas, o *cuyo* sin el significado de posesión, o el uso *del mismo* sin referirse a un sustantivo; la discordancia del uso de sustantivos de diferente género y ni qué decir del dequeísmo.

En el lenguaje jurídico hay errores muy comunes: decir comparencia en vez de comparecencia; conjugar el verbo adecuar incorrectamente; hablar de digresión en vez de digresión, etcétera.

La Gramática de la Lengua Española, que publica la Real Academia, dedica un extenso capítulo a los vicios de dicción, entre los cuales enumera los barbarismos, el solecismo (uso indebido de pronombres), la cacofonía, la anfibología u oscuridad y la monotonía.

Todas las reglas que enuncia el Manual de Estilo de la Procuración del Tesoro no sólo tendrán especial utilidad para todos los abogados

del Estado, sino en general a todos los que se desempeñan en el mundo jurídico, por lo cual debiera procurarse su divulgación.

Debo señalar también la detallada reseña de todos los juristas que se han desempeñado como Procuradores del Tesoro de la Nación, como el fundador doctor Ramón Ferreira, los cinco primeros que actuaron en el cargo, entre ellos Salustiano Zavaglia, que fue también ministro de la Corte Suprema; José Evaristo Uriburu, que en 1895 accedió a la Presidencia de la Nación por la renuncia del Dr. Luis Sáenz Peña; Bernardo de Irigoyen, posteriormente gobernador de la Provincia de Buenos Aires, y Victorino de la Plaza, que como vicepresidente del Dr. Roque Sáenz Peña lo sucedió en la primera magistratura del país en 1914 ante su fallecimiento.

Imposible sería, por lo extenso que resultaría mencionar a todos los posteriores que siempre fueron juristas de muy alto nivel, bastando recordar algunos como Vicente Fidel López, José María Cantilo, Bernardo Velar de Irigoyen, Enrique C. Petracchi, Ricardo Colombres, Marco Aurelio Risolía, Carlos María Bidegain, Miguel S. Marienhoff, Amílcar Mercader, Carlos Alberto Vaquer y otros.

Ocioso sería destacar la importancia de la publicación de las normas que establecieron las funciones y competencias de la Procuración del Tesoro de la Nación, y la organización y distribución de las distintas funciones de los integrantes del plantel de letrados, las normas sobre intervención en procesos judiciales o laudos arbitrales y la resolución de conflictos interadministrativos.

En síntesis, un libro de singular importancia y de ineludible consulta para todos los abogados del Estado y letrados que deben intervenir en conflictos con los distintos organismos estatales.

Por fin, debo destacar una circunstancia particularmente grata para la Academia Nacional de Derecho de Buenos Aires, que es concurrir a este acto, ya que varias veces, miembros de número de ella, se han desempeñado como procuradores del Tesoro.

Los doctores Alberto Rodríguez Galán y Lino Palacio, ambos miembros actuales de la Academia tuvieron el alto honor de ocupar tan importante función y lo hicieron con brillo y aporte de la preparación que los habilitó para hacerlo con beneficio para el país.

Juristas destacados, en Derecho constitucional el primero, también eximio analista de los antecedentes de los textos vigentes de nuestra Carta Magna.

Y en cuanto al Dr. Palacio, el tratadista más profundo que ha tenido el país en su especialidad, el Derecho procesal.

Con anterioridad también fueron procuradores los académicos Marco Aurelio Risolía y Miguel Marienhoff.

Al primero me he referido ya al ponderar la perfección que tenía su lenguaje y estilo, uniendo a ello su sabiduría, que no sólo lucía en cuestiones de Derecho civil, cuanto en Derecho público, como lo demostró al desempeñarse como Ministro de la Corte Suprema de Justicia.

No necesito ponderar a nuestro querido colega. Fallecido este año el doctor Miguel S. Marienhoff, que produjo su monumental Tratado de Derecho Administrativo, obra de obligada consulta de quien deba encarar temas de esa materia, ya en la magistratura judicial, en la elaboración de trabajos doctrinarios, en el desempeño de la cátedra universitaria o en el ejercicio profesional.

Por ello se le recordará siempre como paradigma de los administrativistas argentinos, y sin duda el que más impulso dio al estudio de la materia, formando una escuela con legión de juristas del más notable nivel en el Derecho contemporáneo.

Sólo me resta, en nombre de la Academia de Derecho, formular los más fervientes votos porque la Procuración del Tesoro de la Nación continúe brindando sus invalorable servicios en defensa y asesoramiento jurídico del Estado, avalados por su prolongada actuación más que centenaria y que honra al ilustre presidente Mitre, bajo cuyo gobierno se instituyó el organismo y la impecable actuación de quienes se han desempeñado en la responsabilidad del cumplimiento de sus fines.

IV

HOMENAJES



HOMENAJE A MANUEL V. ORDÓÑEZ

POR ALBERTO RODRÍGUEZ VARELA (*)

Conocí a Ordóñez entre 1954 y 1955. Tenía por entonces 52 años y se encontraba en la plenitud de su vida.

Recuerdo cómo me impactó su oratoria fascinante, que desplegaba en cualquier escenario frente a auditorios colmados o ante pequeños grupos de jóvenes que en reuniones clandestinas escuchábamos impresionados sus lecciones magistrales. Me hizo el regalo inestimable de su amistad, que se estrechó en las dos últimas décadas de su vida.

Mantuve con él conversaciones larguísimas sobre los más variados temas. Le interesaban las especulaciones filosóficas y teológicas, los problemas que giran en torno a la ética política, la Historia y sus múltiples interrogantes, la política cotidiana, local e internacional.

Le dolía el país y le entristecía la decadencia argentina. Había vivido y conocido tiempos mejores, con grandes actores, cuando nuestro país suscitaba respeto en el concierto internacional, y la probidad era la virtud dominante entre gobernantes y dirigentes políticos.

Pero no era un pesimista, porque tenía el optimismo sobrenatural de los que saben que el trigo nunca cesa de crecer y tienen la certeza de que en definitiva superará a la cizaña.

(*) Palabras del Académico en la sesión pública del 26 de agosto de 1998 en la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas.

Fue brillante siempre. Se graduó de bachiller en el Colegio de la Inmaculada Concepción de Santa Fe con un promedio de 10 puntos.

La formación que recibió en sus claustros dejó en su espíritu una marca indeleble. Porque Ordóñez, desde sus años juveniles, fue primero que nada un hombre de fe.

Desarrolló una actividad múltiple pero cumplió su trayectoria aferrado a profundas convicciones religiosas.

Tuvo enorme interés por las realidades temporales, pero nunca prescindió de la dimensión sobrenatural. Porque jamás olvidó que en definitiva Dios es Alfa y Omega, Principio y Fin. Meta hacia la cual avanzó durante su larga y fecunda vida iluminado por esa fe que recibió de sus padres y que cultivó durante su adolescencia bajo el influjo de los hijos de San Ignacio.

Ordóñez se graduó de abogado, con diploma de honor, en la Universidad de Buenos Aires, en cuyos claustros enseñó Filosofía e Historia de las Ideas Filosóficas hasta su renuncia en 1945.

En 1969 retomó la enseñanza en la Universidad del Salvador. Renunció a esta casa de estudios y se incorporó a la Universidad del Museo Social, donde enseñó Filosofía del Derecho e Historia de las Ideas Políticas desde los 69 hasta los 84 años, con contagioso entusiasmo juvenil.

Su preocupación por el bien común público le impulsó al campo de la política. No estuvo, empero, dispuesto a pagar cualquier precio.

Antepuso sus ideales a las pequeñas ambiciones. Declinó, por ello, una candidatura a Diputado Nacional en la década del treinta, porque no estaba dispuesto a transar con el fraude electoral.

Fue miembro de la Junta de Coordinación Democrática y organizó la marcha de la Constitución y la Libertad del 19 de septiembre de 1945.

Defendió con empeño ejemplar al diario "La Prensa". Pagó un alto precio, en términos económicos, por esa valiente actitud profesional.

Durante un tiempo debió exiliarse mientras sus clientes se alejaban de su estudio, con la cobardía que a veces suscitan los intereses fenicios, temerosos de continuar con un abogado que no vacilaba en enfrentar las extralimitaciones del régimen.

En esos años difíciles, Ordóñez tuvo policías instalados en su casa y sufrió cuatro meses de prisión sin proceso.

El 16 de junio de 1955 su casa fue allanada. Como se encontraba ausente, fueron detenidos sus hijos Manuel, Marcos y Marcelo.

En esos momentos cruciales, encontrándose prófugo, redactó los documentos fundacionales de la Democracia Cristiana.

Triunfante la Revolución Libertadora, fue miembro de la Junta Consultiva Nacional. Allí brilló nuevamente su oratoria incomparable.

Al debatirse el tema de la libertad de enseñanza pronunció un discurso magnífico, en presencia del cuerpo y del ministro de Educación, Atilio Dell'Oro Maini.

Su participación fue decisiva en la fundación del Partido Demócrata Cristiano. Pero no tuvo vocación por el internismo ni albergó ambiciones espurias.

Era más un maestro que un hombre de partido. Por eso no entendió las discusiones por pequeñeces ni se amoldó a la mediocridad de la lucha entre las facciones.

Se alejó así, de modo irreversible, de la actividad partidaria, y se encaminó hacia otros horizontes, sin declinar jamás su interés por la política de su tiempo.

Fue testigo del surgimiento y desarrollo de los totalitarismos del siglo veinte. Vio nacer y morir al nacionalsocialismo y al fascismo.

Murió en 1988, un año antes del derrumbe de la cortina de hierro que aislaba a los países subyugados por regímenes comunistas.

El racismo, que fue practicado por los tres totalitarismos, y que alcanzó dimensiones cósmicas bajo el poder de Hitler, suscitó en el espíritu de Ordóñez una particular repulsión.

Desde sus comienzos, enfrentó la avalancha nazi con todas sus energías espirituales, poniendo en evidencia en innumerables oportunidades la perversidad del neopaganismo profesado por el Tercer Reich.

Afirmaba que, desde cualquier perspectiva genuinamente cristiana, el antisemitismo debía ser condenado de modo total. Perteneció así a la legión de católicos que se estremecieron ante los horrores del genocidio

nacionalsozialista. En la misma sobresalió, con perfiles propios, su maestro y amigo Jacques Maritain.

También descollaron hombres de la talla de Peter van der Meer, Jacques Leclerc, Romano Guardini, Luigi Sturzo, Gabriel Marcel, François Mauriac, Gerges Bernanos y Joseph Folliet.

En igual orientación se destacaron nuestros compatriotas monseñores de Andrea y Franceschi, el padre Carlos Cuchetti —que integró nuestra Academia de Ciencias Morales y Políticas— y Jorge García Venturini, amigo inolvidable, también académico y filósofo profundo, así como eximio columnista de diarios y revistas.

De una u otra forma Ordóñez estuvo vinculado a estas figuras que tanto hicieron por estrechar vínculos entre cristianos y judíos.

Ordóñez creía firmemente, con el padre Congar, que el cristiano que, al decir Padre Nuestro, excluyera de entre sus hermanos a los hebreos, no invocaría verdaderamente al Padre que está en los cielos y no sería oído.

Como otros intelectuales católicos del siglo XX, fue un precursor y un propulsor de la Declaración "Nostra Aetate" del Concilio Vaticano II, en cuyo texto los obispos reunidos en Roma, presididos por el sucesor de San Pedro, deploraron los odios, persecuciones y manifestaciones de antisemitismo de todos los tiempos.

Estos antecedentes, públicos y notorios, fueron los que determinaron que le fuera otorgado el premio Barón Mauricio de Hirsch y que en 1979 se incorporara como experto no gubernamental al Comité de las Naciones Unidas constituido para bregar por el cese de la discriminación racial en el mundo.

No debe, entonces, sorprendernos que el primer homenaje público después de su muerte lo haya organizado el Museo Judío de Buenos Aires, con el auspicio de la Congregación Israelita, mediante un acto en el que hablaron su presidente y el cardenal Antonio Quarracino.

No menos firme fue la posición de Ordóñez frente al expansivo totalitarismo comunista. Basta leer el excelente prólogo que escribió al libro de Pedro de Basaldúa titulado "La garra comunista en América latina", para advertir hasta qué extremo Ordóñez tenía radiografiado el fenómeno comunista.

A su criterio, la Historia no presenta movimiento alguno que haya dominado más gente en menos tiempo y que haya destruido más instituciones sólo en el curso del siglo veinte.

Agregaba que el comunismo, más que el fruto de su propio dinamismo, era "la consecuencia del abandono culpable y de la infidelidad del mundo no comunista a los principios espirituales y morales que constituyen la razón de su ser".

Porque he conocido la intimidad del pensamiento de Ordóñez, tengo la certeza que hoy —como Solzhenitsyn— marcaría a fuego la creciente penetración del materialismo, el relativismo y el inmanentismo en todo el planeta, con un enorme deterioro para la visión del hombre y de su dignidad connatural.

Cuando la política partidaria lo perdió a Ordóñez definitivamente, fue ganado por otras áreas en las que brilló con su claridad intelectual y su verbo singular.

Fue presidente del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires en tiempos difíciles. Esta prestigiosa institución desarrolló entonces, a través de la pluma de Ordóñez, visible en sus declaraciones públicas, un magisterio cívico que proponía el oportuno retorno al régimen de la Constitución histórica, sin distorsiones que desfiguraran el rostro de la República.

No siempre los hechos posteriores se ajustaron a su prédica, pero queda el testimonio de su magisterio en tiempos de guerra interna y de graves conflictos internacionales.

En 1972, cumplidos ya los 70 años, Ordóñez dio un ejemplo de juventud intelectual que provocó el asombro de muchos. Los trajines de su vida pública le habían privado de la concentración necesaria para redactar su tesis doctoral. La tenía en mente desde muchos años antes y la presentó finalmente en diciembre de 1972.

Para preparar esta disertación he vuelto a examinar ese magnífico trabajo, que tituló "El bien común y el Estado", y que el tribunal examinador calificó con nota sobresaliente, recomendándolo al premio Facultad. Ha sido publicado por la revista "Foro Político", del Instituto de Ciencias Políticas de la Universidad del Museo Social Argentino.

Es una tesis de clara filiación tomista en la que procura deslindar la sociedad política del Estado y marcar la primacía de la persona humana.

Además, bajo el influjo de Maritain, sostiene que "individualidad y personalidad son dos aspectos metafísicos del ser humano, cada uno con su fisonomía ontológica propia".

Esta distinción, que tanta oposición recibió de algunos sectores de la Argentina y Chile, apuntaba simplemente a marcar que el hombre es parte de la sociedad política pero no con todo su ser porque éste queda siempre reservado a Dios, su fin último.

Aquietada hoy la polémica, pienso que en el trasfondo de la controversia había, presumiblemente, cierta aversión política que algunos autores experimentaban frente a Maritain por su posición ante la Guerra Civil Española y por la firme postura que asumió, junto a los aliados, durante la Segunda Guerra Mundial.

En rigor, lo que el gran filósofo francés procuraba demostrar es lo que enuncia Ordóñez, siguiendo sus pasos, como conclusión de su tesis, en el sentido de que "*el bien particular está subordinado al bien común porque el hombre como individuo está subordinado a la sociedad como la parte al todo*", sin perjuicio de que "*la sociedad esté subordinada al hombre en cuanto persona humana en razón de su trascendencia*".

Cumplido el requisito doctoral, la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales lo designó Miembro Titular. Ordóñez pronunció su discurso de incorporación el 11 de noviembre de 1975, precedido por las cálidas palabras del presidente del cuerpo, Alberto G. Padilla, y de Jorge M. Mayer, quien tuvo a su cargo la presentación y recepción del nuevo académico.

La disertación versó sobre "El Derecho Natural" y es una pieza de antología. No sólo por el fondo sino también por la forma como la pronunció, sin texto escrito, con su oratoria formidable.

Comenzó haciendo la apología de la persona humana como "lo más excelso de la Creación", marcando que "el hombre nació para siempre", porque "está llamado a un fin eterno".

A continuación, siguiendo a Maritain, definió al Derecho Natural como "*el orden del ser humano que la razón puede descubrir y de acuerdo al cual la voluntad debe proceder para que el hombre alcance la plenitud de su ser*".

A juicio de Ordóñez, "*quienes se han levantado contra el bien entendido derecho natural son principalmente los racionalistas y los positivistas jurídicos*".

Agregó que *"son los descendientes del hombre despedazado, el hombre al cual Maquiavelo le quitó la base moral en la política, Kant, la base moral en la filosofía; Rousseau lo hizo creador de su propia ley; y Comte, negador de todo lo que no cae bajo la experiencia sensible"*.

Con palabras de Pío XII, Ordóñez señaló que *"la crisis de la administración de justicia, que sobrepasa las habituales deficiencias de la conciencia moral cristiana, tiene como causas inmediatas y principales el positivismo jurídico y el absolutismo de Estado, dos manifestaciones que a su turno derivan y dependen una de la otra"*.

Seguidamente, Ordóñez planteó el siguiente interrogante: *"Si el derecho positivo no tiene su fundamento en el Derecho Natural ¿en qué se funda?"*

Porque si el derecho positivo fuera causa y efecto al mismo tiempo, habría que aceptar la conclusión de Jellinek, en el sentido de que *"todo acto emanado del poder soberano, es por naturaleza conforme a derecho y no puede ser contrario a derecho"*, o la de Carré de Malberg, quien sostenía que el Derecho Natural *"es un error del cual sería de desear que la ciencia del derecho llegue de una vez a desembarazarse"*.

Ordóñez califica a esas proposiciones de "dislates" que sólo han servido para desproteger a la persona humana y con énfasis proclama que *"los jusnaturalistas reclamamos para este mundo convulso en el que nos toca vivir, para esta República que yace en la abyección (Ordóñez hablaba en diciembre de 1975), la recuperación de la vigencia de estos principios fundamentales, anteriores a toda legislación, puestos por el Creador, conocidos por nuestra conciencia y que vivirán con nuestra naturaleza hasta la consumación del mundo"*.

Antes de finalizar su discurso, refutó la difundida objeción según la cual la inmutabilidad del Derecho Natural sería incompatible con la variabilidad del Derecho positivo.

Sobre el punto, Ordóñez señaló que *"el hombre es esencia y es historia; la historia varía, por lo cual el Derecho Natural, incommovible e inmutable en su principio y esencia, puede fundar derechos positivos variables en el mundo cambiante de las constelaciones históricas, en las cuales el hombre debe desarrollarse y alcanzar su fin"*.

Es una pena que Ordóñez haya escrito tan poco.

Pronunció innumerables discursos, pero fue refractario a volcarlos por escrito.

Por eso, a pesar de haber sido el orador más requerido de su tiempo, era renuente a pronunciar disertaciones y comunicaciones en ambas academias —la de Derecho y la de Ciencias Morales y Políticas—, en cuyas sesiones privadas hizo aportes memorables que lamentablemente no han recogido los volúmenes de Anales.

Sin embargo, tenía una pluma diáfana y convincente. Cuando murió Maritain escribió un artículo en "La Prensa" que fue premiado como el mejor de los que se publicaron con motivo de ese fallecimiento.

Fue un hombre de Fe, Esperanza y Caridad. Amó a Dios por sobre todas las cosas y tuvo una intensa vida espiritual y sacramental.

Era un devoto de Nuestra Señora y confiaba —así me lo dijo— en su intercesión decisiva en la hora de la muerte.

Tengo en mi retina la imagen de Ordóñez en oración frente a la imagen de la Virgen en su santuario de Luján, al que concurrimos el 29 de mayo de 1976, con motivo de un homenaje tributado a Pedro Eugenio Aramburu.

En el último tramo de su vida su enfermedad de creciente gravedad no logró quebrantarlo. Permaneció firme, hasta el final, proclamando los ideales de toda su vida y guardando rigurosa fidelidad a sus principios y convicciones.

A fines de 1987 concurrió al Colegio de Abogados y quiso todavía participar, con palabras inolvidables, en la presentación de mi libro de Historia de las Ideas Políticas. Fue su último discurso.

Se recluyó en su casa y pasó sus últimos días expresando a sus hijos y amigos: "Porque confío en la misericordia de Dios, ahora no me interesa pensar en otra cosa que en la nueva vida que estoy por empezar".

En la última conversación que tuve con Ordóñez, tres días antes de morir, me reiteró que me dejaba como legado su Suma Teológica, y me entregó, como quien transmite un testimonio, una fotografía que le dedicó Maritain cuando estuvo en la Argentina.

Se encontraba sereno, aguardando el encuentro con el Señor.

Al entregarme el retrato quiso asociar a esa última despedida el recuerdo del filósofo contemporáneo que más influyó en su formación intelectual.

Al verle, en ese instante final, comprendí que aguardaba la partida con la tranquilidad de los justos.

Como el apóstol Pablo, podía decir en su última hora: *"He luchado el buen combate, he guardado mi Fe, he terminado mi carrera: ahora sólo me resta ir a recibir la recompensa que el Señor me tiene aparejada, no sólo a mí, sino a todos cuantos han aguardado con amor su venida"*.

M
c
M
r

a
s
l

é
M
t
r
f

s
r
t

-
/

HOMENAJE A EDUARDO B. BUSO

POR JOSÉ D. RAY (*)

I

A fines del siglo pasado, el 23 de junio de 1898, en la ciudad de Moreno de la Pcia. de Buenos Aires, nacía Eduardo Bernardo Busso y al cumplirse este año el centenario de su nacimiento, la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires me ha conferido el honor de que por mi intermedio se le rinda homenaje.

Responsabilidad grande evocar al académico, profesor, publicista, abogado y a quien trascendió en el campo político, al ser designado en septiembre de 1955, Ministro del Interior y de Justicia en el gobierno de la Revolución Libertadora, presidido por el general Eduardo Lonardi.

Busso, al iniciar su conferencia de incorporación a nuestra Academia en 1956 y referirse a "Dalmacio Vélez Sarsfield y la Organización Nacional", dijo que "en horas inciertas y agitadas es bueno y reconfortante lanzar una mirada al pasado y hallar en él los focos de luz que iluminan la senda y sus proyectos en el tiempo, señalando las rutas del futuro".

Y, tiempo más tarde, reiteró este punto de vista diciendo que es necesario volver con frecuencia nuestra mirada al pasado, porque necesitamos una guía segura y firme en los momentos en que las pasiones agitadas perturban el juicio de los hombres.

(*) Palabras del Académico en la sesión pública del 8 de octubre de 1998 en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

Hoy lo recordamos, en un momento que no es menos incierto y agitado que el de entonces, y cumplimos con la tradición de esta Academia de evocar a quienes forjaron nuestra nacionalidad y a quienes fueron verdaderos maestros en el estudio y enseñanza del Derecho, no sólo como un homenaje, sino porque al destacar su personalidad y su obra, se brinda un ejemplo para la juventud.

II

Se graduó de abogado en 1920 y a los pocos años integró el cuerpo docente de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, en la cátedra de Derecho Civil, asumiendo luego la Secretaría del Instituto de Enseñanza Práctica de esta Facultad, desde su creación y a cuyo frente estaba un jurista de la talla de Héctor Lafaille.

Su trayectoria en el campo del Derecho civil se inició cuando siendo alumno recogió, con su compañero de estudios Horacio Morixe, los apuntes tomados de las clases de ese jurista, a quien siempre consideró su maestro.

Yo era alumno de esa Facultad, cuando nos anoticiamos que, después de haber ocupado un puesto en el Consejo Directivo de la Facultad y haber asumido la subdirección del Instituto de Enseñanza Práctica, el Dr. Busso, juntamente con el Dr. Morixe, resignaron sus cargos, en solidaridad con el director, Dr. Lafaille, quien ante un injusto y polémico planteo debió presentar su renuncia.

III

El Dr. Federico Videla Escalada, en 1983, al despedir los restos del Dr. Busso, en representación de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, puntualizó que su probidad y delicadeza espiritual hicieron que no completara una carrera docente normal ya que, por una cuestión de conciencia, no accedió a la cátedra titular de Derecho Civil, cuando fue propuesto para integrar una terna de la que debía elegirse a quien asumiría la responsabilidad de dirigir esa cátedra.

Se negó a hacerlo —decía Videla Escalada— por no recibir un nombramiento de gobernantes, cuya conducta consideraba que representaba la negación del Derecho. Felizmente, años después, la Universidad de Buenos Aires lo designó Profesor Honorario.

IV

Cuando Busso renunció a la cátedra dedicó su actividad al ejercicio profesional y a profundizar el estudio del Derecho civil, en el entonces Instituto de Estudios Legislativos, en el Colegio de Abogados de Buenos Aires, y desde 1947 como vicepresidente de la rama argentina de la "Asociation Henri Capitant pour la Culture Juridique Française".

V

Presidió la Asociación Argentina de Derecho Comparado, fundada en 1947 con el patrocinio de Marc Ancel y Solá de Cañizares. Fue así esa asociación la filial argentina de la "Société de Legislation Compare" de Francia.

En 1997 celebramos en esta Academia el cincuentenario de la Asociación y recordamos la historia de la misma y que Busso estuvo a su frente durante muchos años, secundado por Ignacio Winizky.

VI

Como estudioso y publicista, la labor de Busso culminó en la elaboración de un "Código Civil Anotado" con el concurso de un querido amigo, un auténtico profesor que fue vicepresidente de nuestra corporación, el Dr. José María López Olaciregui.

Para realizar esa tarea agrupó a calificados juristas, algunos miembros de esta Academia, cuya labor ha sido de gran valor en esa obra y en los distintos sectores del Derecho civil en que trascendieron sus trabajos.

En el prólogo del primer tomo, de los cinco que fueron publicados, Busso destaca que la exposición que sigue el orden del Código no implica necesariamente un determinado sistema de interpretación y recuerda que tanto en Francia como en Alemania e Italia, paralelamente a los tratados sistemáticos, se publican y se actualizan códigos anotados.

Consideraba que en esta obra se reuniría y clasificaría el material suministrado por la aplicación diaria de la ley, "el derecho que se realiza, para emplear una fórmula de expresión cara a Ihering".

VII

Desde su tesis sobre "Métodos de interpretación en nuestra Jurisprudencia Civil" fueron muchas sus contribuciones en el campo de su especialidad.

En nuestra Academia figuran publicadas sus conferencias con motivo de los noventa años y el centenario del Código Civil, que luego comentaré, sobre la legítima en nuestro Derecho y en el comparado y sobre la acción de repetición del pago de un impuesto inconstitucional o ilegal.

VIII

En la exposición sobre la legítima, se refirió a su reducción en el Proyecto de Babiloni y en el de 1936, a las acciones para evitar su violación, a las sociedades de familia y a la protección del cónyuge en el derecho sucesorio, propugnando el análisis del orden jurídico y de hacer privar la realidad y la justicia, cuando se desconoce aquélla o se deja de lado ésta sobre la base del racionalismo o del formulismo jurídico.

IX

En su trabajo sobre la repetición del pago contra el Fisco, en el caso de impuestos inconstitucionales, remontándose a la época clásica del derecho romano, nos recuerda las llamadas "condictions" que sin elaborar una norma general permitían ejercer una acción de repetición contra quien se hubiera enriquecido a costa ajena.

Después de considerar el tema en el Derecho comparado y nacional y distinguir el enriquecimiento sin causa del pago indebido, concluye mencionando las opiniones de nuestros juristas, para sentar el principio que por encima de la rentabilidad económica se encuentra el respeto debido a la ley y a la Constitución.

X

Aprobada la reforma del Código Civil en 1968, Busso publicó en 1974 un excelente trabajo sobre la doctrina de la imprevisión, comentando el art. 1198 del Código Civil.

En 1984, en esta Academia, con el Dr. Videla Escalada, nos referimos a "la teoría de la frustración y de la causa" en el derecho inglés, institutos que se vinculan con esa doctrina, a ese artículo 1198 y a la buena fe en el cumplimiento de las obligaciones.

Comparamos la doctrina anglosajona de la "frustration" en su evolución jurisprudencial con algunos textos de nuestro Código Civil y cabe señalar que en los últimos proyectos de unificación del Derecho civil y comercial y de las obligaciones y de los contratos, se incluyeron textos referentes a la frustración y a la "causa - fin".

Hoy no puedo menos que sintetizar unos párrafos del trabajo de Busso del año 1974.

En él se refiere a ese artículo 1198 y a los antecedentes históricos de la teoría de la imprevisión, al derecho romano, a la obra de los pos glosadores, Bartolo y sus discípulos, a la doctrina de los padres de la Iglesia, como santo Tomás de Aquino y Bartolomeo de Brescia, al Derecho comparado y a la doctrina moderna, mencionando a la doctrina de la presuposición de Windscheid, en sus célebres *Pandectas*, a Oertman acerca de la base del negocio jurídico y de nuestros autores, a Alfredo Orgaz, con su gráfica expresión del subsuelo del contrato.

Nos dice que con la nueva redacción del texto legal se habría recepcionado en nuestro Derecho la tradicional cláusula *rebus sic stantibus*.

Pero la disposición alcanzaría a los contratos conmutativos, de ejecución continuada o diferida, requiriendo para su aplicación acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, analizados por el prudente arbitrio judicial y distinguiendo la teoría de la imprevisión de la lesión del contrato.

Concluye destacando que ese artículo del Código Civil exige para su aplicación circunstancias de carácter excepcional, y que la onerosidad debe provenir de un acontecimiento extraordinario, con un nexo de causalidad entre el hecho y la repercusión económica.

Se refiere específicamente a la misión del juez en función del artículo 1198 y aclara que no es él quien debe reformar el contrato ya que el texto legal, en esos casos, presenta la alternativa de la resolución o recomposición del contrato por las partes.

No corresponde que, invocando la equidad, se imponga a la voluntad de los contratantes esa recomposición, la solución es limitarse a

quitar la proporción que en su magnitud hubiera tornado excesivamente onerosa la prestación.

Calificaba así de peligrosa a una teoría que abre las puertas a la inseguridad jurídica y a la desconfianza en la firmeza del contrato.

Si la misión del juez es siempre delicada, lo es en grado superlativo cuando se le brinda un amplio campo a su prudente arbitrio.

Como era un acendrado defensor de la palabra empeñada insistía en que debe evitarse aquello que "siembre la desconfianza y la inseguridad jurídica, fuente permanente del desorden y del caos en las relaciones humanas".

XI

Busso ejerció tareas de juez, al ser jurado en más de un concurso en la Facultad de Derecho y lo hizo con el juicio que siempre presidió sus tareas en la Universidad.

No estamos juzgando a un funcionario para el desempeño de tareas administrativas o judiciales —decía— sino a un profesor que debe formar a futuros abogados y debe considerarse su capacidad docente y su dedicación a la cátedra.

Y esto es de actualidad si tenemos en cuenta lo que debe exigirse a quienes tienen tareas docentes en nuestras Facultades de Derecho.

XII

Se incorporó a nuestra Academia con la conferencia a que me referí precedentemente y el discurso de recepción lo pronunció su presidente, Carlos Saavedra Lamas, exponiendo los merecimientos y títulos del Dr. Busso, para puntualizar que la condición de jurista fue su rasgo predominante, sin que quepa omitir otras facetas de su personalidad que lo llevaron a otras actividades de orden comunitario, públicas y políticas.

XIII

En 1960, recordando los noventa años de la sanción del Código Civil —después de las palabras del entonces presidente de la Academia, Dr.

Atilio Dell'Oro Maini, quien señaló que se había querido que la conmemoración estuviera en los labios de un maestro eminente del Derecho—, Busso dijo entonces que la profunda revolución que en el orden político y social había significado Mayo y Caseros, consagrada en las fórmulas jurídicas de nuestra Carta Magna, esa revolución, en el campo del Derecho privado, se exteriorizó en el Código Civil.

Busso hizo una prolija referencia a los antecedentes de la reforma del derecho privado argentino, dentro del cuadro histórico de la sociedad argentina de entonces, y al decreto de Mitre de 1864 quien, con su ministro Eduardo Costa, firmaron el decreto que, en ejercicio de la facultad otorgada por la ley de junio de 1863, designa a Vélez Sarsfield para redactar el proyecto de Código Civil.

Se refirió a la personalidad del codificador y a lo que significó su obra, pero deseo enfatizar que su preocupación era destacar el respeto por nuestras más caras tradiciones y que en ellas las fechas de 1810, 1851, 1853/60, con sus consecuencias, son jalones que marcan la respectiva etapa de nuestra vida institucional.

Era una idea constante en Busso el respeto a la tradición y la tendencia que se traduce en la Revolución de Mayo, en la batalla de Caseros y en la sanción de nuestra Carta Magna, en 1853, complementada en el año 1860.

XIV

En 1956, las palabras con que lo recibió el presidente en esta Academia, Dr. Saavedra Lamas, reflejaron el pensamiento que muchos tuvimos acerca de la transición de Busso, del ejercicio profesional y de la tarea docente al campo de la política.

Convocado por el general Lonardi, a fines de septiembre de 1955, decía Saavedra Lamas que "debió ser sin duda una grave transición para el cultor silencioso de la ciencia jurídica responder al llamado del Poder Ejecutivo que en un momento incierto lo incorporaba a sus tareas.

Debía cumplir el deber de conciliar las circunstancias excepcionales de un gobierno revolucionario, llamado a actuar como gobierno de facto, con todas las trascendentes derivaciones que resultan de esa grave situación".

El gobierno de la Revolución Libertadora desde su primer momento expuso como finalidad esencial el restablecimiento del imperio del

Derecho y de aquí que Busso, como exponente del mismo, al poner en posición de sus cargos a los señores miembros de nuestra Corte Suprema de Justicia dijera textualmente "que la revolución triunfante es el título del gobierno de facto, pero este gobierno ha comprometido su honor y su responsabilidad ante Dios, ante la Patria y ante la Historia de restituir a la Nación el orden jurídico que se hallaba totalmente subvertido.

Esta finalidad fundamental de la Revolución será alcanzada bajo la inspiración de los altos ideales de la nacionalidad, de los principios supremos de la justicia y de las tradiciones democráticas y republicanas de nuestro pueblo que exigen el respeto de todos los derechos y garantías."

XV

Los hechos históricos deben analizarse en el contexto que los circundan y en que se insertan; el error es desconocer las circunstancias que los determinan.

La descripción de la realidad es importante y, a veces, la verdad en cuanto al pasado es triste, pero lo más triste es que no tiene remedio.

Lamentablemente, la falta de memoria en muchos y de información histórica en la juventud, se pone de manifiesto cuando no se tiene en cuenta la falta de legitimidad institucional y el abuso del poder de gobiernos que, bajo el pabellón de una mayoría electoral, conculcan los derechos de las minorías, los valores fundamentales, la justicia, la libertad y el respeto a la persona humana.

XVI

Linares Quintana, asumiendo la representación de esta Academia en el acto del sepelio del Dr. Busso, puntualizó que con su muerte la República perdía a uno de los más destacados valores científicos, morales y cívicos y que cuando ocupó el Ministerio del Interior orientó decisiones fundamentales del Gobierno de la Nación.

XVII

Hay otra faceta en la personalidad del Dr. Busso: el placer por las tareas del campo, al que cultivó desde niño, y de aquí que con los años formó parte de la Comisión Directiva de la Sociedad Rural Argentina.

Se ha dicho que tenía el don de la palabra, no con la característica grandilocuente sino en forma precisa y mesurada y ya, a los 12 años lo puso de manifiesto, cuando concurrió con su padre a un banquete y pronunció unas palabras de augurio para la joven población de Rivadavia.

Años después, en un acto en el Club Social América de ese pueblo, al que concurrieron las autoridades provinciales, Busso tuvo a su cargo el discurso de recepción y destacó el hecho trascendente que implicaba inaugurar el Palacio Municipal.

He leído que él en esa oportunidad criticó al fisco que, en vez de propender a la radicación de capitales y las mejoras en las casas, residencia de los dueños de los campos, gravaba las mejoras que se hacían en los establecimientos rurales.

Eran esas tareas campestres las que Busso alternaba con su dedicación profesional y de estudio, refugiándose en la tranquilidad y serenidad que encontraba en su estancia "Santa Ana" que durante años había administrado para su familia.

XVIII

Conocí a Busso —como ya dije— cuando tuvo un acto de renunciamiento y yo era alumno en la Facultad de Derecho, luego por su tarea en el Código Civil Anotado y en el Colegio de Abogados y, posteriormente, en el Ministerio del Interior y de Justicia.

En ese ministerio Busso puso al frente de la Subsecretaría de Justicia a José María López Olaciregui y en la de Interior a Carlos Muñiz y su obra fue trascendente para intentar el restablecimiento del imperio del Derecho y concretar la reorganización del Poder Judicial.

XIX

Formaba parte del Rotary Club de Buenos Aires y en los almuerzos semanales tuve el placer de escuchar más de una vez sus reflexiones sobre la historia y la situación del país.

El Rotary Club de Buenos Aires lo distinguió con el Premio Rioplatense, que le fue entregado por el Club de Montevideo, en un acto en el que se exteriorizó el gran prestigio de que Busso gozaba en la Capital de la República Oriental del Uruguay.

A sus condiciones, que he resaltado reproduciendo el juicio de personas de jerarquía que presidieron nuestra corporación, debo agregar que el Dr. Busso se caracterizó siempre por ser un hombre que se brindaba sin retaceos a sus colegas y conciudadanos sin pensar en sí y sin pretender un protagonismo que es muy frecuente en el género humano y en los argentinos.

XX

Falleció Busso en la Navidad de 1983 e ingresó a la galería de argentinos ilustres.

Presidió nuestra Academia en el período 1971-1974 y siempre le brindó su juicio sereno y prudente, cuando se le requirió o cuando consideró que debía ponerlo de manifiesto.

En los momentos de crisis, de falta de moralidad en la vida de relación, como la que hoy nos afecta, es importante el recuerdo de hombres como Busso que merecen el reconocimiento de sus conciudadanos, por su fecunda obra y por los servicios brindados a la República en los distintos círculos en que debió actuar.

HOMENAJE A CARLOS JUAN ZAVALA RODRÍGUEZ

POR JAIME L. ANAYA (*)

El 29 de junio de 1988 falleció en Buenos Aires el doctor Carlos Juan Zavala Rodríguez. En la sesión privada del 14 de julio de ese año, se rindió el homenaje de esta Academia al ilustrado jurista, ocasión en la que su entonces presidente, doctor Marco Aurelio Risolía hizo una semblanza de la íntegra y noble personalidad del colega, destacando su condición de docente lúcido e íntegro magistrado.

Transcurridos diez años del deceso, se me ha concedido el privilegio de realizar la evocación de quien fuera digno miembro de número, titular del sillón que tiene el patronazgo de Rodolfo Rivarola, en el que tengo el honor de haberlo sucedido.

Este acto comporta algo más que un homenaje y una conmemoración. Es la propuesta de una ejemplaridad para el presente y la apelación a un futuro que sea digno en la continuidad de su legado cultural.

Porque solamente avanzando sobre su saber jurídico, multiplicando los talentos que nos dejó, alcanzaremos la estatura de su enseñanza.

En lo personal es, además, la inmejorable ocasión para reiterar la gratitud a quien fue mi generoso maestro y me obsequió una cordial amistad.

(*) Palabras del Académico en la sesión pública del 8 de octubre de 1998 en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

Tenía justificado orgullo de su linaje patricio y supo ser digno de su progenie a la que, como dijera Risolfá, "honró con su probidad y señorío".

Nació en San Luis, hijo de Jorge Zavala y Feliza Rodríguez Jurado, en 1906. Aunque muy joven vino a Buenos Aires para cursar los estudios de abogacía, ciudad en la que se radicó una vez concluidos para ejercer la profesión, nunca cedió un ápice su amor a la tierra puntana, presencia frecuente de gratos recuerdos y punta de témpano de su acendrado patriotismo.

Su llegada a la Capital Federal marcó el inicio de una amistad que lo vincularía durante cincuenta años con otro de los mejores cultores del Derecho comercial, Isaac Halperin, resultando sorprendente el paralelismo de actividades que les deparó la vida.

Le agradaba recordar las circunstancias de su primer encuentro, que rememoró por última vez en las emotivas palabras con que lo despidió en su sepelio, cuando transcurría el azaroso 1975.

Contaba el relato la coincidencia de los dos jóvenes en los trámites del ingreso a la Facultad, sita por ese entonces en la calle Moreno, ocasión en la que Halperin, mejor informado que el recién venido provinciano, lo asesoró sobre la conveniencia de recurrir a cierta bibliografía más adecuada que la seguida para la preparación de los exámenes por quien sería su condiscípulo.

Fue así que juntos ingresaron, juntos cursaron, el mismo día se recibieron y fueron muy próximas las fechas en que alcanzaron el título de doctor.

Ambos formaron parte de una asociación que fundaron en 1935 con la denominación de "Instituto Jurídico", que realizaba reuniones mensuales en la Biblioteca de la Facultad, ya en esa época instalada en la Avda. Las Heras.

En 1955 se incorporaron como profesores adjuntos a las cátedras de Derecho Comercial de las que fueron titulares Carlos C. Malagarriga y Enrique Aztiria, alcanzaron ambos la titularidad de esas cátedras y juntos las dejaron cuando, en las propias palabras de Zavala Rodríguez, la Universidad se desquició.

Señoreaba en ella el terrorismo y no lo toleraron, resultando explícita la renuncia de Halperin acerca de la violencia instalada en la Facultad de Derecho con la complicidad de sus autoridades, que llegó hasta la

agresión a los profesores. También fue 1955 el año de la simultánea incorporación de ambos al Poder Judicial, integrando la misma Sala de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial.

Estas coincidencias contribuyeron, si falta hiciera, a consolidar su amistad, a despecho de las disimilitudes externas de sus personalidades. Halperin tendía a enjuto y menudo, introvertido, controlado en la manifestación de sus sentimientos.

En la nostálgica evocación que Zavala Rodríguez expuso al cumplirse los diez años de la aparición de la "Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones", describió a quien fuera el fundador de la publicación con una lograda síntesis: la sonrisa, que no aparecía fácilmente en su rostro, estaba siempre en lo recóndito de su corazón.

Zavala Rodríguez, contrariamente, era temperalmente expansivo y proclive a la comunicación, pletórico en la manifestación de sus sentimientos.

Corpulento, dueño de una singular voz que sabía modelar dúctilmente para transmitir, según correspondiese, la solemnidad, la severidad, el énfasis, la jovialidad, la poesía —que tanto amaba— y sobre todo la apacibilidad, que parecía su estado de ánimo constante. La facilidad para la sonrisa estaba acompañada por la generosidad con que se manifestaba.

No sólo sonreía su boca, también lo hacían sus ojos, su rostro, podría decirse que su entero físico. Acompañaba adecuadamente esa virtud suya de la eutrapelia que dota de solaz y gozo a todo quehacer o emprendimiento.

Después de veintiséis años de ejercicio de la abogacía, en 1955 ingresó al Poder Judicial, según ya quedó dicho, alcanzando ocho años después la designación como juez de la Corte Suprema de Justicia, cargo en el que cesó como consecuencia del quebrantamiento del orden constitucional.

Su paso por la magistratura tuvo la impronta de su inteligencia y su ecuanimidad, cumpliendo cabalmente la augusta función con la dedicación que ponía en toda tarea que asumiera.

En la presentación que Isidoro Ruiz Moreno efectuó con motivo de la incorporación pública de Zavala Rodríguez a esta Academia Nacional de Derecho, en septiembre de 1971, recordó algunos hitos de su actuación en la Corte Suprema.

Desde una concepción aperturista del recurso extraordinario, algunas disidencias son elocuentes de su sensibilidad para la percepción de la justicia y de su celo en la tutela de las instituciones.

Movido por estas convicciones su voto en una causa relativa al enriquecimiento ilícito de un alto funcionario, proceso perturbado por las connotaciones políticas involucradas, sostuvo que el Poder Judicial, marginando tal influjo, tiene la responsabilidad y el deber de probar la vigencia de la Constitución y poner de relieve que la visión de nuestros fundadores no permite que por los intersticios de la ley queden sin sanción maniobras ilícitas.

En otra ocasión, al debatirse sobre la concesión de personería jurídica a un partido político su voto minoritario pero precursor supo distinguir entre cuestiones políticas y causas políticas, sosteniendo que no podía otorgarse a organizaciones subversivas "las cómodas vías del acceso al poder".

Y agregó en esa oportunidad una sabia observación que se desatendió entonces y se ignoró desaprensivamente después: "El ordenamiento jurídico de un país se basa, sobre todo, en la tradición de la Nación, pero hay disposiciones constitucionales o legales que se originan, típicamente, en la experiencia dolorosa de los pueblos y están dictadas por la voz misma de la historia".

Celoso en la defensa de los derechos y de la seguridad jurídica, sostuvo que la legislación del régimen de locaciones que determinaba suspender las acciones y aun la ejecución de convenios homologados, no solamente vulneraban el derecho constitucional de propiedad, sino que era violatoria de la separación de los poderes por su injerencia en la actividad regular de los jueces.

Merece destacarse también, por precursora, su interpretación disidente del amparo que era permisiva de la apertura de esa vía para una declaración de inconstitucionalidad, criterio adoptado ahora con jerarquía constitucional en el art. 43 del texto incorporado con la reforma de 1994.

Pero por valioso que haya sido el paso de Zavala Rodríguez por la magistratura judicial, su vocación ferviente fue el ejercicio de la abogacía y de la docencia.

Lo proclamaba en cuanta ocasión se presentaba y lo escribió en unas páginas inéditas, pero que leyó en una conferencia pronunciada en el Colegio de Abogados de Rosario el 27 de agosto de 1965, con motivo de

la celebración del Día del Abogado. En sus palabras, a las que asignó carácter de confesión íntima, relató que convaleciendo de una larga enfermedad (supongo que aludía a la que padeció en 1963) había escrito páginas dispersas sobre actividades o recuerdos que concluían con un capítulo intitulado "Orgullo de mi profesión".

En él decía: "Estos relatos culminan con la exaltación de la profesión de abogado, por la que siento legítimo orgullo. Si naciera de nuevo, sin ninguna vacilación la volvería a elegir, pues no me cabe duda de que es la carrera que ofrece más amplitud de criterio, más comprensión, más oportunidad de pensar en los hombres y en la Patria..."

Y más adelante declaraba que la posesión del diploma de abogado le dio "la sensación de tener un título de nobleza, y aunque muchas puertas se abren con el dinero, a mí se me han abierto muchas más con el ejercicio leal de la profesión de abogado y me siento por ello realmente como un hombre de la nobleza".

Y daba remate a estas manifestaciones sobre la alcurnia de los letrados, recordando que en España, Carlos III equiparaba los abogados a los nobles y caballeros y que Alfonso el Sabio disponía que el juez, aunque esté juzgando, deberá ponerse de pie si se le allegase un abogado.

Larga fue la trayectoria recorrida por Zavala Rodríguez por las aulas universitarias, a las que dedicó una consagración ejemplar y enriqueció con sus iniciativas.

Su concepción de lo que es, o en todo caso debería ser, la Universidad, resulta claramente reflejada en la selección del pensamiento docente de Agustín N. Matienzo que efectuó en ocasión del homenaje que se le rindió en esta Academia:

"La Universidad es símbolo de sabiduría, de paz y de justicia, cumbre de la cultura social del país y debe intervenir con la alta investidura de su ciencia para exponer sin cobardía ni claudicaciones; que nada puede subsistir permanentemente, si no surge de la opinión cristiana ni se basa en los principios inmanentes de justicia.

"La Universidad debe para ello, en primer lugar, fortalecer el sentimiento nacionalista de la juventud, para asegurar una posición preponderante de nuestro país, perfectamente cimentada en los más nobles principios de derecho."

Tras estos pensamientos y las enseñanzas, las directivas y sobre todo el ejemplo recibido cuando integré el grupo de sus colaboradores, me

atrevo a sintetizar su convicción sobre los principios que debían informar la enseñanza universitaria con los siguientes términos: ciencia y conciencia de Patria y de Justicia.

No puedo menos que señalar la afinidad que existe entre ellos y la exhortación que en su última lección formuló Claude Champaud al dejar su cátedra de Rennes: "*Sachez que science sans conscience n'est que ruine de l'âme*".

No será impertinente agregar que con esta concepción de la Universidad como el más alto centro de sabiduría y cumbre de la cultura del país, no puede ella dejar de ser selectiva tanto en lo que concierne a la incorporación de su alumnado como en la integración del cuerpo de profesores.

Y si no llama la atención la primera de las exigencias, aunque en la práctica se la desatienda, puede sorprender que resulte necesario recordar la selectividad que impone en el plano de los profesores.

Sin embargo, se hace menester destacarlo enfáticamente ante la crisis de calidad que viene acompañando a la masificación universitaria. Descomedida multiplicación de escuelas de Derecho y desaprensiva incorporación de alumnos, fuerzan también la generación masiva de improvisados docentes.

Resultaría injusto generalizar lo dicho, omitiendo mencionar la esforzada actuación de quienes continúan desempeñándose con el rigor y la jerarquía propia de la cátedra universitaria.

Pero el deterioro del nivel, las delegaciones crecientes y las deserciones formales o de hecho que vienen presionadas por la masificación hacen recordar que, como bien se dijera, la monarquía murió en la consideración de los pueblos cuando no se vio más a los reyes en los campos de batalla al frente de sus tropas.

Es de temer que, de análoga manera, llegue la pérdida de una consideración que los profesores supieron ganar cuando no eran las cátedras las que les daban prestigio, sino ellos los que prestigiaban a las cátedras, en aquellos tiempos en los que el decano Agustín Matienzo les decía:

"Señores profesores: sois ante todo y por sobre todo profesores de la Facultad de Derecho..."

Y entre quienes lo eran entonces, se hallaba el vicepresidente de la Nación, Ramón S. Castillo, que encontrándose en el desempeño de ese

cargo, no dejó de profesar su cátedra de Derecho Comercial sin que fueran óbice para ello las obligaciones de su alta magistratura.

En esa escuela abrevó Zavala Rodríguez y en ese sentido del honor y la responsabilidad de la cátedra formó los cuadros de sus colaboradores.

Su larga actuación docente se inició en 1933, al ser designado subencargado de curso de Derecho Penal, en la entonces carrera de Procuración.

El escalón siguiente fue su nombramiento como Encargado de Comisión en el Instituto de Enseñanza Práctica en 1936.

Su desempeño en la cátedra de Derecho Industrial entre 1946 y 1951 fue precedido por una marcada afición a esta disciplina que se refleja en su tesis doctoral sobre "Publicidad comercial. Su régimen legal", obra de una tal excelencia que mereció la recomendación al Premio Facultad, y se manifestó asimismo a través de numerosos estudios publicados en revistas jurídicas. La continuidad de este interés se revela con la publicación de *Régimen legal de los dibujos y modelos industriales* en 1962 y con las sustanciosas páginas que dedicara a la materia en *Derecho de la Empresa* que publicó en 1971.

Pero el período más destacado y creativo de su docencia universitaria comenzó al hacerse cargo de la cátedra de Derecho Comercial I.

La organización que implementó para el mejor provecho de la enseñanza que se impartía a los estudiantes y para la capacitación de sus colaboradores en la cátedra, la apertura amplia a todos los que quisieran iniciarse en la docencia con la certeza de que solamente perdurarían los que llegaban guiados por una firme vocación, la exigencia del puntual cumplimiento de las tareas que encomendaba, acompañada por el estímulo magnánimo con que alentaba a los noveles docentes en sus estudios, sus publicaciones y sus logros; y las reuniones periódicas del pleno de la cátedra para debatir temas, comentar obras o examinar fallos, gimnasia intelectual de la que surgieron numerosos ensayos, monografías y notas jurisprudenciales, dieron descollante jerarquía a su tarea.

Fue también muy destacada la actuación de Zavala Rodríguez en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Argentina.

Primer profesor titular de Derecho Comercial I en esa casa, fue fundador y director de la carrera "Asesoramiento de Empresas", innova-

ción en el ámbito universitario argentino, que alcanzó una amplia repercusión.

Para la programación de este curso de pos grado, en el que tuvo a su cargo la cátedra "Régimen legal de la empresa", preparó un sólido informe exponiendo los fundamentos por los que se hacía necesaria esta especialización.

En él explicó las distintas manifestaciones de la presencia de la empresa en la economía y en las actuales actividades productivas y expuso su adhesión a los documentos pontificios que a ella se refieren, en los que encuentran espacio "los principios de caridad y amor en la vida de los negocios", estableciendo una recíproca comprensión que vaya más allá de la simple y fría "participación de los obreros en las ganancias" y de la "cogestión de las empresas".

La enseñanza del derecho comercial desde la cátedra y el libro tuvo en su magisterio un espacio abierto a los notables cambios que se venían operando en lo jurídico al compás de las profundas mutaciones que manifestaba la práctica de los negocios.

En ese venero de la mejor doctrina de la época que es su *Código de Comercio y leyes complementarias*, comentados y concordados, acopió críticamente las enseñanzas más actualizadas, frutos de solícitas e infatigables lecturas.

En el primer volumen, que apareció en 1959, expuso un plan del desarrollo de la obra en cuatro tomos. Su desbordante saber no pudo quedar contenido en esos límites y en 1980 alcanzó a publicar el volumen VII, continente de la primera parte de los comentarios a la Ley de Concursos 19.551.

Proyectaba redactar el volumen VIII en colaboración con su hijo Carlos Juan, pero ya no pudo abordar esta tarea, por lo que su publicación en 1990 se debe a la autoría de su primogénito.

Múltiples son los méritos de esta monumental obra. Me limitaré a destacar uno de los más importantes, creo que el más creativo y fecundo de los aportes que le debemos los cultores del Derecho comercial.

Me refiero al protagonismo que descubrió en la empresa como eje de una disciplina jurídica en trance de desarrollo, acompañando así, en nuestro medio, los avances logrados por la doctrina italiana y el empuje que en los años sesenta tuvo en Francia la difusión del "droit des affaires" y del "droit de l'entreprise".

Fue así que en el volumen III, que apareció en 1965, un año después de haber organizado la carrera "Asesoramiento de empresas", incorporó una exposición innovadora en nuestra doctrina acerca de los contratos de empresa.

En el prólogo de este tomo, que dedicó a sus discípulos, expresaba: "Aspiro a presentar este nuevo panorama del Derecho empresario, para estimular la investigación y hacer que se rompa el molde tradicional de los estudios, a fin de penetrar en el conocimiento del Derecho vivo actual".

Y tras recordar con Messineo que las figuras jurídicas nacen "de la necesidad práctica que plantea a los interesados el tráfico negocial", concluía: "Los nuevos contratos rigen y gobiernan, preponderantemente, el tráfico mercantil de nuestros días y debían ser analizados en un libro que aspira a introducir al lector en el derecho mercantil contemporáneo".

Abrió así Zavala Rodríguez la senda para una consideración de estos contratos como una categoría, planteo de vastas y fecundas proyecciones que no había sido abordado bajo esta concepción, aunque el dato de la empresa había sido ya objeto de estudios como los debidos a Carlos J. Varangot y Waldemar Arecha.

La persistencia de este enfoque que conducía a una nueva visión de la materia, lo condujo a escribir *Derecho de la empresa* en 1971.

En esta nueva obra advirtió que sus capítulos son solamente "los primeros pasos hacia un nuevo derecho, que otros juristas han de llevar más lejos".

Y poniendo en marcha esa línea de avance, este libro no se circunscribió a la incidencia de la empresa en la transformación de los contratos.

Tras un escorzo histórico acerca de la evolución del Derecho comercial, ingresa en el esclarecimiento del actual contenido de este derecho bajo el influjo de la técnica y de la organización en la problemática jurídica, describe aproximaciones y menciona datos relevantes para alcanzar el concepto jurídico de la empresa y traza las relaciones entre ésta y la sociedad.

Una vez más, hace suya en este libro la concepción expuesta por Arturo Dalmartello sobre el Derecho comercial como derecho de la actividad, pero no de toda actividad, porque debe tratarse de actividad ejercitada en forma de empresa.

Por eso, si en el sistema subjetivo la pregunta era: *¿chi agisce?*; y en el objetivo: *¿cosa fa?*, en el sistema actual la pregunta es *¿come si fa?*, porque la cuestión pasa por el modo en el ejercicio de una actividad.

Desborda las posibilidades de esta exposición el ingreso a la rica temática desenvuelta en esta obra madura de Zavala Rodríguez.

Me limitaré a señalar los agudos y polémicos desarrollos que efectúa acerca de los negocios fiduciarios y la crítica que le merece el proyecto de ley de fideicomiso de 1967, las consideraciones que desenvuelve en torno a la desestimación de la personalidad jurídica y su recepción por la doctrina y jurisprudencia nacional advirtiendo sobre la extrema cautela con que debe aplicarse "a fin de no trabar la vida de la empresa", la importancia que asignó a la asunción de riesgos en el desenvolvimiento de los negocios y en especial en el derecho de la empresa, órbita en la cual atribuyó especiales proyecciones a la responsabilidad generada por el riesgo de suscitar apariencias en el desenvolvimiento de las actividades empresariales.

Es del mayor interés el énfasis que puso en la defensa del vigor con que debía sostenerse la "ineludible necesidad del cumplimiento del contrato", porque la empresa no puede perder su tiempo reclamando, como consecuencia de una rescisión, el pago de los daños y perjuicios. Lo que busca y necesita es que se le cumpla para, a su vez, cumplir en relación con otras empresas.

Desde esta visión de la dinámica empresarial, Zavala Rodríguez sostuvo la limitada aplicación que en los contratos empresariales debía darse a la regla del art. 1198 del Código Civil sobre la excesiva onerosidad sobreviniente; es una solución, decía, muy justa "para las relaciones civiles, no lo es tanto para las relaciones comerciales, y todo podrá desmoronarse en una serie de contratos encadenados, cuando un solo eslabón de la cadena caiga, por haber estado comprendido en la situación de *rebus sic stantibus*".

Hay en esta obra una muestra de la honestidad intelectual que adornaba a su autor. Al considerar la situación que correspondía atribuir jurídicamente a las empresas y sociedades del Estado, recordó que, con su voto, la Cámara sostuvo que las empresas sujetas al régimen de empresas del Estado no podían ser comerciantes e inscribirse en el Registro Público de Comercio.

Hoy, acota, no ratificaría ese voto; y después de recordar la legislación y doctrina italiana, concluye que en el cumplimiento de estas actividades el Estado "está incorporado al Derecho comercial empresario".

Así Zavala Rodríguez demarcó sendas para un Derecho comercial que "se ha transformado en los últimos años, bajo la influencia de la empresa", porque este mecanismo "es el único adecuado para la producción y negocios en masa, que caracteriza al mundo actual".

Pero "no se inserta en el Derecho y la economía sin consecuencias, sino que ha transformado todo el régimen jurídico, el régimen de producción, el régimen de la circulación, el régimen del trabajo, el régimen impositivo, el régimen previsional, el régimen contractual, etc. De ahí que resulte urgente estudiar la empresa bajo el aspecto jurídico, es decir, el derecho de la empresa".

No le pasó desapercibido, sin embargo, que el impacto de la técnica en el derecho está acompañado por el peligro del sometimiento a sus exigencias, desembocando en la deshumanización de las relaciones.

La preocupación que en éstas y en otras páginas expuso sobre las razones que informan la conservación de la empresa y su prédica en favor de un desenvolvimiento de este derecho al servicio de lo que es conveniente para la vida individual y colectiva, parece precursora de recientes palabras de Champaud con las que admonitoriamente dice:

"Un empresario no puede ser un depredador, su función es la de construir, jamás de destruir, ha de tender puentes entre los hombres en vez de levantar murallas entre las clases sociales o entre los individuos, no es un especulador toda vez que la dignidad de su cargo es la de ser por esencia un creador.

"Por eso desvirtúan su función cuando resultan incapaces de procurar un mínimo de seguridad y prosperidad, de trabajo y de empleo, de promoción y de riqueza."

Sería incompleta esta semblanza que he intentado si prescindiese de su sensibilidad por la poesía.

La exteriorizaba con su recitado en las más diversas circunstancias.

Así, desde la cátedra, para amenizar la enseñanza o dar más fuerza expresiva a lo que deseaba transmitir.

Recuerdo la gracia con que, para destacar la importancia que tuvieron las Ordenanzas de Bilbao, declamaba la copla popular, que había rescatado Miguel de Unamuno, referida a la grandeza del comercio bilbaíno:

Un gran viajero,
 Lord de Inglaterra,
 Vio nuestra tierra
 Vino a Bilbao;
 Nuestro comersio
 Nuestra riqueza
 Nuestra grandesa
 Quedó espantao.

En otras circunstancias totalmente diversas recurría a la expresión poética más adecuada en cada caso para transmitir sus sentimientos. Me permitiré la licencia de relatar un hecho que me atañe personalmente, en el que por tal medio fui destinatario de su afecto.

Promediaba 1986 cuando decidí poner fin a mi actuación en el Poder Judicial. Pocos días antes de la fecha fijada para el cese, llegó a mi despacho Zavala Rodríguez, no obstante que por su disminución física necesitaba del apoyo en un bastón y del brazo de su hijo Carlos Juan.

Quería saludarme en la hora del retiro y expresar la congratulación por la tarea de su discípulo. Y dando remate a ese momento tan emotivo recitó "El cedro" de Mario Bravo, poesía que cuenta del hombre que cavó un pozo y plantó un cedro y cuando los años transcurrieron, creció el cedro y envejeció el hombre:

"Y yo en mi chochera de hombre anciano
 "repetiré siempre el mismo cuento
 "Yo con mis propias manos cavé el pozo
 "Yo con mis propias manos planté el cedro
 "Y pasarán los años y los años
 "Y alguien quizá repita en su recuerdo
 "Él con sus propias manos cavó el pozo
 "Él con sus propias manos plantó el cedro."

Supe después que gustaba recitar esta poesía a sus hijos y sus nietos y lo hizo para ellos pocos días antes de su muerte, en el seno de ese hogar que formó con doña Juana Irene Luco y que lo dotó del ambiente que fue clave para el desarrollo de su personalidad.

Así transitó Zavala Rodríguez una vida colmada de realizaciones, acompañada por el afecto de quienes tuvimos ocasión de tratarlo y por la gratitud de quienes encontramos en su saber y en su ejemplo una firme guía para nuestra formación.

Y por eso cerraré esta evocación con una loa de Leopoldo Lugones, que bien viene en su homenaje:

"Canto de la buena suerte
"en el destino bien cumplido
"Canto de la buena muerte
"en el descanso merecido."



HOMENAJE A RAYMUNDO M. SALVAT

POR ROBERTO MARTÍNEZ RUIZ (*)

La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, cumple el deber de adherir con la asistencia de su presidente a este acto que se realiza para instituir el premio a las Ciencias Jurídicas Doctor Raymundo M. Salvat, que fue miembro titular de la Academia y cuya vida fue ejemplo de virtud ciudadana y de consagración al estudio y enseñanza del Derecho Civil.

Al evocarlo no puedo ocultar que lo hago con emoción por el gran respeto que le tuve y el privilegio de haber sido su alumno en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

El Dr. Salvat nació en 1881, en Nogoyá, provincia de Entre Ríos, en un hogar ejemplar. Sus padres eran españoles, y el jefe de la familia era agrimensor. Tuvieron hijos, pero la menor fue póstuma, pues su padre falleció a los 33 años, cuando el hijo mayor Raymundo sólo tenía tres años.

Aquella prematura desaparición trajo un difícil problema económico, pues no era hombre de holgada posición económica y vivió de su trabajo profesional hasta su fallecimiento.

A tal punto fue así, que su madre se trasladó con sus pequeños hijos y la hija por venir, a la provincia de Buenos Aires, instalándose modes-

(*) Discurso del Académico Presidente en el acto realizado el 29 de octubre de 1998 en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires.

tamente en La Plata, donde vivían algunos parientes y amigos, y debió afrontar valientemente las dificultades de subsistencia, haciendo trabajos de costurera.

A los quince años de edad, en 1897, Raymundo Salvat, hubo de comenzar a trabajar para ayudar a solventar los gastos de la familia, y consiguió un empleo en el Telégrafo de la provincia, pero con destino en el Salto (argentino), como telegrafista de 4ª categoría, con un sueldo de setenta y cinco pesos; pagaba quince pesos en la pensión en que vivía y comía, y le giraba los cincuenta pesos restantes a su madre.

Para esa época terminó los estudios secundarios como alumno libre, debiendo viajar para rendir exámenes, y en 1902 ingresó en la entonces Universidad Provincial de La Plata, inscribiéndose en la Facultad de Derecho.

En aquella época existía el proyecto de nacionalizar dicha Universidad, pero en 1904, cursando ya tercer año, cundió el temor de que no llegara a concretarse la nacionalización y decidió con algunos compañeros de curso reiniciar la carrera en Buenos Aires.

Rindió rápida y brillantemente las mismas materias que tenía aprobadas en La Plata, continuó estudiando con las mejores calificaciones del curso, concluyendo la carrera en 1907, y obtuvo la medalla de oro con que premiaba la Universidad al menor alumno.

Al año siguiente, presentó su tesis doctoral sobre "Deslinde de jurisdicciones Nacional y Provincial en materia de concesiones ferroviarias".

Salvat estudió su carrera con gran sacrificio, debió continuar con el empleo en el Telégrafo Provincial, logrando su traslado a las oficinas de Buenos Aires.

Estudiaba, trabajaba, soportaba muchísimas dificultades pero también soñaba, pues fue siempre un romántico y un idealista.

Componía versos, que tiempo después recordara con elogio Tomás Amadeo en un artículo: "Algunas cosas antiguas" publicado en la revista "Nosotros" en el año 1927.

Debo insistir en su perfil humano, porque en definitiva, todos los honores que puede brindar la vida, que él cosechó por sus méritos, nada son si los alcanza quien no tiene la calidad personal de la rectitud y el escrupuloso cumplimiento de sus deberes para con la familia y la sociedad.

Recibido de abogado dejó su empleo en el Telégrafo, instaló su estudio en Buenos Aires, atendiendo también en La Plata. Desde el primer día, en 1908, se impuso un riguroso método de trabajo.

Ya definida su vocación por el Derecho Civil, había concebido cuando aún era estudiante la idea de preparar el Tratado de Derecho Civil y había ido adquiriendo poco a poco los libros de tratadistas franceses de los que mostró siempre preferencia por el Aubry y Rau.

Así, trabajaba en su libro toda la mañana, y la tarde la dedicaba a los asuntos del estudio.

El comienzo de su ejercicio profesional fue difícil, pero pronto obtuvo éxitos por la dedicación que ponía en su trabajo y fue adquiriendo rápidamente prestigio como abogado correcto, responsable y de singular eficacia.

En 1915 contrajo matrimonio con doña Nieves Coulin. El matrimonio fue un ejemplo de unión y amor que sin nube alguna se mantuvo hasta que la muerte del Dr. Salvat los separó, cuando llevaban 25 años de casados.

Justo es recordar con el más efusivo elogio a su excelente compañera, que hizo posible con su abnegación que el Dr. Salvat pudiera llegar a realizar su gran ilusión, la publicación del Tratado, su consagración a la cátedra y a la magistratura, con el sacrificio de una disciplina rigurosa, pues siempre eludió toda clase de compromisos sociales o distracciones.

Sólo se permitía el descanso de los domingos por la tarde y el mes de enero.

Todos los días se despertaba a las 5.30 de la mañana y a las 6.30 comenzaba a trabajar en su Tratado hasta las 12, hora del almuerzo con puntualidad ritual.

Por la tarde atendía su profesión y desde 1922 su trabajo en la Cámara Civil, retirándose a descansar a las 9 de la noche.

Sólo con un método tan riguroso y sacrificado, pudo llegar a cumplir su plan de producción científica, sus tareas docentes y sus obligaciones como juez de la cámara.

Antes de pasar a referirme a la personalidad del Dr. Salvat en las funciones públicas, en la docencia, como tratadista y en la magistratura,

quiero rendirle una expresión de reconocimiento personal a la que me siento obligado.

Corría el año 1934 y yo cursaba tercer año de abogacía. En ese momento me preocupaba la necesidad de hacer una experiencia práctica en los Tribunales para estar preparado para el ejercicio de la profesión al terminar mi carrera.

En esa época acababa de conocer a Raymundo Salvat (h), que iniciaba entonces el primer año de abogacía y con quien trabamos una cordial amistad que se mantiene invariable.

Me animé a pedirle, si por gestión de su padre, que era juez de la Cámara Civil, sería posible que se me admitiera como meritorio en algún juzgado civil.

Mi aspiración tuvo respuesta inmediata y el señor. Salvat me hizo saber que me recibiría en su despacho en la Cámara.

Acudí allí, y por primera vez entré en el Palacio de Justicia, al que hasta el día de hoy y cumplidas las ya seis décadas sigo concurriendo con asiduidad.

Aquella entrada en el edificio de Tribunales fue para ver al Dr. Salvat con quien hablé por vez primera, conmovido por encontrarme con el autor del tratado en que yo había estudiado los primeros cursos de Derecho Civil.

Me recibió con gran sencillez y cordialidad, presentándome al Dr. Ricardo F. Olmedo, Juez en lo Civil que había sido secretario de Cámara, quien me admitió en su juzgado, al que durante dos años concurrí como empleado honorario.

Lejos estaba yo de pensar en aquel momento, en que hablaba con el Dr. Salvat, que después de tantos años habría de designarme la Academia de Derecho para llevar la palabra en el homenaje que se le rindió el 22 de noviembre de 1984 en un acto público en la Academia.

Salvat fue un demócrata ferviente, un admirador de las instituciones republicanas y un enamorado de la Constitución Nacional y del riguroso respeto de la ley como expresión del orden que asegura los fundamentales valores de justicia y seguridad. Desde joven dio muestras inequívocas de esa línea de pensamiento.

En la colación de grados de 1908 de la Facultad de Derecho se le designó alumno orador y su brillante discurso fue una exaltada defensa del federalismo y crítica a la tendencia del gobierno de cercenar facultades de las provincias.

No es necesario agregar que la preocupación de aquel joven tenía fundamento y sensatez.

También hizo un encendido elogio de la gran figura de la Revolución de Mayo, Mariano Moreno, y el mérito que forzoso era reconocerle en los primeros pasos de la naciente república.

En otra colación de grados, la de 1922, le tocó despedir a los egresados con un magnífico discurso, en que deben señalarse las expresiones de patriotismo y especial trascendencia que asignaba a la defensa de los valores morales, pues les dijo:

"No olvidéis jamás, cualquiera sea la esfera de vuestras futuras actividades, que el bien y la grandeza de la patria, que la estabilidad y el perfeccionamiento de sus instituciones, que los dictados del deber y la conciencia de la responsabilidad, deben constituir siempre el más alto exponente y guía de vuestra conducta.

"No olvidéis jamás, que vuestra vida pública, el día que la tengáis, debe ser tan pura y tan diáfana como vuestra vida privada; no olvidéis jamás, que es inconcebible aquella celebre teoría, según la cual el hombre puede observar en su vida dos morales diferentes, una para la vida pública y la otra para la vida privada.

"No olvidéis jamás, que si es legítima aspiración del ciudadano la de llegar a los más altos cargos e investiduras del país, esta aspiración debe desenvolverse dentro del marco severo de la verdad y de la ley, no os dejéis seducir por los halagos del éxito prematuro, que pudiera llevaros a la cumbre, pero dejando en el camino, a pedazos y hechos jirones, vuestro prestigio y vuestra dignidad de hombres y de ciudadanos."

Su profunda convicción republicana y su arraigado y firme concepto de la necesidad de respetar escrupulosamente el orden jurídico, explican su ferviente adhesión política desde su temprana juventud al Partido Radical, pues veía en su programa el objetivo de asegurar la efectiva supremacía de la Constitución Nacional y la pureza del sufragio, por el que bregaban como fundamental bandera de lucha los hombres que tuvieron la conducción de esa entonces nueva gran corriente de opinión.

Por ello, no dudó en afrontar funciones de responsabilidad que le encomendó el presidente Yrigoyen.

A principios de 1921, la provincia de San Juan se encontraba profundamente convulsionada por el conflicto existente entre el gobernador Jones y la Legislatura, con motivo de designaciones en el Poder Judicial local y también de los comisionados municipales.

La situación era de tal gravedad y tan enardecidas estaban las pasiones políticas que hacia el fin de ese año el gobernador pereció asesinado en el pueblo de La Rinconada.

El Congreso Nacional el 19 de marzo de 1921 sancionó la Ley 11.112 que declaró intervenida la provincia, para garantizar y asegurar el funcionamiento constitucional de los poderes legislativo y judicial y el régimen municipal.

El presidente Yrigoyen, días después, promulgada la ley, designó interventor al Dr. Salvat, confiando en sus condiciones de equilibrio y ponderación que constituían una garantía del éxito que habría de alcanzar la misión federal que cumplió en brevísimo plazo, como que el 2 de junio del mismo año se la dio por finalizada por un decreto del Poder Ejecutivo Nacional que días más tarde, el 14 de dicho mes, aprobó los procederes del Interventor Federal y se le dieron las gracias por los servicios prestados.

El 21 de agosto de 1922 el presidente Yrigoyen lo designó Juez de la Cámara de Apelaciones en lo Civil de la Capital.

No tenía anterior actuación en la magistratura, pero su nombramiento se ha mencionado siempre como justificación de la incorporación al Poder Judicial de quienes por excepcionales condiciones personales y por la preparación pueden desempeñarse con beneficio para elevar el nivel de la judicatura.

Su actuación en la Cámara fue unánimemente reconocida como ejemplar, pues a su sabiduría, se unía la rectitud, claridad mental y tesón indeclinable en la tarea que sólo cedió a los casi 20 años de su desempeño, por la inminencia de su muerte.

Mereció distinciones que fueron un honor para él y para la República, como su designación como miembro de la Sociedad de Legislación Comparada de París en 1924, y en 1927, de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid y miembro honorario del Instituto de Abogados del Brasil.

En la Academia de Derecho y Ciencias Sociales fue incorporado el 12 de noviembre de 1926, y le tocó compartir su sitial con el de eminentes juristas como Antonio Bermejo, Juan Antonio Bibiloni, José Figueroa Alcorta, Rodolfo Rivarola, Roberto Repetto, Carlos Saavedra Lamas, Enrique Ruiz Guiñazú, Clodomiro Zavallá, Juan José Díaz Arana, Jorge Eduardo Coll, Rafael Bielsa, Atilio Dell'Oro Maini y otros.

La Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires lo contó entre sus ilustres maestros y tuvo en ella como profesor una dilatada actuación.

Se inició como profesor adjunto por concurso en 1917, apenas aparecida la primera edición del Tratado de Parte General, que ciertamente era un mérito que excedía a cuanto pudiese pretenderse como antecedente para iniciar la actividad docente. En 1922, también por concurso, llega a la cátedra titular.

También le tocó desempeñarse en tareas de responsabilidad en el gobierno de la facultad, en junio de 1930, siendo interventor en ella el doctor Ricardo Rojas, fue elegido vicedecano y quedó a cargo del decanato.

En septiembre de ese año, el nuevo gobierno designó interventor de la facultad al doctor Ángel Casares, quien al recibirla del doctor Salvat ponderó el tacto con que la había dirigido.

Es que en todo fue así, en San Juan, en la justicia, en la Universidad, pues además, lograba el respeto que su autoridad imponía.

Sus clases eran un modelo de claridad y método. Escrupulosamente cumplidor de sus deberes docentes y cordial en su relación con el alumnado que le respetaba, pues sabíamos todos que nos estaba enseñando Derecho Civil una de las autoridades más altas que tuvo el país.

En los exámenes era un paradigma de caballerosidad en el trato con el estudiante, de paciencia para poder hacer juicio razonable sobre sus conocimientos y de justicia en la valoración de cada uno.

La producción jurídica del Dr. Salvat ha sido una de las más notables de la República, pues ha brindado una exposición profunda y sistemática de todo el Derecho Civil, excepción hecha de la parte de derecho de familia y sucesiones, que lamentablemente no pudo concluir por su fallecimiento, cuando estaba en la plenitud de su vigor intelectual.

El 10 de mayo de 1940, cuando sólo tenía 58 años, falleció en Buenos Aires, rodeado de su esposa e hijos, de quienes se despidió con emocionantes palabras en que les expresó sus mejores deseos y una exhortación a que siempre fueran unidos.

El pesar que su pérdida ocasionó se puso de manifiesto en su sepelio, en que despidió sus restos el Dr. Jesús H. Paz, en representación de la Academia.

No creo poder rendirle hoy un mejor homenaje, que repitiendo palabras del Dr. Paz en esa ocasión: "Como profesor honró la cátedra, como juez, la magistratura, como tratadista, el libro. Perdure su nombre, su vida sirva de ejemplo."

nos
cio-
rta-

pe-
de

la-
no
su

V

DUELO DE LA ACADEMIA



SEPELIO DEL DOCTOR MIGUEL SANTIAGO MARIENHOFF

POR JOSÉ DOMINGO RAY (*)

Señoras y señores:

Hablo en representación de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires para despedir a uno de sus miembros más preclaros y con cuya amistad me honró desde hace más de cuarenta años.

Si es triste, más aún dolorosa, la circunstancia que nos reúne, debemos superar nuestra congoja para rendir homenaje al académico profesor y hombre ejemplar que fue Miguel Marienhoff.

Elegido miembro de nuestra corporación en 1965, al agradecer los conceptos expuestos al comunicársele su designación, dijo que con entusiasmo ofrecía su colaboración y expresaba su deseo de ser útil a la institución.

Tengo la convicción que expongo el pensamiento de quienes fueron sus colegas al afirmar que Marienhoff cumplió con amplitud su deseo.

En 1966, el entonces Académico Secretario Alberto Padilla, en el discurso de recepción, destacó que la dignidad de Marienhoff trascendía de su obra como de su trato, una dignidad que era reflejo de su fondo

(*) Palabras pronunciadas por el Académico el 21 de marzo de 1998 en el Cementerio Parque Memorial, Pilar.

honesto y afectivo, de su religiosa convicción de lo que es el destino del hombre en la tierra.

Recibido de abogado se radicó en la Patagonia y se graduó de Doctor en Jurisprudencia con su tesis premiada "Régimen y Legislación de Aguas Públicas y Privadas".

A los pocos años de ejercer la profesión, lo conocí cuando ya era un abogado distinguido de Río Gallegos, fundador y primer Presidente del Colegio de Abogados y Procuradores de Santa Cruz y Tierra del Fuego.

Marienhoff siempre guardó muy gratos recuerdos de ese período de su vida y para la tierra donde emprendió tareas agropecuarias y pasó más de una vacación en los meses de enero.

No es posible ni oportuno de enumerar todas las merecidas distinciones que recibió a lo largo de los años, durante los cuales son muchos los valiosos trabajos, sus excelentes conferencias, monografías y comunicaciones que brindaba a las instituciones que se enriquecían con su consejo y opinión.

Pero no puedo omitir señalar que instituido el Premio Bunge y Born para el investigador más calificado en el sector "Derecho", fue el primero que se hizo acreedor al mismo, inaugurando en 1968 la galería de eximios juristas que lo recibieron posteriormente.

Años después, en 1986, el Gran Jurado de la Fundación Konex lo distinguió con el testimonio de platino en "Humanidades", Sección Derecho Público.

Su monumental "Tratado de Derecho Administrativo" fue laureado con el Premio Nacional de Derecho y Ciencias Políticas y es la obra de consulta y de orientación para todo aquél que se interesa, doctrinaria o profesionalmente, en la materia.

El quinto tomo de la edición actualizada se publicó el año próximo pasado, en 1997. Las contribuciones doctrinarias que brindaba a la comunidad traducían la frescura de una mente lúcida y el rigor metodológico que siempre lo orientaba en su labor de publicista y expositor.

Fue catedrático en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de La Plata y en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires y, al cumplir la edad establecida en los estatutos, las dos universidades lo designaron Profesor Emérito y Consulto, respectivamente.

Ejerció la función pública cuando se le designó Procurador del Tesoro y sus dictámenes ilustran los distintos temas que debió abordar.

Nunca vaciló en exponer su opinión en forma clara y terminante, por original o controvertido que fuera el tema de que se ocupaba.

Cuando escribía estas frases fueron múltiples mis pensamientos sobre su persona y su obra, sobre sus conceptos de persona jurídica, del poder de policía, los derechos del administrador y los servicios públicos.

Me he extendido destacando al jurista, pero sería imperdonable omitir algo fundamental: lo que fue como hombre, como amigo y para su familia.

Como hombre supo y pudo superar las vicisitudes que lo afectaron y continuar en la senda que se trazó en la búsqueda del bien común.

Los que tuvimos el privilegio de gozar de su amistad pudimos valorar sus dotes personales, el afecto que irradiaba y la familia que formó con su señora.

A fines de enero de este año ella falleció y en una de mis últimas conversaciones con el querido maestro, me dijo: "Mi querido amigo, fueron 64 años de vida en común, ¿cómo puedo sentirme ante su ausencia!"

Si recordamos la parábola del Evangelio sobre los talentos, podemos decir que Miguel Marienhoff fue un ejemplo porque en su vida y en sus obras se multiplicaron los talentos, las condiciones intelectuales y personales con que la Providencia lo dotó.

No hay duda alguna que Miguel descansa en paz, que su persona perdurará a través de sus obras y que vuelve a la Casa del Señor, después de una vida plena de realizaciones.



SEPELIO DEL DOCTOR MIGUEL SANTIAGO MARIENHOFF

POR HORACIO A. GARCÍA BELSUNCE (*)

La Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas me ha conferido el honor de despedir en su nombre los restos mortales de su eximio académico titular doctor Miguel S. Marienhoff.

Ello importa una responsabilidad que excede lo protocolar.

Se trata de rendir honores a uno de los máximos exponentes de las ciencias jurídicas en la Argentina de hoy, a quien, con acierto, el académico Alberto A. Spota, en acto público, calificó como el patriarca del Derecho y así realmente lo fue, porque la longevidad de su existencia física lo llevó a prolongar su actividad científica, como publicista y académico, hasta el final de sus días, constituyendo un ejemplo sin parangón de una vida consagrada al servicio de una vocación durante más de setenta años.

Da fe de ello —y por eso me consterna aún más estar aquí pronunciando esta oración fúnebre— que el lunes pasado se comunicó telefónicamente con el presidente de nuestra Academia, el doctor Segundo V. Linares Quintana —su entrañable amigo, a quien represento en este acto— y con quien os habla, para pedirnos sendas opiniones sobre un tema del que estaba preparando un estudio: la prescripción en el Derecho público provincial.

(*) Palabras pronunciadas por el Académico el 21 de marzo de 1998 en el Cementerio Parque Memorial, Pilar.

Resulta superfluo referirse a los antecedentes de actuación de una personalidad pública vastamente conocida.

Su labor publicística tuvo el rasgo ponderable, por lo poco común, de seguir actualizando en nuevas ediciones su obra magna, el "Tratado de Derecho Administrativo" de siete volúmenes, después de cumplidos sus noventa años.

Marienhoff obtuvo mercedamente todas las distinciones a las que puede aspirar un jurista: el Primer Premio Nacional en Derecho y Ciencias Sociales, otorgado por el Poder Ejecutivo Nacional, por su tratado antes mencionado; el premio "Bunge y Born"; el Premio Konex de platino; el premio "Laurel del Plata o La Personalidad del Año" del Rotary Club de Buenos Aires; las designaciones de profesor emérito y consulto en las universidades de La Plata y Buenos Aires; las de miembro titular de tres academias nacionales y de miembro honorario de una de ellas, a la que presidió.

En su discurso "El derecho como ciencia", de 1968, dice Marienhoff que "el progreso de los pueblos está fundamentalmente basado en el orden, en la disciplina, y esto sólo se logra a través de un complejo de normas adecuadas. El ambiente político, económico y social, adecuado para el trabajo útil y constructivo, en gran parte depende del derecho existente, porque sin éste no hay orden, ni paz, ni disciplina, sino únicamente caos y anarquía."

Magníficos conceptos, que hay que recordar en estos días, de un ciudadano ejemplar por su respeto a las instituciones, por su vocación democrática y republicana y por su fe en el Derecho, a cuya elaboración y perfeccionamiento dedicó su vida.

Reafirmó y fundamentó que el Derecho es una ciencia, diciendo que "los juristas no aislamos virus ni células ni átomos ni tejidos, pero aislamos 'conceptos', y una vez establecidos éstos, extraemos los 'principios generales', que a su vez nos sirven para establecer las fórmulas que resolverán conflictos concretos.

Es así como fue posible aislar, desde el punto de vista conceptual, el acto ahora llamado 'institucional' del conglomerado de actos llamados 'políticos' o de 'gobierno', lo que permite actualmente que estos últimos puedan ser enjuiciados ante la justicia nacional, en tanto que el acto 'institucional' no es susceptible de tal enjuiciamiento."

Si sus lecciones han formado y orientado a varias generaciones de hombres de estado, de juristas y de politicólogos, el ejemplo de su vida

austera, el bajo perfil del científico que con modestia recogió lo que sembró, mucho más se proyecta e irradia sobre todos los que hemos tenido el privilegio de conocerlo y de ser sus amigos, la figura del *pater familias* que formó un hogar digno de admiración y que fue el centro de sus devociones.

Sus hijas y nietos sienten hoy el dolor irreparable de su partida, pero hallarán consuelo amparándose en el recuerdo de cuanto les dio.

Resulta triste recordar algo que ensombreció y apagó su vida. Hace apenas dos meses se extinguió la de su esposa, puntal inquebrantable en el apoyo a su trayectoria y baluarte del amor y la felicidad que dio marco a su hogar. Estoy seguro de que el Señor —Supremo Hacedor de nuestros destinos— dispuso que ella lo conduzca de la mano para gozar juntos de la vida eterna.



SEPELIO DEL DOCTOR MIGUEL SANTIAGO MARIENHOFF

POR ALBERTO RODRÍGUEZ GALÁN (*)

Señores:

Ha muerto Miguel Santiago Marienhoff. Ha muerto un maestro, un jurista eminente, un ciudadano ejemplar y un patriota que ofreció a su país lo mejor de sí, sin esperar otra recompensa que la del logro de la excelencia en todos los trabajos o actividades que emprendió.

La Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires, en cuya representación hablo —por disposición de su presidente, el doctor Julio H. G. Olivera— lo tuvo como Miembro de Número y lo honró en diciembre pasado al nombrarlo Académico Honorario, en mérito a la magnitud, calidad y trascendencia de la obra científica realizada en el campo del Derecho público.

Era el reconocimiento de sus pares, a quien ocupara la presidencia de la corporación con la autoridad y señorío que irradiaba su personalidad.

Era el reconocimiento al profesor por antonomasia, al tratadista erudito que honró a la ciencia jurídica hispano americana y al arquetipo de conducta moral que supo, porque era un maestro, transmitirle a la juventud un mensaje, el de su propio modelo, formarse en la disciplina

(*) Palabras pronunciadas por el Académico el 21 de marzo de 1998 en el Cementerio Parque Memorial, Pilar.

del trabajo y en la nobleza de las ideas y sentimientos de los que tienen auténtica vocación de servicio con su país y con sus semejantes.

Procurador del Tesoro de la Nación, su rigor en el análisis de los asuntos que el Poder Ejecutivo le sometía, su extraordinario dominio del Derecho y la versación con que sustentaba sus opiniones originaban en el seno del gobierno al que asesoraba, respeto y acatamiento.

De ello puedo dar testimonio por haber formado parte de la misma administración.

Su presencia y acción en aquel alto organismo del Estado marcó pautas y estableció precedentes de renovada vigencia en sus dictámenes hasta hoy.

En prueba de respeto a su labor, recientemente se le designó Profesor Consulto de la Escuela de Abogados del Estado.

Su prestigio intelectual y su claridad conceptual, motivaba que sus intervenciones en las reuniones académicas fueran recibidas con aquiescencia e interés, porque siempre con el dato preciso o el enfoque científico novedoso aportaba ideas o soluciones en los más diversos asuntos.

Su Tratado de Derecho Administrativo, sus numerosos libros, conferencias y artículos, lo perfilaban como uno de los grandes juristas contemporáneos.

Fue un precursor. Su acción trascendió a la del hombre de Derecho. Transitó una y otra vez las huellas patagónicas, atendió su estudio y prestigió con su presencia la actividad profesional en Río Gallegos, cuyo Colegio de Abogados fundó; y no vacilaba en utilizar los precarios aviones de Aeroposta para estar presente en La Plata y dictar puntualmente su curso de Derecho Administrativo en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad homónima.

Este maestro eminente tenía admiración por dos grandes argentinos, Joaquín V. González y el Perito Francisco P. Moreno.

Como presidente de la Academia Nacional de Ciencias firmó una enérgica solicitada en los diarios deplorando una resolución de la Universidad del Comahue, por la que se cambiaba el nombre del Perito Moreno que ostentaba su Aula Magna.

Sentía por el prócer patagónico la emoción que se experimenta en la emulación de una meta común. El doctor Marienhoff fue un verdadero pionero y su presencia en el sur exalta aún más su vida ilustre.

Trabajó hasta los últimos días con la intensidad y el entusiasmo de su inicio, y con la templanza de espíritu de quien sabe y puede asumir las duras pruebas a que nos somete la existencia.

Por eso, sus colegas le quisimos mucho, le admirábamos y respetábamos, y frente al vacío que deja en su sitio, nos debe reconfortar; pensar que nos ha abandonado un gran argentino, un maestro auténtico y sabio, un amigo inolvidable, que merece con el homenaje de sus pares el agradecimiento de sus compatriotas y el recuerdo de las generaciones venideras.

Doctor Miguel S. Marienhoff, querido amigo, descansa en paz.



VI

DECLARACIONES Y DICTÁMENES



DECLARACIÓN DE LA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES SOBRE EL JUICIO POR JURADOS

El establecimiento del juicio por jurados, previsto en la Constitución de 1853/1860 y mantenido en la reforma de 1994, es materia de actualidad e interés para la opinión pública, por la trascendencia institucional que tendrá el someter a los habitantes de la Nación a un régimen que, aunque optativo, es extraño a nuestras tradiciones judiciales y del que dependerá la libertad de los individuos, que es el bien supremo garantizado por nuestro régimen de gobierno republicano. La presentación de varios proyectos de ley, incluido el del Poder Ejecutivo y su consideración por el Congreso de la Nación, impone a esta Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires la obligación de dar su opinión al respecto en cumplimiento del mandato estatutario de propender al perfeccionamiento del régimen legal del país.

El tema debe ser analizado desde el punto de vista de su oportunidad y de su conveniencia. En cuanto a lo primero, consideramos que ante la crisis que afecta a la justicia nacional, evidenciada en los juicios políticos terminados o en trámite que constituyen un oprobio para la República, lesionan la credibilidad ciudadana en sus instituciones y principalmente a la mayoría de los jueces dignos y probos que honran la función que ejercen, no resulta aconsejable introducir una nueva institución, que por mejor que sea la inspiración a que responda, originará incertidumbre en los justiciables que podrán ser juzgados según criterios ajenos u opuestos al Derecho, aumentando así la inseguridad jurídica que hoy padecen.

No menos inoportuno resulta agregar al ámbito estatal una nueva estructura judicial cuyos costos materiales, aún no evaluados, agravarán el excesivo gasto público en perjuicio de las cuentas nacionales y particularmente en momentos en que el presupuesto del Poder Judicial no puede satisfacer sus necesidades perentorias (edificios, equipamiento, mejoramiento tecnológico, etc.).

Respecto de su conveniencia, el tema es opinable. Esta Academia reconoce que la atribución legislativa para establecer el juicio por jurados no es cuestionable por su origen constitucional, pero esa atribución no es imperativa, sino una más de las que el poder constituyente ha dejado al criterio y oportunidad de los poderes constituidos, sin fijarle plazo como en otros casos.

El juicio por jurados ha esperado hasta ahora ciento cuarenta y cinco años. Alguna doctrina lo ha considerado, además, derogado por "desuetudo" (desuso de la norma).

No compartimos el criterio de que si no se lo sanciona habría que reformar la Constitución, pues muchas otras instituciones previstas por el constituyente están y estarán pendientes de concreción o se han concretado tardíamente (el Consejo de la Magistratura, la iniciativa popular, la coparticipación impositiva, los derechos de los indígenas, la consulta popular, el daño ambiental, etc.).

No consideramos que sea un argumento válido para sostener la instalación del juicio por jurados que en su virtud se logre democratizar la justicia o acercar ésta al pueblo, porque nuestro régimen de gobierno constitucional no es la democracia directa o participativa sino la democracia indirecta o representativa (arts. 1º y 22º C.N.), en cuya virtud en el sistema republicano el pueblo soberano se expresa y actúa a través de sus representantes en los tres poderes. A los jueces los elige indirectamente el pueblo mediante el Consejo de la Magistratura, el Poder Ejecutivo y el Senado de la Nación.

Si la idoneidad es el requisito constitucional para el ejercicio de cualquier función pública, preocupa seriamente que la de juzgar las conductas ilícitas de los individuos, que compromete su libertad, su honor y su patrimonio, quede librada a ciudadanos legos —no idóneos en la materia— que podrán condenar ignorando presupuestos básicos como son los concernientes a la antijuridicidad, la imputabilidad, la culpabilidad y la exculpación.

No parece respetarse el Derecho constitucional de igualdad ante la ley de todos los habitantes, cuando jueces legos pueden condenar a los

responsables de delitos graves como el homicidio calificado y los que atentan contra la seguridad de la Nación, el orden constitucional y la administración pública, mientras que se requiere la decisión de jueces letrados, con las mayores exigencias que resultarán del funcionamiento del Consejo de la Magistratura, para condenar a un deudor moroso a entregar una suma de dinero por insignificante que sea o para desalojar una vivienda por falta de pago.

Este tratamiento diferente se agrava si advertimos que esta nueva forma de impartir justicia se aparta del "debido proceso adjetivo" que garantiza el art. 18 de la Constitución Nacional, así como de la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en cuya virtud comporta exigencia constitucional que toda sentencia judicial debe ser derivación razonada del Derecho vigente con arreglo a las circunstancias comprobadas de la causa.

Buenos Aires, 23 de julio de 1998



VII

MEMORIA Y BALANCE

Se

so
ce

I.

la

co
si

A
a
r

F
t

y
o

MEMORIA 1998

Señores Académicos:

Cumpliendo con lo establecido en el art. 19, inc. b) del Estatuto, sometemos a la consideración del Cuerpo la memoria del ejercicio cerrado el 31 de diciembre de 1998.

I. Duelo de la Academia.

Debemos hacer referencia, en primer término, a tres ausencias lamentables registradas durante el período a que se ciñe este resumen.

El día 20 de marzo la Academia sufrió la pérdida del señor académico doctor Miguel S. Marienhoff, que honró su sitial con su conducta y sabiduría.

El señor académico doctor José Domingo Ray expresó el sentir de la Academia en el acto de inhumación de sus restos. Además, consta en actas el homenaje rendido por el Cuerpo en la primera sesión del año realizada el día 25 de marzo.

El doctor Marienhoff fue uno de los más destacados juristas contemporáneos y su producción y actuación docente en Derecho Administrativo lo convirtieron en un especialista de máxima autoridad,

Su prestigio trascendió fuera de nuestras fronteras y formó una pléyade de discípulos que continuarán sus enseñanzas en las universidades argentinas donde siempre se lo recordará con veneración.

El día 30 de agosto la Academia perdió a uno de sus más preclaros miembros de número, el señor académico doctor Jorge M. Mayer.

Era, en verdad, un hombre excepcional, tanto por la solidez de sus conocimientos y la profundidad de su formación, como por su extraordinario valor humano, y su deceso significó un duro golpe para nuestra institución.

A pedido de sus familiares, y respetando su voluntad expresa, no se hicieron llegar ofrendas florales ni se designó orador en su sepelio. En la sesión privada del día 10 de septiembre el plenario rindió homenaje al académico fallecido.

El día 10 de octubre la Academia sintió la pérdida de uno de sus miembros más brillantes, el señor académico doctor Jorge H. Bustamante Alsina.

Es innecesario destacar los méritos del doctor Bustamante Alsina: su inteligencia de excepción, la amplitud de sus conocimientos, su admirable voluntad de trabajo, su espíritu de sacrificio en la función docente, su preciso criterio jurídico, su decisión para luchar por la justicia confluyeron para conformar en su persona un valor humano extraordinario.

En razón de que la familia no comunicó el deceso y sólo se tomó conocimiento del mismo el lunes 12, no se designó orador para el sepelio. Como es habitual en estos casos, se publicó el aviso fúnebre, se dictó la resolución correspondiente y se envió una nota a la familia.

II. Reuniones de la Mesa Directiva.

A lo largo del año la Mesa Directiva se reunió periódicamente para deliberar sobre los asuntos de su competencia, fijar posiciones dentro de ese ámbito y preparar el material necesario para que el Plenario contara con los elementos requeridos para la mayor eficacia en su trabajo.

III. Reuniones ordinarias del Cuerpo.

Durante el período a que corresponde esta Memoria se cumplieron en su totalidad las sesiones ordinarias de la Academia, tanto las privadas como las que se concretaron en actos públicos.

Este hecho, unido al desarrollo de esas reuniones, puso de manifiesto el espíritu de trabajo de los señores académicos y su amplia participación en las actividades de la Corporación.

IV. Comunicaciones en sesiones privadas.

En las sesiones ordinarias privadas, de que dan cuenta las respectivas actas, además de los temas de interés general, se abordaron los seleccionados por los académicos y, posteriormente, se dialogó sobre la respectiva comunicación con intervención del relator y de quienes deseaban expresar su punto de vista sobre el tema. Se han publicado esos trabajos y seguidamente se menciona quién tuvo a su cargo la disertación.

Comunicaciones de académicos titulares:

23 de abril: doctores Augusto M. Morello y Eduardo Aguirre Obarrio: "La cláusula ética de la Constitución Nacional (artículo 36 in fine): aspectos de Derecho penal y procesal".

14 de mayo: doctor Julio H. G. Olivera: "Los derechos personalísimos de las personas jurídicas: Un enfoque iuseconómico".

28 de mayo: doctor Antonio Vázquez Vialard: "Ley de riesgos del trabajo".

11 de junio: doctor Félix A. Trigo Represas: "Responsabilidad civil por daño al ambiente".

13 de agosto: doctor Juan Carlos Cassagne: "El nuevo Código Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires".

10 de septiembre: doctor Jorge R. Vanossi: "Evocación de Vicente Gallo".

24 de septiembre: doctor Julio César Cueto Rúa: "Derecho consuetudinario o norma consuetudinaria".

12 de noviembre: doctora Aída R. Kemelmajer de Carlucci: "Prensa y justicia".

Comunicaciones de académicos correspondientes:

27 de agosto: doctor Néstor P. Sagüés: "La interpretación de los derechos humanos en la jurisdicción nacional y transnacional".

26 de noviembre: doctor Pedro J. Frías: "Una nueva mirada sobre la corrupción".

V. Sesiones públicas.

Durante el año 1998 la Academia efectuó tres actos públicos de notable repercusión y que contaron con la presencia de numeroso público, que siguió su desarrollo con interés digno de ser destacado.

El 25 de junio se hizo entrega de las distinciones correspondientes al "Premio Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires", de lo que se informa por separado en el punto XIII de la presente memoria.

El 8 de octubre se llevaron a cabo sendos homenajes a los ex académicos doctores Eduardo B. Busso y Carlos Juan Zavala Rodríguez, de lo que se da cuenta en el punto VII.

El 10 de diciembre se realizó un acto público con motivo de cumplirse 50 años de la Declaración Universal de Derechos Humanos, oportuna en la cual hicieron uso de la palabra los señores académicos doctores Germán J. Bidart Campos y Hugo Caminos ante una calificada concurrencia, atraída por la actualidad del tema propuesto.

VI.- Asamblea anual ordinaria.

El día 25 de marzo se llevó a cabo la asamblea ordinaria prevista en el artículo 14 del Estatuto que tuvo por finalidad aprobar la memoria, balance general, estado de recursos y gastos, estado de evolución del patrimonio neto, el presupuesto para el año 1998 y elegir nuevas autoridades para integrar la Mesa Directiva, que quedó compuesta de la siguiente manera: Presidente: doctor Roberto Martínez Ruiz, Vicepresidente: doctor Horacio A. García Belsunce, Secretarios: doctores Jaime Luis Anaya y Antonio Vázquez Vialard, Tesorero: Alberto Rodríguez Galán.

VII. Homenaje a académicos fallecidos.

El día 26 de agosto se llevó a cabo, en la sede de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, el acto conjunto de homenaje al doctor Manuel V. Ordóñez.

En dicho acto hicieron uso de la palabra el doctor Alberto Rodríguez Varela, en representación de nuestra Academia, y el doctor Gerardo Ancarola por la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas.

El día 8 de octubre se llevaron a cabo sendos homenajes a los ex académicos doctores Eduardo B. Busso y Carlos Juan Zavala Rodríguez.

Los señores académicos doctores José Domingo Ray y Jaime Luis Anaya se refirieron, respectivamente, a los homenajeados.

El día 23 de septiembre se constituyó la Comisión de Homenaje al doctor Alberto G. Padilla, en virtud de que el día 18 de marzo de 1999 se cumplirá el centenario de su nacimiento.

Estuvieron presentes miembros de las Academias Nacionales de Ciencias Morales y Políticas y de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, familiares y amigos del doctor Padilla. La Comisión quedó integrada por los académicos presentes y por todos los demás académicos que serán invitados a formar parte de ella.

Se decidió designar una Comisión Ejecutiva que tendrá a su cargo la organización de los actos y que estará presidida por los doctores Segundo V. Linares Quintana y Roberto Martínez Ruiz, titulares de ambas Academias a las que perteneció el doctor Padilla; y como vocales actuarán los doctores Jorge A. Aja Espil, Horacio A. García Belsunce, Eduardo Martiré, Alberto Rodríguez Galán, Alberto Rodríguez Varela, Jorge R. Vanossi y, por el Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, su presidente, doctor Oscar Alvarado Uriburu.

Se ha previsto que el 18 de marzo se hará oficiar una misa y, probablemente a mediados de año, se realizará un acto académico en el que harán uso de la palabra el doctor Horacio A. García Belsunce, en representación de nuestra Corporación, el doctor Jorge A. Aja Espil, en representación de la Academia de Ciencias Morales y Políticas, y el doctor Oscar Alvarado Uriburu, por el Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires.

Además, se va a instituir un premio, por una única vez, en memoria del doctor Alberto Padilla, sobre un tema de Derecho constitucional,

con una asignación económica aportada por la familia del doctor Padilla.

VIII. Designación de académico correspondiente.

En el año académico a que se refiere esta memoria, la Corporación designó académico correspondiente en Bonn, República Federal de Alemania, al profesor doctor Wolfgang Schöne.

El doctor Schöne ha sido profesor en las universidades de Erlagen, Berlín, München, Bleifeld, Gottingen, Freinburg i. Br., Jena, Frankfurt a. M., Giessen, Leipzig, Trier y actualmente en Repensburg.

Es fundador, en nuestro país, del Centro Internacional de Investigación en Ciencias Penales, junto con el señor académico doctor Enrique Ramos Mejía, y ha integrado la Comisión Redactora de las Reglas Mínimas para el Procedimiento Penal, en el ámbito de las Naciones Unidas.

Hemos recibido la carta del doctor Schöne agradeciendo la designación y ofreciendo tomar a su cargo una comunicación sobre "La globalización del orden jurídico penal. El papel de las ciencias penales en la Argentina y Alemania" durante el año 1999.

IX. Reuniones con Presidentes de Academias Nacionales.

De acuerdo con lo resuelto oportunamente, en el sentido de realizar dos reuniones fijas anuales, el día 9 de marzo la Presidencia se reunió en la Academia Nacional de la Historia junto con los otros presidentes de las Academias Nacionales.

En dicha oportunidad, los temas propuestos por los señores presidentes para su consideración fueron la proliferación de instituciones reconocidas como Academias Nacionales por el Poder Ejecutivo Nacional, asesoramiento al Poder Judicial de la Nación por parte de la Academia Nacional de Medicina, participación de las Academias en la Conferencia año 2000 y los homenajes conjuntos de las Academias Nacionales.

X. Reuniones con Presidentes de Academias Nacionales que ocupan el edificio de Avenida Alvear 1711.

El día 24 de abril la Presidencia se reunió con los titulares de Academias Nacionales con sede en avenida Alvear 1711 para tratar, entre otros, el tema referido a la capacidad del edificio para soportar más cargas.

En esa oportunidad se analizó el dictamen del ingeniero Arturo J. Bignoli sobre las condiciones del edificio y la posibilidad de una consulta sobre el tema a una unidad de investigación de la Facultad de Ingeniería de la Universidad de Buenos Aires.

En esa reunión se acordó proseguir los trámites a fin de conseguir los planos del edificio. Respecto a la capacidad de nuestra sede para recibir libros en donación, el presidente manifestó que la situación actual limita esa posibilidad.

XI. Declaraciones, consultas y dictámenes.

En cumplimiento de una de las funciones relevantes que le asigna el Estatuto, la Academia encargó a una comisión integrada por los doctores Eduardo Aguirre Obarrio, Lino E. Palacio y Alberto Rodríguez Varela, la redacción de un proyecto de dictamen referido a la oportunidad y conveniencia de reglamentar el juicio por jurados.

En la sesión privada del día 11 de junio fue aprobado por unanimidad, con la abstención del señor académico doctor Jorge R. Vanossi, el dictamen de referencia que, aunque tuvo difusión periodística, es conveniente reproducir:

"El establecimiento del juicio por jurados, previsto en la Constitución de 1853/1860 y mantenido en la reforma de 1994, es materia de actualidad e interés para la opinión pública, por la trascendencia institucional que tendrá el someter a los habitantes de la Nación a un régimen que, aunque optativo, es extraño a nuestras tradiciones judiciales y del que dependerá la libertad de los individuos, que es el bien supremo garantizado por nuestro régimen de gobierno republicano.

"La presentación de varios proyectos de ley, incluido el del Poder Ejecutivo y su consideración por el Congreso de la Nación, impone a esta Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires la obligación de dar su opinión al respecto en cumplimiento del mandato estatutario de propender al perfeccionamiento del régimen legal del país.

"El tema debe ser analizado desde el punto de vista de su oportunidad y de su conveniencia.

"En cuanto a lo primero, consideramos que ante la crisis que afecta a la justicia nacional, evidenciada en los juicios políticos terminados o en trámite que constituyen un oprobio para la República, lesionan la credibilidad ciudadana en sus instituciones y principalmente a la mayoría de los jueces dignos y probos que honran la función que ejercen, no resulta aconsejable introducir una nueva institución, que por mejor que sea la inspiración a que responda, originará incertidumbre en los justiciables que podrán ser juzgados según criterios ajenos u opuestos al derecho, aumentando así la inseguridad jurídica que hoy padecen.

"No menos inoportuno resulta agregar al ámbito estatal una nueva estructura judicial cuyos costos materiales, aún no evaluados, agravarán el excesivo gasto público en perjuicio de las cuentas nacionales y particularmente en momentos en que el presupuesto del Poder Judicial no puede satisfacer sus necesidades perentorias (edificios, equipamiento, mejoramiento tecnológico, etc.).

"Respecto de su conveniencia, el tema es opinable. Esta Academia reconoce que la atribución legislativa para establecer el juicio por jurados no es cuestionable por su origen constitucional, pero esa atribución no es imperativa, sino una más de las que el poder constituyente ha dejado al criterio y oportunidad de los poderes constituidos, sin fijarle plazo como en otros casos.

"El juicio por jurados ha esperado hasta ahora ciento cuarenta y cinco años. Alguna doctrina lo ha considerado, además, derogado por "desuetudo" (desuso de la norma).

"No compartimos el criterio de que si no se lo sanciona habría que reformar la Constitución, pues muchas otras instituciones previstas por el constituyente están y estarán pendientes de concreción o se han concretado tardíamente (el Consejo de la Magistratura, la iniciativa popular, la coparticipación impositiva, los derechos de los indígenas, la consulta popular, el daño ambiental, etc.).

"No consideramos que sea un argumento válido para sostener la instalación del juicio por jurados que en su virtud se logre democratizar la justicia o acercar ésta al pueblo, porque nuestro régimen de gobierno constitucional no es la democracia directa o participativa sino la democracia indirecta o representativa (arts. 1º y 22º C.N.), en cuya virtud en el sistema republicano el pueblo soberano se expresa y actúa a través de sus representantes en los tres poderes.

"A los jueces los elige indirectamente el pueblo mediante el Consejo de la Magistratura, el Poder Ejecutivo y el Senado de la Nación.

"Si la idoneidad es el requisito constitucional para el ejercicio de cualquier función pública, preocupa seriamente que la de juzgar las conductas ilícitas de los individuos, que compromete su libertad, su honor y su patrimonio, quede librada a ciudadanos legos —no idóneos en la materia— que podrán condenar ignorando presupuestos básicos como son los concernientes a la antijuridicidad, la imputabilidad, la culpabilidad y la exculpación.

"No parece respetarse el derecho constitucional de igualdad ante la ley de todos los habitantes, cuando jueces legos pueden condenar a los responsables de delitos graves como el homicidio calificado y los que atentan contra la seguridad de la Nación, el orden constitucional y la administración pública, mientras que se requiere la decisión de jueces letrados, con las mayores exigencias que resultarán del funcionamiento del Consejo de la Magistratura, para condenar a un deudor moroso a entregar una suma de dinero por insignificante que sea o para desalojar una vivienda por falta de pago.

"Este tratamiento diferente se agrava si advertimos que esta nueva forma de impartir justicia se aparta del "debido proceso adjetivo" que garantiza el art. 18 de la Constitución Nacional, así como de la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en cuya virtud comporta exigencia constitucional que toda sentencia judicial debe ser derivación razonada del derecho vigente con arreglo a las circunstancias comprobadas de la causa."

Por último, la Secretaría de Cultura de la Nación remitió a la Academia sendos pedidos de opinión referidos a las solicitudes de nacionalización de la Academia Argentina de Ciencias de la Empresa y de la Academia Argentina de Música, los que se respondieron conforme al criterio seguido en situaciones análogas planteadas en anteriores ocasiones, aconsejando no hacer lugar a lo requerido, tanto por la inconveniencia de multiplicar el número de academias nacionales, cuanto por no resultar necesario acceder a lo solicitado, por existir superposición con otras academias actualmente existentes, lo que ocurre con la de Ciencias de la Empresa, dado que las academias de Derecho y de Ciencias Económicas abarcan el objeto de aquélla y, en cuanto a la de Música, se superpondría con la Academia de Bellas Artes.

XII. Labor de los Institutos.

Instituto de Derecho Administrativo

Bajo la dirección del señor académico doctor Juan Carlos Cassagne, 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.

Antes de iniciar la actividad estrictamente académica, el Instituto rindió en su primera sesión un sentido homenaje al doctor Miguel S. Marienhoff. Hizo uso de la palabra el doctor Juan Carlos Cassagne y luego se guardó un minuto de silencio.

Entre las sesiones académicas, merece destacarse la exposición del doctor Pedro J. J. Coviello sobre el tema "La zona de reserva de la administración y el principio de legalidad administrativa".

Más tarde, la actividad del Instituto continuó en varias sesiones dedicadas al análisis del nuevo Código Procesal Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires. Sobre los aspectos generales disertó el doctor Juan Carlos Cassagne. Con posterioridad y durante dos sesiones el doctor Pablo E. Perrino expuso sobre el tema "Las pretensiones procesales en el nuevo Código Procesal Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires".

En la sesión siguiente, el doctor Beltrán Gambier trató "Las medidas cautelares en el nuevo Código Procesal Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires".

En la última sesión del año, el doctor Julio R. Comadira expuso sobre "El anteproyecto de Código Procesal Contencioso Administrativo de la Nación".

Instituto de Derecho Civil

El académico doctor Félix A. Trigo Represas ha sido designado y se ha hecho cargo de la dirección del Instituto, a raíz de haber renunciado el anterior director con motivo de haber sumido la Presidencia de la Academia.

Bajo la nueva dirección el Instituto continúa funcionando como habitualmente lo ha hecho, llevando a cabo diversas reuniones de tra-

bajo a las que fueron invitados todos sus miembros y se llevaron a cabo con quienes en definitiva pudieron concurrir a las mismas.

El objetivo primordial propuesto y logrado fue la concreción de los trabajos comprometidos durante el año precedente, todavía bajo la anterior dirección, con destino a la publicación de un nuevo ejemplar de los "Estudios" del Instituto, esta vez dedicado al tema genérico "Daño Moral".

Se logró así la presentación de importantes trabajos sobre tal temática, por parte de distintos miembros del Instituto, a saber:

- La doctora María Luisa Casas de Chamorro Vanasco se ocupó de "La reparación pecuniaria del daño moral";
- el doctor José Julián Carneiro lo hizo sobre "La reforma constitucional de 1994 y el daño moral";
- el doctor Rubén H. Compagnucci de Caso trató acerca del "Concepto, caracterización y presupuestos del daño moral";
- el doctor Ernesto E. Nieto Blanc, sobre "Daño moral y daño psíquico";
- el doctor Eduardo A. Sambrizzi presentó un extenso estudio sobre "El daño moral en el derecho de familia"; y, finalmente,
- el doctor Félix A. Trigo Represas, sobre "Casos dudosos de legitimados activamente para accionar por daño moral".

Con todos ellos actualmente en imprenta, resulta pues de inminente aparición el número 5 de la Serie IV de los "Estudios" de este Instituto dentro de los mismos lineamientos y calidad que siempre han caracterizado a los mismos.

Instituto de Derecho Empresarial

De conformidad con lo dispuesto por el art. 3 del Reglamento de Institutos de la Academia, habiendo completado el término de la designación los doctores Edgar Jelonche, Alicia Josefina Stratta, Mariano Gagliardo, Guillermo Enrique Ragazzi, Ángel D. Vergara del Carril, Osvaldo Gómez Leo, Julio César Otaegui, Pedro Mario Giraldi y Osvaldo J. Marzorati, el Plenario resolvió renovar estas designaciones.

La actividad académica del Instituto se inició con una reunión preliminar llevada a cabo el día 19 de marzo, en la que los miembros concurrentes conversaron acerca de posibles temas de interés para desarrollar en las siguientes reuniones programadas para el corriente año, y donde también se comentaron novedades legislativas o proyectos parlamentarios o del Poder Ejecutivo, principalmente en el campo del Derecho empresarial.

En el mes de abril, el doctor Jaime Luis Anaya disertó sobre "Las cláusulas de garantía en los contratos de compraventa de acciones", tema que generó un interesante intercambio de opiniones, que puso de manifiesto la preocupación común e importancia que las partes contratantes asignan a dicho tópico.

En la reunión correspondiente al mes de mayo tuvo lugar la incorporación de la doctora Ana Isabel Piaggi y del doctor Héctor Alegría como miembros de este Instituto, y los doctores Osvaldo Gómez Leo y Josué Fernández Escudero —especialmente invitado para la ocasión— expusieron sobre la problemática del "Cheque Truncado" y su implementación dentro de nuestro régimen bancario y cambiario.

También expuso como invitado especial del Instituto el doctor Eduardo R. Steinfeld, presidente de la Asociación Argentina de Derecho de Seguros (A.I.D.A., rama argentina de la Asociación Internacional de Derecho de Seguros), quién realizó en nuestro encuentro del mes de junio una lograda disertación acerca de la "Evolución y prospectiva del Derecho de seguros en la Argentina".

El tema de las "Sociedades de familia" fue abordado por la doctora Alicia Stratta en la reunión llevada a cabo en el mes de agosto, ocasión en la que también el doctor Jaime L. Anaya expuso sobre la "Arbitralidad de las Sociedades".

En la sesión del mes de octubre fue escuchada una muy interesante disertación del doctor Osvaldo Marzorati, quien brindó un panorama acerca de las cuestiones jurídicas de mayor relevancia que involucra la "Financiación de Proyectos", con particular detenimiento en el espectro de las contrataciones internacionales y, dentro de ellas, en las alternativas derivadas de la intervención de los poderes públicos de los países en cuyo territorio dichos contratos tienen efectos.

Finalmente, en el mes de noviembre, la doctora Ana Isabel Piaggi expuso sobre el "Comercio Electrónico", tema que dio lugar a un rico intercambio de ideas entre los concurrentes en torno a la inserción de esta problemática dentro de los esquemas contractuales tradicionales y de la normativa nacional vigente.

La sección de Derecho del Trabajo del Instituto de Derecho Empresarial está presidida por el doctor Antonio Vázquez Vialard e integrada por los especialistas en la materia que se mencionan a continuación: Carlos M. Aldao Zapiola, Cristina Álvarez, Mario Ackerman, Juan Ángel Confalonieri, Hugo R. Carcavallo, Susana Corradeti, Julio Caballero, Horacio de la Fuente, Ricardo Arturo Foglia, Adrián Goldín, Lorenzo Gnecco, Roberto Izquierdo, Justo López, Humberto Podetti, Luis Ramírez Bosco, Noemí Rial, Alberto Rimoldi y Jorge Rodríguez Mancini.

Las actividades correspondientes al año 1998 comenzaron el mes de marzo y finalizaron en noviembre. Se realizó una reunión mensual en la sede de la Academia, al principio los primeros miércoles de cada mes.

A partir del mes de septiembre, por razones de agenda, dichas reuniones se efectuaron los primeros martes.

Todas las reuniones fueron grabadas y luego desgrabadas y volcado su contenido en cuadernos que fueron distribuidos entre todos los miembros de la sección. También se fotocopió y distribuyó documentación y antecedentes vinculados con cada uno de los temas tratados.

A principio del año, en la primera sesión, se estableció un temario para las sucesivas reuniones. En cada una de ellas uno de los integrantes del grupo, designado con anterioridad, la iniciaba con una exposición del tema previamente determinado, y luego se efectuaba un cambio de ideas y de información sobre el mismo.

Seguidamente se detallan las reuniones, fecha de las mismas, temario y expositor:

* El día 19 de marzo el doctor Jorge Rodríguez Mancini se refirió al tema "El artículo 30 de la Ley de contrato de Trabajo";

* los días 6 de mayo y 2 de junio, también el doctor Rodríguez Mancini habló sobre "El proyecto de reforma del artículo 30 de la Ley de Contrato de Trabajo";

* el 1º de julio el doctor Juan A. Confalonieri expuso sobre "Contrato de aprendizaje";

* el día 5 de agosto el doctor Lorenzo Gnecco disertó sobre "Régimen de pasantías";

* el día 8 de septiembre la doctora Susana Corradeti habló sobre "Despido discriminatorio";

* el 6 de octubre, el doctor Hugo Carcavallo se refirió al tema "Período de prueba" y,

* el día 3 de noviembre el doctor Rodríguez Mancini realizó una comunicación sobre "El artículo 30 de la Ley de Contrato de Trabajo y su reforma por la ley 25.013".

Instituto de Derecho Internacional y de la Navegación

En el curso del año 1998 se recibió en el Instituto la visita del señor Mans Jacobson, director del International Oil Pollution Compensation Fund, quien informó sobre las últimas novedades con respecto a los casos de polución en Génova (The Haven) y en España (Aegean Sea), que se produjeron años atrás. También hizo referencia al ocurrido en Venezuela que determinó, como en los otros casos, la intervención de abogados locales y del personal del Fondo.

El director de este Instituto, doctor José D. Ray, ha realizado gestiones para la ratificación de las convenciones internacionales sobre "Contaminación por Hidrocarburos" (1992) y "Asistencia y Salvamento" (1989) y ha estado en comunicación con el Consejero Legal de la Cancillería y Presidente encargado de la Comisión del Ministerio que tiene a su cargo la labor encomendada por Naciones Unidas para el decenio del Derecho internacional.

Bajo la dirección del doctor Hugo Caminos se ha reelaborado el trabajo sobre el Tribunal del Mar, de Hamburgo, y seguramente se podrá publicar en el curso del año 1999.

Coincidiendo con una invitación de la firma Niver Lines, en el mes de junio, el director del Instituto asistió al Congreso organizado en El Pireo, Grecia, sobre temas de Derecho marítimo.

Por invitación del Ministerio de Relaciones Exteriores de Venezuela, el doctor José Domingo Ray concurrió al Congreso auspiciado por UNCITRAL (Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional) y expuso acerca de los "Trabajos del Comité Marítimo Internacional sobre uniformidad de la responsabilidad en el transporte de mercaderías".

Posiblemente ese trabajo se publicará en "Il Diritto Marittimo" por sugerencia del director de la revista y presidente honorario del Comité Maritime International, profesor Francesco Berlingieri.

Ante un requerimiento del Ministerio de Relaciones Exteriores a la Asociación Argentina de Derecho Marítimo, el director del Instituto hizo llegar un informe sobre embargo de buques con referencia a la Conferencia Diplomática que se celebrará en el mes de mayo de 1999.

Por último, en los primeros días del mes de diciembre, el doctor Ray concurrió al seminario sobre "Integración y Transporte Multimodal de Mercaderías", celebrado en la ciudad de Santa Cruz de la Sierra, Bolivia, en el cual tuvo a su cargo el discurso inaugural y el taller constituido para tratar los temas sobre "Responsabilidad del Operador de Transporte Multimodal, Documentación, Seguros y Comercio Exterior". Ello se publicará en el curso del próximo año.

XIII. Premios de la Academia.

Premio Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

El jurado integrado por los doctores Federico N. Videla Escalada, Enrique Ramos Mejía, Jaime Luis Anaya, Antonio Vázquez Vialard y Augusto Mario Morello, presentó su dictamen en la sesión privada del día 23 de abril y fue aprobado por el Cuerpo.

El jurado consideró que la mejor obra presentada para optar al referido premio es la titulada "Derecho de Seguros", del doctor Rubén S. Stiglitz.

Asimismo, se concedió el Accesit a la obra del doctor Antonio María Hernández (h), "Derecho Municipal", y se sugirieron Menciones Especiales a las obras "Derecho de las Telecomunicaciones", del doctor Guillermo J. Cervio, y "Alianzas Estratégicas y Joint Ventures", del doctor Osvaldo J. Marzorati.

El día 25 de junio se llevó a cabo en acto público la entrega de las distinciones correspondientes.

En nombre del jurado hizo uso de la palabra el señor académico doctor Augusto Mario Morello.

Seguidamente, el doctor Rubén S. Stiglitz agradeció la distinción recibida, haciendo lo propio el doctor Antonio María Hernández (h).

Premio Estímulo Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

El jurado integrado por los señores académicos doctores Elías P. S. Guastavino, Julio César Cueto Rúa, Lino Enrique Palacio, Eduardo Aguirre Obarrio y Jorge Reinaldo Vanossi presentó su dictamen en la sesión privada del día 10 de septiembre, recomendando que se otorgue el premio de referencia al trabajo sobre "La acción de amparo", presentado bajo el seudónimo "Primus y Secundus".

El Cuerpo decidió conferir el premio al trabajo mencionado por el jurado, cuyos autores resultaron ser los señores Gonzalo Leandro Sosa y José Luis Sussi de la ciudad de Rosario, a quienes se les hizo entrega de los diplomas y la retribución establecida en la sesión privada del día 22 de octubre.

En esa ocasión, el doctor Eduardo Aguirre Obarrio, en nombre del jurado, analizó el tema elegido y las características del trabajo seleccionado, y felicitó a los autores. Por su parte, el doctor Sussi agradeció la distinción en nombre de los premiados.

XIV. Visitas a la Academia.

El día 15 de octubre el señor académico presidente, doctor Roberto Martínez Ruiz, recibió en la Academia la visita del Procurador del Tesoro de la Nación, doctor Rodolfo Díaz.

En la oportunidad, el doctor Díaz invitó al doctor Martínez Ruiz a hacer uso de la palabra en el acto de presentación de la obra "Manual de Estilo de la Procuración del Tesoro de la Nación", que se llevó a cabo el día 10 de noviembre, en conmemoración de los 135 años de la creación de la Procuración del Tesoro.

Finalmente, el día 2 de noviembre el señor académico correspondiente en Alemania, profesor Wolfgang Schöne, fue recibido por los integrantes de la Mesa Directiva y el doctor Eduardo Aguirre Obarrio.

En dicha ocasión, el doctor Schöne confirmó su conferencia en una sesión pública a celebrarse el día 22 de abril del año próximo, sobre el tema "La globalización del orden jurídico penal. El papel de las ciencias jurídicas penales en la Argentina y Alemania".

XV. Comodato.

Durante el mes de agosto y mediante intercambio de notas entre el señor académico presidente doctor Roberto Martínez Ruiz y el presidente de la Academia de Ingeniería, ingeniero Antonio Marín, se acordó renovar por dos años el contrato de comodato por el cual se cede el uso del departamento "A", unidad N° 4, del edificio de Avda. Quintana 585.

XVI. Biblioteca.

La biblioteca se enriqueció con los correspondientes ejemplares de las colecciones a las que la Academia está suscripta, así como con la incorporación de obras donadas por los señores académicos y por diversas personas e instituciones.

Además, este año, la Mesa Directiva resolvió actualizar el catálogo de libros sobre temas de insoslayable importancia.

Así, se adquirieron obras recientes sobre la reforma constitucional de 1994 y los tomos editados hasta el momento de la "Obra de la Convención Constituyente. 1994", compilada por el Ministerio de Justicia de la Nación.

En el aspecto técnico, es de señalar que la doctora María Luz Rezk continúa la tarea iniciada, que en esta etapa consiste en volcar en la computadora todos los datos referidos a los libros, revistas y demás publicaciones que componen nuestro acervo bibliográfico.

XVII. Trabajos y dotaciones en la sede de la Academia.

Durante el transcurso del año, la corporación participó, como es habitual, en los gastos correspondientes al cuidado y mantenimiento del edificio que comparte con otras academias nacionales.

En lo que se refiere a la sede de nuestra Academia, fue motivo de particular atención por parte de la Mesa Directiva el acondicionamiento de los diversos salones.

Con el asesoramiento del arquitecto Alberto Mendonça Paz se modificó la iluminación de la sala de sesiones, del salón de actos y del hall de entrada y se adquirieron nuevos muebles para la sala de la Presidencia. Además, se cambió el antiguo sistema de audio por uno más moderno que permite el uso de micrófonos inalámbricos.

XVIII. Donaciones recibidas.

Los herederos del doctor Miguel S. Marienhoff donaron a esta Academia la colección completa de "Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación" que perteneciera al académico fallecido. Mediante nota se agradeció a la familia Marienhoff su generoso gesto.

Asimismo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por resolución N° 2004/98, resolvió autorizar la remisión gratuita de la colección de "Fallos" y "Digestos" de la Corte a la Academia, habida cuenta de que esta institución envía a la Corte su colección de "Anales".

De esta manera, no se verá interrumpida la colección de "Fallos" que donara la familia del doctor Marienhoff.

XIX. Congreso de Academias Iberoamericanas de Derecho.

Organizado por la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, el Congreso se celebró en esa ciudad los días 15, 16 y 17 de octubre.

Concurrieron en representación de la Academia el señor académico vicepresidente doctor Horacio A. García Belsunce y los académicos titulares doctores Federico N. Videla Escalada, José D. Ray y Aída Kemelmajer de Carlucci.

La Academia organizadora editó un libro con los trabajos presentados con anterioridad a la reunión y un anexo con trabajos posteriores, que el doctor García Belsunce entregó para la biblioteca de la Academia.

Los doctores Videla Escalada y Ray participaron en la Comisión de Trabajo N° 1, "Enseñanza del derecho y función de las academias", mientras que el doctor Horacio A. García Belsunce, junto con la doctora Kemelmajer de Carlucci, intervinieron en la Comisión N° 2, "Integración y derecho".

Los trabajos realizados en la Comisión N° 1 se centraron en el tema de la enseñanza del Derecho y la función de las academias.

En este punto, el doctor Ray expuso su opinión en el sentido de que, sin perjuicio de la docencia general que cumplen las academias a través de sus trabajos de investigación y sus publicaciones, la enseñanza universitaria del Derecho debe estar a cargo de las facultades.

Por su lado, en la Comisión N° 2, el doctor García Belsunce informó en el panel sobre el tema "Derecho de los tratados vs. Derecho constitucional", y la doctora Kemelmajer de Carlucci disertó sobre "La necesidad de crear un órgano jurisdiccional supranacional para el Mercosur. La protección de los particulares".

Como resultado de los trabajos e informes presentados y de la deliberación posterior, la comisión elaboró las conclusiones que también obran en la biblioteca de la Academia.

El doctor García Belsunce, a pedido del presidente de la Academia organizadora, doctor Luis Moisset de Espanés, tuvo a su cargo, en la comida de inauguración, las palabras de agradecimiento en nombre de las academias invitadas.

Por último, el doctor García Belsunce participó de la asamblea del Comité Permanente de las Academias Iberoamericanas de Derecho que preside el doctor Eduardo Roca.

En la ocasión se discutió la fijación de la sede del próximo congreso, decidiéndose hacerlo en la ciudad de México y, como alternativa en caso de imposibilidad de ésta, en La Coruña (España).

Agrega que el doctor Moisset de Espanés lo invitó a hacer uso de la palabra, oportunidad en la que ratificó la decisión tomada por el entonces presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, doctor José D. Ray, en el congreso celebrado en Madrid en 1996, en el sentido de que nuestra Academia no firmaba el Protocolo que constituyó en 1994 la Agrupación de Academias Iberoamericanas, en razón de que nuestra corporación no deseaba ni desea formar parte de agrupaciones nacionales o internacionales que de tal manera asocien a la Academia con otras instituciones equivalentes, sin perjuicio de lo cual, reiteró —como también lo expresara en su oportunidad el doctor Ray— el agrado de la Academia de Buenos Aires en participar de este tipo de reuniones o congresos y, asimismo, intercambiar toda la información legislativa y bibliográfica que fuera pertinente.

XX. Distinciones y labor de los señores académicos.

El doctor Hugo Caminos participó, del 16 de febrero al 3 de abril, en las sesiones del Tribunal del Derecho del Mar, en Hamburgo.

Asimismo, el doctor Caminos dictó un curso en la Academia de Derecho Internacional de La Haya sobre "El papel de la OEA en la pro-

moción y protección de la democracia", un curso de Derecho del Mar en la Facultad de Derecho de la Universidad de Miami y participó en la sesión del Tribunal Internacional de Derecho del Mar, en Hamburgo, desde el 10 de agosto hasta el 8 de diciembre.

El doctor Antonio Vázquez Vialard concurreó, desde el 22 de abril hasta el 2 de mayo, al XIII Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, en Panamá, donde presentó una ponencia, y a una reunión de jueces del trabajo, en Costa Rica, oportunidad en la que se refirió a los temas: "El daño moral en el derecho del trabajo" y "Actualización monetaria".

El doctor José Domingo Ray participó, desde el 26 de mayo hasta el 11 de junio, en el seminario sobre "Legal Aspects for Maritime Casualties" en El Pireo, Grecia. Asimismo, y durante el mes de noviembre, el doctor Ray asistió, en Caracas, a un congreso convocado por UNCITRAL, Comisión de Derecho Mercantil de Naciones Unidas, en el que expuso sobre el tema "Los trabajos del CMI para la unificación del régimen de responsabilidad del transportista de mercaderías por agua".

Además, el doctor Ray ofreció una conferencia sobre "Transporte Multimodal" en la Universidad Central de Caracas y tomó parte en una reunión sobre el mismo tema en Santa Cruz de la Sierra, los días 6, 7 y 8 de diciembre.

El doctor Juan Carlos Cassagne viajó a España, donde mantuvo reuniones en las universidades Autónoma y Carlos III, a efectos de coordinar las Jornadas Hispano-Argentinas de Derecho Administrativo y concurreó a la sesión de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas de España.

La doctora Aída R. Kemelmajer viajó como invitada de la Universidad de Génova durante el mes de junio.

El doctor Julio César Cueto Rúa fue designado Presidente de la Academia Nacional de Ciencias Económicas.

Durante el mes de septiembre la doctora Kemelmajer de Carlucci recibió el Premio Konex de Platino en la actividad "jueces"; el señor académico doctor Jorge R. Vanossi recibió el Premio Konex de Platino en la actividad "legisladores" y el señor académico doctor Carlos M. Muñiz recibió el Premio Konex de Platino en la actividad "diplomáticos" y el Premio Konex de Brillante, con el que se distingue a la más sobresaliente personalidad entre los veinte Konex de Platino.

El señor académico vicepresidente doctor Horacio A. García Belsunce fue designado Socio Honorario por el Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires.

También, el señor académico vicepresidente doctor Horacio A. García Belsunce fue designado miembro correspondiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

El señor académico presidente doctor Roberto Martínez Ruiz recibió la medalla que corresponde a los 60 años de ejercicio de la profesión de abogado.

También, el señor académico presidente doctor Roberto Martínez Ruiz pronunció las palabras en el acto organizado por la Fundación Salvat, en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, el día 29 de octubre. En la oportunidad, se otorgó un premio a los alumnos sobresalientes en Derecho Civil de esa facultad, consistente en una beca de estudios.

El premio está instituido a la memoria del doctor Raymundo M. Salvat, quien fuera miembro titular de esta Academia. El doctor Martínez Ruiz expresó la adhesión de la Corporación al homenaje a la memoria del doctor Salvat.

El señor académico doctor Julio César Cueto Rúa fue elegido para integrar el Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires.

El señor académico doctor Lino E. Palacio fue designado para constituir el Jurado de Enjuiciamiento de los Magistrados de la Ciudad de Buenos Aires.

El señor académico doctor Juan R. Aguirre Lanari fue condecorado con las palmas sanmartinianas el día 5 de noviembre, en acto que tuvo lugar en el Instituto Nacional Sanmartiniano. En esa ocasión el doctor Aguirre Lanari ofreció una disertación sobre "San Martín: hijo de Yapeyú y su proyección americana".

XXI. Resultado financiero del ejercicio.

Según surge del balance y demás documentación contable anexa a esta memoria, el ejercicio financiero 1998 arroja un superávit de \$ 49.895,41, el que resulta de que las inversiones efectuadas por la suma de \$ 36.678,69 no se deducen como gasto; ni tampoco lo son, efectivamente, las amortizaciones de los bienes de uso.

Hecha esta aclaración, el superávit efectivo se reduce notoriamente y se debe a economías en la administración.

XXII.

La Presidencia se complace en señalar el reconocimiento de la Academia, por su eficaz colaboración y cumplimiento de sus obligaciones, al personal administrativo integrado por la profesora Silvia Raquel Rivas, la señorita Susana Guerrero y el señor Juan Manuel Nievas; a la señora Esthela Oviedo y a la doctora María Luz Rezk por los servicios prestados en la atención de la biblioteca.

XXIII. Reflexión final.

La Academia ha contado con la contribución de todos sus miembros titulares para cumplir durante el año 1998 los fines estatutarios de la corporación, especialmente el referente al objeto de aportar su esfuerzo para el perfeccionamiento del régimen legal que rige en la República. Ha expresado en declaraciones públicas su opinión sobre temas vinculados con la administración de justicia, y a través de la publicación de las comunicaciones de los académicos en separatas que adelantan el contenido de los Anales.

BALANCE DEL EJERCICIO 1998

NOMBRE DE LA ASOCIACIÓN:

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
DE BUENOS AIRES

DOMICILIO:

AVDA. ALVEAR Nº 1711, PISO 1º - 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

Nº DE INSCRIPCIÓN EN LA INSPECCIÓN GENERAL DE JUSTICIA:

X - 2045

BALANCE GENERAL AL 31 DE DICIEMBRE DE 1998

INICIADO EL 1º DE ENERO DE 1998



ESTADO DE SITUACIÓN PATRIMONIAL
BALANCE GENERAL AL 31 DE DICIEMBRE DE 1998

ACTIVO

<u>ACTIVO CORRIENTE</u>	\$
Caja y Bancos (Nota 2)	6.009,53
Inversiones (Nota 2)	490.990,85
Otros Créditos (Nota 2)	<u>7,11</u>
Total del Activo Corriente	<u>497.007,49</u>
 <u>ACTIVO NO CORRIENTE</u>	
Bienes de Uso (Anexo 1)	75.319,34
Total del Activo no Corriente	<u>75.319,34</u>
TOTAL DEL ACTIVO	<u><u>572.326,83</u></u>

PASIVO

<u>PASIVO CORRIENTE</u>	\$
Deudas Sociales (Nota 2)	29,96
Deudas Fiscales (Nota 2)	347,78
Otras Deudas (Nota 2)	<u>8.975,00</u>
Total del Pasivo Corriente	<u>9.352,74</u>
 <u>PASIVO NO CORRIENTE</u>	
Previsiones (Nota 2)	1.152,47
Total del Pasivo No Corriente	<u>1.152,47</u>
Total del Pasivo	<u>10.505,21</u>
 <u>PATRIMONIO NETO</u>	
Según Estado Respectivo	<u>561.821,62</u>
Total del Pasivo y Patrimonio Neto	<u><u>572.326,83</u></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 1998

RESULTADOS ORDINARIOS

<u>RECURSOS</u>	\$
Para fines generales (Anexo 2)	182.989,66
Total	<u>182.989,66</u>
<u>GASTOS</u>	
Generales de Administración (Anexo 3)	126.347,41
Amortizaciones de Bienes (Anexo 1)	6.746,84
Subtotal	<u>133.094,25</u>
<u>RESULTADOS ORDINARIOS – SUPERÁVIT</u>	<u>49.895,41</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 EVOLUCIÓN DEL PATRIMONIO NETO
AL 31 DE DICIEMBRE DE 1998

Detalle	Capital Suscripto \$	Ajuste del Capital \$	Resultados No Asignados \$	Total \$
Saldos al inicio	0,000943	122.035,84	389.890,37	511.926,21
Resultado del ejercicio	-	-	49.895,41	49.895,41
Saldos al cierre	0,000943	122,035,84	439.785,78	561.821,62

Las notas y anexos que se acompañan forman parte integrante de este estado.

El Informe de Auditor sobre estados contables se adjunta por separado.

ANEXO "1"
BIENES DE USO AL 31 DE DICIEMBRE DE 1998

Rubros	Valor al inicio	Aumentos	Valor al cierre	Amortizaciones		Neto Resultante
				Acumulada al comienzo	Del ejercicio	
Inmuebles	\$ 42.023,54	\$ -	\$ 42.023,54	\$ 7.138,63	\$ 930,26	\$ 33.954,65
Muebles y Útiles	55.194,55	24.064,19	79.258,74	46.251,10	4.035,42	28.972,22
Biblioteca	16.316,49	12.614,50	28.930,99	14.757,36	1.781,16	12.392,47
TOTALES	113.534,58	36.678,69	150.213,27	68.147,09	6.746,84	75.319,34

Las notas y anexos que se acompañan forman parte integrante 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 1998

DETALLE	\$
Contribuciones	150.932,00
Venta de Publicaciones	1.125,10
Utilidades Varias	<u>30.932,56</u>
TOTAL	<u><u>182.989,66</u></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.

ANEXO "3"

GASTOS GENERALES DE ADMINISTRACIÓN CORRESPONDIENTES
AL EJERCICIO FINALIZADO EL 31 DE DICIEMBRE DE 1998

DETALLE	\$
Sueldos del personal	56.327,82
Cargas Sociales	13.934,65
Premio Estímulo	5.000,00
Mantenimiento y refacciones	9.142,72
Publicaciones	7.940,00
Diversos	<u>34.002,22</u>
TOTAL	<u><u>126.347,41</u></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.

ANEXO "4"

COMPARACIÓN DE LOS RECURSOS Y GASTOS DEL EJERCICIO
 CON EL PRESUPUESTO ECONÓMICO APROBADO
 POR EL CUERPO ACADÉMICO EN LA SESIÓN PRIVADA
 DEL 25 DE MARZO DE 1998

	Valor al 03/98	Recursos y Gastos	Desvíos
RESULTADOS ORDINARIOS			
Para fines generales	180.000,00	182.989,66	(2.989,66)
GASTOS ORDINARIOS			
Generales de Administración			
Sueldos y Cargas Sociales	62.000,00	70.262,47	8.262,47
Publicaciones	30.000,00	7.940,00	(22.060,00)
Biblioteca	20.000,00	—	(20.000,00)
Mantenimiento Edificios	36.000,00	9.142,72	(26.857,28)
Diversos	32.000,00	39.002,22	7.002,22

Las notas y anexos que se acompañan forman parte integrante 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 CULTURA Y EDUCACIÓN DE LA NACIÓN

MES Y AÑO	\$
01/98	12.036
02/98	12.436
03/98	12.436
04/98	12.436
05/98	12.436
06/98	12.436
07/98	12.436
08/98	12.436
09/98	12.436
10/98	12.436
11/98	12.436
12/98	12.436
Total contribuciones estatales recibidas	<u>150.932</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 1^{er} Piso del edificio sito en Avenida Alvear 1711 de Capital Federal.

Partes contratantes:

a) Comodante:

Ministerio de Cultura y Educación 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 1998

NOTA N° 1 - BASES DE PRESENTACIÓN DE LOS ESTADOS CONTABLES Y PRINCIPALES CRITERIOS DE VALUACIÓN

a) *Normas contables profesionales.*

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 (FACPCE).

b) *Consideración de los efectos de la inflación.*

Los estados contables no han sido preparados en moneda constante por resultar irrelevante la incidencia del ajuste por inflación. Este criterio es aceptado por las normas contables profesionales en la medida que la variación del índice de precios aplicable para la reexpresión no supere el 8% anual.

c) *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 de adquisición 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 (\$)
02/98	Sistema de audio	10.648,00
04/98	Artefactos de iluminación e instalación	3.374,46
04/98	Mueble para sistema de audio	874,83
06/98	2 spots	72,90
06/98	Carpintería B. P.	690,00
07/98	2 disyuntores e instalación	228,00
07/98	Colocación spots en sala de reuniones	335,00
10/98	Biblioteca	3.751,00
11/98	Vons - 3 sillones	4.090,00

Detalle de las inversiones en Biblioteca

Fecha	Detalle	Importe (\$)
02/98	Suscripción "La Ley" /98	10.730,00
03/98	Convención Nacional Constituyente	810,00
03/98	Abeledo-Perrot diversos	492,00
03/98	Libros Bidart Campos	262,50
06/98	Suscripción "La Ley" Nros. atrasados año 87	320,00

NOTA N° 2 - DETALLE DE LOS PRINCIPALES RUBROS

ACTIVO

	\$	\$
<i>Caja y Bancos</i>		
Caja	369,30	369,30
Banco Nación Argentina cta. cte.	<u>5.640,23</u>	6.009,53
<i>Inversiones</i>		
495.700 Bx 92 a \$ 0,9905		490.990,85
<i>Otros Créditos</i>		
MAPFRE - Aconcagua A.R.T.		7,11

PASIVO

	\$	\$
<i>Deudas Sociales</i>		
UTEDYC		29,96
<i>Deudas Fiscales</i>		
Retención Impuesto a las Ganancias		347,78
<i>Otras Deudas</i>		
Provisión para Publicaciones	6.930,00	
Carlos Vons	<u>2.045,00</u>	8.975,00
<i>Previsiones</i>		
Para despidos		1.152,47

NOTA N° 3

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° 4

Los ingresos recibidos de la Tesorería General de la Nación en concepto de contribuciones, se han contabilizado por el sistema de lo percibido durante el ejercicio.

NOTA N° 5

De acuerdo a lo establecido por Resolución N° 13/90 de la Inspección General de Justicia, se detallan en Anexo complementario, las contribuciones recibidas del Ministerio de Cultura y Educación de la Nación.

NOTA N° 6

Las indemnizaciones por despidos se cargan a resultados en el momento de su conocimiento.

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 1998.

1.2. Estado de Recursos y Gastos por el ejercicio finalizado el 31 de diciembre de 1998.

1.3. Estado de Evolución del Patrimonio Neto por el ejercicio finalizado el 31 de diciembre de 1998.

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 1998, los resultados de sus operaciones y las variaciones en el patrimonio neto por el ejercicio finalizado en esa fecha, de acuerdo con las Normas Contables Profesionales vigentes aplicadas.

4.- 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 1998, según surge de los registros contables no existen deudas devengadas, exigibles y no exigibles en concepto de aportes y contribuciones jubilatorias a favor de la Administración Nacional de la Seguridad Social.

Buenos Aires, 23 de febrero de 1999.-

JOSÉ LUIS NAVEYRA
Contador Público (U.B.A.)
C.P.C.E.C.F T° 41 - F° 177

INDICE

I. DISERTACIONES EN SESIONES PUBLICAS

- La Declaración Universal de Derechos Humanos (1948-1998). Disertación del Académico Germán J. Bidart Campos, en la sesión pública del 10 de diciembre de 1998, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. 3
- La Declaración Universal de Derechos Humanos (1948-1998). Disertación del Académico Hugo Caminos, en la sesión pública del 10 de diciembre de 1998 en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. 9
- Premio de la Academia Nacional de Derecho. Palabras pronunciadas por el Académico Augusto M. Morello, en la sesión pública del 25 de junio de 1998, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en oportunidad de entregar los premios que concede esa institución a la producción jurídica correspondiente, esta vez, a la de los años 1996-1997: Premio "Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales", al doctor Rubén S. Stiglitz por su obra "Derecho de Seguros"; "Accesit", "Derecho Municipal", de Antonio María Hernández (h.), y Menciones Especiales al "Derecho de las Telecomunicaciones" de Guillermo J. Cervo y a "Alianzas estratégicas y joint ventures", de Osvaldo J. Marzorati. 21

II. COMUNICACIONES EN SESIONES PRIVADAS

- La cláusula ética de la Constitución Nacional (Artículo 36 "in fine"): aspectos de Derecho Penal y Procesal. Sobre la ética pública y el artículo 36 de la nueva Constitución. Comunicación efectuada por el Académico Eduardo Aguirre Obarrio, en la sesión privada del 23 de abril de 1998 en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. 27
- La cláusula ética de la Constitución Nacional (Artículo 36 "in fine"): aspectos de Derecho Penal y Procesal. La lucha contra la corrupción. Aspectos procesales. Comunicación efectuada por el Académico Augusto Mario Morello, en la sesión privada del 23 de abril de 1998 en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. 45
- Anexo. Régimen Procesal de la acción de amparo colectivo contra la corrupción para la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. 62

Los derechos personalísimos de las personas jurídicas: un enfoque iuseconómico. Comunicación efectuada por el Académico Julio H. G. Olivera, en la sesión privada del 14 de mayo de 1998 en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.	65
Responsabilidad civil por daño al ambiente. Disertación del Académico Félix A. Trigo Represas, en la sesión privada del 11 de junio de 1998 en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.	71
El nuevo Código Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires. Comunicación efectuada por el Académico Juan Carlos Cassagne, en la sesión privada del 13 de agosto de 1998 en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.	111
Comentarios por los Académicos Lino Enrique Palacio, Juan Carlos Cassagne, Aída Kemelmajer de Carlucci y Alberto Rodríguez Varela.	129
La interpretación de los Derechos Humanos en las jurisdicciones nacional e internacional. Comunicación efectuada por el Académico Néstor Pedro Sagüés, en la sesión privada del 27 de agosto de 1998 en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.	133
Comentarios por los Académicos Jorge Reinaldo Vanossi, Jorge A. Aja Espil y Julio César Cueto Rúa.	161
Apuntes para una biografía del doctor Vicente C. Gallo. Comunicación efectuada por el Académico Jorge Reinaldo Vanossi, en la sesión privada del 10 de septiembre de 1998 en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.	169
Comentarios por el Académico Roberto Martínez Ruiz.	191
Derecho consuetudinario o norma consuetudinaria. Comunicación efectuada por el Académico Julio César Cueto Rúa, en la sesión pública del 24 de septiembre de 1998 en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.	193
Comentarios por los Académicos Augusto Mario Morello, José Domingo Ray, Julio César Cueto Rúa, Eduardo Aguirre Obarrio, Lino Enrique Palacio, Jorge Reinaldo Vanossi y Horacio García Belsunce.	206
Primera aproximación al tema Prensa y Justicia. Comunicación efectuada por la Académica Aída R. Kemelmajer de Carlucci, en la sesión privada del 12 de noviembre de 1998 en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.	215
Comentarios por los Académicos Roberto Martínez Ruiz, Aída Kemelmajer de Carlucci, Horacio A. García Belsunce, Julio César Cueto Rúa, Jorge Reinaldo Vanossi y Federico Videla Escalada.	254

III. OTRAS DISERTACIONES Y TRABAJOS

La necesidad de crear un órgano jurisdiccional supranacional para el Mercosur. La desprotección de los particulares. Disertación de la Académica Aída

Kemelmajer de Carlucci en el Congreso Iberoamericano de Academias de Derecho – Córdoba, octubre / 1998.	269
San Martín: hijo de Yapeyú y su proyección americana. Disertación del Académico Juan R. Aguirre Lanari, en el Instituto Nacional Sanmartiniano, en oportunidad de distinguírsele con las Palmas Sanmartinianas, el 5 de noviembre de 1998.	311
Día del Abogado del Estado. Discurso del Académico Presidente Roberto Martínez Ruíz, en el acto realizado el 10 de noviembre de 1998 en el Día del Abogado del Estado.	333

IV. HOMENAJES

Manuel V. Ordóñez. Homenaje efectuado por el doctor Alberto Rodríguez Varela.	341
Homenaje al doctor Eduardo B. Busso. Palabras del Académico José D. Ray, en la sesión pública del 8 de octubre de 1998 en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.	351
Homenaje al doctor Carlos Juan Zavala Rodríguez. Palabras del Académico Jaime L. Anaya, en la sesión pública del 8 de octubre de 1998 en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.	361
Homenaje al doctor Raymundo M. Salvat. Discurso del Académico Presidente Roberto Martínez Ruíz, en el acto realizado el 29 de octubre de 1998 en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires.	375

V. DUELO DE LA ACADEMIA

Sepelio del doctor Miguel Santiago Marienhoff. Palabras pronunciadas por el Académico José Domingo Ray, el 21 de marzo de 1998 en Cementerio Parque Memorial, Pilar.	385
Sepelio del doctor Miguel Santiago Marienhoff. Palabras pronunciadas por el Académico Horacio A. García Belsunce, el 21 de marzo de 1998 en Cementerio Parque Memorial, Pilar.	384
Sepelio del doctor Miguel Santiago Marienhoff. Palabras pronunciadas por el Académico Alberto Rodríguez Galán, el 21 de marzo de 1998 en el Cementerio Parque Memorial, Pilar.	393

VI. DECLARACIONES Y DICTAMENES

Declaración de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires sobre el juicio por jurados	399
---	-----

VII. MEMORIA Y BALANCE

Memoria 1998	405
Balance del ejercicio 1998	427